

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 40 : فبراير 2016

✓ من المواضيع العدد 40 : فبراير 2016 :

- دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي.
- عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمان.
- دور المرأة التشاركي في القانون الموريتاني.
- دور المحاكم المالية في محاربة الفساد الإداري.
- الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار.
- قضية التوجه العقابي لقضاء الأحداث.
- التلميذ المنحرف بين التربية والعقوبة.



العدد الأربعون : فبراير 2016

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الأربعون : لشهر فبراير 2016

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 40 لشهر فبراير 2016 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي : الدكتور نور الدين الناصري أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بسطات - المغرب.....06

3. عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات المصرفية الحديثة : الدكتور عبد العزيز خنفوسي دكتوراه في القانون أستاذ محاضر قسم - ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيده الجزائر.....24

4. معالجة القانون الموريتاني لدور المرأة التشاركي في الحياة العامة : الدكتور الشيخ محمد المختار الطلبة (ولد بتار) دكتوراه في الشريعة والقانون من جامعة أم درمان الإسلامية.....37

5. دور المحاكم المالية في تكريس الشفافية ومحاربة الفساد الإداري و المالي : رشيد قاعدة ، باحث بمركز الدراسات و الأبحاث للدكتوراه بكلية الحقوق الرباط السويسي.....50

6. حماية ملكية الاستثمار الأجنبي (قراءة في الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية) : الدكتور محمد المصطفى ولد أحمد محمود ، أستاذ متعاون في جامعة نواكشوط - موريتانيا.....68

7. التوجه العقابي لقضاء الأحداث : ابراهيم الغندور ، طالب باحث بسلوك الدكتوراه ، مختبر الدراسات في الطفل والأسرة و التوثيق بفاس.....79

8. التلميذ المنحرف بين التدابير التربوية والعقوبات الجنائية : من إعداد عبد الهادي الشاوي محون بقطاع التربية الوطنية ، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بفاس.....86

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

9. Staries et surestaries relatives aux operations de chargement et de dechargement dans la charte partie au voyage : Par abdeljebbar karimi , professeur de droit au crmef de Safi....97
10. vue d'ensemble sur le systeme marocain de retraite : fadwa ammari , doctorante en economie appliquée , département de sciences économiques , université mohammed V rabat, morrocco.....109

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نمر عن إراء كاتبيها ولا نمر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الأربعين لشهر فبراير 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، يسعدنا أن نضع بين أيديكم العدد الأربعين لشهر فبراير 2016 من مجلة الفقه والقانون ، وقد تناول بالبحث والتحليل العديد من القضايا الهامة من بينها : دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي ، وعقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات المصرفية الحديثة ، و دور المحاكم المالية في تكريس الشفافية ومحاربة الفساد الإداري و المالي ، ثم حماية ملكية الاستثمار الأجنبي (قراءة في الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية).

وفي ما يخص موضوع المرأة ، شمل العدد الجديد موضوعا هاما عن معالجة القانون الموريتاني لدور المرأة التشاركي في الحياة العامة.

وارتباطا بقضايا الأحداث وما تطرحه من مشاكل ، حاول العدد مناقشة قضية التلميذ المنحرف بين التدابير التربوية والعقوبات الجنائية ، بالإضافة إلى التوجه العقابي لقضاء الأحداث.

هذا فضلا عن مجموعة أخرى من الأبحاث والدراسات الهامة باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي



الدكتور نور الدين الناصري

أستاذ التعليم العالي بكلية

الحقوق بسطات - المغرب

تمهيد :

تثار مسألة تفسير العقد عندما يفتقد التطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، على اعتبار أن كل عقد يستلزم وجود عنصرين هامين، العنصر الأول هو الإرادة؛ وهي أمر نفسي لا ينتج أي أثر قانوني طالما أنها تظل حبيسة في باطن المتعاقد، أما العنصر الثاني فهو التعبير عن هذه الإرادة، وهو أمر خارجي ظاهر يمكن بواسطته فهم الإرادة؛ أي بمعنى آخر، فإن العنصر الثاني، هو الذي يجعل العنصر الأول (الإرادة) إرادة قانونية منتجة للأثر القانوني الذي يريده المشرع¹.

ودور القاضي مهم بخصوص تفسير العقد الذي يفتقد إلى تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة، بحيث إن القاضي حينما يبحث عن النية المشتركة للأطراف والقصد المشترك يستخلصه القاضي عن طريق معايير موضوعية، فهو لا يأخذ بالإرادة الظاهرة الحضة ولا يأخذ بالإرادة الباطنة الحضة، وإنما يأخذ بالإرادة التي يستطيع أن يتعرف عليها La volonté reconnaissable².

وعليه يمكن التساؤل عن السلطات المتاحة للقاضي في إطار ظهير الالتزامات والعقود المغربي والتي تعطيه الأحقية في تفسير العقود؟ وهل يخضع لرقابة محكمة النقض حين تفسيره للعقد أم لا؟ وهل هذه القواعد هي نفسها التي يأخذها بها القاضي في تفسيره للعقد الاستهلاكي أم أن طبيعة هذه العقود جعلت المشرع يفرد بها بخصوصية؟ ومسألة تفسير العقد من قبل القاضي صعبة المنال وتحتاج من هذا الأخير جهدا مضاعفا للوصول إلى النية المشتركة لأطراف النزاع. ولمساعدة القاضي في مهمته الصعبة هذه، وضع المشرع المغربي مجموعة من قواعد التفسير يهتدي بها ويسترشد.

1- المشرع المغربي يتحدث في الفصل الثاني من ظهير الالتزامات والعقود عن التعبير الصريح عن الإرادة كأبرز شرط لإبرام العقد.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام"، مطبعة النهضة المصرية، القاهرة، السنة 1964، ص 613.

ولقد نص المشرع المغربي على هذه القواعد في الفصول 462 إلى 472 من ظهير الالتزامات والعقود¹، وقد أثارت هذه الفصول العديد من التساؤلات، أهمها فيما إذا كانت قواعد التفسير المضمنة تعتبر من النظام العام أم لا؟

وحتى تكون دراستنا لهذه النقطة وافية لا بد من بحث موقف القانون المقارن، ونخص بالذكر هنا كلا من القانون الفرنسي وكذا القانون المصري.

أولاً- موقف المشرع الفرنسي من المسألة:

بالرجوع إلى المشرع الفرنسي، نجد أن قواعد التفسير المنصوص عليها في الفصل 1165 وما يليه من القانون المدني، هي مجرد نصائح وضعها المشرع الفرنسي ليستأنس بها قاضي الموضوع دون أن تفرض عليه. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 16 فبراير 1892 جاء فيه ما يلي:

"إن المشرع في المادة 1156 وما يليها وضع نصائح عامة للقضاة لمساعدتهم في تفسير العقود بدون أن تفرض عليهم..."².

وفي قرار آخر، مؤرخ في: 10 ماي 1948، تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى ترسيخ الفكرة السابقة، وهي اعتبار القواعد المنصوص في الفصل 1156 وما يليه هي مجرد نصائح يستأنس بها القاضي.³ كما يمكن الاستئناس برأي الفقه الذي بدوره يعتبر قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي قواعد تنعدم فيها الصفة الإلزامية.

وفي هذا السياق، يذهب الفقيه جاك جيستان-J.GHESTIN⁴ إلى أنه ابتداء من سنة 1908 اعتبرت القواعد المنصوص عليها في المواد 1157 و1158 و1161 من القانون المدني الفرنسي مجرد نصائح أعطيت للقضاة في مادة تفسير العقود، واستشهد الفقيه المذكور بمجموعة من قرارات محكمة النقض الفرنسية، منها قرار مؤرخ في 1 فبراير 1962، وقرار آخر في 17 أكتوبر 1961، وهي كلها قرارات تصب في هذا المنحى.

ويذهب الإخوة مازو⁵ إلى أنه إذا اعتبرنا قواعد تفسير العقود قواعد إلزامية للقضاة، فلا بد من ذكر الملاحظة التالية، وهي أن محكمة النقض حينما تريد أن تنقض قرارا لا يمكنها أن تعيب على قضاة الموضوع استنتاجهم لإرادة الأفراد من خلال ظروف الحال، لأن المسألة مسألة واقع، ولكن يمكن لمحكمة النقض أن تبطل في كل مرة قرارات

1- يذهب عبد الرحمان بلعكيد في كتابه، "وثيقة البيع بين النظر والعمل"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، السنة 1993، ص 345. إلى كون: "القواعد المسطرة بالفصول من 462 إلى 472 ق ل ع م، يرجع أصلها إلى الفقه الإسلامي الذي برع في تأصيلها وبيانها".

2- قرار منشور في كتاب، "دروس في القانون المدني"، للإخوة مازو، مطبعة MONTCHRESTIEN، السنة 78، ص 323 والذي جاء فيه:

« Attendu, au surplus, que le législateur, dans L' article 1156 a inséré des conseils aux juges pour l'interprétation des conventions, sans caractère impératif ».

3- قرار منشور في كتاب دروس في القانون المدني للإخوة مازو، ص 323، جاء فيه ما يلي:

((Mais attendu que les dispositions de l' article 1162 édictées en faveur de celui qui contracte l'obligation n' ayant nullement pour le juge le caractère impératif il était loisible a celui-ci de l'un quelconque des contractant)).

4 - J. GHESTIN, « Traite de droit civil -les effets du contrat », édition 1996, DELTA .L.G.D.J- Page 38.

5- الاخوة مازو، "دروس في القانون المدني"، مرجع سابق، ص 324.

محاكم الموضوع، حينما تلاحظ أن القضاة لم يحترموا قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون المدني، لأنه في هذه الحالة هناك انتهاك للقانون، والمسألة هنا مسألة قانونية وليست مسألة واقعية.

ثانيا- موقف المشرع المصري :

يمكن تلخيص موقف القانون المصري في ما قاله جانب من الفقه وهو يعلق على المادة 150 من القانون المدني المصري :

"...إن ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدین بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدین وفقا للعرف الجاري في المعاملات فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعرف نية المتعاقدین وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه"¹.

هذا وبالرجوع إلى المادة 150 من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية والتي تنص على ما يلي :

((أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدین وفقا للعرف الجاري في المعاملات)). نلاحظ أن المشرع المصري يسر للقاضي مهمة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، بحيث وضع تحت تصرفه معايير وقواعد يؤدي تطبيقها إلى استقرار المعاملات، وجدير بالذكر أن استدلال القاضي على الإرادة الباطنة باستخدام هذه المعايير يعد من مسائل الواقع المتروكة لتقديره دون رقابة من محكمة النقض، إلا عندما يعدل عن المعنى الواضح دون ذكر مبررات هذا العدول².

ويلاحظ أن ذكر هذه العوامل ليس واردا على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، بحيث يجوز للقاضي أن يبحث في غير هذه العوامل³.

وقد قرر الفقه في مصر وعلى رأسه عبد الرزاق أحمد السنهوري (كما رأينا سابقا)، بأن قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون المدني لا تتعلق بالنظام العام، وإنما هي مجرد نصائح يستأنس بها قاضي الموضوع وهي قواعد غير ملزمة.

وهكذا يسير الفقه المصري في نفس الاتجاه الذي سار فيه نظيره الفرنسي.

ثالثا- موقف المشرع المغربي :

لقد نص المشرع المغربي على مجموعة من القواعد القانونية في الفصول من 463 إلى 473 من ظهير الالتزامات والعقود الغرض منها مساعدة القاضي في بحثه على النية المشتركة، حيث تتضمن مجموعة من المبادئ تصلح لكي تكون نقطة انطلاق المفسر للقيام بهذا البحث.

هذا وإن اختلاف وتنوع القضايا والحالات التي تعرض على القضاء، وكذلك كثرة أنواع العقود واختلاف الظروف والملابسات التي ترافق عملية إبرام العقد، تجعل من قواعد التفسير المنصوص عليها في الفصول من 463 إلى 473 تبقى ذات أثر محدود، ولن تستطيع في كل الأحوال أن تبين للمفسر الطريق الذي يؤدي إلى الوقوف على

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص 663.

2- عبد الحكم فوده، "تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن"، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1985، ص 225.

3- سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات - نظرية العقد"، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 1987، ص

النية المشتركة للمتعاقدین. وبناء على ذلك فإن هذه التدابير لن تعدو أن تكون نصائح يسديها المشرع للقاضي، وبالتالي فإنها لا تتمتع بالقوة الملزمة ويشكل تجاوزها خرقاً للقانون.

وقد ذهب في هذا السياق، الأستاذ محمد الكشور في أطروحته إلى القول: "وحي بني تأييد مثل هذا الموقف لأن المشرع وهو بصدد وضع النصوص المتعلقة بالتفسير لم يقصد على ما نعتقد أكثر من مساعدة قاضي الموضوع ورسم الطريق أمامه في مسألة لا يجادل أحد في موضوعيتها"¹.

وهذا الاعتقاد هو السائد لدى أغلب الفقه الفرنسي وكذا اجتهاد محكمة النقض الفرنسية - كما بينا سابقاً - إلا أن الملاحظ أن محكمة النقض المغربية قد سلكت موقفاً مخالفاً لموقف محكمة النقض الفرنسية، وإذ نستشهد بالقرار الصادر عن الغرفة المدنية القسم الأول بتاريخ 1 دجنبر 1982 الذي استند في إبطاله لقرار محكمة الاستئناف المطعون فيه باللجوء إلى مقتضيات الفصل 462 وما بعده من ظهير الالتزامات والعقود، حيث يعيب على القرار المطعون فيه خرقه لهذه النصوص القانونية، وينص هذا القرار على ما يلي :

((بناء على المواد 462 وما بعدها من ظهير الالتزامات والعقود أن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد لا يؤدي إلى تجريده من كل أثر فإعمال العقد خير من إهماله.

- يقتضي إعمال العقد أن تقوم المحكمة بتأويله وتبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل.

- إن المحكمة لما جردت العقد من كل أثر والحال أنه يمكن التوفيق بين بنوده عن طريق التأويل تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض))².

ويتضح من خلال هذا القرار أن تفسير قاضي الموضوع يظل خاضعاً لرقابة محكمة النقض، وذلك حتى في الأحوال التي يكتنف فيها العقد محل النزاع غموض، إذ يتعين على قاضي الموضوع أن يحسن تفسير العقد عن طريق التطبيق السليم للقواعد القانونية التي ينص عليها المشرع المغربي في الفصل 462 وما بعده من ظهير الالتزامات والعقود. وهذا يستتبع أن هذه القواعد القانونية لا تشكل بالنسبة لمحكمة النقض مجرد نصائح يسديها المشرع للقاضي تساعد في الكشف عن النوايا الحقيقية للمتعاقدین، بل قواعد ملزمة يشكل سوء تطبيقها خرقاً للقانون يوجب النقض.

وموقف محكمة النقض المغربية بذلك يخالف موقف محكمة النقض الفرنسية وكذا أغلب الفقه الفرنسي³ والتي تعتبر معهما المواد 1156 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي مجرد نصائح أو نوااميس يستأنس بها قاضي الأساس للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین.

بعد هذا التمهيد، ستم معالجة موضوع دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي على ضوء التقسيم التالي :

- المبحث الأول : حدود سلطة القاضي في التفسير .
- المبحث الثاني : رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وحدودها.

1- محمد الكشور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، البيضاء، السنة 1985-1986، ص 159.

2- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31، السنة 8، ماي 1983، القرار 752، ملف 92853.

3- G. MARTY, « le rôle du juge dans l'interprétation des actes - travaux de l'association, Capitan Tome 4, 1949, Page 92.

المبحث الأول : حدود سلطة القاضي في التفسير:

بعد توضيح وجهة نظر المشرع المغربي من مسألة اتصال قواعد التفسير بالنظام العام، وبعد التأكد من أن الاجتهاد القار لمحكمة النقض يذهب في غير وجهة نظر محكمة النقض الفرنسية، يتعين علينا الآن البحث في حدود سلطة القاضي في التفسير، وكذا البحث في تفسير العبارات الواضحة، ثم البحث في العبارات الغامضة، مع اعتبار أن المشرع المغربي يعتمد مبدأين متميزين في تفسير العقد من خلال الفصلين 461 و462 من ظهير الالتزامات والعقود.

وقد لاحظنا أن للتفسير هدفين متميزين ومختلفين بحسب ما إذا كان التعبير واضحاً، أم غامضاً فإذا كان التعبير واضحاً فإن على القاضي أن يحدد الآثار القانونية للعقد محل النزاع كما هي مستفادة بصورة عادية وموضوعية من ظاهر ألفاظه، أما إذا كان التعبير غامضاً فإن القاضي ملزم بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 462 بأن يحدد آثار العقد بالاستناد على النية المشتركة للمتعاقدين.

المطلب الأول : سلطة القاضي بشأن تفسير العبارات الواضحة :

من المتفق عليه فقها وقضاء وتشريعاً على أن المقصود بوضوح العبارة ليس وضوح معناها الحرفي، إذ العبارة تكون واضحة المعنى في حد ذاتها، ومع ذلك قد يعجز القاضي أن يستخلص منها الآثار القانونية للعقد محل النزاع. فما المقصود بوضوح العبارة إذن ؟

بالرجوع إلى الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي¹ نلاحظ على أن وضوح ألفاظ العقد رهين بالضرورة بمدى مطابقتها لقصد صاحبها، وهذا يعني أن التعبير قد يعتد به بالرغم من كونه يخالف النوايا الباطنة لشخص المتعاقدين، وبناء على ذلك لا يعول في البحث فيما إذا كانت ألفاظ العقد واضحة أم غامضة على معيار التميز الذاتي أو الشخصي الذي ينظر إلى شخص المتعاقد وما تنطوي عليه نفسه من نوايا ومقاصد ثم البحث في مدى مطابقة التعبير لها.

فمن خلال هذا الفصل نلاحظ أن المشرع المغربي قد وضع قاعدة أصلية، وهي أن اللفظ إذا كان صريحاً وواضحاً فإنه يمتنع على القاضي تفسيره، وهو ما يعني من جهة أخرى أن الأصل في الألفاظ المستعملة في العقد صريحة وواضحة بناء على القرائن التي يعتمد عليها إلى أن يثبت العكس، أي إلى أن يثبت أحد الأطراف أن اللفظ غامض بوسائل عملية وجدية، مما يضطر القاضي إلى الأخذ بدواعي التفسير واللجوء مرغماً للبحث طبق مقتضيات الفصل 462 وما يليه من ظهير الالتزامات والعقود.

كما أن الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود يرسخ قاعدة أصلية أخرى مفادها أن اللفظ الصريح هو ما كان مخالفاً لمقتضيات الفصل 462 وما يليها من نفس القانون.

ويذهب الأستاذ إدريس العبدلاوي² إلى أنه: "لا يكفي لاعتبار العبارة واضحة، وبالتالي في غير حاجة إلى التفسير أن تكون واضحة في ذاتها وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة منها. فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ومع ذلك يكتنفها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها. ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواضح".

1- جاء في الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي :

((إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها)).

2- إدريس العلوي العبدلاوي، "شرح القانون المدني النظرية العام للالتزام"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، سنة 1996، 594.

ويتضح من ذلك أن العقد الواضح هو ما كانت فيه إرادة الأطراف واضحة وإن لم تكن ألفاظه واضحة، وهذا يعني أن وضوح ألفاظ العقد تعد مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الحقيقية وتغليب للألفاظ والمباني على المقاصد والمعاني، وهو ما يخالف المبادئ الأساسية التي بنى عليها المشرع أحكام نظرية العقد.

هذا وأن الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود يلزم القاضي بتطبيق اتفاقات الأطراف تبعا لمقتضيات الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود وليس للقاضي أن يحرف بنودها الواضحة والدقيقة بحجة التأويل، لأن القاعدة المتفق عليها في التشريعات المقارنة والتي يؤكدتها الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود هي أن العقد الواضح لا يفسر بل ينفذ، وهذه القاعدة رسخها الفقه الفرنسي، وعلى رأسه جون جيستان¹ وكذا القضاء الفرنسي المتمثل في محكمة النقض في عدة قرارات له².

وتطبيقا للدور السلبي الذي يلعبه قاضي الموضوع في النزاعات التعاقدية والمنصوص عليه في الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود، نستشهد بقرار لمحكمة النقض³ صادر بتاريخ 13 فبراير 1962 يؤكد بما لا يدع مجالا للشك على أن العقد الواضح لا يفسر وإنما ينفذ وأن للقاضي دورا سلبيا تجاه هذا العقد، إذ أن مهمته تقتصر فقط على تطبيق العقد وليس له سلطة في تحريف بنوده بحجة التأويل، حيث جاء في هذا القرار المذكور ما نصه :
(...بعد الاطلاع على الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود.

وحيث إن مهمة قضاة الموضوع تنحصر في تطبيق اتفاقات الأطراف وأنه ليس لهم تعديلها حينما تكون شروطها واضحة ومحددة)).

ويتضح من خلال مجموعة من القرارات⁴ أن محكمة النقض تتمسك بحرفية نص الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود، بحيث تنقض جميع القرارات التي يعمد فيها قضاة الموضوع إلى تفسير العقود الواضحة الألفاظ ولا يفهم من ذلك أن الألفاظ إذا كانت واضحة وصریحة غير قابلة للتفسير ((...بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها وارتفع عنها اللبس والإبهام، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يأخذ

1- يقول الفقيه جاك جيستان :

« Les juges du fond ne peuvent exercer un quelconque pouvoir d'interprétation lorsque l'acte- l'instrumentum est clair et précis, sans peine d'encourir la censure pour dénaturation »- Traité de droit civil , 2 Ed, delta, L.G.D.J 1995. Page 23.

2- من ذلك القرار المؤرخ في 5 ماي 1993 الغرفة الأولى، منشور بكتاب شرح القانون المدني، جاك جيستان، مرجع سابق، ص 23، جاء فيه :

((Il en est ainsi parce que les juges du fond n'interprètent pas le contrat mais appliquent une stipulation contractuelle a une situation qu'elle ne prévoit pas)).

3- قرارات رقم 96 ملف مدني 3273، مجلة قرارات المجلس الأعلى، السنة 58، الطبعة 97، صادرة بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى.

4- انظر القرار المؤرخ في 14 مارس 66، مجلة رابطة القضاة العدد 2 و3 السنة 66، ص 78 وما يليها.

- انظر القرار المؤرخ في 17 دجنبر 68، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 10، ص 58 وما يليها.

القاضي بالمعنى الواضح للفظ ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان. وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينصرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسحه أو يشوهه...¹.

وقد صدر في هذا الصدد قرار لمحكمة النقض مؤرخ في 7 يناير 1976 جاء في أحد حيثياته ما يلي : "...لكن حيث إنه حسب الفقرة الأولى من الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود فإن صراحة ألفاظ العقد لا تحول دون تأويله إذا تعذر التوفيق بينهما وبين الغرض المقصود من العقد وأن المحكمة المخول لها سلطة تقدير الحجاج والوقائع فقد -استنادا على وثائق الملف- أن عقد 28 أبريل 1953 هو أول عقد يتعلق بالخطئة المتنازع بشأنها وبأنه عند تحرير العقد المذكور لم يكن بالخطئة لا عمال ولا زبناء ولا نشاط تجاري ولا بضاعة مستخلصة من ذلك أن الطرفين مرتبطان في الواقع بعقد كراء أصل تجاري لا بعقد تسيير حر..."².

ويقول الدكتور عبد الحكم فوده في هذا الصدد: [أما إذا جاءت هذه العبارات واضحة ظاهريا. ولكنها متعارضة في الواقع مع الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين فإن وضوحها لا يقف دون التفسير بل يتعين طردها والبحث عن الإرادة الحقيقية فوضوح الألفاظ لا يعني بالقطع وضوح الإرادة ولكن ليس للقاضي أن يبادر بتفسير الواضح إلا إذا ظهرت ألامه دلالات قوية تفيد وجود نية مغايرة واضحة...]³.

وهذا يعني أن القاضي لا يمكنه مباشرة تفسير العبارات الواضحة إلا بشرط وهو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني فعليه -أي القاضي- أن يبين في حكمه هذه الأسباب التي دفعته إلى العدول عن المعنى الواضح إلى غيره وإلا عرض حكمه للنقض لانعدام التعليل.

المطلب الثاني : سلطة القاضي بشأن تفسير العبارات الغامضة :

يقصد بالعبارات الغامضة في العقد تلك العبارات التي يسمح معناها الحرفي بالتعرف على إرادة المتعاقدين المشتركة. وعليه فإذا كانت العبارات الغامضة بهذا المعنى، فإن القوة الملزمة للعقد نفسها، كما تفرض على القاضي تطبيق العقد باعتباره قانون عاقيه، توجب عليه أيضا اللجوء إلى التأويل للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل⁴.

هذا وقد حدد المشرع المغربي في الفصل 462 من ظهير الالتزامات والعقود ثلاث حالات يخول فيها للمفسر بأن يتجاوز ألفاظ العقد وإن كانت واضحة للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین.

وقد جاء في الفصل 462 ما يلي :

((يكون التأويل في الحالات التالية :

- 1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
- 2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.
- 3- إذا كان الغموض ناشئاً من مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود.

1- عبد الرزاق أحمد السنيهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص 201.

2- قرار منشور بمجلة المعيار، العدد الأول، السنة 1978، الصفحات من 45 إلى 50.

3- عبد الحكم فوده، "تفسير العقد..."، مرجع سابق، ص 73.

4- محمد شليح، "سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، الرباط، السنة 1983، ص 251.

وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل)).

وتظهر من خلال هذا الفصل الحالات التي يكون فيها العقد غامضا والتي يميز فيها المشرع لقاضي الموضوع بأن يتجاوز التعبير للبحث عن قصد المتعاقدين.

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو أنه إذا كان استجلاء ما يكتنف العقد من غموض يكون بالبحث عن قصد المتعاقدين، فكيف إذن يستطيع القاضي الوقوف على هذا القصد؟ وما هي الآليات التي يمكنه استعمالها من أجل هذا الغرض؟

لقد وضع المشرع المغربي مجموعة من القواعد القانونية الغرض منها مساعدة القاضي في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهي على الخصوص الفصول من 463 إلى 473 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي التي تتضمن مجموعة من المبادئ التي تصلح لكي تكون نقطة انطلاق المفسر للقيام بهذا البحث¹.

وفيما يلي نتطرق لهذه القواعد بالتتابع كما وردت في ظهير الالتزامات والعقود :

أولا : جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من ظهير الالتزامات والعقود ما نصه :

((...وعندما يكون للتأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولا عند تركيب الجمل)).

وهذا يعني أن التفسير يكون بالمقاصد والمعاني ولا يعتد بالألفاظ والمباني، بحيث إن القاضي عند استجلائه لنية المتعاقدين المشتركة عليه البحث عن القصد المراد من العقد ولا يمكنه الاكتفاء بالوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. وقد أكد هذا قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 24 يناير 1968 جاء فيه :

((...عندما صرحت المحكمة بأنه ينتج من عناصر الدعوى أن المتعاقدين اختارا التمشي مع مقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ وأن العقد ينص على أن للمشتري جميع الصلاحيات ليطلب من الحافظ تقييد هذا العقد في ملف المطلب رقم (...)) بدون إشارة إلى أي واجب آخر على المشتري بالتدخل في مسطرة التحفيظ بكيفية أخرى. فإن بما لديها من سلطة تقديرية استنتجت ما اتفق عليه الطرفان بدون ارتكاب أي تحريف للعقد إذا لم تتجاوز ما لها من حق في تأويل العقود عند الإجمال والإبهام ولا أي خرق للقانون))².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ فاتح دجنبر 1982 ورد فيه :

((حقا فإن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد المتعلقة بتحديد الشيء المبيع لا يؤدي إلى تجريد العقد من كل أثر فإعمال العقد خير من إهماله (الفصل 465) وهذا الإعمال للعقد يقتضي من المحكمة أن تقوم بتأويله وتبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل (...))³.

ثانيا : جاء في الفصل 465 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي ما يلي :

((إذا أمكن حمل عبارة وبند على معنيين كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده عن كل أثر)).

1- تجد هذه المبادئ جذورا لها في القواعد الأصولية في الفقه الإسلامي.

2- منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 13، السنة يناير 1970، ص 8.

3- قرار 752، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ج 2، السنوات 83-91، ص 16.

ومرد هذا الفصل إلى القاعدة الفقهية الماثورة "إعمال الكلام أولى من إهماله"، وتعني هذه القاعدة أن العبارة إذا احتملت معنيين وكان أحد هذين المعنيين هو الذي ينتج أثرا قانونيا حملت العبارة على هذا المعنى، فمثلا إذا وقع النص في عقد الإيجار على أنه مؤبد وحملت هذه العبارة على معناها الظاهر كان عقد الإيجار باطلا لضرورة توقيته بمدة معينة¹.

ويقول ذ. محمود مصطفى عبود هرموش: {معنى إعمال الكلام إعطاؤه حكما شرعيا، ومعنى إهماله عدم ترتب ثمرة علمية عليه ومآل هذه القاعدة أن المسلم العاقل يسان كلامه عن الإلغاء ما أمكن بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه فيحمل أولا على الحقيقة لأنها الأصل فإن تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز...}².

وقد جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1 دجنبر 1982- والذي سبقت الإشارة إليه- ما يلي: {...حيث يعيب الطاعن عن القرار بخرق القانون لكونه أدلى بعقد البيع الذي يتضمن أن المطلوب باع له 3750 مترا مربعا من العقار الحفظ بالرسم العقاري... وأن هذه المساحة تمثل ربع مساحة العقار فمن حقه أن يطالب بتنفيذ التزام البائع وتسجيل البيع على الرسم العقاري. وأنه لا يوجد في القانون ما يمنع مثل هذا البيع وأن المحكمة لما رفضت دعواه تكون قد خرقت القانون.

حقا فإن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد المتعلقة بتحديد الشيء المبيع لا يؤدي إلى تجريد العقد من كل أثر فإعمال العقد خير من إهماله (الفصل 465) وهذا الإعمال للعقد يقضي من المحكمة أن تقوم بتأويله وتبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل (الفصل 462) وأن المحكمة لما جردت العقد من كل أثر والحال أنه يمكن التوفيق بين هذه البنود عن طريق التأويل تكون قد خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض}³.

ثالثا: جاء في الفصل 466 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي ما نصه: {يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص. وإذا كان للفظ معنى اصطلاحيا، افترض أنه استعمل فيه}.

1- انظر محمد شليح، "سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، مرجع سابق، ص 253.

للتذكير فإن عقد الكراء هو عقد مؤقت المدة أي عقد زمني وإن كان المشرع المغربي سكت عن المدة الأقصى التي يمكن للكراء عادة أن يصلها، إلا أنه كيف ما كان فإن عقد الكراء من العقود المؤقتة، وهذا ما نص عليه الفصل 687 من ظهير الالتزامات والعقود :

((كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية)).

وقد يسكت المتعاقدان عن المدة وفي هذه الحالة تطبق مقتضيات الفصل 688 من ظهير الالتزامات والعقود الذي جاء فيه:

((إذا لم تحدد للكراء مدة، اعتبر مبرما على أساس السنة أو نصف السنة، أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم، بحسب ما إذا كانت الأجرة قد حددت باعتبار كذا في السنة أو نصف السنة أو الشهر إلخ... وينتهي العقد بانقضاء كل من المدد السابقة، من غير ضرورة للتنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يوجد عرف يخالفه)).

2- محمود مصطفى عبود هرموش، "القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول"، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، السنة 1987، ص 50.

3- قرار 752، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ج2، السنوات 83-91، ص 16.

ويرجع أصل هذا الفصل إلى القاعدة الفقهية "الأصل في الكلام الحقيقة"¹، وتعني هذه القاعدة أنه عند التعارض بين الحقيقة والمجاز، يرجع في الأصل إلى الحقيقة دون المجاز تطبيقاً لهاته للقاعدة المذكورة². وتعني هذه القاعدة أنه إذا كان للفظ عدة معانٍ في العديد من الأماكن فإن حمله على معنى المكان الذي أبرم فيه العقد أولى من حمله على مكان آخر.

وقد عابت محكمة النقض على محكمة الموضوع أنها اعتبرت عبارة "الحسن" الواردة في وثيقة تفيد معنى اصطلاحياً معروفاً، وأنه يجب أخذها بهذا المعنى الاصطلاحي، وقد قرر بذلك نقض حكم محكمة الموضوع لمخافته مبدأ وجوب أخذ الألفاظ بمعناها الاصطلاحي المعروف³.

رابعاً: جاء في الفصل 467 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي ما نصه :

((التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق، ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة من أجراه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل. والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج التنازل))⁴.

من خلال هذا النص يتبين أن مفهوم التنازل عن الحق الوارد في الفصل 467 من ظهير الالتزامات والعقود واسع وأنه كلما اتسع الأمر ضاق حسب القاعدة الفقهية الأصولية، فالتنازل يحمل على الضيق ما لم يتسع بالنص الصريح، وهذا ما حدا بالمشروع المغربي إلى النص في الفصل 468 من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي: ((إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد، دعويان، فإن اختياره إحداهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن)).

أي أن العبرة في التنازل بنطاقه المحدود ولا يمكن التوسع فيه. وقد طبقت محكمة النقض هذه القاعدة في عدة قرارات لها وخاصة عندما قررت أن التحفظ الذي كان سجله مصرف على هامش تقييد اعتماد مستندي بالفرنكات الفرنسية في حساب دائن، من حيث بقاء الفرنكين الفرنسي والمغربي متعادلين في القيمة، لا يمكن اعتباره متضمناً تنازلاً صاحب الاعتماد على قبض دينه بالفرنكات الفرنسية إذا لم تكن قيمة الفرنك متعادلة بقيمة الدرهم المغربي لأن التحفظ المذكور ((يشير الشك حول مدلوله ولا يمكن اعتباره مقبولا من طرف الاعتماد لأن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق))⁵.

1- عبد الرحمان بلعكيد، "وثيقة البيع بين النظر والعمل"، مرجع سابق، ص 348.

2- وقد جاء في "الأشباه والنظائر"، للإمام السيوطي دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 990 في الصفحة 63 (إن قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة فيها فروق: منها إذا أوقف على أولاده أو أوصى لهم لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب. وفي وجه نعم، حملاً له على الحقيقة والمجاز. ومنها لو حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يضرب عبده فوكل في ذلك، لم يحتج حملاً على حقيقته وفي قول إن كان ممن يتولاه بنفسه كالسلطان أو كان المحلوف عليه مما لا يعتاد الحالف فعله بنفسه كالبناء ونحوه حث إذا أمر بفعله...).

3- قرار عدد 82 مؤرخ في 17 دجنبر 1967، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 10، ص 18.

4- يجد الفصل 467 من ظ ل ع أساسه في القاعدة الفقهية القائلة: إذا اتسع الأمر ضاق، فقد ذكر الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر الصفحة 63 (إن ابن أبي هريرة قال في تعليقه على القاعدة المذكورة: وضعت الأشياء في الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت وإذا اتسعت ضاقت... ألا ترى إن قليل العمل في الصلاة لما اضطر إليه لسومح به وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به وكذلك قليل البراغيث وكثيره).

5- قرار عدد 74 مؤرخ في 15 يناير 1969، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 9، يونيو 69، ص 22.

خامسا: جاء في الفصل 469 من ظهير الالتزامات والعقود ما يلي:

((عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام، فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قد قصد تحديد مجاله بها، دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر)).

ويرجع هذا الفصل إلى القاعدة الفقهية "تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم" أو "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله".

ومثال ذلك "إذا باع شخص أرضا زراعية وكان من توابعها مواشي خصت بالذكر صراحة في عقد البيع، فليس هذا معناه أن حالة تطبيق الالتزام تنحصر في المواشي المخصصة بالذكر فقط، بل إن تطبيق الالتزام يمتد إلى ما يوجد في الأرض الزراعية من مبان وأشجار، كما يمتد أيضا إلى ما يوجد في هذه الأرض من الزرع الذي لما ينبت والثمار التي لم تنعقد، كما يقضي بذلك الفصل 571 من ظهير الالتزامات والعقود¹.

سادسا: ينص الفصل 470 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي ما نصه:

((إذا ذكر، في الالتزام، المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب بعبارتي "ما يقارب وتقريبا" وغيرهما من العبارات المماثلة، وجب الأخذ بالتسامح الذي تقتضي به عادات التجارة أو عرف المكان)).

ويجد هذا الفصل أصله في القاعدة الفقهية "العادة والعرف محكمان" وأصله كما ذكر الإمام السيوطي قال القاضي أصلها قوله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"².

وتفسير العقد إذن يتم طبقا لما يقتضيه العرف أو العادات الجاري بها العمل، فإذا كان محل الالتزام غير محدد في العقد بحيث ذكر في العقد أن المبلغ أو الوزن أو المقدار جاء على وجه التقريب، فالقاضي في هذه الحالة وعملا بالفصل 470 من ظهير الالتزامات والعقود يرجع إلى العرف والعادة المعمول بها وخاصة في الميدان التجاري.

وما تجدر الإشارة إليه أن العمل التجاري زاهر بمجموعة من العادات والأعراف وهي عبارة عن قواعد مكمله للقاعدة القانونية، وهذا ما حدا بالمشرع المغربي إلى تغليب ما يكتب بالحروف على ما يكتب بالأرقام إلى أن يثبت العكس، وقد تم النص على ذلك في الفصل 471 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي حيث جاء فيه:

((إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالأرقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط)).

سابعا: جاء في الفصل 473 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي:

((عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم)).

وينبغي هذا الفصل على قاعدة أصولية فقهية مشهورة وهي "الأصل في الشك عدم الفعل"، وتعني أنه من شك هل فعل شيئا أو لا؟ فالأصل أنه لم يفعل³.

ويتبين من خلال القاعدة المنصوص عليها في الفصل 473 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي أن الشك يفسر لصالح المدين أي أنه إذا وقع شك في نطق الالتزام وجب العمل بقليله ولو وقع شك في بند من بنود العقد وجب تركه.

1- محمد شليح، "سلطان الإرادة..."، مرجع سابق، ص 89.

2- الإمام السيوطي، "الأشباه والنظائر"، مرجع سابق، ص 63.

3- الإمام السيوطي، "الأشباه والنظائر"، مرجع سابق، ص 55.

ويدخل في القاعدة قاعدة أخرى وهي "من يتقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن اللهم إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ إلا بيقين"¹.

ونستخلص من تحليل هذا الفصل أن المشرع المغربي يهدف من وراء إقحامه لفكرة العدالة في التفسير إلى حماية الطرف المدين في العقد ولعل هذه الحماية يبررها المبدأ القائل "الأصل براءة الذمة". وتبعاً لذلك إذا قام الشك حول أحد بنود العقد فإن الشك يفسر بما يتلاءم مع مصلحة الطرف المدين، أما الدائن فما عليه إلا أن يتحمل وزر عدم احتياطه في اختيار التعبير الذي يترجم بدقة نواياه ومقاصده².

ويجب لفت الانتباه إلى أن الطرف الدائن في الالتزام قد لا يكون بالضرورة صاحب التعبير الغامض، إذ أن كثيراً ما يصدر التعبير عن الطرف المدين فكيف يعقل إذن حماية هذا الأخير والواقع أن الغموض ينسب إلى فعله؟ من أجل تبيان هذا التناقض نقول أن الفصل 473 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي يجد أساسه في المبدأ العام القائل "البينة على المدعي والشك يستفيد منه المدعى عليه". وهذا يعني أن المدعى عليه ما دام يطالب ببقاء الأمور على وضعها العادي والطبيعي وأن المدعي يريد تغيير هذه الأوضاع الطبيعية. فإن القاضي يتدخل لفض هذا النزاع لتكريس الوضع العادي والطبيعي الذي يتثبت به المدعى عليه وما على المدعي إلا أن يقيم الدليل على صحة مزاعمه التي تقدم بها. والمدعي ليس بالضرورة هو الدائن في العقد، بل يمكن أن يكون المدعي هو المدين، وتفسير الشك بما يتلاءم مع مصلحة المدين لا يرفع عنه عبء إثبات مزاعمه التي تخالف الأبعاد العادية والموضوعية لألفاظ العقد.

إلا أن هذه القاعدة لا تطبق في العقد المبرم بين المستهلك والمهني في إطار عقود الاستهلاك، حيث نص المشرع المغربي في المادة 9 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على أن :
"فيما يتعلق بالعقود التي يحرم جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك".

وبخصوص الشروط التعسفية نجد المشرع المغربي قد منح القاضي في العقد الاستهلاكي سلطة واسعة في تقدير تعسف الشروط المدرجة في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، حيث إن تقدير القاضي الطابع التعسفي لشروط من الشروط يتم وفقاً لجميع الظروف المحيطة بإبرام العقد وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة فيه، وكذلك إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية³.

وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 26 فبراير 2002 على أن : "القاضي عند تقدير الطابع التعسفي يجب أن يبدأ هذا التقدير من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ البت في النزاع"⁴.

1- الإمام السيوطي، "الأشباه والنظائر"، مرجع سابق، ص 55.

2- أنظر: حسن الفكاهاني، "التعليق على قانون الالتزامات والعقود"، مرجع سابق، ص 152.

3- المادة 16 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

4 - cassation 1ere civil 26-2-2002, N° 365.

المبحث الثاني : رقابة محكمة النقض على تفسير العقد وحدودها :

سيتم معالجة المبحث من خلال التطرق لرقابة محكمة النقض على تفسير العقد في المطلب الأول، على نخص المطلب الثاني لحدود هذه الرقابة.

المطلب الأول : رقابة محكمة النقض على تفسير العقد :

من المعلوم أن محكمة النقض لا تشكل درجة ثالثة من درجات التقاضي، وتبعا لذلك فإن رقابتها لا تشمل سوى تطبيق القانون، ولا يمكن أن تمتد إلى مسائل الواقع التي تختص محاكم الموضوع بها¹، بحيث إن قاضي الموضوع له سلطات واسعة في معاينة وتقدير وقائع العقد، على أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي ليست مطلقة، بل تم تقييدها بفضل إقرار نوعين من الرقابة، يتمثل النوع الأول في رقابة محكمة النقض للتكييف القانوني للعقد، وتعني أن قاضي الأساس إذا كان يملك كامل السلطة في معاينة الوقائع والتأكد من وجودها، فإنه عندما يحدد لهذه الوقائع طبيعتها القانونية وبالتالي يحدد القواعد القانونية التي تحكمها، فإن ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض نظرا لاعتباره من المسائل القانونية، ويتمثل النوع الثاني في ما يسمى بالرقابة على تحريف العقد، وهذه الرقابة هي التي تهتم ببحثنا الحالي.

إن العقد يتمتع بقوة ملزمة، سواء في مواجهة أطرافه أو في مواجهة القاضي، حيث يمنع على الأخير اللجوء إلى تفسير العقد بالبحث عن قصد طرفيه إذا كان هذا العقد واضحا ولا يثار أي شك حول مدلوله ومدلول ألفاظه. ويتبين أن نطاق رقابة محكمة النقض محصور في المسائل القانونية، أما مسائل الواقع فهي متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك.

وقد يقول القائل أن الاهتداء إلى الحد الفاصل بين اختصاص محكمة النقض وبين اختصاص محاكم الموضوع سهل المنال، إلا أن الواقع العملي أكد على عكس ذلك لأنه يصعب في الكثير من الحالات التمييز بين ما يعتبر من مسائل القانون وما يعد من مسائل الواقع، والسبب راجع إلى كون هذين المفهومين لا يتميزان بالدقة والوضوح، مما يجعل من الصعب وضع معيار عملي محدد يصيغ قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة واقع أو مسألة قانون، إذ كثيرا ما يلق الخط الفاصل بينهما حتى يصبح دقيقا خاصة في مجال الاتصال بين التفسير والتكييف.

وصعوبة التفسير هذه بين الواقع والقانون هي التي جعلت رقابة محكمة النقض في تفسير العقد تزداد أهمية يوما بعد يوم. ولقد برز ذلك على الخصوص في طائفة معينة من العقود، وهي تلك التي يغلب عليها الطابع التنظيمي، حيث تدخل محكمة النقض في أكثر من قرار لتبسط رقابتها على تفسير الشروط النموذجية وخصوصا منها عقد التأمين. وهكذا جاء في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 23 نونبر 1965 ما يلي :

1 - Les questions de fait sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond que la cour de cassation contrôle l'application de droit par les tribunaux .

- Freres MAZAUD, «leçon de droit civil », Tome 2, obligation, édition Montchrestien , 1978, Page 318.

((عقد التأمين القائم على وجه صحيح يكون شريعة المتعاقدين في حضور التزام واضح وصريح للبوليصة يحدد مباشرة الخطر المؤمن عليه، فإن القرار الذي يحاول تفسير الشرط المتضمن لإبقاء الخطر يتعرض للنقض من أجل تحريف العقد)).

وقد ظهرت بعض المحاولات من جانب الفقه ترمي إلى إيجاد المعيار الذي يكفل وضع هذا التفسير بين الواقع والقانون.

وقد لجأ بعض الفقه إلى انتهاج مذهب الاستدلال القياسي أو ما يسمى **Syllogisme judiciaire**، ومفاده أن الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين مقدمته الكبرى **La majeure**، القاعدة القانونية ومجموع الوقائع يعتبر مقدمته الصغرى **La mineure**، أما الحكم القضائي أو القرار الصادر من القاضي فيعتبر نتيجة هذا القياس¹.

وأصحاب هذا الاتجاه رتبوا نتيجة مفادها أنه إذا كان الخطأ مترتباً عن المقدمة الكبرى؛ أي في القاعدة القانونية كان هذا خطأ في القانون يوجب تدخل محكمة النقض لإعمال رقابتها، وعلى العكس من ذلك فإذا وقع الخطأ في المقدمة الصغرى؛ أي في مجموع الوقائع فإن هذا الخطأ لا يدخل في رقابة محكمة النقض. أما إذا وقع الخطأ في الحكم القضائي؛ أي في نتيجة القياس فهنا يعتبر الخطأ خطأ قانونياً يوجب تدخل محكمة النقض².

وقد وجهت مجموعة من الانتقادات إلى هذا المذهب على اعتبار أن مذهب الاستدلال القياسي، وإن كان يتوصل به دائماً إلى نتائج منطقية ودقيقة فعليه أنه لا يعطي نتائج عادلة.

أضف إلى ذلك أن طريقة الاستدلال القياسي تدفع القاضي إلى الجمود، لأن القاضي باعتماده على هذه الطريقة يقلل من ضرورة بحث المصالح المتعارضة.

والملاحظ أن كل محاولة لرسم حدود وأبعاد رقابة محكمة النقض بالاستناد إلى التمييز بين مفهومي القانون والواقع لن تفيد في شيء، لكون هذه المحاولة في التمييز لا تستند على أساس، ذلك أن مضمون كل من القانون والواقع لا يتميز بالدقة والوضوح حتى نستطيع التمييز بينهما، وبالتالي معرفة نطاق اختصاص كل من محاكم الموضوع ومحكمة النقض.

ترتبط على ما سبق، ترى ما هي حدود رقابة محكمة النقض على تفسير العقد؟ وبمعنى آخر فما هو نطاق اختصاص كل من محاكم الموضوع ومحكمة النقض؟ في ظل الصعوبة التي يعرفها التمييز بين الواقع والقانون، لا سيما ونحن نعلم أن كل ما هو واقع يخضع لسلطة محاكم الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض على هذه الأحكام، أما المسائل القانونية فإنها تخضع لا محالة لرقابة محكمة النقض.

المطلب الثاني : حدود رقابة محكمة النقض على تفسير العقد :

ثار جدل كبير بين الفقهاء حول معرفة ما إذا كانت مسألة تفسير العقد من المسائل التي تدخل ضمن الواقع الذي يخضع للسلطة المطلقة لقضاة الأساس؟ أم أن تفسير العقد من مسائل القانون الخاضعة لمحكمة النقض؟

لقد انقسم الفقه للإجابة على هذه المسألة إلى ثلاثة فرق رئيسية :

1 - FP. Blanc . OP .Cit,n: 39,Page 236.

2- سعد أحمد سعد، " مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، السنة 1977، ص 494.

- **الفريق الأول :** هو الفريق المتشيع بالأسلوب الذاتي في تفسير العقد، ويذهب هذا الفريق إلى أن التفسير يعد من مسائل الواقع تأسيسا على أن الهدف منه قد حدد في البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة، ومن المعلوم أن البحث عن نوايا ومقاصد طرفي العقد المشتركة يعد من صميم ميدان الواقع الذي يستبعد عن بحث محكمة النقض ورقابتها.

- **أما الفريق الثاني :** المعتنق لأسلوب التفسير الموضوعي فإنه يذهب إلى كون العبرة في العقد للتعبير، وأن النية الباطنة النفسية لا تتمتع بأية قيمة قانونية إلا في الحدود التي يجسدها التعبير المادي، وبناء على ذلك، فإن تفسير العقد ليس الهدف منه البحث عن نوايا ومقاصد المتعاقدين الباطنة، وإنما البحث عن المعنى الموضوعي لبند العقد المستخلص من ظاهر ألفاظه.

- **وهناك فريق ثالث :** يتزعمه الفقيه ديرييه¹ **G. DEREUX** الذي اتخذ موقفا معتدلا بين النظريتين السالفتين. إذ يرى أن مسألة التفسير تعتبر مبدئيا من مسائل الواقع، باعتبار أن الهدف منها هو الوقوف على النية المشتركة لطرفي العقد، إلا أنه في الكثير من الحالات يواجه المفسر بعدم وجود هذه النية المشتركة، ويضطر بالتالي إلى اعتماد مصادر موضوعية أخرى من مقتضياتها يستلهم حلوله كمصدري العدالة والعرف، وفي هذه الحالة تصبح مسألة التفسير مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض.

ويتبين من خلال هذه النظريات أن قاضي الموضوع كلما استطاع الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين - وهو من أجل ذلك يملك كامل السلطة في اعتماده كافة الظروف والعوامل التي من شأنها أن ترشده إلى تحقيق هدفه - فإن حكمه لا يخضع لرقابة محكمة النقض نظرا لكونه يركز على وقائع مادية استطاع من معاينة هذه الوقائع وفحصها الوقوف على العقد الحقيقي لطرفي العقد. عكس ذلك يحدث عندما لا يسعفه اعتماد هذه العوامل والظروف من كشف هذه النية المشتركة، حيث يضطر إلى الاقتصار على نص العقد بإعطائه المعنى الموضوعي المستخلص من ظاهر ألفاظه، وهو يخضع في تحديده لهذا المعنى لرقابة محكمة النقض.

وهذا ما سيتم بحثه في فقرتين :

الفقرة الأولى : موقف محكمة النقض من تفسير العقد الواضح :

بالرجوع إلى الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود، نلاحظ أنه رسخ قاعدة قانونية متفقا عليها في جميع التشريعات المقارنة، وهي العقد الواضح لا يفسر بل ينفذ. والعقد الواضح فيه إرادة الأطراف واضحة وجلية، وإن لم تكن ألفاظه واضحة، على اعتبار أن ألفاظه هي مجرد قرينة بسيطة على وضوح الإرادة، لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الحقيقية، وتغليب للألفاظ والمباني على المقاصد والمعاني.

على أن المتفق عليه في الفقه والقضاء الفرنسي أن العقود أو الشروط النموذجية والعقود المطبوعة تعتبر من العقود الواضحة، وبالتالي تخرج عن القاعدة. وإذا كان الأصل هو أن أعمال الشروط الواضحة المضمنة بالعقد من مسائل القانون فإن ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض إذ تسهر هذه الأخيرة على ألا يزيغ قاضي الموضوع عن العبارات الواضحة والمعنى الظاهر للعقد إلا إذا أوضح بأسباب مقنعة، الغرض من جنوحه وابتعاده على الألفاظ الواضحة إلى غيرها وإلا اعتبر محرفا للعقد وعرض حكمه للنقض.

1 - G. DEREUX - L'interprétation des actes juridiques privés- 1905. Page 71 et s.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: "يتعرض للنقض القرار الذي يحرف عقدا عدليا متضمنا لإيجار أصل تجاري بتفسيره كمتضمن لإيجار محل لاستعماله مقهى..."¹.

فإذا استطاع القاضي أن يوفق بين عبارات العقد الواضحة والنية الحقيقية للأطراف اعتبر هذا التفسير سليما لا يطاله النقض. أما إذا لم يوجد مبرر لإعمال التأويل ورغم ذلك فسر القاضي العقد اعتبر ذلك تحريفا ويتعرض حكمه للنقض نتيجة هذا التحريف.

الفقرة الثانية: موقف محكمة النقض من تفسير العقد الغامض:

أما بخصوص العقد غير الواضح أو العقد الغامض فيعتبر المرتع المناسب لإعمال قواعد التفسير التي وقع الحديث عنها سابقا للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

وسلطة القاضي في تفسير العقد الغامض سلطة واسعة لا رقابة لمحكمة النقض عليها، على اعتبار أن القاضي وفي سبيل الوصول إلى نية الأطراف المشتركة يستعمل قواعد التفسير التي سبق وأن قررنا أنها قواعد إرشادية وضعت لفائدة قضاة الموضوع لمساعدتهم في البحث عن القصد الحقيقي للأطراف، كما يستعين بالإجراءات التحقيق من بحث وخبرة ومعاينة وغير ذلك، وهذه كلها مسائل مادية وواقعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها².

أضف إلى ذلك أن النية المشتركة يستخلصها القاضي عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها، فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا هو يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها³.

وفي هذا الصدد في جاء قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 20 أبريل 1966 ما يلي:

(يتعرض للنقض الحكم الصادر عن قضاة الاستئناف الذين لم يكن في وسعهم أن يرتبوا أي مفعول على الاتفاق المبرم بين الخصوم)⁴.

ويظهر جليا إذن أن العبارات الواضحة ومسألة تطبيقها تخضع لرقابة محكمة النقض في حين أن العبارات الغامضة تدخل في صميم المسائل الموضوعية الواقعية التي تدخل في السلطة المباشرة لقاضي الموضوع ولا رقابة إذن على هذه السلطة من قبل محكمة النقض.

ويعود سبب عدم بسط رقابة محكمة النقض على تفسير العقود الغامضة في نظر الأستاذ محمد الكشور⁵ إلى أن التفسير في هذه الحالة (حالة غموض العقد) يقتضي تقصي النية الحقيقية أو المفترضة للأطراف والوقوف على ظروف التعاقد وظروف التعامل وما تقتضي به قواعد حسن النية وعادات التجار فيما بينهم. وقد يستدعي الأمر الاستعانة بإجراءات التحقيق كالمعاينة والخبرة، فالمسألة إذن مسألة واقع لأن قاضي الموضوع يبحث في عالم النية والضمير ليقنتع في النهاية بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تحقيق غرض معين).

1- القرار المؤرخ في 14 ماري 1966، المنشور بمجلة رابطة القضاة، العدد 2 و3 السنة 1966، ص 78 وما بعدها.

2- انظر محمد الكشور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع"، مرجع سابق، ص 222.

3- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص 613.

4- مجلة القضاء والقانون، العدد 85-87، 20 أبريل 1966، ص 289.

5- محمد الكشور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع"، مرجع سابق، ص 157.

ويتضح من خلال هذه الدراسة أن قاضي الموضوع في حالة غموض ألفاظ العقد يملك كامل السلطة في البحث عن قصد المتعاقدين الحقيقية، وحكمه في هذا الشأن لا يدخل قي رقابة محكمة النقض، وذلك أيا كانت طبيعة الحلول المتوصل إليها، ولو جاءت نتيجة لتقدير خاطئ لواقع النازلة، باعتبار أن فهم وقائع الدعوى ومعاينتها وحتى تحريفها¹ لا يمكن أن ينهض سببا للطعن بالنقض نظرا لكون ميدان الواقع مستبعدا من رقابة محكمة النقض.

إلا أنه يجب عدم أخذ هذا المبدأ على إطلاقه حيث عملت محكمة النقض على التقليل من حدته بتوسيع نطاق رقابتها لتشمل في بعض الأحيان الميدان الخاضع لاختصاص قاضي الموضوع المطلق، وخاصة فيما يتعلق بعقود الإذعان، على اعتبار أن هذه العقود تتميز باتساع رقعتها وذلك بالنظر إلى العدد الضخم من الأشخاص الذين يبرمونهم، بالإضافة إلى كونها غالبا ما تحرر وفق نموذج عام يؤدي إلى وحدة أغلب شروطها².

ولما كان تفسير العقد الغامض يعد من اختصاص قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من طرف محكمة النقض في ذلك، فإن انعدام هذه الرقابة من شأنه أن يؤدي إلى تعدد التفسيرات التي يمكن أن تعطي لنفس البند مما يعد مساسا خطيرا باستقرار التعامل.

أمام هذا الوضع كان لابد لمحكمة النقض أن تتدخل لتوحيد تفسير بنود هذه العقود بإزاحة الارتباك الذي ميز محاكم الموضوع إزاءها وقد برز تدخل محكمة النقض هذا على الخصوص في عقود التأمين، إذ من الملاحظ أن بنود هذه العقود في علاقاتها مع الوضعية المترتبة عن تنفيذها تشكل مصدرا للعديد من الخلافات بين طرفي العقد خاصة منها تلك المتعلقة بسقوط الضمان أو انعدامه. فمن المعلوم أن هذه البنود تضع على عاتق المؤمن له مجموعة من الالتزامات التي يؤدي إخلاله بها إلى سقوط حقه في الضمان. والنزاع القائم بين طرفي العقد يتمحور موضوعه في الغالب حول معرفة هل الفعل الصادر من المؤمن له يعد إخلالا منه بالالتزامات التي ترتبها هذه البنود أم لا؟

ومن أبرز الأمثلة على ممارسة محكمة النقض لوظيفتها التوحيدية ما جاء في العديد من قراراته أن قيام المؤمن له بتغيير استعمال الناقل لا يمكن أن ينهض سببا في سقوط الضمان إلا إذا كان لهذا التغيير أثر مباشر على وقوع

1- قرار محكمة النقض رقم 8421 بتاريخ 27 نونبر 1962، الغرفة المدنية، المجلة المغربية للقانون، السنة 1963، العدد 6، يونيو السنة 15، تحت كلمة تحريف، ص 267 باللغة الفرنسية.

2- الملاحظ بالنسبة لهذا الصنف من العقود -خاصة منها عقد التأمين وعقد العمل الفردي- قد حظي بعناية خاصة من طرف المشرع المغربي حيث عمل على فرض التنظيم الأمر لآثارها القانونية، وهذا الاهتمام الذي وصل إلى درجة وضع عقد نموذجي كالعقد النموذجي للشغل الصادر بمقتضى القرار بمثابة قانون المؤرخ في 23 أكتوبر 1948، والعقد النموذجي للتأمين الصادر بقرار نائب كاتب الدولة في المالية المؤرخ في 25 يناير 1965.

وعلى هدي هذا العقد النموذجي ترم العقود التي تنطوي تحت لوائه، الشيء الذي أدى إلى صيرورة أغلب بنود هذه العقود مجرد استنساخ للتعايير القانونية التي تتولاها بالتنظيم.

وبناء على ذلك فإنه يمكن تبرير تدخلت محكمة النقض بفرض رقابتها على تفسير بنود هذه العقود بالاستناد إلى كون سوء تفسيرها يشكل خرقا للنصوص القانونية المرتبطة بها، وهذا يعني أن تفسير قاضي الموضوع ينصب في الواقع ليس على بنود تعاقدية وإنما على نصوص قانونية.

والقرارات التي تؤكد هذا التصور متعددة منها القرار الصادر من محكمة النقض عن الغرفة الجنائية بتاريخ 6 مارس 1980 والذي جاء فيه:

(إذا كانت شركة التأمين لا تلزم بالضمان في حالة ما إذا كان سائق الناقل المؤمن عليها لا يتوفر على وقت الحادثة على رخصة السياقة أو كانت عديمة الصلاحية قانونا الفصل 12 من الشروط النموذجية من عقد التأمين (...)) فإنه في حالة قيادة ناقلة بدون علم المؤمن له ولا تلزم الشركة بالضمان).

- قرار رقم 231، الغرفة الجنائية، ملف 10143، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 28، السنة 6، دجنبر 1981، ص 214.

الحادث المؤمن عليه¹ أو توفر عنصر الاعتیاد والتكرار في حالة النقل بمقابل² أو إثبات سوء نية المؤمن له في حالة التصريح الخاطئ أو الكاذب³.

ومن أمثلة هذا الاتجاه في مجال العلاقات التي تربط الأجير بالمؤجر نورد القرار⁴ الصادر عن محكمة النقض الغرفة الاجتماعية بتاريخ 4 دجنبر 1981 الذي اعتبر أن الفصل 6 من القرار الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1948 بشأن العقود النموذجية للشغل لا يرتب أي جزاء على عدم إقامة الدعوى داخل أجل شهر من تاريخ توصل العامل بالإنذار بالطرد من العمل، ولهذا فإن عدم إقامة الدعوى داخل الأجل المذكور لا يسقط حق العامل في إقامتها بعد ذلك.

1- مجموعة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية، الجزء الأول لسنوات 57-60 قرار 402 بتاريخ 29 أكتوبر 59 ص 110- منشور باللغة الفرنسية.

2- مجموعة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة المدنية لسنوات 61-62 قرار عدد 1074 بتاريخ 15 مارس 1962، ص 178.

3- مجموعة قرارات المجلس الأعلى، الغرفة المدنية لسنوات 57-60 قرار عدد 2989 بتاريخ 24 أكتوبر 1961، ص 274.

4- قرار 677 مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 29 السنة 7 أبريل 1982، ص 140.

عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات المصرفية الحديثة



الدكتور عبد العزيز خنفوسي

دكتوراه في القانون ، أستاذ محاضر

قسم - ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة، الجزائر

Email : yahoo.fr @Email : azizkhanfouci

مقدمة :

ساهمت الإصلاحات المصرفية التي باشرتها السلطة في إحداث نقلة نوعية للنظام المصرفي؛ وذلك من خلال الانتقال بهذا النظام من وضعية الجمود الإداري إلى حالة الحركية الاقتصادية، أو بعبارة أخرى تخلصت البنوك نسبيا من التنظيمات المعيقة لحرياتها لفائدة تنظيمات ذات بعد ليبرالي.

وقد كانت هذه الإصلاحات مدفوعة في الواقع برغبة المحيط الاقتصادي في استبدال التسيير الإداري لشؤون النقد والقرض بأسلوب التسيير الاقتصادي لها.

وكان من نتائج هذا الاستبدال أن اقتضت عملية تحرير سوق القرض تزويد هذا الأخير بضمانات مصرفية ملائمة ومتنوعة قادرة على حماية الائتمان المصرفي من الأخطار التجارية المحدقة به.

وفي هذا الشأن لم يكتف المشرع بالضمانات الشخصية أو العينية المعتاد عليها بل أضاف إليها أشكال جديدة للضمان بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 في المواد 543 وما يليها.

ويمثل عقد تحويل الفاتورة أحد أشكال هذا الضمان؛ حيث تم تنظيمه بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري في المادة 543 مكرر 14 وما يليها، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 الذي أشار إلى الشروط المتعلقة بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة.

وعليه ؛ فإن الحديث سوف ينصب على عقد تحويل الفاتورة كشكل جديد للضمانات المصرفية الحديثة، التي تزود بها سوق القرض قصد القضاء على ظاهرة عدم تسديد القروض، والمخاطر المترتبة عن ذلك.

ومن أجل إثراء هذا الموضوع يجدر بنا أن نتناوله وفق المحاور الأساسية التالية :

- المحور الأول : لمحة تاريخية عن عقد تحويل الفاتورة.
- المحور الثاني : تعريف عقد تحويل الفاتورة وخصائصه وطبيعته القانونية.
- المحور الثالث : الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة.
- المحور الرابع : التقنية المالية لعقد تحويل الفاتورة.
- المحور الأول : لمحة تاريخية عن عقد تحويل الفاتورة :

من الفقهاء من يرجع ظهور عقد تحويل الفاتورة للعصور القديمة وبالأخص إلى العهد البابلي والفينيقي؛ لما اتسم عهدهم بممارسات تجارية برية وبحرية نشطة سواء؛ داخل حدود أراضيهم أو مع الدول الأجنبية، ويستندون في ذلك على أن عقد تحويل الفاتورة مصدره عقد الوكالة الذي تعامل به التجار منذ القدم، وعبر الأزمنة تطورت تطبيقاتها لتصل إلى ما هي عليه اليوم، بينما يرجع بعض الفقهاء ظهور عقد تحويل الفاتورة للعصور الحديثة وبالتدقيق إلى القرن الثامن عشر (18) على يد الانجليز؛ حيث أسسوا أول شركة لهم سميت "بيت الوسطاء" وكان شعارها هو: " بيعوا ونحن نقوم بالباقي"، ومن بعد انتشرت عقود تحويل الفاتورة في المستعمرة الانجليزية بالولايات المتحدة الأمريكية ومع رواج الصادرات الأمريكية في منتصف القرن إلى جميع أنحاء العالم؛ لجأت البنوك الأمريكية⁽¹⁾ إلى إنشاء فروع لها في البلدان الأوروبية ساهمت فيها بعض البنوك الوطنية حتى تساعدها في تحصيل الحقوق الناتجة عن عمليات التصدير وتحقيق لها شفافية الأسواق الخارجية، فبدأ عقد تحويل الفاتورة ينتشر في هذه البلدان؛ إذ أنشئت بعد ذلك شركات متخصصة في تطبيق نظام الفاكترورنغ في الدول الأوروبية ابتداء من سنة 1960⁽²⁾. أما الظهور الرسمي لشركة الفاكترورنغ في فرنسا فيعود تاريخه إلى سنة 1966؛ وكانت أول شركة ظهرت للوجود تسمى "الشركة الفرنسية للفاكترورنغ"، وتشير التقديرات الإحصائية إلى أن عدد مؤسسات الفاكترورنغ في فرنسا عام 1968 بلغ 14 مؤسسة أخذت على عاتقها مليوني دين بقيمة 26 مليار فرنك فرنسي، وفي نهاية عام 1994م وصل عددها إلى 23 مؤسسة وشركة؛ أخذت على عاتقها سبعة ملايين وستمئة ألف دين بقيمة 128.7 مليار فرنك فرنسي بينها 7% تقريبا على الصعيد الدولي. وفي عام 2000م ارتفع عدد مؤسسات وشركات الفاكترورنغ إلى 25 مؤسسة وشركة اهتمت بأكثر من 60 مليار أورو بينها 20% تقريبا على الصعيد الدولي و80% على الصعيد الداخلي الفرنسي، كما انتشر عقد تحويل الفاتورة على صعيد التجارة الدولية؛ حيث أنشئت العديد من الشركات العالمية لشراء

(1) - حيث كان الوكيل Factor يقوم في أمريكا بدور ممثل الباعة الإنجليز الذين كانوا يجهلون السوق الأمريكية، وكان يعمل في السوق الأمريكية وعلى اطلاع تام بهذه السوق. وبالتالي يكون أقدر على تقديم المعلومات لعملائه في إنجلترا عن حاجات السوق المحلية الأمريكية ومدى يسر وأمانة المشتريين وغير ذلك. كما كان الوكيل أقدر على مخاطبة المشتريين وتحصيل الثمن منهم لحساب الباعة، بل وأحيانا يقدم الوكيل إلى عملائه الباعة دفعات على الحساب مما يستحق على المشتريين وأحيانا أخرى يضمن لعملائه البائعين تنفيذ الصفقات التي يبرمونها مع المشتريين الأمريكيين.

(2) - voir: Christian GAVAL DA, Affacturage, Rep.com.Dalloz, mars 1996, CD, encyclopédie, Dalloz, mise à jour juillet 2005. george Ripert, rené

الحقوق، وفي عام 1988م تم توقيع اتفاقية دولية لتوحيد القواعد القانونية التنظيمية لعمليات الفاكترينغ الدولية تمثلت في اتفاقية أوتواو المبرمة بتاريخ 28 ماي 1988م. أما في الجزائر فقد أدخل المشرع الجزائري القواعد القانونية لتنظيم عقد تحويل الفاتورة حديثا عن طريق المرسوم التشريعي⁽³⁾ رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993؛ وهذا بعد أن عرفت الجزائر تغييرات جذرية في المجال الاقتصادي من نمط التسيير الاشتراكي إلى اقتصاد السوق، مما دفع المشرع الجزائري إلى إحداث تعديلات كثيرة على القانون التجاري تتماشى مع أحكام اقتصاد السوق، ومن بينها إدخال أنواع جديدة من الشركات مثل : شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة وشركة التوصية بالأسهم، كما أجرى تعديلات واسعة على شركة المساهمة وأضاف إلى الأوراق التجارية التقليدية أنواع جديدة منها سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة بغية تنشيط وإنعاش الحياة الاقتصادية، إلا أنه من باب الواقع تعرف هذه التقنية الجديدة (عقد تحويل الفاتورة) بداية محتشمة؛ حيث لم يعتاد عليها الجزائريين إلى حد الساعة إذ حسب المعلومات المتوفرة لدينا لا توجد أي شركة تمارس هذا النوع من النشاط في الجزائر، كما أن إنشاء هذا النوع من الشركات في الجزائر يتطلب تنظيم قانوني أوسع تتفادى به الوقوع في فراغ يصعب حله قضائيا.

المحور الثاني : تعريف عقد تحويل الفاتورة وخصائصه وطبيعته القانونية :

أولا : تعريف عقد تحويل الفاتورة :

يسمى عقد تحويل الفاتورة بـ «تسمية»؛ فمنهم من يسميه بعقد الفاكترينغ مثلما هو الحال في فرنسا ومنهم من يسميه بعقد شراء الحقوق التجارية أو شراء المديونات التجارية متوسطة الأجل أو عقد وكالة التسويق مثلما هو الحال في بعض الدول العربية، وتقوم فكرة عقد تحويل الفاتورة في الأساس على عقد شراء الديون التجارية، وبالتالي يمكن تعريفه بأنه اتفاق بين وسيط عبارة عن مؤسسة مالية معروفة بمؤسسة أو شركة الفاكترينغ مع عميلها المنتمي أو العميل عادة ما يكون من المؤسسات الصغيرة أو متوسطة الحجم، ويقدم بموجبه هذا الأخير لمؤسسة الوسيط كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له بـ «مدين» مدينية، فتقوم مؤسسة الوسيط⁽⁴⁾ في انتقاء واختيار الفواتير والديون التي ترى إمكانية في تحصيلها أو عدم تعرضها كليا لمخاطر عدم تسديد المدين (تبعاً لعدم مصداقيته، أو لضعف وضعه المالي والتجاري، أو عجزه كليا أو جزئيا عن تسديد الدين بتاريخ استحقاقه)، فإذا وافقت مؤسسة الوسيط أو الفاكترينغ على كل أو بعض تلك الديون فإنها تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للدائن قبل تاريخ استحقاقها مقابل نسبة معينة من تلك الديون، وحقها في الحلول محل الدائن تجاه مدينيه وضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم التحصيل، إضافة إلى تقديم بعض الخدمات الإدارية والقانونية والمعلوماتية لمصلحة الدائن. وعرف المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري على أنه: "عقد تـحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي" عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتـكفل بتبـعة عدم التسديد؛ وذلك مقابل أجر". كما عرفه الفقيه "بيار جود" بأنه : " تقنية بمقتضاها تتعهد

(3) – أنظر: المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخ في 27/04/1993.

(4) – en l'an 2002 les factors ont pris de 60 milliards d'euros. L'association française des sociétés financières a recensé 25 entreprises d'affacturage

dont les cinq premières se partagent plus de 80% du marché. 20 000 entreprises environ, ont aujourd'hui recours à cette technique. Dominique

Legeais, affacturage, JCI com, 15 janvier 2002, fascicule 361, CD juris classeur édition.

هيئة متخصصة تدعى وسيط بأن تتحمل على عاتقها وبدون رجوع الوفاء بكل أو بعض الحقوق التجارية لمون السلع أو الخدمات". وعرفه بنك فرنسا⁽⁵⁾ بأنه " عقد تحويل الفاتورة يعمل على نقل الحقوق التجارية من صاحبها إلى وسيط يتكفل بالتحصيل ويضمن النهاية الحسنة، وحتى ولو في حالة التفليسة المؤقتة أو المستمرة للمدين يستطيع الوسيط تسوية كل أو جزء من مبالغ الحقوق المنقولة".

ثانيا : خصائص عقد تحويل الفاتورة :

تظهر خصائص عقد تحويل الفاتورة من خلال المبررات التي أدت إلى ابتكاره؛ إذ أن الهدف الأساسي من هذا العقد هو حل مشكلة حاجات التجار للسيولة النقدية بالرغم من امتلاكهم لديون متوجبة لهم لزمة عملائهم. لكن تلك الديون إما أن تكون غير مستحقة، وبالتالي لا يستطيعون المطالبة بها قبل استحقاقها، وإما أن تتطلب إجراءات قد تأخذ مدة من الزمن لتحصيلها ونفقات كبيرة لذلك التحصيل، كالديون المترتبة لتاجر على مدينين له خارج الدولة التي يمارس فيها نشاطه، ويمتاز عقد تحويل الفاتورة بالخصائص التالية :

1. عقد تحويل الفاتورة هو عقد مثله مثل جميع العقود التجارية، ولذلك يجب أن تفرغ شروطه في ورقة رسمية حتى يمكن إضفاء الصفة الرسمية عليه؛ وذلك حتى يسهل إثبات ما تضمنه من بيانات تهم المتعاقدين. ويكون العقد ملزما للوسيط والمنتمي على السواء متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعهدهما بعضا عن رضا مثله في ذلك مثل عقد البيع، وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد على خلاف الأوراق التجارية الأخرى (السفينة والسند لأمر والشيك)؛ فهذا يعني أنه قد تركها لإدارة الأفراد المتعاقدة على شرط أن لا تكون مخالفة للأداب أو النظام العام.
 2. ويعد عقد الفاتورة من الأعمال التجارية بالنسبة لطرفي العقد (الوسيط والمنتمي). ومن ثم يتخذ هذا العقد بالنسبة للمنتمي (بائع الديون) الصفة التجارية؛ وذلك لأنه يلجأ إلى هذا العقد لتأمين السيولة النقدية اللازمة عبر تسجيل ديونه التجارية، وهو من الأعمال التجارية للمنتمي باعتباره تاجرا. وبالنسبة للوسيط (مشتري الديون) فإن قيام الوسيط بشراء الديون التجارية يكرس الصفة التجارية لعقود تحويل الفاتورة التي تقوم بإبرامها لهذا الغرض، وبالتالي يخضع هذا العقد لقواعد الإثبات الحر التي ترعى أصول الإثبات في المواد التجارية وفقا للمادة 06/30 من القانون التجاري الجزائري التي كرست مبدأ الثبات الحرفي للقضايا التجارية بقولها : " يثبت كل عقد تجاري :
- بسندات رسمية.
 - بسندات عرفية.
 - فاتورة مقبولة.
 - بالرسائل.
 - بدفاتر الطرفين.
 - بالإثبات بالبيئة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبوله".

(5) - أنظر: علي جمال الدين عوض "عمليات البنوك من الوجهة القانونية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص: 526.

وفي الأخير تعود للقاضي السلطة المطلقة في تقرير وسائل الإثبات المعروضة عليه، وتقدير قيمتها الثبوتية⁽⁶⁾.

3. يلعب الاعتبار الشخصي دورا هاما في عقد تحويل الفاتورة تبعا لأهمية كل من طرفيه في الموافقة على الدخول في نظام الفاكستورنغ عبر إبرام هذا العقد. ويقوم الاعتبار الشخصي على حرية كل من طرفي العقد باختيار الآخر؛ فالوسيط (مشتري الديون) يفضل أن يتعامل مع المنتمي (بائع الديون) الذي يتمتع بالمصداقية والأمانة والسمعة والمركز المالي الجيد، لانعكاس ذلك على تعامله مع مدينه، ولذلك فله أن يضع أي شرط في العقد إذا طرأ حادث يمس المنتمي وله الحق أيضا أن ينهي العقد بصفة منفردة ودون إخطار وقبل انتهاء الأجل المحدد. ولهذه الاعتبارات مجتمعة يحق لوسيط قصد التنفيذ الحسن للعقد أن يطلب من المنتمي أثناء إبرام العقد أو خلال تنفيذه ضمانات؛ كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي، والتأمينات العينية، والتأمينات الشخصية، وتأمين الائتمان، والحق في رقابة المنتمي، والاقطاع من مال الضمان، وفتح حساب جاري للمنتمي لدى الوسيط، وحق الوسيط في سحب أوراق تجارية كالسفاتج ضمانا لاستيفاء حقوقه. وبالمقابل يفضل المنتمي (بائع الديون) أن يتعاقد مع الوسيط الذي يتمتع بالمركز المالي والسمعة والقدرة على تقديم أفضل نوعية ممكنة من الخدمات والمعلومات. ويتعدى ذلك الاعتبار الشخصي طرفي العقد ليتناول المدين بالديون موضوع عقد تحويل الفاتورة الذي يلعب دورا أساسيا في عملية عقد تحويل الفاتورة، ذلك أن شركة الوسيط تنظر إلى سمعة ذلك المدين ومؤهلاته وقدراته الفنية والمالية ومدى قدرته على الوفاء بالالتزامات التي يربتها عليه عقد تحويل الفاتورة.

4. يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود غير المسماة لكونه لا يوجد له أي تعريف قانوني أو تنظيمي؛ وبالتالي يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام، كما يخضع للقواعد القانونية المتعلقة بالعقود المسماة المتناسبة مع أسس وأحكام عقد تحويل الفاتورة. إلا أن المشرع الجزائري عرفه ونظمه في القانون التجاري عن طريق مرسوم تشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

5. تكمن الأهمية التمويلية لعقد تحويل الفاتورة في كون الوسيط يقدم خدمة ائتمانية إلى المنتمي قبل حلول أجل استحقاق الديون موضع العقد؛ وهذا مقابل عمولة يقدمها المنتمي للوسيط لتغطية مخاطر عدم الوفاء وخدمات أخرى⁽⁷⁾.

6. كما يعتبر عقد تحويل الفاتورة وسيلة من وسائل التمويل التي تساهم في نمو وتقديم النشاطات التجارية الدولية عبر تطبيقه على الديون العائدة للتجار على مدينتهم خارج الدولة التي يمارسون فيها نشاطاتهم التجارية. ويتميز عقد تحويل الفاتورة كوسيلة تمويل حديثة نسبية بأنه تمويل نقدي؛ إذ يمكن المشاريع الاقتصادية من الحصول على الأموال اللازمة لمتابعة نشاطها بدل انتظار آجال استحقاق الديون التي تمتلكها، ومن ثمة يقي المنتمي أي المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من التسوية القضائية أو الإفلاس في حالة التوقف عن الدفع.

7. ويشكل التزام الوسيط (مشتري الديون) بعدم الرجوع على المنتمي (بائع الديون) في حالة إخفاقه بتحصيل الديون أهم ميزة من مميزات عقد تحويل الفاتورة، ومن أهم الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة. ويشكل هذا الالتزام روح عقد تحويل الفاتورة ويؤدي إلى اعتبار نظام عقد تحويل الفاتورة عديم الجدوى في حالة عدم تحمل مؤسسة أو شركة الفاكستورنغ مخاطر عدم الوفاء عند حلول الأجل.

(6) - أنظر: عمار عمورة "الأوراق التجارية وفقا للقانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص: 294.

(7) - أنظر: علي جمال الدين عوض "المرجع السابق"، ص: 527.

8. إنه سند اسمي؛ أي يحمل اسم شخص معين، وغير قابل للتداول عن طريق التظهير، وهي أهم ميزة تميز الأسناد التجارية عن غيرها من الأوراق التجارية، ولذا لم تقرر اتفاقية جنيف اعتبار عقد تحويل الفاتورة من الأسناد التجارية ولا تحل محل النقود في التعامل التجاري.

ثالثا: الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة :

لقد ظهرت عدة نظريات لتحديد الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة محاولة تكييف هذا العقد ضمن المفاهيم القانونية التقليدية؛ نظرا لتشابهه في جوانب معينة مع بعض العقود المسماة والخاصة من حيث نقل الحقوق كعقد الوكالة وحوالة الحق المدني وخصم الأوراق التجارية، وعقد تأمين الائتمان وعقد السلف بضمان وتأكيد الطلب. وتبين بعد مقارنة عقد تحويل الفاتورة مع تلك العقود المسماة المشابهة له أن أيا من تلك النظريات لم يستطع أن ينظم كافة جوانب عقد تحويل الفاتورة؛ نظرا لعدم إلمام أي تكييف بكل جوانبه⁽⁸⁾. إلا أنه وإن كان عقد تحويل الفاتورة يتفق مع بعض العقود المسماة التقليدية في بعض النواحي فهو يختلف معها في نواح أخرى؛ بسبب انفراده بخصوصيات لا تكون في غيره من العقود. وقد حدا ذلك بأغلبية الفقهاء إلى اعتبار عقد تحويل الفاتورة نوعا من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تنشأ لسد الحاجات الاقتصادية، وهو عبارة عن نظام قانوني مركب يتكون من بعض القواعد القانونية المستمدة من العقود التقليدية، ويتضمن العديد من الخدمات المختلفة، ويكون انتقال الدين فيه عنصرا أساسيا من اتفاقية مالية.

ويتسم عقد تحويل الفاتورة بتعدد عناصره القانونية مما جعله مركبا؛ وهذا ما عبر عنه الفقيه "قافالدا" : " بأن عقد تحويل الفاتورة عقد مركب من نوع خاص هدفه هو ضمان النهاية الحسنة وتقديم خدمات مختلفة، وما نقل الحقوق إلا عنصرا من اتفاقية الائتمان". ولذلك اتجه الفقه الفرنسي الراجح إلى تأسيس عقد تحويل الفاتورة على نظرية الحلول الاتفاقية طبقا للمادة 1249 و1250 من القانون المدني الفرنسي، واعتبر أن الشروط القانونية الواجب توافرها في الحلول الاتفاقية متوافرة في عملية تحويل الفاتورة؛ وهي: استيفاء الدائن لحقه، الاتفاق صراحة على الحل، وتزامن الحل مع الوفاء. ويتبين لنا من خلال نص المادة 262 مدني جزائري أن المشرع الجزائري سار على نفس الاتجاه الذي اتبعه الفقه الفرنسي وهو الأخذ بالحلول الاتفاقية⁽⁹⁾؛ حيث نصت هذه المادة على ما يلي: " يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء". كما سلكت المادة 543 مكرر 14 تجاري جزائري نفس الاتجاه المنصوص عليه في المادة 262 مدني جزائري؛ حيث نصت على ما يلي: " عقد تحويل الفاتورة هو عقد حل بمقتضاه شركة متخصصة؛ تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المتني" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر". هذا وعلى خلاف بعض التشريعات العربية؛ فقد نظم المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة بنصوص خاصة في القانون التجاري، وذلك وفقا للمرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

(8) - أنظر: علي جمال الدين عوض "المرجع السابق"، ص: 532.

(9) - أنظر: بشير محمودي "عقد تحويل الفاتورة"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص: 159.

المحور الثالث : الشروط القانونية لعقد تحويل الفاتورة :

كغيره من الأسناد التجارية يجب أن تتوافر في عقد تحويل الفاتورة شروط موضوعية وأخرى شكلية.

أولاً : الشروط الموضوعية :

يجب أن تتوافر في عقد تحويل الفاتورة الأركان الأساسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود من أجل اعتباره جائزاً وصحيحاً، وبما أن عقد تحويل الفاتورة يعتبر في الأساس من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول، ويتجلى الرضاء في العقود بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية (المادة 59 من القانون المدني الجزائري). لذا يجب أن تتوافر في عقد تحويل الفاتورة الشروط الموضوعية وهي: الرضاء والأهلية والحل والسبب؛ فالرضاء يجب أن يكون صحيحاً لا يشوبه عيب من عيوب الإرادة؛ كالإكراه أو التدليس أو الغلط. كما يجب أن يتمتع المتعاقدان بالأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية متمتعين بقواهم العقلية ولم يجبر عليهم. وأن يكون محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها؛ حيث يجب أن يكون الدين المتمثل في الفواتير موجوداً ومحدداً أو معيناً بدقة وسببه مشروعاً غير مخالف للآداب أو النظام العام.

- محل عقد تحويل الفاتورة :

يجب أن تتوافر في عقد تحويل الفاتورة الشروط التي حددتها القواعد العامة، بالإضافة إلى مراعاة الشروط الخاصة بعقد تحويل الفاتورة، وهي⁽¹⁰⁾ :

1- أن يكون الدين موجوداً عند إبرام عقد تحويل الفاتورة: فالمبدأ أن يكون محل كل عقد موجوداً عند إبرام العقد، إلا أن القواعد العامة لا تمنع التعاقد على شيء مستقبلي إذا كان بالإمكان تحديده عند التعاقد، على أنه لا يجوز التعاقد على إرث غير مستحق، والديون المستقبلية هي التي لا يكون للدائن حق حالي ظاهر عليها؛ كأن يكون للمنتمي أو العميل مجرد مفاوضات مع مدين محتمل في بيع بضائع معينة. وبذلك فإن الديون الحاضرة التي يجوز للمنتمي أن يتصرف فيها عن طريق عقد تحويل الفاتورة هي الأموال التي يملكها بتاريخ عقد تحويل الفاتورة مهما كان سبب تملكها. ولكي يصح التعاقد على شيء مستقبلي يقتضي أن يتم الاتفاق على مواصفات هذا الشيء، وعلى تحديد الموجبات المتقابلة، وعلى مهل التنفيذ.

ويجب ألا يترك أمر ذلك التحديد لإرادة أحد الطرفين بمفرده؛ ويؤدي بالتالي إلى بطلان العقد أو البند المخالف لذلك التحديد. ولكي يكون محل الدين صحيحاً في عقد تحويل الفاتورة يجب أن يكون ذلك الدين موجوداً عند إبرام العقد، ولا يؤثر وجود الدين على مسألة استحقاق هذا الدين الذي لا يكون له أي تأثير على وجود الحق ذاته. ولكن شرط وجود الدين محل عقد تحويل الفاتورة لا يمنع طرفيه من الاتفاق على آلية أو شروط معينة لما قد يترتب لمصلحة المنتمي من ديون بذمة مدينه، وهو ما يسمى بعقد الإطار لتنظيم كافة العمليات القائمة بين الطرفين.

2- أن يكون الدين محدداً أو معيناً بدقة : تفرض القواعد العامة أن يكون محل العقد معيناً بدقة، وأن يتناول التعيين ماهية الحل ومقداره؛ على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء، وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار في ما بعد.

(10) - أنظر: عمار عمورة "المرجع السابق"، ص: 299.

فيجب في عقد تحويل الفاتورة أن يكون الدين محل العقد معيناً تعييناً كافياً؛ فلا يجوز أن يقع عقد تحويل الفاتورة على دين غير محدد، كأن يقع عقد تحويل الفاتورة على قسم من ديون على المنتمي (بائع الديون) من دون أن يتم تحديد مقداره ونوعه؛ إذ يكون محل عقد تحويل الفاتورة عند ذلك غير صحيح. ويجوز أن يتم التعيين من قبل المنتمي نفسه أو أن يوكل أمره إلى الوسيط (مشتري الديون). وهذا هو الأكثر وقوعاً؛ إذ يضع المنتمي أو العميل أمام الوسيط كافة السندات والفواتير لديونه على مدينه، ويقوم الوسيط باختبار الديون التي يمكنه تعجيل ثمنها. وإذا كان القانون يشترط أن يكون الدين موجوداً ومحدداً فلم يبين الحد الأدنى لمبلغ الفواتير التي تنتقل بموجبها الديون.

3- أن يكون الدين مشروعاً: المبدأ العام في التعامل المالي هو أن كل ما هو غير ممنوع مباح؛ فالإبلاحة هي القاعدة والمنع هو الاستثناء، فيعتبر باطلاً كل عقد موجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب، والشيء الذي لا يعد مالا بين الناس لا يجوز أن يكون محلاً للتعامل. ولم يعالج المشرع الجزائري ضمن أحكام خاصة بعقد تحويل الفاتورة الأموال التي يباح أن تكون محلاً لهذا العقد مكتفياً بذكر "حقوق الديون التجارية"، لذلك فهي تخضع في هذا المجال للقواعد العامة؛ إذ يشترط في الموجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية. فلا يجوز أن يقع عقد تحويل الفاتورة على ديون تتعلق بأشياء قابلة للتداول بين الناس؛ كحقوق الإنسان أو الحريات السياسية المضمونة في الدستور، إضافة إلى الأشياء الممنوعة بموجب القوانين والأنظمة كالمخدرات والأسلحة الحربية أو الأفلام الخليعة، فيجب أن تكون الديون محل عقد تحويل الفاتورة حقيقية ومشروعة قانوناً، وغير وهمية، وغير ناشئة عن غش أو احتيال، أو أي سبب آخر غير مشروع.

4- أن يكون الدين تجارياً: إن الهدف الأساسي الذي وجد من أجله عقد تحويل الفاتورة هو تسهيل حصول الدائنين التجار على السيولة النقدية عند عدم استحقاق ديونهم، أو عند ارتفاع كلفة ونفقات تحصيلهم لتلك الديون، لذلك يجب أن يكون الدين محل عقد تحويل الفاتورة تجارياً. والدين التجاري هو الدين الناشئ عن عمل تجاري⁽¹¹⁾.

كما اعتبر المشرع التجاري الجزائري أن "جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته تعد من الأعمال التجارية، وعند قيام الشك تعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا ثبت العكس. فإذا لم يكن الدين تجارياً لا تطبق عليه القواعد الخاصة بعقد تحويل الفاتورة، بل تطبق عليه القواعد المتعلقة بحالة الدين؛ وذلك لأن الدين محل عقد تحويل الفاتورة يجب أن يكون تجارياً لا مدنياً. ويجوز أن يكون الدين محل عقد تحويل الفاتورة وارداً في ورقة من الأوراق التجارية؛ كأن يكون الدائن (المنتمي) قد حصل من المدين على سند سحب (سفتجة) فقام بتظهيره للوسيط (مشتري الديون) تظهيراً ناقلاً للملكية تنفيذاً لعقد تحويل الفاتورة المتفق عليه بين الطرفين. وفي هذا الحالة يجري التعارض بين أحكام القانون المصرفي الذي يطبق على الأوراق التجارية وبين أحكام عقد تحويل الفاتورة؛ إذ في القانون المصرفي يكون الساحب وكل المظهرين المتعاقدين ضامين للوفاء بقيمة الورقة التجارية في مواجهة حاملها. أما في عقد تحويل الفاتورة فإن القاعدة الأساسية تتمثل في تحمل الوسيط (مشتري الديون) مخاطر عدم وفاء المدين بالدين ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بشرط واضح وصريح في العقد. وقد عرضت هذه المسألة على القضاء الفرنسي فاعتبر أن أحكام عقد تحويل الفاتورة لا تطبق إذا تعارضت مع أحكام قانون الصرف؛ وذلك لأن هذا القانون يتضمن أحكاماً إلزامية لا يجوز مخالفتها.

(11) - أنظر: صبيح عرب "محاضرات في القانون التجاري (الأسناد التجارية)، الجزائر، 2000/1999، ص: 147.

ثانيا : الشروط الشكلية :

من الضروري كتابة عقد تحويل الفاتورة من أجل إظهار جميع شروطه المتعددة والدقيقة بشكل واضح وصريح، وإذا كان عقد تحويل الفاتورة لا يعتبر من العقود الشكلية، ولا يوجد جزاء على تخلف كتابته⁽¹²⁾، فإن العرف والضرورات العملية استقرت على أهمية كتابة عقد تحويل الفاتورة. وتعتبر الكتابة إحدى وسائل إثبات عقد تحويل الفاتورة وفقا للقواعد العامة في الإثبات، وإذا كان عقد تحويل الفاتورة لا يخضع لشروط شكلية معينة بوجه عام، إلا أنه يخضع لشروط الشكلية التي تفرضها عملية انتقال الحقوق أو الديون من العميل إلى الوسيط مع الحفاظ على وجوب أن تكون عملية الانتقال بسيطة وسريعة وصحيحة. ومثال ذلك عندما يكون موضوع عقد تحويل الفاتورة سندات تجارية كسند سحب (السفتجة) أو سند لأمر؛ فهو قابل للانتقال بطريقة التظهير. والشروط الشكلية لانتقال السفتجة هي الشروط القانونية الشكلية لصحة التظهير؛ وهي: أن يكتب التظهير على السفتجة أو على ورقة ملصقة به؛ أي على ورقة إضافية، كما يجب أن يكون التظهير مشتملا على توقيع المظهر سواء أكان تظهيراً اسماً أم لحامله أم على بياض.

المحور الرابع : التقنية المالية لعقد تحويل الفاتورة :

إن طرفي عقد تحويل الفاتورة هما: الوسيط أي المؤسسة التي تشتري الديون، والطرف الثاني وهو المنتمي الدائن بائع الديون. أما المدين للدائن بالديون التي ستصبح موضوعاً لعقد تحويل الفاتورة فلا يعتبر طرفاً في هذا العقد. وبذلك يتبين أن عقد تحويل الفاتورة هو ثنائي الأطراف في عملية عقد تحويل الفاتورة الثلاثية الأطراف.

أولاً : أطراف عقد تحويل الفاتورة :

1- الوسيط (مشتري الديون) : يلعب الوسيط دوراً أساسياً في عملية تحويل الفاتورة؛ إذ يعتبر الطرف الممول في هذه العملية لقيامه بشراء الديون غير المستحقة وتعجيل ثمنها فوراً للمنتمي (الدائن)، فلا يستطيع القيام بمهمة دور الوسيط سوى المؤسسات الضخمة ولو كانت من البنوك، والتي تتخذ عادة شكل شركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات المساهمة⁽¹³⁾، ومن ثم يتبين أن هذه الشركات مثل الشركات التجارية الاعتبارية الأخرى تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وأهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون، واسم خاص يميزها عن غيرها، وموطن مستقل عن موطن الشركاء ويعد هذا الموطن بمثابة المركز القانوني للشركة، والجنسية هي جنسية البلد الذي تمارس فيه نشاطها التجاري، ونائب يعبر عن إرادتها ويعمل باسمها ولحسابها فضلاً عن حقها في التقاضي. وقد حدد المشرع رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة في المادة 566

(12) - انظر: عمار عمورة "المرجع السابق"، ص: 301.

(13) - وبالتالي تخضع هذه الشركات في إنشائها وسيرها إلى الأحكام الخاصة بالشركات التجارية الواردة في القانون المدني والقانون التجاري، وتخضع بهذا للقيد في السجل التجاري مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. إضافة إلى ذلك فإن هذه الشركات من أجل أن تمارس نشاطها يجب أن تتحصل على ترخيص بذلك من الوزير المكلف بالمالية؛ حيث تقضي المادة 03 من المرسوم التنفيذي 95-331 بما يلي: "لا يمكن أن تمارس الشركة نشاطها إلا بعد الحصول على التأهيل من الوزير المكلف بالمالية". والملاحظ على هذا المرسوم التنفيذي أنه استعمل عبارة غير المستعملة في القانون التجاري لتعيين الشركة التي تقوم بالعملية؛ حيث استعمل عبارة "محولة الفواتير" عوض عبارة الوسيط المستعملة في القانون التجاري.

من القانون التجاري الجزائري بـ 100.000 دج، بينما حدده في شركة المساهمة بمقدار خمسة (05) ملايين دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة علنية للائتمان، والمليون في حالة المخالفة (المادة 594 من القانون التجاري الجزائري). وقد قصر القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1993/11/21م مزاولة نشاط الفاكترينغ على الشركات التي تعتمد نظام المصارف؛ وقضى بتجريم الأشخاص والمؤسسات التي تمارس هذا النشاط من دون الحصول على الترخيص المسبق من المجلس الوطني للائتمان، والغرض من هذا الاعتماد المسبق لمزاولة الفاكترينغ هو التحقق من مطابقتها للقانون. وقد سارت الدول الأوروبية الأخرى على هذا النهج في حصر ممارسة نشاط الفاكترينغ بالمؤسسات المالية المرخص لها بذلك قانونياً⁽¹⁴⁾؛ إذ مثلاً في بلجيكا تخضع شركة الفاكترينغ لاعتماد الملك. أما في الجزائر فلم يبين المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 الجهة المخولة لها قانوناً باعتماد ومراقبة هذه الشركة؛ إذ اكتفى في المادة 543 مكرر 18 من القانون التجاري الجزائري بالقول: "يحدد محتوى إصدار الفاتورات لأجل محدد وشروطه وكذلك شروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة عن طريق التنظيم". هذا ما أدى فيما بعد بالمشروع الجزائري إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 331/95 المؤرخ في 23 أكتوبر 1995 المتعلق بشروط تأهيل الشركات القائمة بتحويل الفاتورة، وقد نصت المادة الثانية من هذا المرسوم على أنه: "تعتبر محولة الفاتورة (أي شركة الوسيط) التي تقوم في إطار مهنتها العادية بعمليات تحويل الفاتورة حسب مفهوم المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري شركة تجارية تؤسس في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة وتخضع للتشريع والتنظيم المطبقين على الشركات التجارية".

ولا يجوز لهذه الشركة طبقاً للتشريع الجزائري مزاولة نشاط الفاكترينغ إلا بعد الحصول على ترخيص وتأهيل مسبق من وزير المالية بعد تقديمها طلب كتابي لذات الغرض. وللحصول على هذا الترخيص يجب على الشركة تقديم العديد من الوثائق التي تثبت إمكانية تأهيلها؛ وتتمثل هذه الوثائق طبقاً لنص المادة الخامسة من نفس المرسوم في:

- القانون الأساسي للشركة.
 - حصة الافتتاح لأجل استخلاص الأصول الصافية والفعالية والتي تخصص لعمليات تحويل الفواتير.
 - وصل التسجيل في السجل التجاري.
- كما يجب أن يكون الوسيط أو مؤسسة الفاكترينغ من الغير بالنسبة للدين موضوع عقد تحويل الفاتورة؛ أي أجنبياً عن العلاقة الأساسية التي تربط المنتمي بالدين، وهي عادة عقد بيع أو تقديم خدمات⁽¹⁵⁾.

2- المنتمي (بائع الديون): إذا كان الوسيط (مشتري الديون) يلعب دوراً أساسياً في عقد تحويل الفاتورة فإن المنتمي (بائع الديون) هو الطرف الأساسي في هذا العقد؛ وذلك لأنه هو الذي يطلق الشراة الأولى بتقرير حاجته إلى بيع ديونه التجارية المترتبة على مدينه. ولم يضع القانون الفرنسي شروطاً خاصة للمنتمي أو العميل إذا كان شخصاً

(14) – voir: Bernard Fagers, Jacques Mastre, des conditions de la subrogation personnelle et de l'éventuelle l'influence des relations entre subrogeant

et subrogé sur le sort du débiteur, RTD civ, 2001, P: 592, CEDE ROOM revue trimestrielle de droit civil, 3^{ème} édition, Dallaz, jan, 1990 Déc, 2003.

(15) – نظراً لكون الاتفاق الإطار الذي يجمع بين الطرفين يكون مجالاً لسلسلة من العمليات فإن الوفاء (أو بالأحرى تنفيذ العقد) يتم في حساب جاري يفتح بين

الوسيط والمنتمي يتم فيه قيد عمليات الوفاء بينهما سواء في جانب المدين أو الدائن لكل منهما حسب الحالة.

معنويا أم شخصا طبيعيا؛ لكنه اشترط أن يتعلق عقد تحويل الفاتورة بنشاطه المهني من دون تفرقة بين تاجر وغير تاجر. ونفس الحكم نجده تقريبا في الجزائر؛ إذ لم يضع المشرع شروطا أو قيودا معينة للقيام بوظيفة المنتمي، ومن ثم يجوز لكافة الأشخاص طبيعيين أو معنويين اتخاذ صفة المنتمي لبيع ديونهم التجارية، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام؛ حيث يجوز لكل شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية أن يبيع ديونه وفقا لمبدأ حرية التعاقد شرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية، فإذا توافرت الأهلية القانونية اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية يحق للشخص أن يبيع ديونه سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، منفردا أم مجموعة أشخاص ما لم يوجد نص قانوني يمنع بعض الأشخاص من بيع ديونهم بشكل عام، أو يضع قيودا أو شروطا لتلك العملية. إلا أنه من باب الواقع يلاحظ أن المنتمي (بائع الديون التجارية) يكون عادة من المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة الحجم لأن هذا النوع من العقود يتلائم مع الأعمال المتوسطة الحجم ويلبي حاجاتها.

ثانيا : حقوق التزامات الوسيط (مشتري الديون) :

1- حقوق الوسيط :

إن أهم الحقوق التي يتمتع بها الوسيط تتمثل في حقه بانتقاء الديون التي يلتزم الدائن الأصلي (المنتمي) بعرضها جميعها عليه تطبيقا للحلول الاتفاقية؛ إذ نصت المادة 543 مكرر 17 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي : " ينظم الوسيط والمنتمي بكل حرية، وعن طريق الاتفاق الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل". ويفهم من هذه المادة أن الاتفاق المبرم بين الوسيط والمنتمي يخضع كغيره من العقود للحرية التعاقدية وفقا لما نصت عليه أحكام المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". ويترتب على هذا الاتفاق الذي يصبح من خلاله الوسيط مالكا لهذه الحقوق حق الوسيط في الحلول محل الدائن الأصلي، وحق تقاضي العمولة والفائدة مقابل الخدمات التي يقدمها للمنتمي بنسبة من قيمة الديون، وحق مراقبة المنتمي والإطلاع على مركزه لتفادي الضرر الذي قد يلحق بها في حالة الاستمرار في التعامل معه، وحق الرجوع على المدين مباشرة، وحق الاحتجاج بتلك الديون على الجميع، وحق الاستفادة من الضمانات التي يتمتع بها الدائن⁽¹⁶⁾، وحق الرجوع على الغير ومزاومتهم من أجل تحصيل حقوقه، وحق سحب سفاتح لحساب المنتمي على زبائنه كلما دعت الضرورة لذلك، وحق التنازل عن تلك الديون للغير، وهذا ما نصت عليه المادة 543 مكرر 16 من القانون التجاري الجزائري بقولها : " يترتب عن تحويل الديون التجارية نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط".

2- التزامات الوسيط⁽¹⁷⁾ : ومقابل الحقوق التي يتمتع بها الوسيط يفرض عقد تحويل الفاتورة عليه بعض الالتزامات لصالح المنتمي والتي تبرز الدور التمويلي الأساسي لهذا العقد، وأهم هذه الالتزامات: الوفاء بقيمة الديون موضوع هذا العقد إما فورا بمجرد تحويل الحقوق من المنتمي إلى الوسيط أو عند الاستحقاق، وتحمل مخاطر التحصيل المتمثلة في عدم الوفاء بقيمة الفاتورة من جانب المشتري، وعدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم تحصيله للحقوق

(16) – voir: Frédéric Leplat, la transmission conventionnelle des créances, thèse doctorat, université Paris X Nanterre, U.F.R des sciences juridiques,

administratives et politiques, soutenue 26 septembre 2001, P, P: 270, 271.

(17) – سواء كان هذا الممثل القانوني للوسيط (الشركة) أو تم تفويض أحد الشركات في تحصيل هذه الديون.

الضامنة له، وضمنان النهاية الحسنة للعقد، والتقييد الموجب لعدم إفشاء الأسرار التي يطلع عليها. هذا بالإضافة إلى التزام الوسيط ببعض الخدمات الإضافية التي قد يفرضها عليه عقد تحويل الفاتورة أو التي تستمد من المبادئ الأساسية لهذا العقد؛ مثل تقديم المعلومات والاستشارات الضرورية عن الأسواق الداخلية أو الخارجية للدائن باعتبار أن عقد تحويل الفاتورة منه ما هو داخلي يخص البلد الواحد وعقد تحويل الفاتورة الدولي؛ والذي يشمل على الاستيراد والتصدير، أو تقديم خدمات مالية وإدارية، أو تحصيل ديون غير داخلية في إطار العقد.

ثالثا : حقوق والتزامات المنتمي (بائع الديون) :

1- حقوق المنتمي : يمكن تحديد حقوق المنتمي الناشئة عن عقد تحويل الفاتورة من خلال الهدف الأساسي لهذا العقد، ومن خلال الغاية الرئيسية التي كانت وراء ابتكاره؛ فهدف الدائن هو الحصول على السيولة النقدية التي يحتاجها قبل استحقاق الديون المترتبة له بذمة مدينه أو قبل دفعها من هؤلاء المدينين، إضافة إلى التخلص من مخاطر تحيل تلك الديون، لذلك تتجسد حقوق المنتمي في حقين رئيسيين هما: حق الحصول على قيمة الدين تضمن للمنتمي مواجهة حاجياته وتمويل أعماله التجارية من مشتريات لإنعاش مؤسسته، وحق التخلص من مخاطر تحصيله عند امتناع مدينه عن الوفاء بديونهم أو إفلاسهم، وتنتقل تبعة ذلك الخطر لتصبح على عاتق الوسيط (مشتري الديون) الذي يتحمل مخاطر عدم تسديد المدين للدين المترتب بذمته بتاريخ الاستحقاق شرط تنفيذ كافة موجباته التعاقدية والتقييد بمبادئ حسن النية وعدم الغش.

2- التزامات المنتمي : ومقابل الحقوق التي يحصل عليها المنتمي بموجب عقد تحويل الفاتورة؛ فهو يلتزم أيضا ببعض الواجبات أهمها : دفع عمولة نسبية نظير عملية تحويل عقد الفاتورة والخدمات الإدارية التي يقدمها الوسيط أثناء تنفيذ العقد، ونقل الحقوق إلى الوسيط أي تقديم كافة الديون أو السندات والصكوك المثبتة لتلك الديون بعد إخطار الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها، وهذا ما قضت به المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري بقولها: " يجب أن يبلغ المدين فورا بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام". إضافة إلى معاونته في تحصيل الديون موضع عقد تحويل الفاتورة، وضمن وجود تلك الديون في الفواتير المقبولة من قبل الوسيط، وإعلام الوسيط بالمخاطر التي يمكن أن يتلقاها مع زبائنه قبل إبرام العقد أو أثناء التعاقد والتي قد تتعرض لها عملية التحصيل؛ وهذا من أجل تسهيل تحصيل الحقوق، وعدم التعامل مع مؤسسة فاكترورنغ أخرى على ذات نوع الديون المتفق عليها تطبيقا لشرط القصر، وفي بعض الأحيان تقديم كفلاء لديونه. وفي حالة عدم التزام المنتمي بواجباته المنصوص عليها في العقد يحق للوسيط رفع دعوى قضائية ضده⁽¹⁸⁾.

خاتمة :

في الأخير يمكن القول أن عقد تحويل الفاتورة يعتبر من العقود التي استحدثها الواقع التجاري لتلبية الحاجات الاقتصادية والمالية للمشاريع الإنتاجية، ومن أجل مواكبة التطور التكنولوجي الهائل والسريع في وسائل الإنتاج. فقد ظهر هذا العقد باعتباره من أحدث وسائل التمويل العصرية التي تجنب المشاريع الكثير من معوقات ومخاطر التمويل التقليدية؛ وذلك مثل القرض والشراء بالتقسيط والضمن والرهن والاحتفاظ بالملكية وغيرها.

(18) – voir: Jacques Mestre, la souplesse de la subrogation consentie par le créancier, 1990, P: 661.

ويحقق عقد تحويل الفاتورة عدة مزايا لأطرافه وللاقتصاد بوجه عام، كما يساهم في دفع عجلة التنمية الاقتصادية من خلال زيادة عدد المشاريع وإيجاد فرص عمل جديدة. ولكن يجب ألا يفهم أن نظام عقد تحويل الفاتورة هو العلاج الناجح لكل مشاكل التمويل؛ وذلك لأن هذا النظام كغيره من الأنظمة فيه ما يحسب له وما يؤخذ عليه، أي له إيجابياته وسلبياته.

كما نرى كذلك أنه وفي غياب شركات الـ Factoring الخاصة لا يوجد ما يمنع البنوك والتي هي شركات مساهمة من ممارسة هذه العملية خاصة؛ وأنها تقوم بعمليات مماثلة كالخصم البنكي والذي له نفس هدف عقد تحويل الفاتورة، حيث كلاهما يتم فيه الدفع المسبق للعميل وتحمل البنوك مخاطر عدم التنفيذ مع ملاحظة اختلاف بينهما يتمثل أساساً في أن العميل في عقد تحويل الفاتورة ليس ضامناً للوفاء بالدين المحول إلى الوسيط؛ ذلك أنه لا يضمن يُسر المدين عند تنفيذ العقد محل الفاتورة المدفوعة القيمة مسبقاً، على عكس ذلك يبقى حامل الورقة المخصوصة ضامناً للوفاء بها كما هو الأمر في السفتجة.

معالجة القانون الموريتاني لدور المرأة النشركي في الحياة العامة



إعداد : الدكتور الشيخ محمد المختار

الطلبه (ولد بتار) دكتوراه في الشريعة

والقانون من جامعة أم درمان الإسلامية

email : welbottar@gmail.com

المقدمة :

حافظ المجتمع الموريتاني على كيان الأسرة بمفهومها الواسع (الأسرة الممتدة)، إلى وقت قريب جدا، بحيث تشمل كل من يقطن الحي والذي كان غالبا ما يكون ساكنيه أفراد قبيلة واحدة قد يعد أفرادها بالملئات، فكانت تلك المجتمعات تتميز بنظام تكافل اجتماعي وترايط نفسي قوي بين أفرادها، وكل فرد من ذلك الحي له دور يقوم به سواء على مستوى القبيلة أو الحي أو البيت، دون أن يمنعه ذلك من اهتماماته الأسرية الأخرى، ولم يشذ المجتمع التقليدي في موريتانيا عن المجتمعات في البلدان الأخرى من حيث نظرتة إلى المرأة بكونها تشكل الجانب الأضعف في المجتمع، و كان يراعي فيها ما راعته المجتمعات التي سبقت الإسلام كإكرامها واحترامها، مع بعض التشدد في المحافظة عليها، تجنباً للعار الذي يلحق بمن يفرط في عرضه وشرفه، والذي قد يصل إلى اضطرابه إلى الانتحار أو التغرب عن موطنه.

إلا أنه ومع ظهور الدولة الحديثة وخاصة بعد استقلال البلد سنة 1960م أصبح لزاما على هذا المجتمع أن يواكب ما يتطلبه واقع الدولة الحديثة من حيث ضرورة الاستفادة من جميع طاقات مواطنيه دون تمييز، رجلا كان أو امرأة، من خلال تساويهم في الحقوق والواجبات، مما كان سيستوجب على الرجل تخفيف قبضته على المرأة، وتركها تخرج من البيت لتشارك في عملية البناء. فأصدرت الدولة لذلك السبب قوانين تستطيع من خلالها تنفيذ تلك السياسات.

إلا أنه للوقوف على كيفية معالجة القانون الموريتاني لهذا الدور التشاركي للمرأة فإنه لابد أولا من الإجابة على سؤال : كيف كان دور المرأة الموريتانية في الحياة التشاركية مع بدايات الاستقلال وقبل ظهور القوانين؟ ثم كيف عالج القانون الموريتاني دور المرأة في الحياة التشاركية؟ وما هو واقع المرأة الموريتانية التشاركي في الوقت الحاضر؟

أولا : دور المرأة الموريتانية في الحياة التشاركية مع بدايات الاستقلال.

لقد خرج المجتمع الموريتاني إلى الدولة العصرية، من بداوة شديدة، حيث لم يعرف في حياته أي نوع من أنواع العصرية أو التطور، وقد كان مثله مثل أي مجتمع بدوي عربي، يطغى هاجس الحفاظ على القيم والمثل العليا في تصرفاته، إلا أن نظرتة إلى المرأة كانت تختلف عن نظرة جل المجتمعات البدوية العربية الأخرى، التي كانت تسيطر فيها القيم البدوية الجاهلية، حيث تعظيم الرجولة يعني ازدياد المرأة نظرا لكونها تفتقد لما يعتبره الرجل البدوي سببا لقوامته عليها من حيث القوة البدنية والحرية في الأفعال والأقوال. حيث كان المجتمع الموريتاني التقليدي ينظر إلى المرأة على أنها أحد الأعمدة الهامة التي ترتكز عليها الأسرة، وليست عمودا ديكوريا يمكن الاستغناء عنه عند الحاجة دون أن يشكل ذلك ضررا على بنين الأسرة.

ومن هنا كان الاهتمام برأيها في كل القضايا التي تناقش في القبيلة، وكانت تقوم بكل ما يقوم به الرجل مما لم يتنافى مع تكوينها البدني، وإن كان ذلك لا ينفي بعض التقييد الذي مارسه الرجل بحق المرأة في بعض الأحيان، إلا أن ذلك لم يكن بسبب احتقاره لها، بقدر ما هو اهتماما بها وحرصا عليها.

إلا أن أكبر التحديات التي واجهت طريق انحراط المرأة في تنمية البلد هي نسبة الفقر المرتفعة في البلد بشكل عام، حيث أن نصف سكان موريتانيا تقريبا في تلك الفترة مانسته 7,46% يعيشون تحت خط الفقر، اقل من دولار، وإن كانت قد تقلصت هذه النسبة إلى 39% سنة 2004م (1)، وبالتالي فإن فرص العمل كان يقدم فيها الذكور، على الإناث، لأنهم الأكثر حاجة إلى ما ينفقون به على الأسرة.

وإن كانت في السنوات الأخيرة بدأت تظهر عائلات تعيلها نساء مما حتم على الدولة أن تضع ذلك الأمر في حسابان ميزانياتها المخصصة لمحاربة الفقر، حيث أنه في سنة 2013 قامت الدولة بتخصيص غلاف مالي قدره أربع وستون مليون أوقية لأكثر من خمس مائة وعشرين أسرة على مستوى العاصمة الإدارية نواكشوط والعاصمة الاقتصادية نواذيبو (2).

كما أن الأمية كانت عائقا كبيرا، للمجتمع الموريتاني بشكل عام، من أجل المساعدة بشكل فعال، في نهضة البلد، حيث أن موريتانيا لم تعرف المدارس العصرية إلا مع نهايات الاستعمار الفرنسي، وقد شهدت رفضا كبيرا من المجتمع، في بدايات ظهورها، فكانت كل أسرة تحاول قدر الإمكان أن لا يتعلم أولادها في مدارس (النصارى) كما كانوا يسمونها آنذاك، فكان التركيز على التعليم الحظري، وهذا لا يعلم فيه سوى العلوم الشرعية، القرآن والفقه، أو العلوم اللغوية كاللغة العربية وفنونها، وأكثر من يستفيد من هذا التعليم هم الذكور، حيث كانت النسبة الضئيلة جدا من مرتادي هذه الحاضر هم من الإناث، ولهذا كان دورهن في نهضة البلد يكاد يكون معدوما في بدايات الاستقلال. إلا أن ذلك لم يكن يعني اضطهاد المجتمع التقليدي الموريتاني للمرأة، بقدر ما يعني ترتيبا في الأولويات، والانسجام مع واقع الصحراء القاسية، التي كانت موطننا لذلك المجتمع، حيث كانت الخيارات محدودة.

(1)، المكتب الوطني للإحصاء - المسح الدائم حول ظروف العيش 2004

(2) وزارة الشؤون الاجتماعية و الطفولة و الأسرة -إدارة الأسرة - تقرير لسنة 2013

وقد حظيت المرأة بكثير من الاهتمام في المجتمع الموريتاني حتى أصبح البعض ينظر إليها على أنها هي صاحب القرار في الأسرة وليس الرجل على عكس المعتاد في المجتمعات العربية عموماً والبدوية منها خصوصاً كما هو الحال بالنسبة للمجتمع الموريتاني.

ومن أهم الأدوار الملقة على عاتق المرأة التقليدية كانت هي مهمة رعاية الأبناء وتأهيلهم اجتماعياً وتعليمهم قيم مجتمعهم والعادات والتقاليد السائدة فيه أما سلطة إصدار القرار في الأسرة الموريتانية فكانت تقوم على المشاركة التي تعني تفاعل الفرد عقلياً وانفعالياً في موقف الجماعة بطريقة تشجعه على المساهمة في تحقيق أهداف الجماعة والمشاركة في تحمل المسؤولية (1).

ويعيد البعض هذا التعامل الحضاري للرجل الموريتاني مع المرأة إلى الثقافة الإسلامية الواسعة، المشبعة بتنوع فكري لمجموعة من المدارس المذهبية، التي يعرفها الرجل الموريتاني وهو في طور النشوء من خلال ما يدرسه في الحاضر، مما يتيح له التعايش مع متطلبات المرأة بشكل عام بنوع من الأريحية، التي لا يغلفها فكر متعصب واحد، وهو ما ساعد على تثبيت الرجل بأخلاق المروءة الفاضلة (2).

وكان كلا من الرجل والمرأة يقوم بضبط سلوك أفراد الأسرة بالشواب والعقاب وتدريبهم على ممارسة الأدوار المختلفة التي تساعدهم على تبوء المكانات المرموقة داخل الأسرة والمجتمع (3).

إلا أنه ومع قيام الدولة كان لزاماً على هذا الانسجام المجتمعي القائم على توزيع وظيفي أملت له البداوة أن يتغير، في ظل قيام المدن وتوفر وسائل للدخل أكثر أماناً من الوسائل التي كانت متاحة في البداية حيث المطر والجفاف هما من يقرران نسبة الدخل، ولهذا فقد التحق الرجل بالوظيفة العمومية، أما المرأة فإنها وبسبب أميتها فإنها تخلفت عن الإلتحاق بتلك الوظيفة حتى زمن قريب، عندما بدأت المرأة تتعلم وتصل إلى مستويات عالية في التعليم، رغم أنه ووفقاً لتقرير المجلس الإقتصادي والإجتماعي الأممي الصادر سنة 2012 فإن نصف نساء موريتانيا لازلن أميات، وهو ما ينعكس سلباً على نسبة المعاملات منهن وشغل المناصب العليا في الحكومة وفي الهيئات المنتخبة، بالرغم من اعتماد نظام الحصص (4).

ومع تثبيت الدولة لدعائمه على مستوى المنظمات الدولية فقد كان لزاماً أن تواكب تطور تلك المنظمات الدولية التي سبقتها بأشواط في مجال حقوق المرأة، باعتماد قوانين ونظم تتماشى مع قوانين ونظم تلك المنظمات الدولية، تركز وجود المرأة كشريك أساسي للرجل في البناء، وتلعب دوراً هاماً في نهضة البلد عليها ماعليه ولها ماله، على أن

(1) مريم بنت أحمد عيشة، أول وزيرة تتقلد مهام كتابة الدولة للمرأة في موريتانيا، في لقاء مع قناة الجزيرة الفضائية 2005-11-27.

(2) المسح الدائم حول ظروف العيش 2004، المكتب الوطني للإحصاء.

(3) دور الأسرة المصرية وأساليبها في تنشئة الطفل وتربيته، محمد مصطفى حبشي، المؤتمر العلمي الثاني لكلية الخدمة الاجتماعية، ص. 742 جامعة القاهرة، الفيوم 1990.

(4) الملاحظات الختامية التي اعتمدها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في دورتها التاسعة والأربعين (12-30 تشرين الثاني/نوفمبر 2012) بشأن التقرير الأولي المقدم من موريتانيا.

لا تغفل في نفس الوقت الخصوصية الإسلامية للمجتمع الموريتاني، وقد شاركت موريتانيا في مختلف هذه المؤتمرات والتزمت بجميع التوصيات الصادرة عنها، واستنتت قوانين كترجمة على أرض الواقع لتلك التوصيات.

ثانيا : معالجة القانون الموريتاني لدورة المرأة في الحياة التشاركية :

لكون الدستور هو أب القوانين فإن كل الدساتير الموريتانية كرسست المساواة بين الرجل والمرأة، منذ أول دستور 1962 ولغاية آخر دستور وهو الدستور الصادر بتاريخ 20 يوليو 1991 .

وقد أرجعه البعض إلى حاجة الدولة الحديثة النشأة إلى جميع طاقات شرائحها المختلفة .

وبالفعل فمع مرور الوقت لعبت المرأة دورا فعالا في تنمية البلد اقتصاديا واجتماعيا وسياسيا، وقد ساهم في تكريس ذلك الدور شركاء التنمية الرئيسيين الذين يدعمون النهوض بأوضاع المرأة في موريتانيا وخصوصا فيما يتعلق بتنفيذ الاتفاقية الدولية للقضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة، كصندوق الأمم المتحدة الإنمائي والوكالة الدولية للتعاون الألماني، والبرنامج العالمي للغذاء. وتدخل وكالات الأمم المتحدة بصورة منسقة في إطار الخطة الإطار للأمم المتحدة للمساعدة في التنمية ويقوم صندوق الأمم المتحدة للسكان بقيادة هذا الدعم في مجال ترقية النوع وحقوق الأسرة. (1).

علما أن الحكومة الموريتانية قامت لأول مرة بإنشاء مرفق حكومي خاص بشؤون المرأة سنة 1992م تحت مسمى كتابة الدولة المكلفة بشؤون المرأة، وذلك من أجل التخطيط لتحسين وضعية المرأة الاجتماعية والاقتصادية والعمل على متابعتها، ومن خلالها تم إنشاء 20 مركزا للتوعية النسوية من أجل توفير تربية نظامية وتكوين مهني نسائي ومساعدتهن على تشكيل مجموعات إنتاجية في إطار عدد من التعاونيات. وقد تزامن كل ذلك مع أول انتخابات ديمقراطية تقام في البلد بعد الإطاحة بالحكم المدني سنة 1978م.

و لمواجهة تحدي الفقر الذي تعاني منه المرأة الموريتانية تم إنشاء مفوضية مكلفة بحقوق الإنسان وبمحرارة الفقر وبالدمج سنة 1998 تتولى بالتنسيق الوثيق مع القطاعات الوزارية الرئيسية مهمة إعداد وتنفيذ ومتابعة برنامج الحد من الفقر، وتم إعداد إطار استراتيجي لمكافحة الفقر، كان ثمة تشاور واسع بين الإدارة والمجتمع المدني والمهنيين (2) كما تم وضع استراتيجيات للتوعية النسوية تلائم الأوضاع الجديدة التي تعيشها المرأة.

وبغية القيام بذلك الهدف تم إقرار منهج تشاركي والاستعانة بخدمات استشاريين وبعض الأشخاص من ذوي الخبرة وكذلك الاستفادة من تجربة الإدارة والمجتمع المدني والشركاء في التنمية، وقد بدأت هذه المراجعة على أساس الإنجازات التي تحققت خلال السنوات الخمس الأولى لبدأ الاستراتيجية 1995-2000، كما تمت على أساس المعطيات التي أملتتها مستجدات التنمية على الساحتين الوطنية والدولية، وقد تم التركيز في إطار الاستراتيجية الجديدة للتوعية النسوية 2005-2008 بالأساس على تقديم حصيلة لإنجازات المتعلقة بتنفيذ الاستراتيجية الوطنية

(1) أنشأت الدولة وزارة للتوعية النسوية من أجل التعاون مع ما يسعى الفريق المحوري للتشاور حول النوع الذي أنشئ في سنة 2003 من طرف الأمم المتحدة لضمان تنسيق الدعم للحكومة وتنسيق ومتابعة تنفيذ النشاطات في مجال ترقية النوع.

(2) الإطار الاستراتيجي المقبل لمكافحة الفقر الذي يغطي فترة 2005-2008.

للترقية النسوية 2001-2005، وتقديم عرض تشخيصي لتطور وضعية المرأة الموريتانية، كما أن هذه الاستراتيجية الجديدة ستكون أكثر من أي وقت مضى أداة أساسية لتدخل السلطات العمومية بغية تحسين الظروف المعيشة الدائمة للمرأة وتعزيز مكانتها داخل المجتمع.

وقد تحولت كتابة الدولة هذه لاحقا إلى وزارة تحت مسمى وزارة الشؤون الاجتماعية والطفولة والأسرة وهي القطاع المكلف بتصور وتنفيذ ومتابعة وتقويم السياسات الوطنية في مجالات النوع والتربية النسوية وحماية الأسرة والطفولة وفي هذا الإطار تسهر الوزارة على تطوير ونشر حقوق المرأة والأسرة والطفل من خلال متابعة تطبيق القوانين الخاصة بالأسرة بشكل عام وبالمرأة بشكل خاص، وكذلك الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها موريتانيا وتشجيع وتطوير النشاطات الاقتصادية والاجتماعية لصالح المرأة خصوصا في الوسط الريفي وذلك بالتعاون مع القطاعات المعنية. ومن أهمها : -

- إعداد وتنفيذ ومتابعة السياسات المتعلقة بالنوع والتربية النسوية وحماية الأسرة.
- اقتراح سياسات وبرامج من شأنها ضمان ترقية الأسرة ودمج أفضل للمرأة في مسار التنمية.
- المشاركة في تقييم أثر البرامج والمشاريع على وضعية المرأة والأسرة والأطفال.
- اقتراح مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمرأة والأسرة والطفل وضمان نشرها.
- متابعة تطبيق الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والأسرة والطفل.
- متابعة توصيات المؤتمرات الدولية وتنفيذ قراراتها وبالأخص ما يتعلق بالاتفاقية الدولية للقضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة. (1)

كما أنشأت هذه الوزارة المكلفة بشؤون المرأة إدارة للأسرة خاصة تتألف من ثلاث مصالح :

*مصلحة النزاعات الأسرية والوساطة الاجتماعية وتضم قسمين :

-قسم الدعم القانوني والقضائي.

- قسم جمع البيانات و الإحصائيات المتعلقة بالنزاعات الأسرية.

*مصلحة الترقية الاقتصادية للأسرة و تضم المصلحة قسمين :

-قسم تقييم مستوى معاش الأسرة.

-قسم دعم تقدم الأسرة.

*مصلحة التربية الأسرية و تأطير الأولياء و تضم المصلحة قسمين :

-قسم تأطير الأولياء.

-قسم التربية الأسرية 1.

كما أنشئت مفوضية حقوق الإنسان والعلاقات مع المجتمع المدني. وكان من أبرز مهامها، الاهتمام بقضية حقوق المرأة وإنصافها. (2)

ونظرا لكون الجمعيات غير الحكومية من أهم الآليات الفاعلة في التنمية في العالم، بصفتها من مؤسسات المجتمع المدني. فقد شهدت طفرة نوعية وتضاعف عددها مرات عديدة حيث ارتفع عددها من 364 منظمة سنة 1995 على ما يناهز 3000 منظمة 2010 (3)، تعمل غالبيتها في مجال المرأة والأسرة والطفل فإنه وبحسب دراسة عن المنظمات الأهلية العربية (4) شملت موريتانيا فقد شكلت الجمعيات التي توجه عنايتها بالمرأة نسبة 9,50 % من العينة مجال البحث.

وبصفة عامة يتبين أن المجتمع المدني شهد تطورا هاما لبرامجه الرامية إلى النهوض برسالة المرأة .

إلا أن التحدي الكبير الذي واجهته المرأة ولا زالت حتى وقتنا الحاضر، هي مجموعة العادات التي كان يراها البعض سلبية في المجتمع التقليدي، وانتقلت إلى المجتمع الموريتاني المعاصر كالزواج المبكر، حيث لازالت ظاهرة زواج الفتيات القاصرات، أو ما يعرف بالزواج المبكر، تحتفظ بأنصار لها في الأوساط الاجتماعية الموريتانية، كما هو الحال بالنسبة لظواهر أخرى تتعرض لها الفتيات في مقبيل أعمارهن، وتنتشر على نطاق واسع رغم حملات التوعية الصحية والاجتماعية ضدها، كتسمين الفتيات قسرا، وختانهن. وقالت وزارة الشؤون الاجتماعية والأسرة الموريتانية، إن نسبة 24 % من النساء الموريتانيات يتزوجن في سن مبكرة، وأن حوالي 51 % منهن تزوجن قبل بلوغ 20 سنة، وأضافت الوزارة في دراسة أعدتها 2010 أن الموريتانيين يختلفون في وجهات نظرهم حول تعريف الزواج المبكر، إذ أن نسبة كبيرة منهم تعتبر أن الزواج المبكر هو ما يتم قبل بلوغ المرأة 15 عاما، أما ما بعد ذلك فلا يعتبرونه زواجا مبكرا، بينما تعتبر نسبة 13 % منهم، أن كل زواج يتم قبل بلوغ سن الأهلية القانونية وهي 18 عاما يعتبر زواجا مبكرا (5).

وهذا التحدي هو ماأوجب على الدولة التدخل من أجل الحد من انتشار تلك العادات، فكلفت لجنة من العلماء والقانونيين، بإصدار مدونة قانونية تعنى بالأحوال الشخصية. وضحت فيها ما للمرأة وماعليها، حتى تتمكن من معرفة حقوقها والدفاع عنها، ولكي تكون أيضا هذه المدونة رادعا نهائيا لبعض التجاوزات التي كانت تصدر من بعض الرجال تجاه المرأة، والتي قد يعيدها البعض إلى بعض الأعراف والتقاليد البائدة، والتي لا تتناسب مع مفهوم

(1)تقرير صادر عن إدارة الأسرة التابع لوزارة الشؤون الاجتماعية والطفولة والأسرة سنة 2013.

(2)هذه المهام حددها المرسوم رقم 189-2008 سنة 2008.

(3)إحصائيات إدارة المجتمع المدني بمفوضية حقوق الإنسان والمجتمع المدني.2010.

(4)واقع ومستقبل المنظمات الأهلية العربية، منينة بنت عبد الله موريتانيا، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص 211

(5)دراسة نشرت بموقع جريدة الرياض السعودية-9-مارس2006

الدولة العصرية التي يجب أن يكون الرجل والمرأة فيها سواسية، حتي يمكن لبنيان الدولة أن يتأسس على مفاهيم صحيحة، تساعد على الاستفادة من مجهودات كل سكانها. (1)

ومن أبرز اهتمامات هذه المدونة وكأي قانون للأحوال الشخصية، هو توضيح الطريقة التي يجب إجراء بها أي عقد زواج في المجتمع الموريتاني حيث حالت نصوص هذه المدونة دون كثير من الانتهاكات التي كانت تمارس في المجتمع الموريتاني باسم العادات والتقاليد المرتبطة بالزواج والأسرة، وحدث من السيولة التي كان يعاني منها هذا المجال، حيث كانت مسألة الزواج ينظر إليها البعض على أنها تفريغ لرغبة وتنفيس عن نزوة، حتى أن البعض وصل به الأمر إلى التفاخر، بأنه يتزوج في كل مكان يبيت فيه ليلته، وفي الصباح التالي يطلقها، دون أن يعنيه أي شيء آخر، سواء ما تعلق بحقوق تلك المرأة أو حقوق الأطفال الذين قد ينتجون عن ذلك الزواج، وكان من اهتمام المدونة الحد من الزواج المبكر للفتيات أو ما يعرف بزواج القاصرات، وإن كان لازال ملموسا في المجتمع، خاصة في ظل المشاكل الكبيرة التي تنتج عن ذلك النوع من الزواج كما حدث في السنوات الماضية، حيث شهدت موريتانيا ثلاث حالات أثارت الرأي العام.

فالحالة الأولى : تمثلت في طلاق إحدى الفتيات وهي في الثامنة من عمرها، بعد زواجها في السعودية.

والحالة الثانية : تم اكتشافها بعد أن دخل ذوا المتزوجة وزوجها السجن في إسبانيا حيث تم تزويجها في موريتانيا، ثم بعد ذلك عادت الأسرة كلها إلى إسبانيا، ورغم أن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني نص على أنه يطبق القانون الموريتاني المتعلق بقضايا الأحوال الشخصية على الأزواج إذا كان أحدهم موريتانيا وقت انعقاد الزواج. (2)، إلا وأنه وبسبب تمتع الزوجين بالجنسية الإسبانية فإنه قد تم تنفيذ القانون الإسباني عليهما، والحالة الثالثة حرم زوجها من التأمين الصحي في موريتانيا حيث هددته وزارة الصحة الموريتانية بمقاضاته، بعد أن تقدم بطلب تأمين صحي لزوجته التي تبلغ من العمر 15 عاما، وأعلنت الوزارة أن الزواج باطل من الناحية القانونية لأن الزوجة قاصر، ولا يحق للمدرس الاستفادة من تأمين زوجته القاصر، وأكدت أنها أحالت ملفه إلى القضاء للتحقيق معه، وتقول رئيسة منظمة النساء معيلات الأسر في موريتانيا، أن عمليات تزويج القاصرات تحولت إلى تجارة، وأكدت أنها سجلت ثمان عشرة حالة لفتيات تم ترحيلهن إلى دول خارج موريتانيا وتزويجهن هناك وهن قاصرات جدا، وعندما ألحجن تم تطليقهن وإبعادهن، بل إن بعضهن عدن يحمل معهن أطفالا رفض آبائهم الاعتراف بهم، لأن الزواج كان عرفيا وسريا خلال إقامتهن في تلك البلدان. (3)

وإذا ما تم الإسهاب في سلبات هذا الموضوع بل وحتى تعارضه مع بعض القوانين الأخرى كقانون الطفل مثلا، فإنه سيحتاج ذلك إلى بحث آخر.

ويعد إثبات عقود الزواج من اهتمامات المدونة، حيث نصت على أن الزواج يثبت بحجة رسمية وفقا لمقتضيات هذه المدونة فنصت على أنه: يبرم الزواج أمام ضابط أو وكيل الحالة المدنية الذي يحرر عقدا به .يسجل العقد بعناية

(1) تم إصدار هذه المدونة بقانون رقم 2001-52 بتاريخ 2001-7-9.

(2) وزارة العدل الموريتانية، قانون الالتزامات والعقود، تم إصداره سنة 1989

(3) تحقيق تم نشره بجريدة الرياض السعودية بتاريخ: 2010-10-9م، رئيسة المنظمة المذكورة: أمنة بنت المختار

ضابط أو وكيل الحالة المدنية خلال أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ انعقاده. والزواج الذي لم يتم عقده طبقا لمقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة لا يمكن إثباته إلا بواسطة حكم قضائي. ويسجل عقد الزواج طبقا للمقتضيات الواردة في المادة 65 من القانون رقم 019-96 الصادر بتاريخ 19 يونيو 1996 المتضمن قانون الحالة المدنية. وتسجل عقود زواج الموريتانيين في الخارج طبقا للمقتضيات الواردة في قانون الحالة المدنية وخاصة المادة (3) منه. وانه اعتبارا لواقع معين يجوز إثبات الزواج أمام القضاء بالبينة (1).

وفي موضوع الأهلية نص في المادة 6- تكمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثماني عشرة من العمر. ويصح لولي ناقص الأهلية أن يزوجه إذا رأى مصلحة راجحة في ذلك. وإذا زوج الولي ناقص الأهلية دون مراعاة مقتضيات المادة السابقة فإن الزواج يقع صحيحا. غير أنه إذا تبين أن ذلك لمحض مصلحة الولي فإنه يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي. وإذا تزوج ناقص الأهلية، بغير إذن وليه، لا يلزم النكاح إلا بعد موافقة الولي أو القاضي عند الاقتضاء. (2).

وكانت المدونة وفيه لما أقره الشرع من قوامة الرجل في الأسرة على العائلة بكاملها فنصت على أن الزوج هو قيم العائلة، ويقوم بذلك الدور في صالح الأسرة. على أن ذلك لا يمنع أن تساعد الزوجة زوجها في إدارة شؤون العائلة. (3).

وهذه القوامة تتمثل في طاعة العائلة للرجل فيما ليست فيه معصية الخالق أو إضرار بالأسرة، وقد وافقت المدونة جل قوانين الأحوال الشخصية العربية في ذلك (4).

في حين خالفها في الأمور المتعلقة بما قبل الزواج كمرحلة الخطبة مثلا، فلم تتناول تبعاتها والآثار المترتبة عنها، بل اعتبرت أنه لا يترتب عنها أي أثر قانوني ولكل من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها، ونصت على أنه حتى لو خطب الرجل على خطبة غيره وعقد لم يفسخ (5)

وهذا يعد تقصيرا من المدونة لأن الخطبة قد تترتب عنها أقوال وأفعال، قد تكون نتائجها كارثية على أحد الطرفين فيما لو تم فصل الخطبة، وهذا شيء يحدث غالبا، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الخطبة في موريتانيا قد تمتد من سن مبكرة للبنات وفي بعض الأحيان منذ ولادتها وتستمر لغاية بلوغها وما بعدها، مما قد يترتب عنه خسارة البنت لفرص الزواج من آخر بسبب ارتباطها بخطبة فلان، وعند ما يفسخ هذه الخطبة ربما يكون قطار الزواج قد فات هذه البنت أو على الأقل فاتها قطار الإنجاب .

(1) المواد 75 و76 و77، من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، مرجع سابق

(2) المواد 6 و7 و8 من المرجع سابق

(3) المادة 56، من المرجع سابق

(4) المادة 78 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(5) المادة 3 و4 في الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، مرجع سابق

كما أكدت المدونة على القوة القانونية لعقد الزواج المحرر طبقاً للمقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة بحيث لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، كما أكدت على أنه - تطبق أحكام هذه المدونة على جميع القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لم يبت فيها نهائياً قبل سريان العمل بها كما ألغت المدونة كل النصوص السابقة المخالفة لها. (1)

والجدير بالذكر أن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية حددت سن 18 سنة لزواج الفتاة (2) وفي ظروف معينة سمحت بذلك قبل تلك السن .

وقد وجدت بعد المنظمات الدولية بأن هذه المدونة فيها تمييز ضد النساء حيث ذكر تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي الأممي بأنه على الدولة الموريتانية اتخاذ تدابير لتعديل أحكام مدونة الأحوال الشخصية لعام 2001 التي تتسم بالتمييز على أساس الجنس، لا سيما ضد المرأة. حيث لوحظ بقلق أن الزواج المبكر لا يزال شائعاً في موريتانيا وأنه يمكن تزويج أشخاص عديمي الأهلية القانونية دون موافقة الشخص المعني إن ارتأى ولي الأمر أن في ذلك الزواج مصلحة الشخص المعني (المادة 10). كما تحث اللجنة على منع الزواج المبكر دون السن القانونية الدنيا للزواج (18 عاماً) وعلى تعديل المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية لضمان إبرام الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما. كما تدعو إلى إذكاء الوعي في أوساط السكان، بمن فيهم الزعماء الدينيون، إزاء الطابع التمييزي للحضنة، فضلاً عن الأدوار والمسؤوليات المتميزة المسندة إلى الزوجات فيما يخص المسائل الأسرية، ما دامت تخالف العهد³. وتدعو اللجنة الدولة الطرف أيضاً إلى تحديد كافة أشكال التمييز ضد المرأة وحظرها في تشريعاتها. وفي هذا الصدد، تحيل اللجنة الدولة الطرف إلى تعليق اللجنة العام رقم 16 (2005) بشأن المساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁴.

ثالثاً : واقع المرأة الموريتانية التشاركي في الوقت الحاضر :

يرى خبراء أن تعزيز المكانة الاقتصادية والاجتماعية للمرأة وتحرير طاقتها والتخفيف من عبء المسؤوليات الأسرية الملقة على عاتقها يشكل شرطاً أساسياً للرفع من مستوى المرأة في دوائر صنع القرار وتحقيق مشاركة عادلة للنساء في التنمية.

ولذلك أصبح لزاماً على الدولة أن تلتفت إلى الدور السياسي الذي يجب أن تلعبه المرأة في المجتمع ، بعد أن كانت مهمشة ومغنية عنه، وهو ما حدث مع بداية التحول الديمقراطي في البلد في بداية التسعينات، فأصبحت حاضرة وذات تأثير كبير في الحياة العامة (5)

(1) المادة 78 والمواد 312-313-314 من نفس المرجع سابق

(2) المادة 6 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، مرجع سابق

(3) العهد : يقصد به، الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

(4) الملاحظات الختامية التي اعتمدها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في دورتها التاسعة والأربعين (12-30 تشرين الثاني/نوفمبر 2012) بشأن التقرير الأولي المقدم من موريتانيا.

(5) محمد الامين ولد سيدي باب، الحريات العامة في النظام القانوني الموريتاني، ص 8-9، مجلة الفقه والقانون العدد 03-2013

إن واقع المرأة الموريتانية حالياً، يختلف اختلافاً كلياً عن ما كانت عليه أثناء استقلال البلد وقبله، خاصة على مستوى المجال السياسي، نظراً لما لأهمية ذلك المجال من تأثير على كل النظم والقوانين والوقائع التي تهم المرأة.

فبعد أن كان الاهتمام في السنوات الثلاثين التي أعقبت الاستقلال منصفاً على كيفية إخراج المرأة من ظلمات الجهل، وأعراف البداوة، فبلغت نسبة التمدرس للمرأة 82.3 %، سنة 2009م(1).

وكتأكيد من الدولة على سعيها الدؤب في فتح كل أبواب فرص التمدرس والعمل أمام المرأة لتكون على قدر المساواة مع الرجل فإنها جعلت من مهام إدارة الترقية النسوية الرسمية أن تسعى جاهدة لتذليل كل الصعاب أمام أي منظمات غير حكومية تعمل في مجال الترقية النسوية للحصول على ترخيص للعمل على التراب الوطني(2).

وبعد أن أبانت النساء في موريتانيا عن كفاءات وقدرات عالية تحول لهن الوصول إلى مناصب القرار، مستفيدات من قوانين عززت مكانة المرأة ورفعت بعض التحفظات عن حقوقها ورسخت مبدأ المساواة والاستقلالية، وطموحها إلى المشاركة بكثافة في التنمية والوصول إلى المناصب العليا والرفع من مستوى تمثيلها في دوائر صنع القرار.

فإن اهتمام الدولة في الوقت الحاضر انصب على أن تتبوء المرأة الموريتانية مكانتها المناسبة على المستوى الوظيفي خاصة في ظل وجود اتفاقيات دولية تدفع بذلك الاتجاه كإعلان الاتفاقية الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة وسعي جميع البلدان إلى تنفيذ المبادئ الواردة فيها(3).

وقد استطاعت المرأة الموريتانية أن تشغل جميع مراكز صنع القرار حيث أصبحت وزيرة وسفيرة ووالية (محافظة) علاوة على ولوجها قطاعات الشرطة والجيش.

وقد نص دستور 1991 على المساواة بين الرجل والمرأة في الانتخابات، إلا أنه ورغم ذلك ظلت المشاركة السياسية للمرأة ضعيفة للغاية ما بعد 2006، حيث شهد التمثيل السياسي للمرأة قفزة نوعية تجلت في تقلد ثمانية نساء لمناصب وزارية في الحكومة الحالية 2015 كما أن هناك نسبة مئوية للمرأة في البرلمان والبلديات ثابتة هي 30 % من مستشاري البلديات بما فيهم 24 عمدة بلدية، و 20% من نواب الجمعية الوطنية، وقد ترجم ذلك على أرض الواقع في انتخابات 2014م، حيث تقلد النساء 30 في المائة من مقاعد المستشارين البلديين و 20 نائبة في الجمعية الوطنية و 9 أعضاء في مجلس الشيوخ. كما لم تخل أي انتخابات رئاسية منذ التسعينات من مرشحة امرأة.

بينما كانت هذه النسب سنة 1994 لا تتجاوز أربع نسوة يتولون قيادة قطاعات وزارية. وهذه النسب لا تعني بأنها هي فقط التي من حق المرأة أن تشغلها في تلك القطاعات، وإنما يجب أن لا تنقص عنها، وذلك من باب التمييز الإيجابي، أما لو استطاعت أن تفوز بالنسبة المئوية كاملة فلها الحق في ذلك. وهو بالفعل ما تحقق في انتخابات 2008، حيث بلغت نسبتهن في البرلمان أكثر من 21 في المائة وفي البلديات أكثر من 35 في المائة، وإن كانت نسبة النساء

(1) إحصائيات وزارة التعليم بموريتانيا سنة 2009

(2) تعريف النظام الداخلي الذي يحكم إدارة الترقية النسوية والنوع- ورقة صادرة من الإدارة المعنية 2015

(3) عبير خطاب. عوائق النهضة في خطاب رائدات النهضة، مجلة رواق عربي العدد 15-16 سنة 1991، ص 35

في التمثيل الحزبي، لازالت ضئيلة مقارنة مع عدد الأحزاب الموجودة في البلد والتي بلغت أكثر من 76 حزبا في موريتانيا، حيث لا توجد سوى أربع أحزاب فقط تقودهن نساء.

ورغم أن الدولة بذلت جهودا كبيرة لتذليل الصعاب أمام ولوج المرأة مختلف القطاعات وتوسيع دائرة مشاركتها في الحياة السياسية، إلا أن بعض القوى السياسية والعشائرية وجدت أن ولوج المرأة هذا الميدان سيكون له تأثير سيئ على التكوينات السياسية وخيارات الناس وفرص النجاح، فبعض الأحزاب رحبت بقرار منح 20 في المائة من المقاعد البرلمانية للنساء ترحيباً حذراً، وأكدت دعمها توسيع مشاركة المرأة في الشأن السياسي شريطة ألا يتعارض ذلك مع المبادئ الديمقراطية المتعلقة بلحترام خيارات الناس، ورأت أحزاب أخرى أن هذا القرار سيشكل إحراجاً لها حيث ستكون ملزمة بترتيب لوائحها بطرق قد لا تخدم فرصها الانتخابية واختياراتها السياسية. أما القوى العشائرية فلم تستسغ هذا القرار ورأت أن المجتمع الموريتاني لا يمكنه أن يتقبل مشاركة واسعة للنساء في صنع القرار(1).

وكانت مفتشة الدولة والوزيرة السابقة في موريتانيا عيشة بنت جرجس قد دعت السلطات الموريتانية مؤخراً إلى السماح بتولي المرأة لوظيفة القاضية، واعتبرت أن تغييب المرأة عن المجال القضائي أدى إلى تعطيل قوانين مشرعة لصالح النساء، معتبرة غياب المرأة الموريتانية عن سلك القضاء أمر غير مقبول ومستغربة ولوج المرأة للأسلاك العسكرية ومنعها من سلك القضاء.(2).

ومع كل ذلك، ورغم كل محاولات الدولة للقضاء على التمييز ضد النساء إلا أن مراكز إيواء النساء المعنفات لازالت تتلقي يوميا بعض تلك الحالات، وإن كانت لا توجد نسبة مئوية محددة، إلا بعض المراكز قد سجل ما يقارب 3000 حالة عنف ضد النساء يتم إيواء بعض من ضحاياها ومرافقتهن إلى المحاكم.(3).

كما تعاني المرأة الريفية من جهل حقوقها الاقتصادية الأساسية مما يعرقل فرص نفاذها إلى القرض والملكية العقارية(4).

ولازالت الدولة في سعي حثيث للتغلب على جميع الصعاب التي تقف حائلا دون تعميم الاستفادة من مجهودات هذه الشريحة المهمة من السكان، لتشمل جميع النسوة على مستوى كل المناطق سواء منها الحضرية أو الريفية، وذلك من خلال مجموعة من الاستراتيجيات من أهمها الإستراتيجية الوطنية لنشر وتنفيذ مدونة الأحوال الشخصية لضمان ونشر محتوى مدونة الأحوال الشخصية على كافة التراب الوطني وشرحها لكل فئات المجتمع.و تطوير هيئات المساعدة والاستشارة والمرافقة القانونية. ووضع آليات تنسيق بين وزارة الشؤون الاجتماعية ووزارة العدل.(5).

(1)الناشطة الحقوقية، خديجة فال. في رد على أسئلة من الكاتبة سكيمة نصيب في مقال بجريدة الاتحاد الإماراتية نشر بتاريخ 26-9-2011.

(2)الناشطة الاجتماعية زينب بنت سيديني في محاضرة ألقها بمناسبة عيد المرأة.

(3)مركز رحاب لاستقبال ضحايا العنف.

(4)خطة عمل وطنية للمرأة، لصالح وزارة الشؤون الاجتماعية والطفولة والأسرة.الخبر الاجتماعي، محمد ولد احميادة.

(5)تمت المصادقة على هذه الإستراتيجية يونيو 2002.

كما وضعت استراتيجية تؤكد على أهمية الكفاح ضد التقاليد الاجتماعية والثقافية التي تعيق تطبيق مدونة الأحوال الشخصية تمحورت حول: تحسين مستوى المعرفة بالنصوص القانونية الوطنية والدولية. و ترقية نفاذ النساء إلى الخدمات القانونية والقضائية. وتدعيم قدرات الهيئات المعنية بترقية الوضع الاجتماعي والقانوني للمرأة. (1)

كما وضعت الحكومة استراتيجية وطنية للترقية النسوية تهدف إلى دعم حقوق المرأة من خلال: التطبيق الفعلي لمدونة الأحوال الشخصية. و تنفيذ توصيات الاتفاقية الدولية للقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة. و تدعيم قدرات الهيئات المعنية بترقية الوضع الاجتماعي والقانوني للمرأة. وإقامة آليات مشاور وتعاون بين وزارة الشؤون الاجتماعية والطفولة والأسرة ووزارة العدل والبرلمان والمجتمع المدني. (2)

وهناك بعض الوكالات الدولية كوكالة التعاون الألماني تدعم تنفيذ البرنامج الوطني للحكم الرشيد وترقية المشاركة السياسية للنساء في الانتخابات البلدية والتشريعية وكذلك العمل على نشر مدونة الأحوال الشخصية. (3)

وقد جعلت الحكومة الموريتانية من القضاء على الفقر أولى أوليات كل السياسات العمومية في أفق 2010 – 2015 ضمن إطار استراتيجي لمكافحة الفقر خاصة فيما يتعلق بتدعيم المشاركة الاقتصادية ومكافحة فقر المرأة (4)

خاصة في ظل عدم الارتياح الذي أبداه تقرير اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنبثقة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة حيث ذكرت بأنها تأسف لعدم تقديم التقرير الذي قدمته الحكومة الموريتانية الأخير بخصوص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية أي معلومات عن تنفيذ المادة 3 بشأن مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. 5.

وفي إجابة على أسئلة تم طرحها من قبل الباحث على رئيس مصلحة بإدارة الترقية النسوية السيد الشيخ التجاني ولد باباه بخصوص خطة العمل للإدارة الترقية النسوية والنوع للسنة الحالية التي نحن بصدها 2015، ذكر المعني بأنه في بداية كل سنة يتم وضع خطة تتضمن أهداف ومشاريع مع تحديد فترة الإنجاز ومناطق السكان المستفيدين ومؤشرات المتابعة على أن يتم تنفيذها كلها مع نهاية السنة الجارية.

وذكر من ضمن أهم أهداف سنة 2015 دعم القدرات المؤسسية والفنية للإدارات من أجل تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمؤسسة النوع ومحاربة العنف القائم على النوع، ترقية المشاركة للنساء وقيادة الرأي، والمساهمة في التمكين الاقتصادي للنساء.

(1) الإستراتيجية الوطنية في مجال النوع 2009.

(2) تمت المصادقة عليها سنة 2004 وتم تحيينها سنة 2008.

(3) أم كلثوم بنت حامدين، الجمعيات غير الحكومية ودورها في التنمية في موريتانيا، جامعة مولاي اسماعيل مكناس المغرب، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المعمقة، وحدة البحث والتكوين " المرأة والتنمية" 2005، (غير منشور)..

(4) القانون رقم 2001/50 الصادر بتاريخ 18 يوليو 2001.

(5) الملاحظات الختامية التي اعتمدها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في دورتها التاسعة والأربعين (12-30 تشرين الثاني/نوفمبر 2012) بشأن التقرير الأولي المقدم من موريتانيا.

خاتمة :

بناء على ما سبق يمكن القول بأنه طالما هناك تشارك في الأدوار داخل الأسرة فإن الأسرة ستظل هي أهم نظام اجتماعي في المجتمعات الإنسانية المختلفة، مهما كان الذي سيطر على شكلها البنائي والوظيفي، سواء داخل المجتمع الواحد أو بين المجتمعات المختلفة .

كما أنه وبالرغم من كل ما تحقق في مجال إدماج المرأة في التنمية المحلية على جميع الأصعدة، إلا أنه لازالت هناك عوائق أمام العمل السياسي للمرأة الموريتانية، ومن ذلك أن نسبة المشاركة لا ترضي الطموح النسوي للآن، والمتخصصات أو المهتمات في المجال السياسي مازلن دون المطلوب، مما يحتاج إلى بذل المزيد من الجهود من أجل العمل على الرفع من قيمة مؤشر مشاركة النساء في التنمية المستدامة في البلد، كما أن البعد العربي التقليدي للمجتمع الموريتاني لازال يشكل حجر عثرة في طريق الاندماج الكامل للمرأة في جميع مفاصل الدولة، بسبب نظراته العرفية للمرأة على أن هناك بعض المناصب التي يحرم على المرأة تبوؤها شرعا، كالقضاء مثلا، وبعض المناصب التي لا ينبغي للمرأة شغلها عرفا كالمناصب العسكرية الدنيا التي لا بد فيها من مباشرة أعمال مختلطة اختلاطا كليا مع الرجال. وإن كان هذا الأخير يشكل خلافا شرعيا في المؤسسات المعنية بالتعامل مع المرأة كالسجون والاضطرابات النسوية، حيث عدم وجود نساء للتعامل مع هؤلاء يؤدي إلى تعامل الرجال معهن، وهو ما يعني تجاوزا شرعيا، كان على الدولة أن تتفاداه، من خلال تعيين نسوة لهذا الغرض رغم الرفض العرفي.

كما أن الدولة لازالت بحاجة إلى كثير من العمل ، لخفض نسبة الفقر بين النساء، من أجل تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية لهن.

وكذلك الحد من تفشي ظاهرتي الطلاق وتعدد الزوجات ، بقصد الوصول إلى الرفع من فعالية مشاركة المرأة في جهود التنمية، وبالتالي إضافة موارد بشرية هائلة لا غنى عنها تساهم في مواجهة تحديات التقدم والتطور الذي تعيشه البلد اليوم.

لأن هذا هو ما سيساهم في مستقبل تعميم الوعي في المجتمع الموريتاني، للموافقة على قبول خروج المرأة بشكل كلي للمساهمة في بناء الدولة. وذلك من أجل مساواة حقيقية بين المرأة . خاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار أن المرأة في موريتانيا تمثل ما نسبته 52 في المائة من نسبة السكان(1)

والمستقبل مشجع على كل حال في هذا المجال حيث أنه في سنة 2015 مثلت المرأة ما نسبته أكثر من 51 في المائة من المترشحين للشهادات الابتدائية والاعدادية والثانوية(2).

كما يجب التنويه هنا إلى أنه بالنسبة للتقدم في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية المتعلقة بالمرأة المسلمة بشكل عام في دولها، يجب أن لا يقاس برضا المنظمات الدولية لأنها تطالب بمستوى من المساواة قد يتعارض مع بعض المشهور عند تلك الدول في مذاهبها الفقهية ، كتولي مثلا المرأة للقضاء، وكذلك تشجيع الإنجاب خارج العلاقات الزوجية من خلال اعتماد النظام القانوني للبلد لأولئك الأولاد وأسرهم بنفس المرتبة مع الأسر القائمة على ارتباط شرعي، وهذا ما يلاحظ على أغلب تلك المنظمات الدولية عند تعليقها على الحياة الاجتماعية للنساء في العالم الإسلامي(3) .

(1) المكتب الوطني للإحصاء التحقيق المتعدد المؤشرات 2007.

(2) تقرير وزارة التهذيب الوطني بموريتانيا لسنة التعليم 2014-2015م

(3) انظر في ورقة الملاحظات الختامية التي اعتمدها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في دورتها التاسعة والأربعين (12-30 تشرين الثاني/نوفمبر 2012) بشأن التقرير الأولي المقدم من موريتانيا.

دور المحاكم المالية في تكريس الشفافية ومكافحة الفساد الإداري و المالي



رشيد قاعدة : باحث بمركز

الدراسات و الأبحاث للدكتوراه

بكلية الحقوق الرباط السويسي

مما لا شك فيه أن للشفافية المالية دور أساسي في حماية الأموال العمومية وصيانتها من جميع الاختلالات لذا فإن تكريس هذه الشفافية من قبل القاضي المالي تستدعي ليس فقط الاعتماد على الرقابة في مفهومها الكلاسيكي وإنما اعتماده على وسائل وآليات جديدة، من خلال اعتماد المناهج الحديثة للتدبير العمومي للحديث المتبعة في ميدان الرقابة. إذ من شأن اعتماد هذه الوسائل الحديثة أن تجعل من القاضي المالي قادرا على تقييم فعالية ونجاح التسيير بمختلف الأجهزة الخاضعة للتدقيق والمراقبة. وكذا الوقوف على مكامن ضعفها ولاسيما تنظيمها وتسييرها؛ خاصة وأن التطورات التي عرفها مقال الرقابة على المستوى الدولي أصبحت تركز اليوم أكثر من أي وقت مضى على التحقيق المندمج لكونه يهدف إلى إدماج آلياته ومناهجه ضمن مقارنة التنمية وفي إطار مقرب شمولي.

كل ذلك ساعد في تعزيز وتجسيد آليات الشفافية المالية في تدبير وتسيير الأجهزة الخاضعة لعملية التدقيق الخارجي الإلزامي والمحاكم المالية خاصة، وذلك لما لها من إمكانيات قانونية تضيضي على اقتراحاتها وتقاريرها الطابع الإلزامي قوته ومكانته اللائقة في حقل ومجال التسيير الإداري⁽¹⁾. مما يساعد على محاربة الفساد الإداري و المالي.

و انطلاقا مما سبق يمكن طرح الإشكالية المحورية لموضوعنا قيد الدرس كالتالي "إلى أي حد ساهمت المحاكم المالية بالمغرب في تجسيد الشفافية و محاربة الفساد المالي كأحد أهم مكونات التدبير العمومي الحديث؟".

و للإجابة عن هذه الإشكالية الأساسية سنحاول تقسيم هذه المقالة المتواضعة لمبحثين أساسيين كالتالي :

بحيث سنخصص المبحث الأول "لرقابة المحاكم المالية على المال العام ودورها في تكريس الشفافية ومكافحة الفساد".

فيما سنخصص المبحث الثاني "للفساد المالي بالمغرب وانعكاساته على التدبير العمومي ومدى مساهمة المحاكم المالية في محاربته".

⁽¹⁾- هشام الحسكة، المجالس الجهوية للحسابات وإشكالية إرساء شفافية تدبير الأموال العمومية المحلية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعقم، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 40.

المبحث الأول : رقابة المحاكم المالية على المال العام ودورها في تكريس الشفافية ومحاربة الفساد :
إن الحديث عن الشفافية ودور المحاكم المالية في تكرسها لابد من الحديث عن أسسها النظرية وموقع المحاكم المالية ضمنها (المطلب الأول). ثم بعد ذلك تحديد مدى مساهمة المحاكم المالية في تدعيم الشفافية بالمغرب (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الأسس النظرية للشفافية وموقع المحاكم المالية ضمنها :
تحدد الأسس النظرية للشفافية على مجموعة من المقومات لا تستقيم دونها، لكن قبل الحديث عنها لابد من تحديد مفهوم الشفافية (الفرع الأول)، ثم تحديد موقع المحاكم المالية ضمنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الشفافية :

تعد الشفافية المسألة المحورية في عملية التنمية إذ في غيابها يتعذر على الحكومة والدولة عموما تحقيق أي تقدم، كما تعتبر الشفافية العنصر الأساسي التي تعتمد المحاكم المالية على التأكد من وجودها في العمليات والحسابية و التدبيرية الإدارية أثناء عملياتها الرقابية للأجهزة الخاضعة لرقابتها.

وتعتبر الشفافية ضرورة ملحة للحكومات التي تتطلع لمراقبة تدبير مواردها الاقتصادية خصوصا في ظل ندرة وشح هذه الموارد، والشفافية كمصلح عام تعني القيام بالأمر على الوجه الصحيح، من خلال الوضوح التام والعلنية المطلقة في كل التصرفات التي تقوم بها الإدارة، كما يقصد بها توفر المعلومات في وقتها، وإفساح المجال أمام الجميع للاطلاع على المعلومات الضرورية، ما يساعد في اتخاذ القرارات الصائبة، وكذلك من أجل توسيع دائرة المشاركة والرقابة والحاسبة، ومن أجل التخفيف من هدر المال العام ومحاصرة الفساد، وذلك لكون الشفافية تعتبر عاملا مهما للتخفيف من نسبة العلاقات المشبوهة وغير الشرعية المحتملة مع المسؤولين. والتصدي للفساد يتطلب أولا وجود درجة عالية من الشفافية، وهي تعني بوضوح ما تقوم به الإدارة من وضوح في علاقتها مع المواطنين وعلنية الإجراءات والغايات والأهداف فهي نقيض السرية والغموض والتعقيد وقد شاع هذا المفهوم مع تأسيس منظمة الشفافية الدولية (Transparency international) عند بداية تسعينات القرن الماضي، حيث تركز على تقاسم المعلومات والمكاشفة عن مختلف القواعد والأنظمة والتعليمات واللوائح في وضع وتنفيذ السياسات واتخاذ القرارات، وتقي من ارتكاب الأخطاء وهذا يعني ضرورة توفير الإحصاءات والبيانات والمعلومات في أجواء شفافة دون معوقات.

إن تعزيز الشفافية وسياسة الإفصاح عن المعلومات ستساعد على رفع من مستوى الوعي والتي يفترض أن تكون وفقا لمبادئ ميثاق مبادرة الشفافية العالمية الالتزام بما يلي :

1- حرية الوصول إلى المعلومات؛

2- الإفصاح التلقائي؛

3- الوصول إلى اتخاذ القرارات؛

4- حق طلب الحصول على المعلومات؛

5- استثناءات محدودة؛

6- الالتماسات؛

7- تقديم الحماية لمن يكشف عن الممارسة المخافة؛

8- تعزيز حرية المعلومات.

وقد عمل الدستور المغربي المراجع لسنة 2011 على توفير الضمانات الأساسية والآليات المؤسساتية لمحاربة الفساد وحماية المال العام في تبني الشفافية.

ومن ضمن هذه المؤسسات المحاكم المالية التي كرس لها الوثيقة الدستورية اختصاصات الرقابة العليا على المال العام خاصة من خلال الرقابة على الأموال المخصصة للأحزاب السياسية أثناء الحملات الانتخابية وكذلك من خلال التأكيد على اختصاص التصريح الإجباري على الممتلكات لبعض الفئات التي حددها القانون رقم 54.06 في هذا الإطار كل ذلك بهدف تدعيم الشفافية وتخليق الحياة العامة.

وتعتمد المحاكم المالية لتدعيم الشفافية في هذا الإطار على مقاربتين أساسيتين :

المقاربة الأولى : وتقوم على الاعتماد على القوانين الفعالة والدقيقة؛ التي من شأنها المساعدة على الوقوف على مختلف الاختلالات في الممارسة التديرية في صرف المال العام الخاضعة لرقبتها؛ وإعلامها ذلك عبر الملاحظات الوارد في تقاريرها الموجهة لهذه وسلطات الوصاية في هذا الإطار.

المقاربة الثانية : تقوم على حرية المعلومات ويقصد بذلك ما نص عليه الدستور المراجع لسنة 2011 بضرورة نشر مختلف الأعمال القضائية والغير القضائية لأعمال المحاكم المالية ووضعها رهن إشارة العموم إضافة إلى نشر التقارير السنوية للمجلس الأعلى للحسابات من انعكاسات على تدعيم الشفافية وتخليق الحياة العامة؛ حيث غالبا ما تتضمن هذه التقارير فضائح للعديد من المسؤولين على التدير الإداري والمالي سواء على المستوى الوطني والمحلي مما يشكل فرصة ذهبية للإعلام وعموم المواطنين لمعرفة أهم الخروقات في صرف المال العام وهو ما يشكل عقوبة نفسية وسياسية معنوية وأكثر مما هي مادية لهؤلاء المستهترين وناهبي المال العام.

إن منح المواطنين وبموجب الوثيقة الدستورية حق الاطلاع على هذه التقارير بما تتضمنه من أعمال قضائية وغير قضائية يجعل أعمال المسؤولين على التدير الإداري والمالي بالمغرب تحت أشعة الشمس؛ لذلك أصبحت المحاكم المالية اليوم مطالبة أكثر من أي وقت مضى بتحسين الروابط التي تجمعها بجميع المتدخلين في حماية المال العام الوطني والمحلي وكذلك بعموم المواطنين وذلك عن طريق تعزيز أسلوب الشفافية والوضوح الذي يقتضي القيام بوظيفة الإخبار والإعلام على الوجه الأكمل حتى يتسنى لها التأقلم مع التحولات الحالية التي أصبح يعرفها المجتمع المغربي والدولي في هذا الإطار.

الفرع الثاني : منظومة الشفافية والمساءلة، والرقابة المالية بالمغرب وموضع المحاكم المالية ضمنها.

الفقرة الأولى : الإطار القانوني والمؤسسي⁽¹⁾.

يتوفر المغرب على أدوات قانونية دستورية وإدارية ومالية وقضائية عديدة ومتنوعة (أولا) كما يتوفر على مؤسسات حديثة في مجال الرقابة والشفافية والحاسبة والمساءلة (ثانيا).

⁽¹⁾ -فضلا عن بعض الإضافات، اعتمدنا في إعداد الإطار القانوني والمؤسسي على مقتطفات من الدراسة القيمة للأستاذ عبد اللطيف النكادي بنية مقاومة الفساد في المغرب، منشورات جمعية الشفافية المغربية 2007، وعلى جانب من البحث الجماعي القيم الذي أشرف عليه الأستاذ محمد ملكي لفائدة المنظمة العربية لمكافحة الفساد، تحت عنوان، تحسن أداء أجهزة الرقابة، حالة المغرب، وقد شارك كاتب هذه السطور في ورشة مناقشتها والمصادقة عليها، مراكش، مارس/آذار 2009.

البند الأول : الإطار الدستوري :

نص الفصل 60 من الدستور على أن "الحكومة مسؤولة أمام الملك وأمام البرلمان". وينتج عن هذه المسؤولية أن البرلمان يمارس بصفة غير مباشرة رقابة عامة على المال العام وسبل صرفه والوقاية من تبذيره، كما يمارس رقابة مباشرة لتقصي حقائق مصروفات مشكوك في أمرها.

تتجلى آليات الرقابة في :

♦ مناقشة البرنامج الحكومي والتصويت عليه. ومن نتائج هذه المسؤولية استقالة الحكومة استقالة جماعية في حالة رفض البرلمان للبرنامج الحكومي.

♦ طلب الثقة وقد يؤدي التصويت إلى سحب الثقة من الحكومة (ف.75 من الدستور).

♦ ملتزم الرقابة. وقد يؤدي الموافقة عليه إلى استقالة جماعية للحكومة (ف.76 من الدستور).

♦ الأسئلة ومنها الشفوية والكتابية.

♦ الطعن في دستورية القوانين.

♦ تشكيل لجن تقصي الحقائق.

وللإشارة فإن التأطير الدستوري لاختصاصات المؤسسة البرلمانية يحد بشكل واضح من إمكانية تأثيرها على التدبير العمومي، من خلال تعديل مشاريع النصوص المقدمة من طرف الحكومة أو ممارسة رقابة فعالة على عمل هذه الأخيرة. ونخص بالذكر "لجان تقصي الحقائق".

البند الثاني : الإطار المؤسساتي :

أ-القضاء الدستوري :

يمارس المجلس رقابة تلقائية على دستورية القوانين المالية وبناء على إحالة من البرلمان على دستورية قوانين المالية. وبالفعل أصدر المجلس عدة قرارات هامة في هذا الصدد منها إعادة إدراج المصالح المسيرة بطريقة مستقلة في وثيقة القانون المالي السنوي، وهو ما من شأنه ضمان شفافية تلك الوثيقة الهامة. كما سبق له أن رخص بحرية استخدام الصحن اللاقط.

ب- القضاء الإداري :

كانت المحاكم الابتدائية تملك حق النظر في القضايا الإدارية، قبل إحداث الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ثم إقرار المحاكم الإدارية بظهير 10 شتنبر أيلول 1993. إذ يمكن للمتظلم اللجوء إلى هذا القضاء الذي قد يلغي قرارات إدارية بسبب الشطط أو التجاوز أو الانحراف في استعمال السلطة.

ب-القضاء العدلي :

بإصلاح 1962 تكرر القانون الجنائي الموحد بعدما كان موزعا حسب نوعية المحاكم وحسب المناطق الثلاثة للاحتلالين الفرنسي والإسباني ثم إصلاح سنة 1965 الذي تركز على التوحيد والتعريب والمغرب. وأخيرا إصلاح 1974 الذي جاء من أجل تبسيط المنظومة.

وقد خص المشرع المغربي الباب الثالث من القانون الجنائي للجنايات والجناح التي يرتكبها الموظفون ضد النظام العام وقد نظمها في ستة فروع منها الفرع الرابع وعلى الخصوص الجزء المتعلق بالرشوة الذي ينقسم إلى فصول للتعريف بأنواع الفساد وأخرى للجزاءات فضلا عما يتعلق بالقضايا القانونية التقليدية.

ج- المجلس الأعلى للحسابات :

كونت أول هيئة سميت باللجنة الوطنية للحسابات بظهير 14 أبريل 1960 بعد اللجنة المحلية المغربية للحسابات التي أقرتها سلطات الحماية الفرنسية عام 1932. وقد كانت حصيلة النقاشات والصراعات حول حماية المال العام وضرورة المراقبة وزجر المخالفات من طرف محاكم مالية فرض رؤيا الجهاز التنفيذي والقصر وإقصاء خيار المعارضة. ولم تمارس هذه اللجنة أي مهام وظلت جهازا صوريا.

وفي أواخر السبعينات وبعد قرار الملك الرجوع إلى الحياة الدستورية والبرلمانية عاد مغرب 1977-1978 في أول برلمان بعد حالة الاستثناء تشارك فيه المعارضة إلى نفس النقاشات والصراعات حول دور المحاكم المالية. بل إن أهم حزب إداري كان يترأسه صهر الملك عارض عن طريق برلمانيه إنشاء المحكمة كما عارضتها وتخوفت من إنشائها مصالح وزارة المالية وخصوصا المفتشية العامة ما يدل على أن المشروع وكما العادة طبخ في كواليس خارج مؤسسات الدولة الرسمية والظاهرة. لهذا صرح وزير العلاقات مع البرلمان بأن المشروع يجب أن يمر قبل نهاية أكتوبر تشرين أول 1978، لتضبط الأغلبية الحكومية وتصوت عليه. وفي الحقيقة فقد ارتبط المشروع بتصريح ليما حول الخطوط التوجيهية للرقابة على المال العام سنة 1977 والضغوطات التي مارستها الجهات المانحة على المغرب لتبني محكمة مالية مغربية والظرف السياسي المتمثل في المطالب الدستورية والتوترات المصاحبة للاعتقالات في صفوف اليسار بشتى ألوان طيفه.

وهكذا تم تبني نص قانون أساسي بمقتضى قانون 79/12 بتاريخ 14 شتنبر أيلول 1979 وهو نص ثري بالمستجدات والتجارب الخارجية والاختصاصات الواسعة التقنية مع استثناء التنصيب الدستوري والاستقلالية. كما أسندت رئاسته لأحد خدام البلاط وابن أحد كبار الإقطاعيين وقواد الاستعمار. وسيظل هذا المجلس مجمدا وتغادره جل الأطر بفعل التسلط والشطط في استعمال السلطة وانسداد آفاق العمل والتطور للمجلس نفسه إلى أن تم تعديل نصوصه القانونية سنة 2002 وذلك لافتقار الاستقلالية ولانعدام الإرادة السياسية لتفعيله أو مده بالوسائل المادية للعمل. وأكبر فضيحة/تحد واجهه هو انفجار فضيحة الخطوط الجوية الملكية دون أن يكون له دور يذكر. فالخيط الذي يوجد فيه هو محيط التسييس المفرط للإدارة وللمؤسسات العمومية وانعدام أي إرادة للدولة في تبني النزاهة في تدبير القطاع العام. وفي الجانب العملي تجدر الإشارة إلى أن المجلس لم تكن له مصداقية ليحلب شخصيات مرموقة ولم يتوفر على نصوص تطبيقية لقانونه الأساسي تمكن من توضيح مساطر التحقيق وتأليف لجن التقارير وتكوين المحققين والنظام الأساسي الخاص بالموظفين غير القضاة. كما يتحمل رئيسه مسؤولية انخيازه التام للجهاز التنفيذي ولدواليب الإدارة حيث لم تتم أي مساءلة ولا تقديم أي تقرير رغم توالي عشرات الحكومات المختلفة طوال خلوده على رأس الجهاز من سنة 1979 إلى سنة 2002.

غير أن صدور القانون رقم 99.62 المتعلق بمبدون المحاكم المالية يعتبر بمثابة ثورة حقيقية في مجال تعزيز الديمقراطية وتخليق الحياة العامة ومحاربة نهب المال العام وهو ما تجسد من خلال الخروقات التي وصفت عليها المحاكم المالية منذ سنة 2002 والتي ساهمت بالإطاحة بالعديد من كبار المفسدين والمتلاعبين بالمال العام بالمغرب.

د- محكمة العدل الخاصة سابقا (ظهر 6 أكتوبر 1972 كما تم تغييره بظهر 24 أبريل 1975 وظهر 1980/12/25).

مع بداية الستينات وتضخم الوظيفة العمومية وانطلاق الاستثمارات العمومية لوحظ تنام للفساد من رشوة واختلاس إلى زبونية واستغلال للنفوذ فكان لابد من ضبط هذه الظاهرة على عقارب النسق العام لتطور المجتمع وأجهزة الدولة.

فبمقتضى القانون 4.64 بتاريخ 20 مارس 1965 تم تأسيس محكمة العدل الخاصة من أجل زجر جنيات الغدر والرشوة واستغلال النفوذ المقترفة من طرف الموظفين العموميين. وقد ألغي هذا القانون وعوض بظهر 157/72 بتاريخ 6 أكتوبر 1972 لكننا لا نجد بالقوانين معا أي مقدمة أو تمهيد يبين أسباب إنشاء هذه المحكمة. بينما قدمت المناقشات في البرلمان عدة أسباب للنزول. فقد كثرت الانتقادات حول تدبير نفقات المشاريع الضخمة لأول خطط خماسي طموح في مغرب الاستقلال، وكانت المطالب ملحقة حول حماية المال العام ثم هنالك حديث الحسن الثاني مع القضاة⁽¹⁾. حيث بين لهم "مهمة المحكمة في الضرب على أيدي من تسول له نفسه اختلاس الأموال العامة، وثانيا العمل على مكافحة الجرائم الوظيفية من قبيل الرشوة واستغلال النفوذ واختلاس المال العام...وما يرتبط بها من جرائم كالتزوير مثلا".

وقد أدخلت على قانون 1972 بدوره تعديلات بمقتضى ظهير 24-04-1975 وظهر 25 دجنبر (كانون أول) 1980. ورغم ذلك فطبيعة المحكمة لم تتغير حيث أنها تنتمي إلى المحاكم الاستثنائية وتخرج عن منظومة المحاكم العادية.

يحدد الفصل 31 من قانون محكمة العدل الخاصة اختصاصاتها بالنسبة لمجموعة من جرائم الفساد عرفها في الفصول من 32 إلى 39 وذلك خلافا لمقتضيات الفصول 241 إلى غاية 256 من القانون الجنائي. ويعاقب عليها طبق ما هو منصوص عليه في الفصول المذكورة إذا كان مجموع المبالغ النقدية المختلسة أو المبددة أو المحتجزة بدون حق أو المخفية أو المزايا أو المنافع المحصل عليها بصفة غير قانونية، أو الأرباح المنجزة بدون حق تبلغ قيمة تساوي أو تتجاوز خمسة وعشرون ألف (25000) درهم، كيفما كانت تقسيط هذه القيم وترتيبها من حيث الزمان سواء كان المتهم قد حصل على هذه المنافع من شخص واحد أو من عدة أشخاص بمناسبة أفعال متباعدة أو كان قد ارتكب اختلاسا من صندوق واحد أو عدة صناديق كان يتصرف فيها بحكم وظيفته. ويمكن أن ينتج كذلك حساب الربح بدون حق عن مجموع الأرباح المحصل عليها بواسطة مخالفات متباعدة مثل الاختلاس والرشوة.

هـ- المجالس الإدارية للمؤسسات العمومية :

بما أن القطاع العام يتمتع بالاستقلالية الذاتية، جريا على العموم به عالميا في هذا النوع من الحكامة المؤسساتية، فمن الطبيعي أن يكون خاضعا للتقييم والمساءلة. لكننا نجد في التجربة المغربية عجزا على مستوى دور الدولة في تحديد الأهداف، وفي تتبع التدبير ومراقبته مما يرمي بهذه المسؤوليات على عاتق المجالس الإدارية.

وتتعدد الأمور أكثر عبر تعيين مدراء للمؤسسات العمومية من النخب ذلت الحظوة والحماية.

(1)-عبد اللطيف النكادي، البني القانونية والمؤسسات لمكافحة الفساد بالمغرب، منشورات جمعية الشفافية المغربية، 2007، ص 4

و- أجهزة الرقابة الوزارية :

تباشر الوزارات نوعين من الرقابة على المنشآت العمومية الأولى عن طريق المفتشيات العامة الداخلية التي يمكن اعتبارها مراقبة سياسية/قطاعية مرتبطة بتوجهات الوزير المكلف بالقطاع والثانية إدارية/فنية مرتبطة بالتسلسل الإداري وبالإشراف على السير الفني والإداري في الخط العام للوزارة ولمخططات أو برامج السياسة الاقتصادية والمالية للحكومة.

1- الوصاية الفنية :

تخضع المؤسسات والمقاولات والوكالات العمومية إلى وصاية فنية تمارسها وزارة من الوزارات ذات الكفاءة في الميدان الذي تشتغل فيه هذه الهيئات العمومية. وتتنوع هذه الوصاية حسب ميدان الاشتغال وما يتطلبه من تأطير أو ما تخططه الدولة في سياساتها التنموية وغالبا ما يتم تكوين لجان مشتركة يكون فيها حضور الوزارة الوصية قويا.

1.1- رقابة وزارة الداخلية :

تتوفر الوزارة القوية في إطار الرقابة على جهازين أساسيين :

♦ المفتشية العامة للإدارة الترابية :

تتبع هذه المفتشية مباشرة لوزير الداخلية وتناط بها "مهمة المراقبة والتحقق من التسيير الإداري والتقني والحاسبي للمصالح التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية وهيئاتها"⁽¹⁾. بما فيها المؤسسات العمومية والمجالس المحلية المنتخبة.

♦ المديرية العامة للجماعات المحلية :

حسب المادة 18 من المرسوم المحدد لاختصاصات وتنظيم وزارة الداخلية، يعهد إلى المديرية العامة للجماعات المحلية بمهمة تحضير القرارات التي يتخذها وزير الداخلية في إطار سلطاته المتعلقة بالوصاية على الجماعات المحلية والسهر على تتبعها ومراقبة تنفيذها.

1.2- رقابة وزارة المالية :

تتوفر وزارة المالية على عدة مديريات تقوم بدور المراقبة المالية على المؤسسات العمومية. أهم جهاز في ترسانتها هي المفتشية العامة للمالية لكونه جهاز تدقيق مستقل عن التدبير اليومي. أما الأجهزة الأخرى من مديرية الميزانية إلى مراقبة الالتزام بالنفقات مروراً بمديرية المؤسسات العمومية والخزينة العامة فتتبعها بالمتابعة اليومية.

♦ المفتشية العامة للمالية :

يعود القانون التنظيمي للمفتشية العامة للمالية إلى تاريخ 14 أبريل نيسان 1960 ولازال ساري المفعول إلى اليوم رغم مطالبات دائمة بتحسينه. وهي جهاز للمراقبة ذو طبيعة إدارية يشمل جل الوزارات والإدارات والمؤسسات العمومية وكذا الجماعات المحلية وتدير الأمرين بالصرف والحاسبين العموميين لكنه لا يمارس مراقبة دائمة ومنهجية. تعمل المفتشية العامة للمالية وفق برنامج سنوي يحدده وزير المالية مع الأخذ بعين الاعتبار طلبات التحقيق والمراجعة

⁽¹⁾-مرسوم رقم 100.94.2 الصادر في 16 يونيو 1994 في شأن التنظيم الأساسي الخاص بالمفتشين العامين للإدارة الترابية.

المقدمة من طرف الوزارات الأخرى. وتقوم بتحقيقات ودراسات حول قضايا مالية وبتدقيق المشاريع العمومية الممولة من طرف الهيئات المالية الدولية.

توضح حصيلة عمل "المفتشية العامة للمالية"، أن هاته الأخيرة أكثر بتدقيق حسابات المشاريع الممولة من طرف المانحين الدوليين، وذلك على حساب دورها الأولي والأساسي في مراقبة المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف.

♦ مديرية المؤسسات العمومية والمساهمات :

تعتمد هذه المديرية على مراقبين ماليين ووكلاء محاسبين يمارسون رقابة قبلية للتأكد من مشروعية وصحة العمليات المتعلقة بالأداءات والمداخل.

♦ مديرية الميزانية :

تشارك هذه المديرية في المراقبة عبر تأشيرتها الضرورية على ميزانيات المؤسسات العمومية والمنشآت العامة ذات الطابع الإداري ومن خلال المصادقة على الأنظمة الأساسية لمستخدمي هذه المؤسسات.

لكن الملاحظ أنه بالرغم من جسامته المسؤولية الملقة على عاتق هاتين المديريتين وخطورتها فإنهما لا تقدمان إلا تقريراً سردياً بالأنشطة.

♦ مراقبة الالتزام بنفقات الدولة :

ينظمها المرسوم رقم 2.75.839 الصادر في 30 دجنبر/كانون أول 1975 بشأن مراقبة الالتزام بالنفقات. و هي وسيلة لضمان المراقبة قبل أي التزام عمومي بصفقة ما أو نفقة ما مع أي أحد.

كما يرمي إحداث هذه المراقبة إلى اطلاع وزير المالية على شروط تنفيذ الميزانية وتقديم العون والمساعدة إلى مصالح التسيير للأميرين بالصرف وللمساعدتهم ولاسيما المصالح المكلفة بالصفقات.

وتمارس عن طريق مراقبين مركزيين وجهويين تحت إمرة رؤساء مصالح يقودهم مراقب عام. وقد كان هذا الجهاز محل انتقادات كثيرة.

لقد تم دمجها سنة 2006 تنظيمياً بالخزينة العامة للمملكة، مع احتفاظها المبدئي باستقلالها الوظيفي.

♦ الخزينة العامة للمملكة :

يقوم محاسبو الخزينة العامة بأدوار ثلاثة هي : الرقابة على عمليات الأميرين بالصرف والرقابة على عمليات المحاسبين ثم تدبير مالية الجماعات المحلية.

في سنة 2005 ستنتقل بعض الصلاحيات التحصيلية لمحاسب الخزينة العامة إلى مديرية الضرائب إضافة إلى عملية الدمج مع مراقبة الالتزام المشار إليها سابقاً.

المطلب الثاني : المحاكم المالية ومساهمتها في تدعيم الشفافية وتحديث التدبير العمومي :

إن رهان إرساء بنيات مؤسساتية توفر بنية اقتصادية وتشريعية وأمنية وقيمة صلبة وملائمة بالموازاة مع إدارة مالية تتبنى أدوات الحكامة المالية الجديدة من تخطيط استراتيجي ومنهج للمراقبة والتقويم ومنظومة للتنظيم والهيكل

والإعلام⁽¹⁾. يتوقف على تخليق الحياة العامة باعتبارها مطلب تمليه العواقب الوخيمة التي نجمت عن استفحال ظاهرة الفساد الإداري والمالي التي انعكست على أداء المرفق العام وصيرورة التنمية.

إن حالات سوء التسيير الإداري والمالي البنوية التي أضحت عليها العديد من المرافق العمومية، وتطورها في العديد من الأحيان إلى انحرافات إدارية خطيرة وفضائح مالية كبيرة أدت إلى التأثير على مصداقية المرفق العام وبالتالي فقدان الثقة في الإدارة نتيجة انحراف الممارسات المالية، وإعادة توجيه المال العام إلى مجالات وفئات غير مستهدفة مما أدى ظاهرة الاغتناء غير المشروع واستفحال ظواهر الرشوة والاختلاس وتطور أدواتهما وأساليبهما واتخاذهما تنظيما محكما داخل التنظيمات الإدارية، لم تحد منه تعدد الترسانة القانونية الجزرية، الأمر الذي يبرز أن صرامة القوانين لا تكفل وحدها حماية المال العام والالتزام بالانضباط المطلوب في التدبير، لدى فإن صيانة المال العام والارتقاء بتدبيره إلى مستوى النجاعة والمردوية رهينة سيادة القيم.

وهكذا أضحي الالتزام بتدعيم الشفافية في تدبير المال العام بالنسبة للمحاكم المالية إجراء بيداغوجي وسلوك متقدم يقتضي تحسيس كل الفاعلين والفرقاء الاقتصاديين والاجتماعيين ومختلف المسؤولين والموظفين والأعوان بأهمية الانخراط فيه ودعم كل أركانه وكل مبادراته لخلق نوع من الأعراف والمقتضيات الجديدة في تدبير الشأن الوطني والمحلي⁽²⁾ لاسيما أن الإدارة بحكم موقعها أصبحت تواجه بالإضافة إلى التزاماتها التقليدية تحديات جديدة تفرضها العولمة والتنافسية والتطور التكنولوجي وتنامي سرعة وشفافية في تقديم خدماتها وأكثر تشبثا بالأخلاق التي ينبغي أن تسود علاقاتها ومعاملاتها، بالإضافة إلى وجوب توخيها الترشيح والعقلنة في تدبير الموارد المتاحة لديها وفتح باب الحوار والتواصل مع مختلف مكونات محيطها⁽³⁾.

ومن هذا المنطلق تبدو أهمية الشفافية بالنسبة لمحاكم المالية أساس لتخليق الحياة العامة في جانبها الإداري والمالي والأنشطة والخدمات العمومية، والرفع من القدرة التنافسية لهذه الأجهزة وتشجيع تدفق الاستثمارات والرسميل، وانفتاح الإدارات، بجانب دعم تكافؤ الفرص بين مختلف الفئات الاجتماعية في ظل مناخ يجسد روح المسؤولية والشفافية ومنهج المراقبة والمحاسبة والتقويم ويكرس سيادة القانون وسلطة القضاء ويدعم الجوانب القانونية والسياسية والأسس التربوية لتعميم المواطنة الحقبة باعتبارها واجب وطني والتزام أخلاقي⁽⁴⁾ لخلق مناخ يستوعب الإصلاحات الهيكلية للإدارة ويدفع بالمصالح العمومية لإنجاز مهامها بفاعلية ونجاعة وأقل تكلفة في ظل تغيير السلوكات السلبية السائدة⁽⁵⁾.

وقد جسّد المشرع ذلك من خلال منح المحاكم المالية آليات جديدة بالإضافة إلى تلك المتضمنة في مدونة المحاكم المالية لتدعيم الشفافية فيصرف المال العام كما سبق وأن رأينا كمراقب مالية الأحزاب السياسية بمناسبة الحملات الانتخابية بالإضافة إلى مراقبة المحاكم المالية على ممتلكات فئات هامة من منتخبين ومسؤولين وطنيا ومحليا توكل لهم مهمة التدبير المالي والإداري. وذلك كخطورة أساسية لضمان نزاهتهم وشفافيتهم في صرف المال العام. ورغم أهمية هذه الخطورة في تخليق الحياة العامة المؤسساتية والإدارية يبقى التطبيق الفعلي للمبادئ والقواعد التي تضمنتها هذه

(1) - حركات محمد، كيف تستطيع الحكامة المالية إبطال مفعول الفساد، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، عدد 6، 2005، ص 19.

(2) - حركات محمد، مظاهر الفساد وتداعياته، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 11 يونيو 2000، ص 14.

(3) - محمد رشيد مصدق، تفعيل ميثاق حسن التدبير، مجلة طنجة للاقانون والاقتصاد، عدد 1، 2001، ص 203.

(4) - بلقاضي ميلود، تخليق الحياة العامة بين المرجعية القانوني والإدارة السياسية، جريدة الأحداث المغربية عدد 6978، بتاريخ 20 فبراير 2007.

(5) - الزويد نيل، إصلاح الميزانية وهران تحديث التدبير العمومي، رسالة لنيل الماستر في القانون العام، كلية الحقوق أكادال الرباط، 2010/2009، ص 206.

الإصلاحات القانونية رهينة بالتوفر على العدد الكافي للقضاة الممكن إسناد هذه المهمة لهم وذلك بالنظر للعدد الكبير للخاضعين لرقابة المجلس في إطار التصريح الإجباري للممتلكات مما يحول دون إمكانية تتبع مختلف هذه الملفات للمصرحين بالنظر لتواضع عدد قضاة المحاكم المالية سواء على المستوى المركزي أو الخارجي بالمجالس الجهوية للحسابات إضافة إلى الصعوبات التي تصادفها المحاكم المالية بمناسبة تدقيق حسابات الأحزاب السياسية المستفيدة من دعم الدولة أثناء الحملات الانتخابية؛ كل هذه الصعوبات تحول دون بلورة هاته الاختصاصات الجديدة التي منحها المشرع للمحاكم المالية على أرض الواقع وبالتالي إفلات المفسدين اللذين مدت أيديهم للمال العام من موظفين ومنتخبين وعموما لكل من له صلاحية صرف المال العام.

وعموما فإن دور المحاكم المالية في تقرير الشفافية وتحديث التدبير العمومي رهين بمدى وجود إرادة سياسية راسخة ودقيقة لمعالجة الاختلالات الوظيفية في سير عمل المؤسسات والإدارات العمومية والتراكية عبر انخراط فعلي للإدارات المركزية والإدارة التراكية بجمع مكوناتها من جماعات وسلطات محلية ومصالح غير مركزة في إنجاح هذا الورش الإصلاحية الكبير الذي تمارسه المحاكم المالية بالمغرب خاصة في الجانب المتعلق بالترشيد المالي والإداري.

وبالرغم مما سبق فإن الواقع يكشف أن المحاكم المالية ومن خلال ما يستشف من التقارير السنوية للمجلس الأعلى للحسابات أنها تساهم ولاشك في ترسيخ القيم والمبادئ النبيلة وتقويم السلوكات داخل الأجهزة الخاضعة لرقابتها وتهذيب الحياة العامة ودعم أخلاقيات المرفق العمومي وتأمين أجواء صحية له والحيلولة دون انتعاش بؤر الفساد المالي والإداري والحفاظ على الذم المالية للموظفين والمنتخبين.

فالشفافية المالية التي تسعى المحاكم المالية لتجسيدها وتوطيئها تعد عاملا مهما للتخفيف من نسبة المعوقات المشبوهة في واقع الأمر؛ كما تضمن الكشف في الوقت المناسب عن المعلومات الملائمة والكافية للإدارة.

فرقابة شفافية المال العام لدى المحاكم المالية، تعد المسألة المحورية في العملية الرقابية للأجهزة الخاضعة لرقابتها وهي لا تشارط فقط الإشراف والمساءلة حول النفقات العامة فحسب، وإنما تفرض كذلك الحرص على عقلانية هذه النفقات للحد من هدر المال العام والثروات الوطنية⁽¹⁾.

ففي غياب الشفافية يتعذر على الإدارات العمومية والجماعات التراكية عموما تحقيق أي تقدم لاسيما تلك الشفافية المتصلة بالحاسبة الصارمة كما أن التمسك بالشفافية يقلل من وقع الأزمات الاقتصادية وتساعد على معالجة القضايا عند استفحالها واتساع مداها.

ومن هنا، فإن مسألة الشفافية المالية أصبحت تدخل ضمن الأهداف والانشغالات الكبرى للمحاكم المالية بالمغرب وذلك انسجاما مع الأهداف الكبرى التي ما فتئت المنظمة الدولية للرقابة العليا على المال تتوخى تحقيقها على نحو متواصل، نظرا لما تعنيه قضية الرقابة على المال العام من تكريس لروح المسؤولية والحاسبة إذ لا مجال للحديث عن الشفافية في ظل سيادة اللا محاسبة واللامساءلة فهي -الشفافية- تعد من أهم الركائز والمبادئ التي بنيت عليها الديمقراطية.

فالشفافية تهدف للتأكد من أن الأموال العمومية قد صرفت وفق الخطة الإستراتيجية المحددة مسبقا حتى تعود بالنفع العام على المواطن وتساهم في تثبيت أساسيات التنمية الوطنية والمحلية.

(1) - إدريس ولد القابلة، الفساد والشفافية، مجلة الحوار المتمدن الإلكتروني، عدد 570 بتاريخ 2003/08/21.

كما يمكن القول بأن الشفافية المالية، تشكل مبدأ يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وكذا فحص الحسابات واكتشاف المخالفات المالية بإصدار العقوبات المنصوص عليها مما يجعلها تجسيدا للرغبة الأكيدة في تفعيلها وإعطائها بعد زجريا وردعيا دون المس بالمال العام الذي وجد لخدمة أهداف التنمية.

إن الشفافية المالية تعرف نوعا من الحضور الفعال خاصة أثناء فحص المشروعات العامة الوطنية والمحلية والصفقات العمومية، وتحقيقها وتفعيل المحاسبة والمساءلة وهذا الحضور كرسه معايير دولية تهدف إلى سيادة جو من الثقة وحسن التدبير وتحقيق نوع من التقدم الذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال تحسين المسؤولين والفاعلين في هذا المجال، لأنه في الحقيقة، أي إهمال الشفافية المالية هو إهمال لهم بمقتضى التغيير والتطور وهو إهدار للمصلحة العامة للمواطنين وإصرار على التخلف والانهيال⁽¹⁾.

وعموما، يمكن القول بأن رقابة شفافية المال العام من طرف المحاكم المالية، وجدت بغية ترسيخ ثقافة وأخلاق العمل والاجتهاد والاستقامة وخدمة الصالح العام، كما تساهم أيضا في تخليق الحياة العامة وتحسين تسيير الأموال العامة وحمايتها من كل تلاعب أو إنفاق غير تنموي وأن لا تظل، الشفافية المالية حبيسة النظريات والمفاهيم المجردة ولا تعليمات مستوردة تليها ضغوط المؤسسات الدولية ولا شعارات تليها الهيئات الوطنية والمحلية في أي إدارة عمومية أو جماعة ترابية لإضفاء الشرعية.

المبحث الثاني: الفساد المالي بالمغرب انعكاساته على التدبير العمومي الحديث ومدى مساهمة المحاكم المالية في محاربته :

يشكل الفساد بمعناه الشامل إشكالية تنموية وسياسة ذات أبعاد متعددة وتنتج هذه الظاهرة غالبا عن "الإساءة في استخدام السلطة من أجل الفائدة الشخصية" التي تساهم في إفراز مجموعة من الجرائم والسلوكات كالرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وتضارب المصالح والمحسوبية والغش، وغير ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن الفساد أصبح يشكل الآن ظاهرة وطنية تشير إلى أعمال ترتكب محليا، وأخرى عبر الحدود الوطنية، حيث تطورت الممارسات الإجرامية موازاة مع العولمة، وما أفرزته من ترابط بين الدول والشركات، وتشابك في الصفقات المالية والتجارية والاستثمارية وقنوات التواصل وآليات تدفق الرساميل.

وبخصوص الأسباب التي تؤدي إلى تفشي ظاهرة الفساد والتي تأخذ أبعادا سياسية واقتصادية واجتماعية ، أن نشير على سبيل التمثيل لا الحصر إلى :

- ♦ وجود الاحتكارات واتساع مجالات اقتصاد الربيع.
- ♦ الانفراد باتخاذ القرارات واتساع دائرة الشطط في استعمال السلطة.
- ♦ شيوع حالات اللاعقاب وعدم المساءلة.
- ♦ انغلاق التدبير العمومي وتعقيد المساطر الإدارية.
- ♦ عدم فعالية أجهزة المراقبة الداخلية والخارجية.

أما عن آثار الظاهرة وانعكاساتها على استقرار وأمن المجتمعات فمن الممكن اختزالها في الأضرار التالية :

⁽¹⁾-يوسف أخراز، دور المحاكم المالية في تأصيل الشفافية، رسالة لنيل الماستر في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق-السويس، الرباط، 2008-

- ♦ تقويض القيم الأخلاقية والعدالة والديمقراطية.
- ♦ التعارض مع ترسيخ دولة القانون.
- ♦ انتهاك الحقوق الأساسية من خلال الحرمان من المساواة في توفير الخدمات العمومية.
- ♦ عرقلة مجهودات التنمية سواء من خلال تقليص فرص التجارة والاستثمار وتقويض التنافس الاقتصادي، أو من خلال الإضرار بفعالية برامج مكافحة الفقر والتهميش.
- لهذه الأسباب انعقد إجماع دولي على ضرورة العمل على التخليق الشامل ومكافحة الفساد باعتبارهما إحدى مستلزمات الحكامة الجيدة التي تشكل بدورها الدعامة الأساسية للتنمية المستدامة.
- وقد بادر المغرب إلى الانخراط الفعلي والتدريجي في هذه الدينامية الدولية لمكافحة الفساد⁽¹⁾.
- وذلك عبر توفير آليات مؤسسية وقانونية كما سبق وأن رأينا، إضافة إلى انخراط المحاكم المالية في المنظومة العالمية لمكافحة الفساد.

لكل ذلك سنحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين (المطلب الأول) سنخصصه لمفهوم الفساد المالي وأنواعه وأساسه ومظاهره فيما سنخصص (المطلب الثاني) لدور وموقع المحاكم المالية بالمغرب ضمن المنظومة العالمية لمحاربة الفساد المالي.

المطلب الأول : مفهوم الفساد المالي وأنواعه وأسبابه وأشكاله وآثاره :

يعتبر الغش والفساد وجهان لعملة واحدة، يشكلان خطرا يواجه الدول النامية والمتقدمة على حد سواء باعتبارهما معوقا رئيسا لتحقيق التنمية المستدامة من خلال المساهمة في ضعف النمو الاقتصادي، وتكريس الاختلافات والتشوهات في توزيع الدخل والثروة وتركزها في يد فئة قليلة، وزيادة أعداد الفقراء بالمجتمع، إضافة إلى تدني كفاءة القطاع العام وأدائه، وارتفاع حجم الإضرار بالمال العام.

وتتباين أشكال الفساد وممارساته وانتشاره تبعا لمستوى تطور واستقرار البنية السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، وهو ما ينعكس في طبيعة ووسائل المواجهة المستخدمة ومدى النجاح في التصدي له والتقليل من آثاره.

وتعمل الدول جاهدة على استنهاض أجهزتها وإمكانياتها لوضع السياسات والمتطلبات اللازمة للقضاء على الفساد أو الحد منه. وقد شكل ربط عمليات التسليف والإقراض التي تقوم بها المنظمات والهيئات الدولية كالبنك الدولي للدول المحتاجة بموقع هذه الدول وترتيبها في سلم الفساد ودرجة نجاحها في محاربته دافعا آخر لاهتمام الدول بموضوع الفساد ومحاربته.

وسنحاول إلقاء الضوء على ظاهرة الفساد وأسبابه ومظاهره مع بيان خصوصيته في الحالة الفلسطينية ودور الرقابة المالية والإدارية في مواجهته، والأساليب والتقنيات المستخدمة في الحد منه والقضاء عليه.

⁽¹⁾-عبد السلام أبو درار، محاضرة حول الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة ومكافحة الفساد، المنعقدة بالخزانة العلمية صبيحة الأربعاء 22 دجنبر 2010، ص4.

الفرع الأول : الغش والفساد المالي :

كما قدمنا سابقا فإن الغش والفساد يمثلان وجهان لعملة واحدة يشتركان في طبيعة الممارسة غير القانوني ووصولاً لتحقيق منافع شخصية، كما يشكلان انتهاكا فظاً لمنظومة المبادئ والقيم والمعايير الأخلاقية.

هذا ويعرف الغش بأنه "خلط الشيء الرديء بالجدي بغرض إظهار الشيء على غير حقيقته لتحقيق منفعة شخصية" وهو بذلك يشكل جزءاً من الفساد في معناه الواسع والذي يعرف بأنه "كل عمل يتضمن سوء استخدام للسلطة العامة لأغراض خاصة، وهو أيضاً خروج عن النظام والقانون أو استغلال غيابهما وتجاوز السياسة والأهداف المعلنة والمعتمدة من قبل السلطة السياسية وغيرها من المؤسسات الشرعية وذلك بغية تحقيق منفعة شخصية سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو مالية للفرد أو للجماعة".

الفقرة الأولى : أسباب الفساد المالي وأشكاله :

تتعدد أسباب الفساد المالي وأشكاله وتختلف حدتها من مجتمع لآخر تبعا لطبيعة البيئة والعوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقيم الدينية والأخلاقية المتفاعلة فيه. كما تتأثر بدرجة كفاءة الجهاز الإداري للدولة. وبصورة عامة فإن منظومة الفساد تتأثر طرديا بضعف العوامل المشار إليها آنفا، وتزداد فرص الفساد وتستشري في مراحل التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وتتعدد أسباب الفساد ويمكن تحديد أسباب الفساد المالي فيما يلي :

أ- أسباب سياسية :

ويقصد بالأسباب السياسية غياب الحريات والنظام الديمقراطي ضمن مؤسسات المجتمع المدني وضعف الإعلام والرقابة.

ب- أسباب اجتماعية :

تمثلة في الحروب وآثارها ونتائجها على المجتمع والتدخلات الخارجية الطائفية والعشائرية الحسوبيات والقلق الناجم عن عدم استقرار الأوضاع والتخوف من الجهول القادم وبالتالي جمع المال العام ونهبه بأي وسيلة لمواجهة هذا المستقبل الجهول والغامض.

ج- أسباب اقتصادية :

الأوضاع الاقتصادية المتردية والغير المحفزة والمساعدة على تنامي ظاهرة الفساد المالي إضافة إلى ارتفاع التكاليف المعيشية بالمجتمع، مما يؤثر على الاقتصاد وهروب الاستثمار وتهريب الأموال العمومية للخارج وبالتالي يساهم ذلك بشكل مباشر في ضياع أموال الدولة والتي كان من الأجدر استكمالها في مشاريع تخدم المواطنين.

ورغم تعدد أسباب الفساد وممارسته من دولة لأخرى؛ إلا أنه يمكن حصر أشكال وممارسة الفساد المالي التي تنتشر بالدول وخاصة النامية على النحو التالي :

♦ استغلال المنصب العام: حيث يلجأ البعض لاستغلال الوظيفة العامة في الحصول على امتيازات خاصة؛ وقد تمثل ذلك بشكل واضح في احتكار شخصيات نافذة وذوي مناصب عليا في السلطة بعض الخدمات والسلع والمواد

الأساسية، وحصول آخرين على بعض الوكالات التجارية، ومشاركة رجال أعمال وتجار ومستثمرين من الباطن، إضافة إلى التصرف بالأموال العامة بطريقة غير قانونية.

♦ الاعتداء على المال العام: من خلال الحصول على إعفاءات ضريبية وجمركية أو تراخيص لأشخاص أو شركات بشكل غير قانونية وبدون وجه حق. كما في حالات أخرى أخذ أموال عامة تحت مسميات إعانات أو مساعدات مباشرة وغير مباشرة بدون وجه حق.

♦ غياب النزاهة والشفافية في الامتيازات الحكومية : وذلك من خلال منح امتيازات وإعفاءات بطرق غير شرعية لشركات ذات علاقة بمسؤولين كبار في السلطة أو لأقربائهم. إضافة إلى استخدام الوسائل غير القانونية والحيل في ترسية المشتريات الحكومية ومواصفاتها.

♦ مخالفة قانون الوظيفة العمومية خاصة في مناصب المسؤولية : تمثل في قيام العديد من المسؤولين وأصحاب المناصب العليا بالتعيينات العشوائية في أجهزة السلطة دون حاجة حقيقية، إضافة إلى تعيينات في مناصب دون مؤهلات مما أدى إلى إهدار المال العام وترهل الجهاز الإداري وتضخمه وضعف الأداء العام.

♦ تهريب الأموال : من خلال قيام بعض المسؤولين بتهريب الأموال العامة التي تم الاستيلاء عليها بشكل غير قانونية وبدون وجه حق إلى الخارج.

الفقرة الثانية : آثار الغش والفساد :

لا يختلف اثنان على مضر الفساد وتأثيره على بنية المجتمع وجوانبها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ويزداد أثره على المجتمعات النامية، ويمكن رصد أهم الآثار السلبية للفساد المالي في الجوانب التالية :

♦ ضعف المناخ الاستثماري وهروب المستثمرين بسبب طلب مشاركة المتنفذين لهم وإعاقة أعمالهم مما أثر سلباً على بنية القطاع الاقتصادي وضعف النمو الاقتصادي وهو ما انعكس في حالة الفقر وزيادة نسبة البطالة.

♦ زيادة الفقرة الاجتماعية بين أفراد المجتمع وشعور شريحة كبيرة من المجتمع بالظلم وعدم الحصول على حقائقها مما انعكس في تدمير المواطنين وعدم الثقة في السياسات الحكومية، وهو ما ينعكس في عدم الالتزام بدفع الضرائب بل والتهرب منها وكذلك عدم الاهتمام بالحفاظ على المرافق العامة وبالتالي انخفاض الإيراد الحكومي وزيادة الإنفاق العام وبالتالي ضعف مشاركة الدولة في دعم البنية التحتية والخدمات الأساسية لعدم توفر الأموال اللازمة لذلك.

♦ عدم الاكتراث بالقانون واحترامه من قبل أفراد المجتمع والنظر إليه أنه يحمي فئة التنفيذيين بالسلطة مما يؤدي إلى سيادة منطق الغاب والاهتمام بالمصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.

♦ التضخم الوظيفي والترهل الإداري يمثل أحد أهم أسباب وأثار الفساد على حد سواء وذلك من خلال قيام المتنفذين باستخدام نفوذهم في توظيف أعداد كبيرة من الموظفين دون حاجة خدمة لمصالحهم أو مقابل رشاوى وعوائد شخصية وهو ما يزيد من تردي الأداء الحكومي وزيادة الإنفاق العام على الجوانب التشغيلية بدلا من التركيز على الجوانب الإنتاجية.

♦ ضعف جودة البيئة الأساسية والخدمات العامة بسبب قلة الموارد وعدم كفاءة الموظفين وهو ما يؤثر بشكل ملحوظ على قدرة الدولة على توفير الخدمات العامة الأساسية، كما يضعف من شرعية الدولة وسلطانها.

♦ إضعاف شرعية الدولة، وانعكاساته في حدوث الإنفاق الأمني وزيادة الاضطرابات وترسيخ العائلية مما يقود إلى تهديد أمن واستقرار المجتمع.

♦ يؤدي الفساد إلى نمو فئة متنفذة وثرية مما يساهم في زيادة الطبقة في المجتمع، ويؤثر سلباً على الشريحة الفقيرة من المجتمع ويزيد من نسبة المهمشين سياسياً واقتصادياً واجتماعياً.

♦ الفشل في الحصول على المنح والقروض الخارجية، إضافة إلى عدم القدرة على توجيهها نحو الأولويات الوطنية العليا.

♦ عدم القدرة على جذب الكفاءات، بل أن استثناء الفساد يقود إلى هجرة العقول والكفاءات إلى الخارج وهو ما يؤدي إلى إضعاف التنمية بل تقويض مرتكزاتها⁽¹⁾.

وقد عمل المشرع المغربي على توفير الإمكانيات والآليات القانونية والمؤسسية لمحاربة الفساد المالي وذلك على سبيل المثال من خلال المحاكم المالية بالمغرب اختصاصات قضائية وأخرى غير قضائية تعتبر كفيلة بمكافحة الفساد المالي؛ وذلك بالنظر لاستقلاليتها التي من شأنها ضمان نزاهتها وشفافيتها وفعالية عملها القضائي باعتبارها قضاء متخصص في مجال مكافحة الفساد يستجيب لمتطلبات التخليق الشامل والقدرة على التجاوب مع المتغيرات المتعلقة بتنوع جرائم الفساد المرتبط بتطور الأنشطة التجارية والاقتصادية للأجهزة الخاضعة لرقابتها؛ وذلك على اعتبار أن المحاكم المالية هي الضامن الأمثل لإعطاء مفعول عقابي لجرائم الأموال؛ والمؤهل لتطبيق مختلف الجرائم المالية المستجلة والساخرة على سيادة القاعدة القانونية التي يحاسب في ظلها جميع من تمتد يده للمال العام دون وجه حق.

كما تعززت أهمية المحاكم المالية في مكافحة الفساد والحفاظ على المال العام من خلال التكريس الدستوري لسنة 2011 لدورها وتحويلها سلطة الرقابة ليس فقط على التدبير المالي والإداري للخاضعين لرقابتها بل أيضاً للذمم المالية لبعض أصناف الموظفين والمنتخبين المحليين والوطنيين لأعضاء البرلمان، لضمان حماية المال العام من أيدي المتلاعبين به مع ما يقترن بذلك من عقاب وجزاء.

المطلب الثاني: المحاكم المالية بالمغرب دورها وموقعها ضمن المنظومة العالمية لمحاربة الفساد المالي :

تعد الإرادة السياسية الدعامة الأساسية لتفعيل الرقابة على المال العام، وفي هذا السياق يمكن أن نسوق عدة مؤشرات تدل على توفر بلادنا هنا والآن على إرادة سياسية كبرى للنهوض بقطاع الرقابة المالية، هناك من جهة حرص جلالة المغفور له الحسن الثاني بالإرتقاء بالجلس الأعلى للحسابات إلى هيئات دستورية ثم من جهة ثانية، يمكن ذكر الكلمة التوجيهية التي ألقاها حينئذ صاحب السمو الملكي الأمير سيدي محمد التي قدمها في افتتاح أشغال الندوة الدولية التي نظمها المجلس الأعلى للحسابات بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي يومي 14 و 15 شتنبر 1998 بالرباط حول موضوع "دور الأجهزة العليا لرقابة على الأموال العمومية في مسلسل تدبير الشأن العام" حيث أوضح سموه: "أن اهتمام المسؤولين المغاربة يجب أن ينصب على البحث في الوسائل التي تمكن المجلس الأعلى للحسابات من القيام بمهامه، ليكون في مستوى تطلعات السلطات العمومية والرأي العام، ويرقى بذلك إلى مستوى ما تؤمله الإرادة الملكية السامية" فالجلس الأعلى للحسابات مدعو إلى تغييرات عميقة سواء بالنسبة لإعادة هيكلته،

(1)- سعيد يوسف كلاب، فيصل عبد العزيز عثمان، سامر محمود أبو قراغ، دور التقنيات الحديثة في مجال الكشف عن الغش والفساد، ورقة بدئية مقدمة للقاء العالمي التي تنظمه اربوساي في مقر الجهاز المركزي للحسابات بمصر في الفترة الممتدة من 7 إلى 10 ماي 2006، ص.6.

أو بالنسبة لجهوية الرقابة العليا أو بالنسبة لاختصاصه الجديد، المتمثل في بذل المساعدة للبرلمان والحكومة، كما أنه مدعو أيضا إلى إعادة صياغة نصوص وتجديد مساطره"⁽¹⁾.

أما المؤشر الثالث فيمكن في الدعوة التي وجهها الوزير الأول السابق عبد الرحمن اليوسفي في الجلسة الختامية للمناظرة الدولية حول المجلس الأعلى للحسابات إلى كل الفعاليات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من أجل مساعدة هذا المجلس في القيام بالمهام المنوطة به ويقوم بدوره الفعال في مجال تحديث الإدارة وترشيد النفقات كما هو الشأن بالنسبة للأجهزة العليا للرقابة في الدول المتقدمة"⁽²⁾.

وكان تزامن انعقاد هذه المناظرة مع فتح عدة أورايش تنموية، لاسيما وأن التصريح الحكومي الذي قدمه الوزير الأول يوم 17 أبريل 1998 يركز على ميثاق حسن التدبير والتزام كل أعضاء الحكومة بتجسيد إرادة التغيير في كل مكونات المجتمع المغربي مع تحديد المسؤوليات، حيث يدعو هذا الميثاق إلى محاربة كل أشكال الانحراف واستغلال النفوذ والتسيب وإلى تدبير الأموال العامة وفق مبادئ الدقة والشفافية والتواصل القائم على الإنصات للمواطن وترشيد المقولة والعمل على تقديم أفضل الخدمات المطلوبة.

وقد كان لانحراف المحاكم المالية بالمغرب في الإنضواء تحت لواء الأجهزة الدولية للرقابة على المال العام، دور أساسي للشعب بقيم ومفاهيم هذه الأجهزة الرقابية العالمية وتطبيق مبادئها على أرض الواقع لما لذلك من انعكاسات جيدة للرقابة على المال العام وحمايته لتجسيد ما أصبح يعرف بالتدبير العمومي الحديث. وهذا ما كرس للمحاكم المالية موقعها ضمن منظومة الرقابة العليا العالمية على المال العام، وذلك من خلال نهجها لإستراتيجية هامة لتكريس الشفافية ومحاربة الفساد تتجلى أساسا في محاربة ظاهرة الفساد المالي في عمقها وفي كافة جوانبها سواء الإدارية أو المالية؛ حيث اقتضى ذلك إستراتيجية تقوم على الشمولية والتكامل لمكافحة هذه الظاهرة، وذلك على اعتبار أن محاربتها تتطلب استخدام منهجية شاملة ومتواصلة ومتنوعة؛ سياسة وقانونية ومدنية؛ ولقد نص الدستور الجديد لسنة 2011 في الباب الثاني عشر المتعلق بالحكمة الجيدة على أن المرافق العمومية تخضع لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية"⁽³⁾.

الفرع الأول : للعناصر الأساسية للمحاكم المالية حل معضلة الفساد :

الفقرة الأولى : المحاسبة :

تعد المحاسبة عملا يأتي بعد المراقبة ومكملة لها، إنها عبارة عن "...مسلسل لوضع الإنجازات رهن إشارة من يملكون القدرة على تقويمها والحكم على مدى صحتها ودقتها"⁽⁴⁾. أو بتعبير أدق هي خضوع المسؤولين أو الموظفين الذين يتولون مناصب عامة داخل الدولة للمحاسبة القانونية والإدارية والأخلاقية عن نتائج أعمالهم، أي يكون الموظفون تحت رقابة من يملكون القدرة على تقويم إنجازاتهم.

(1) - محمد حركات، تأملات حول إعادة هيكلة المجلس الأعلى للحسابات منشورات المجلة المغربية للتدقيق، سلسلة التدبير الإستراتيجي، عدد 1-1999، ص 10.

(2) - عبد الرحمن اليوسفي في الجلسة الختامية لأشغال المناظرة الدولية حول المجلس الأعلى للحسابات، 1998.

(3) - الفصل 154 من الظهير الشريف رقم 1.11.82 بمثابة دستور للملكة المغربية؛ الجريدة الرسمية، عدد 5952.

(4) - Mourice Mc tigue, accountability in resulte oriented word, congrés 2003 de la société eandienne d'évaluation, in SCE site web,

نقلا عن محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة المقومات-الفاعلون-التفاعلات، دراسة مقارنة مركزة، مطبعة دار القلم، طبعة أولى، ص 20.

وبالتالي إذا كانت المحاسبة مستمرة وتتم وفق إجراءات قانونية وقواعد الاستقلالية فإن ذلك سيحد من ظاهرة الفساد لأن غياب المحاسبة يؤدي إلى الفساد، وقد صدق المثل الشعبي: "المال السائب يعلم السرقة".

الفقرة الثانية : المساءلة :

وهي واجب المسؤولين عن الوظائف الخاضعين رقابة المحاكم المالية عن وضع نجاحهم في تنفيذها، وحق الرأي العام في الحصول على المعلومات اللازمة عن أعمال الإدارات حتى يتم التأكد من أن عمل هؤلاء يتفق مع القيم الديمقراطية والقواعد القانونية ونلمس ذلك خاصة في التقارير السنوية للمجلس. وتتأسس المساءلة بصفة عامة على ثلاثة أركان أساسية⁽¹⁾.

1-المساءلة السياسية : ضمان آليات المشاركة والمراقبة والمعاقبة الشعبية بواسطة الانتخابات وحرية التعبير والاحتجاج؛

2-المساءلة المالية : وتعني واجب تقديم الحساب عن الاستعمال الحالي والمتوقع للموارد المالية، وتحمل المسؤولية عن الفشل الأخطاء؛

3-المساءلة الإدارية : ضمان آليات الرقابة الداخلية من أجل تأمين حسن استعمال الموارد وسلامة تطبيق الإجراءات وتقديم أفضل خدمات للمواطنين ووضع نظام فعال للشواوب والعقاب ملائمة.

إن خلق ثقافة رقابية لا يتحقق دون نشر وعي ثقافي يحترم مبدأ المساءلة وقد كتب نورمانتون "لا يمكن أن تكون هناك مساءلة في غياب الرقابة المالية، كما لا يمكن تحقيق الرقابة في غياب المساءلة، وإذا لم تكن هناك رقابة، فأين سوف يكون موضع السلطة"⁽²⁾.

الفقرة الثالثة : الشفافية :

تعد الشفافية المسألة المحورية التي تعتمد المحاكم المالية على التأكد من وجودها أثناء عملية مراقبة الأجهزة الخاضعة لرقابتها وذلك نظرا لكون في غيابها يتعذر على الحكومة والدولة تحقيق أي تقدم⁽³⁾.

وسوف لن نطيل في دور المحاكم المالية في تعزيز الشفافية بالنظر لتحليل وتفعيل ذلك فيما سبق لتجنب الإطلال والإطناب والتكرار.

الفقرة الرابعة : النزاهة :

ويدخل هذا المفهوم ضمن منظومة القيم المتعلقة بالصدق والأمانة والإخلاص والمهنية في العمل ومن ثم فهو يتصل بقيم أخلاقية التي تعمل المحاكم المالية على التأكد من ودودها أثناء عملياتها الرقابية وذلك على اعتبار أن وجود الوازع الأخلاقي يعتبر محدد أساسي في حماية المال العام وذلك بوجود ضمير يرفض التلاعب بالمال العام، هذا إلى جانب الكفاءة والإجراءات العملية.

(1)-محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في السياق الحكامة الرشيدة-المقومات، الفاعلون-التفاعلات-دراسة مقارنة، مطبعة دارالقلم، طبعة أولى، ص20.

(2)- محمد حركات، التدبير الاستراتيجي والمنافسة ورهانات الجودة الكلية بالمقاولات المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، سنة 1997، ص98.

(3)-إدريس ولد القابلة مقال الفساد والشفافية الحوار المتمدن العدد 570 بالموقع الإلكتروني، <http://www.ahewar.org>

الفرع الثاني : موقع المحاكم المالية ضمن المنظومة العالمية للشفافية ومكافحة الفساد :

لقد اتضح جليا أن المحاكم المالية أصبحت وبموجب الاختصاصات الممنوحة لها بموجب القانون رقم 99.62 المنظم لها تلعب دور أساسيا ومحوريا في عملية حماية المال العام وتحصينه وقد عززت ذلك من خلال بناء علاقة مؤسساتية وأخرى غيره مؤسساتية مع مجموعة من الأجهزة المتدخلة في حماية المال العام؛ لتحقيق أهداف الرقابة المالية الحديثة المندجة التي تقوم على التآزر والتكامل بين مختلف الفاعلين المعنيين بعملية الرقابة على المال العام.

كل ذلك بهدف ضبط النشاط المالي الوطني والمدلي عبر التحقق من عملية الرقابة على المال العام قد تمت في إطار احترام الشرعية (بالنسبة للمحاسبين العموميين) أو التأكد من أن النتائج التي تمت صياغتها أثناء برمجة وإعداد المشاريع التنموية وهو ما ينعت برقابة الفعالية بالنسبة للآمرين بالصرف، كما تسعى هذه الرقابة إلى تحقيق الشفافية في صرف المال العام ومحاربة الفساد المالي بهدف تحقيق أفضل النتائج في إطار ما يسمى برقابة الكفاءة التي تقوم أساسا على إنجاز المشاريع التنموية بموارد مالية كافية ومهمة دون الإسراف والتقتير في هذه الموارد التي تعتبر الركيزة الأولى للنهوض بالتنمية في شقيها الوطني. لقد نهجت المحاكم المالية بالمغرب أسلوب الاعتماد على مناهج تدبيرية حديثة في إطار رقابتها على المال العام مما كان له انعكاسات جد هامة على الرقابة المالية برمتها وذلك بهدف الوصول إلى أهداف التدبير العمومي الحديث، وقد كان لانفتاح المحاكم المالية على الأجهزة الدولية للرقابة المالية والمحاسبة دور هام في تطوير أدائها قصد القيام بالمهام الإستراتيجية المنوطة بها لمساعدة الأجهزة الخاضعة لرقابتها على تحقيق التنمية الشاملة؛ إذ أن تحديث العمل الرقابي للمحاكم المالية وفق متطلبات الرقابة القضائية الحديثة التي تعتبر إحدى مكونات التدبير العمومي الحديث، ساهم ولاشك في إرساء قواعد هذا المبدأ ونشر ثقافته وتقريب المفاهيم وتوحيد المعايير والمؤشرات والمناهج وإشاعة قواعد الشفافية والمساءلة ونقل المناهج الحديثة في الرقابة لإرساء قواعد رقابة مالية متطورة بما يكفل رقابة جديدة تنجز بطريقة اقتصادية تعتمد على تقويم منطقي للأجهزة الخاضعة لرقابتها وفق رؤية واضحة للأولويات تضمن جودة عملية المراجعة بما يتفق ومعايير الرقابة العالمية.

كما أن للعلاقات المؤسساتية والغير المؤسساتية للمحاكم المالية بباقي المتدخلين في عملية الرقابة على المال العام دور أساسي ومحوري في محاربة الفساد المالي وتحقيق الشفافية في العمليات المالية للخاضعين لرقابتها من خلال مساعدتهم ليس فقط من خلال عملية الرقابة القضائية الصرفة بل أيضا من خلال الاقتراحات والتوصيات الموجهة للأجهزة المعنية على الأساليب الواجب اتباعها لتحقيق التنمية القائمة على الاستخدام الأمثل للموارد المالية المتاحة ضمن تخطيط سليم من ناحية؛ ومن حسن استخدام الموارد المالية المتاحة وتطوير السياسات المالية وفعاليتها الموارد من جهة أخرى وهي أهداف تسعى المحاكم المالية لتحقيقها بهدف تطوير الرقابة المالية عنها من جزاء وعقاب عند المخالفة إلى رقابة حديثة تستلهم قيم التدبير العمومي القائمة على المصاحبة والتقويم والمواكبة وهي أهم أهداف الرقابة القضائية الحديثة لمكافحة الفساد وتحقيق الإصلاح الإداري والمالي.

حماية ملكية الاستثمار الأجنبي

(قراءة في الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية)



الدكتور : محمد المصطفى ولد أحمد محمود

أستاذ متعاون في جامعة نواكشوط - موريتانيا

لما كان التشريع الداخلي غير كاف لتقديم الحماية الضرورية اللازمة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، كان من الضروري البحث عن ضمانات أقوى فاعلية وأكثر طمأنينة بالنسبة للمستثمرين ولعل هذا ما دفع الدول المصدرة للاستثمار وتلك المستقطبة له للحرص على وجود إطار دولي يوفر ضمانات للمستثمرين، وإذا كانت الدول قد أخفقت في التوصل إلى إنشاء هذا الإطار الدولي فإنها قد نجحت في إيجاد بديل يتمثل في الاتفاقيات الجماعية والثنائية وهو بديل يمكن أن يبعث في نفس المستثمر مستوى من الطمأنينة يدفعه لاستثمار أمواله في أي بلد من البلدان التي تربط بلاده بها اتفاقية في مجال الاستثمار، وذلك على اعتبار أن الضمانات الدولية عن طريق الاتفاقيات الجماعية والثنائية تعد من الوسائل الفعالة في تبديد مخاوف المستثمرين إذ أن المستثمر عندما يتخذ قراره باستثمار رأس ماله في إقليم دولة معينة، لا يدخل في حساباته فقط احتمالات الربح والخسارة ومدى التسهيلات والمزايا التي تقررها التشريعات الداخلية من حيث الحجم أو النوعية، ولكنه قبل ذلك يدخل ضمن حساباته اعتبارات أخرى جديرة بالاهتمام تتعلق بحجم الحماية القانونية والضمانات المتوفرة لرأس ماله داخل إقليم هذه الدولة وبقدر ارتباط دولة ما بالالتزامات الاتفاقية الهادفة لحماية الاستثمار يكون حجم الإقبال على الاستثمار فيها¹.

وتعد المخاطر التجارية التي يتعرض لها المشروع الاستثماري كالعجز عن الوفاء أو التوقف عن السداد أو الإفلاس سواء بالنسبة إلى المستثمر ذاته أم بالنسبة إلى مدينه، ظاهرة طبيعية مصاحبة لأي مشروع قائم على أسس تجارية²، لذلك لا يثير هذا النوع من المخاطر إشكالا قانونيا فيما يخص العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

¹ عبد الواحد محمد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتب، القاهرة، (دون ذكر تاريخ النشر وعدد الطبعة)، ص: 167

² محمد الطنطاوي الباز، تفسير السلوك الاقتصادي للمشروع الدولي النشاط، مجلة مصر المعاصرة، العددان 411-412، يناير/ابريل، 1988، ص111، وما بعدها.

لاستثماره، أما ما يتعرض له الأجنبي من مخاطر غير تجارية فيثير العديد من المشكلات، لأن هذه المخاطر خارجة عن إرادته، بل مفروضة عليه قسراً، وليس لديه أي استعداد لتحمل أعبائها، كما يعد وجودها مؤشراً على المناخ غير الملائم للاستثمار، إذ أن الغرض الأساسي من التوقيع على معاهدات الاستثمار الثنائية والجماعية يتمثل في حماية الاستثمار الأجنبي.

وقد اهتمت الاتفاقيات الجماعية والثنائية بتوفير العديد من الضمانات ضد هذه المخاطر التي تستهدف ملكية الاستثمارات الأجنبية عن طريق التأمين أو نزع الملكية أو المصادرة، وللإطلاع على الاهتمام الذي أولت اتفاقيات الاستثمار لحماية ملكية الاستثمارات الأجنبية سوف أتطرق في هذا البحث لحماية ملكية الاستثمارات الأجنبية (المطلب الأول) قبل أن أتناول الاستثناءات الواردة على حماية ملكية الاستثمارات الأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حماية ملكية الاستثمارات الأجنبية :

لم ينجح المجتمع الدولي في وضع اتفاقية دولية لتنظيم الاستثمارات الأجنبية الخاصة نظراً - ربما - لصعوبة التوفيق بين ضرورة توفير معاملة عادلة وضمان معاملة فعالة للاستثمارات الأجنبية من جهة، واحترام سيادة الدول المضيفة خصوصاً الدول النامية من جهة أخرى، وهو ما نتج عنه تباين في طبيعة تعامل الدول مع الاستثمارات¹ في قوانينها الداخلية، الأمر الذي دفع للبحث عن وسائل قانونية يتم عن طريقها ضبط معاملة الاستثمارات الأجنبية تكون أوسع نطاقاً وأقوى فاعلية من القوانين الوطنية؛ فكان الاتجاه نحو إبرام الاتفاقيات الجماعية والثنائية لتشجيع الاستثمار.

وفي هذا الإطار تحرص الاتفاقيات الجماعية الإقليمية والاتفاقيات الثنائية على النص على مبدأ حماية ملكية المستثمرين وصونها من كل ما يمكن أن يطلها من اعتداء وضمانها من نزع الملكية والتأمين في أراضي كل طرف متعاقد، من ذلك مثلاً ما ذهبت إليه اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي² التي تؤكد على التزام الدولة المضيفة للاستثمار بعدم المساس بأي طريقة بملكية المستثمر لرأس ماله أو استثماره، أو اتخاذ أي إجراء أو التصريح باتخاذ إذا كان الإجراء المذكور من شأنه أن يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى تجريد المستثمر من ملكيته كلياً أو جزئياً أو حرمانه من بعض حقوقه الجوهرية على ملكية أو حيازة أو استخدام رأس ماله أو الحصول على منفعه أو تحقيق أرباحه أو ضمان نموه وازدهاره، أو منعه من السيطرة الفعلية على استثماره أو إدارته أو الاستفادة منه.

¹ محمد أحمد اسويلم ، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2009 ، الطبعة الأولى ، ص : 113

² تنص الفقرة الأولى من المادة 10 من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي الصادرة في فبراير 1989 على أنه (تلتزم الدولة المضيفة بالأداء - بذاتها أو بواسطة إحدى هيئاتها أو مؤسساتها أو السلطات المحلية فيها- باتخاذ أي إجراء أو التصريح باتخاذ إذا كان هذا الإجراء قد يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى المساس بملكية المستثمر لرأس ماله أو استثماره، وذلك عن طريق تجريد المستثمر من ملكيته كلياً أو جزئياً أو من كل أو بعض حقوقه الجوهرية أو عن مباشرة سلطاته على ملكية أو حيازة أو استخدام رأس ماله من السيطرة الفعلية على الاستثمار أو إدارته أو الاستفادة منه أو الحصول على منفعه أو تحقيق أرباحه أو ضمان نموه وازدهاره)، انظر: الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ، عدد 6050 ، السنة 101 ، بتاريخ: 2 رجب 1433 (24 ماي 2012) ص: 3310

وقريبا من توجه اتفاقية منظمة المؤتمر الإسلامي سارت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية¹ التي تؤكد على عدم خضوع رأس المال العربي الذي يتم استثماره بموجب أحكامها لأية تدابير عامة كانت أو خاصة دائمة أو مؤقتة، كما تؤكد هذه الاتفاقية على منع أي عمل مهما كانت طبيعته القانونية إذا كان من شأنه أن يمس بأصول أو احتياطات الاستثمار أو عوائده، بصفة كلية أو جزئية، أو يؤدي إلى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية أو التأميم أو الحل أو تبديد أسرار الملكية الفنية أو الحقوق العينية الأخرى، أو منع سداد الديون أو تأجيلها جبراً، أو أية تدابير أخرى تؤدي إلى الحجز أو التجميد أو الحراسة، أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية في ذاته أو الإخلال بما يترتب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثل بسيطرته على الاستثمار وحيازته وحقوق إدارته وحصوله على عوائده أو استيفاء حقوقه والوفاء بالتزاماته.

ويمكن تبرير هذا الحظر المطلق للتعرض للملكية الاستثمار العربي في إطار الدول العربية استناداً إلى الروابط الاقتصادية والتاريخية والاجتماعية المشتركة التي تربط بين هذه الدول، خاصة أنه من المتعذر نجاح أية تنمية حقيقية ومستمرة يمكن أن تجرى بصورة منفردة في حدود كل دولة من هذه الدول، بالإضافة إلى ضعف القدرة التفاوضية التي يمتلكها كل قطر منها بصورة منفردة في مواجهة النظام الاقتصادي الدولي القائم، وفي مواجهة التكتلات الاقتصادية الكبيرة في العالم، ومن ثم فإن حرية انتقال رؤوس الأموال العربية لغرض الاستثمار في الدول العربية وإحاطة هذا الانتقال بجميع الضمانات القانونية يعد هدفاً ضرورياً يجب أن تسعى إليه جميع الدول العربية سواء كانت مصدرة لرأس المال أو مستقبلة له².

ويلاحظ أن اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية الموقعة عام 2000³ لا تفرض حظراً مطلقاً على التعرض للملكية الاستثمار إذ أنها إذا كانت تنص في بداية الفقرة الأولى من المادة 4 منها على عدم جواز التأميم والمصادرة فإنها في وسط الفقرة المذكورة ونهايتها تجيز عن طريق القضاء الحجز على أموال المستثمرين والاستيلاء عليها ومصادرتها، فبداية النص تدل على حظر المصادرة بشكل مطلق، أما نهايته فتدل على إمكان المصادرة بشرط صدور حكم قضائي بشأنها، وقد يظهر للوهلة الأولى أن هناك تعارضاً بين بداية النص ونهايته، والواقع أن لا تعارض بين أول النص وآخره⁴، وذلك على اعتبار أن الحظر المطلق الوارد في بداية النص يتعلق بالمصادرة الإدارية، أما ما ورد في آخر النص فيخص المصادرة القضائية التي تعد صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية طالما أنها تتم عن طريق القضاء.

وإذا كانت الاتفاقيات المذكورة أعلاه قد أكدت على منع المساس بملكية الاستثمار من قبل الدولة المضيفة له، وحاولت أن تحيط بصور المساس بالملكية عن طريق السرد والتعداد فإننا نلاحظ أن اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار

¹ الفقرة الأولى من المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ 1980/11/26، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6074، 22 جمادى الآخرة 1433 (14 ماي 2012) ص: 3117.

² دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى 2006، ص: 221.

³ تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية الموقعة عام 2000 على ما يلي: (تتمتع المشروعات الاستثمارية العربية للدول المتعاقدة بالحماية القانونية في الدولة المضيفة إلى جانب الضمانات التالية: عدم جواز تأميم المشروعات أو مصادرتها. كما لا يجوز على أموالها أو الاستيلاء عليها أو تجميدها أو مصادرتها أو التحفظ أو فرض الحراسة عليها عن غير طريق القضاء). هذه الاتفاقية منشورة على موقع

موسوعة التكامل العربي الإفيقي <http://www.enaraf.com> بتاريخ: 2013/06/11

⁴ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص: 221.

بين دول اتحاد المغرب العربي¹، اكتفت بالنص على عدم إمكانية تأمين أو انتزاع استثمارات رعايا أي من الأطراف المتعاقدة من قبل المتعاقد المضيف لها، ونصت على منع المساس بتلك الاستثمارات بأي إجراء له نتيجة مشابهة لنتيجة التأمين أو نزع الملكية.

وهو ما يعني عدم جواز التعرض للملكية الاستثمار من قبل البلد المضيف له بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال أو الانتقاص من سلطات المستثمر الجوهري في السيطرة على مشروعه الاستثماري وحيازته وإدارته والحصول على عوائده.

وضمناً لإعمال مبدأ الحماية وحصانة أموال المستثمرين الأجانب تقوم الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار وتشجيعه بتحديد الإجراءات الحكومية التي من شأنها المساس بالاستثمارات التي تشملها الحماية الاتفاقية، والتي يمتنع على الدولة المضيضة اتخاذها، فقد أكدت على سبيل المثال، اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين موريتانيا والجزائر على وجه التبادل أنه لا يمكن أن تكون الاستثمارات التي يقوم بإنجازها مستثمر من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، موضعاً للتأمين أو لنزع الملكية من قبل الطرف المضيف للاستثمار كما تؤكد هذه الاتفاقية على عدم جواز خضوع الاستثمارات المنجزة من قبل رعايا أي من الطرفين المتعاقدين في بلد الطرف الآخر لأي إجراء يؤدي إلى أثر مماثل لذلك الذي يحدثه التأمين أو نزع الملكية².

ومن الجدير بالذكر في الإطار أن الاتفاقيات، لم تكتف بهذا الخصوص، بمنع الإجراءات التقليدية التي تجرد المالك من ملكيته مثل التأمين ونزع الملكية والمصادرة، وإنما تبنت مفهوماً واسعاً للتعبير عن أخذ الملكية، بحيث يشمل كل صور المساس بالحقوق المكتسبة للأشخاص المستفيدين من الحماية الاتفاقية، سواء أكان المساس بهذه الحقوق مباشراً أم غير مباشر.

وهذا ما أكدته الاتفاقية الموقعة بين المملكة المغربية والبرتغال بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل³ والتي تؤكد عدم إمكانية نزع ملكية استثمارات مستثمري أحد الطرفين داخل تراب الطرف الآخر أو تأمينها كما تمنع هذه الاتفاقية إخضاع استثمارات أي من الطرفين لتدابير من شأنها أن تؤدي آثاراً مشابهة لتلك التي يؤدي إليها التأمين أو نزع الملكية.

من خلال توجهات هذه الاتفاقيات نلاحظ أن ثمة اختلاف في الصياغة المستخدمة فيها لوصف الإجراءات التي يترتب عليها اعتداء على الملكية بشكل غير مباشر. فقد استخدمت بعض المعاهدات عبارة (أو أي إجراء آخر له أثر مماثل للتأمين أو لنزع الملكية)، بينما استخدمت معاهدات أخرى عبارة (إن تدابير التأمين ونزع الملكية أو أي إجراء له نفس الصبغة)، واستخدمت طائفة ثالثة من المعاهدات عبارة (أو إخضاعها لتدابير لها نفس أثر التأمين أو نزع الملكية)، إلا أن هذه العبارات المختلفة تؤدي الغرض نفسه تقريباً في التطبيق العملي.

¹ المادة الخامسة عشرة من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في فاتح محرم 1411 (23 يوليو 1990)، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6049، 29 جمادى الآخرة 1433 (21 ماي 2012)، ص: 3259.

² انظر: الفقرة الأولى من المادة 5 من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار بين موريتانيا والجزائر الموقعة بالجزائر في 28 ذي الحجة 1428 الموافق 6 يناير 2008، منشورة في الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد: 65، 25 ذو القعدة 1429 هـ الموافق 3 نوفمبر 2008 م، ص: 8.

³ انظر: الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الموقعة بالرباط في 17 أبريل 2007 بين المملكة المغربية والبرتغال بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل، منشورة في الجريدة الرسمية المغربية، عدد 6017، 6 ربيع الأول 1433 (30 يناير 2012)، ص: 461.

وتبدو أهمية النص في الاتفاقيات على منع الإجراءات التي تمس الملكية بشكل غير مباشر، في إنها تمنع إفلات الدولة من المسؤولية عن طريق الإدعاء أن هذه الإجراءات لا تدخل ضمن الإجراءات المباشرة المتفق على منعها في المعاهدة.

فهذه الاتفاقيات بنصها على منع التدابير التي لها نفس أثر التأميم أو نزع الملكية يمكنها أن تغطي الإجراءات الحكومية التي لا يمكن نعتها بصفة التأميم أو نزع الملكية إلا أنها قد تؤدي بصورة تدريجية وبشكل غير مباشر لذات نتيجة نزع الملكية الصريح والمباشر بأن تحرم المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره أو حتى تحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره وهو ما اصطلح الفقه الدولي على تسميته بـ "نزع الملكية التدريجي"¹.

وإذا كان نزع الملكية بالمفهوم التقليدي من الواضح بمكان إلا أن نزع الملكية التدريجي يحتاج إلى شيء من التفصيل لعدة أسباب أهمها:

صعوبة التنبؤ مقدما بما يمكن أن تتخذه الدول من إجراءات لا يمكن وصفها بنزع الملكية طبقا للمعنى التقليدي المتعارف عليه في فقه القانون الدولي، إلا أنها تؤدي بطريق تدريجي وبشكل غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية أي حرمان المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره أو الحيلولة دون تحقيق مكاسبه المتوقعة².

بناء على توجه الاتفاقيات المتعددة الأطراف والثنائية في منع التعرض لملكية المستثمر بأي شكل من الأشكال يمكن أن نتساءل هل تستطيع الدولة المتعاقلة أن تؤمم ممتلكات المستثمر الأجنبي بالرغم من وجود هذه الاتفاقيات بينها وبين دولة المستثمر؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما قيمة التوقيع على الاتفاقية؟

في الواقع، أن حق الدولة في التأميم ونزع الملكية هو من حقوق السيادة الإقليمية التي لا تقبل التنازل وإن قبلت التقييد، إذ تستطيع الدولة المتعاقلة أن تمارس حقها في التأميم ونزع الملكية بالرغم من وجود الخطر والمنع، ذلك أن التزام الدولة بمعاملة معينة للاستثمارات الأجنبية بقصد تشجيعها لا يفهم منه تنازلها عن حقها في تأميم المشروعات التي تملكها رؤوس أموال أجنبية، فالحق في التأميم قد استقر في القانون الدولي المعاصر كمظهر من مظاهر سيادة الدولة ووسيلة من وسائل عملها لتحقيق الخير العام في الداخل وهو حق يسلم به الجميع³، على اعتبار أن لكل دولة الحرية في القيام بالإجراءات التي تعمل على توفير الرخاء والتنمية لشعبها حينما يتطلب ذلك منها تحقيق مصلحة عامة أو منفعة وطنية، وقد تكون هذه الإجراءات متمثلة في تأميم ممتلكات عائلة لمستثمرين أجانب أو نزع ملكية عقارات عائلة إليهم⁴.

وعلى الرغم من التسليم بأحقية الدولة باستخدامها لحقها في تأميم ممتلكات الاستثمارات الأجنبية أو نزع ملكيتها فإن ذلك لا يعني - حسب رأيي - تجريد النص الوارد في الاتفاقية - ثنائية كانت أو متعددة الأطراف - بشأن منع تأميم الاستثمارات أو نزع ملكيتها من كل قيمة عملية، بل إن القيمة القانونية لهذا النص تبقى موجودة إذ أنها تتمثل في تأكيد عدم مشروعية الإجراء الذي اتخذته الدولة على اعتبار أنه مخالف لأحكام الاتفاقية الثنائية أو المتعددة

¹ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1998 (دون ذكر دار النشر)، ص: 6.

² عاطف إبراهيم محمد، ضمان الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص: 7.

³ محمد أحمد غانم، قواعد الحماية الموضوعية والإجرائية للاستثمارات الأجنبية، في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص: 42.

⁴ عاطف إبراهيم محمد، ضمان الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص: 6.

الأطراف الموقعة من قبل الدولة، وهو ما يثير مسؤولية هذه الأخيرة التي يترتب عليها دفع تعويض للمستثمر يتناسب مع طبيعة الإجراء المتخذ بحقه.

فإذا اتخذت الدولة إجراء يقضي بمنع المستثمر من ممتلكاته، ورفضت تعويضه عن تلك الممتلكات يكون السبيل الوحيد أمام المستثمر في هذه الحالة متمثلاً في لجوئه إلى القضاء الدولي عن طريق الدولة التي يحمل جنسيتها لتتبنى هذه الأخيرة مطالبته بحقوقه وإنصافه من الدولة التي اعتدت على ممتلكاته وامتنعت عن تعويضه، حيث يعترف الفقه¹ بأن لكل دولة حق ثابت ومصلحة مؤكدة في أن ترى حقوق ومصالح رعاياها محترمة ومكفولة من جانب الدول الأخرى، وبالتالي أهليتها في رفع دعوى المسؤولية الدولية² إذا حصل اعتداء على حقوق ومصالح رعاياها نتيجة مخالفة دولة أخرى لأحكام وقواعد القانون الدولي.

ومهما يكن من أمر فإن المستثمر الأجنبي الخاص إذا كان أولاً وقبل كل شيء يبحث عن الربح ويتبعه عن كل ما يسبب له خسارة، فإن الدولة المضيفة للاستثمار أيضاً تبحث في إطار جلبها للاستثمارات عن تحقيق التنمية الاقتصادية الفعالة، وتتبعه عن كل ما من شأنه أن يعيق هدفها في تحقيق الرفاهية لشعبها، فإذا ما بدا لها أن متطلبات التنمية التي تسعى لتحقيقها تقتضي تأمين ممتلكات المستثمر كلاً أو بعضاً، أو نزع ملكيته فإنها في هذه الحالة يمكن أن تقوم بما تتطلبه تنميتها الاقتصادية وتدفع التعويض الذي ينبغي أن يكون كاملاً وفعالاً للمستثمر الذي قامت بتأمين ممتلكاته أو نزع ملكيته استجابة لمتطلبات المنفعة العامة، وليس في ذلك - حسب رأيي - خروج على النصوص الواردة في الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، ما دامت الدولة مدفوعة باتخاذها لهذا النوع من الإجراءات بمقتضيات الصالح العام، وتلتزم في الوقت نفسه بدفع التعويض الذي ينبغي أن يكون متناسباً مع ما ترتب على الإجراء من أضرار للمستثمر.

غير أن اتخاذ الدولة لهذا النوع من الإجراءات الذي يعتبر استثنائياً ليس متروكاً لرغبتها فقط، بل لا بد أن يكون وفقاً لشروط معينة هي التي إذا تحققت جاز للدولة المساس بملكية المستثمر على سبيل الاستثناء، هذه الشروط سنتناولها في الفقرة الموالية تحت عنوان الاستثناءات الواردة على ضمان حماية الملكية.

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على حماية ملكية الاستثمارات الأجنبية :

إذا كانت الاتفاقيات الجماعية والثنائية كما مر معنا في الفقرة الأولى من هذا المطلب تتبنى عدم جواز المساس بملكية الاستثمار من قبل الدولة المضيفة له، فإن ذلك ليس على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات تتمثل في شروط معينة يمكن القول إن الاتفاقيات الجماعية والثنائية شبه مجمعة على تحديدها حيث تؤكد اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي على جواز نزع ملكية الاستثمار شريطة أن يكون ذلك بدافع المصلحة العامة، وطبقاً للقانون، وبدون أي تمييز، كما تشترط هذه الاتفاقية لصحة إجراء المساس بملكية

¹ بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحبلى الحقوقية ، (دون ذكر تاريخ الطبعة وعددها) ، ص: 338.

² يطلق على هذه الوسيلة التي بموجبها تتولى دولة ما تحريك دعوى المسؤولية الدولية في مواجهة دولة أخرى ألحقت الضرر برعاياها انتهاكاً لقواعد القانون الدولي مصطلح دعوى الحماية الدبلوماسية، ويلزم لرفع هذه الدعوى توفر شرطين: أ- أن يكون المستثمر المضرور متمتعاً بجنسية الدولة التي تريد ممارسة الحماية. ب - أن يكون المستثمر المضرور قد استنفد طرق التقاضي الداخلية المنصوص عليها في قانون الدولة المدعى عليها. انظر: بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص: 339.

الاستثمار أن تلتزم الدولة المضيفة بدفع تعويض كافٍ وفَعَّالٍ للمستثمر بدون تأخير وفقاً لقوانينها التي تنظم مثل هذه التعويضات.

وقد تبنت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية¹ التوجه نفسه حيث تقرر جواز نزع الملكية بهدف تحقيق المنفعة العامة بمقتضى ما تملكه الدولة أو مؤسساتها من سلطة القيام بوظائفها في تنفيذ المشاريع العامة، واشترطت لذلك أن يتم على أساس غير تمييزي وأن يكون في مقابل تعويض عادل ووفقاً لأحكام القانون العامة التي تنظم نزع الملكية لأغراض النفع العام وتشترط هذه الاتفاقية كذلك إتاحة الفرصة للمستثمر العربي إذا كان يرغب في الطعن على مشروع قرار نزع الملكية ومقدار التعويض الممنوح له أمام القضاء الوطني، وأن لا تزيد الفترة التي يتم فيها التعويض على سنة تبدأ من التاريخ الذي يكتسب فيه قرار نزع الملكية صفته القطعية.

أما اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي² فتؤكد عدم إمكانية تأمين أو انتزاع استثمارات رعايا أي أحد من الأطراف المتعاقدة إلا لفائدة المصلحة العامة وطبقاً للطرق القانونية المعمول بها في البلد المضيف للاستثمار، كما تشترط هذه الاتفاقية أن تتخذ الإجراءات المذكورة بدون تمييز، مع التأكيد على مرافقتها بدفع تعويض عاجل وعادل وفعلي وقابل لأن يحول بكل حرية خلال فترة زمنية لا تزيد على سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفة القطعية.

والواقع من الأمر أن هذا الاتجاه جدير بالتأييد، ذلك أنه يؤدي في الواقع إلى إيجاد قدر من الموازنة بين ضمان الاستثمار الأجنبي، وبين تمتع الدولة بحقوقها السيادية على نحو يمكنها من القيام بواجباتها في تحقيق المصلحة العامة، إذ أن هذا النمط من الضمان الاتفاقي يعترف للدولة المستقطبة للاستثمار بحقوقها في نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية³.

وقد سار كثير من الاتفاقيات الثنائية على هذا النهج حيث تنص هذه الاتفاقيات على منع المساس بملكية الاستثمارات من قبل الدولة المضيفة لها إلا بشروط مماثلة أو قريبة من تلك التي مرت معنا في تعاطي الاتفاقيات متعددة الأطراف، وكمثال على تناول الاتفاقيات الثنائية لهذا الموضوع نجد أن اتفاقية تشجيع الاستثمار بين موريتانيا والجزائر⁴ تؤكد عدم إمكانية تأمين أو نزع ملكية الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا لغرض المنفعة العامة وطبقاً للإجراءات القانونية وشريطة أن لا تكون هذه الإجراءات تمييزية.

¹ الفقرة الأولى من المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ 1980/11/26، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6074، 22 جمادى الآخرة 1433 (14 ماي 2012) ص: 17

² المادة الخامسة عشرة من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في فاتح محرم 1411 (23 يوليو 1990)، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 6049، مرجع سابق، ص: 3259

³ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص: 223

⁴ انظر: المادة 5 من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار بين موريتانيا والجزائر الموقعة بالجزائر في 28 ذي الحجة 1428 الموافق 6 يناير 2008، منشورة في الجريدة الرسمية الجزائرية، مرجع سابق، ص: 9

كما اعتمدت اتفاقية إنعاش وحماية الاستثمارات على وجه التبادل بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية¹ مبدأ الاستثناء الوارد على منع نزع الملكية فأكدت إمكانية اتخاذ تدابير مثل التأمين ونزع الملكية أو ما يقوم مقامها ويؤدي لنفس النتيجة التي يؤديان إليها، من طرف سلطات أحد الطرفين المتعاقدين تجاه استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، لكن هذه الاتفاقية اشترطت لذلك أن يتم وفقاً للأنظمة القانونية، وأن لا يكون بطرق تمييزية، أو معللة بأسباب لا تتعلق بالمنفعة العامة، كما اشترطت دفع تعويض فعلي ومناسب وبدون تأخير غير مبرر من الطرف المتعاقد الذي اتخذ هذه التدابير.

باستقراء توجهات هذه الاتفاقيات نلاحظ أن ثمة اختلاف في الصياغة المستخدمة فيها لوضع الشروط اللازمة لاتخاذ الإجراءات التي يترتب عليها مساس بملكية المستثمر، إلا أن الملاحظ أنها بشكل عام تقرر أربعة شروط تتمثل في :

- المصلحة العامة؛

- مراعاة أحكام القانون؛

- عدم التمييز.

- أداء التعويض.

فإذا توفرت هذه الشروط جاز للدولة المضيئة للاستثمار التعرض للملكية المستثمر بالطريقة التي تخدم مصلحتها العامة، وسأتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل في النقاط التالية :

أولاً : المصلحة العامة :

تنص الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف على ضرورة توفر شرط المصلحة العامة في حالة تعرض البلد المضيف للاستثمار لنزع ملكيته ، وهذا ما تؤكد مثلاً اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي² حيث تقرر جواز نزع ملكية الاستثمار من أجل الصالح العام، كما قررت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية³ أن نزع الملكية لا يمكن أن يتم إلا وفقاً لأحكام قانونية عامة تنظم نزع الملكية لأغراض النفع العام، كما بينت اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي⁴ أن اتخاذ الإجراءات المتعلقة بنزع ملكية الاستثمار لا يمكن أن تتم لفائدة المصلحة العامة في البلد المضيف للاستثمار.

¹ المادة السادسة من اتفاقية إنعاش وحماية الاستثمارات على وجه التبادل ، بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية الموقعة بمديريد في 27 سبتمبر 1989، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ، عدد 6058 ، فاتح شعبان 1433 (21 يونيو 2012) ، ص: 3763

² انظر: الفقرة الثانية من المادة العاشرة من الفصل الثالث من اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ، مرجع سابق ، ص: 3315

³ الفقرة الأولى من المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ 1980/11/26 ، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ، عدد 6074 ، 22 جمادى الآخرة 1433 (14 ماي 2012) ص: 17

⁴ المادة الخامسة عشرة من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في فاتح محرم 1411 (23 يوليو 1990) ، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية ، عدد 6049 ، مرجع سابق ، ص: 3259

وقد عملت جل الدول في العصر الحديث على وضع إطار تشريعي لتنظيم عملية نزع الملكية للمنفعة العامة من بينها على سبيل المثال لا الحصر القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 30 دجنبر 1970 الذي يتحدث عن المنفعة العامة الاقتصادية كإعداد المناطق الصناعية والأشغال العمومية ... كما يجعل المنفعة الخاصة جزء من المنفعة العامة⁽¹⁾.

فشرط الغرض العام أو المصلحة العامة أو المنفعة الوطنية يعد ركنا أساسيا لشرعية قرار أخذ الدولة للملكية المشروع الاستثماري، لذا فإن كثيرا من الاتفاقيات⁽²⁾ المتعددة الأطراف والثنائية تنص عليه.

ثانيا : مراعاة أحكام القانون :

مراعاة أحكام القانون تعنى ضرورة إصدار قرار أخذ ممتلكات المستثمر طبقا للإجراءات والضمانات القانونية الواردة في القانون الداخلي للدولة المستقطبة للاستثمار⁽³⁾، كما تطالب بذلك بعض الاتفاقيات مثل اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي التي تنص على أن نزع ملكية المستثمر لا يمكن أن تتم إلا طبقا للصيغ التي ينص عليها القانون المعمول به في البلد المضيف للاستثمار، غير بعض الاتفاقيات تنص على أن يتم نزع الملكية وفقا للإجراءات القانونية بشكل مطلق دون أن تحدد ما هو القانون الذي ينبغي أن تتم مراعاته خلال قيام الدولة المضيفة للاستثمار بالاستيلاء على ملكية المستثمر، مثل الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية⁽⁴⁾ التي تقرر أن نزع الملكية لا يمكن أن يتم إلا وفقا لأحكام قانونية عامة تنظم نزع الملكية لأغراض النفع العام، فالأحكام القانونية العامة هنا لا ندري هل يعني العمل بها مراعاة أحكام قانون بلد المستثمر أم قانون البلد المضيف لاستثماره، في هذه الحالة يمكن أن نستأنس بالأحكام المماثلة في الاتفاقيات المشابهة والتي من بينها اتفاقيات تنص على مراعاة أحكام قانون البلد المضيف للاستثمار.

ويعتبر دريد محمود السامرائي⁽⁵⁾ أن هذا القيد يمثل ضمانا مهما للمستثمر بصفة عامة والمستثمر الأجنبي بصفة خاصة، وهو بهذا الوصف يضيف على الأموال المستثمرة حماية ضد الإجراءات التعسفية التي قد تتخذها السلطة العامة في الدولة خرقا للقانون الداخلي والقواعد الخاصة بمعاملة الأجانب المقررة في القانون الدولي، كما أنه يعني من جهة أخرى ضرورة إصدار قرار أخذ ممتلكات المستثمر من جهة سلطوية ذات اختصاص وطبقا لقواعد القانون الداخلي، ويقصد بذلك في الواقع توفير الحماية القانونية للاستثمارات ضد الإجراءات التعسفية التي قد تتخذ من قبل سلطة غير مختصة.

¹ أحيدار سمير، قرار نزع الملكية في القانون العام المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجده، السنة الجامعية 2004-2005 ص: 20

² مثل ما ورد في المادة 5 من اتفاقية موريتانيا والجزائر التي جاء فيها: "لا يمكن للاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، أن تكون موضع تأميم أو نزع للملكية أو أي إجراء آخر له أثر مماثل للتأميم أو لنزع الملكية (والمشار إليها فيما بعد بنزع الملكية) إلا لغرض المنفعة العامة وطبقا للإجراءات القانونية وشرط أن لا تكون هذه الإجراءات تمييزية".

³ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص: 153

⁴ الفقرة الأولى من المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ 1980/11/26، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص: 17

⁵ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص: 153

ثالثا : عدم التمييز:

يعد مبدأ عدم التمييز من القيود العرفية التي تدخل في مضمون القواعد الخاصة للحماية الدولية للمال الأجنبي، ويقصد بهذا القيد في مجال نزاع الملكية والتأمين مثلا أنه لا يجوز أن ينطوي الإجراء على تمييز محف بين الأجانب والوطنيين لغير صالحهما أو فيما بين الأجانب أنفسهم، فيعد التأمين أوزع الملكية غير مشروع دوليا إذا انصب على ممتلكات الأجانب دون الوطنيين على نحو يجعل من صفة المستثمر الأجنبي وحدها المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات، أو إذا انصب التمييز على الأجانب فيما بينهم استناد إلى الدين أو العنصر¹.

وتنص معظم الاتفاقيات سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف على ضرورة احترام هذا المبدأ من ذلك مثلا ما جاء في اتفاقية موريتانيا والجزائر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات 2008 التي تنص على أن الإجراءات المتخذة بشأن نزاع الملكية يجب ألا تكون تمييزية، والشئ نفسه بالنسبة لغيرها من الاتفاقيات التي اطلعت عليها.

ويذهب بعض الفقه² إلى القول بأن مبدأ عدم التمييز يقتضي من الدولة تمتع الأشخاص الذين يستثمرون في إقليمها بالحماية ذاتها التي توفرها القوانين الداخلية لمواطنيها وبالتالي فإن قيام الدولة المستقطبة للاستثمار بالاستيلاء على المشروعات الأجنبية دون الوطنية، أو قيامها بنزع ملكية المشروعات الأجنبية المملوكة لرعايا دولة معينة بالذات يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها الدولية لارتكابها عملا غير مشروع بسبب الإخلال بمبدأ المساواة بين الاستثمارات.

رابعا : أداء التعويض :

يمثل مبدأ التعويض عاملا مهما في عملية نزاع الملكية للمنفعة العامة حتى إن بعض الفقه⁽³⁾ يميل إلى أن التعويض يعتبر ركنا من أركان نزاع الملكية وليس شرطا من شروطه، ويترتب على ذلك أن يكون التعويض كاملا وسابقا على الاستملاك وإلا كان التكييف القانوني لقرار السلطة العامة مصادرة وليس نزعا للملكية، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التعويض أثر من آثار نزاع الملكية وليس ركنا من أركانه، ومن ثم فإن نزاع الملكية الذي لا يصاحبه تعويض لا يكون القرار الصادر بشأنه باطلا من الناحية القانونية، ولكنه لا ينتج أثره في نقل الملكية إلا بعد أداء تعويضات تغطي كافة الأضرار المباشرة، ويستدل هذا الفقه في تبرير رأيه بنص الماده رقم (11) من قانون الاستملاك الفرنسي لسنة 1958 الذي يفهم منه بأن (التعويض العادل) هو أثر من آثار نزاع الملكية وليس ركنا من أركانه.

وإذا ما نظرنا إلى الاتفاقيات الموقعة في مجال الاستثمار سواء كانت جماعية أو ثنائية نجدها تقرر ربط نزاع ملكية الاستثمار بضرورة التعويض عنه للمستثمر، لكنها تختلف في وصفها لهذا التعويض، فبعضها مثلا يميز نزاع ملكية الاستثمار ويشترط لذلك دفع "تعويض كافٍ وفَعَالٍ للمستثمر دون تأخير وفقاً لقوانين الدولة المضيفة التي تنظم

¹ عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو ، دار النهضة العربية ، 1972 ، ص: 266

² دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق ، ص: 107

³ دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، م س ، ص: 108

مثل هذه التعويضات¹، بينما تكتفي بعض الاتفاقيات بالنص على جواز نزع ملكية الاستثمار وتضع من بين الشروط اللازمة لذلك أن يتم "في مقابل تعويض عادل"²، وفي الوقت نفسه نرى اتفاقية متعددة الأطراف تؤكد على ضرورة أن تتم مرافقة الإجراءات المتعلقة بالاستيلاء على ملكية المستثمر بدفع "تعويض عاجل وعادل وفعلي خلال مدة لا تزيد على سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفة القطعية وقابل لأن يحول بكل حرية"³.

فهذه الأوصاف للتعويض تقتضي أن يتم منحه للمستثمر في صورة تسمح له باستخدامه استخداما اقتصاديا فعالا، بحيث يتم الدفع نقدا أو على هيئة مال قابل للتحويل إلى نقد، وينبغي أن يكون التعويض في كلتا الحالتين قابل للتحويل إلى جنسية المستثمر أو إلى العملة التي ورد بها رأس المال، كما يجب أن يكون مبلغ التعويض للتحويل خارج الدولة التي استولت على الاستثمار، سواء إلى الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها أو إلى أية دولة أخرى، وبهذه المواصفات تتحقق عناصر التعويض العادل، وهي عناصر مرتبطة ببعضها البعض بحيث لا يمكن فهم قيمة أي منها إذا نظرنا إليها نظرة مستقلة عن العناصر الأخرى⁽⁴⁾.

وقد كان شرط فاعلية التعويض محلا لقرارات قضائية متعددة، حيث قضت محكمة العدل الدولية بأن "التعويض يجب أن يتم بالفرنكات الفرنسية فهذه هي عملة المدعي التي تتم بها حساباته ومعاملاته المالية، ويمكن القول بأن هذه العملة تقدم أحسن تقدير مضبوط للخسائر"⁵.

في ختام هذا البحث أعتقد أن هذه الشروط التي وضعت الاتفاقيات الثنائية وتلك المتعددة الأطراف تمثل في حقيقتها قيودا قانونية على حق الدولة في التعرض للملكية الاستثمار، ومن ثم فإن هذه القيود تعد ضمانات مهمة للمستثمر طالما أنها تقي مشروعه الاستثماري من تعرض الدولة المضيفة له إلا بدافع المصلحة العامة وفقا لأحكام القانون، وبدون تمييز، ومقابل تعويض عادل.

هذه الصورة من صور الضمان تكفل للدولة حقها في نزع الملكية كما أنها تحقق في الوقت ذاته الأمان والضمان للمستثمر.

¹ اتفاقية تشجيع وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص: 3310

² الفقرة الثانية من المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتاريخ 1980/11/26، منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، مرجع سارق، ص: 3117

³ الشرط الثالث من الفقرة الأولى من المادة 3 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990 منشورة في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص: 3265

⁴ عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، 1972، ص: 264

⁵ انظر: حكمها الصادر في قضية (S. S. Wimpledon V. Germany) بشأن التعويض الواجب دفعه من قبل ألمانيا للحكومة الفرنسية، نقلا عن مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص: 395

النوجه العقابي لقضاء الأحداث



ابراهيم الغندور : طالب باحث

بسلك الدكتوراه ، مختبر الدراسات

في الطفل والأسرة والتوثيق بفاس

Brahimelghandour88@gmail.com

إن الحكمة من اعتماد التشريعات الجنائية للأعذار القانونية المخففة للحدث الجانح هي تجنبه قسوة الحياة السجنية وما يمكن أن تخلفه من آثار نفسية سلبية، إضافة إلى أن إجرام الحدث في هذه المرحلة ورغم خطورته في بعض الأحيان لا يعد سببا كافيا لمعاقبته¹ والتشدد معه بشكل يجعل الأسلوب المتبع ذو طابع عقابي ردي أكثر مما هو إصلاحي تربوي هدفه تأهيل الحدث وإعادته للمجتمع بشكل أفضل لكي يندمج فيه ويصبح عضوا فاعلا في المستقبل.

لكن على مستوى التشريع المغربي نرى مجموعة من الثغرات في هذا الباب التي تعطي الأولوية للتوجه العقابي من خلال بعض النصوص القانونية (المطلب الأول)، مما ينعكس سلبا حتى على قاضي الأحداث في اختياره بين العقوبة والتدبير (المطلب الثاني).

المطلب الأول : على المستوى التشريعي :

يعرف التشريع الجنائي المغربي الخاص بالأحداث عدة اختلالات تحد من فعالية الحماية التي انطلق منها المشرع المغربي وراهن عليها، فهي تحد بشكل كبير من مبدأ المصلحة الفضلى للحدث، من خلال الجزاء الجنائي المطبق عليه، سواء بالنسبة للعجز التشريعي أو تأثير الواقع العملي عليه.

ومن أهم هذه الاختلالات على هذا المستوى هناك إشكالية الجمع بين التدبير والعقوبة والتي تعكس بشكل كبير قاعدة أولوية العقوبة على التدبير (الفقرة الأولى)، إضافة إلى عدم وجود بدائل بشكل يجعل من العقوبة السالبة للحرية استثناء فعليا (الفقرة الثانية).

¹ فيصل إبراهيمي، "السلطة التقديرية لقاضي الأحداث بين التدابير والعقوبات"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين قضاء الأحداث، كلية الحقوق فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2007-2008، ص. 43.

الفقرة الأولى : أولوية العقوبة على التدبير :

أقرت مجموعة من التشريعات المقارنة ثنائية التدبير والعقوبة في تعاملها مع الأحداث الجانحين، واعتبرت أن الأصل هو التدبير، والاستثناء هو العقوبة والمشرع المغربي بدوره لم يخرج عن هذه القاعدة حيث نص على أنه "يمكن لغرفة الأحداث بصفة استثنائية، أن تعوض أو تكمل التدابير المنصوص عليها في المادة السابقة بعقوبة حبسية أو مالية بالنسبة للأحداث الذين تتراوح أعمارهم ما بين 12 و18 سنة"¹.

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع المغربي لم يكن صائبا في تعامله مع الحماية المقررة للأحداث الجانحين فمسلك الجمع بين العقوبة والتدبير هو مسلك غير سليم من حيث المنهج والمضمون، وهذا ما أوصى به المؤتمر الدولي للعقوبات الذي انعقد في لاهي سنة 1950، وكذلك المؤتمر الدولي السادس للعقوبات الذي انعقد في روما سنة 1953 والذي أوصى أيضا بعدم جواز إضافة العقوبة للتدابير بحيث لا يجوز إخضاع الحدث المدان بالتتابع لنوعين مختلفين من العلاج².

حيث يعد إقرار مبدأ الجمع بين العقوبة والتدبير في المادة 482 تراجعا من مبدأ استثنائية العقوبة في قضايا الأحداث وأولوية التدابير المقررة لهم خاصة وأن المشرع المغربي أقر بأسبقية التطبيق بالنسبة للعقوبة الحبسية على التدبير، فهذا التوجه غير صائب بتاتا لأن الاستثناء يظل استثناء ولا يجوز بأي حال من الأحوال إقرار أسبقية الاستثناء على الأصل³.

فهذا التوجه يدل دلالة قاطعة على تمسك المشرع المغربي بأولوية الزجر في تعامله مع الأحداث الجانحين، وعدم اقتناعه بجدوى الوسائل التربوية العلاجية، وقد تأكد أن تطبيق العقوبة السالبة للحرية قبل التدبير له عدة جوانب سلبية، حيث يتأثر الحدث المودع بالمؤسسة السجنية بالحيط السجني ويكتسب عن وعي أو بدونه مجموعة من السلوكات السلبية، وبعد نقله إلى مؤسسات حماية الطفولة لتنفيذ التدبير ينقل معه هذه السلوكات إلى المؤسسة، حيث يؤثر على نزلائها بسلوكاته، مما يمس السير العادي لها⁴.

وبالتالي يتضح أن الجمع بين العقوبة والتدبير له من السلبيات أكثر ما له من الإيجابيات، مما يتعين معه تنفيذ مسلك واحد في معالجته لقضايا الأحداث في ظل اعتماده على مبادئ التكريم والعناية واحترام المصلحة الفضلى للطفل. فالحكم على الحدث بعقوبة حبسية من شأنه أن يؤدي إلى تضخيم أزمة الحدث الجانح الشيء الذي لن ينفع بعده تدابير الحماية أو التهذيب التي تتعارض مع أسبقية العقوبة السالبة للحرية في مؤسسة سجنية. فهذه الإشكالية ظهرت في الواقع الميداني نظرا لما خلفه تطبيق هذه المادة حيث تبين أن الأحداث الذين يحالون على مراكز حماية الطفولة بعد خروجهم من السجن مباشرة يتميزون بعدم الاستقرار النفسي، ويشكلون خطرا على باقي الأحداث النزلاء داخل هذه المراكز نظرا لكونهم اكتسبوا سلوكات سلبية داخل المؤسسات السجنية من جراء اختلاطهم بذوي السوابق والمجرمين المحترفين، الشيء الذي ينعكس على سلوكياتهم وبالتالي يؤثر على الجو العام لمؤسسات حماية الطفولة وعلى السير التربوي، بالإضافة إلى كون المؤسسات التربوية غير مؤهلة على مستوى الإمكانيات المادية والبشرية لعلاج مثل هذه الحالات، ولهذا وجب على المشرع تعديل هذه المادة والتأكيد على عدم أسبقية تنفيذ العقوبة

¹ - المادة 482 من ق.م.ج.

² - حسن الجوندار، "قانون الأحداث الجانحين"، منشورات جامعة دمشق 2006، الطبعة الأولى، ص. 108.

³ - محمد هشام البصلي، المرجع السابق، ص. 151.

⁴ - محمد الغياط، "السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح بالمغرب"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علوم التربية، كلية علوم التربية، الرباط، جامعة محمد الخامس، 2005، ص. 125.

على التدبير ولم لا حذف العقوبة السالبة للحرية في قضايا الأحداث، وتعويضها بترشيد ازدواجية التدبير القضائي كالإبداع بمركز الملاحظة وتطبيق نظام الحرية المحروسة، وهو ما يستوجب إيلاء الأحداث الخاضعين لمثل هذه التدابير عناية خاصة¹.

الفقرة الثانية: عدم إقرار بدائل العقوبة السالبة للحرية:

بالرجوع لمقتضيات المادة 481 من ق.م.ج يتضح أن المشرع المغربي حاول أن ينوع من التدابير الإصلاحية نظريا من أجل تفعيل مبدأ استثنائية العقوبة في حق الحدث. إلا أن المتمعن فيما جاءت به هذه المادة يتبين له واقعا عدم وجود مجموعة من المؤسسات التي جاءت بها هذه المادة عمليا، وبالتالي عدم تفعيلها كما لو لم ينص عليها المشرع أصلا، فالقاضي لا يلجأ إليها لعدم وجودها مما يؤثر على خيار العقوبة كحل بالنسبة للقاضي في كثير من الحالات. وكذلك عجز باقي التدابير الإصلاحية عن تحقيق الغرض المتوخى منها، يؤدي في الغالب إلى التقييد من السلطة التقديرية لقاضي الأحداث، بحيث لا يجعل من أولوياته البحث عن مصلحة الحدث الفضلى بنفس القدر الذي يبحث فيه عن مصلحة المجتمع والمتمثلة في مواجهة الجريمة المرتكبة من طرف الحدث عن طريق الحكم بعقوبة حبسية أو مالية².

إن التغلب على مثل هذه الإشكالات لن يتأتى إلا بتعزيز المادة 481 ق.م.ج بتدابير جديدة وبديلة تأخذ بعين الاعتبار الإمكانات المادية للدولة، وهو الأمر الذي تؤكد عليه قواعد بكين³ حيث يجب أن تتاح للسلطة المختصة مجموعة من التدابير المتنوعة من تدابير التصرف، وتوفر لها من المرونة ما يسمح إلى أقصى قدر ممكن بتفادي اللجوء إلى الإيداع في المؤسسات الإصلاحية.

ومن التدابير التي من الممكن اعتمادها بالنسبة للمادة 481 هناك:

- العمل للمنفعة العامة أو العمل تعويضا للضحية والتي تكون بتكليف الحدث بعمل من الأعمال لمدة معينة ولعدد من الساعات تحدد يوميا وذلك من أجل تعويض الضحية عما لحق به من ضرر في حالة موافقة الحدث والضحية على هذا الإجراء⁴.

- الالتزام بواجبات معينة: ويعتبر هذا التدبير مقيدا لحرية الحدث إذ يفرض عليه بعض الالتزامات وهو ما عرفه المشرع المصري⁵ بأنه "الالتزام بواجبات معينة يكون بحظر ارتياد أنواع من الأماكن أو بفرض الحضور في أوقات محددة أمام أشخاص أو هيئات معينة أو بالمواظبة على بعض الاجتماعات التوجيهية، أو غير ذلك من القيود، ويكون الحكم بهذا التدبير لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن 3 سنوات.

¹ - سمير الشمال، "دور مراكز حماية الطفولة في إعادة إدماج الحدث الجانح، مركز عبد العزيز بن إدريس نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة التكوين قضاء الأحداث، كلية الحقوق، فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2006-2007، ص. 138.

² - فيصل إبراهيمي، المرجع السابق، ص. 100.

³ - القاعدة 1/18 من قواعد بكين لسنة 1986.

⁴ - علي محمد جعفر، "الأحداث المنحرفون"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، الطبعة الثالثة، ص. 257.

⁵ - المادة 105 من قانون الطفل المصري لسنة 1996.

هذا إضافة إلى نظام المراقبة الإلكترونية - كتدبير رهين بارتكاب الحدث لجرائم معاقب عليها بسنة حبسية¹.
تمثل لحظة مهمة في تاريخ العقوبة إلى الحد الذي دفع البعض إلى القول بأن وجودها قد مثل بداية الإعلان
عن نهاية السجن، كمؤسسة عقابية ويحل محلها الحبس في المنزل تحت المراقبة الإلكترونية².

إن هذه التدابير التي تبنتها أغلب الدول الأجنبية لا تجد لها سبيل في التشريع المغربي باستثناء إيقاف التنفيذ
الذي نص عليه المشرع المغربي³. إذ يعتبر من بين التدابير المتخذة بشأن الأحداث، ولكن بالرغم من أهميته إلا أنه
لا يجد صدى كبير في الواقع العملي⁴.

إضافة إلى ذلك نجد تعرقل مسار العدالة التصالحية الخاص بالأحداث التي لا يلجأ إليها كثيرا وتعترتها عدة
معوقات قانونية سواء من حيث ارتباطه بموافقة الأطراف أو من حيث عدم وجود ما يلزم النيابة العامة من خلال
المواد 461 و 41 من ق.م.ج على إجراء الصلح، وتطبيق مسطرته، فعدم إقرار رقابة وجزاءات من طرف المشرع في
حالة عدم تطبيق المسطرة يؤدي إلى تحفظ القضاء عن ممارستها بحيث يبقى لأعضاء النيابة العامة حرية اختيار هذا
الإجراء أو التغاضي عنه⁵.

مما يجعل الغرض الذي من أجله جاءت فلسفة الصلح وخاصة في قضايا الأحداث لتجنيبهم المساطر القضائية
وإجراءاتها ليس على إطلاقه ويعيق كذلك سياسة تأهيل الأحداث خلال المراحل الأولى لبدء الإجراءات.

المطلب الثاني: على المستوى القضائي (محكمة الاستئناف بفاس نموذجاً):

رغم أن المشرع المغربي أوجب التخفيف الوجوبي للعقوبة السالبة للحرية في مواجهة الأحداث، إذ نص
على أن العقوبة تخفف في حديها الأعلى والأدنى إلى النصف⁶، إلا أن تلك العقوبات وإن كانت في صورتها المخففة
المخففة لازالت تعتبر تدبيراً جسيماً في حق الأحداث⁷.

وبالتالي فالعقوبة في حد ذاتها تعتبر خيار غير مجدي عملياً لكن التوجه العقابي في معاملة الأحداث يظهر
بشكل جلي من خلال ترسيخه قضائياً (الفقرة الأولى)، من حيث اتجاه غالبية قضاة الأحداث، وكنموذج لذلك لجوء
محكمة الاستئناف بفاس إلى اعتماد العقوبة كأساس للردع العام والخاص رغم أن هذه العقوبة أثبتت فشلها في تحقيق
ذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خرق قاعدة استثنائية العقوبة:

تقتضي خصوصية الحدث الأخذ بفكرة المعرفة بالظروف والأسباب المحيطة بالجريمة المرتكبة من قبل الحدث
الجانح آخذين بعين الاعتبار شخصية الجاني وطبيعة الخطورة الإجرامية المرتبطة بالفعل وعلاقته بالمجتمع من أجل

¹ - Venessa Perocheau, « Un renouveau de la pénologie applicable aux mineurs », revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, n° 4, 2000, p. 475.

² - Jean-Charles Forment, « Le pouvoir souverain, la peine et le corps éléments pour une philosophie pénale de la surveillance électronique », revue interdisciplinaire d'études juridiques, n° 37/17, 1996.

³ - المادة 55 من ق.م.ج.

⁴ - إبراهيم يوسات، "حماية الأحداث الجانحين في ضوء ق.م.ج والعمل القضائي ومؤسسات التنفيذ"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال، الرباط، جامعة محمد الخامس، 2011-2012، ص. 48.

⁵ - التوفيق الوردي، المرجع السابق، ص. 81.

⁶ - المادة 482 من ق.م.ج.

⁷ - Claire Bresset, « Rendre justice aux enfants », éditions Anne carrière, n° d'édition 393, imprimé en France, mai 2006, p. 75.

تفريد المعاملة¹، وهذه المهمة من اختصاص القاضي المكلف بالأحداث الذي يعمل على اختيار التدبير المناسب للحدث وفقا لشخصية هذا الأخير وما تتطلبه من جانب الإصلاح والتقويم.

فمن خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية والسجل الخاص بالأحداث داخل محكمة الاستئناف بفاس وخاصة غرفة الجنايات للأحداث والغرفة الجنائية الاستئنافية للأحداث يتضح لنا باللموس أن القضاء لازال لم يرتقي بعد للاعتبارات التي تنطوي عليها عدالة الأحداث كما هو متعارف عليه دوليا، وحتى كما جاء في فلسفة المشرع المغربي النظرية من خلال قواعد المسطرة الجنائية.

فالتوجه العقابي في إدارة شؤون الأحداث قضائيا مازال قائما من خلال الجزاء المطبق حيث أن أغلبية القضاء يعتمدون المفهوم التقليدي في علم الإجرام فالهدف ليس هو الإصلاح والتهذيب بقدر ما هو الإيلاء والعقاب من أجل تحقيق الردع العام والخاص والذي أثبت العقوبة السالبة للحرية تعثره، فالقاضي لا ينظر لشخصية الحدث والظروف التي أدت به إلى طرق باب الجريمة في وقت مبكر من عمره أكثر مما ينظر إلى خطورة الفعل المرتكب من طرف الحدث، ويرى الحل هو الزج به في السجن لردعه.

وكثيرة هي الأحكام والقرارات التي طبقت فيها هيئة الأحداث القضائية العقوبة السالبة للحرية² والتي تعكس بشكل كبير عدم وجود فوارق كثيرة بين التعامل مع الأحداث والرشداء على حد سواء وهذا الأمر يمكن اكتشافه من خلال أنواع التدابير المتخذة في حق الأحداث خلال سنوات 2012 و2013.

إحصائيات 2012 الصادرة عن محكمة الاستئناف بفاس :

	التسليم إلى العائلة	تطبيق نظام الحرية المحروسة	إيداع بمؤسسة طبية	إيداع بمؤسسة تربوية	إيداع بمؤسسة سجنية	إيداع تحت الكفالة	البراءة	التوبيخ	عقوبة حبسية نافذة	عقوبة حبسية موقوفة	غرامة نافذة
العدد	3	0	0	0	71	0	17	0	71	43	0

إحصائيات 2013 :

	التسليم إلى العائلة	تطبيق نظام الحرية المحروسة	إيداع بمؤسسة طبية	إيداع بمؤسسة تربوية	إيداع بمؤسسة سجنية	إيداع تحت الكفالة	البراءة	التوبيخ	عقوبة حبسية نافذة	عقوبة حبسية موقوفة	غرامة نافذة
العدد	4	0	0	5	58	0	4	0	65	20	0

فمن خلال هذه الإحصائيات نجد أن العقوبة السالبة للحرية تترجع الصدارة داخل الاختيارات المعمول بها من طرف قضاة الأحداث، سواء بالنسبة للجزاء الجنائي المحكوم به أو بخصوص قضاة التحقيق بشأن خيار الاعتقال

¹ - Dominique Charvet, « La justice des mineurs », ED, L.G.D.J, Bruglart, Paris 1995, p. 76.

² - قرار صادر عن غرفة الجنايات للأحداث بفاس رقم 12/57 م.ت أحداث بتاريخ 2012/05/28.

- قرار صادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بفاس رقم 51 ملف جنائي عدد 16/2614/17 ب8/2014.

- قرار صادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بفاس رقم 21 ملف جنائي عدد 2616/16 ب26/2014.

- قرار صادر عن غرفة الجنايات بفاس رقم 80/33 بتاريخ 2009/02/05.

الاحتياطي، وهذا راجع لعدم الدراسة الكافية لشخصية الحدث الجانح خلال كل مراحل المحاكمة ومعرفة الأبعاد الخاصة بهم والتي أدت بهم لارتكاب الجريمة.

فحتى النسق العام للظاهرة الإجرامية التابعة لاستثنائية فاس نجد هيمنة جريمة السرقة الموصوفة كأكثر الجرائم ارتكابا من طرف الأحداث، وهذا ما يتضح من خلال الإحصائيات الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس لسنة 2013¹.

الجرائم المرتكبة من طرف الأحداث خلال سنة 2013 :

أنواع الجرائم	القضايا المسجلة	الأشخاص المتابعون			المجموع
		ذكور	إناث	أجانب	
القتل العمد	1	1	0	0	2
التسميم	0	0	0	0	0
الضرب والجرح المفضي إلى الموت دون نية إحداثه	1	1	0	0	2
الضرب والجرح المفضي إلى عاهة مستديمة	9	9	0	0	18
السرقة الموصوفة	78	115	3	0	196
إخفاء أشياء متحصلة من السرقة	1	1	0	0	2
الاغتصاب	2	2	0	0	4
الاغتصاب الناتج عنه الافتضاض	1	1	0	0	2
هتك العرض بالعنف	19	21	0	0	40
شهادة الزور	0	0	0	0	0
إضرار النار	2	2	0	0	4
الإحراق العمدي	0	0	0	0	0

وهذا ما يبين الطابع الاقتصادي والدافع الاجتماعي للجريمة أكثر منه إلى أسباب الخطورة الإجرامية الدفينة في الحدث مما يستوجب معه إعادة النظر في السياسة المتبعة من طرف الدولة بكل مؤسساتها ككل، وليس فقط القضاء والمشرع من أجل السيطرة على ظاهرة جنوح الأحداث عبر توفير وتسخير الإمكانيات المادية والبشرية الكفيلة بالوقاية من الظاهرة وليس العمل على علاجها بوسائل محدودة وغير فعالة كما هو عليه الوضع حاليا.

الفقرة الثانية : عجز العقوبة السالبة للحرية عن تأهيل الحدث الجانح :

تعتبر مرحلة التنفيذ من أهم وأخطر المراحل التي تضع المحكوم عليه الحدث وجها لوجه أمام جهاز تنفيذ العقاب، وهذا ما دفع بمختلف التشريعات إلى تطوير نظام العقوبات وأنستته والتركيز على تأهيل المحكوم عليه².

¹ - www.cafes.ma l'heure 14:50, date 20/10/2014.

² - هاجر الرضي، "العدالة الجنائية للأحداث بين التشريعات الدولية والتشريع الوطني، دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة الطفولة وقضاء الأحداث، كلية الحقوق، طنجة، جامعة عبد المالك السعدي، 2011-2012، ص. 141.

وبالتالي فلحكم على الحدث بعقوبة سالبة للحرية لا ينبغي اللجوء إليها إلا كاستثناء وتجنبها ما أمكن الوضع في السجون المخصصة للراشدين لأنه قد ينتج عن هذا الاختلاط استغلال الأحداث¹، وكذا فإن احتكاكهم بالعتاة من المجرمين سوف يجعل من السجن بالنسبة للحدث الصغير مدرسة كبرى يتلقى فيها أخطر المؤثرات الإجرامية، فإذا خرج إلى المجتمع مرة أخرى انتقل من مجرد ولد شقي أو مارق من السلطة الأبوية إلى لص أو مزور أو قاتل أو سفاح².

فالعقوبة السالبة للحرية بالمغرب المتخذة في حق الأحداث تعاني صعوبات كثيرة وأثبتت عدم فعاليتها في تقديم سلوك الأحداث الحاليين عليها، والتي مازالت تعتمد على الفضاءات السجنية الخاصة بالرشاء وإشكالية الاختلاط بهؤلاء وما له من آثار وخيمة على حقوق وخصوصية الأحداث فرغم وجود مراكز الإصلاح والتأهيل على قلتها، إلا أنها لم تثبت نجاعتها وفعاليتها في وظيفتها المتمثلة أساسا في إعادة تربية الحدث وتأهيله، فعدد لا زال جد محدود ولا يغطي جميع مناطق المملكة، وهنا تبقى السجون هي المعول عليها في إعادة إدماج الأحداث الجانحين على الرغم مما لها من خطر على مستقبلهم، وخاصة في ظل الوضعية المزرية التي تعرفها السجون بالمغرب. فبصرف النظر عن العديد من أوجه الحرمان التي تؤدي إليه العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للحدث نجدها تطرح أزمة لا تقل حدة عن سابقتها تتمثل في الأوضاع السجنية وما تطرحه من ظاهرة الاكتظاظ³، الأمر الذي يجعل من الصعب تطبيق البرامج الإصلاحية الخاصة بالأحداث من أجل إعادة تأهيلهم وإدماجهم لعلاج مواطن الإجرام لديهم داخل هذه المؤسسات السجنية.

وما يؤكد ذلك فشل هذه المؤسسات سواء نتيجة الضعف المادي المرصود لها أو من خلال عدم وجود أطر متخصصة في مجال تربية وتقويم الأحداث من أجل المساهمة في تأهيلهم وإعادة إدماجهم في المجتمع. فعملية الإصلاح تعمل على تغيير سلوك الحدث، إذ بمقتضاها تمكن الحدث من تجاوز حالة الاستهواء للفعل الجانح وتوقيه من العود إلى الجريمة مستقبلا⁴، لكن فشلها قد يؤدي إلى إعادة إنتاج الجنوح. هذا الوضع ساهم بشكل كبير في تكريس أزمة السياسة العقابية بالمغرب وعدم تحقيقها لأهداف الإصلاح والتأهيل.

الأمر الذي أدى ببعض التشريعات والفقه إلى الاستعاضة عنها بتدابير بديلة⁵ وإلغاء العقوبات بصورة كلية أو جزئية عن طريف الحد منها أو التقليل من اللجوء إليها. خلاصة القول أن العقوبات السالبة للحرية لها عدة مساوئ خصوصا وأن أماكن تنفيذها بعيدة عن ما تتطلبه سياسة الإدماج والتأهيل بالنسبة لخصوصية الحدث، مما يجعل الأحداث لا يتجاوبون بالشكل المطلوب مع البرامج الإصلاحية المطبقة⁶.

¹ - لطيفة المهدتي، "الشرعية في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية"، النشرة الشرقية، الرباط، 2005، الطبعة الأولى، ص. 33.

² - منصور بن علي بن عبد الله الحديفي، "حقوق الأحداث في الإجراءات الجنائية في الشريعة الإسلامية ونظم المملكة العربية السعودية والمواثيق الدولية"، بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001، ص. 141.

³ - لطيفة المهدتي، المرجع السابق، ص. 75.

⁴ - رشيد الزهراوي، "توجهات السياسة العقابية للأحداث الجانحين على ضوء المعايير الدولية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة التكوين قضاء الأحداث، بكلية الحقوق، فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2008-2009، ص. 99.

⁵ - هانية المهامي، "المفاهيم الحديثة للعقوبة"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 8، أكتوبر 2003، ص. 112.

⁶ - Tremintin Jean, « Eduquer en centre fermé et en prison, quelle place pour l'éducatif dans les centres fermés- lieu social », n° 763, 2005, p. 14.

النمذ المنصرف بين الندابير التربوية والعقوبات الجنائية



من إعداد: الأستاذ عبد الهادي الشاوي

ممنون بقطاع التربية الوطنية، باحث

في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بفاس

تعتبر ظاهرة انحراف التلاميذ ظاهرة عالمية لا تقتصر على مجتمع بعينه وإن اختلفت درجاتها وخطورتها من مجتمع لآخر. ففي المجتمعات الغربية ظهرت بوادر انحراف التلاميذ في بداية السبعينات والثمانينات محصورة في مناطق محدودة ومدارس معينة، لكن ومع مطلع التسعينات من القرن الماضي أصبحت ظاهرة انحراف التلاميذ تعم معظم المؤسسات التربوية في البلدان الغربية، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية¹ وبدورها تشهد مؤسسات التربية والتعليم في البلدان العربية مثل المغرب والجزائر مجموعة من مظاهر الانحراف، ففي الجزائر مثلاً تشير الإحصائيات إلى تسجيل 70 حالة وفاة في صفوف التلاميذ والأساتذة، وذلك فقط خلال الفترة ما بين 1998 و22000. وفي المغرب وبالرجوع إلى التقرير الوحيد الذي أعدته وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني سنة 2013 حول العنف المدرسي³ بلغت حالات العنف المسجلة داخل فضاء المؤسسات التعليمية 21200 حالة و 11139 حالة بمحيطها.

1 فقد أظهر المسح الذي قامت به صحيفة THE WASHINGTON.POST الأمريكية حول المدارس الأمريكية سنة 1999 أن 77% قلقون جداً على أمن مدارسهم، كما أن التلاميذ الذين تتراوح أعمارهم ما بين 12 و18 سنة قد تعرضوا إلى 1.2 مليون حالة عنف في المدرسة خلال سنة 1998. ومن جهة أخرى أعلنت وزارة العدل الأمريكية سنة 1994 أن جرائم القتل في صفوف التلاميذ قد زادت بنسبة 68% ما بين سنة 1988 وسنة 1992، وأن نسبة الاعتداءات العنيفة قد زادت بنسبة 80% خلال نفس الفترة بينما ارتفعت جرائم الاغتصاب بنسبة 27%.

2 صباح عجرود: التوجيه المدرسي وعلاقته بالعنف في الوسط المدرسي حسب اتجاهات تلاميذ المرحلة الثانوية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم النفس، تخصص علوم التربية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 25.

3- المملة المغربية وزارة التربية الوطنية المديرية المكلفة بالتعليم التقني والحياة المدرسية، التقرير السنوي الأول حول العنف بالوسط المدرسي، يوليو 2013، ص 9.

واتخذت مظاهر العنف المسجلة حسب هذا التقرير مجموعة من الأشكال يتصدرها العنف اللفظي بنسبة 54,5 % ثم العنف الجسدي بنسبة 23,63 % وتخريب الممتلكات بنسبة 18,77 % والاعتداءات الجنسية بنسبة 2,06 %.

وعلى الرغم من تفاقم هذه الظاهرة فإن المشرع المغربي لم يفرد أي مقتضيات خاصة بفئة التلاميذ وإنما تعامل مع جميع الأحداث على قدم المساواة على الرغم من أن التلميذ يتعرض بالإضافة إلى التدابير والعقوبات المدرسية (الفقرة الأولى) إلى التدابير والعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجنائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التدابير المتخذة من طرف المؤسسة التعليمية :

يقوم المدرء بصفتهم رؤساء مجالس الأقسام¹ باتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة حتى تؤدي مجالس الأقسام المهام المنوطة بها، وذلك في حال خرق التلميذ لأي مقتضى من مقتضيات القانون الداخلي للمؤسسة التعليمية، ومن بين الإجراءات التي يتم القيام بها نذكر على الخصوص :

قيام المدير(ة) فور توصله بتقرير عن سلوك ما، بإعداد تقرير مفصل وشامل يتم فيه الاستماع لكل الأطراف بمن فيهم الإطار التربوي أو الإداري والتلميذ(ة) والشهود.

يقوم المدير باستدعاء ولي أمر التلميذ قصد إخباره والاستماع إليه².

يتم تحديد تاريخ انعقاد المجلس وعليه يتم استدعاء جميع الأعضاء المكونين لمجلس القسم برسالة كتابية بمن فيهم ممثل القسم (بالنسبة للتعليم الثانوي التأهيلي).

أثناء انعقاد المجلس يقوم المدير بعرض التقريرين السالف ذكرهما، ويناقش الموضوع من مختلف جوانبه التربوية والحقوقية والقانونية بكل موضوعية وحياد، وذلك ضمانا لنزاهة القرار المقترح، على أساس أن يكون القرار معللا ومنسجما مع الفعل المرتكب من طرف التلميذ ولا ينبغي بأي حال من الأحوال اقتراح قرار تأديبي خارج إطار النظام الداخلي للمؤسسة³.

أما بخصوص العقوبات التي يقررها مجلس القسم فتتراوح عموما وتبعا لجسامة الفعل المرتكب بين عقوبات الإنذار والتوبيخ والطرء المؤقت والطرء النهائي من المؤسسة التعليمية كما أنه يمكن لمجلس القسم أن يقترح على التلميذ المعني تعويض العقوبة بالقيام بخدمة لصالح المجتمع المدرسي، وقد أضحي التوقيف عن الدراسة هو العقوبة الأكثر شيوعا واستعمالا من طرف مجالس الأقسام، غير أن الممارسة أبانت على أن مثل هذه العقوبات تنطوي على أضرار جانبية لا تربوية إذ تحرم التلميذ من مجموعة من الحصص الدراسية التي يصعب عليه استدراكها كما أن إبعاد

¹ تجدر الإشارة إلى أن مجالس الأقسام هي آلية استشارية واقتراحية للارتقاء بالأداء التربوي وإرساء مناخ تربوي سليم مبني على تكريس قيم الاحترام والسلوك المدني داخل الفصول الدراسية وفضاء المؤسسة التعليمية، الشيء الذي يستلزم اتخاذ إجراءات وتدابير تربوية تكون كفيلة بالقيام بأدوار استباقية لتحسين سلوكات وتصرفات التلاميذ ومعالجة كل الاختلالات الملحظة كإرساء خلايا للإنصات وتفعيل أدوار حياة المدرسية

² تجدر الإشارة إلى أن معظم التلاميذ وخصوصا تلاميذ السلك الثانوي يرفضون احضار أولياء أمورهم بدعوى أنهم في سن يؤهلهم لتحمل مسؤولياتهم بأنفسهم الشيء الذي يجعلهم في صراع مستمر مع إدارة المؤسسة.

³ يتم تحرير محضر مجلس القسم ويوقعه جميع الحاضرين ويقوم المدير بموافاة النيابة بنسخة من ثلاث وثائق أساسية تتمثل في تقرير الحادثة وتقرير المدير ومحضر مجلس القسم.

التلميذ المخالف عن الوسط المدرسي، من شأنه أن يعمق الهوة بينه وبين المدرسة ويرفع من مخاطر انقطاعه عن الدراسة.

كما أن هذا الإقصاء المؤقت قد يجعله عرضة للتأثيرات السلبية للمحيط الخارجي للمدرسة، خاصة إذا كانت مدة العقوبة طويلة نسبياً¹.

لذا من الأفضل اعتماد عقوبات بديلة لعقوبة التوقيف المؤقت عن الدراسة²، تتمثل في تقديم خدمات ذات نفع عام داخل المؤسسة التعليمية، التي يتابع بها التلميذ دراسته، بما يضعه في وضعية ارتباط دائم بمحيطه الدراسي، كما أن من شأن مثل هذه العقوبات البديلة تعميق روح المسؤولية لدى التلميذات والتلاميذ المعنيين من خلال شعورهم بتقديم خدمة تعود بالنفع على مدرستهم وزميلاتهم وزملائهم³، مقابل خطأ أو تجاوز تم ارتكابه في حق المجتمع المدرسي الذي يجمعهم⁴.

وهكذا وعوضاً من الإقصاء المؤقت عن الدراسة يسمح للتلميذ المخالف بمتابعة حصصه الدراسية، على أن يتم إخضاعه خارج أوقات دراسته (ووفقاً لعدد من ساعات الخدمة يتم تقديرها تبعاً لجسامة الفعل المرتكب) لبرنامج محدد ينجز فيه خدمات ذات نفع عام لفائدة مؤسسته التعليمية⁵ وذلك من قبيل :

- تنظيف ساحة ومرافق المؤسسة.

- إنجاز أشغال البستنة.

¹ استبعاداً لمثل هذه الانعكاسات اللاتربوية لعقوبة التوقيف المؤقت عن الدراسة فإنه يتعين من الآن فصاعداً الانخراط في منظومة جديدة للتأديب تنسجم أكثر وطبيعة وظائف المدرسة في بعدها المرتبط بالتربية والتأديب، مما يجعل القرارات التأديبية تؤدي دورها بشكل أكثر جدوى، دون تأثير على المسار الدراسي العادي للتلميذ.

² وذلك تفعيلاً لمقتضيات المراسلة الوزارية عدد 14/8677 بتاريخ 2014/10/17 والتي تم توزيعها على جميع المؤسسات التعليمية بالمغرب، والتي تتضمن مجموعة من العقوبات البديلة .

³ - B. bouloc, pénologie. Exécution des sanctions adultes et mineurs, précis Dalloz, droit privé 2 éme édition. Paris 1998. p319.

⁴ - تجدر الإشارة إلى أن التأصيل لقواعد العقوبات البديلة تقاسمه مدرستين على مستوى التطبيق، مدرسة فرنسية تقرر العقوبة البديلة برضا المحكوم عليه ، والنظام الأنجلوسكسوني الذي يطبق العقوبة البديلة بدون رضا المحكوم عليه .

وقد عرف هذا النظام بأنه عقوبة قوامها إلزام المحكوم عليه بعمل مفيد لصالح هيئة أو مؤسسة أو جمعية عامة، وبصورة مجانية ، وذلك لمدة محددة، انظر في المجال :

-Dan kaminski, Sonia snaken et Michel Van de kerchove, mutation dans le champ des peines et de leur exécution, déviance et société vol.31 N° 4, 2007. p 491.

- Ph. Conte Maistre du Chambon, droit pénal général, coll. U, Armand, Colin 5éme éd. paris 2000.

- N. Boucher, B.jouys et M. Bourling, mise en œuvre du travail d'intérêt général R.P.O.P 1991.p.p 29-64.

- P. couvrat, les trois visages du travail d'intérêt général, Rev. Sc. Crim. Et droit pénal comparé, N° 1, 1989.p.p 158-162.

⁵ Ch. Lazerges, introduction à la politique criminelle. Coll. Traité de sciences criminelles, l'harmattan, paris 2000.p 109.

- القيام بأشغال داخل المكتبة المدرسية كالتنظيف وترتيب الكتب والمراجع.

- المساعدة في الأشغال المرتبطة بتقديم خدمات المطاعم والداخليات المدرسية.

- المساعدة في تحضير الأنشطة الرياضية.

وبطبيعة الحال فهذه القرارات التأديبية يجب أن تحفظ كرامة واعتبار التلميذ المعني، وألا تعرضه لأي تجريح أو تحقير أو مس بسلامته الجسدية، كما يجب أن تتناسب ونوعه وسنه وقدراته البدنية¹. ووعيا منها بأهمية العقوبات البديلة بادرت وزارة التربية الوطنية سنة 2014 إلى إصدار المراسلة الوزارية عدد 8677/14 التي تنص على وجوب تفعيل العقوبات البديلة في حق التلاميذ المنحرفين وذلك عوض عقوبات التوقيف التي أثبتت محدوديتها في التصدي لمختلف الظواهر الانحرافية، إلا أن أغلب المدراء يرفضون تفعيل مضامين هذه المراسلة، وذلك بحجة أن مثل هذه العقوبات لا تفي بالغرض المطلوب والمتمثل في ردع التلميذ وجعله عبرة لباقي التلاميذ. وفي نظري المتواضع فإن تحفظ مختلف مدراء المؤسسات التعليمية من تطبيق هذه العقوبات البديلة يرجع بالأساس إلى ضعف تكوينهم في هذا المجال.

ووعيا منه بأهمية هذا النوع من العقوبات وآثارها الإيجابية أصدر المشرع المغربي من خلال مسودة مشروع القانون الجنائي مجموعة من العقوبات البديلة² في الجناح على اعتبار أن سلب الحرية ليس هو الحل الوحيد للعقاب، ولا يجب اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة القصوى³. وتشمل هذه العقوبات البديلة:

العمل لأجل المنفعة العامة⁴.

الغرامة اليومية.

تقييد بعض الحقوق.

فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية.

¹ - المراسلة الوزارية عدد 8677/14 بتاريخ 2014/10/17 في موضوع القرارات التأديبية المتخذة من طرف مجالس الأقسام والمنظمة بموجب المرسوم 2.02.376 بمثابة النظام الأساسي الخاص بمؤسسات التربية والتعليم العمومي الصادر بتاريخ 2004/12/23.

² - مسودة مشروع تعديل القانون الجنائي تعكس مراجعة شاملة تهدف إلى إصلاح سياسة التجريم والعقاب وملاءمة أحكام القانون الجنائي مع مبادئ الدستور والاتفاقيات الدولية بهدف وضع قانون جنائي حديث وعصري.

³ - انظر في هذا المجال: المادة 1-35 وما بعدها من مسودة مشروع القانون الجنائي.

⁴ - يعد العمل للمنفعة العامة نظاما حديثا من نوعه، حيث اعتمدته بعض الدول على سبيل التجربة الأولية، إلا أن النجاح الذي حققه هذا النظام كبديل للعقوبات السالبة للحرية جعله ينتشر على نحو واسع في التشريعات العقابية المعاصرة. انظر في هذا المجال:

- نجيب الأعرج: استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2012-2013، ص 148.

وكما هو معلوم فإذا كانت أغلب الجرائم التي يقترفها التلاميذ هي عبارة عن جنح فإن مثل هذه العقوبات البديلة تبدو أكثر انسجاما مع وضعية التلميذ خاصة وأنه لا توجد أي مقتضيات قانونية خاصة بهذه الفئة¹.

الفقرة الثانية : التدابير المتخذة من طرف المشرع المغربي :

بالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي نجد بأن المشرع لم يفرد أي نصوص خاصة بفئة التلاميذ المنحرفين وإنما تناول الأحكام الخاصة بالأحداث بصفة عامة بغض النظر عن كونهم متمدرسين أو غير متمدرسين.

وفي انتظار صدور قانون خاص بالتلاميذ المنحرفين والذي تم في شأنه إحداث خلية من طرف وزارة التربية الوطنية بالتنسيق مع وزارة العدل² سوف نتناول الأحكام الخاصة بالأحداث الجانحين وفق ما جاء في التشريع الجنائي المغربي، لكونها تطبق على جميع الأحداث سواء كانوا متمدرسين أم غير ذلك، وبرجوعنا إلى تلك الأحكام نجد أنها تتأرجح بين التدابير (أولا) والعقوبات (ثانيا).

¹ - فالحكم على التلميذ بالعمل لأجل المنفعة العامة مثلا يجعله في ترابط تام مع مؤسسته التعليمية، بحيث يمكنه إتمام دراسته والعمل خارج أوقات الدراسة لأجل المنفعة العامة، ومثال ذلك قيامه بتنظيف ساحة ومرافق ومحيط المؤسسة التعليمية، بالإضافة إلى أشغال البستنة ... إلى غير ذلك من الأعمال التي لا تحرمه من مواصلة دراسته، الشيء الذي يتناغم أيضا مع مضامين المراسلة الوزارية عدد 14/8677. بتاريخ 2014/10/17 في شأن العقوبات التأديبية البديلة المتخذة من طرف مجالس الأقسام بالمؤسسات التعليمية.

كما أن الحكم بالغرامة اليومية وتقييد بعض الحقوق وفرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية من شأنه أن يسمح للتلميذ بمتابعة الدراسة في ظروف جيدة، لذا وفي نظرنا المتواضع فإن هذه المسودة تعتبر مكسبا لهذه الفئة من التلاميذ .

² - تصريح وزير التربية الوطنية في معرض جوابه بمجلس المستشارين بتاريخ 8 يناير 2013 عن سؤاليين شفهيين حول حماية المدرسين من الاعتداءات، والأمن داخل المؤسسات التعليمية. أكد فيه وزير التربية الوطنية على أنه تم إحداث لجنة مشتركة بين وزارة العدل ووزارة التربية الوطنية من أجل وضع تشريعات خاصة بفئة التلاميذ.

أولاً : التدابير :

لقد اقتضت معالجة ظاهرة جنوح الأحداث إيجاد العديد من التدابير، الهدف منها بالأساس الرغبة في إصلاح الأحداث وإعادة إدماجهم داخل المجتمع¹، هذه التدابير التي انتهى إليها الفكر الإنساني كانت الشريعة الإسلامية السمحاء سباقة إلى إيجادها، حيث يدخل في سياقها تهذيب الحدث ورعايته، وتوجيهه نحو الخير بتعويذه اجتناب الأذى في صغره². حيث يمكن لولي الأمر أن يقرر ضرب الصبي المميز، أو يوجه اللوم إليه أو يمنعه من ارتياد أماكن معينة أو القيام بنشاط معين...³.

والهدف من إرساء تدابير إصلاحية خاصة بالحدث الجانح الناقص الأهلية الجنائية، هو اجتناب اعتقاله عن طريق عقوبة سالبة لحريته، نظراً لطبيعته الخاصة، ونقص إدراكه وتمييزه⁴، وهو ما تعكسه قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث، التي اعتبرت التدابير الإصلاحية والتهذيبية هي الأصل في معالجة جنوح الأحداث⁵، حيث حددتها القاعدة الثامنة عشر 6 فيما يلي :

¹ - Michel Botbolet Luc Henry choquet, une lecture renouvelée du droit pénal des mineurs, cahiers philosophiques N° 116, 2008/4, p10.

² - حمدي رجب عطية: "المسؤولية الجنائية للطفل"، دار النهضة العربية القاهرة 1992، ص: 145.

³ - تربية الطفل بالعقوبة مشروعة في الإسلام، ولكن وفق ضوابط وشروط عديدة، وقد ورد النص جلياً في جواز معاقبة الطفل بالضرب عند ترك الصلاة في سن العاشرة، كما يمكن أن يقاس على ترك الصلاة أي فعل أو ترك يحتاج فيه الطفل لتقويم اعوجاجه وتحسين سلوكه، وعقوبة التأديب أو التعزيز قد تكون بالعبوس وقد تكون بفرك الأذن وقد تكون بالتوبيخ وقد تكون بالضرب ... فالأمر متروك للمربي أن يختار العقوبة المناسبة التي تتحقق بها المصلحة وتندفع بها المفسدة، لأن هناك تفاوت بين الناس فيما يصلحهم ويردهم إلى جادة الصواب.

وعموماً فالعقوبة في الشريعة الإسلامية أنواع نذكر منها على سبيل المثال :

- الوعظ والإرشاد والتوجيه : قال تعالى : " واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن " وإن كانت تلك الآية دليل على التدرج في استخدام العقوبة فهي تشير إلى أن الوعظ هو أول عقوبة خاصة إذا كان الوعظ مصحوباً ببليغ القول في النفس مع شدة الصوت وتغيير نبراته.

- العبوس : إن النفس البشرية بما فطرت عليه من الرجاء والخوف تدفع الإنسان إلى فعل ما يجلب له المدح والثناء، حتى ولو كان ذلك معبراً عنه بابتسامة أو بنظرة حانية ومشرقة.

- التهديد : يعتبر التهديد من العقوبات التعزيرية المشروعة، ويمكن للمربي أبا كان أم معلماً أن يستعمل تلك الوسيلة بشرط ألا يكون التهديد كاذباً، وقد وردت نصوص شرعية كثيرة تتناول الوعيد والتهديد كقوله تعالى " إن الذين كفروا بآياتنا سوف نصلمهم ناراَ كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلوداً غيرها ليذوقوا العذاب " سورة النساء، الآية 56.

- الحرمان : من الممكن أن تكون تلك من العقوبات التي تؤثر في توجيه سلوك الطفل نحو الإيجابية وتدفعه بعيداً عن السلبية، فالكثير من الناس وخاصة الأطفال يتأثرون بهذا النوع من العقوبة، فالطفل الذي يرتكب خطأ أو سلوكاً مشيناً يمكن أن يعاقب بحرمانه من مصروفه الذي اعتاد عليه أو بحرمانه من مشاهدة بعض البرامج التي يتابعها حتى يكف عن سلوكه المشين.

⁴ - J. F Renucci, droit pénal des mineurs, coll. Droit sciences économiques. éd. Masson 1994 , 232.

⁵ - J. Pradel, droit pénal général, édition cujas, paris 2001.p 519.

⁶ - القاعدة 18 من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون القاصرين.

(1) الأمر بالرعاية والتوجيه والإشراف.

(2) الوضع تحت المراقبة.

(3) الأمر بالخدمة في المجتمع.

(4) فرض العقوبات المالية والتعويض ورد الحقوق.

(5) الأمر بالاشتراك في أنشطة النصح الاجتماعي.

(6) الأمر بالرعاية لدى إحدى الأسر الحاضنة أو في مركز العيش الجماعي أو غير ذلك من المؤسسات التربوية.

وتمشيا مع هذا التوجه نص المشرع المغربي في المادة 481 من قانون المسطرة الجنائية على مجموعة من تدابير الحماية والتهديب، التي تطبق على الحدث الذي يتراوح سنه بين اثنا عشر وثمانية عشر سنة، حيث أعطى لها الأولوية من حيث التطبيق من طرف الهيئات القضائية، وتتمثل هذه التدابير في :

(1) تسليم الحدث لأبويه أو للوصي أو للمقدم عليه أو لكافله أو لحاضنه أو لشخص جدير بالثقة أو للمؤسسة أو للشخص المكلف برعايته.

(2) إخضاعه لنظام الحرية المحروسة.

(3) إيداعه في معهد أو مؤسسة عمومية أو خاصة للتربية أو التكوين المهني.

(4) إيداعه تحت رعاية مصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة بالمساعدة.

(5) إيداعه بقسم داخلي صالح لإيواء جانحين أحداث لا يزالون في سن الدراسة.

(6) إيداعه بمؤسسة معدة للعلاج أو للتربية الصحية.

(7) إيداعه بمصلحة أو مؤسسة عمومية معدة للتربية المحروسة أو للتربية الإصلاحية.

وعليه فإن ضمان المصلحة الفضلى للطفل خاصة الحدث الجانح، انطلاقا من تطبيق هذه التدابير الإصلاحية والتهديبية عليه، يقتضي ضرورة تبني القضاء لهذا التوجه والتقليص ما أمكن من اللجوء إلى العقوبة السالبة للحرية.

ولمعرفة توجه القضاء في هذا الجانب نوتر عرض بعض الإحصائيات في المجال وذلك وفق الجدول التالي¹ :

¹ - المملكة المغربية، وزارة العدل النشرة الإحصائية لسنوات 2003-2004-2005.

نوع التدبير	2003	2004	2005
التسليم للعائلة	2290	4463	5601
الحرية المحروسة	806	1702	1376
الإيداع بمؤسسة طبية	06	03	10
الإيداع بمؤسسة تربوية	1403	2155	224
الإيداع بمؤسسة سجنية	208	305	1274
إيداع تحت الكفالة	173	26	30
البراءة	1696	2087	2682
التوبيخ	2399	2603	3432
عقوبة حبسية نافذة	356	356	107
عقوبة حبسية موقوفة التنفيذ	216	216	320
غرامة نافذة	308	308	157
المجموع	9867	14224	17233

ما يثير الانتباه من خلال التمعن في الجدول أعلاه هو الارتفاع المهول لعدد الأحداث الذين تقرر إيداعهم بمؤسسات سجنية حيث ارتفع عدد هؤلاء الأحداث من 208 سنة 2003 إلى 1274 سنة 2005 على الرغم من أن المشرع المغربي نص في مادته 473 من قانون المسطرة الجنائية على أنه لا يمكن أن يودع بمؤسسة سجنية، ولو بصفة مؤقتة الحدث الذي يتراوح عمره ما بين 12 و 18 سنة إلا إذا ظهر أن هذا التدبير ضروري أو استحالة اتخاذ أي تدبير آخر، إلا أن واقع الأمر يظهر خلاف ذلك فبالرجوع إلى بعض إحصائيات محكمة الاستئناف بفاس لسنة 2012 نجد بأن الأصل هو تطبيق العقوبة والاستثناء هو اتخاذ التدبير وهذا ما يوضحه الجدول، أسفله¹:

التدبير المتخذ	التسليم إلى العائلة	تطبيق نظام الحرية المحروسة	إيداع بمؤسسة طبية	إيداع بمؤسسة سجنية	إيداع تحت الكفالة	البراءة	التوبيخ	عقوبة حبسية نافذة	عقوبة حبسية موقوفة التنفيذ	غرامة نافذة
العدد	3	0	0	0	71	0	17	0	43	0

¹ - إحصائيات النيابة العامة لمحكمة الاستئناف بفاس، شعبة الإعلاميات والإحصاءات 2012.

مع العلم أن المجلس الأعلى للقضاء أكد في العديد من قراراته على أن تطبيق العقوبة في حق الأحداث يشكل استثناء فقط، ومن بين هذه القرارات نذكر على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 1996/10/22 والذي جاء في حيثياته أنه "لا يجوز للمحكمة تعويض التدابير المنصوص عليها بمقتضى الفصول 515 و 516 و 517 من قانون المسطرة الجنائية إلا بصفة استثنائية وحسب شخصية الجرم الحدث وبموجب قرار معلل، تعويض التدابير المنصوص عليها في الفصل 516 من قانون المسطرة الجنائية وتتميمها بغرامة مالية أو عقوبة حبسية، في حق الأحداث الذين يتجاوز عمرهم 12 سنة"¹.

ثانيا : العقوبات :

تمثل العقوبة السالبة للحرية في السياسة العقابية المعاصرة، آلية أساسية لمواجهة السلوك الإجرامي، غير أنها إذا كانت تشكل الأصل بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الراشدين، فإنها تبقى استثناء بالنسبة للأحداث الجانحين²، حيث أن توقيعها على الحدث الجانح مرتبط أساسا بما تشكله أفعاله من خطورة إجرامية على معايير الضبط الاجتماعي³.

وعليه فمفهوم الخطورة الإجرامية⁴ له أهمية بالغة في النظام القانوني المعاصر لاعتباره الضابط الذي يستند إليه القاضي لتحديد نوع ومقدار العقوبة على المتهم⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات الجنائية تختلف في تحديد ضوابط الخطورة الإجرامية التي تساعد القاضي على التقدير الجيد للعقوبة السالبة للحرية الموقعة على مرتكب الفعل الإجرامي⁶.

ومن أجل توضيح مدى خطورة بعض الجرائم المرتكبة من طرف الحدث الناقص الأهلية الجنائية نستدل ببعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال، كالقرار عدد 06/79 الصادر عن غرفة الجنايات للأحداث بمحكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2006/10/30 والذي تم فيه مؤاخنة المتهم البالغة من العمر سبعة عشرة سنة من أجل

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 6663 صادر بتاريخ 1996/10/22 ملف جنحي 89/17751/17749 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 67، ص: 163.

² - Sassi ben halima , la responsabilité pénal du mineur en droit tunisien, revue international de droit pénal , 2004, vol 75.p 533.

³ - عبد الإله الرحمان: "توقيع العقوبة السالبة للحرية على الحدث الجانح"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 2007/2008.

⁴ - للخطورة الإجرامية تعريفات عدة فقد عرف الفقيه كرسبيني الخطورة الإجرامية بأنها أهلية الشخص في أن يصبح على جانب من الاحتمال مرتكبا للجريمة. أما الفقيه دي إسوا يعرف الخطورة الإجرامية بأنها الاحتمال الأكثر وضوحا في أن يصبح الشخص مرتكبا للجرائم أو أن يعود إلى ارتكاب جرائم جديدة، ويعرفها محمود نجيب حسني بأنها احتمال ارتكاب المجرم جريمته.

⁵ - لطيفة المهداتي: "حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكادال الرباط، السنة الجامعية 1991-1992، ص: 78. للمزيد انظر في هذا الصدد :

- Marie Pierre Jobin , la détermination de la peine dans la contexte de la loi sur le système de justice , pénal pour adolescents , mémoire pour obtention de la maîtrise en criminologie , faculté des études supérieure, université de Montréal , mai 2010.

⁶ فيالرجوع مثلا إلى التشريع الإيطالي نجد المادة 133 من قانون العقوبات تحدد معايير الخطورة الإجرامية التي يتعين على القاضي الأخذ بها، وتتمثل هذه المعايير في جسامه الجريمة أو في الشخص المجرم نفسه.

أما المشرع المغربي فإنه لم يحدد الضوابط الدقيقة المتعلقة بالخطورة الإجرامية، وإنما أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفريد العقوبة على مرتكب الفعل الإجرامي، مراعيًا بذلك خطورة الجريمة المرتكبة وشخصية المجرم. ومن ثم فإن القاضي يعتمد على وقائع الجريمة المتمثلة في الركن المعنوي والمادي الذي يشمل النشاط الإجرامي للفاعل بالإضافة إلى النتيجة الإجرامية، وكذا العلاقة السببية التي تجمع بينهما.

جناية الضرب والجرح المؤدي إلى الموت دون نية إحداثه طبقا لمقتضيات الفصل 403 من القانون الجنائي المغربي، وبالنظر لخطورة الفعل المرتكب ارتأت المحكمة عدم تطبيق تدابير الحماية والتهذيب المنصوص عليها في الفصل 481 من قانون المسطرة الجنائية واستبدالها بعقوبة سالبة للحرية لمدة أربع سنوات.

نفس المقتضى نجده في القرار الصادر بتاريخ 2004/12/29 عن الغرفة الجنائية الاستثنائية للأحداث بمحكمة الاستئناف بفاس والذي تمت فيه إدانة حدث بالغ من العمر ستة عشرة سنة من أجل جناية السرقة الموصوفة المقرنة بظروف التعدد والليل والكسر طبقا للمادة 509 من القانون الجنائي، حيث جاء في القرار "... وحيث أن المتهم الحدث لدى الاستماع إليه من طرف قاضي التحقيق كونه اقترف ليلا صحبة زملاءه سرقة منزل، حيث قاموا بتكسير بابه واستولوا على مجموعة من اللوازم إلى أن تم إلقاء القبض عليه من طرف الحارس الليلي وحيث أن المحكمة نظرا لظروف القضية ولخطورة الأفعال المرتكبة ارتأت تطبيق مقتضيات المادة 482 من قانون المسطرة الجنائية وعاقبته من أجل ذلك بسنتين حبسا نافذة".

وهكذا يتضح بأن القاضي لا يلتجأ إلى تطبيق العقوبة السالبة للحرية على الحدث الجانح إلا إذا كانت الجريمة تتسم بخطورة شديدة، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم الجنايات¹.

فالعقوبة السالبة للحرية في حق الحدث الجانح تقتضي من القاضي مراعاة العديد من الضوابط أهمها، خطورة الجريمة المرتكبة، وشخصية المتهم وظروفه العائلية والاجتماعية، إضافة إلى تعليله السليم للحكم²، وذلك تحقيقا للمحاكمة العادلة، وإعادة تأهيل الحدث الجانح³.

¹ - كما أن البحث في شخصية الحدث الناقص المسؤولية الجنائية يقود إلى إمكانية توقيع العقوبة السالبة للحرية من عدمها، فقد نجد حدثا جانحا قوي البنية الجسدية ولكن إدراكه وتمييزه ناقصين، وأهم الجرائم المرتكبة من طرفه تتجلى في جرائم العنف والاعتداء والضرب والجرح وجرائم الأموال وفي المقابل قد نجد حدثا جانحا نحيف البنية لكن إدراكه وتمييزه قويين وجرائمه أكثر خطورة وضرا على المجتمع كما هو الحال في جرائم الإنترنت التي أصبحت من جرائم العصر الخطيرة لما تشكله من تهديد على وحدة وكيان الأسر والمجتمع برمته، ومثالها نشر شرائط وصور بعض الأشخاص في أوضاع مخلة بالحياء بالإضافة إلى فبركة بعض الصور ونشرها انتقاما من أشخاص معينين أو ابتزازا لهم إلى غير ذلك من الجرائم البشعة.

وبالتالي تبقى لقاضي الأحداث السلطة التقديرية في تقدير مدى خطورة الفعل الجرمي المرتكب وفي حال النطق بعقوبة سالبة للحرية ينبغي على القاضي تعليل الحكم وذلك طبقا لمقتضيات المادة 482 من قانون المسطرة الجنائية، بهدف حماية مصلحة الحدث الفضلى من جهة، وعدم تعسف المحكمة في إصدار حكم لا يتلاءم وشخصيته من جهة أخرى.

² - عمر بوحوموش: دليل القاضي في العمل القضائي، مكتبة دار السلام، الرباط، 1999، ص 173.

³ - لكن الممارسة القضائية تثبت عكس ذلك، فبالرجوع إلى الإحصائيات السالفة الذكر يتضح على أن اللجوء إلى العقوبة السالبة للحرية أصبح هو الأصل في الممارسة القضائية وعليه يتضح بأن العمل القضائي يأخذ في الاعتبار في المرتبة الأولى خطورة الأفعال من أجل تقرير العقوبة السالبة للحرية، دون التأكد مما إذا كانت شخصية الحدث وظروفه الاجتماعية تستوجب هذه العقوبة أم أن التدبير لوحده كاف لإصلاحه.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

STARIES ET SURESTARIES RELATIVES AUX OPERATIONS DE CHARGEMENT ET DE DECHARGEMENT DANS LA CHARTE PARTIE AU VOYAGE



Par : Abdeljebbar KARIMI.

Professeur de droit au CRMEF de Safi .

Dans le contrat d'affrètement au voyage l'affréteur a l'obligation d'effectuer les opérations de chargement et de déchargement des marchandises objet de la charte-partie, dans les délais alloués par la charte-partie (art. 232-1 du projet de code maritime marocain). En principe dans l'affrètement au voyage le temps court contre le fréteur¹. Ce dernier préfère toujours que l'affréteur réalise ses tâches dans les délais fixés par la convention des parties. Si celle-ci établit distinctement un délai pour le chargement et un autre pour le déchargement, ces délais ne sont pas réversibles et doivent être décomptés séparément (art.232-25 du projet de code maritime marocain).

L'importance du temps dans l'affrètement au voyage amène les parties à fixer la date du commencement du chargement et de déchargement. Ainsi la durée de ces opérations doit-elle être respectée sinon l'affréteur paiera un supplément si le temps prévu est dépassé. Le temps accordé à l'affréteur pour charger et décharger sa marchandise est appelé « staries » ou « jours de planche »². Passé ce délai, le navire se trouve en surestaries. Lorsque le navire est immobilisé au-delà des surestaries, le fréteur peut encore réclamer des contrestaries.

¹. Inversement dans l'affrètement à temps le temps court contre l'affréteur.

². Jours de planche : un délai pendant lequel la planche est établie entre le bord et le quai pour permettre aux dockers de passer.

Pour inciter l'affrèteur au voyage à faire accélérer les opérations d'embarquement et de débarquement, le frèteur lui accorde une prime de célérité appelée « dispatch money ». Mais comment sont déterminés les staries et surestaries ? Les staries lorsqu'elles sont exigibles, représentent-elles une sanction ou bien un supplément de fret ?

A- Déterminations des Staries.

Appelés anciennement « jours de planche », c'est le temps alloué à l'affrèteur pour charger et décharger ses marchandises. En effet, l'affrètement au voyage oblige le frèteur à mettre à la disposition de l'affrèteur un navire navigable apte à transporter les marchandises objet de la charte-partie. En contrepartie, l'affrèteur doit payer le fret convenu. Mais avant tout, l'affrèteur doit respecter le temps prévu, d'abord pour effectuer les opérations de chargement au port de charge, ensuite pour réaliser les opérations de déchargement au port d'arrivée. Afin de permettre à l'affrèteur d'effectuer ses tâches convenablement, le frèteur met à sa disposition tout le matériel nécessaire (grues, treuils...) eu égard à la cargaison concernée.

En principe, les staries sont réglées par la convention des parties, mais « s'il n'y a rien dans la convention des parties, ces délais sont réglés par les usages des ports, d'après la nature de la marchandise et le nombre des panneaux du navire, parce que plus il a de panneaux, plus il peut être chargé et déchargé rapidement »¹.

La majorité des chartes parties au voyage comporte des clauses indiquant la durée de déroulement des opérations de chargement et de déchargement. Dans l'affrètement au voyage le fret est déterminé en fonction de la quantité des marchandises à transporter et des conditions de transport². Le temps de séjour dans les ports est précisément calculé. Pendant ce temps les frais d'immobilisation du navire sont à la charge de l'armateur. Passé ce délai, le navire se trouve en surestaries. Ces dernières doivent obligatoirement être supportées par l'affrèteur au voyage. Notons que le retard pris par l'affrèteur pour effectuer ses tâches n'est pas toujours dû à sa faute. Il se peut que le retard soit causé par le frèteur lui-même. En effet, il peut s'agir, par exemple, de la fourniture des treuils défectueux, ou bien de cales qui ne sont pas parfaitement sèches pour le chargement, ou de la nécessité de réparer les appareils de levage du navire non entretenus correctement. Il peut également s'agir de défaut de réserves au connaissance sur l'état des marchandises rendant

¹. RODIERE René, ouvr.cité, n°305, p.287.

². BEURIER .J-P, CHAUMETTE .P, PROUTIRE-MAULION .G, ouvr.cité, p.299.

impossible le mode normal de déchargement, et par conséquent l'accostage au quai habituel, circonstance qui, tenue ignorée du réceptionnaire par la faute du fréteur, a retardé le début des opérations de déchargement au port d'arrivée¹.

a- Modalités de calcul des staries.

Parmi les difficultés que pose ce type de contrat est la détermination des modalités de calcul des staries.

Aux termes de l'article 238 du Code de Commerce Maritime Marocain : « les jours de planche ou staries commencent à courir : pour le chargement, le lendemain du jour où l'affréteur a reçu avis que le navire est prêt à prendre ses marchandises, pour le déchargement, le lendemain du jour ou le destinataire est mis à même de commencer le déchargement, dans les conditions prévues au contrat. Lorsqu'il n'est pas fixé par la convention, le point de départ et la durée des staries restent soumis à l'usage des lieux, les jours ouvrables entrent seuls dans le calcul des staries »². Les dispositions de cet article sont supplétives, ce sont les parties qui fixent en général la date du commencement des staries et des modalités de calcul, sinon cette date est fixée par les usages du port dans lequel les opérations ont lieu. Les staries sont calculées par jours et par heures³. Seuls les jours ouvrables qui sont comptés dans le calcul des jours de planches sont concernés les dimanches et les jours fériés sont exclus. « Les termes les plus fréquents sont ceux de :

¹. DU PONTAVICE Emmanuel, ouvr.cité, p.W8. Le fréteur qui demande la célérité de l'affréteur dans l'exécution de ses engagements doit aussi être diligent pour exécuter les siennes. Les engins du navire (grues, treuils...) doivent être en bon état de marche, les cales doivent être bien aménagées eu égard à la cargaison à transporter.

². Les dispositions de cet article sont analogues à celles édictées par l'Art 232 du projet de code maritime marocain.

³. Les jours courants permettent le travail pendant vingt-quatre heures consécutives. Les jours ouvrables permettent le travail seulement pendant les heures ouvrables, ainsi la jurisprudence française a précisé : « qu'un jour est, selon la logique et l'usage habituel en la matière, un espèce de temps de vingt-quatre heures. S'il est ouvrable, le réceptionnaire peut, dans cette limite, par un système d'équipe et sous réserve des lois sociales l'employer à son gré, et on comprend mal pourquoi il y'aurait, au-delà des neuf heures de travail réglementaires, pour le calcul des staries, report sur une journée nouvelle ». Cour de Bordeaux, 28/05/1968, DMF, 1969. p.215.

weather working day. L'utilisation des mots *working day* signifie que seuls les jours ouvrables seront décomptés; le dimanche (voire le samedi, selon les usages du port, ou encore vendredi dans les ports de certains pays musulmans) ne seront pas pris en compte. Le mot *weather* est interprété comme signifiant que sont exclus les jours d'intempérie empêchant chargement ou déchargement; seules sont prises en compte les intempéries, et non les conséquences du mauvais temps »¹. Il en est ainsi pour les jours où le travail a été rendu impossible par la faute de l'armateur ou par un cas de force majeure largement entendu. Ce problème est réglé généralement par les chartes-parties, par la clause « clause générale de grève ou lock-out » ou « clause de glace », avec un examen particulier en raison des répercussions qu'elles peuvent avoir sur l'exécution d'un contrat. Il en va même pour le mauvais temps, mais il n'y a pas lieu à suspension des staries pour cause de mauvais temps si l'affrètement n'a pas travaillé pour une autre raison et que le mauvais temps n'était pas la cause de l'arrêt du travail². Le mauvais temps ne pourra suspendre les staries que s'il est considéré comme cause réelle et suffisante de la suspension, lorsque la formule « *weather permitting* » se trouve insérée dans la charte-partie. Ainsi les staries peuvent-elles être suspendues par la faute du frèteur. En effet, l'affrètement n'a pas à supporter les conséquences de la faute du frèteur ou de l'un de ses préposés. En principe, le frèteur est tenu de délivrer son bâtiment pourvu des appareils de levage (treuils et mâts de charge), pour permettre à son cocontractant de réaliser ses obligations dans les délais alloués par la charte-partie. Les staries seront donc suspendues si, par exemple les appareils de levage du navire ne fonctionnent pas correctement. Le retard pris peut aussi être dû « aux fautes commises par le capitaine lors du chargement d'une cargaison de rails ou encore au refus infondé du capitaine de signer un connaissance en trois exemplaires »³.

Les chartes peuvent ainsi stipuler que les opérations de chargement et de déchargement se réaliseront à raison d'une quantité de marchandise par jour : tant de tonnes par jours ouvrables de vingt-quatre heures consécutives. Ou bien les chartes ne disent rien en ce qui concerne les staries (c'est le cas le plus rare aujourd'hui), les opérations de chargement et de déchargement se réalisant alors à la diligence du capitaine du navire selon l'usage du port dans lequel ces opérations ont lieu. Si la cadence fixée, à l'embarquement ou au

¹. « L'expression a donné lieu à débat. Elle est en général comprise d'une manière objective, les jours où a régné le mauvais temps étant exclus, alors même que le chargement ou le déchargement du navire a été empêché pour d'autres raisons (défaut de marchandise à décharger ; panne des appareils de chargement) ». SCAPEL Christian, BONNASSIES Pierre, *ouvr.cité*, p.517. Voir aussi CAMP 15 oct.2002, sentence n°1067, DMF 2003,177.

². LAVERGNE Léon, *ouvr.cité*, p.40.

³. SCAPEL Christian, BONNASSIES Pierre, *ouvr.cité*, p.520.

débarquement, par le capitaine du navire n'est pas respectée, il peut réclamer, suivant les usages, les surestaries. Les chartes peuvent aussi stipuler que le temps perdu au port de chargement peut être compensé par celui qui sera gagné au port de déchargement ou vice-versa. On parle d'une clause de réversibilité des staries¹.

Tout affrètement constaté par charte-partie donne lieu à l'établissement dans tous les ports fréquentés d'un historique des opérations réalisées. Ce document sera plus tard signé par le capitaine du navire et le chargeur ou le réceptionnaire. Ce document permettra aux parties au contrat, de déterminer si le paiement de surestaries ou dispatch money a lieu ou non.

L'importance des sommes mises en jeu, conduit à s'interroger sur le point de départ des staries.

b- Point de départ des staries.

En réalité, les staries ne peuvent commencer à courir que lorsque le navire est prêt à charger ou à décharger la marchandise convenue.

Au port de chargement, le frèteur met à la disposition de l'affréteur à la date convenue, le navire prêt à charger. Celui-ci doit présenter sa marchandise en vue de son chargement. Au port de déchargement, la marchandise est mise à la disposition des réceptionnaires en vue de son débarquement. Mais quand le navire est-il prêt à charger ou à décharger ?

Généralement, on peut dire qu'un navire est prêt à charger ou à décharger lorsqu'il se place le long du quai et a ouvert ses panneaux. Ce qui n'est pas toujours possible à cause des encombrements que connaissent certains ports. C'est la raison pour laquelle les parties au contrat d'affrètement au voyage fixent comme point de départ des staries, la délivrance par le capitaine d'une notice de prêt à charger ou à décharger « *notice of readiness* ». L'envoi de la dite notice est très important dans la mesure où elle constitue un instrument de certitude juridique attestant sur une réalité déterminante qui fait jouer des sommes importantes en faveur de la partie qui tient ses engagements au détriment de la partie défaillante.

En effet, ce sont les clauses de la charte pré-imprimé qui déterminent le point de départ des staries, et les conditions de la réalisation des opérations de chargement et de

¹ . Ibid., p.38.

déchargement. Dans ce sens la Chambre Arbitrale Maritime de Paris a jugé que : « lorsque la charte-partie « SYNACOMEX » contient une clause additionnelle qui, par dérogation à la clause 6, fait courir les jours de planche au chargement vingt-quatre heures après réception de la notice indiquant que le navire est prêt à charger ; que , par ailleurs, le capitaine a régulièrement signifié les notices prévues à la clause 17 et à la clause additionnelle 22, que le retard au chargement provient essentiellement du fait que l'armateur, qui ne pouvait ignorer la situation au port de chargement, y a cependant envoyé son navire, qui y a « planché » pendant seize heures en attendant sa mise à quai, que, depuis la signature de la charte-partie, l'armateur n'a tenté aucune démarche auprès des chargeurs pour faire modifier les clause de chargement, il y a lieu de considérer que les jours de planche n'ont commencé à courir qu'à partir du moment où le navire a été effectivement à quai »¹. L'armateur qui procède à l'envoi de la notice de prêt à charger doit connaître la situation du port, de chargement et de déchargement, et les obstacles qui peuvent retarder le commencement de ces opérations. En conséquence la chambre n'a considéré le navire en position de prêt à charger que s'il est effectivement à quai.

Reste à savoir, si le fréteur a déjà envoyé la notice de prêt à charger ou à décharger alors que le navire est en position d'attente à un quai disponible, qui du fréteur et de l'affréteur doit supporter les frais d'attente ?

En principe, le capitaine qui a régulièrement envoyé la notice en temps opportun et comme prévu à la charte a bien satisfait à ses obligations, ne doit pas assumer les frais d'attente au port désigné. Les chartes-parties au voyage en donnent la solution par la clause « whether in berth or not » (à quai ou pas). Par cette clause le capitaine du navire est autorisé à envoyer la « notice of readiness », dès qu'il est au port prévu, même si le navire n'est pas en position de chargement. Ce qui veut dire que les staries ne commencent à courir qu'à partir du moment où le navire est mis à la disposition de l'affréteur, bien que ce dernier ne puisse effectivement opérer le chargement ou le déchargement. Mais la Chambre Arbitrale Maritime de Paris en interprétant la charte « SYNACOMEX » en a décidé autrement en prévoyant que le délai des staries ne peut courir, à défaut de notice, que du moment où le chargement effectif a pu commencer au port prévu par la convention². On peut noter que les points qui ne sont pas encore réglés par les chartes-parties restent soumis à l'usage des lieux où se déroulent les opérations concernées. Le temps accordé à

¹. Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence du 13/08/1969, *Bull.ch*, n°20 oct.1969.

². Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence du 08/07/1968, *DMF*, 1969, P61 sur laquelle DU PONTAVICE .E, ouvr.cité, p.W11.

l'affrèteur pour effectuer ces opérations, s'il est dépassé sans doute, donne lieu au paiement des surestaries.

B- Les surestaries.

Aux termes de l'Art 239 du Code de Commerce Maritime Marocain : « si le chargement ou le déchargement n'est pas terminé pendant les jours de planches, alors que la date d'expiration de ceux-ci n'a pas été indiquée, les surestaries commencent à courir, d'après l'usage des lieux, mais seulement vingt-quatre heures après un simple avis donné par écrit par le capitaine, soit à l'affrèteur, soit au destinataire ; elles commencent sans avis, si le nombre des jours de planche a été déterminé. Les jours courants entrent sans distinction dans le calcul des staries ». D'après cet article, deux hypothèses sont envisagées :

- si la durée des staries n'a pas été fixée par la convention des parties, ce sont les usages portuaires qui entrent en application en ce qui concerne la date du commencement des surestaries. Celles-ci ne commencent à courir que vingt-quatre heures et après un simple avis donné par écrit par le capitaine à l'affrèteur ou au destinataire. Bien évidemment les staries commenceront à courir avec l'envoi d'une « notice of readiness », et l'envoi d'une deuxième notice n'est exigée par le Code de Commerce Maritime Marocain que si la durée des staries n'est pas fixée;
- si les jours de planche ont été fixés par la charte-partie, la fin de ce délai fait courir les surestaries. D'une manière générale, sans qu'il y ait faute de l'armateur, qui peut interrompre les staries, les surestaries commencent à courir dès que le délai fixé pour les jours de planche a pris fin. Passé le délai des staries, les frais d'immobilisation du navire sont à la charge de l'affrèteur ou du destinataire.

a-Mode de calcul des surestaries.

Les surestaries constituent une pénalité qui doit être supportée par l'affrèteur défaillant, qui n'a pas respecté les temps alloués par le contrat pour la réalisation des opérations de chargement et de déchargement, au profit du frèteur. C'est une pénalité contractuelle prévue par la charte-partie. Le mode de calcul des surestaries diffère de celui des staries. On tiendra compte des dimanches, jours fériés et même des heures de nuit dans les ports où le travail de nuit est autorisé, « car si le délai des staries n'avait pas été dépassé, le

navire aurait pris la mer et il n'aurait pas cessé de naviguer la nuit, les jours fériés ou par mauvais temps... chaque minute de retard est prise en compte »¹.

Il faut noter que les jours des surestaries ne sont pas interrompus même en cas de force majeure (Art 233 du projet de Code de Commerce Maritime Marocain). Cette sanction est très sévère à l'encontre de l'affrèteur ou du destinataire. En effet, le dépassement des staries est sanctionné comme une inexécution contractuelle de l'affrèteur, mais celui-ci n'est pas toujours considéré comme fautif. C'est ainsi que la Chambre Arbitrale Maritime de Paris a décidé de ne retenir que la part de l'affrèteur défaillant lorsque l'inexécution est due à l'affrèteur et à la force majeure. Les arbitres affirment que : « l'interdiction d'entrée dans un port...empêche le navire d'être dans une situation propre à manutentionner. Il ne peut donc être tenu du retard qui en résulte et ne peut pas davantage faire grief à l'affrèteur de n'avoir pas commencé l'opération de chargement à la date prévue. Il n'y a pas lieu, dans ces conditions et de ce seul fait, d'attribuer des surestaries. Mais l'impossibilité de manutentionner en silo ne constitue pas un cas de force majeure lorsqu'il est constant que, dans le port considéré, les chargements de céréales peuvent aussi s'exécuter par transport sur des chalands du quai au bord du navire. Cependant, si ce mode de chargement avait été employé, la durée des opérations aurait été plus longue, et il y a donc lieu de considérer qu'à défaut d'exonération par force majeure l'affrèteur ne supporte du moins qu'une partie des conséquences de l'indisponibilité du silo. Les surestaries doivent être ainsi réduites par rapport à la demande originelle. »². Ainsi dans une autre affaire, la Chambre Arbitrale Maritime de Paris a retenu la faute du frèteur pour exonérer partiellement l'affrèteur du paiement des surestaries. Dans l'espèce, le capitaine a laissé l'affrèteur effectuer un arrimage contraire aux règles de l'art sans attirer son attention³.

Les chartes-parties au voyage règlent la question des surestaries soit conjointement, comme c'est le cas de la « GENCON » (clause-7), de l'« Hydrocharter » (clause26), de la « SYNACOMEX » (clause7) ou séparément comme dans la « NUVOY » (clause-13), « GRAINVOY » (clause-10). Lorsque la durée des surestaries est limitée, et que l'affrèteur l'a dépassée lors de la réalisation des opérations de chargement et de déchargement, le frèteur peut réclamer une indemnité correspondant au délai supplémentaire octroyé à

¹. REMOND-GUILLOUD Martine, ouvr.cité, p.283.

². La Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence n° 12 du 01/03/1969, Bull.Ch, juillet 1969. Sur laquelle DU PONTAVICE .E, ouvr.cité, p.W13. Dans cette affaire la chambre a retenu la force majeure dans le calcul de la responsabilité partielle de l'affrèteur. .

³. La Chambre Arbitrale Maritime de Paris la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence n°615 du 05/05/1986, DMF, 1986, p.697.

l'affrèteur ou au destinataire pour terminer ses opérations. Ce délai est connu dans la pratique maritime sous le nom de sur-surestaries ou contrestaries ; la nature en est la même. Il y a seulement augmentation du taux prévu pour les surestaries¹.

La question qui se pose ainsi est celle de savoir, lorsque les surestaries sont exigibles, si elles sont considérées comme des dommages-intérêts ou bien des suppléments de fret.

b- Nature juridique des surestaries .

Les surestaries constituent-elles un supplément de fret ou bien des dommages-intérêts.

en principe les surestaries sont des pénalités qui visent à sanctionner l'affrèteur défaillant qui n'a pas bien utilisé le temps alloué dans le cadre des staries. La doctrine française est conforme aux dispositions de l'article 11 du décret du 31 décembre 1966. Ainsi le professeur M. Rémond-Gouilloud estime que : « la nature juridique des surestaries...ne fait plus difficulté à l'heure actuelle : cette pénalité, prévue par les parties comme incident de l'exécution du contrat, doit être tenue pour un supplément du fret... ». Telle est la position adoptée également par le droit marocain. Aux termes de l'art.241 du Code de Commerce Maritime Marocain : « les dispositions applicables au fret s'entendent de plein droit aux surestaries »². Les surestaries bénéficient de la même attention que le fret: elles se prescrivent par un an, comme le fret, et elles sont privilégiées au même titre que le fret. Le projet de code est plus clair en la matière, l'art.233 précise que : « en cas de dépassement des délais, l'affrèteur doit payer des surestaries, considérées comme un supplément de fret ». Ainsi les surestaries sont réglées de la même manière que le fret. Elles « sont un élément de l'économie du contrat comme l'est le fret »³. Elles courent de plein droit sans qu'une mise en demeure ne soit nécessaire. De même la juridiction compétente pour résoudre les litiges concernant les surestaries est celle indiquée par la charte-partie.

Il faut noter que le fréteur préfère toujours que les opérations de chargement et de déchargement soient réalisées dans de brefs délais, c'est pourquoi il accorde à l'affrèteur une prime de célérité (Dispatch money).

¹. R.Rodière, op.cit, n°308, p.289. Le doyen Rodière estime que : « les surestaries représentent une immobilisation induite du navire ...si donc il a été retenu plus longtemps au port, l'affrèteur lui a causé un dommage, dont il est dû réparation ». Voir aussi LAVERGNE Léon, ouvr.cité, p.44.

². Cette même position est adoptée par le législateur tunisien dans l'Art 199 du code de Commerce Maritime Tunisien en précisant que : « les dispositions applicables au fret, notamment, les privilèges et prescription, s'étendent de plein droit aux surestaries »

³. RODIERE René, ouvr.cité, n°309, p.290.

C- Dispatch-money.

C'est une prime payée par l'armateur pour tout temps gagné dans les opérations d'embarquement ou de débarquement.

On a dit précédemment que dans l'affrètement au voyage le temps court contre le frêteur. Celui-ci a donc intérêt à ce que les opérations de chargement et de déchargement se passent dans un délai inférieur à celui des staries. En conséquence le navire pourra prendre la mer plus tôt que prévu ce qui permettra au frêteur de fréter à nouveau son bâtiment plus rapidement. Pour inciter l'affrêteur ou le destinataire à sauver une partie du temps qui lui est octroyée au port de charge ou au port de décharge, le frêteur lui accorde une prime d'accélération appelée dispatch-money¹.

Dans la pratique, ce sont les chartes pré-imprimés qui règlent la question de dispatch money. C'est ainsi que la clause 7 de la charte « SYNACOMEX », et la clause 11 de la « GRAINVOY » déclarent que: « owners to pay to shippers/charterers/receivers dispatch money for laytime saved in loading/discharging... ». Par cette clause, le frêteur doit payer à l'affrêteur/chargeur ou destinataire une prime de célérité (dispatch money) pour le temps gagné au port de charge et au port de décharge.

Les chartes-parties au voyage indiquent aussi le mode de calcul de cette prime. Généralement, et sauf stipulation contraire, « cette prime est payée au taux convenu, par jour et au prorata par heure, sur le temps qui a pu être économisé sur le temps alloué comme staries »². La prime de dispatch money est égale à la moitié du taux de surestaries, ce qui est très intéressant pour l'affrêteur qui a tout intérêt à accélérer les opérations d'embarquement et de débarquement.

¹. Une méthode offerte au frêteur pour intéresser l'affrêteur à gagner du temps. Ainsi le frêteur peut autoriser l'affrêteur à compenser le temps perdu dans le port de charge par celui qui est gagné dans le port de débarquement ou vice versa, on parle donc de la réversibilité des staries.

Conclusion :

En principe l'immobilisation d'un navire en vue de son chargement ou de déchargement pendant une durée déterminée ne profite pas aux intérêts du frèteur, mais dans le cadre des staries, l'affréteur est en droit d'user d'une durée déterminée pour effectuer les opérations de chargement au port d'embarquement et les opérations de déchargement au port d'arrivée et qui ne font pas l'objet d'une facturation. Passé ce délai le navire se trouve en surestaries qui seront forcément supporté par l'affréteur. La détermination des staries et surestaries est faite par la convention des parties et selon le lieu où se trouve le navire. Les dispositions des droits nationaux en la matière demeurent supplétives vue l'existence d'un nombre assez important des chartes types préétablies par les professionnels selon le domaine d'utilisation. La facture des surestaries est calculée sur la base du nombre des jours de retard additionnels ("demurrage" ou "additional demurrage" en anglais). C'est en quelque sorte une sanction incombant à l'affréteur défaillant en plus du fret du navire. Cette sanction ne fait qu'alourdir le passif de l'affréteur qui reste toujours en état de subordination vis-à-vis des frèteurs qui détiennent toujours le monopole d'établir les chartes parties protégeant leurs intérêts.

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrage :

BEURIER (J.-P), CHAUMETTE (P), PROUTIRE-MAULION (G),

-Droits maritimes, Lyon, Juris- service, vol 1, 1995-1998.

Du PONTAVICE Emmanuel,

-Droit et pratique des transports maritimes et affrètements, Paris, Delmas, 1970.

LAVERGNE Léon,

-Les transports par mer, paris, René Moreux et Cie, 4^{ème} édition, 1972.

REMOND-GUILLOUD Martine,

-Droit maritime, Paris, Editions A. Pedone, 1993.

RODIERE René,

-Droit maritime, Dalloz, 1997.

SCAPEL Christian, BONNASSIES Pierre,

- *Droit maritime*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006.

Jurisprudences :

- Cour de Bordeaux, 28/05/1968, *DMF*, 1969.

- Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence du 08/07/1968, *DMF*, 1969.

- Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence n° 12 du 01/03/1969, *Bull.Ch*, juillet 1969.

- Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence du 13/08/1969, *Bull.ch*, n°20 oct.1969.

- Chambre Arbitrale Maritime de Paris la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, Sentence n°615 du 05/05/1986, *DMF*, 1986.

-Chambre Arbitrale Maritime de Paris, 15 oct.2002, sentence n°1067, *DMF*, 2003.

Codes :

-Code de Commerce Maritime Marocain, 1919.

-Projet de Code de Commerce Maritime Marocain, 1992.

VUE D'ENSEMBLE SUR LE SYSTEME MAROCAIN DE RETRAITE



Fadwa Ammari : Doctorante en Economie appliquée

Département de sciences économiques, Université

Mohammed V-Rabat, Rabat, Morrocco

Email : ammarifadwa@gmail.com

RESUME : L'intérêt de cet article est de porter une vue générale sur la naissance des régimes de retraite et les contraintes démographiques qui affecteraient les caisses de retraite de retraite, il serait donc important de relater les différents points qui pourront affecter le changement dans le cadre d'une réforme de retraite. Toutefois, il est toujours utile de revoir les autres expériences étrangères dans ce domaine afin d'en tirer des leçons.

MOTS-CLEFS: Régime de retraite, pyramide des âges, répartition, capitalisation.

ABSTRACT: The interest of this article is to bring an overview of the birth of pension schemes in Morocco and demographic constraints that affect retirement pension, it would be important to relate the different points to change in the new reform retirement. However, it is still worth reviewing other foreign experiences in this field in order to learn lessons.

KEYWORDS: Pension Plan, age structure, distribution, capitalization.

OBJECTIF :

- 1-Mémoire sur la retraite au Maroc ;
- 2-Les problèmes de la démographie vis-à-vis du système de retraite au Maroc ;
- 3-Le financement des régimes de retraite et vue d'ensemble sur la nouvelle réforme ;
- 4- Vue d'ensemble sur les scénarios de réforme ;
- 5-Vue sur les régimes de retraite étrangers.

INTRODUCTION :

L'augmentation de l'espérance de vie et le recul de l'âge d'entrée dans la vie active conduisent à analyser de près la situation de nos caisses et notamment de porter un diagnostic aux régimes de retraite généraux. Plusieurs institutions y participent, les uns ont pour champ d'application le secteur privé (la CNSS et la CIMR), les autres le secteur public (CNOPS, le CMR et le RCAR) et le secteur semi-public. On peut aussi citer au niveau de la couverture sociale du secteur privé, les sociétés d'assurances ainsi que les mutuelles et certaines banques comme Wafasalaf.

EN 2020, le nombre de personnes âgées aura dépassé le cap du milliard, dont plus de 700 millions dans les pays en développement. Au cours du prochain quart de siècle l'Europe devrait demeurer la région la plus âgée, le pays le plus âgé en 2020 sera le Japon (31% de personnes âgées) suivi de l'Italie, la Grèce, et la Suisse (plus de 28%). En revanche, dans les pays en voie de développement, le vieillissement est un phénomène beaucoup plus rapide consécutif à une brusque diminution de la fécondité et à l'amélioration de l'espérance de vie, mais une personne de 60 ans est considérée comme relativement jeune, si son espérance de vie à la naissance atteint les 80 ans. Donc la perception de vieillesse est relative, toutefois il est communément admis que la catégorie des personnes âgées représente toute personne de 60 ans et plus. Dans cet article, il conviendrait de relater un bref mémoire sur le commencement des dahirs régissant la retraite au Maroc, d'analyser de près la situation des caisses de retraite, ainsi que les scénarios de retraite et représenter quelques expériences étrangères dans le domaine de la retraite, afin d'en tirer une conclusion générale sur la modalité de venir en aide aux problèmes du fonctionnement des régimes de retraite au Maroc.

1- MEMOIRE SUR LA RETRAITE AU MAROC :

Après l'indépendance, un régime d'assurance sociale fût introduit en 1959, il couvre les risques de maternité, d'invalidité, de vieillesse et de décès. Il verse des allocations familiales et des pensions aux survivants. Les individus peuvent être protégés de quatre façons complémentaires face aux conséquences financières de risque de l'existence : Par leurs propres épargne de précaution, par leur famille, par des mécanismes collectifs privés (assurances, mutuelles) ou par des mécanismes collectifs publics obligatoires.

Les caisses de retraite du secteur public sont constituées par la CMR, le RCAR alors que le secteur privé c'est le régime de retraite obligatoire de la CNSS et le régime complémentaire de la CIMR, assuré par la CNRA une filiale de ma caisse de dépôt et de gestion (CDG), appelé le régime complémentaire de retraite de la caisse nationale de retraites et d'assurances (RECORE) connu aujourd'hui sous le nom de Attakmili. Tandis que le secteur de la mutualité est destiné aux agents publics et semi-publics et aux salariés du secteur privé ainsi qu'aux titulaires de pensions, l'adhésion est donc libre. Les objectifs majeurs de ces caisses est de garantir des ressources suffisantes à leurs adhérents et d'éviter qu'ils se trouvent exclus de la vie sociale quand ils ne seront plus actifs professionnellement. L'impact social de ces caisses de retraite est limité, elle ne couvre qu'une partie infirme des personnes âgées, celles qui étaient insérées dans le circuit de l'économie moderne voilà quelques décennies.

Voici quelques Dahirs qui adhèrent à la législation concernant la retraite à l'époque d'après l'indépendance ¹ :

Dahir du 15 Novembre 1958 : donna à la caisse interprofessionnelle marocaine de retraites, créée en 1949 par le patronat privé proche des entreprises françaises, la forme d'une association alors qu'elle fût à l'origine sans cadre juridique précis.

- Une autre loi ait institué une caisse nationale de sécurité sociale, un établissement doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière qui fonctionne sous la garantie de l'Etat.

Dahir du 12 novembre 1963 : Portant statut de la mutualité entre les sociétés mutualistes, une fédération dénommée « caisse nationale des organismes de prévoyance sociale » (CNOPS).

¹ Les régimes marocains de sécurité sociale (édition conjointe : CNSS, CNOPS, CMR, RCAR)

Dahir du 30 décembre 1971 : Fixant la limite d'âges des agents et fonctionnaires de l'Etat, des municipalités et des établissements publics affiliés au régime des pensions civiles.

Dahir du 11 novembre 1974 : Formant statut de la magistrature.

Dahir du 8 avril 1981 : Etendant le régime de sécurité sociale aux employeurs et travailleurs des exploitations agricoles. Forestiers et de leur dépendance.

Dahir du 6 mai 1982 : Fixant la limite d'âge pour l'occupation d'un emploi salarié et imposant l'obligation à l'employeur de recruter un personnel de remplacement.

Dahir du 13 juillet 1990 : Instituant une prescription anticipée sur des créances dues par les employeurs à la caisse nationale de sécurité sociale.

Décret de 7 janvier 1993 : Fixant les modalités d'application du régime collectif d'allocations de retraites (régime complémentaire).

Dahir du 10 septembre 1993 : Relatif à la coordination des régimes de prévoyance sociale, et à la protection sociale des personnes handicapées.

Arrêté du ministre de finances du 22 février 1994 : Fixant la valeur du point de retraite pour la première année d'entre en vigueur du régime collectif d'allocation de retraites.

Dahir du 7 aout 1996 : Instituant un montant minimum des pensions d'invalidité ou de vieillesse servies par la caisse nationale de sécurité sociale et réorganisant de la caisse marocaine de retraite.

Dahir du 3 mai 2000 : Formant code de recouvrement des créances publiques.

Plusieurs modifications ont été réalisées, les Dahirs ci-dessus sont donc limités et choisis afin de retracer un peu le chemin qu'a parcouru la sécurité sociale au Maroc ¹. Les décrets lois sont multiples, les circulaires aussi, tous les lois ne sont pas citées car la vocation première de cet article n'est pas de décrypter l'aspect juridique des lois régissant le domaine de la retraite, mais de porter un bref aperçu, une interprétation économique et une légitimité au pourquoi nous sommes aujourd'hui à mi-chemin.

En somme il n'existe pas de dispositif juridique de base relatif aux retraites, à leur constitution, à leurs règles de fonctionnement, aux garanties accordés aux assurés. Le

¹ Voir Dossier documentaire sur les régimes de retraite, Décembre 1995.

paysage de la retraite se caractérise par une juxtaposition de textes conçus progressivement pour répondre à des besoins sectoriels et temporaires. Chaque régime fonctionne selon des dispositifs différents.

Le parcours du Maroc en matière de retraite ne s'est marqué que depuis trois ou quatre dernières décennies avec la forte inspiration française, un lent itinéraire dont le rythme s'est accéléré avec l'intégration du Maroc dans l'économie mondiale et sa conscience de l'importance qu'occupe le social dans le développement et l'articulation des mécanismes financiers et surtout avec la nouvelle ère de transition démographique.

2- LES PROBLEMES DE LA DEMOGRAPHIE VIS-A-VIS DU SYSTEME DE RETRAITE AU MAROC :

Le vieillissement de la population correspond à l'augmentation considérable du nombre et de la proportion des personnes aussi bien dans les pays développés que dans les pays en voie de développement. La société devra compter un nombre croissant des personnes âgées partout dans le monde. L'assemblée générale des Nations Unis a déclaré en 1999, année internationale des personnes âgées sur le thème « vers une société pour tous les âges ». Cette résolution reconnaît que le vieillissement de l'humanité comme un accomplissement prometteur d'une société avec plus de maturité, mais on entend aussi **le vieillissement de la population comme l'un des défis majeurs du 21ème siècle¹**.

Au Maroc le nombre des personnes âgées dans l'ensemble croît fortement, engendrant le vieillissement dans le vieillissement ou augmentation de l'intensité du vieillissement. Il s'agit de la part des 75 ans et plus dans les 60 ans et plus. Cette part atteindra les 34% en 2067. En 2015, la part de la population des personnes de 60 ans et plus est de 10%, contre une projection de 24,5% en 2050. Cette effectif est estimé de 29,9 millions en 2060.

Aura-t-on demain assez d'actifs pour financer les pensions dans des sociétés qui ont des régimes de retraites gérés par un mode prédominant, celui de la répartition. En 2010, l'espérance de vie à la naissance était de 74,8 pour les deux sexes ?

Le rapport de dépendance des personnes âgées ou de proportion de personnes à l'âge de la retraite par rapport à celles qui sont en âge d'activité, constitue un indicateur pour mesurer le degré de dépendance économique des personnes âgées aux personnes en âge d'activité. Cet indicateur est pertinent car le système de retraite au Maroc est fondé sur le

¹ Voir Futuribles, juillet 1999 ; Problème économique, Avril 2000 ; Novembre 2000, Octobre 2001.

principe de la solidarité intergénérationnelle. Il augmentera de 13 personnes âgées pour 100 personnes en âge d'activité au début des années 1960 à presque 49 pour 100 en 2060 ; La part de charge des personnes actives aux personnes inactives continuerait sa baisse jusqu'à 2020 où il atteindra sa valeur minimale de presque de 5 personnes inactives pour cinq actives. Au-delà de cette date, leur charge en personnes inactives commencera sa hausse pour atteindre presque 8 personnes inactives pour 10 actives¹.

Le vieillissement de la population marocaine et le rythme essoufflé de l'accroissement de la population active représentent une menace pour le système de retraite marocain. Dont seulement 20% en bénéficient.

On prévoit que d'ici 2050, le nombre de cotisants augmentera de 60% seulement alors que celui des retraités connaîtra une augmentation de 383%. En conséquence, la proportion actifs/retraités ne sera que d'un actif pour un retraité en 2020.

3- LE FINANCEMENT DES REGIMES DE RETRAITE :

Au Maroc les méthodes de financement adoptées par les principaux organismes de protection sociale sont différentes d'un organisme à un autre. La CMR et la CNSS adoptent le système de la répartition. Le RCAR applique la technique de la capitalisation complète pour les retraites et la répartition annuelle pour les risques d'invalidité et de décès.

Au Maroc, les méthodes de financement adoptées par les principaux organismes de protection sociale sont différentes d'un organisme à un autre ; la CMR et la CNSS adoptent le système de la répartition, le RCAR applique la technique de la capitalisation complète pour les retraites et la répartition annuelle pour les risques d'invalidité et de décès. La CIMR adopte le système mixte, avec une organisation financière qui est articulée autour de deux pôles : un régime commun géré par les compagnies d'assurances privées et qui fait appel au système de la capitalisation individuelle, un régime complémentaire géré par la CIMR selon le système de la répartition.

• **Le financement par la répartition²** : Dans un système de retraite par répartition, les pensions sont payées par les revenus actuels (cotisations des actifs et/ ou transferts budgétaires). Ce dispositif n'est pas financé par accumulation d'actifs : rien n'est épargné

¹ Objectif du millénaire pour le développement : rapport national 2005.

² Problème économique, Avril 2000 ; Novembre 2000, Octobre 2001 ; et Alternatives économiques, mai 2002.

pour payer les futures retraites. Les travailleurs en activité assurent la retraite de leurs anciens collègues. Toutefois, le système peut devenir ingérable si le nombre de cotisants diminue. Des fonds de réserve pour le système public ont été créés pour répondre à ce problème. En cas de vieillissement démographique, un régime démographique subit les conséquences de l'abaissement du rapport cotisants/retraités. Ainsi la répercussion de la chute des cotisants sur le pouvoir d'achat des prestations peut être rapide puisque les réserves du régime de répartition ne sont pas de nature à permettre d'amortir des fluctuations démographiques durables et d'une certaine amplitude, la montée du chômage conséquence des déséquilibres démographiques et économiques et l'accélération des départs en préretraite se traduisent par une dégradation rapide du rapport cotisants/retraités.

• **Le financement par la capitalisation**¹ : Dans ce système, chaque année les intérêts du capital formé par le total des versements des assurés sont placés dans un compte qui est ouvert pour chaque assuré. Les cotisations servent à accumuler un stock d'actifs financiers (actions, obligations, immobilier), qui serviront à payer les pensions au moment où le titulaire prendra sa retraite. L'Etat intervient uniquement en qualité de superviseur du système financier et en mettant en place des incitations fiscales pour les souscripteurs. Les systèmes de retraite par capitalisation créent théoriquement un lien équitable entre cotisations et prestations. Il existe toutefois l'inconvénient de difficulté d'épargne des salariés à revenus modestes, et de l'impact de la démographie. Si on entend par vieillissement l'allongement de la vie, alors tout régime de retraite aura à payer des rentes plus longtemps et ceci lui coûtera plus cher. La capitalisation partielle reste le meilleur moyen de se prémunir contre la diminution des taux de remplacement des retraités de demain.

Toutefois, la majorité des régimes de retraite nationaux surtout ceux qui fonctionnent par répartition, sont menacés par un déficit structurel². Le vieillissement de la population est le plus incriminé car il entraîne un accroissement de la proportion des personnes âgées du fait de la baisse continue du taux de fécondité. Cette situation s'est aggravée en raison d'un

¹ Problème Economique, 15 Mai 2002 ; Commentaire N°100, hiver 2002-2003.

² Rapport annuel de la CIMR, 2003 ; Rapport d'activité des entreprises d'assurances et de réassurances et des régimes de retraite au Maroc, 2001 ; Rapport de stage pour titularisation de la CMR, octobre 2000 ; Liste des brochures et imprimés ; Brochure de la Caisse Marocaine de retraite (CMR) ; Brochure sur la réforme du Régime de Sécurité Sociale (CNSS); Brochure et statut de la retraite (CIMR).

ensemble de facteurs parmi lesquels on peut citer : transformation du marché du travail qui entraîne le chômage au niveau du secteur privé et la réduction des recrutements au niveau de l'administration publique. L'afflux supérieur des cotisants les années 2020, 2040 et 2060 permet de retarder les années d'épuisement des réserves, en revanche la progression des taux est ensuite plus forte.

A long terme, les déficits des régimes généraux se chiffreront en centaine de milliards de dirhams, de ce fait dans un horizon prochain (cas de la CNSS), ou sur un horizon plus long (cas CMR et du RCAR) les régimes peuvent être maintenus dans leur situation actuelle. Il y aura évidemment une utilisation de réserves constituées pour combler les déficits, pendant cette période les taux des cotisations peuvent être maintenus. Jusqu'en 2020, seule la CNSS connaîtra des difficultés : un taux de cotisation de 13,5% permet d'équilibrer la CNSS jusqu'en 2020. Au fait un doublement ou triplement de la couverture implique automatiquement un doublement ou triplement des déficits de long terme. De l'ordre de 7% du PIB par an dans le cas d'une stabilité pour la CNSS et la CMR, ils atteindraient 21% dans le cas d'un triplement. L'augmentation du taux de couverture des actifs est pour quelques-uns la solution mais de facilité ; elle permet uniquement de reporter les problèmes. Et c'est inutile dans le cas de la capitalisation totale ou partielle et c'est surtout pour le cas de la répartition. L'augmentation du taux de couverture permet d'équilibrer les régimes plus longtemps et donc de donner plus de souplesse à l'étalement de la réforme.

La constitution des réserves suffisantes permettrait au moyen des rendements dégagés chaque année, de résorber le problème des retraites mais provisoirement, mais le problème de la retraite ne consiste pas en la gestion d'une période transitoire délicate, mais en un passage à un régime permanent fondamentalement différent du régime actuel. Une multiplication par dix des réserves du RCAR revient par exemple à une injection de plus d'un tiers du PIB dans ses caisses.

4- **VUE D'ENSEMBLE SUR LES SCENARIOS DE REFORME :**

Le législateur dispose de plusieurs possibilités de réforme paramétriques¹, permettant de rapprocher les prestations des cotisations et donc de limiter le déficit² :

- Augmentation de l'âge de la retraite ;
- La modification des règles d'indexation des pensions ;
- L'augmentation du nombre des salaires de référence dans la définition du salaire de base ;

¹ Scénarios de réforme pour le système de retraite marocain (comité de suivi des études actuarielles, 2001).

² Thèse de doctorat d'Etat sous le thème « les systèmes de retraite face au développement économique de Driss Araki, Mars 2004.

- La modification du taux d'annuité ou de la valeur du point ;
- L'augmentation de la durée minimale de cotisation ;
- Le changement des règles d'anticipation, de prorogation et de réversion.

Le nombre d'années de salaire prises en compte dans le calcul de l'assiette de la pension est un phénomène majeur d'un système de retraite. Lorsque ce nombre est faible, la retraite est calculée sur la base du dernier salaire et le système est dit faiblement contributif, ce qui signifie que le lien entre l'effort supporté par le bénéficiaire et la pension qu'il touche est faible. Dans tous les régimes (hors RCAR), les cotisations sont assises sur l'ensemble des salaires alors que les prestations ne sont calculées que sur une ou trois années de salaire. Ceci a un coût en termes de cotisation d'équilibre¹. Dans le cas de la CMR, le taux de cotisation devra passer à 50% d'ici 2060 pour assurer l'équilibre financier du régime, mais si le taux d'annuité est abaissé à 1%, le taux de cotisation d'équilibre devra passer à un peu de 20%.

L'augmentation de l'âge de la retraite est une mesure puissante de réforme des régimes de retraite, ça elle produit trois effets dont le solde est généralement très positif :

- Elle permet de diminuer les prestations, car celles-ci commencent tardivement ;
- Elle permet d'augmenter les recettes ;
- Elle revient à distribuer plus de droits, les individus cotisent plus longtemps

Toutefois le relèvement de l'âge de la retraite présente l'inconvénient de l'absorption de l'augmentation de la population active par le marché du travail et tendance de long terme de baisse des taux d'activité entre 50 et 60ans. Une augmentation de l'âge de la retraite de 5 années a un impact positif de 12 à 21% sur le taux de cotisation d'équilibre. En effet le mode de revalorisation des pensions est moins pénalisant pour les retraités dans le cas d'une élévation d l'âge de la retraite, ce qui explique en contrepartie une baisse moins sensible des taux de cotisation. Celle-ci se traduit par une augmentation des taux de remplacement, les cotisants validant un plus grand nombre d'années.

Concernant la couverture, le système marocain est marqué par un taux de couverture faible, l'extension de la couverture peut être une solution immédiate au déséquilibre du régime de retraite, en permettant un afflux de cotisations. C'est-à-dire de faire rentrer à

¹ L'avenir des retraites autonomes de Fawzy Britel ; et La retraite de Boualem Snoussi.

l'économie formelle une population qui ne l'est pas. Il s'agit des salariés des secteurs informels et des salariés agricoles et qui échappent à l'affiliation à la CNSS et des salariés de l'artisanat.

- **Première simulation** : Parmi les solutions éventuelles, le scénario suivant : passage à un taux d'annuité de 1,75%, l'indexation des pensions sur inflation, une base de calcul reposant sur le salaire moyen et l'âge de retraite remonté à 65 ans. Le résultat est fort surtout quant au taux de cotisation sur horizon qui donne :

Taux d'équilibre sur horizon

Horizon	CNSS	CMR
2020	10,0%	Equilibré
2050	15,7%	Equilibré
2100	23,9%	20,6%

Source : ministère des finances.

Pour le RCAR¹, l'équilibre serait maintenu jusqu'en 2076. Par exemple, le taux d'équilibre à horizon de 2100 de la CNSS est de 23,9%, qui sont le taux d'équilibre de ce même régime de 2050 si l'on ne procède à aucune réforme. La contrepartie est une forte diminution des taux de remplacement de long terme. Le relèvement de l'âge de la retraite permet néanmoins une baisse moins forte que des taux de remplacement par rapport à celle des taux de cotisation. Les déficits de long terme des régimes généraux représenteraient en effet 4% du PIB, soit deux fois moins que précédemment. Ces déficits apparaîtront en 2057 pour la CMR et en 2076 pour le RCAR. Quant à l'indexation des pensions sur le salaire net, elle permet de lisser le niveau de vie des retraités tout au long de leur retraite, avec un coût évidemment. En revanche, le bon scénario sera peut-être un mélange des deux modes de revalorisation.

-**Seconde simulation** : Le scénario propose outre une indexation des pensions sur l'inflation, la base de calcul reposerait sur le salaire moyen, une retraite de 65ans et un taux d'annuité de 1,25%.

¹ Voir Régimes complémentaires du RCAR et perspectives d'avenir (mémoire d'accès au grade de sous-directeur), 2000.

Taux d'équilibre sur horizon

Horizon	CNSS	CMR
2020	Equilibré	Equilibré
2050	12,8%	Equilibré
2100	18,2%	15,4%

Source : ministère des finances.

Pour la CMR et la CNSS, les taux de cotisation sont de l'ordre de 20%, et les dates d'épuisement des réserves n'interviennent qu'en 2020 pour la CNSS et 2081 pour la CMR. Un taux de cotisation de 15,4%, donc proche de l'actuel permet de stabiliser la CMR jusqu'en 2100. Pour la CNSS, il faudra passer à 18,2% pour obtenir une telle stabilisation. La baisse du taux de remplacement sera plus conséquente que dans l'autre scénario. Elles sont de 40% pour la CNSS et 30% pour le RCAR et 20% pour la CMR. Mais cela nécessite d'avantage d'intervention en matière de revalorisation et un pilier obligatoire de capitalisation.

Quant aux déficits des régimes généraux, ils seront de 2.5% du PIB. En ce qui concerne l'indexation des pensions sur le salaire net, la hausse de cotisation est alors de 20% mais resterait un niveau acceptable de l'ordre de 25%. Une telle indexation impliquerait une augmentation des taux de cotisations à l'horizon de 2100 de l'ordre de 4 points, tandis que le taux de remplacement serait de 28%.

Lors de la réforme de montage financier après regroupement du régime, se pose le problème de la transition c'est-à-dire dans un système mixte les taux de cotisation en répartition sont bloqués à leur niveau actuel, la mise en place des fonds de pension pourraient à court terme ralentir l'activité économique, donc aggraver encore la situation des régimes de retraite à court terme. D'où le problème d'équité intergénérationnelle. Le seul argument contre la capitalisation est de porter sur la même génération la hausse des cotisations en répartition et la mise en place de la capitalisation.

En ce qui concerne la transition, il y a lieu d'évoquer deux états de lieu en guise de scénario e transition :

1- Ce scénario propose un âge de retraite de 65ans, la base de calcul assise sur l'ensemble des salaires, une indexation sur les salaires nets, et un taux d'annuité de 1,5%. Le taux de cotisation supplémentaire ici est de 5% et 10%, pour le régime public et privé.

Gain en taux de remplacement net(en points) :

Taux de capitalisation	Régime public	Régime privé
5%	17,0	14,7
10%	32,2	30,2

Source : ministère des finances.

A cet effet, la capitalisation apparaît deux fois plus avantageuse que la répartition. Mais il faut un certain taux de rendement de capital et un certain taux d'accroissement des salaires, enfin on peut atténuer cette hausse brutale des taux de cotisation par la mise en place d'une capitalisation progressive.

2- Ce scénario propose une retraite de 65ans, une base de calcul assise sur l'ensemble des salaires, une indexation sur les salaires nets et un taux d'annuité de 1% au lieu de 1.5% et enfin un niveau des taux de cotisation remonté à 1 ; 5 ; 10 et 15% à raison de 1% supplémentaire tous les ans.

Gain en taux de remplacement net(en points) :

Taux de capitalisation	Régime public	Régime privé
5%	15,7	13,7
10%	32,3	28,1
15%	49,8	43,0

Source : ministère des finances.

Ici la chute des taux de remplacement nets par rapport à leur niveau initial est importante, dans ce scénario on peut imaginer un second pilier à 5% obligatoire et un troisième à 10%, ou un second pilier à 10% obligatoire et un troisième à 5%.

Les gains en terme de taux de remplacement sont pratiquement les mêmes que précédemment : de l'ordre de 16% pour 5% de taux de cotisation supplémentaire dans le public, de l'ordre de 14% dans le privé

3- En considérant le troisième scénario, Il s'agit ici des mêmes conditions que pour le premier scénario, mais cette fois le taux de rendement des actifs est de 3% comme le taux de croissance économique considéré les gains escomptés par une hausse des taux de cotisation sont nettement plus faibles.

Gain en taux de remplacement net(en points)

Taux de capitalisation	Régime public	Régime privé
5%	11,3	9,4
10%	32,3	19,2

Source : ministère des finances.

Ici le différentiel entre le taux de rendement des actifs et taux d'accroissement des salaires a donc un impact considérable.

4- Un quatrième scénario est à envisager en se plaçant dans le premier scénario mais cette fois ci avec un taux de rendement des actifs qui est de 6% soit un taux deux fois plus supérieur au taux de croissance économique.

Gain en taux de remplacement net(en points)

Taux de capitalisation	Régime public	Régime privé
5%	26,3	23,3
10%	54,1	47,8

Source : ministère des finances.

Le gain permis par la capitalisation es alors considérable, l'impact étant exponentiel. La capitalisation est alors trois fois plus rentable que la répartition. Quand il faut 30% pour assurer un taux de remplacement donné en répartition, il suffit de 10% en capitalisation, selon les trois hypothèses considérées pour le taux de rendement des actifs, 5% de taux de capitalisation permettent un gain, en taux de remplacement net de 10% ; 15 et 25 points. Donc le rendement en capitalisation est bel et bien à l'heure.

5- VUE SUR DES REGIMES DE RETRAITE ETRANGERS :

Cette partie de l'article décrit brièvement les réformes entreprises dans quelques pays, dont l'expérience est enrichissante.

- **L'expérience américaine¹** : En 1983, une première réforme avait prévu la hausse de l'âge normal de retraite de 65 à 67ans, qui selon les termes de cette réforme atteindra 67ans entre 2017 et 2022, les retraités inclus. Depuis 1983, le régime prélève plus de cotisations qu'il ne verse des prestations pour construire des réserves (20% des cotisations), qui continueront à croître et absorberont partiellement le choc de vieillissement. Grace aux réserves, le problème est repoussé au plus tôt à 2042 selon

¹ Futuribles, juillet 1999.

l'hypothèse des administrateurs de social Security, et plutôt vers 2052 selon les calculs du congressional budget office(CBO). Les propositions de réforme sont souvent orientées dans le sens d'une plus grande individualisation et d'une privatisation, car l'ampleur est grande du fait du nombre important des baby-boomers à la retraite. Les plus jeune d'entre eux auront 90 ans en 2052 et les plus vieux plus de 105ans. Un plan proposé propose une révolution orientée autour de deux mesures :

- Diminuer fortement le futur niveau des retraites, dans le système actuel, la retraite est calculée sur la base d'une moyenne des 35 meilleures années de salaires. Le système est largement distributif : plus le salaire est faible, plus la retraite sera proche de lui. Les seuils de retraite sont calculés chaque année pour suivre la progression du salaire moyen des personnes en activité. ;
- La création d'un individuel d'épargne retraite, les résultats de ces placements pourront compenser la baisse de la part publique des pensions.

Cette privatisation partielle du système public de retraite pose un gros problème budgétaire à l'Etat. Le plan Bush avait écarté d'emblée l'idée d'augmenter les impôts, le financement ne pourra venir que d'une forte augmentation de la dette publique. L'Etat empruntera donc auprès des investisseurs de quoi permettre aux particuliers de jouer en bourse.

-L'expérience française¹ : Fondé sur un régime de répartition, le système de retraite français compte une multitude de caisses de retraite, aucune réserve n'est constituée pour financer d'éventuelles réformes. Cette augmentation du coût du système est une tendance depuis 1960, et il suffit d'une démographie défavorable pour faire exploser financièrement tout le dispositif de retraite français. Les personnes de 60ans et plus devraient passer à près 17millions en 2020. Dans le même temps, le nombre de personnes d'âge actif de 20 à 59 ans, devrait baisser très légèrement pour passer au-dessous des 30 millions en 2020 ; le système propose d'augmenter les cotisations, diminuer le niveau des pensions ou inciter les actifs à travailler plus longtemps ce qui diminue mécaniquement le nombre de pensionnés. Les régimes de retraite français, confrontés à la dégradation de leur équilibre, ont entrepris une série de réformes : nous citerons la réforme Veil de 1993, concernant le secteur privé consistant en l'allongement de la durée de cotisation minimale et la pension

¹ -Alternatives Economiques, Mai 2002, Avril 2003, et Février 2005.

est calculée non plus sur les 10 mais sur les 25 meilleurs salaires actualisés. Il y a lieu de parler de l'accord ARRCO de 1994 et celui de AGIRC qui prévoit entre réduction du taux de cotisation et réduction des majorations pour enfants. La loi de Thomas de 1997 pour la capitalisation individuelle est abrogée en 2000, le gouvernement a adopté après la capitalisation collective en créant un fond de réserve, qui ne permettra que de lisser l'augmentation des cotisations jusqu'à épuisement des sommes épargnées.

-Le cas de la Suède : Le système de retraite suédois a été créé en 1950, il fonctionnait sur le principe de la répartition, avec un âge de départ à la retraite de 65ans, et une durée minimale de cotisation de 30ans. Toutefois le système connaît une situation critique au début de l'année 1990 nécessitant la mise en œuvre d'une réforme. Ces déséquilibres sont dus au changement de la structure démographique. La réforme consiste en un passage d'un régime par répartition à prestations définies à un régime mixte combinant répartition et capitalisation, dont l'objectif est d'offrir une pension raisonnable à toute personne quel que soit la durée de sa carrière. la suède a entrepris depuis 1995 une réforme combinant la répartition et une dose obligatoire de capitalisation. L'allocation d'actif est laissée à la responsabilité du salarié. Depuis 2002, l'indexation des pensions sur les prix à la consommation a été remplacé par une indexation sur les revenus. il n'y formellement pas d'âge de départ à la retraite.

-Le cas du Royaume-Unis : le système britannique est équilibré et soutenable. La pension de base versée par les régimes publics est d'un montant très faible, l'adhésion à un régime complémentaire est obligatoire, et l'Etat a favorisé le développement des régimes privés. Le système se compose de trois piliers : une retraite de base d'un montant faible, le régime complémentaire qui est obligatoire et les salariés ont le choix entre des régimes privés ou le régime public, ainsi qu'une retraite complémentaire privée en forte croissance fonctionnant par capitalisation.

Des mesures ont été adoptées comme le développement de la capitalisation, et des régimes complémentaires. Parmi les réformes ; il y a :

-diminution du taux de remplacement et de réversion et l'augmentation du nombre d'années de salaires prises en compte pour le calcul du salaire de référence ;

-Indexation des pensions sur les prix au lieu du meilleur des prix et des salaires qui a entraîné une forte diminution du niveau des prestations à long terme ;

-En 1995 une modification du calcul de la pension impliquant une réduction de près de 2/3 du coût à long terme, avec une augmentation de la pension de base de la femme.

Ces mesures diminuent par deux le coût à long terme du régime de base mais marquent une réduction des prestations et réduisent le niveau de vie, d'où cette volonté de privatiser. Ils sont Toutefois, les comptes individuels ont été critiqués, car ils sont soumis à l'incertitude du marché de capital. Mais en parallèle, les revenus issus de l'épargne se sont largement développés et les fonds de pensions ont remplacé le régime par répartition, les régimes complémentaires de retraite à cotisations définies se sont développés. En 2006, l'épargne retraite britannique est très souffrante, à qui on consacre 8% du PIB. Mais le niveau de vie des retraités est très bas.

CONCLUSION :

Si on ne veut pas prolonger la paupérisation des retraités, en termes de financement, l'ampleur du défi à relever dépend du nombre futur des cotisants, du taux de chômage, du taux d'activité et du taux d'immigration et de la fécondité.

Les caisses de retraite se trouvent aussi devant des indicateurs qui suscitent des inquiétudes. Le nombre d'actifs cotisants stagne et parfois baisse alors que le nombre de pensions ne cesse d'augmenter. Il y a donc moins de gens qui travaillent pour assurer le paiement d'une retraite et le rapport actif/retraité baisse actuellement.

Le vieillissement est un phénomène multidimensionnel et qui nécessite une approche globale surtout devant l'acuité du problème des retraites. Il est donc souhaitable d'inscrire les pratiques d'entreprise dans une nouvelle volonté d'emploi des salariés.

Augmenter fortement les prélèvements des systèmes de retraite a pour conséquence d'atténuer l'incitation des actifs à produire. Généralement, un taux de prélèvement obligatoire de 40% est un maximum au-delà duquel, même en phase de forte croissance du PIB, la contribution des actifs cesse d'être optimale, en application de la courbe de Laffer.

Une bonne réforme des régimes de retraite devra chercher à donner de la souplesse dans le système, l'idéal est un système pouvant modérer sa ponction sur les salaires en période de ralentissement et, au contraire bénéficier de la croissance lorsqu'elle se présente.

Les distorsions entre les caisses sont excessives, une certaine harmonisation des régimes est nécessaire, et parfois au sein d'une même caisse, c'est le cas de la CNSS (taux d'annuité).

Il existe une réforme qui consiste en le regroupement de certains régimes publics et privés, ce scénario repose sur l'idée que les régimes pourraient, à plus ou moins long terme, converger et se rapprocher soit en étant réunis au sein du même caisse, soit en fusionnant tout simplement afin de remédier au problème de déficit, en utilisant les réserves ou les excédents. Mais cela impliquerait de favoriser des régimes au détriment d'autres. Cela veut dire :

- La situation du RCAR de la CIMR sont opposés : le RCAR est plus généreux quant à la constitution de la première pension et généreux quant à la revalorisation (assises sur le salaire). La CMR présente une pension très généreuse (taux d'annuité de 2.5%, base de calcul assise sur le premier salaire), le problème d'équité entre régime se pose donc ;
- Fusionner les régimes revient à se servir de fortes réserves pour apurer les comptes des régimes moins prudents, naturellement le régime le plus pénalisés est celui du RCAR, fonctionnant pratiquement en capitalisation.

Fusionner sans redressement préalable revient à user de la bonne santé d'une caisse et d'autres, cette modalité de scénario est pratiquement écarté car la fusion ne porte pas de solution pour le long terme, si les taux de cotisations ne sont pas ajustées, les déficits se chiffreront chaque année de PIB.

La réforme du montage financier envisage pour le secteur public que pour le secteur privé qui est la transition vers un système à deux piliers obligatoires dont le fonctionnement se fait selon les modes suivant :

Un premier pilier aux prestations définies fonctionnant en répartition et un deuxième pilier fonctionnant en capitalisation et /ou en répartition. L'objectif recherché est d'instituer un système de compte individuel alimenté par des cotisations ainsi que par les revenus qu'ils génèrent. Ces comptes seront transformés en rentes viagères lors de départ à la retraite.

La répartition assure la solidarité pour tous, la capitalisation fait appel à la responsabilité et au sens de la prévoyance de chacun. Il serait donc nécessaire de faire appel à deux piliers de capitalisation, l'un obligatoire, l'autre optionnel, afin que chacun puisse arbitrer, au-delà d'un minimum, à sa guise entre son effort d'épargne pendant sa vie active et le

niveau de sa retraite ensuite. On peut imaginer toutefois, une gestion par l'Etat sur la base de livrets individuels virtuels, et dans ce cas il faudrait poser juridiquement les fondements d'un verrouillage complet des fonds, ou une gestion des compagnies d'assurance.

La pérennité et la viabilité des régimes en place à court terme sont recherchés mais aussi à moyen et long terme. Pour les scénarios considérés, il est difficile de les mettre en œuvre aussi vite, il faudrait étudier son application progressive, de même l'urgence de réforme n'est pas urgente pour toutes les caisses. Il faudra donc tenir la spécificité de chacune des caisses. Les arbitrages proposés dont par exemple l'âge de la retraite, le taux d'annuité ne font pas l'objet d'une analyse poussée. Il faudrait limiter la hausse à venir des taux de cotisation tout en préservant la compétitivité de l'économie marocaine. Retenir un taux de cotisation de 10% dans le cadre du deuxième scénario semble être un juste équilibre. Un autre pilier devra être mis en place qui permettra aux actifs marocains de définir le taux de remplacement qu'ils désirent obtenir au moment de leur retraite

Le Maroc possède des régimes jeunes dans une population jeune, la situation permettrait donc de réformer, des ajustements peuvent être rapportés afin d'augmenter le taux de remplacement, surtout que le taux de couverture est faible. Une mise en place d'une capitalisation partielle permettra dans le cas du Maroc de lisser l'augmentation des taux de cotisation, et donc de lisser l'équité intergénérationnelle, mais nécessite l'accompagnement de fortes incitations fiscales. Introduire un deuxième pilier de capitalisation obligatoire comme en Suède, peut être préférable. Au Maroc, le déséquilibre des régimes n'est pas encore éminent et peut sans doute permettre une mise en place obligatoire sans trop défavoriser les actifs d'aujourd'hui (coût de transition). Mais il faut faire attention à la dose de capitalisation introduite, qui si elle est lourde, peut défavoriser une partie de la population. Une mise en place retardée de la capitalisation viendrait s'ajouter à la dégradation du taux de dépendance, et les conséquences s'en suivent. Une équité entre générations impose un effort immédiat.

Le Maroc doit faire face à ce nouveau défi démographique, qui est le vieillissement de la population, peut être que la solution à proposer est d'augmenter la population active par la reprise de la fécondité afin de compenser l'augmentation de la part des 60 ans et plus dans la population active, ou il faudrait recourir à l'immigration, qui peut contenir des cotisants potentiels pour maintenir le nombre d'actifs.

Le Maroc possède des régimes jeunes dans une population jeune, la situation permettrait donc de réformer, des ajustements peuvent être rapportés afin d'augmenter le taux de remplacement, surtout que le taux de couverture est faible. Toutefois, une mise en place d'une capitalisation partielle permettra de lisser l'augmentation des taux de cotisation, et donc de lisser l'équité intergénérationnelle. Introduire un deuxième pilier de capitalisation obligatoire, comme en suède peut être préférable.

Si aujourd'hui des différences existent entre les régimes, tous présentent à long terme, des difficultés de même nature. La seule exception à ce constat est le RCAR. Ce régime, par ses spécificités techniques, semble un compromis remarquable entre répartition et capitalisation. S'agissant de la réforme des régimes de retraite, le scénario visant une rupture totale avec le système actuel et la création d'un nouveau système semble peu probable du moins dans le court et le moyen terme. Mais une rupture progressive qui s'étalerait sur un horizon de 30ans par exemple, n'est pas à exclure avec un ajustement lissé des paramètres afin d'absorber le déficit. D'après l'étude actuarielle, le coût de transition est estimé à l'équivalent du PIB d'une année. Toutefois la transition de la répartition vers un système fondé sur la capitalisation a un coût très lourd à supporter. Il représente les engagements futurs envers les anciens affiliés et les retraités actuels. La question est alors de savoir si le Maroc est prêt à consacrer autant de ressources budgétaires. Il n'est pas évident que cela constitue une priorité absolue. Il faut noter que la capitalisation n'est pas un moyen sûr, elle est aussi assujettie à des risques de fluctuation des marchés financiers, et subit elle aussi l'effet du vieillissement démographique. Toutefois, on ne peut garantir l'avenir des retraites qu'en espérant une solidarité illimitée entre générations successives, une croissance démographique continue et une croissance économique soutenue.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615