

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك . العدد 124 : فبراير 2023

❖ مواهب العدد :

- مواجهة المشرع الإخلال بالعقود الإدارية.
- حرية الرأي في ظل التطور التكنولوجي.
- قانون تنظيمي لتمويل الجماعات الترابية.
- الذكاء الاصطناعي يرتدي ثوب العدالة.
- حق تعليم الأطفال في وضعية إعاقة.
- حظر أوامر القاضي للسلطة الإدارية.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

المجلد	المجلد	المجلد	المجلد
المجلد 124	المجلد 123	المجلد 122	المجلد 121
المجلد 120	المجلد 119	المجلد 118	المجلد 117
المجلد 116	المجلد 115	المجلد 114	المجلد 113
المجلد 112	المجلد 111	المجلد 110	المجلد 109
المجلد 108	المجلد 107	المجلد 106	المجلد 105
المجلد 104	المجلد 103	المجلد 102	المجلد 101
المجلد 100	المجلد 99	المجلد 98	المجلد 97
المجلد 96	المجلد 95	المجلد 94	المجلد 93
المجلد 92	المجلد 91	المجلد 90	المجلد 89
المجلد 88	المجلد 87	المجلد 86	المجلد 85
المجلد 84	المجلد 83	المجلد 82	المجلد 81
المجلد 80	المجلد 79	المجلد 78	المجلد 77
المجلد 76	المجلد 75	المجلد 74	المجلد 73
المجلد 72	المجلد 71	المجلد 70	المجلد 69
المجلد 68	المجلد 67	المجلد 66	المجلد 65
المجلد 64	المجلد 63	المجلد 62	المجلد 61
المجلد 60	المجلد 59	المجلد 58	المجلد 57
المجلد 56	المجلد 55	المجلد 54	المجلد 53
المجلد 52	المجلد 51	المجلد 50	المجلد 49
المجلد 48	المجلد 47	المجلد 46	المجلد 45
المجلد 44	المجلد 43	المجلد 42	المجلد 41
المجلد 40	المجلد 39	المجلد 38	المجلد 37
المجلد 36	المجلد 35	المجلد 34	المجلد 33
المجلد 32	المجلد 31	المجلد 30	المجلد 29
المجلد 28	المجلد 27	المجلد 26	المجلد 25
المجلد 24	المجلد 23	المجلد 22	المجلد 21
المجلد 20	المجلد 19	المجلد 18	المجلد 17
المجلد 16	المجلد 15	المجلد 14	المجلد 13
المجلد 12	المجلد 11	المجلد 10	المجلد 9
المجلد 8	المجلد 7	المجلد 6	المجلد 5
المجلد 4	المجلد 3	المجلد 2	المجلد 1

العدد 124 فبراير 2023

❖ 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 مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- 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 السويس بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 124 لشهر فبراير 2023

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 124 لشهر فبراير 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. دور المشرع الجنائي في مواجهة الإخلال بالعقود الإدارية- دراسة تطبيقية مقارنة : مستشار دكتور محمد

جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة - جمهورية مصر العربية.....06

3. ضوابط ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام في ظل التطور التكنولوجي : الحسين الزقيم محمد

عبد الرحيم ، دكتور القانون العام - كلية الحقوق جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية.....46

4. تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في ضوء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية : كريم

الشكاري : دكتور في القانون العام باللغة الفرنسية-جامعة محمد الخامس - المغرب.....71

5. الذكاء الاصطناعي يرتدي ثوب العدالة : مروى طلال درغام ، باحثة دكتوراه سنة ثالثة في القانون

الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية ، جامعة تونس المنار- تونس.....101

6. حق الأطفال في وضعية إعاقة في التعليم بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والتشريع الوطني والواقع

المغربي : نجاة بوعريب ، دكتوراه في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر- أكادير.....132

7. حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للسلطة الإدارية - دراسة تحليلية في ضوء التشريع الفلسطيني

الباحثة ، هديل وائل منير أبو مرعي ، ماجستير قانون عام ، الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين.....151

ترتيب المقالات يخضع لاعتباراته فنية

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

كلمة العدد 124 لشهر فبراير 2023



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،
نضع بين أيديكم العدد 124 لشهر فبراير 2023 من مجلة الفقه و القانون الدولية
و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات
وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق ، جامعة عين شمس- جمهورية مصر العربية.
- كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية.
- كلية الحقوق السويسي الرباط، جامعة محمد الخامس- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية -جامعة تونس المنار- تونس.
- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر- أكادير- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق ،الجامعة الإسلامية بغزة – فلسطين.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- دور المشرع الجنائي في مواجهة الإخلال بالعقود الإدارية- دراسة تطبيقية مقارنة.
- ضوابط ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام في ظل التطور التكنولوجي.
- تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في ضوء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية.
- الذكاء الاصطناعي يرتدي ثوب العدالة.
- حق الأطفال في وضعية إعاقة في التعليم بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والتشريع الوطني والواقع المغربي .
- حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للسلطة الإدارية ، "دراسة تحليلية في ضوء التشريع الفلسطيني".

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

**دور المشرع الجنائي في مواجهة
الإخلال بالعقود الإدارية - دراسة تطبيقية مقارنة**

The approach of the criminal legislator in the
Face of breach of administrative contracts
Comparative applied study



**مستشار دكتور¹ محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة
عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع**

Doctor Consultant Mohamed Gebril Ibrahim
Vice President of the State Litigation Authority

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

الملخص :

نظراً لأهمية العقود التي تبرمها الجهات العامة ، فقد أولاهها المشرع حماية جنائية مميزة ضد الإخلال أو الغش في تنفيذها ، ولقد تناولت هذه الدراسة صور الإخلال و الغش في تنفيذ العقود الإدارية ، وولقد عرضت الدراسة صور الإخلال و الغش في تنفيذ العقود الإدارية ، فعرضنا للصورة الأولى وهي ارتكاب المتعاقد الأفعال التي إخلالاً بتنفيذ العقود الإدارية ، ثم عرضت الصورة الثانية والمتمثلة في الأفعال التي تعدّ غشاً ، ومدى تطلب تحقق نتيجة إجرامية في هذه الصور ، والقصد الجنائي فيها .

ثم عرضت الدراسة للصورة الثالثة وهي استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها، و بينا مدى تطلب حدوث الضرر فيها ، وعرضنا بعد ذلك للغش الواقع من المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء في العقود الإدارية .

ثم تناولت الدراسة المعالجة الجنائية لصور الإخلال والغش في تنفيذ العقود الإدارية فبينت نطاق الحماية الجنائية للعقود الإدارية من حيث صفة الجاني ، و من حيث نوعية العقود محل الحماية الجنائية ، ثم بينت الدراسة العقاب علي كل صورة من صور الإخلال و الغش في العقود الإدارية ، وبعد ذلك تناولنا آلية اللجوء لتطبيق الجزاء الجنائي ، و الضابط الذي تتخذه الإدارة في اللجوء إلي الطريق الجنائي .

• الكلمات المفتاحية : المواجهة الجنائية ، الإخلال والغش ، العقود الإدارية .

Summary :

Given the importance of contracts concluded by public authorities, the legislator has given them a distinct criminal protection against breach or fraud in their implementation, and this study has dealt with the forms of breach and fraud in the implementation of administrative contracts. It is the contracting party's committing acts that violate the implementation of administrative contracts, then we presented the second picture, which is represented in the acts that are considered fraud, and the extent to which a criminal result is required in these forms, and the criminal intent in them.

Then we presented the third picture, which is the offender's use or import of fraudulent goods or materials, for which it was not proven that he cheated, and we showed the extent to which damage was required, and then we presented the fraud committed by sub-contractors, agents and mediators in administrative contracts.

Then it dealt with the criminal treatment of forms of breach and fraud in the implementation of administrative contracts, showing the scope of criminal protection for administrative contracts in terms of the character of the offender, and in terms of the quality of contracts subject to criminal protection. The mechanism of resorting to the application of the criminal penalty, and the regulation taken by the administration in resorting to the criminal path.

• **key words** : Fraud, administrative contracts, fraud penalty .

مقدمة :

تُع العقود الإدارية في وقتنا الحالي من أهم وسائل الإدارة في ممارسة أعمالها ؛ لذلك وضع المشرع لهذه العقود بعضاً من الحماية الجنائية ضد ما يعتريها من إخلال لبنودها والغش في تنفيذها ، فيؤدي ذلك إلي الإضرار بالمال العام ، وتعطيل سير المرفق العام بانتظام وباضطراد ، ونضرب لذلك مثلاً لغش المقاول في مواد البناء في عملية إنشاء مدرسة أو مستشفى أو الغش في توريد سلع ضرورية لمرفق عام ، كتوريد مواد غذائية مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات لتلاميذ المدارس أو للمدن الجامعية ⁽¹⁾ .

وإزاء هذه الأهمية لتنفيذ العقد الإداري بصورة صحيحة فقد أولي المشرع أهمية كبيرة لتعزيز مبادئ الحوكمة فيها ، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص ، وتجنب تعارض المصالح ، فاستوجب هذا الأمر معاملة العقد الإداري معاملة خاصة ، بتوفير الضمانات الكافية لإبرامه وتنفيذه ⁽²⁾ .

فحرص المشرع علي أن تكون الالتزامات الواقعة علي المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يجب تنفيذها بنفسه بطريقة تتفق مع حسن النية بدون غش أو تحايل أو تواطؤ ، وجعل المشرع التزام المتعاقد بالتنفيذ التزام شخصي إلا إذا وافقت الجهة الإدارية وفقاً للمحددات والاشتراطات التي تضعها علي تعاقد من الباطن ، ومع ذلك لا يستطيع أن يتحلل من مسؤوليته بالإدعاء بأن الفعل الموجب لمسئولته وقع من مندوبه دون علمه أو دون رضاه ، ففي جميع الأحوال يظل المتعاقد شخصياً و دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن الغش في تنفيذ العقد ⁽³⁾ .

وكذلك منح المشرع للسلطة الإدارية المتعاقدة امتيازات واسعة في مجال العقود الإدارية ، منها الإشراف علي التنفيذ وفرض الجزاءات الإدارية ، والتنفيذ علي الحساب ، ومصادرة التأمين ، هذا بالإضافة إلي اللجوء إلي

⁽¹⁾ د / رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص 124 .

⁽²⁾ انظر المادة الثانية من القانون 182 لسنة 2018 بإصدار تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

⁽³⁾ انظر نص المادة 25 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 ، وانظر د/ جابر جاد نصار: العقود الإدارية - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - بدون سنة نشر - 25 .

الجزء الجنائي عن طريق المحكمة الجنائية المختصة لإنزال العقاب علي المتعاقد المقصر أو الذي يقوم بالغش أو التدليس في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

والعقود الإدارية متميزة في ذلك عن العقود المدنية ، نظراً لما تتعلق به من مصالح عامة ، وما يترتب على ذلك من آثار من ناحية الاختصاص القضائي وطرق تفسير العقد والقانون الواجب التطبيق ، هذا بالإضافة إلي ما تتمتع به الإدارة من سلطات وما يتضمنه هذا العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في مجال العقود المدنية⁽²⁾.

كما يظهر التباين والاختلاف في المراحل التي يمر بها العقد الإداري من وقت الإعلان عن المناقصة أو المزايدة حتى يتم انعقاد العقد وهناك مبادئ تحكم الإجراءات التمهيدية للعقد والسابقة على التعاقد، وكذلك هناك قواعد ومبادئ تحكم تنفيذ العقد الإداري وفقاً لمبادئ الحوكمة⁽³⁾، وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص وتجنب تعارض المصالح ، ويستتبع ذلك أن يكون للإدارة سلطات تباشرها أثناء تنفيذ العقد وجزاءات توقعها ضد المتعاقد معها سواء كانت غرامات تأخير أو الشراء على حساب المتعاقد المقصر أو فسخ العقد ومصادرة التأمين فضلاً عن المطالبة بالتعويضات ، وكل ذلك بشروط وقيود تلتزم بها سلطة الإدارة⁽⁴⁾.

وهناك أيضاً الأسباب والظروف التي تمثل صعوبات مادية غير متوقعة تصادف المتعاقد فتجعل تنفيذ العقد صعباً ، والنظريات التي طبقها القضاء الإداري للتغلب على هذه الصعوبات⁽⁵⁾، وهذه الدراسة غير معنية بذلك ، وإن كان يمكن أن نعرض للإشارة إلي هذه الموضوعات في معرض البحث في ضوء المبادئ التي أستقر عليها قضاء محكمة النقض وقضاء المحكمة الإدارية العليا .

(1) د/ محمد عيد الغريب : تدخل قانون العقوبات في مجال تنفيذ العقود المدنية - مكتبة غريب الطبعة الأولى 1988 - ص 3 .

(2) د/ السيد خليل هيكل : العقود الإدارية - دراسة مقارنة مع التعمق ودراسة خاصة للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن

المناقصات والمزايدات - دار النهضة العربية - ص 7 .

(3) الحوكمة في مجال العقود الإدارية هي إخضاع كل إجراءات إبرام العقود الإدارية ومراحل تنفيذها للقوانين والأسس التي تضبط المؤسسات وتحقق الرقابة الفعالة عليها ، وتنظم العلاقات بين هذه المؤسسات وبين أصحاب المصالح المتعاملين معها ، وتهدف الحوكمة إلي تحقيق الشفافية والنزاهة والمساواة ومكافحة الفساد .

(4) د/ محمود عاطف البنا : العقود الإدارية - دار العلوم - الرياض 1984 - ص 160 ، د/ محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية - مؤسسة شباب الجامعة 1973 - ص 756 ، د/ جابر جاد نصار : المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة - الطبعة الثانية 2002 - دار النهضة العربية - ص 126 .

(5) د/ أنس جعفر ، ود / أشرف أنس جعفر : العقود الإدارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات بالتطبيق علي القانون 182 لسنة 2018

الخاص بالتعاقدات العامة في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T وعقود الشراكة مع القطاع الخاص - ص 284 .

• أهمية الحماية الجنائية للعقود الإدارية :

نظراً لأهمية العقود التي تبرمها الجهات العامة ، فقد قرر المشرع فرض حماية جنائية لها تمنع أي إخلال يمكن أن يمسها ، فيؤدي إلى عرقلة إبرامها أو تنفيذها، إذ من الممكن أن يقع الإخلال بتنفيذ هذه العقود مما يسبب الإضرار بالمال العام والمصلحة العامة التي تهدف إلي تحقيقها⁽¹⁾ .

ويجب أن يكون هذا الجزء الجنائي شاملاً لكل شخص يمكن أن يقوم بسلوك غير مشروع سواء كان الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أو المتعاقد مع الجهة الإدارية أو المتعاقد من الباطن ، من أجل ضمان توفير جزاء رادع ومانع لكل فعل غير مشروع يقع من أي شخص كان مرتبطاً بالعملية محل العقد الإداري .

ومرجع أهمية هذه الحماية هو أنها ستوفر ضمان استمرار عمل المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، وعدم التباطؤ في تنفيذ الأنشطة المختلفة ، وتنفيذها بحسن نية بدون غش أو تحايل وفقاً للمقرر في المبادئ العامة التي تسود العقود جميعها مبدأ و الذي أشارت إليه مواد القانون المدني في أكثر من موضع ، كالمادة ١٤٨ / ١ التي توجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽²⁾ ، إذ قد يبرم عقد إداري معين ترى الجهة الإدارية ضرورة إبرامه من أجل تحقيق المصلحة العامة وضمن عمل مرافقها العامة في استمرارية تقديمها للخدمات التي يحتاجها أفراد المجتمع ، كما تضمن هذه الحماية عدم استخدام الغش أو التحايل أو التدليس في تنفيذ هذه العقود ، بما يعني تنفيذها بصورة مرضية ، ومطابقة للمواصفات المطلوبة⁽³⁾ .

فإذا أرادت الدولة ضمان تقدمها في المجالات المختلفة لاسيما الاقتصادية منها فلا بد حينئذ من حماية كل الوسائل التي تستعين بها من أجل مزاولة نشاطاتها المختلفة وضمن تحقيقها للمنفعة العامة خصوصاً حمايتها للعقود الإدارية التي تعد وسيلة فعالة من أجل تقدم الدولة اقتصادياً⁽⁴⁾ .

• أسباب إجراء هذه الدراسة :

أدى تعاظم دور الدولة في القيام بواجباتها في كل مناحي الحياة المختلفة إلي أن تقوم الدولة بإجراء التعاقدات العديدة مع المقاولين والموردين لتلبية بعض الحاجات العامة ، ويشهد الواقع العملي خلال تنفيذ

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - دراسة تطبيقية - في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - مرجع سابق - ص 33 .

(2) يراجع في هذا المعنى - نقض مدني - الطعن رقم 10761 لسنة 77ق - الدوائر التجارية - جلسة 2008/4/8 - مكتب فيني - السنة 59 - قاعدة 72 - ص 390 .

(3) د/سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية- دار النهضة العربية - القاهرة 1999 - ص 87 .

(4) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - دراسة تطبيقية - في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - مرجع سابق - ص 33 .

هذه العقود وقوع العديد من المشكلات التي تؤثر في كفاءة التنفيذ أو دقته ، بسبب ما يقع من جرائم الإخلال و الغش أو التدليس أو التواطؤ في تنفيذ العقود الإدارية المبرمة مع هؤلاء المتعاقدين .

• تحديد المشكلة محل هذه الدراسة :

تبرز المشكلة في هذه الدراسة أن موضوعها تحيط به بعض الصعوبات من الناحية النظرية ، ومن الناحية التطبيقية علي حد سواء ، فمن الناحية النظرية لا يمكننا أن نجد فكرة واضحة المعالم في شأن انعقاد المسؤولية الجنائية للمتعاقدين مع الجهات العامة عند مخالفتهم لبنود العقد الإداري بالغش أو التحايل أو التواطؤ ، فلم تنهض نظرية فقهية ظاهرة تبين فكرة المواجهة الجنائية للمتعاقد المخالف ، ومن ثم تظل ندرة الأبحاث المتعلقة بالمواجهة الجنائية لمخالفات المتعاقدين مع الجهات العامة قائمة في هذا الشأن .

ومن الناحية التطبيقية فإن المشكلة تبدو في إننا لا نكاد نلمس منهج واضح للجهات الإدارية في اللجوء إلي الطريق الجنائي ضد المتعاقدين معها عند ارتكابهم للمخالفات التعاقدية ، فيبدو العزوف واضحاً عن طرق هذا السبيل ، مكتفية بالجزاءات الإدارية التي كفلها القانون لها لتوقعها علي المتعاقد المخالف فتغرمه أو تسحب منه العملية إذا وقع منه ما يخالف بنود العقد و تقوم بالتنفيذ علي حسابه .

لذلك فإن هذه الدراسة تجتهد في إيجاد فكرة واضحة من حيث النظرية والتطبيق لتدخل القانوني الجنائي في نقاط معينة عند الإخلال بتنفيذ العقود الإدارية وخصوصاً في حالات الغش والتحايل والتواطؤ.

• الهدف من الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلي حث الجهة الإدارية علي اللجوء إلي استخدام الحماية الجنائية للعقود الإدارية ، والتأكيد علي الأخذ بنقاط القوة في مجال تدخل القانون الجنائي في تنفيذ العقد الإداري ، ومعالجة نقاط الضعف ، وذلك عن طريق بيان ما هية المواضيع التي تستحق التدخل ، والمواضع التي لا تستأهل هذا التدخل الجنائي والاكتفاء بالتدخل الإداري الذي تتمتع به السلطة الإدارية والمتمثل في الجزاءات المالية والضاغطة كالغرامة التهديدية والتعويض ومصادرة التأمين ، والفسخ والتنفيذ علي الحساب وإنهاء العقد إلي آخر هذه السلطات الإدارية في مجال العقود الإدارية .

ومن جهة أخرى فإن هذه الدراسة تهدف إلي معالجة القصور الوارد في مواد العقاب المقرر علي المتعاقد مع جهة الإدارة ، حيث يتم عقاب المتعاقد بالرغم من عدم ارتكابه للغش أو التحايل ، أو مع عدم علمه به ، وذلك بما يخالف القواعد العامة في التجريم .

ومن الجانب الأخر تهدف الدراسة إلي معالجة نقاط الضعف فيما يتعلق بإسناد المسؤولية الجنائية وتقرير العقاب علي من يثبت تعمله ارتكاب الغش أو التحايل أو التواطؤ في تنفيذ العقود الإدارية ، وليس

ذلك وحسب بل وتهيب هذه الدراسة المشرع الجنائي إلي مد التجريم إلي الغش والتواطؤ والتحايل الواقع خلال عملية التعاقد .

• منهج الدراسة :

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي لنصوص القانون الجنائي المصري التي تناولت جريمة الغش في تنفيذ العقود الإدارية بالتجريم والعقاب، مع الاستشهاد بالتطبيقات القضائية كلما دعت الحاجة إلي ذلك، هذا مع الإشارة إلى موقف التشريعات العربية المقارنة التي تصدت لهذه المسألة ، والمقصد من ذلك التمكن من الوقوف على تقييم جدي ومستنير لسياسة المشرع الجنائي الوضعي في مواجهة الموضوع محل الدراسة، و الاهتمام لفكرة واضحة في سبيل المواجهة الجنائية لحماية العقود الإدارية التي تمثل أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية ذات التأثير المباشر على الاستقرار المالي للبلاد .

• خطة الدراسة :

تناولت الدراسة بعد التمهيد السابق دراسة الإخلال و الغش في تنفيذ العقود الإدارية ومعالجته جنائياً ، وذلك علي النحو الآتي :

المبحث الأول : صورة الإخلال بتنفيذ إلتزامات العقد .

المبحث الثاني : صورة تعمد ارتكاب غش في تنفيذ العقد الإداري

المبحث الثالث :صورة استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها

المبحث الرابع :الغش الواقع من المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء في العقود الإدارية

وعلي الله قصد السبيل ؛

المبحث الأول

صوّر الإخلال في تنفيذ العقود الإدارية

تنص المادة 116 مكرر فقرة (ج) من قانون العقوبات علي إنه :- " كل من أحل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن .

وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا ارتكبت الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها .

وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفه الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنية أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة.

ويعاقب بالعقوبات سالفه الذكر على حسب الأحوال، المتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم .

ولقد انتهج المشرع الجنائي في جرائم ارتكاب الغش في العقود الإدارية سياسة تشريعية قوامها أن يكون تحديد الفعل المكون لهذه الجرائم متسماً بالرونة والاستيعاب ، بحيث ينص المشرع علي الفعل المجرم بصورة مجملة تتسم بالإجمال والشمول وعدم التحديد الضيق ، ومن ذلك ارتكاب الغش ، ولهذا الغش صورتين :

الصورة الأولى منها تتسم بالعمومية ، وتتمثل في تعمد ارتكاب الغش في تنفيذ العقد ، أما الصورة الثانية فهي تتمثل في استعمال أو توريد مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها .

وتتحقق الصورة الأولى للإخلال بالالتزامات العقدية بإخلال الجاني بأي من الالتزامات الناشئة عن أحد العقود الإدارية المبينة في المادة 116 مكرراً فقرة (ج) ، ولكن دون تحديد لنوع الإخلال أو لنوع الالتزام الذي حدث الإخلال به ، ويستوي أن يكون هذا الالتزام قد اتفق عليه الطرفان أو أن يكون ناشئاً مباشرة عن القانون ، أو أن يكون مفروضاً بواسطة العرف ، أو يقتضيه مبدأ حسن النية في التعاقد⁽¹⁾ .

⁽¹⁾ تضمنت المادة 105 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 وجوب التزام المتعاقد ببنود العقد ، كما يجب عليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد .

وتقع الجريمة بإخلال الجاني بكل أو ببعض الالتزامات الناشئة عن العقد ، ومن أمثلة الإخلال بالالتزامات أن يمتنع المتعاقد عن التنفيذ ، أو أن يقوم بالتنفيذ بصورة غير المتفق عليها ، أو لا تتفق مع القانون أو العرف أو مبدأ حسن النية ، وكذلك التأخير في التنفيذ ، أو عدم مطابقة المواصفات ، ولم يكتف المشرع لتحقيق هذه الصورة من الركن المادي بالإخلال بالتنفيذ بل تطلب بالإضافة إلي ذلك أن يترتب علي هذا الإخلال بالتنفيذ ضرر جسيم ، ولم يحدد المشرع الجهة التي يلحق بها الضرر ، ولذا فإنه يستوي أن يلحق هذا الضرر بالجهة التي تعاقد معها الجاني أو بأحد المستفيدين من العقد ، وجسامة الضرر مسألة واقع تحددها محكمة الموضوع دون رقابة في ذلك عليها من محكمة النقض .

ويُعد الإخلال العمدي في تنفيذ أي من العقود المبينة في المادة المذكورة علي سبيل الحصر متحققاً بالإمتناع عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية كلها أو بعضها ، أو تنفيذها علي نحو مخالف لنصوص العقد أو اعتبارات حسن النية التي يفرضها العقد ويلتزم بها المتعاقد ، وهذه الجريمة هي التي ربط فيها المشرع الإخلال بالتنفيذ بجسامة النتيجة المترتبة عليه فاشترط المشرع الضرر الجسيم ركناً في الجريمة دون ما عداها ، ونعرض فيما يلي لأفعال الإخلال بتنفيذ العقد الإداري ، ومدى تطلب النتيجة ، والقصد الجنائي فيها ، وذلك علي النحو الآتي :

أولاً :- أفعال الإخلال العمدي في تنفيذ العقد الإداري :

تتمثل الأفعال التي تُعد إخلال في تنفيذ العقد الإداري في حالة الإخلال بالتنفيذ الشخصي ، وكذلك في حالة مخالفة المدة المحددة والتأخير في التسليم ، وأيضاً مخالفة المواصفات المتفق عليها ، وحالة عدم الإلتزام بما ورد في بنود العقد وكراسة الشروط وقانون التعاقدات ، ونعرض هذه الحالات فيما يلي :

الحالة الأولى : الإخلال بالتنفيذ الشخصي :

تضمنت المادة 25 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة جواز أن يعهد مقدم العطاء ببعض بنود العملية محل التعاقد إلي غيره من الباطن علي أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم ، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات ، ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وفي جميع الأحوال يظل المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد .

ولقد نصت المادة 56 من اللائحة التنفيذية للقانون 182 لسنة 2018 سالف الذكر علي إنه يجوز للجهة الإدارية أن تسمح لصاحب العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلي غيره من الباطن ، علي إلا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهرية من العملية وذلك بناء علي دراسة موثقة تعدها إدارة

التعاقدات من واقع دراستها للسوق ووفقاً لطبيعة العملية وتعتمدها السلطة المختصة ضمن إجراءات العملية ، علي أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات بيان تلك البنود وأية محددات واشتراطات ذات صلة. ومؤدي ذلك إنه بالرغم من السماح للمتعاقد بالتعاقد من الباطن مع آخر ، إلا أن ذلك يكون تحت شروط معينة ، ومنها أن يكون التعاقد من الباطن علي تنفيذ بعض بنود العقد بعلم الجهة الإدارية المتعاقدة ، وألا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهرية من العملية⁽¹⁾ .

ونشير إلي إن هذا الحظر كان أكثر صرامة في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغي ، حيث كانت المادة الثالثة منه تنص علي إنه :- " يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة علي موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم ، سواء في مصر أو في الخارج علي أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة⁽²⁾ .

وكانت المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات تنص علي أنه :- " لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق .

كما كانت المادة 77 من ذات اللائحة تنص علي إنه :- " إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل التعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة ..."

فإذا كان الاعتبار الشخصي يلعب دوراً هاماً في اختيار المتعاقد ؛ فإنه يؤدي دوراً هاماً في تنفيذ العقد ، أي أن التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية ، أي أنه يجب أن ينفذها بنفسه حتي ولو لم يتضمن العقد النص علي هذه القاعدة⁽³⁾ .

والالتزام بتنفيذ العقد بصفة شخصية يشمل عنصرين ، عنصر إيجابي : وهو التزام المتعاقد بالتعاون بشخصه مع الإدارة في تنفيذ العقد ، فيكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

(1) د / أنس جعفر ، ود / اشرف أنس جعفر : العقود الإدارية – مرجع سابق - ص 269 .

(2) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية ويجب عليه تنفيذها هو شخصياً وبمنفسه ..يراجع نقض مدني -

الطعن رقم 401 لسنة 29 ق – جلسة 20/ 4/ 1964 -مكتب في 15 ج 2 ق 91 ص 568 .

(3) د/ إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية – طبعة 2004 – ص 62 .

كما يلتزم المقاول بشخصه باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو الحوادث التي قد تؤدي إلي الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسؤولية المقاول في هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية⁽¹⁾ .

كما يلتزم المقاول بنفسه بأن يتحري طبيعة الأعمال المحيطة بعملية التعاقد وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها من التأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة، ويكون مسئولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها⁽²⁾ .

أما العنصر السلبي : فيتمثل في عدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن ، ولقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا علي عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد دون موافقة جهة الإدارة ولو لم ينص في العقد علي ذلك ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها وأن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة⁽³⁾ .

ويشترط أن يترتب علي هذا الإخلال بعدم تنفيذ المتعاقد بنفسه لالتزاماته العقدية ضرر جسيم يلحق بالجهة الإدارية ، مما يبرر اللجوء إلي طريق تحريك الدعوي الجنائية ضد الجاني .

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض علي إن التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية ، وجوب تنفيذها شخصياً وبنفسه ، مسؤوليته وحده عن هذه الالتزامات ، والإدارة لها دائماً حق الرجوع عليه في حالة وقوع تقصير في أداء التزاماته أياً كان شخص المقصر ، ليس له التحلل من المسؤولية متذرعاً بأن الفعل الموجب للمسئولية وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه⁽⁴⁾ .

ونخلص مما سبق أن أهم الالتزامات ذات الطابع الشخصي التي تقع على عاتق المتعاقد تتمثل فيما يلي :

1- عدم التنازل عن التزاماته إلى الغير بدون السماح من الجهة الإدارية، وإلا تمثل تلك البنود المتنازل عنها الجانب الأكبر أو الجوهرية من العملية ، وفي حالة التنازل بدون هذه الشروط يكون هذا الإجراء باطل ، إلا إذا كان المتعاقد مع الجهة الإدارية قد أخذ موافقتها بخصوص التنازل ، وفي الحدود المعقولة من بنود التعاقد إذ نلاحظ أن التنازل يعيني التصرف القانوني الذي يبرمه المورد

(1) د/أنس جعفر ، ود/ اشرف انس جعفر: العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 270 .

(2) د/ جابر جاد نصار: العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 263 .

(3) إدارية عليا - الطعن رقم 3596 لسنة 36 ق - جلسة 1997/11/25 مع أحكام الادارية العليا لسنة 43 - السنوات من 1997 حتى 1998 - ص

.341

(4) نقض مدني - الطعن رقم 401 لسنة 29 ق - جلسة 1964/ 4/ 20 مشار إليه سابقاً .

مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله في أداء إلتزاماته واكسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة ، و للتنازل نتيجتين النتيجة الأولى : تتمثل في عدم سريان التنازل في مواجهة الإدارة و لا تنشأ عنه أية رابطة جديدة و لا يمكن الاحتجاج به ما دام كان التنازل بدون موافقة الجهة الإدارية ، وفي الحدود المرسومة للتنازل ، وبالتالي يكون المورد الأصلي نفسه مسئولاً تجاه الإدارة عن تنفيذ العقد وتنفيذ كل التزام يقع على عاتقه ، وكذلك عن أي خطأ يرتكبه الشخص المتنازل إليه ، لكن هذا لا يمنع من أن الشخص المتنازل إليه يستطيع بأن يطالب الإدارة على أساس الإثراء دون سبب ، وأيضاً بإعتباره دائن للمتعاقد أو المورد الأصلي أن يطالب بحقوقه المدنية المقررة في هذا الشأن .

أما النتيجة الثانية : فهي أن مجرد قيام هذا التنازل سيؤدي إلى اعتبار خطأ عقدياً لا يمكن الاحتجاج به و بدوره يرتب مسؤولية عن كل ضرر يمكن أن ينشأ عنه وسواء تم ذكر مثل هذا الأمر في العقد أو لم يذكر، إذ إننا كما نعلم أن للإدارة سلطات استثنائية أو صلاحيات إستثنائية تراوحتها كلما اقتضت المصلحة العامة إذ يحق لها أن تقوم في هذه الحالة بفسخ العقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

2- عدم التعاقد من الباطن : فالأصل في الإلتزام الذي يقع على عاتق المورد الذي تكون شخصيته ذات اعتبار هو ألا يقوم بالتعاقد من الباطن مع شخص آخر بخصوص تنفيذ كل أو جزء من عقد التوريد الذي يكون بينه وبين جهة الإدارة، ولكن بسبب التطور الفني وقابلية العقد للتجزئة أصبح باستطاعة المورد الأصلي أن يتعاقد من الباطن وفقاً للمادة 25 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، وهذا ما يميز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد إذ أن في الأول يكون المورد قد أعطى جزء من التزاماته للغير لأجل تنفيذها و يكون التنفيذ تحت إشراف المورد و ضمانته، أما التنازل فيحل عندها المتنازل إليه محل المورد الأصلي لتحل شخصيته بشكل كامل في العقد و يقوم بتنفيذ الإلتزامات الواجبة عليه والحصول على الحقوق التي يستحقها .

الحالة الثانية : الإخلال بالتنفيذ في المدة المحددة والتأخير في التسليم :

تلزم المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المتعاقد بعدم التأخير في تنفيذ العقد ، ومرد ذلك أن من أهم مظاهر الأهمية في العقد الإداري ضرورة نهوه وتماه في مدة محددة ، إذ أن تسيير المرفق العام وانتظامه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بأن يتم تنفيذه في ميعاده المحدد⁽¹⁾ .

(1) د/ إبراهيم محمد علي : آثار العقود الإدارية – طبعة 2004 – ص 62 .

ومن ثم كان التزام المتعاقد بالتنفيذ في المدة المحددة التزاماً يحمله ويكلف به المتعاقد مع الإدارة ويترتب علي مخالفته توقيع الجزاء المناسب الذي يبدأ بغرامة التأخير المقررة وينتهي بسلطة الإدارة في سحب العمل وتنفيذه علي حساب المتعاقد المقر أو فسخ العقد ، أو التقدم بالشكوي ضد المتعاقد إلي النيابة العامة لتحريك الدعوي الجنائية ضده .

ويشترط أن يترتب علي هذا الإخلال بعدم التنفيذ في المدة المحددة لالتزاماته العقدية ضرر جسيم يلحق بالمرفق العام ، مما يبرر اللجوء إلي طريق تحريك الدعوي الجنائية ضد الجاني .

ولا يجوز الدفع بتقصير الجهة الإدارية في الوفاء بالتزاماتها لعدم التنفيذ كأصل عام في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولائها بالمرفق العام الذي يجب أن يستمر في انتظام واضطراد ، فلا يجوز للمتعاقد أن يوقف سير هذا المرفق لأي سبب حتي ولو كان خطأً من الجهة الإدارية المتعاقدة⁽¹⁾ .

الحالة الثالثة : الإخلال بالمواصفات المتفق عليها :

تضمنت المادة 14 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة أن يكون الطرح علي أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة ، أو معايير أداء عامة وكافية توضع بمعرفة لجنة فنية متخصصة ، ويوصف موضوع الطرح وصفاً موضوعياً وعماماً⁽²⁾ .

ويلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ مضمون العقد تنفيذاً كاملاً شاملاً لكل مواصفاته ورسوماته ومخططاته وفقاً للأصول الفنية المرعية ، فيلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها⁽³⁾ .

ويترتب علي هذا الالتزام وجوب قيام المتعاقد بتسليم الأصناف أو الأعمال محل التعاقد في الميعاد المحدد لذلك ، وفي عقود التوريد يتم تسليم الأصناف مطابقة للعينات المقدمة مع العطاءات أو وفقاً للعينات النموذجية المتعارف عليها⁽⁴⁾ .

أما في عقود الأشغال العامة فإن التسليم يتم عادة علي مرحلتين ، الأولى هي مرحلة التسليم الابتدائي ، وهي المرحلة التي تنتهي بها المدة المحددة لتنفيذ العقد حيث يتعين أن تكون الأعمال مطابقة للرسومات والمواصفات ، ثم يعقب ذلك المرحلة الثانية وهي مرحلة التسليم النهائي والتي تتم بعد فوات مدة الضمان

(1) إدارية عليا - الطعن رقم 3177 لسنة 41 ق جلسة 1998/5/12 - مكتب فني 44 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 9 .

(2) مادة 14 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

(3) تنص المادة 109 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 علي أنه :- " يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة بالعقد خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة ..."

(4) إدارية عليا - الطعن رقم 4234 لسنة 47 ق - جلسة 2003/11/18 - مكتب فني - مج الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 49 سبتمبر 2004 - ص 96 .

أو الصيانة التي يجدها العقد ، ويظل خلالها المتعاقد مع الإدارة ملزماً بعلاج وإصلاح أوجه القصور والخطأ التي تظهر خلال تلك المدة ، والتي تكون في العادة عاماً واحداً⁽¹⁾.

ويشترط أن يترتب علي هذا الإخلال بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية بالمطابقة للمواصفات والرسومات المتفق عليها ضرر جسيم يلحق بالجهة الإدارية ، مما يبرر اللجوء إلي طريق تحريك الدعوي الجنائية ضد الجاني ، فلكي تقوم جريمة الإخلال العمدي بالالتزامات العقدية يلزم أن يترتب على تلك الإخلالات ضرر جسيم بالمصلحة العامة⁽²⁾.

ولقد نظمت المادتين 112 ، و113 حالات قبول الأصناف إذا كانت نسبة التباين لا تزيد علي 10 % عما هو مطلوب بالمواصفات و متعاقد عليه ، مع خصم مقدار الخفض في الثمن في حالة التباين الذي لا يزيد عن 2% ، أو خصم مقدار الخفض في الثمن مضافاً إليه مقابل تباين مقداره 50% في حالة ما إذا كانت نسبة التباين من 2% حتي 5% ، و مقابل تباين مقداره 100% في حالة ما إذا كانت نسبة التباين من 5% حتي 10% .

فإذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المتعاقد بذلك كتابة بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدل عنها خلال سبعة أيام علي الأكثر من تاريخ اليوم التالي لإخطاره ، فإذا تأخر في سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع 5% من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع ، وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المتعاقد ، وتخصم من الثمن ما يكون مستحقاً لها ، ويكون البيع وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته⁽³⁾.

وإن كنت أري أن تطبيق المادتين 112 ، و113 من اللائحة التنفيذية لمواجهة المتعاقد المقصر، يعد كافياً للحفاظ علي حقوق الجهة الإدارية ، إلا أن ذلك لا يجب حقها في اللجوء للحماية الجنائية ضد إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية إذا رأت أن ما أصاب مصالحها من ضرر لم تجبره الإجراءات الواردة في المادتين المذكورتين .

(1) إدارية عليا - الطعن رقم 1226 لسنة 35 ق - جلسة 1996/4/23 - مكتب فني - مع الأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة 41 سبتمبر 1996 - ص 1069 .

(2) راجع مفهوم الضرر د/أحمد صبحي : جرائم الاعتداء علي المصلحة العامة - مرجع سابق - ص 399 .

(3) انظر المادة 113 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

الحالة الرابعة : عدم الإلتزام بما ورد في بنود العقد وكراسة الشروط وقانون التعاقدات :

تضمنت المادة 178 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 إنه يتعين علي كافة المتعاملين بالقانون وهذه اللائحة الإلتزام بأحكامها وغيرها من القوانين واللوائح والقرارات والتعليمات المنفذة لها وما يصدر من قرارات تنظيمية أو تعليمات أو نشرات أو كتب دورية في هذا الشأن .

فيجب علي المتعاقد تنفيذ التزاماته وفقاً لما ورد في العقد والنصوص القانونية وكراسة الشروط ، فيلتزم المتعاقد بتنفيذ محل العقد في الميعاد أو المواعيد المحددة بأمر التوريد أو الإسناد وعليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد⁽¹⁾ .

ويجب علي المتعاقد اتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حواد الوفاة للعمال أي أي شخص آخر ، أو الإضرار بمتلكات الدولة ، أو الأفراد ، وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية .

وعليه أن يتحري بنفسه طبيعة الأعمال ، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة ، وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ، ويكون مسؤولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ود بها كما لو كانت مقدمة منه ، وفي حالة إخلال المتعاقد بتلك الإلتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون و في هذه اللائحة .

ويجب علي المتعاقد أيضاً أن يهيئ مكاناً صالحاً لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة توافق عليها الجهة الإدارية⁽²⁾ .

كما يجب علي المتعاقد سداد مبلغ التأمين الإبتدائي والنهائي الذي يضمن تنفيذ العقد ، وتحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين ، الذي يجب تقديره دون مبالغة وبما لا يجاوز النسبة المنصوص عليها قرين العمليات المتعاقد عليها⁽³⁾ .

وإذا كان المشرع قد وضع حالات إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد في عبارات عامة مجملة لا يبين منها تفاصيل العقد ، وفي تقديرنا أن المشرع استخدم لفظ (أخل) ليسع هذا اللفظ كافة صور الإخلال وهي عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو التنفيذ المعيب⁽⁴⁾ .

(1) انظر المادة 105 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

(2) انظر المادة 106 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

(3) انظر المادة 16 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

(4) المستشار/ إبراهيم سيد أحمد : الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية فقها وقضاء - مرجع سابق - ص 11 .

ويجب أن يراعي الحكم بالإدانة في تلك الجريمة أن يبين نصوص العقد والالتزامات المتولدة عنه ، والتي يلتزم المتعاقد بتنفيذها علي نحو مفصل ، وسلوك الطاعن في التنفيذ وتعمده الإخلال به وجسامة الضرر المترتب علي هذا الإخلال ، فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه بشأن جريمة الإخلال عمداً بالتزام تعاقدية وقد وضع في عبارات عامة مجملة لا يبين منها تفاصيل العقد الذي ارتبط به الطاعن الأول مع هندسة الري الجني عليها والمواصفات الفنية للأعمال التي تعاقد علي تنفيذها والأصول والأسس التي يتعين التنفيذ عليها حتي يتبين مدي مخالفة الطاعن لهذه المواصفات وتلك الأصول والأسس كما أن الحكم لم يدلل البتة علي توافر الضرر الجسيم فضلاً عن أن ما قاله في استظهار القصد الجنائي غير كاف للتدليل علي أن الطاعن قد عمد إلي الإخلال بعقد المقاوله ، ومن ثم فإنه لا يكون قد بين الواقعة المستوجبة للعقوبة بركنيها المادي والمعنوي بياناً كافياً مما يصمه بالقصور الذي يعيبه ويوجب نقضه (1) .

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض علي إنه :- " جريمة الإخلال بالالتزام التعاقدى المنصوص عليها في المادة 116 مكررا ج من قانون العقوبات يتوافر ركنها المادي بالامتناع عن التنفيذ كلياً أو جزئياً أو تنفيذ الالتزام على نحو يخالف نصوص العقد أو قواعد القانون التي تحكمه أو اعتبارات حسن النية التي يلتزم بها المتعاقد وأن يترتب على ذلك ضرر جسيم ، كما أن هذه الجريمة هي جريمة عمدية يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي باتجاه إرادة المتعاقد إلى الإخلال بالعقد مع علمه بذلك (2) .

من المقرر إنه يشترط لصحة الحكم بالإدانة في تلك الجريمة أن يبين الحكم نصوص العقد والالتزامات المتولدة عنه والتي يلتزم المتعاقد بتنفيذها على نحو مفصل وسلوك الطاعن في التنفيذ وتعمده الإخلال به وجسامة الضرر المترتب على هذا الإخلال. لما كان ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه بشأن جريمة الإخلال عمداً بالتزام تعاقدية - على النحو السالف بيانه - وقد وضع في عبارات عامة مجملة لا يبين منها تفاصيل العقد الذي ارتبط به الطاعن الأول مع هندسة الري الجني عليها والمواصفات الفنية للأعمال التي تعاقد على تنفيذها والأصول والأسس التي يتعين التنفيذ عليها حتى يتبين مدى مخالفة الطاعن لهذه المواصفات وتلك الأصول والأسس، كما أن الحكم لم يدلل البتة على توافر الضرر الجسيم، فضلاً عن أن ما قاله في استظهار القصد الجنائي غير كاف للتدليل على أن الطاعن قد عمد إلى الإخلال بعقد المقاوله، ومن ثم فإنه لا يكون قد بين الواقعة المستوجبة للعقوبة - بركنيها المادي والمعنوي - بياناً كافياً مما يصمه بالقصور الذي يعيبه ويوجب نقضه (3) .

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 355 لسنة 64 ق - جلسة 2003/9/20 - س 54 - ص 842 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 23905 لسنة 65 ق - جلسة 1998/1/21 - س 49 - ص 143 .

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 355 لسنة 64 ق - جلسة 2003/9/20 مكتب فني - السنة 54 الجزء الثاني - ص 842 .

ثانياً: وجوب تحقق الضرر في هذه الصورة من صور الإخلال بالتنفيذ العقدي :

الواضح من سياق نص المادة 116 مكرر (ج) من قانون العقوبات أنه يعاقب علي الإخلال العمدي في تنفيذ أي من العقود المبينة به علي سبيل الحصر ، وفي هذه الصورة ربط فيه المشرع بين الإخلال بجسامة النتيجة المترتبة عليه ، فاشترط حدوث الضرر الجسيم⁽¹⁾ ، وعده ركناً في الجريمة دون ما عداه من صور ، حيث لم يشترط أي قدر من الضرر في الصور الأخرى⁽²⁾ .

ومن ثم تكون هذه الجريمة في صورتها الأولى - وهي الإخلال بتنفيذ العقد - تُعد من جرائم الضرر ، فيلزم لقيامها أن ينشأ عن عدم التنفيذ ضرر جسيم يتوقف القول بتوافره علي تقدير القاضي حسب العرف الجاري⁽³⁾ .

فلا يكفي مجرد الإخلال بالتنفيذ لوقوع الجريمة ، بل يتعين أن يؤدي هذا الإخلال إلي ضرر جسيم ، ولم يحدد القانون شخصية المضرور ، ولذا فإنه يستوي أن يلح الضرر بالجهة المتعاقدة أو بالمستفيدين من تنفيذ العقد ، وإذا كان تقدير الادلة علي جسامة الضرر وكما أسلفنا أمر موضوعي يدخل في مطلق تقدير محكمة الموضوع ، فإن وصف الضرر بالجسامة هو تكييف قانوني يخضع لرقابة محكمة النقض⁽⁴⁾ .

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض المصرية علي إنه إذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه بشأن جريمة الإخلال عمداً بالتزام تعاقدية وقد وضع في عبارات عامة مجملة لا يبين منها تفاصيل العقد الذي ارتبط به الطاعن الأول مع هندسة الري الجني عليها ، والمواصفات الفنية للأعمال التي تعاقد علي تنفيذها والأصول والأسس التي يتعين التنفيذ عليها حتي يتبين مدي مخالفة الطاعن لهذه المواصفات ، كما لم يبين الحكم ولم يدلل البتة علي توافر الضرر الجسيم ، ومن ثم فإنه لا يكون قد بين الواقعة المستوجبة للعقوبة بركنيها المادي والمعنوي بياناً كافياً مما يصمه بالقصور الذي يعيبه ويوجب نقضه⁽⁵⁾ .

وفي التشريعات العربية تناول المشرع الجنائي في دولة الإمارات العربية المتحدة الحماية الجنائية للعقود الإدارية ، فعاقب المشرع مرتكب جريمة الإخلال بتنفيذ بنود العقد الإداري في القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات ، حيث نصت المادة 233 من قانون العقوبات علي إنه :- " يعاقب

⁽¹⁾ يعرف الضرر بأنه كل انتقاص من منفعة أو مال أو كل جلب لخسائر أو فوات مكسب أو تضييع لريح كان يمكن أن يتم الحصول عليه، والضرر يمكن أن يكون مادياً كالذي يصيب جانب مادي في صفقة أو عقد مبرم أو يمكن أن يكون معنوي كاختلال ثقة الجهة الإدارية بالموظف العام أو المكلف بخدمة عامة الذي يعمل لديها نتيجة سلوكه غير القانوني .

ينظر د/ محمود نجيب حسني : شرح أحكام قانون العقوبات - القسم الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار النهضة العربية، القاهرة 1973 - ص 193.

⁽²⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 2152 لسنة 36 ق - جلسة 1967/3/6 - س 18 - ص 487 .

⁽³⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 23905 لسنة 65 جلسة 1998/1/21 - س 49 - ص 143 .

⁽⁴⁾ د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 403 .

⁽⁵⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 355 لسنة 64 ق - جلسة 2003/9/20 - س 54 - ص 842 .

بالحبس أو الغرامة كل من يوقف العمل من المتعهدين أو من القائمين بإدارة مرفق عام متى كان ذلك بدون مبرر وترتب عليه تعطيل أداء الخدمة العامة أو انتظامها "

كما تناول المشرع العراقي جريمة الإخلال بجرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بما لها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية في المادة 336 من قانون العقوبات العراقي ، فعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أخل بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة بجرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بما لها بنصيب أو التي تجريها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية .

وعاقب المشرع العراقي بالعقوبة ذاتها من ارتكب الفعل المنصوص عليه في الفقرة المتقدمة من غير الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة ، ويحكم برد الخسارة التي نشأت عن الفعل المنصوص عليه في هذه المادة .

وبإستقراء نص المادة (336) بفقرتها الثانية من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، نجد أنها جرّمت فعل من يقوم بسلوك إجرامي مبني على الغش قاصداً من وراء ذلك أن يضر بسلامة وصحة ومشروعية المناقصات أو المزايدات قد يكون الجاني مكلفاً بخدمة عامة⁽¹⁾، أو قد يكون أي شخص آخر غير مكلف بخدمة عامة وتشمل هذه الفئة المتعاقدين مع جهة الإدارة ، ونلاحظ أن المشرع العراقي قد ساوى في الحكم بين شخصية الجاني قاصداً حماية المناقصات أو المزايدات من أي ضرر قد يصيبها سواء وقع من مكلف بخدمة عامة أخل أو تاجر بوظيفته العامة أو وقع السلوك الإجرامي من المتعاقد مع جهة الإدارة أو من أي شخص آخر .

ويؤخذ على هذا النص إنه أصابه بعض القصور ، فقد جاء واسعاً مرة و غامضاً مرة أخرى حيث نص على الإخلال بجرية وسلامة المزايدة والمناقصة بسلوك الغش أو أي سلوك آخر، وبذلك يكون النص محتملاً لأن يضم بداخله أكثر من سلوك إجرامي فضلاً عن الغش ، لوجود عبارة " أي سلوك آخر " التي تحمل في طياتها مرونة شديدة .

(1) نصت الفقرة(2) من المادة (19) من قانون العقوبات العراقي على أنه :- " 2... المكلف بخدمة عامة : كل موظف أو مستخدم أو عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء وكلاء الدائنين (السندكيين) والمصنفين والحراس القضائيين وأعضاء المجالس وإدارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة أو إحدى دوائرها الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت وعلى العموم كل ما يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر).

كذلك لم يبين النص زمن وقوع الإخلال بالمناقصة أو المزايدة أي في أي مرحلة من مراحلها يقع هذا الإخلال، وأيضاً لم يحدد النص الحكم في حالة ما إذا تم تنفيذ هذا الإخلال بصورة غير عمدية⁽¹⁾، إذ يمكن أن تقع الجريمة عن طريق الخطأ غير العمدي وهي ستضر بالعقد الإداري مثلما تضره الأفعال العمدية، بل أن الضرر الذي يحدث نتيجة الإهمال الجسيم الذي يقع من المكلف بخدمة عامة قد يفوق الضرر الذي يحدثه الفعل المتعمد⁽²⁾، فمن المتصور أن تقع هذه الجريمة بصورة الخطأ غير العمدي ومع ذلك لم يبين المشرع حكمها⁽³⁾، لذا نرى أن النص كان سيكون أكثر وضوحاً وأضيق نطاقاً لو تضمن تحديداً واضحاً للسلوك محل التجريم؛ لأن عبارة أي سلوك أخر بعد لفظ الغش، تثير الحيرة أكثر من إزالتها، وكذلك كان يجب علي النص تحديد الأشخاص الخاضعين له كالموظف العام المختص، والمتعاقد مع جهة الإدارة علي وجه التحديد، وكذلك تحديد المرحلة التي يتم فيها الإخلال بالتنفيذ، فكان يجب أن يتم تحديدها بالإخلال بعملية التعاقد والتنفيذ برمتها.

ثالثاً: القصد الجنائي في جريمة الإخلال بتنفيذ العقد الإداري :

من المقرر أن جريمة الإخلال بالالتزام التعاقدى المنصوص عليها في المادة 116 مكرراً ج من قانون العقوبات يتوافر ركنها المادي بالامتناع عن التنفيذ كلياً أو جزئياً أو تنفيذ الالتزام على نحو يخالف نصوص العقد أو قواعد القانون التي تحكمه أو اعتبارات حسن النية التي يلتزم بها المتعاقد وأن يترتب على ذلك ضرر جسيم. كما أن هذه الجريمة هي جريمة عمدية يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي باتجاه إرادة المتعاقد إلى الإخلال بالعقد مع علمه بذلك⁽⁴⁾.

و لما كان من المقرر إن جنائية الإخلال العمدي في تنفيذ كل أو بعض الإلتزامات التي يفرضها عقد المقابلة أو ارتكاب أي غش في تنفيذ هذا العقد المنصوص عليها في المادة 116 مكرراً (ج) من قانون العقوبات هي جريمة عمدية يشترط لقيامها توفر القصد الجنائي باتجاه إرادة المتعاقد إلى الإخلال بتنفيذ العقد أو الغش في تنفيذه مع علمه بذلك، ومن ثم فإن القصد الجنائي في هذه الجريمة يُعد من أركانها، فيجب أن يكون ثبوته فعلياً، فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر القصد الجنائي، حيث خلت مدوناته من إيراد

(1) نصت المادة(35) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على أنه :- " تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر".

(2) نصت المادة(341) من القانون ذاته علي أنه :- " يعاقب بالحبس كل موظف عام او مكلف بخدمة عامة تسبب بخطئه الجسيم في الحاق ضرر جسيم بأموال او مصالح الجهة التي يعمل بها او يتصل بها بحكم وظيفته او مصالح الاشخاص المعهود بها اليه...".

(3) نصت المادة(33) من القانون ذاته على أنه :- " القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى تحقيق النتيجة الجرمية التي وقعت أو أية جريمة أخرى "

(4) نقض جنائي - الطعن رقم 355 لسنة 64 ق - جلسة 2003/9/20 - س 54 - ص 842.

الدليل على أن الطاعنين قد عمدوا إلى الإخلال بعقد المقاولة الذي ارتبط به الطاعن الأول مع الوحدة المحلية ، فإنه يكون معيباً بالقصور في البيان⁽¹⁾ .

المبحث الثاني

صورة تعمد ارتكاب غش في تنفيذ العقد الإداري

تمثل هذه الصورة ثاني صور إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري وتتمثل في ارتكاب الغش في تنفيذ العقود الإدارية ، حيث يُعدّ تعمد ارتكاب الغش في تنفيذ العقد الإداري من أهم تطبيقات الإخلال بالالتزامات العقدية ، إذ أن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقد ألا يرتكب غشاً في تنفيذ التزاماته العقدية ، والفرض هنا أن الجاني ينفذ الالتزام المفروض عليه موهماً الجهة المتعاقدة معه بأن التنفيذ قد تم وفقاً للشروط المتفق عليها أو التي يفرضها القانون أو مبدأ حسن النية ، في حين أن هذا التنفيذ قد تم بالمخالفة لهذه الشروط⁽²⁾ .

لقد تضمنت المادة 100 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ما يحظر على المتعاقد مع الجهات العامة أن يتقدم ببيانات أو مستندات غير صحيحة بالذات أو الوساطة وذلك بغرض الغش أو التلاعب في تنفيذ العقد الإداري ، ونعرض فيما يلي للأفعال التي تُعدّ غشاً في العقود الإدارية ، ومدي تطلب المشرع لأن تكون هناك نتيجة معينة على استعمال هذا الغش :

أولاً :- الأفعال التي تُعدّ غشاً في العقود الإدارية :

الغش هو كل سلوك مشين يتنافى مع حسن النية المفترض في العقود ، ومنه غش المتعاقد في صفة جوهرية في السلعة ترغب الإدارة في توافرها ، أو أن يورد صنفاً غير المتفق عليه ، أو أن يستعمل خامات أقل جودة مما اتفق عليه ، ولا يسوغ القول بالنسبة لعقود التوريد أن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير استعانه بمجهود غيره ، وإذا كان العرف قد جري على السماح بهذه الاستعانة في الحدود الجائزة في العقود الإدارية ، فإنه من غير المستساغ توقيع الجزاءات المقررة قانوناً على المتعاقد إلا إذا قام الدليل المقنع من واقع الأوراق على تواطؤ المتعاقد أو علمه بغش أو تلاعب من استعان بهم⁽³⁾ .

(1) نقض جنائي-الطعن رقم 1887 لسنة 65 ق جلسة 15/1/1997 س 48 ص 107 .

(2) د/رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - مرجع سابق - ص 125 .

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 551 لسنة 46 ق - جلسة 31/10/1976 س 27 - ص 367 .

والغش كما بينته المادة الثانية من القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 522 لسنة 1955 قد يقع بإضافة مادة غريبة إلي السلعة أو بانتزاع شئ من عناصرها النافعة كما يتحقق أيضاً بإخفاء البضاعة تحت مظهر خادع من شأنه غش المشتري ويتحقق كذلك بالخلط أو الإضافة بمادة مغايرة لطبيعة البضاعة أو من نفس طبيعتها ولكن صنف أقل جودة بقصد الإيهام بأن الخليط لا شائبة فيه ، أو بقصد إخفاء رداءة البضاعة وإظهارها في صورة أجود مما هي عليه في الحقيقة⁽¹⁾ .

ولا يشترط القانون أن تتغير طبيعة السلع أو البضاعة بعد الحذف أو الإضافة بل يكفي أن تكون قد زيفت ، ويستفاد التزييف من كل خلط ينطوي علي الغش بقصد الإضرار بالمشتري⁽²⁾ .

كما يتصور وقوع الغش بالتضليل أي التنفيذ علي نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه من مواصفات بين طرفي التعاقد ، ولا يلزم لتوافر الركن المادي لهذه الجريمة ضخامة الكمية المغشوشة ، ولا يتطلب القانون أسلوب معين لارتكاب الغش أو استخدام وسائل معينة للقيام به في تنفيذ العقد الإداري⁽³⁾ .

ومن أهم تطبيقات الغش وفقاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ، الغش في عدد الأشياء الموردة أو في مقدارها أو مقاسها أو عيارها أو في ذاتية البضائع المتفق عليها أو في حقيقتها أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة أو خصائص مميزة أو عناصر تدخل في تركيبها وعلي الجملة كل الغش في انجاز الأشغال أو الأشياء الموردة بالمخالفة لبنود العقد ، وكذلك كل تغيير في الشيء لم يجز به العرف أو أصول الصناعة⁽⁴⁾ .

وبالرجوع إلى أحكام المادة 100 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 نجد أنها فرقت في الحكم في الجزاء الإداري بين مجرد إخلال المتعاقد بأي شرط جوهرى تضمنته شروط العقد ، مثل توريد أصناف مخالفة للشروط والمواصفات المتعاقد عليها ، وبين حالة ارتكاب الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة الإدارية، فجزاء الإخلال بأي شرط جوهرى من شروط العقد ، كتوريد أصناف مخالفة للمواصفات بالتطبيق لحكم المادتين 101، و101 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 هو أحد إجراءات :

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - دراسة تطبيقية - في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن

التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - مرجع سابق - ص 86.

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 1175 لسنة 32 ق جلسة 1962/11/12 - س 13 - ص 723.

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 2152 لسنة 36 ق - جلسة 1967/3/6 - س 18 - ص 308.

(4) نقض جنائي - الطعن رقم 1987 لسنة 38 ق - جلسة 1969/4/21 - س 20 - ص 398.

الأول :- فسخ العقد ، الثاني :- التنفيذ علي حساب المتعاقد ما دام أن الحاجة إلي التنفيذ ما زالت قائمة ، علي أن يتم التنفيذ بالشروط والمواصفات ذاتها المعلن عنها والمتعاقد علي أساسها ، وذلك بأحدي الطرق القانونية المنصوص عليها بالمادة (7) من القانون .

ويشترط لسلك أحد هذين الإجراءين أن تقوم إدارة التعاقدات باستنفاد كافة البدائل الممكنة للوصول إلي حلول تتفق مع شروط العقد ، وفي حالة عدم إمكانية التوصل إلي حلول منطقية فعلي الإدارة المذكورة بما يحقق المصلحة العامة اتخاذ أحد الإجراءين المذكورين ⁽¹⁾ .

فالجاء الإداري للغش أو التلاعب في التنفيذ طبقاً لحكم المادة 100 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 هو الفسخ التلقائي للعقد ، مع إعداد مذكرة للسلطة المختصة لمخاطبة إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة للوقوف علي رأيها في شطب اسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية ، علي أن تتولي الإدارة فور ورود رأي مجلس الدولة إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بقرار الشطب لتتولي الهيئة إصدار كتاب دوري متضمناً اسم الجهة مصدرة قرار الشطب وتاريخه وأسبابه وغير ذلك من البيانات .

وعلة تغليظ الجزاء الإداري على استعمال الغش أو التلاعب ظاهرة ، وهي أن المتعاقد الذي يستعمل الغش أو التلاعب إنما يقوم على خداع جهة الإدارة بسوء نية وهو عالم أن ما يقوم به هو غش ومخالفة جسيمة للمواصفات المتفق عليها أو تلاعب ظاهر في التنفيذ ، ويستوي في ذلك أن يقع الغش أو التلاعب من نفس المتعاقد أو ممن يستعين بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، متى ثبت أنه على علم بغشهم أو تلاعبهم ولذات فعله ساوت أحكام اللائحة في الجزاء بين المتعاقد الذي يرتكب الغش أو التلاعب وبين المتعاقد الذي يشرع في رشوة أحد موظفي الجهة الإدارية أو يتواطأ معه إضراراً بمصلحتها ⁽²⁾ .

ويتعين لكي يوصف فعل المتعاقد مع الإدارة بالغش في تنفيذ الالتزامات العقدية ، وبالتالي وجوب توقيع الجزاء المنصوص عليه في المادة 100 من اللائحة التنفيذية ، أن يثبت سوء نيته و علمه بما يشوب الأصناف التي يوردها من غش أو تلاعب، وأنه وإن كان هذا العلم مفترضاً في المتعاقد مع الإدارة إلا أنه يقبل إثبات العكس ، فمتى كانت ظروف الحال التي تنفي هذا العلم عن المتعهد متوافرة ، فإنه لا يسوغ وصمه بالغش ، كما يستفاد من ظروف الحال التي تنفي هذا العلم مما يصدر من أحكام جنائية في شأن ما نسب إلى المتعاقد

⁽¹⁾ مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - دراسة تطبيقية - في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن

التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - مرجع سابق - ص 77 .

⁽²⁾ يتم بناء علي طلب المتعاقد الذي تم شطب اسمه إعادة قيده إذا انتفي سبب الشطب بصور قرار من النيابة العامة بالأوجه لإقامة الدعوي

الجنائية ضده أو بحفظها إدارياً ، أو يصدر حكم نهائي ببراءته مما نسب إليه علي أن يعرض قرار إعادة قيده علي الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية وعلي بوابة التعاقدات العامة .

من غش، فإنها تستفاد أيضاً مما قد يرد في الأوراق متعلقاً بمدى حسن نية المتعاقد في تنفيذ التزاماته التي يضمنها المتعاقد بصفة عامة، وحجم التعاقد في ذاته وتعدد الالتزامات الواردة به⁽¹⁾.

ومن المستقر عليه في قضاء النقض إنه :- " إذا كان الحكم المطعون فيه فيما أورده في بيانه لواقعة الدعوي وتحصيله لأقوال الشهود من أن العيوب الإنشائية والمعيارية التي ظهرت في المباني التي أقامها الطاعن والمتهم الثالث كانت بسبب الغش في مكونات الخرسانة المسلحة ومخالفاتها للمواصفات الفنية والهندسية تحقق به جريمة الغش في تنفيذ عقد المقاوله الذي ارتبط به الطاعن مع مجلس المدينة ، والتي لا يتطلب القانون لتوافرها والعقاب عليها قدراً من الضرر ، فإن الحكم يكون قد استظهر أركان تلك الجريمة ودل علي ثبوتها في حق الطاعن بما يكفي لحمل قضائه بإدانته بالجريمة المنصوص عليها في المادة 116 مكررا فقرة (ج) من قانون العقوبات ومعاقبته بالعقوبة المقررة لها⁽²⁾.

ولا يتطلب القانون طريقاً خاصاً لإثبات الغش بل يجوز إثباته بطرق الإثبات كافة ، فتمت اطمأنت المحكمة إلي الدليل من جهة أخذ العينة ومن جهة عملية التحليل ذاتها بغض النظر عن عدد العينات المخوذة وتختلف الطاعن وقت الإجراء ؛ فإن المجادلة فيما اطمأنت إليه عن ذلك لا تصح⁽³⁾.

ولقد ذهبت محكمة النقض في هذا الشأن إلي إنه يدخل في حكم نص المادة 116 مكررا (ج) عقوبات حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية لذلك القانون الغش في عدد الأشياء الموردة أو مقاسها أو عيارها أو في ذاتية البضاعة المتفق عليها أو في حقيقتها أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة أو خصائص مميزة أو عناصر تدخل في تركيبها ، وعلي الجملة كل غش في إنجاز الأشغال أو الأشياء الموردة بالمخالفة لأحكام العقد وكل تغيير في الشيء لم يجر به العرف أو أصول الصناعة ، حيث لا يلزم لتوافر الركن المادي لجريمة الغش في التوريد ضخامة الكمية موضوع الغش أو جسامة الضرر المترتب عليه ، وإن الضرر ليس ركنا في جريمة الغش في التوريد ، وأن جريمة الغش في عقد التوريد من الجرائم العمدية التي يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي⁽⁴⁾.

وتعد مسألة الغش أو التدليس في العقود الإدارية مسألة على قدر كبير من الأهمية، نظراً لكون هذا النوع من العقود يكون أحد طرفيه هو الحكومة أو إحدى الجهات التابعة لها، مما يعني تعلق هذا الأمر بالأموال والمصالح العامة التي وفر لها القانون حصانة كبيرة، وأحاطها بسياج كبير من الحماية .

(1) د/ أنس جعفر ، ود / أشرف أنس جعفر: العقود الإدارية - مرجع سابق - ص 275 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 5738 لسنة 59 ق - جلسة 1996/3/20 - س 47 - ص 378 .

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 2152 لسنة 36 ق - جلسة 1967/3/6 - س 18 - ص 308 .

(4) نقض جنائي - الطعن رقم 155 لسنة 32 ق جلسة 1973/4/29 - س 74 - ص 365 .

ويفرق المشرع في الحكم بين مجرد قيام التعاقد بتوريد أصناف مخالفة للشروط والمواصفات المتعاقد عليها وبين استعمال الغش أو التلاعب في معاملته الجهة الإدارية، فجزاء توريد أصناف مخالفة للمواصفات، هو رفض الأصناف وتكليف المتعهد بتوريد غيرها أو قبول الأصناف المخالفة مع تخفيض ثمنها أو قيام جهة الإدارة بشراء أصناف مطابقة للشروط على حسابه أو إنهاء التعاقد يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازي 10% من قيمتها، وذلك كله مع توقيع غرامة تأخير واقتضاء المصروفات الإدارية .

أما موقف الجهة الإدارية من الغش أو التلاعب الواقع من المتعاقد فهو بالإضافة إلي توقيع الجزاء الإداري المتمثل في فسخ العقد وشطب التعاقد ، فيكون بإحالة الواقعة للنيابة العامة لتحريك الدعوي الجنائية ولا يجوز ذلك عن تطبيق الجزاءات الإدارية والمالية علي التعاقد المخالف كما أسلفنا⁽¹⁾ .

وقد ساوي المشرع المصري بين الإخلال بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات العقدية والغش في التنفيذ فجعلهما جنائية ، ولم يعاقب علي مجرد التأخير في التنفيذ بل اكتفي في هذا الصدد بالغرامات التهديدية التي تنص عليها كراسة الشروط والتعويضات التي يمكن أن يقضي بها في هذه الحالة ، بينما يميز المشرع الفرنسي بين ما إذا كان الفعل إخلالاً بتنفيذ عقد فاعتبره جنائية وفقاً للمادة 430 من قانون العقوبات الفرنسي ، أو تأخيراً أو غشاً في التنفيذ فجعله جنحة وفقاً للمادة 433 من القانون ذاته .

ويلاحظ أن المشرع المصري في الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 81 من قانون العقوبات ضيق من نطاق العقود التي تخضع للتجريم فقصرها علي عقدي التوريد وعقد الأشغال العامة ، وذلك بعكس نطاق المادة 116 مكرراً (ج) التي تناولت الإخلال بعقود المقاوله والنقل والتوريد والالتزام والأشغال العامة⁽²⁾ .

كما ضيق المشرع في هذه الجريمة من حيث الجهة المستفاد من التعاقد فحصرها في القوات المسلحة ، كما حصر الغرض من العقد في وقاية المدنيين أو تموينهم .

ويسري التجريم هنا علي المتعاقدين من الباطن والوكلاء والبائعين إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام راجعاً إلى فعلهم ، ولكن يشترط أن تكون الإدارة علي علم بالتعاقد من الباطن ؛ لأن العقود الإدارية بوجه عام تحتفي بشخص التعاقد معها⁽³⁾ .

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية – دراسة تطبيقية – في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة – مرجع سابق – ص 156 .

(2) د/ أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص – مرجع سابق – ص 397 .

(3) أجازت المادة 25 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة للمورد أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلي غيره من الباطن .

ومن جهة أخرى يجب أن يعلم المتعاقد الأصلي بغش وتلاعب من استعان بهم ، حيث أنه من المستقر عليه أنه لا يسوغ القول بالنسبة لعقود التوريد أن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير استعانته بمجهود غيره وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود الجائزة في العقود الإدارية فإنه من غير المستساع توقيع الجزاءات المقررة قانوناً على المتعاقد إلا إذا قام الدليل المقنع من واقع الأوراق على تواطؤ المتعاقد أو علمه بغش أو تلاعب من استعان بهم⁽¹⁾ .

ولا تخضع هذه الجريمة لأحكام الغش والتدليس الوارد في قانون الغش والتدليس رقم 48 لسنة 1941 و المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994 والتي تتضمن العقاب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنية ولا تجاوز عشرين ألف جنية أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة .

ويلاحظ أن المشرع فرض عقوبة الجناية علي الغش في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عقد التوريد أو الأشغال الذي ارتبط مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة أو لوقاية المدنيين أو تموينهم الواردة وفقاً للمادة 81 عقوبات ، وهي بلا شك عقوبة أشد من الواردة في القانون رقم 48 لسنة 1941 بحسبان أنها تتعلق بعقود إدارية لصالح القوات المسلحة ، وتنصب علي أموال ومصالح عامة يحيطها المشرع بسياج خاص من الحماية ، وخصوصاً في زمن الحرب .

ولقد تناول المشرع الأردني الإخلال في تنفيذ العقود الإدارية سواء بعدم التنفيذ أو بارتكاب الغش في زمن الحرب أو عند توقع نشوبها ، ولأهمية ذلك تم فرض الحماية علي جميع الموجبات التي يفرضها عقد التعهد أو الاستصناع أو تقديم الخدمات التي تتعلق بالدفاع الوطني ومصالح الدولة العامة أو تموين الأهلين فيها، ورصد المشرع الأردني لذلك عقوبة الاعتقال المؤقت وبغرامة تتراوح من خمسين ديناراً إلى مائتي دينار⁽²⁾ .

وكذلك جرم المشرع الأردني كل غش يقترف في الأحوال نفسها بشأن العقود المشار إليها في المادة السابقة فعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة تتراوح من مائة دينار حتى مائتي دينار أردني⁽³⁾ .

كما جرم المشرع الإماراتي كل أفعال الغش في تنفيذ هذه العقود في قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 الصادر في دولة الإمارات العربية المتحدة ، فنصت المادة 164 من قانون العقوبات علي

(1) المحكمة الإدارية العليا- في الطعن رقم 943 لسنة 13 ق جلسة 16/3/1971 مكتب في مج السنة السادسة عشرة - العدد الأول - ص 150.

(2) انظر نص المادة 133 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 .

(3) انظر نص المادة 134 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 .

إنه يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تزيد على خمس وعشرين سنة كل من أخل عمداً في زمن الحرب بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة أو أية عقود أخرى ارتبط بها مع الحكومة لحاجات القوات المسلحة أو لوقاية المدنيين أو لتموينهم أو ارتكب أي غش في تنفيذها .

فإذا وقعت الجريمة بقصد الإضرار بالدفاع عن الدولة أو بعمليات القوات المسلحة كانت العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد .

ثانياً: مدي تطلب نتيجة معينة لتعمد ارتكاب غش في تنفيذ العقد الإداري :

لم يشترط القانون أن تتحقق أي نتيجة عن تعمد ارتكاب غش في تنفيذ العقد الإداري ، فتقوم الجريمة حتى ولو لم يترتب علي الفعل أي ضرر ، فمن المستقر عليه إنه لا يلزم لتوافر الركن المادي لجريمة الغش في التوريد جسامة الضرر المترتب عليه بل يكفي مجرد وقوع الغش لتقوم الجريمة ، ولو لم يترتب عليه أي ضرر⁽¹⁾ .

فالواضح من سياق نص المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 120 لسنة 1962 أنه يعاقب علي نوعين من الجرائم :

الأول – هو الإخلال العمدي في تنفيذ أي من العقود الميينة بها علي سبيل الحصر ، وهذا النوع هو الذي ربط فيه المشرع الإخلال بجسامة النتيجة المترتبة عليه فاشترط الضرر الجسيم ركناً في الجريمة دون ما عداه ، وتكون الجريمة في هذه الحالة من جرائم الضرر وليس الخطر ؛ إذ يلزم لقيامها أن ينشأ عن عدم التنفيذ ضرر جسيم ويتوقف القول بتوافره علي تقدير القاضي حسب العرف الجاري⁽²⁾ .

والثاني – وهو الغش في تنفيذ هذه العقود وهو ما لم يتطلب فيه المشرع أي قدر من الضرر لتوافر الجريمة واستحقاق العقاب⁽³⁾ ، وفي هذه الحالة فالجريمة من جرائم الخطر إذ لا يلزم لتوافر الجريمة في هذه الحالة التثبت من أن ضرراً ما قد حدث بالفعل ، وإنما يتعين القول بوجود الغش أن يكون سلوك المتهم قد بلغ من الزيف درجة تجعل خطر الانخداع به قائماً ولو بدرجة الاحتمال الضعيف⁽⁴⁾ .

(1) نقض جنائي – الطعن رقم 604 لسنة 51 ق – جلسة 1981/11/15 – س 32 – ص 376 .

(2) د/ أحمد صبيح العطار: جرائم الاعتداء علي المصلحة العامة – مرجع سابق – ص 399 .

(3) نقض جنائي – الطعن رقم 2152 لسنة 36 ق – جلسة 1967/3/6 س 18 – ص 355 .

(4) د/ رمسيس بهنام: الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية – مرجع سابق – ص 125 .

فمن الملاحظ أن المشرع قد وضع هذه الجريمة في قالب الجريمة الشكلية، واعتبرها قائمة بمجرد ارتكاب السلوك فلم يشترط لقيامها في هذه الصورة وهي الغش في تنفيذ الالتزامات العقدية تحقق نتيجة معينة، ولكن تقع الجريمة بمجرد ارتكاب الغش حتى وإن لم يترتب عليه أي ضرر⁽¹⁾.

علي إنه إذا ترتب علي الغش ضرر معين، يحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة، حيث ألزم المشرع المتعاقد بالتعويض عن الضرر بموجب الحكم عليه بغرامة تعادل مقدار الضرر.

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض علي إنه لا يلزم لتوافر الركن المادي لجريمة الغش في التوريد جسامة الضرر المترتب عليه، بل يكفي وقوع الغش لتوافر الجريمة ولو لم يترتب عليه ضرر ما، فإن ما نعه الطاعن علي الحكم بعدم وجود أي ضرر في هذا الصدد يكون غير سديد⁽²⁾.

فلا يلزم لتوافر الركن المادي لجريمة الغش في التوريد ضخامة الكمية موضوع الغش أو جسامة الضرر المترتب عليه، وهو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض حيث قضت بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه فيما أورده في بيانه لواقعة الدعوي وتحصيله لأقوال الشهود من أن العيوب الإنشائية والمعمارية التي ظهرت في المباني التي أقامها الطاعن والمتهم الثالث، كانت بسبب الغش في مكونات الخرسانة المسلحة ومخالفاتها للمواصفات الفنية والهندسية، وهو ما تتحقق به جريمة الغش في تنفيذ عقد المقاولة الذي ارتبط به الطاعن مع مجلس المدينة، والتي لا يتطلب القانون لتوافر أركانها والعقاب عليها قدرا من الضرر، فإن الحكم يكون قد استظهر أركان تلك الجريمة ودل علي ثبوتها في حق الطاعن بما يكفي لحمل قضائه بإدانته بالجريمة المنصوص عليها في المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات ومعاقبته بالعقوبة المقررة لها⁽³⁾.

ولقد جاء قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 بأهداف تعزيز مبادئ الحوكمة وتطبيق معايير العلانية والشفافية والنزاهة وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص وتجنب وتعارض المصالح، فتخضع هذه الأهداف للحماية الجنائية التي يوفرها قانون العقوبات، ومن ثم يخضع ما يخالف هذه الأهداف للتجريم الوارد في المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة فقد عالج المشرع الإماراتي مسألة اشتراط حدوث الضرر، فتناول النتيجة الناشئة عن ارتكاب جرائم الغش العملي في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي تفرضها عقود المقاولة أو التوريد أو غيرها من العقود الإدارية التي تبرمها الحكومة أو إحدى الجهات المنصوص عليها في المادة (5) في القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 1987 بشأن إصدار قانون العقوبات، فلم يشترط نتيجة معينة لهذا الغش حتي تقوم الجريمة ولم يتطلب وقوع أي ضرر، ولكنه شدد العقوبة في حالة حدوثه.

(1) المستشار/ إبراهيم سيد أحمد: الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية فقها وقضاء - مرجع سابق - ص 36.

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 604 لسنة 51 ق - جلسة 1981/11/15 - س 32 - ص 411.

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 5738 لسنة 59 ق جلسة 1996/3/20 - س 47 - ص 378.

أما المشرع العراقي فإنه ساير معظم التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالنتيجة الناشئة عن الغش في العقود الإدارية ، ولم يشترط وقوع الضرر في جرائم الغش في تنفيذ العقود الإدارية وأضاف إلي جانب الغش عبارة - أي وسيلة أخرى - ولكنه لم يجعل حدوث الضرر شرطاً لقيام الجريمة وفقاً لما ورد في المادة 336 من قانون العقوبات ، حيث لم تنص علي شرط تحقق الضرر لقيام جريمة الإخلال بطريق الغش أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة مجرية أو سلامة المزايدات أو المناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي تسهم الحكومة بمالها بنصيب أو التي تجربها الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية .

وإن كان في الفقرة الثالثة من المادة 336 قد نص علي الحكم برد الخسارة التي نشأت عن الفعل المنصوص عليه في هذه المادة ، فإن ذلك لا يعني اشتراط حدوث الضرر ، ولكن يعني أنه في حالة حدوث الضرر يحكم بتعويض هذا الضرر .

ثالثاً :- القصد الجنائي في جريمة ارتكاب غش في تنفيذ العقد الإداري :

جناية الإخلال العمدي في تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي تفرضها العقود الإدارية أو ارتكاب أي غش في تنفيذ هذه العقود المنصوص عليها في المادة 116 مكرراً (ج) من قانون العقوبات هي جريمة عمديه يشترط لقيامها توفر القصد الجنائي باتجاه إرادة المتعاقد إلى الإخلال بتنفيذ العقد أو الغش في تنفيذه مع علمه بذلك ، ومن ثم فإن القصد الجنائي في هذه الجريمة يُعد من أركانها، فيجب أن يكون ثبوته فعلياً .

ولقد استقرت أحكام النقض علي إنه إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر القصد الجنائي ، حيث خلت مدوناته من إيراد الدليل على أن الطاعنين قد عمدوا إلى الإخلال بعقد المقاولة الذي ارتبط به الطاعن الأول مع الوحدة المحلية ، فإنه يكون معيباً بالقصور في البيان⁽¹⁾ ، ومن ثم فإن جناية الغش في عقد التوريد المنصوص عليها في المادة 116 مكرراً (ج) من قانون العقوبات هي جريمة عمديه يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي وذلك باتجاه إرادة المتعاقد إلي الغش في تنفيذ العقد مع علمه بذلك ، ومن ثم فإن الركن المعنوي في جريمة الغش يُعد من الأركان الأساسية التي لا تقوم الجريمة إلا به ، فإذا خلا الحكم من إيراد الدليل علي أن الطاعنة قد عمدت إلي غش اللبن المورد إلي المستشفى للإخلال بعقد التوريد أو الغش في تنفيذه ، فإنه يكون معيباً بالقصور في البيان بما يوجب نقضه⁽²⁾ .

ويتعين عدم الخلط بين الخطأ الجسيم وبين الغش إذ أن كلاً منهما يمثل وجهاً للإجرام يختلف عن الآخر اختلافاً تاماً ويناقضه ، فالخطأ هو جوهر الإهمال أما الغش فهو محور العمد ، وإن جاز اعتبارهما صنوين في مجال المسؤولية المدنية أو المهنية ، إلا أن التفرقة بينهما واجبة في مجال المسؤولية الجنائية ، يؤكد ذلك أن المشرع

(1) نقض جنائي-الطعن رقم 1887 لسنة 65 ق جلسة 1997/1/15 - س 48 ص 107 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 551 لسنة 46 ق جلسة 1976/10/31 - س 27 - ص 399 .

أدخل بالمادة 116 مكررا من قانون العقوبات جريمة الإضرار العمد في ذات التعديل الذي استحدثت به جريمة الإهمال الجسيم فاستلزم الغش ركنا معنوياً في الجريمة الأولى ، بينما اكتفي بالخطأ الجسيم ركنا في الجريمة الثانية (1) .

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض علي إنه :- " لا وجه للقول بأن العقوبة التي أوقعها الحكم علي الطاعة تدخل في نطاق العقوبة المقررة لجنحة بيع لبن مغشوش مع توافر العلم بذلك وفقاً لنصوص القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانونين رقمي 552 لسنة 1955 ، و80 لسنة 1961 أخذاً بالقرينة القانونية المنصوص عليها في القانونين الأخيرين التي افترض بها المشرع وجود العلم بالغش في حق المشتغل في مجال التجارة ما لم يثبت حسن النية ، ذلك أن مدونات الحكم قد حلت البتة مما يفيد توافر هذا الشرط في حق الطاعة (2) .

أما عن القصد الجنائي الخاص فإن المشرع لم يتطلب ذلك في هذه الجريمة ، فيكفي لقيامها توافر القصد الجنائي العام بتوافر العلم والإدارة ، دون أن يشترط لذلك توافر قصد جنائي خاص .

المبحث الثالث

صورة استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها

أما الصورة الثالثة من صور الإخلال في تنفيذ العقود الإدارية فهي صورة التدخل بالغش في مجال تنفيذ العقود الإدارية ، فهي صورة أخرى مميزة للإخلال بالالتزامات العقدية ، حيث يتحقق فيها الركن المادي باستعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها أو علمه بغشها ، ولكنه خالف واجب بذل العناية الكافية ، والتحري المطلوب للتأكد من صلاحية المادة المستخدمة أو الموردة ، ولقد جعل المشرع هذه الصورة من استعمال الغش جنحة لا جنائية (3) ، وفيما يلي نعرض للسلوك في جريمة استعمال أو توريد بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها ، والقصد الجنائي في الجريمة ، وإشكالية هذا القصد علي النحو الآتي :

أولاً :- السلوك في جريمة استعمال أو توريد بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها :

وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات فإن كل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفه الذكر ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 1276 لسنة 39 ق - جلسة 1969/10/27 - س 20 - ص 478 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 551 لسنة 46 ق - جلسة 1976/10/31 - س 27 - ص 399 .

(3) د/رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - المرجع السابق - ص 125 .

فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، وذلك ما لم يثبت إنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد .

ويتمثل السلوك في جريمة استعمال أو توريد بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها في أن يقوم المفاوض بتنفيذ المفاوضة محل العقد ، فيستخدم العمال التابعين له مواد مغشوشة ، ولكنه لم يعلم بغش هذه المواد أو إنها غير مطابقة للمواصفات ، أو أن يقوم المورد بتوريد بضاعة غير مطابقة أو مغشوشة ، بدون أن يعلم بحقيقتها⁽¹⁾ .

ولم يتطلب المشرع في الركن المادي لجريمة استعمال أو توريد بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها أن يحدث ضرر جسيم من جراء الغش ، وإنما تقع الجريمة بمجرد وقوع الغش من المتعاقد ، إلا أن المشرع عاقب المتعاقد المقصر في حالة حدوث الضرر بالإضافة إلى عقوبة الحبس والغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أن المتعاقد لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، فإنه يحكم أيضاً عليه في حالة حدوث الضرر بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة⁽²⁾ .

والغش هو صورة من صور الإخلال بتنفيذ العقد تتمثل في التضليل أي التنفيذ علي نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه من مواصفات بين طرفي التعاقد ، والمقرر - في قضاء محكمة النقض - إنه يشترط في الغش والتدليس على ما عرفته المادة 125 من القانون المدني أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً ، وأن النص في المادة المشار إليها يدل على أن الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية ، أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر على المتعاقد الآخر متى كان هذا الأمر يبلغ من الجسام ، بحيث لو علمه الطرف الآخر ما أقدم على التعاقد بشروطه⁽³⁾ .

ثانياً:- القصد الجنائي في استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها :

في هذه الصورة الثانية للركن المادي لجريمة استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها فقد اكتفي المشرع بإتيان الجاني لسلوكه المادي ، حيث لم يشترط علمه بغش أو فساد البضاعة أو المواد المستعملة أو الموردة ، فقد افترض المشرع علم الجاني بالغش أو الفساد ، فتكون المسؤولية مفترضة ، إلا أن الأمر يتعلق هنا بقريئة قابلة لإثبات العكس ، حيث تنتفي الجريمة إن أثبت الجاني أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويعني ذلك أن هذه الجريمة عمدية أيضاً ولكن العلم والإرادة فيها مفترضين .

⁽¹⁾ راجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 943 لسنة 13 ق - جلسة 1971/1/16 - مكتب فيني - السنة 16 - العدد الأول من أول أكتوبر 1970 حتى فبراير 1971 - ص 150 .

⁽²⁾ المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات المصري .

⁽³⁾ نقض مدني - الطعن رقم 8996 لسنة 58 ق - الدوائر الجنائية - جلسة 1990/1/17 - مكتب فيني - السنة 41 - قاعدة 20 - ص 146 .

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض علي إن نص المادة 116 مكررا (ج) من قانون العقوبات قد جري في فقرته الثانية علي أن كل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو عله بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو أحدي هاتين العقوبتين ، وذلك ما لم يثبت إنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ويحكم علي الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب علي الجريمة ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر علي حسب الأحوال المتعاقد من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان لمحكمة الموضوع أن تستنبط من الوقائع والقرائن ما تراه مؤدياً عقلاً إلي النتيجة التي انتهت إليها متي أقامت قضائها علي ما اقتنعت به من أدلة لها أصلها الثابت في الأوراق⁽¹⁾ .

ومن حيث إن هذه الجريمة من قبيل الجرائم الاقتصادية ، وهذا الوصف له تأثيره علي الركن المعنوي للجريمة ، فالركن المعنوي للجرائم الاقتصادية يتسم بالضعف ، وكثيراً ما يسوي القانون بين وقوع الجريمة الاقتصادية بالعمد أو بالخطأ ، وبالرغم من ذلك فهي جريمة عمدية ، ويتضح ذلك من اللفظ المستخدم في النص وهو "كل من استعمل أو ورد بضاعة.." ولا يكون الاستخدام أو التوريد بدون قصد ، وإنما عدم العلم ينصب علي نوعية هذه البضاعة⁽²⁾ .

هذا عن العلم بالواقع أما العلم بالقانون فهو مفترض ولا يعذر أحد بجهله بالقانون ، لذا لا يجدي الجاني أن يتمسك بجهله أن المشرع قد جرم هذا الفعل وعاقب عليه ، فلجهل هنا ينصب علي قاعدة قانونية عقابية مما لا يجوز الدفع بانتفاء العلم بها حتى علي فرض ثبوته ، إلا في ظروف استثنائية بحجة⁽³⁾ .

ومن الواضح أن المشرع في هذه الجريمة قد ضيق من تأثير القصد الجنائي في قيام الجريمة ، بحيث تقوم مهما اتصف الركن المعنوي بالضعف ، لما لهذه الجرائم من أثر فادح الضرر علي الاقتصاد القومي وحركة السوق والبيع والشراء والتأثير علي البورصة ، والاستثمارات الداخلية والخارجية ، ومن ثم يقر المشرع العقاب علي هذه الجرائم مهما كانت نية الجاني ، حتى وإن لم يقصد تحقيق نتيجة معينة تمس بالضرر الاقتصادي القومي أو زعزعة الثقة بالعملات أو النقود الرسمية⁽⁴⁾ .

ثالثاً :- إشكالية القصد الجنائي في استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها :

(1) نقض جنائي - في الطعن رقم 604 لسنة 51 ق - جلسة 1981/11/15 - س 50 - ص 487 .

(2) د/أمال عبد الرحيم عثمان : جرائم التموين - بدون دار نشر القاهرة 1983 - ص 21 .

(3) مستشار/ محمد وجدي عبد الصمد : الاعتذار بالجهل بالقانون - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - طبعة نادي القضاة - 1987 - ص 136 .

(4) ترجع هواجس المشرع من التعامل في العملات المشفرة أو النقود الرقمية إلي المخاطر التي قد يحدثها الاستخدام غير المشروع لهذه العملات في تمويل الإرهاب أو كمنصة لغسل الأموال ، لما تتصف به هذه التعاملات من عدم الكشف عن أطرافها ، وسرية مصادرها وغموض مصارفها .

في جريمة استعمال أو توريد بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غش المتعاقد لها وهي الصورة الثانية اعتبر المشرع الجريمة جنحة بالرغم من عدم ثبوت غش الجاني، وعاقب علي ذلك بالحبس أو الغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو أحدي هاتين العقوبتين ، وفي كل الأحوال توقع علي الجاني عقوبة الغرامة التي تساوي قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة ، ومن ثم يكون المشرع قد جعل من تعويض الضرر وهو في الأصل جزاء مدني عقوبة جنائية⁽¹⁾ .

والنص يثير الإشكالية من وجهين : الأول وهو العقاب بالرغم من عدم ثبوت ارتكاب الغش ، والثاني اعتبار تعويض الضرر وهو في الأصل جزاء مدني عقوبة جنائية .

فبالنسبة للإشكالية الأولى فإنها تتمثل في أن المشرع وضع حد فاصل بين العلم بغش البضاعة أو المواد الموردة وبين عدم العلم بذلك ، وفرق بين الحالتين بالرغم من إنه من الصعوبة بمكان أن يستخدم المتعاقد أو يورد بضاعة أو مواد ولا يعلم عما إذا كانت مغشوشة أو غير مغشوشة ، فقد نص المشرع علي انعقاد المسؤولية الجنائية في الفقرة الثالثة من المادة 116 مكرراً (ج) علي كل من استعمال أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفه الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها، وقد يكون ذلك مخالف لقواعد التجريم والعقاب ، حيث تنعقد المسؤولية الجنائية بدون إثم ، والمعلوم أن المسؤولية الجنائية تنعقد حينما تتوافر أركانها وتنتفي حينما تنتفي هذه الأركان⁽²⁾ .

إلا إنه يمكن تبرير ذلك بأن الركن المعنوي هنا يتمثل في إهمال مفترض ، ويعاقب المتهم ولو لم يثبت غشه لهذه المواد أو علمه بغشها أو فسادها إذ أن المشرع اعتبر الجاني مسئولاً عما يقع من غش أو فساد في البضاعة أو المواد التي يستعملها أو يوردها ولم يثبت ارتكابه الغش أو علمه به ، ومسئوليته في هذا الشأن مبناها افتراض عدم بذله العناية الكافية للتحقق من صلاحية الأشياء المستعملة أو الموردة ، إلا أن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس فلا تقوم الجريمة متى ثبت أن الجاني لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد في المادة المستخدمة أو الموردة⁽³⁾ .

فلم يشترط المشرع العلم بالغش أو الفساد ممن استعمال أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي عقد من العقود محل الحماية ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها ، حتي يأخذ المتعاقد مع الجهة الإدارية حذره في تنفيذ العقود الإدارية .

لذلك فإن المشرع قد ألقى علي عاتق الجاني واجب العلم بنوع البضاعة أو المواد محل العقد ، فإذا لم يبذل العناية الكافية للتحقق من صلاحية البضاعة وقعت الجريمة في حقه ، أما إذا تعذر عليه هذا العلم

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 197 .

(2) د/رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - المرجع السابق - ص 135 .

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 6160 لسنة 56 ق - جلسة 1987/3/5 - جلسة 1987/3/5 - س 38 - ص 339 .

سقط عنه هذا الواجب وانهار الركن المعنوي للجريمة ، وبذلك يكون المشرع قد ألقى علي عاتق المتهم إثبات عدم قدرته علي العلم بالغش أو الفساد ، مما يعد مخالفة للأصل في المتهم البراءة ، مما يعيب النص بشبهة عدم الدستورية⁽¹⁾ .

ولا محل في هذا الصدد للتحدي بقانون قمع الغش والتدليس رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 1980 والقول بانتفاء مسئولية الطاعن عملاً بالمادة الثانية منه تأسيساً علي إثباته حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة ما دام أن نص المادة 116 مكرراً (ج) من قانون العقوبات المنطبق علي واقعة الغش في التوريد المسندة إلي الطاعن قد خلا من مثل هذا الحكم الوارد بقانون الغش وأقام مسئولية المورد عما يقع من الغش في حالة عدم علمه به علي أساس مخالف⁽²⁾ .

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 120 لسنة 1962 أن المشرع أقام قرينة مؤداها مسئولية المورد أو المستعمل ما لم يثبت إنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويعني ذلك افتراض الخطأ لدي الجاني ولكنه افتراض قابل لإثبات العكس ، حيث سمح القانون للمتهم بنفيه إذا أثبت استحالة علمه أي القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي حال دون علمه⁽³⁾ .

أما الإشكالية الثانية والتي تتمثل في اعتبار تعويض الضرر وهو في الأصل جزاء مدني عقوبة جنائية ، فإن هذه الجريمة هي في الأصل لا تتطلب وقوع أي ضرر ، فإذا حدث الضرر استثناءً توقع علي الجاني عقوبة الغرامة التي تساوي قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة ، ومن ثم يكون المشرع قد جعل قيمة الغرامة بمثابة تعويض عن الضرر الذي يحدث عن الجريمة .

المبحث الرابع

الإخلال الواقع من المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء في العقود الإدارية

ورد في عجز المادة 116 مكرراً (ج) إنه يعاقب بالعقوبات سالفه الذكر على حسب الأحوال، المتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم .

والمتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء مسئوليتهم لا تعدو أن تكون عن اشتراك في جريمة ، والفاعل الأصلي فيها هو المتعاقد الأصلي إذا صدر من أحدهم فعل من أفعال الاشتراك ، ووقعت الجريمة بناء عليه ،

(1) د/ أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري - عدم دستورية القرائن التي ينص عليها القانون للإثبات ضد المتهم - ط 2006 - ص 307 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 6160 لسنة 56 ق - جلسة 1987/3/5 - ص 38 - ص 339 .

(3) راجع المستشار/ جهاء المري : جرائم الأموال - مرجع سابق - ص 320 .

ولا يشترط توافر وصف المتعاقد الآخر فيمن يكون شريكاً في الجريمة ، مثال ذلك من يساعد المقاول في عملياته فيمده بمواد أو أدوات غير صالحة⁽¹⁾ .

ويشير الغش الواقع من المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء في العقود الإدارية مسألتين فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية هما تتعلقان بحالتين :

الحالة الأولى : إذا كان التعاقد من الباطن وفقاً للقانون :

لقد أجازت المادة 25 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية إلي غيره من الباطن علي أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم ، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات ، ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وفي جميع الأحوال يظل المتعاقد الأصلي دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد⁽²⁾ .

ونظمت المادة 56 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لجهة الإدارة أن تسمح لصاحب العطاء أن يعهد ببعض بنود العقد إلي غيره من الباطن ، بشرط ألا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهرى من العملية⁽³⁾ .

الحالة الثانية : إذا كان التعاقد من الباطن مخالف للقانون :

إذا تعاقد المتعاقد الأصلي من الباطن مع آخر خلافاً للقانون فإن المتعاقد الأصلي يسأل بوصفه فاعلاً أصلياً عن إخلال المتعاقد من الباطن بالتنفيذ ، وذلك باعتبار أن تنفيذ الالتزام موكول إليه وحده ؛ بحسبان أن شخصية المتعاقد في العقود الإدارية ذات أهمية ، ومن ثم إذا عهد إلي غيره دون موافقة كتابية من الجهة الإدارية المتعاقدة معه في هذا التنفيذ يعد مخالفاً للعقد ، وإخلالاً منه بالتزاماته العقدية ، هذا دون إخلال بإمكان مساءلة المتعاقد من الباطن بوصفه شريكاً بطريق المساعدة إذا توافرت شروط المساعدة كطريق من طرق الاشتراك ، ولكن إذا ارتكب المتعاقد من الباطن المذكور غشاً في التنفيذ فإن الفاعل الأصلي لا يسأل عن هذا الغش ما لم يسهم فيه دون إخلال بمسئولته عن الإخلال بالتنفيذ اعتماداً علي أنه لم يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزامات الملقاة عليه ولا يشترط في أي حال أن يترتب علي ذلك الغش أي ضرر⁽⁴⁾ .

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص 199 .

(2) انظر المادة 25 من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 .

(3) انظر المادة 56 من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

(4) د/ أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - مرجع سابق - ص 404 .

الخلاصة :

تناولت هذه الدراسة صور الإخلال و الغش في تنفيذ العقود الإدارية ، ولقد قدمنا لها بتمهيد عرضنا فيه لأهمية العقود الإدارية ، وأسباب إجراء هذه الدراسة ، وحددنا المشكلة في الدراسة ، والهدف منها ، ومنهجنا فيها، وقسمنا الدراسة إلي أربعة مباحث ، عرضنا فيها لصور الإخلال والغش في تنفيذ العقود الإدارية ، فعرضنا للصورة الأولى وهي الإخلال بالالتزامات العقدية ، فعرضنا لحالات الإخلال والتي تتمثل في التأخير في التنفيذ ، ومخالفة الإلتزام الشخصي ، وعدم مطابقة المواصفات ، ثم عرضنا لاشتراط الضرر في هذه الحالات ، والقصد الجنائي فيها ، ثم عرضنا للصورة الثانية وهي ارتكاب المتعاقد الأفعال التي تعدّ غشاً ، ومدى تطلب تحقق نتيجة إجرامية في هذه الصور ، والقصد الجنائي فيها .

ثم عرضنا للصورة الثالثة وهي استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها، ثم بينا مدى تطلب حدوث الضرر في هذه الصورة، وكذلك القصد الجنائي فيها، وعرضنا بعد ذلك للغش الواقع من المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء في العقود الإدارية .

ولقد بينت الدراسة العقاب علي كل صورة من صور الإخلال و الغش في العقود الإدارية ، حيث بينت العقاب علي الإخلال بتنفيذ الإلتزامات العقدية ، وعلي تعمد ارتكاب الغش في تنفيذ العقد الإداري ، ثم بينت العقاب علي استعمال الجاني أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها وأبدينا الملاحظات علي النص الذي يعاقب علي استعمال أو توريد مواد لم ثبت غش المتعاقد لها، حيث أن هذا النص يكرس للمسئولية المفترضة للمتعاقد ، كما أن النص يخالف السياسة العامة للتجريم .

• نتائج الدراسة :

أولاً :- خلصت الدراسة إلي أن تدخلات القانون الجنائي في العقود الإدارية ضرورية وحتمية في مواجهة الإخلال الذي يمثل جريمة في ذاته ، كالإخلال المتمثل في الغش والتدليس والتحليل ، وإفشاء الأسرار، أما حالات الإخلال التي تتمثل في التأخير في التنفيذ ، أو عدم مطابقة المواصفات ، أو التنفيذ بصورة مخالفة للمتفق عليه ، فإن تدخل القانون الجنائي في شأنها لا يكون مناسباً؛ لأن ذلك يعني استباحة عقاب المتعاقد بعقوبات جنائية في مجال التعاملات العقدية ، وهو أمر غير مرغوب فيه .

ثانياً :- كما خلصت الدراسة إلي أن تعرض المتعاقد مع جهة الإدارة للعقاب علي أثر إخلاله بالتزاماته العقدية إلي جانب مجافاته للعدالة فإنه كذلك لا يتفق والمصلحة العامة ، إذ ينتهي تهديد المتعاقد بالعقاب إلي أحدي فرضين :

الفرض الأول : إما إلي خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمانة الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً ، فيتلقف زمام هذه التعاقدات غير الأكفاء وغير الأمانة من المقاولين ، وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي في الأخير إلي تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة وبما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة .

والفرض الثاني : أن يتعمد هؤلاء المقاولين إلي تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للاحتياط ضد تلك الأضرار والأخطار المحتملة وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت علي جهة الإدارة غرضها في الحصول علي أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها ؛ لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول .

وما يؤيد وجهة نظرنا أن القانون يعطي للمتعاقد فرص واسعة للتنصل من المسؤولية العقدية ، وذلك عن طريق أثبات توافر القوة القاهرة ، أو عن طريق الظروف الطارئة ، أو عن طريق العقبات المادية غير المتوقعة ، أو عن طريق فعل الأمير ، ومن ثم يكون من باب أولي عدم تقرير العقاب علي عقابه جنائياً عند إخلاله بتنفيذ بنود العقد والاكْتفاء بالجزاءات العقدية.

ثالثاً :- ولقد أظهرت الدراسة إن نصوص الحماية الجنائية للعقود الإدارية الحالية لم تعد مناسبة للتطورات الحديثة بالانتقال مرحلياً إلي استخدام تكنولوجيا المعلومات في الإجراءات ، حيث لم تغطي الحماية الجنائية الاعتداءات التي تمس بوابة المشتريات الحكومية وسلامة وسرية المعاملات الإلكترونية بين جهة الإدارة والمتعاملين معها ، و ومن ثم فإن هذه الحماية الجنائية لا تغطي كل أساليب الإدارة الحديثة في إبرام التعاقدات وتنفيذها .

رابعاً :- كما أظهرت الدراسة إنه بالرغم من أن استعمال الجنائي أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها أو علمه بغشها لا يمثل سلوك إجرامي ، إلا أن المشرع جرم هذا الفعل فيما يخص العقود الإدارية في نص المادة 116 مكرراً (ج) مخالفاً بذلك السياسة العامة للتجريم التي تبني علي أن يكون الفعل الإجرامي إرادياً ومقصوداً ، فلا يكفي صدور الفعل مادياً وإنما يجب أن يصدر هذا الفعل عن قصد و إرادة ، فإن فقد الجنائي سيطرته علي ارتكاب الفعل وتجرد من الإرادية فإنه لا يصلح أن يكون فعلاً مجرماً .

فمن لم يرتكب فعلاً أو يشارك فيه ، أو لم يعلم به ، لا ينسب إليه ارتكاب فعل مجرم في مدلوله القانوني ، ويلحق بذلك الإكراه أو القوة القاهرة ؛ فكل هذه الأفعال الناشئة عن ذلك لا تصلح لأن تكون محلاً للتجريم .

• توصيات الدراسة :

أولاً :- تهيب الدراسة بالمشرع الجنائي للتدخل بإلغاء عقاب من يخل إخلالاً يسيراً بالالتزامات العقدية ، أو من لم يرتكب فعلاً أو يشارك فيه ، أو لم يعلم به و لا ينسب إليه ارتكاب فعل مجرم في مدلوله القانوني ، ويلحق بذلك الإكراه أو القوة القاهرة ؛ فكل هذه الأفعال الناشئة عن ذلك لا تصلح لأن تكون محلاً للتجريم ، لذلك فإن استعمال المتعاقد أو توريده بضاعة أو مواد مغشوشة لم يثبت غشه لها أو علمه بغشها لا يمثل سلوك إجرامي ، فحرياً بالمشرع أن يلغي تجريم هذا الفعل فيما يخص العقود الإدارية في الفقرة الأخيرة من نص المادة 116 مكرراً (ج) ، لمخالفة ذلك للسياسة العامة للتجريم التي تبني علي أن يكون الفعل الإجرامي إرادياً ومقصوداً ، فلا يكفي صدور الفعل مادياً وإنما يجب أن يصدر هذا الفعل عن قصد و إرادة ، فإن فقد الجنائي سيطرته علي ارتكاب الفعل وتجرد من الإرادية فإنه لا يصلح أن يكون فعلاً مجرمًا .

ثانياً :- توصي الدراسة بمجاراة وموافقة المشرع المصري لما ورد في نص المادة الحادية عشرة من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وتم التوقيع عليها بتاريخ ٤ من أغسطس سنة ١٩٦٧ و صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٨١ والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٥ من أبريل سنة ١٩٨٢ بالموافقة عليها ، وتتضمن هذه المادة الحادية عشرة النص على " عدم جواز سجن أي إنسان مجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي، ويتم ذلك عن طريق إلغاء العقوبات المقررة علي المتعاقد عند مخالفته لبنود العقد .

مع العلم بأن إلغاء العقوبات المقررة للمتعاقد المخالف لبنود العقد لا يخل بالإبقاء علي العقوبات المقررة لارتكابه أثناء تنفيذ العقد للغش والتدليس والتحايل ، وكذلك لأي فعل يُعد في ذاته جريمة وفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات .

ثالثاً :- كما توصي الدراسة بضرورة التدخل الجنائي لتقرير الحماية الجنائية ضد الاعتداءات الإلكترونية التي تمس بوابة المشتريات الحكومية وسلامة وسرية المعاملات الإلكترونية بين جهة الإدارة والمتعاملين معها ، حيث إن الحماية الجنائية الحالية لا تغطي أساليب الإدارة الحديثة في إبرام التعاقدات وتنفيذها ، والنصوص القائمة لا تتناسب مع استخدام تكنولوجيا المعلومات في الإجراءات الحديثة و المتبعة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية المزمع تطبيقها وفقاً للتشريعات الجديدة .

رابعاً :- كما توصي الدراسة بأن يكون هذا الجزاء الجنائي شاملاً لكل شخص يمكن أن يقوم بسلوك غير مشروع سواء كان المتعاقد مع جهة الإدارة ، أو المتعاقد من الباطن ، أو الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة ، من أجل ضمان توفير جزاء رادع ومانع لكل فعل غير مشروع يقع من أي شخص كان مرتبط بالعملية محل العقد الإداري .

❖ قائمة المصادر و المراجع :

أولاً : المراجع العربية :-

- المستشار / إبراهيم سيد أحمد : الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية فقهاً وقضاً - دار الكتب القانونية طبعة 2005 .
- د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية- النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (37) لسنة 1946، ط1، مكتبة الفلاح، 1981 .
- د/ أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية- دار النهضة العربية - طبعة 1973
- د/ أسامة أبو الحسن مجاهد : خصوصية التعاقد عبر الإنترنت - دار النهضة العربية 2000 .
- د/ السيد خليل هيكل : العقود الإدارية - دراسة مقارنة مع التعمق ودراسة خاصة للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات - دار النهضة العربية .
- د/ أيمن سعد سليم : الشروط التعسفية في العقود - دار النهضة العربية - ط 2021 .
- د/ بشار رشيد حسين : المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية - دراسة مقارنة - إصدار المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية - ط 2018 .
- المستشار / بهاء المري : جرائم الأموال العامة الجزء الأول جرائم العدوان علي المال العام - العربية للنشر والتوزيع - ط 2018 .
- المستشار / بولس فهمي : جرائم العدوان علي المال العام في التشريع المصري بين النظرية والتطبيق - إصدار الهيئة المصرية العامة للكتاب - 2020 .
- د/ جابر جاد نصار : المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية 2002 .
- د/ رحمة الجلولي : حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري - مجلة بحوث ودراسات قانونية - تونس 2015
- د/ رمسيس بهنام : الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية - منشأة المعارف بالإسكندرية .
- د/ زكريا المصري : العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي - دراسة مقارنة محلية ودولية - دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع بالمنصورة 2014 .
- المستشار / سمير صادق : العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا - الهيئة المصرية العامة للكتاب 1991 .
- د/ طارق سلطان : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها - دار النهضة العربية - ط 2010 .

- دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية للعقود الإدارية - دراسة تطبيقية - في ظل القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة - دار النهضة العربية 2021 .
- د/ محمد عوض رضوان : الغش والاحتيال في مجال العقود الإدارية في التشريعين الوضعي والإسلامي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية سنة 2017 .
- د/ محمد عيد الغريب : تدخل قانون العقوبات في مجال تنفيذ العقود المدنية - مكتبة غريب الطبعة الأولى 1988 .
- د/ محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية - مؤسسة شباب الجامعة 1973
- د/ محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط 2004 .

ثانياً : المراجع الفرنسية :

- Andre De Laubadadere Franck Modern Pirre De LVOLVE Traite des ContratsAdministratif
- AUBERT (J.L): le contrat ,Droit des Obligations, Dalloz , 2000 .
- A.Hachich :Lathorie do L'inprevisiondan les contratsadministratfetud compare du droitFrancais et droit de l .E.A.U. thsn ,1962 .
- De Laubadere (A) Trait Theorique et Pratique des control Administratifes (L.G.D.I) Le Ed T3 1956.P .
- Denis Tallon, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987), p 582-583, Available at (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>).
- Denis Tallon, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law.
- GUETTIER (Ch) : droit des contratadministratifs , Paris , PUF , Co 11 , ThmisDroit Public , 2004 .
- Jean L'huillier : Les ContratsAdministratifsTiennent -ils lieu de loial'administrationchroniqueDalloz .
- Levasseur(G) : Rapport sur les Sancions de l' inxecuion des contrats en droitpnalfrançais . Trav , de lass , Henri capitant , T.xvil, Paris 19

- LEBRETON (G.) :Droit administratif general, 2 ed Dalloz ,Paris 2000
- Merle et Vitu :Traite de droit Criminele ,dr. pen. Special , par Vitu .ed .
Cujas,paris 1982 ,V.2, No, 485
- Merle et Vitu :Traite de droit Criminele ,dr. pen. Special , par Vitu .ed .
Cujas,paris 1982 ,V.2, No, 485
- Niklas Lindström, changed Circumstances and Hardship in the
International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law (2006/1),
note 30-31, Available
at(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>)
- RICHER (L.) : droit des contrat administratifs ,3 eme edition L.G.D.J. 2002 -
- Veron(M.): erreursur le droit, Dr.pen.No.12..
- VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.) :droit administratif, Tome1,P.U.F.2001

**ضوابط ممارسة حرية الرأي والتعبير
للموظف العام في ظل التطور التكنولوجي
"دراسة مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري"**

Controls of practicing freedom of opinion and expression
for public servants in light of technological development
"A comparative study between the French and Egyptian systems"



الحسين الزقيم محمد عبد الرحيم ، دكتور القانون

العام - كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية

Al- Hussein Al- Zeqeim Mohamed Abdul – Raheim

Doctor of Public Law - Faculty of Law – Assiut

UniversityThe Egyptian Arabic Republic

ملخص:

تعد حرية الرأي والتعبير من الحقوق والحريات الأساسية التي تحتتمها طبيعة النظم الديمقراطية فهي ركيزة لكل حكم ديمقراطي سليم، وأحد المقومات الأصيلية في أي نظام ديمقراطي باعتبار أنها حجر الزاوية الذي لا غنى عنه في تعريف المواطنين والرأي العام بكل ما يشهده المجتمع من أحداث وتطورات، ولإتاحة الفرص للجميع للمساهمة بالرأي والقول في تسيير شئون البلاد.

ومع ارتباط حرية الرأي والتعبير وحرية الحصول علي المعلومات وتداولها بشكل وثيق بمبادئ الحكم الرشيد والشفافية والنزاهة ومكافحة الفساد، خاصة في ظل التطور التكنولوجي الهائل الذي أحدث ثورة في الفرص المتاحة أمام تدفق المعلومات عبر الإنترنت وغيره من وسائل الاتصال جعل الدول تتدخل بمحاولات أولية للمعالجة التشريعية لهذا التطور.

• **الكلمات المفتاحية :** الموظف العام - حرية الرأي والتعبير - حرية تداول المعلومات - التطور التكنولوجي - الحماية القانونية والقضائية.

Abstract :

Freedom of opinion and expression is one of the fundamental rights and freedoms that are necessitated by the nature of democratic systems. It is the basis for every sound democratic government, and one of the inherent elements in any democratic system, given that it is the indispensable cornerstone in introducing citizens and public opinion to all the events and developments that society is witnessing, and to provide opportunities For everyone to contribute opinion and say in the conduct of the country's affairs.

With freedom of opinion and expression and freedom of access to and circulation of information closely linked to the principles of good governance, transparency, integrity and combating corruption, especially in light of the tremendous technological development that has revolutionized the opportunities available to the flow of information via the Internet and other means of communication, making states intervene with initial attempts to legislatively address this development.

• **Key words :** Public employee - Freedom of opinion and expression - Freedom of information circulation - Technological development - Legal and judicial protection.

المقدمة :

إن العناصر البشرية إذا اتسمت بالكفاءة أمكنها أن تفجر طاقات من الخلق والإبداع وتحسين استغلال وتوجيه موارد الدولة وإمكاناتها، وما الموظف العام إلا ذلك الإنسان الذي بلغ حظاً من المعرفة والكفاءة التي تسهم في تعزيز قوة الدولة وتقدمها، فما من ثورة قامت أو نظام سياسي انهار إلا وكان الاعتداء على الحقوق السياسية هو العامل الأساسي في ذلك.

ومن هنا اتجهت الدول إلى إقرار الكثير من الحقوق والحريات للموظف العام منها الحقوق السياسية، فلا يمكن قبول حجة أنه بمركز تنظيمي كي يتم حرمانه من الكثير من الحقوق والحريات التي تتاح للكافة دون تفرد فئة على فئة أخرى، إذ ليس من العدل أن تُسلب حقوق وحريات الموظف خلف هذه الحجة بالرغم من الضمانات العديدة سواء كانت ضمانات دولية أم داخلية، بيد أن صفته كموظف عام ينتمي إلى الدولة ويمثلها في الوقت نفسه تفرض عليه بعض القيود التي ينبغي عليه مراعاتها والالتزام بها عند ممارسة الحقوق السياسية لتحقيق استمرارية المرفق العام.

• أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية موضوع الدراسة في أن: الدساتير في أغلب دول العالم هي القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو باعتباره كفيل الحريات وموئلا وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها.

• أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلي: احترام قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين علي الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية دون أية تفرقة أو تمييز في مجال الالتزام بها بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وإذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلاً وقراراً وحكماً لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، فإنه يتعين علي كل سلطة عامة أيّاً كان شأنها وأياً كانت وظيفتها وطبيعتها الاختصاصات المسندة إليها أن تنزل علي قواعد الدستور ومبادئه، وأن تلتزم حدوده وقيوده.

• سبب اختيار موضوع الدراسة :

لكل دراسة دوافع وأسباب دفعت الباحث الكتابة عنها من هذه الدوافع والأسباب :

- الاهتمام الدولي والداخلي المتنامي بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتوجه نحو توفير المزيد من الضمانات والحماية اللازمة لتلك الحقوق والحريات الخاصة بالموظف العام.
- التطور التكنولوجي للوسائل العلمية الحديثة والمستجدة الخاصة بالمراقبة الإلكترونية، وأجهزة التصوير الحديثة، وأجهزة الفحص والتحقيق، التي تتحصل على المعلومات من الأفراد بواسطة وسائل خفية واختلاسية ونفسية وجسدية.
- التقنية المعلوماتية الحديثة وتأثيرها علي الحياة الخاصة للأفراد بصفه عامة، والعامل أو الموظف بصفه خاصة وتعرضه للكثير من التهديدات والاعتداءات في وقتنا الحاضر.
- غياب النصوص القانونية في تشريع العمل المصري التي تعني بحماية حرية الرأي والتعبير، وحرية التظاهر، وحرمة الحياة الخاصة للعامل أو الموظف، وكذلك انعدام الاجتهادات القضائية وندرة أحكامها.
- إشكاليات الدراسة :

تعالج هذه الدراسة بعض الإشكاليات التي ظهرت في الآونة الأخيرة:

- تهديد التطور التكنولوجي للأجهزة الحديثة لخصوصية الفرد العادي والمكلف بالقيام بوظيفة عامة، الأمر الذي يدعو إلى وجود حماية أصيلة توفر ضمانات دستورية.
- محاولة المشرع في إيجاد توازن بين حق الفرد في الحماية الخاصة لخصوصيته وعدم تعرضه للإيذاء، وبين حق المجتمع في المعرفة والحصول على المعلومات.
- وجود تفاوت بين التشريعات التي تحمي الحقوق اللصيقة للفرد وبين التطبيق العملي لهذه التشريعات على أرض الواقع.
- عجز النصوص التشريعية عن حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كالحق في (حرية الرأي، حرمة الحياة الخاصة، التظاهر، والحرية الشخصية والسلامة الجسدية) وعن كفالة حق الدولة في الحفاظ علي أمنها واستقرارها وسلامتها الداخلية والخارجية.
- تساؤلات وفروض الدراسة :

عندما تطرح هذه الدراسة علي بساط البحث يثار في ذهن الباحث عدة تساؤلات :

- ماهي الأسباب التي يمكن أن تبرر فرض قيود على ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام؟
- هل الوسائل العلمية الحديثة والمستجدة المستخدمة في المراقبة الإلكترونية على حرية الحديث والتصوير بغير إذن من قبيل الاعتداء على الحق في حرمة الحياة الخاصة أم لا ؟
- هل الوسائل العلمية الحديثة والمستجدة المستخدمة في الكشف عن الحقيقة تعد من قبيل التعذيب أو المعاملة المهينة أو الحاطة بكرامة الإنسان وفقاً لما ورد في المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام (1984) أم لا تعد كذلك ؟

- هل في إمكان المشرع القدرة على تحقيق التوازن بين حماية الحياة الخاصة للإنسان، وحق المجتمع بإمداده بالمعلومات ومعرفة الوقائع والأحداث التي تدور حوله؟ أم أن الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي بالتعديل أو بالإضافة؟ أم أن الوضع التشريعي القائم يكفي لتحقيق مستوي الحماية المأمول؟!!
- هل الحماية الدستورية والقانونية والقضائية تعمل على تحقيق مظاهر الديمقراطية في الظروف العادية والاستثنائية؟

• منهجية البحث في الدراسة :

اتبعت في هذه الدراسة أسلوب: البحث التحليلي وذلك باعتباره أكثر الأساليب العلمية المستخدمة في البحث العلمي، وكذلك لما يتمتع به من مرونة كبيرة وقدرة علي دراسة الواقع بشكل كبير، والبحث المقارن وذلك من خلال توضيح موقف الفقه والقانون والقضاء في كل من فرنسا ومصر والكيفية التي واجه بها المشرع التطور التكنولوجي الذي أثر بدوره علي ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام.

• هيكل الدراسة - خطة الدراسة :

تتكون هذه الدراسة من مقدمة ومبحثين وخاتمة ونتائج وتوصيات:

المبحث الأول : حرية الرأي والتعبير للموظف العام في النظام الفرنسي.

المطلب الأول : ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المطلب الثاني : القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المبحث الثاني : حرية الرأي والتعبير للموظف العام في النظام المصري.

المطلب الأول : ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المطلب الثاني : القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

قائمة المراجع

المبحث الأول

حرية الرأي والتعبير للموظف العام في النظام الفرنسي

تعرف حرية إبداء الرأي السياسي بأنها: إمكانية نقد ومعارضة الحكومة بالأفعال أو الكلمات بشرط عدم ارتكاب ما يعد مخالفة معاقب عليها بنص قانوني وهي إحدى مجالات حرية التعبير عن الرأي التي يقصد بها: حرية الفرد في التعبير عن الآراء والأفكار عن طريق الكلام أو الكتابة وبدون رقابة أو قيود بشرط أن لا تخل تلك الآراء بقوانين الدولة وأعرافها⁽¹⁾.

لذا تعد الآراء السياسية إحدى أكثر الصور أهمية في مجال الحقوق السياسية للموظف العام لأنها تمثل المركز الرئيسي للصراع القائم بين الموظف العام من جهة والسلطة من جهة أخرى، لذلك ضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي حق المواطن في التعبير عن رأيه إذ نص على أنه (لا يجب إزعاج أي شخص بسبب آرائه بما فيها الآراء الدينية شريطة ألا يكون من شأن التعبير عنها الإخلال بالنظام العام الذي يقيمه القانون)⁽²⁾، ونص كذلك على أنه (حرية إيصال الأفكار والآراء هي من أعلى حقوق الإنسان، ولكل مواطن إذن أن يتكلم ويكتب ويطلع بجرية ولا يصبح محلاً للمسائلة إلا عند إساءة استعمال هذه الحرية في الحالات المحددة في القانون)⁽³⁾.

من خلال مما سبق ذكره كان لا بد من بيان الشروط والضوابط لممارسة حرية إبداء الرأي والتعبير للموظف العام، لذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين :-

المطلب الأول :- ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المطلب الثاني :- القيود الواردة علي ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

(1) اكشافييه فليب(القانون الإداري للحریات) ترجمة طلال عبد الله محمود، ضمن متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في الترجمة ، كلية الترجمة، جامعة بغداد، 2004م، ص 38.

(2) ينظر المادة (10) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في 26 آب 1789.

(3) ينظر المادة (11) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، مرجع سابق .

المطلب الأول

ممارسة حرية الرأي للموظف العام

قررت مقدمة دستور سنة 1946 على (عدم عقاب أحد في عمله أو وظيفته بسبب مبادئه أو آرائه أو معتقداته)⁽¹⁾، ثم أكدت ديباجة دستور 1958 على تمسك الشعب الفرنسي بالمبادئ والحقوق التي جاء بها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي سنة 1789 ودستور سنة 1946.

ومن جانب آخر جاء قانون التوظيف الفرنسي رقم (13) لسنة 1983 مترجماً لما جاء بالنصوص الدستورية السابقة إذ نص على أنه (حرية الرأي مكفولة للموظفين ولا يمكن التمييز بينهم لأسباب تتعلق بأرائهم السياسية أو النقابية أو الفلسفية أو الانتماء العرقي أو الجنس)⁽²⁾، كما كفل حرية الرأي للموظفين وقرر عدم التمييز بينهم بسبب آرائهم السياسية أو الفلسفية أو الدينية، والتأكيد على عدم الإشارة في ملف خدمة الموظف لآرائه السياسية أو الفلسفية أو الدينية⁽³⁾.

من هنا نجد أن المشرع الفرنسي قد وضع سيلاً لحرية الموظفين في اعتناق الآراء السياسية والدينية والفلسفية، وذلك بالنص على عدم جواز تضمين أية إشارة لآرائهم ومبادئهم⁽⁴⁾ في وظيفتهم التي يشغلونها، كما أطلق العنان لفكرهم مذكياً فيهم روح التفكير والإبداع.

لذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي وضع النصوص الدستورية والتشريعية موضع التنفيذ وكفل بدوره حرية الموظف في اعتناق الأفكار السياسية والدينية والفلسفية، وأصدر العديد من الأحكام التي وضعت ضوابط ممارسة هذا الحق، حيث فرق بين اعتناق الأفكار السياسية وهذا لا يحده قيد والتعبير عن هذه الآراء، ووسع من رقابته كذلك على القرارات الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة، حيث لم يقصر هذه الرقابة على التأكد من سلامة القرار من عيب الانحراف بالسلطة أو غيره من العيوب، وإنما وسع من نطاق هذه الرقابة بحيث أصبحت تشمل أيضاً التحقق من سلامة الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني الذي أضفته الإدارة عليه .

(1) محمد جودت الملط (المسؤولية التأديبية للموظف العام) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م، ص 168.

(2) Article (6) –law of (634) of 1983 .

(3) V.Rene Chapus: "dorit adm.general" Tome2,8Ed,195 monthr estion p.21,213.

(4) د/نبيلة عبد الحليم كامل (الوظيفة العامة والحقوق السياسية للموظف العام) الطبعة الثانية، الناشر/ دار النهضة العربية، سنة 1996م، ص394.

المطلب الثاني

القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي للموظف العام

إضافة إلى القيود العامة التي يخضع لها الموظف العام في الظروف العادية وغير العادية عند ممارسته لحقوقه السياسية بوصفه مواطناً عادياً، يخضع أيضاً للقيود اللازمة للصفة الوظيفية في مجال ممارسة الحقوق السياسية ، في حين أن تقرير مثل هذه القيود لا يهدف حظر الحقوق السياسية وإنما وضع هذه الممارسة في إطارها الصحيح المتوافق مع الواجبات الوظيفية.

وهذه القيود المفروضة على ممارسة الموظف لحقوقه السياسية إما أن تكون ثابتة بنصوص صريحة في التشريعات الوظيفية العامة، وإما أن تكون واردة بتشريعات وظيفية خاصة، وتفرض هذه القيود على جميع الموظفين العموميين ولكن بصفة نسبية حسب نوع الوظيفة ومرتبة الموظف في درجات السلم الإداري.

أولاً :- القيود المنصوص عليها في التشريعات الوظيفية العامة :

يعد واجب الموظف العام في طاعة الرؤساء والمحافظة على الأسرار الوظيفية من أهم الواجبات المنصوص عليها في التشريعات الوظيفية العامة، والتي تعد في الوقت ذاته قيوداً على ممارسة الموظف العام لحقوقه السياسية.

• واجب الطاعة الرئاسية :

تعد طاعة الرؤساء الإداريين من أبرز وأعظم واجبات الموظف العام كونها تضمن وحدة الجهاز الإداري الذي يقوم على التدرج الوظيفي حتى إن البعض عدّها العمود الفقري في كل نظام إداري، فإذا تسرب إلى هذا المبدأ أي خلل فلا يجدي في إصلاح الإدارة أي علاج .

وتجد الطاعة الرئاسية أساسها في الالتزام بقوانين ولوائح الوظيفة العامة إذ دأبت التشريعات الوظيفية على تنظيم هذه الواجبات بنصوص صريحة وقاطعة، وقد ورد هذا الواجب في قانون التوظيف الفرنسي بأن تضمن : كل موظف أيّاً كانت درجته في السلم الإداري مسئول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه يجب أن يخضع لتعليمات رؤسائه إلا في حالة كون الأوامر المعطاة ظاهرة عدم المشروعية ومن طبيعة تضرر بخطورة إحدى المصالح العامة⁽¹⁾.

(1) Article (28) – law of (634) of 1983 .

• واجب المحافظة على الأسرار الوظيفية :

إن أداء الموظف لواجباته الوظيفية يجعله على اطلاع وإحاطة بالكثير من الأسرار الوظيفية التي لم يكن من المتيسر له الاطلاع عليها لولا وظيفته هذه، ولذلك يتوجب عليه أن لا يفضي بهذه المعلومات حتى بعد انتهاء خدمته الوظيفية⁽¹⁾، والحكمة من تقرير هذا الواجب هو تحقيق مصلحة مزدوجة ؛ فمن جهة: مصلحة الأفراد الذين تتعلق بهم هذه الأسرار من خلال عدم السماح بالبوح بها لما قد ينجم عنه من أضرار كبيرة، ومن أمثلة ذلك واجب الأطباء⁽²⁾ في الحفاظ على أسرار مرضاهم⁽³⁾.

ومن جهة أخرى: تجب حماية المصلحة العامة في مواجهة الكشف عن هذه الأسرار من أجل كفالة الثقة المتبادلة بين المواطن والأجهزة الإدارية، الأمر الذي سيسهم في إعادتها على أداء مهامها علي الوجه الأكمل، أما لو أفشى الموظف الأسرار الوظيفية فإن ذلك سيخلق جواً من الشكوك والريبة في محيط الإدارات والمصالح الحكومية⁽⁴⁾.

لذلك أحال قانون الوظائف الفرنسية تنظيم هذا الواجب إلى القواعد المقررة في قانون العقوبات بنصه الآتي: - (وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون العقوبات يلتزم كل موظف بالسرية المهنية بالنسبة لكافة الحقائق أو المعلومات أو الوثائق التي يحصل عليها أثناء مباشرته لوظيفته، كما يحظر عليه قطعاً الكشف عن مضمون الأوراق أو المستندات المتعلقة بالعمل...)⁽⁵⁾.

وفي مجال الموازنة بين حق الموظف في التعبير عن آرائه وواجب المحافظة على الأسرار الوظيفية رجح مجلس الدولة الفرنسي واجب المحافظة على الأسرار الوظيفية على حق الموظف في التعبير عن آرائه في قضية تتلخص وقائعها بأن الأنسة (Fauheux) وهي سكرتيرة لنقابة الاتصالات قد قامت بنشر مشروع لساعات العمل لازالت الإدارة تعده ومع أن الأنسة المذكورة قد استتقت هذه المعلومات من أحد الموظفين الذي عوقب أيضاً، إلا إن المجلس لم يتردد في مشروعية معاقبتها مقررًا أن الموظف لا يجوز له أن ينتفع من إخلال موظف آخر بواجب الحفاظ على الأسرار الوظيفية بل يجب ألا يقع في الخطأ نفسه⁽⁶⁾.

(1) رشا عبد الرازق جاسم (المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي -دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، 2009م، ص122 .

(2) د/ حسين عثمان محمد عثمان (أصول القانون الإداري) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2006 م، ص65

(3) د/ انس جعفر (الوظيفة العامة) الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، سنة 2009م، ص 222.

(4) د/عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، د/ محمد انس جعفر(أصول القانون الإداري) دار النهضة العربية ، سنة 1986م، ص 531.

(5) Article (26) – law of (634) of 1983 .

(6) CED H :6Mars 1953 .dlle Faucheux . Rec .p.125.

ثانياً: - القيود المنصوص عليها في التشريعات الوظيفية الخاصة :

يتمثل واجب الموظف العام في الحياد الوظيفي والتحفظ في السلوك العام من أهم القيود الخاصة التي ترد على ممارسته لحقوقه السياسية.

• واجب الحياد الوظيفي :

عرفت فرنسا هذا الواجب منذ عام 1881 عن طريق منشور دوري وجهته الإدارة إلى جميع المديرين العموميين للإدارات المالية، وقد لفت هذا المنشور أنظار الموظفين إلى ضرورة احترام الأنظمة القائمة وعدم التعرض لتصرفات الحكومة على أي وجه من الوجوه⁽¹⁾، ويلقى هذا الواجب تطبيقاً له في فرنسا في الأحكام القضائية الفرنسية، ومن تطبيقاته في هذا المجال إلغاء مجلس الدولة لقرار الإدارة القاضي بفصل المساعدة الاجتماعية المسئولة عن الصحة المدرسية، إذ انتهى المجلس إلى عدم إخلالها بواجب الحياد المفروض على كل موظف أثناء ممارسة وظيفتها وبهذا الصدد أيضاً اعتبر مجلس الدولة التدبير الإداري الذي أجاز تنظيم وعقد اجتماعات ذات طابع سياسي للطلاب في أحد المعاهد عملاً غير مشروع ومخالفًا لمبدأ حياد المؤسسات التربوية⁽²⁾.

• واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام :

يعد واجب التحفظ من أكثر الواجبات الوظيفية غموضاً، إذ يصعب رسم حدوده القانونية كونه يخضع غالباً إلى تقدير الجهة الإدارية التي تقدر فيما إذا كان هناك إخلال بواجب التحفظ من عدمه، ففي الأنظمة الدكتاتورية يصل التزام الموظف بالتحفظ إلى أعلى مستوياته بل قد يجبر الموظف على وجوب تطابق أفكاره السياسية مع أفكار الحكومة، وبالتالي يصبح الموظف عبارة عن أداة تعبير عن منهج الحكومة السياسي، خلافاً للنظم الديمقراطية التي يتمتع الموظف من خلالها بمستويات مهمة من الحرية في ممارسة حقوقه السياسية حتى ولو تعارضت هذه الممارسة مع سياسة الحكومة في بعض الأحيان، مادام ملتزماً بواجب التحفظ المفروض عليه⁽³⁾.

لذلك اجتهد الفقهاء لوضع أساس لهذا الواجب وأسفر عن هذا الاجتهاد ثلاثة اتجاهات : -

الاتجاه الأول: يرجع أساس واجب التحفظ إلى فكرة تبادل المصالح، وقد سادت هذه الفكرة عندما كان ينظر إلى علاقة الموظف بالدولة على إنها علاقة تقوم على أساس فكرة العقد وما يرتبه من حقوق

(1) د/ محمد جودت الملط ، مرجع سابق ، ص 1054 .

(2) C.E.8.11.1985. Rec. p316.

(3) د/ صبري جلي احمد عبد العال (ضوابط ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية)، دار الكتب الوطنية، مصر، 2010م، ص 696.695.

والتزامات بين طرفيه، إلا إن هذه الفكرة لم تدم طويلاً بسبب حلول نظرية المركز التنظيمي الذي يربط الموظف بالدولة محل نظرية العقد سابقاً⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: يرى أن أساس واجب التحفظ يعود إلى فكرة مصلحة المرفق العام، فمصلحة المرفق توجب على الموظف أن يسلك سلوكاً نزيهاً بعيداً عن الشبهات والانتقادات التي قد تطال المرفق الذي يعمل فيه الموظف، فإذا كانت الوظيفة العامة تقوم على أساس خضوع الموظفين للهيئات العليا في الدولة، فإن هذا الخضوع يجب أن ينظر إليه كوسيلة لتأمين حسن سير المرافق العامة لأداء وظائفها⁽²⁾.

الاتجاه الثالث والأخير: يرجع أساس واجب التحفظ إلى فكرة المشاركة في السلطة العامة، بحيث يتسع مدى تحفظ الموظف في التعبير عن آرائه كلما باشر مظاهر السلطة العامة، وقد يصل مدى تحفظ الموظف عند أصحاب الوظائف العليا إلى المستوى الذي يعدم الحرية لديه في التعبير عن آرائه لأنه يفترض في هذه الفئة إضافة إلى ولائهم السياسي للحكومة أن تكون أفكارهم وميولهم السياسية متطابقة مع سياستها⁽³⁾.

ويتميز واجب التحفظ ببعض الخصائص التي تميزه عن الواجبات الأخرى المفروضة على موظفي الدولة ويمكن إجمالها فيما يأتي :-

- 1- إنه واجب عام مفروض على جميع الموظفين : ويقصد بذلك إن هذا الواجب مفروض على جميع فئات الموظفين العاملين في خدمة الدولة، سواء أكانوا خاضعين لتشريعات الوظيفة العامة، أم لتشريعات الخاصة كالعسكريين والقضاة، وسواء أكانوا في مركز تنظيمي أم في مركز التعاقد معها⁽⁴⁾.
- 2- يعد واجباً مستمراً : تظهر صفة الاستمرارية في هذا الواجب من خلال الالتزام به قبل الالتحاق بالوظيفة ويستمر حتى بعد انتهاء الرابطة الوظيفية، ففي المرحلة السابقة للالتحاق بالوظيفة العامة يظهر أثر التحفظ من خلال السلطة الواسعة التي تمتلكها الإدارة في تقدير صلاحية المرشح للوظيفة، ومن ثم يكون لها الحق في استبعاد المرشح الذي يتنافى سلوكه مع مصلحة الإدارة. ولقد صدق مجلس الدولة الفرنسي على قرار الإدارة الذي يقضي باستبعاد أحد المرشحين لمدرسة الإدارة الوطنية للقضاة بسبب نشره مقالاً في مجلة مخصصة للجنود، وقد اعتبر المجلس هذا الأمر

(1) د/ بدوي عبد العليم السيد (مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة وضمانات تطبيقه) دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006م ، ص 551 .

(2) د/ عادل الطبطبائي (واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام) بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد (4) السنة (10) ، 1986م ، ص 159 .

(3) د/ طارق حسنين الزيات، مرجع سابق ، ص 412 .

(4) د/ فتحي بكري (قيود تعبير الموظف عن آرائه في الصحف) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989م ، ص 55 .

متعارضاً مع واجب التحفظ والالتزان الذي يجب أن يتحلى به من يمارس وظيفة قضائية، أما بعد انتهاء الرابطة الوظيفية سواء بالاستقالة أم بالتقاعد فلا يستطيع الموظف التحلل من هذا الالتزام⁽¹⁾.

3- إنه واجب متغير: تتأتى صفة التغير بهذا الواجب من كونه يتغير حسب توافر بعض العوامل المؤدية إلى التشديد أو التخفيف في درجة الالتزام به ، فمن العوامل التي تزيد من درجة التزام الموظفين بواجب التحفظ موقع الموظف بالتسلسل الإداري⁽²⁾، فواجب التحفظ لدى الموظفين القياديين الذين يشاركون في تخطيط السياسة الحكومية يكونون من أشد الموظفين الذين يحتلون مراكز وظيفية دنيا في السلم الإداري⁽³⁾ ومن العوامل التي تؤدي إلى زيادة درجة التحفظ كذلك طبيعة الوظيفة التي يشغلها الموظف، سواء كان من القضاة أو العسكريين.

المبحث الثاني

حرية الرأي والتعبير للموظف العام في النظام المصري

على الرغم من تباين الأنظمة في نظرتها للحق في حرية الرأي والتعبير بالنسبة للموظفين وفي القدر الذي تسمح به من تلك الحرية لموظفيها، هذا القدر يضيق ويتسع حسب درجة الديمقراطية التي تسمح بها الدولة للأفراد، فضلاً عن حجم الضمانات التي تكفل تطبيق تلك الحرية وتضمن فاعليتها دون انتقاص، إلا إن الموظفين في المجتمعات يمثلون شريحة لها ثقل وتأثير في رسم السياسة العامة للحكومات.

ونظير تمتع الموظفون بلحق في حرية الرأي والتعبير يكون هناك حق الدولة في الحفاظ علي النظام العام، ينتج عن ذلك أن الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة كما أن النظام لا يمكن أن يكون مطلقاً كذلك، وهذا يعني أن النظام العام لكي يكون ديمقراطياً يجب أن يظل نسبياً⁽⁴⁾.

ومما لا شك فيه أن الموظف كأصل عام مواطن يسري عليه ما يسري في حق غيره من بني وطنه من التمتع بكافة الحقوق والحريات العامة والتي منها حرية الرأي والتعبير عنه، إلا إن الموظف لشغله وظيفة عامة توجب عليه التزامات يفرضها عليه واقع وطبيعة عمله التي قد تحد من تلك الحرية بعض الشيء أو تقيدها ابتغاء المصلحة العامة.

(1) محمد يحي احمد كرج (حقوق وحريات الموظف العام) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، 2002م، ص 370.

(2) د/ عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص 165.

(3) د/ محمد نجم جلاب (حرية الموظف في التعبير عن الرأي - دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، سنة 2013م، ص 162.

(4) د/ سعاد شرقاوي (نسبية الحريات العامة وانعكاساتها علي التنظيم القانوني) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1979م، ص 11، 12.

من خلال مما سبق ذكره يتبين لنا مدى أهمية حق الموظف العام في التمتع بحرية الرأي والتعبير والقيود الواردة على هذا الحق، لذلك قمت بتقسيم هذا المبحث إلي مطلبين:-

المطلب الأول:- ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المطلب الثاني:- القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي للموظف العام.

المطلب الأول

ممارسة حرية الرأي للموظف العام

خلت الدساتير المصرية المتعاقبة من أي إشارة أو نص على ما أورده إعلان حقوق الإنسان الصادر في فرنسا عام 1789، أو ما ورد في ديباجة دستور فرنسا عام 1946 و 1958 التي تحظر إيذاء أي مواطن أو الإضرار به في عمله أو في وظيفته بسبب آرائه السياسية أو معتقداته، على الرغم من أن الدستور الحالي لجمهورية مصر العربية لعام 2014 قد كفل حق الرأي السياسي لجميع المواطنين دون استثناء حيث نص في المادة (65) علي أن (حرية الفكر والرأي مكفولة ، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر)⁽¹⁾.

إلا إن قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 الملغي بالقانون رقم 81 لسنة 2016 بإصدار قانون الخدمة المدنية⁽²⁾ لم يتضمن نصوصاً تكفل حرية الرأي السياسي للموظف العام، وكذلك كافة القوانين المتعاقبة التي أصدرها المشرع المصري لتنظيم الوظيفة العامة لم تتضمن النص علي مثل تلك المبادئ، وقد ترتب على عدم تنظيم حق الموظف في التعبير عن آرائه السياسية في قانون العاملين المدنيين السابق الإشارة إليه أن قامت الإدارة بتضمين ملفات الموظفين اتجاهاتهم وأرائهم السياسية مما كان له تأثير مباشر على المستقبل الوظيفي لهم خاصة إذا كانت هذه الآراء غير متفقة مع سياسة الحكومة⁽³⁾.

وإن كان القانون رقم 81 لسنة 2016 قانون الخدمة المدنية قد تضمن في بابه الأول (الأحكام العامة) أن الوظائف المدنية حق للمواطنين علي أساس الكفاءة والجدارة، وهي تكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، وتكفل الدولة حقوقهم وحميتهم وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، ويحظر التمييز بين الموظفين في تطبيق أحكام هذا القانون بسبب الدين أو الجنس أو لأي سبب آخر.

(1) نص المادة(65) من دستور سنة 2014، أما في الدستور الساقط سنة 1971 فقد كفل هذا الحق وجعله في حدود القانون إذ نص في المادة (47) منه علي أن (حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشرة بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون).

(2) الجريدة الرسمية - العدد 43 مكرر (أ) في أول نوفمبر سنة 2016م.

(3) د/صبري حلي أحمد عبد العال، مرجع سابق ، ص150.

الأمر الذي يتضح منه أن المشرع المصري لم ينظم حق الموظف في التعبير عن آرائه السياسية في القوانين المنظمة للعمل حتى الآن عكس نظيرة الفرنسي، ولذلك نجد ندره الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة المصري فيما يتعلق بحرية الرأي السياسي للموظف العام بالمقارنة بنظيرة مجلس الدولة الفرنسي، وهذا بطبيعة الحال ناتج عن الحياة السياسية التي عاشتها مصر التي كبلت فيها الحريات وأخرست فيها الألسن⁽¹⁾.

المطلب الثاني

القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي للموظف العام

إن كان الموظف العام في الظروف العادية يخضع لكافة القيود الواردة على ممارسة حرية الرأي بوصفه مواطناً عادياً، فهو أيضاً يخضع في الظروف غير العادية عند ممارسته لحقوقه السياسية للقيود اللازمة للصفة الوظيفية وإن كانت هذه القيود لا تهدف إلى حظر الحقوق السياسية وإنما وضعها داخل إطار يتوافق مع واجبات الوظيفة العامة، هذه القيود المفروضة قد تكون ثابتة بنصوص عامة وصريحة وقد تكون واردة بنصوص خاصة أو تستشف من طبيعة العمل ذاته، مع الأخذ في الاعتبار أن هذه القيود التي تفرض على جميع الموظفين العموميين تتفاوت نسبتها حسب نوع الوظيفة ومرتبة الموظف في درجات السلم الإداري⁽²⁾.

أولاً: - القيود العامة

ما من وظيفة عامة أو خاصة إلا وعليها واجبات ملقاة على عاتق شاغليها هذه الواجبات والالتزامات واجب احترامها والمحافظة عليها وعدم الخروج على مقتضياتها ومن هذه القيود ما يلي:-

• واجب الطاعة الرئاسية

ذكرت المحكمة الإدارية العليا في إحدى قراراتها بشأن واجب طاعة الرؤساء بأن قالت (...تقتضي طاعة الرؤساء من العامل إلى جانب تنفيذ ما يصدر عنه إليه من أوامر وقرارات واحترامه لهم بالقدر الذي يجب أن يسود بين الرئيس والمرؤوس، فيستحق العامل الجزاء إذا وجه إلى رئيسه عبارات قاسية حتى لو ثبت صحة ما تضمنته هذه العبارات...)⁽³⁾.

وقد نص على هذا الواجب قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 الملغى بقوله (...يجب على العامل مراعاة أحكام هذا القانون وتنفيذها وعليه... أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر

(1) د/ طارق حسنين الزيات (حرية الرأي لدى الموظف العام في فرنسا ومصر) طبعة 1997م، ص 110.

(2) د/ صبري حلي أحمد عبد العال ، مرجع سابق، ص 590، 589.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا - بتاريخ 1965/6/5، مجموعة المبادئ القانونية ص 2048.

بدقة وأمانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها، ويتحمل كل رئيس مسؤولية الأوامر التي تصدر منه كما يكون مسئولاً عن حسن سير العمل في حدود اختصاصه⁽¹⁾.

وقد عمل الفقه الإداري علي إيجاد وتحقيق نوع من التوازن بين تقرير ممارسة الموظف لحقوقه السياسية وبين الحفاظ على هيئة الإدارة وقدرتها على تسيير مهامها على أتم وجه، وعلى أثر ذلك ظهر اتجاهان:-

الاتجاه الأول: يرى أن المرؤوس يملك ممارسة حقوقه السياسية دون خوف أو تردد فهو مواطن قبل أي شيء من حقه أن يمارس حقوقه المتنوعة أسوة بباقي المواطنين، أما في مجال العمل فطاعة المرؤوسين للرؤساء تمثل نقطة توازن بين ممارسة الرئيس لسلطته في الإشراف وتسيير العمل بالمرفق وحق المرؤوس في الإدلاء برأيه في العملية الإدارية فيما يعرض عليه والاجتهاد في إيجاد الحلول للمعوقات التي تواجهه مع وجود الاحترام المتبادل بين الرئيس والمرؤوس مما يحفظ للرئيس مكانته وللمرفق سيره وانتظامه.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أنه يتوجب على المرؤوس عند ممارسة حقوقه السياسية أن يتقيد بواجب الطاعة خصوصاً في مجال التعبير عن الرأي فعند مخاطبة الرؤساء أو مناقشتهم في أمور العمل أو أمور أخرى يتوجب احترامهم بالقدر الذي يسود بين الرئيس والمرؤوس⁽²⁾، فلا يحق للموظف أن يتناول على رئيسه بما لا يليق⁽³⁾ وذلك في تحديه أو التشهير به أو التمرد عليه⁽⁴⁾ حتى إن بعضهم ذهب في هذا الشأن إلى ضرورة عدم السماح للمرؤوسين إبداء آرائهم ومقترحاتهم، فالرئيس وحده الذي يتجشم عبء المسؤولية وبالتالي ليس هناك ما يسوغ مناقشة المرؤوس لرئيسه، وإن السماح بهذا الحق داخل الجهاز الإداري يؤدي إلى الصراع بينهما والبطء في انجاز العمل⁽⁵⁾، وفي مجال الآراء السياسية إذا كانت هذه الآراء قد أوجدت ثغرة في صرح العلاقة الرئاسية فعلى المرؤوس أن يلتزم بالحيدة المفروضة على الموظفين وذلك كي لا تصبح مكاتبهم الرسمية أماكن للدعايات السياسية⁽⁶⁾.

(1) نص المادة (76) فقرة (8) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 الملغى.

(2) عبد المحسن السالم (العوارض الوجوبية والتقديرية للمسؤولية التأديبية للموظف العام ، مقارنة بعوارض المسؤولية الجنائية في التشريعين العرقي والمصري) الطبعة الأولى ، مطبعة دار القادسية ، بغداد ، سنة 1986م ، ص 105 .

(3) رجاء جواد كاظم (حدود طاعة الموظف العام للرئيس الإداري في القانون المصري والكويتي) الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، سنة 2009م ، ص 114

(4) عبد المنعم مصطفى فهمي (عمال الإدارة وحرية الرأي) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة 1977م ، ص 314 .

(5) د/ محمد حامد الجمل (الموظف العام فقهاً وقضاء) الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، سنة 1958م ، ص 1510، 1511

(6) د/ عاصم احمد عجيلة (طاعة الرؤساء في الوظيفة العامة إدارياً - تأديبياً - جنائياً - مدنياً - مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، عالم الكتب ، سنة 2009م ، ص 267 .

• واجب المحافظة على الأسرار الوظيفية :

انتهج المشرع فيما سنه من قوانين بهذا الشأن سواء في فرنسا أو مصر سياسة عدم وضع تعريف مانع جامع للفظ السر مكتفياً بذكر صورته أو ضرب بعض الأمثال له، في حين أنه يصعب وضع تعريف محدد للسر (لنسبيته) فما يعد سراً عند شخص قد لا يعد كذلك عند آخر، أيضاً ما يعد سراً في ظروف معينة قد لا يكون كذلك في غيرها، لذا حاول بعض الفقه تعريفه بأنه (معلومة يترتب على إفشائها ضرر أو تفويت مصلحة وذلك خلال مدة معينة)⁽¹⁾، وعرف أيضاً بأنه (كل خبر أو مستند يجب أن يمتنع الموظف عن إفشائه لوجود مصلحة في عدم الإفشاء سواء بالنسبة للفرد صاحب السر أو بالنسبة للوظيفة نفسها)⁽²⁾، وعرف أيضاً بأنه (كل تصرف فعلي أو قول يفضي إلى كشف الأسرار الوظيفية أو هتك أستارها)⁽³⁾.

وتعرف المعلومات الإدارية بأنها (تلك المعلومات الناتجة عن نشاط أجهزة الخدمات والأجهزة الاقتصادية الحكومية في مجالات الشؤون الإدارية والشؤون المالية والاقتصادية والفنية، وهي تلك المعلومات التي تساعد الإدارة علي تحقيق أغراضها في الرقابة والإشراف ووضع الخطط والتوجيه ووضع السياسات وغيرها)⁽⁴⁾.

لذلك حظرت جميع التشريعات التي سبقت القانون رقم 47 لسنة 1978 التي نظمت علاقة العاملين المدنيين بأجهزة الدولة قيام أي موظف بالإدلاء بأية بيانات أو معلومات تتعلق بوظيفته إذا كانت سرية :-

- فقد حظر القانون رقم 210 لسنة 1951 بشأن موظفي الدولة علي الموظف بأنه لا يجوز أن يفضي بمعلومات أو إيضاحات عن المسائل التي ينبغي أن تظل سرية بطبيعتها.

- والقانون رقم 46 لسنة 1964 بشأن نظام موظفي الدولة حظر إفشاء الأمور التي يطلع عليها العامل بحكم وظيفته، إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك ولو بعد ترك العامل الخدمة.

- والقانون رقم 58 لسنة 1971 بإصدار نظام العاملين بالدولة حظر أن يفضي العامل بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غير ذلك من طرق النشر، إلا إذا كان مصرحاً له

(1) د/ طارق حسنين الزيات، مرجع سابق ، ص 291 .

(2) د/ غانم محمد غانم (الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدي الموظف العام) دار النهضة العربية، سنة 1988م، ص 18.

(3) د/ ماهر فيصل صالح الدليبي ، د/ وليد مرزة المخزومي (المسؤولية القانونية للموظف عن إفشائه الأسرار الوظيفية) بحث منشور في مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (1) ، سنة 2010م، ص 229 ، 230.

(4) د/ محمود عباس حمودة ، أبو الفتوح حامد عوده (الأرشفة ودوره في مجال المعلومات الإدارية) مكتبة نهضة الشرق ، جامعة القاهرة، دون سنة نشر، ص 257.

بذلك من الرئيس المختص، كما حظر على العامل أن يفشي الأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضي بذلك.

- وفي قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 نص في مادته (77) فقرة 9,8,7 علي ما يلي يحظر علي العامل:-

الفقرة(7) : على العامل أن لا يفشى بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غير ذلك من طرق النشر، إلا إذا كان مصرحاً له بذلك كتابة من الرئيس المختص.

الفقرة(8) : أن يفشى بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته عن طريق الصحف أو غير ذلك من طرق النشر، إلا إذا كان مصرحاً له بذلك كتابة من الرئيس المختص.

الفقرة(9) : أن يحتفظ لنفسه بأصل أية ورقة من الأوراق الرسمية أو ينزع هذا الأصل من الملفات المخصصة لحفظه ولو كانت خاصة بعمل كلف به شخصياً.

يتبين من هذا النص أنه جاء عاماً فلا يجوز للموظف أن يفشى بأي تصريح أو بيان عن أعمال وظيفته، ولو لم يكن لها طابع السرية، ولقد استقر القضاء الإداري على أن من يخالف الواجب الوظيفي من العاملين يمكن مساءلته تأديبياً، ومعنى ذلك أن حجب معلومات من حق المواطنين معرفتها توطئة لقيام حوار خلاق تعبر فيه شرائح المجتمع المختلفة عن رأيها فيما يدور داخل الأجهزة الإدارية، وممارسة الضغوط في محاولة لإصلاح الأمور فيها بما يعود على جميع المواطنين بالفائدة⁽¹⁾.

في حين تضمن القانون رقم 81 لسنة 2016 في الباب السابع (السلوك الوظيفي والتأديبي) في المادة (57) منه على أن (يتعين علي الموظف الالتزام بأحكام هذا القانون، ويحظر علي الموظف بصفة خاصة مباشرة الأعمال التي تتنافى مع الحيطة، والتجرد.....)، كما نص في المادة (58) من ذات القانون علي أن (كل موظف يخرج علي مقتضي الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازي تأديبياً..).

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن : كفالة حرية الرأي والتعبير والنقد لا تمنع الموظف بأن يتحدث عن رأيه طالما أنه لم يفش معلومات سرية بطبيعتها بل قام بنقد سياسة الجهة التي يعمل بها، أو إظهار الانحرافات والخلافات القانونية⁽²⁾.

وعلي الرغم من استقرار هذا المبدأ في عدد من أحكام المحكمة الإدارية العليا إلا أن هناك جانباً محافظاً في الفقه القانوني المصري لا زال يرى أنه يجب أن تكون هناك قيود على حرية الموظف العام في مجال

(1) د/ فاروق عبد البر، مرجع سابق، ص15.

(2) المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم 2000- س 30 – مجموعة السنة 34 – بند 136 – جلسة 1989/5/13 م ، ص 950.

إبدائه لرأيه وهو واجب حماية الأسرار التي تتعلق بالمرفق الذي يعمل به، فالقييد هنا تفرضه اعتبارات الأمن العام بالنسبة للدولة أو الأمن الخاص بالنسبة للمواطنين، كما يفرضه ضمان حسن سير العمل بانتظام واطراد بالمرافق العامة⁽¹⁾.

ثانياً: - القيود الخاصة :

• واجب الحياد الوظيفي :

على الرغم من الصعوبات التي تواجه تحديد مفهوم الحياد الوظيفي إلا إن الفقه لم يحجم عن ذلك فهناك من عرفه بأنه (عدم الانحياز في التعامل داخل الوظيفة باتخاذ موقف لجانب ضد جانب آخر بسبب المعتقدات أو الآراء السياسية)⁽²⁾، وعرف أيضاً بأنه (التزام الموظف بالابتعاد عن الاعتبارات السياسية والحزبية أثناء تأدية مهامه الوظيفية)⁽³⁾.

فإذا كان الموظف العام مطالباً دوماً بالحياد استناداً إلى القواعد العامة شأنه في ذلك شأن الموظف الفرنسي، إلا إن هذا المبدأ قد تعرض إلى حالات من التدهور نتيجة للتجربة التي عاشتها الإدارة العامة المصرية، ففي عام 1971 اتجهت الحكومة إلى إصلاح أوضاع الوظيفة وذلك تطبيقاً للمبدأ الدستوري الذي تضمنه دستور 1971، وعلى هذا الاتجاه سار دستور 2014 حيث جاء في نص المادة (14) منه على أن (الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة ودون محاباة أو وساطة، وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب وتكفل الدولة حقوقهم وحمايتهم وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي إلا في الأحوال التي يحددها القانون).

• واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام :

ذهب الفقه العربي إلي أن واجب التحفظ هو (تعبير الموظف عن آرائه بطريقة بعيدة عن التجريح أو التشهير أو التطاول أو التمرد أو المساس بالمرفق أو بالسلطات العامة في الدولة)⁽⁴⁾، وعرفه البعض الآخر بأنه (نوع من تصحيح السلوك أو تهذيب التصرف، إذ يفترض بالموظف الحصافة والأدب في أقواله وحسن النية في أفعاله والاعتدال في سلوكه على وجه العموم)⁽⁵⁾، وعرف

(1) د/ حمدي حموده (حق الصحفي في الحصول علي المعلومات ومدى تأثيره علي حق الجماهير في المعرفة والإعلام) الناشر/دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 2010م، ص 137.

(2) د/ مجدي مدحت النهري (قيود ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية) مكتبة الجلاء الحديثة ، مصر ، بدون سنة، ص 17، 18.

(3) د/ فوزي فرحات : القانون الإداري العام - الكتاب الأول ، التنظيم الإداري - نشاط الإدارة ، الطبعة الأولى ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، طرابلس ، سنة 2004م، ص 341.

(4) د/ مغاوري محمد شاهين (المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام) دون طبعة ، دون دارنشر ، سنة 1974 ، ص 155.

(5) د/ عادل الطبطيني : (واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام) ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد (4) السنة (10) ، سنة 1986 ، ص 155.

أيضاً بأنه (مجموعة من القيود والضوابط القضائية التي يلزم الموظف بمراعاتها واحترامها حين التعبير عن آرائه السياسية بغية جعل ممارسة مهمات وظيفته ممكنة وسليمة)⁽¹⁾.

ولم يتطرق المشرع المصري إلي تطبيق هذا الواجب سوى بإشارات بسيطة قررتها محكمة القضاء الإداري في حكمها عندما ذهبت إلى أن (...لا تثريب على الموظف إذا كان معتداً بنفسه، واثقاً من سلامة نظره، شجاعاً في إبداء رأيه، صريحاً في ذلك أمام رئيسته لا يداور ولا يرائي مادام لم يجانب ما تقتضيه وظيفته من تحفظ ووقار وما تستوجهه علاقته برئيسه من التزام حدود الأدب واللياقة وحسن السلوك...)⁽²⁾.

• تعقيب الباحث :

يرى الباحث أن الموظف (الحكومي - العام والخاص) مواطناً مصرياً يتمتع بكافة الحقوق والحريات، يتحمل كافة الواجبات والالتزامات المفروضة علي سائر المواطنين من بني وطنه - من يستظلون معه بمظلة الدستور- الكافل للحقوق، المنظم للحريات، الفاصل بين السلطات (التنفيذية والتشريعية والقضائية) بجائز سد ومنيع في إطار من الشرعية والمشروعية المستمدة من قواعد القانون الدولي وإعلانات الحقوق والحريات والمؤتمرات والاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان في العالم بأسره.

وإن كانت الدساتير المصرية المتعاقبة - وليدة ثورات مصرية حرة آبية - قد أغفلت عن قصد حق الموظف في ممارسة حقه الطبيعي في حرية الرأي والتعبير عنه - المكفول سماوياً منذ بدء الخليقة وحتى قيام الساعة ودستورياً مع أول انتفاضة واحتجاج قام بها المواطن المصري - وتبعه في ذلك سائر القوانين العادية المنظمة للعاملين المدنيين بالدولة، الأمر الذي جعل جهة الإدارة تفتتت وتنتقص من الحق في حرية الرأي للموظف بل وتقيده وتكبله بقيود تتفاوت نسبياً حسب نوع وطبيعة الوظيفة التي يشغلها، على حين غفلة من المشرع الدستوري، الذي لم ينظم تلك الحرية ولم يحدد تحديدها واضحاً ودقيقاً القيود الواردة علي ذلك الحق.

لذلك أري أن هناك قصوراً تشريعياً وخللاً تنظيمياً يستوجب معه والحال كذلك التدخل التشريعي لإزالة القصور وسد الخلل وترميم وترسيم الهيكل القانوني لنظام العاملين المدنيين بالدولة، على أن يصدر علي أثره قانون جديد يتضمن كافة الحقوق والحريات التي تتعلق بالموظف المصري بشكل واضح ودقيق أسوه بالدستور الفرنسي الذي تضمن في ديباجة دستوره عام 1946 كفالة مبدأ حرية

⁽¹⁾ د/ علي خطار شطناوي (حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي) مجلة الشريعة والقانون الإماراتية ، العدد (10) ، سنة 1996م، ص 279 .

⁽²⁾ المستشار جلال احمد الادمع (التأديب في ضوء محكمتي الطعن (النقض - الإدارية العليا) الطبعة الثانية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، سنة 2003م، ص 399 ، 400 .

الرأي والتعبير للموظفين الذي جاء على أثره القانون رقم 13 لسنة 1983 (قانون التوظيف) ليرجم ما جاء بالنصوص الدستورية المتعاقبة على فرنسا.

الخاتمة :

بحمد الباري ونعمة منه وفضل نضع قطراتنا الأخيرة بعد رحلة من الدراسة مرت بمبحثين انقسما إلي مطلبين دار الفكر بينهما وتدبر العقل من خلالهما نحو (ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام عبر التطور التكنولوجي - دراسة مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري).

ولقد كانت رحلة جاهدة للارتقاء بدرجات العقل ومعراج الأفكار" عندما حاولت أن أتناول هذه الدراسة عن طريق السرد العلمي والقانوني لمباحث الدراسة بإذلاً قصارى جهدي بشكل يكاد أن يكون مختلفاً بعض الشيء عن باقي الدارسات السابقة التي تناولت حرية الرأي والتعبير للموظف العام وفقاً لطريقتهم الخاصة في السرد وفي المضمون، فكان من الصعب عليّ أن أقوم بعرض كامل لموضوع حرية الرأي والتعبير للموظف العام، وذلك من خلال التعبير عن رأيهم مباشرة دون واسطة وذلك بطريقة تسلسلية لموضوع الدراسة ممزوجة بالمقارنة بين النصوص الدستورية والقانونية والسوابق القضائية لكل من النظامين الفرنسي والمصري.

وفي نهاية دراستي التي تناولت فيها ضوابط ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظف العام عبر التطور التكنولوجي، سوف أقوم بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها وطرح أهم ما يستحق منها من توصيات ومقترحات :-

• نتائج الدراسة :

- أن الثورة الهائلة التي شهدتها العالم في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات أتاحت فضاءً أوسع لممارسة حرية الرأي والتعبير والحقوق والحريات المرتبطة به لكل موطني دول العالم دون تمييز، ومكنت المستخدمين من التعبير عن آرائهم والتواصل مع آخرين حول العام مع احتفاظهم بهويتهم الشخصية سراً.
- أن التطورات التكنولوجية أحدثت ثورة معلوماتية عنكبوتية كان لها دوراً مهماً في جذب جمهور المستمعين وكثرة المشاهدين للتثقيف السياسي وزيادة الوعي والانتماء الوطني.
- تزايد آليات سيطرة الحكومة على كافة وسائل ممارسة حرية الرأي والتعبير للموظفون العموم ليصبحوا أدوات للتعبير عن النظام.
- عدم مشروعية تسجيل المكالمات التي تجري بين الموظفين أو العاملين أثناء فترات العمل الرسمي سواء تم ذلك برضاء صريح أو ضمني أو دون علمهم.

- العلاقة الوطيدة بين قوي الشعب والحكومة تثبت أنه كلما قل تشبث الدولة بالسيادة كلما زادت مساحة حقوق الإنسان وحرياته وعلت مبادئ التنظيم الدولي على الأنظمة الداخلية لها.
- عكف الكثير من الدول على توفير الحماية والضمانة اللازمة لحفظ أمنها القومي الداخلي والخارجي عن طريق فرض القيود المختلفة من خلال ما تصدره من تشريعات تعمل على تنظيم كافة الحقوق والحرريات.

• توصيات ومقترحات الدراسة :

أوصي وأقترح ما يأتي :

- أنه لا بد من مواكبة التطورات والتقنيات التكنولوجية الحديثة في مجال ممارسة حرية الرأي والتعبير، وكذلك في مجال الاتصالات لما لها من أثر وفضل على حرية الرأي والتعبير لسائر أفراد المجتمع وفقاً لنصوص المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية.
- أن هناك قصوراً تشريعياً وخلقاً تنظيمياً يستوجب معه التدخل التشريعي لإزالة القصور وسد الخلل وترميم وترسيم الهيكل القانوني لنظام العاملين المدنيين بالدولة، على أن يصدر على أثره قانون جديد ينص على كافة الحقوق والحرريات التي تتعلق بالموظف المصري بشكل واضح ودقيق، أسوة بالدستور الفرنسي الذي تضمن في ديباجة دستوره عام 1946 كفالة مبدأ حرية الرأي والتعبير للموظفين، والذي جاء على أثره القانون رقم 13 لسنة 1983 (قانون التوظيف) ليترجم ما جاء بالنصوص الدستورية المتعاقبة على فرنسا .
- فلا بد من التدخل التشريعي على غرار التشريع الفرنسي ليؤكد على حرية الموظفين أو العاملين في اعتناق الآراء السياسية، وأن يحيط هذه الحرية بضمانات واسعة النطاق لممارستها وذلك عن طريق تشكيل لجان استشارية وإدارية وفنية من موظفين عموميين لاطلاعهم على كافة القرارات التي تتعلق بهم وأخذ رأيهم قبل البت فيها من جانب الجهة الإدارية.
- إتاحة حقهم في التظاهر السلمي فهو قبل أن يكون موظفاً فهو شخص عادي من أفراد الشعب له ما لأقرانه من بني وطنه وعليه ما عليهم ، فإذا كان القانون قد أتاح للعمال حق الإضراب طبقاً للقانون المصري رقم 12 لسنة 2013م، فمن الطبيعي أن يتيح لهم أيضاً حق التجمع السلمي، مع وضع ضوابط وقيود تعمل على حسن سير المرفق العام.
- وفي نهاية النتائج والتوصيات أرى أنه لا يمكن القول بأني قد وصلت إلى درجة الكمال فإني على يقين تام أن الكمال لله وحده الذي أختص به ذاته العليا، وأن العمل البشري دائماً ما يعتريه النقص والخلل، فإن كان في هذه الدراسة من توفيق فهو من عند الله وحده وإن كان فيها من خطأ أو سهو أو نسيان فلي أجر المجتهد، وأسأل الله عز وجل أن يجنبني السهو الخطأ، وأن يجعل هذه الدراسة من العلم النافع الذي يستفيد منه بني البشر والأجيال القادمة من الباحثين وأن أنال بها الثواب في الدار الآخرة.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

أولاً:- المراجع باللغة العربية :

● الكتب القانونية :

- أبو الفتوح حامد عوده (الأرشيف ودوره في مجال المعلومات الإدارية) مكتبه نهضة الشرق ،جامعة القاهرة، دون سنة نشر.
- اكسافيه فليب(القانون الإداري للحريات) ترجمة طلال عبد الله محمود، ضمن متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في الترجمة ، كلية الترجمة، جامعة بغداد، 2004م.
- انس جعفر (الوظيفة العامة) الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ،سنة 2009م.
- بدوي عبد العليم السيد (مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة وضمانات تطبيقه) دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006م.
- جلال احمد الادمع (التأديب في ضوء محكمتي الطعن (النقض - الإدارية العليا) الطبعة الثانية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، سنة 2003 م .
- حسين عثمان محمد عثمان (أصول القانون الإداري) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،سنة 2006 م.
- حمدي حموده (حق الصحفي في الحصول علي المعلومات ومدى تأثيره علي حق الجماهير في المعرفة والإعلام) الناشر/دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة 2010م.
- رجاء جواد كاظم (حدود طاعة الموظف العام للرئيس الإداري في القانون المصري والكويتي) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، سنة 2009م.
- سعاد شرقاوي (نسبة الحريات العامة وانعكاساتها علي التنظيم القانوني) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1979م.
- صبري حلبي احمد عبد العال (ضوابط ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية)،دار الكتب الوطنية، مصر ، 2010م.
- طارق حسنين الزيات (حرية الرأي لدي الموظف العام في فرنس ومصر) طبعة 1997م.
- عاصم احمد عجيله (طاعة الرؤساء في الوظيفة العامة إدارياً - تأديبياً - جنائياً - مدنياً- مقارنة بالشريعة الإسلامية)، عالم الكتب، سنة 2009م.
- عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان(أصول القانون الإداري) دار النهضة العربية، سنة 1986م.

- عبد الحسن السالم (العوارض الوجوبية والتقديرية للمسؤولية التأديبية للموظف العام ، مقارنة بعوارض المسؤولية الجنائية في التشريعين العرقي والمصري) الطبعة الأولى ، مطبعة دار القادسية ، بغداد ، سنة 1986م.
- غانم محمد غانم (الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدي الموظف العام) دار النهضة العربية، سنة 1988م.
- فاروق عبد البر (مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة) الجزء الثاني ، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1991م.
- فتحي بكري (قيود تعبير الموظف عن آرائه في الصحف) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989م.
- فوزي فرحات : القانون الإداري العام - الكتاب الأول ، التنظيم الإداري - نشاط الإدارة ، الطبعة الأولى ، مكتبه الحلبي الحقوقية ، طرابلس ، سنة 2004م.
- مجدي مدحت النهري (قيود ممارسة الموظف العام للحقوق والحريات السياسية) مكتبة الجلاء الحديثة ، مصر ، بدون سنة .
- محمد انس جعفر (أصول القانون الإداري) دار النهضة العربية، سنة 1986م.
- محمد حامد الجمل (الموظف العام فقهاً وقضاء) الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، سنة 1958م.
- محمود عباس حمودة (الأرشيف ودوره في مجال المعلومات الإدارية) مكتبه نهضة الشرق ،جامعة القاهرة، دون سنة نشر.
- مغاوري محمد شاهين (المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام) دون طبعة ، دون دار نشر ، سنة 1974م.
- نبيلة عبد الحلیم كامل (الوظيفة العامة والحقوق السياسية للموظف العام) الطبعة الثانية، الناشر/ دار النهضة العربية، سنة 1996م.
- الرسائل العلمية :
رسائل الماجستير:
- محمد نجم جلاب (حرية الموظف في التعبير عن الرأي - دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، سنة 2013م.
- رسائل الدكتوراه :
- رشا عبد الرازق جاسم (المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي -دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، 2009م.

- عبد المنعم مصطفى فهمي (عمال الإدارة وحرية الرأي) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1977م.
- محمد جودت الملط (المسؤولية التأديبية للموظف العام) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1967م.
- محمد يحي احمد كرج (حقوق وحرريات الموظف العام) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت ، 2002م.
- الأبحاث والمقالات والمجلات :
- عادل الطبطائي (واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام) بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد (4) السنة (10) ، 1986م.
- علي خطار شطناوي (حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي) مجلة الشريعة والقانون الإماراتية، العدد (10) ، سنة 1996م.
- ماهر فيصل صالح الدليمي (المسؤولية القانونية للموظف عن إفشائه الإسرار الوظيفية) بحث منشور في مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (1) ، سنة 2010م.
- وليد مرزة المخزومي (المسؤولية القانونية للموظف عن إفشائه الإسرار الوظيفية) بحث منشور في مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (1) ، سنة 2010م.
- القوانين والقرارات والجرائد الرسمية :
- المادة (10) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في 26 آب 1789.
- المادة (11) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، مرجع سابق .
- المادة(65) من دستور سنة 2014، أما في الدستور الساقط سنة 1971 فقد كفل هذا الحق وجعله في حدود القانون إذ نص في المادة (47) منه علي أن (حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشرة بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون) .
- الجريدة الرسمية(نص المادة (76) فقرة (8) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 الملغي.
- الأحكام القضائية المصرية :
- المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم 2000- س 30 - مجموعة السنة 34 - بند 136 - جلسة 1989/5/13م.
- المحكمة الإدارية العليا - بتاريخ 1965/6/5، مجموعة المبادئ القانونية - العدد 43 مكرر (أ) في أول نوفمبر سنة 2016م.

ثانياً: - المراجع باللغة الأجنبية :

- Article (26) - law of (634) of 1983 .
- Article (28) - law of (634) of 1983 .
- Article (6) -law of (634) of 1983 .
- C E D H :6Mars 1953 .dlle Faucheux . Rec .
- C.E.8.11 .1985. Rec.
- V.Rene Chapus" :dorit adm.general" Tome2,8Ed,195 monthr estion.

تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية

في ضوء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية

The funding of cooperation and partnership
of territorial collectivities in the light of the
organic laws relevant to the territorial collectivities



كريم الشكاري : دكتور في القانون العام باللغة الفرنسية

جامعة محمد الخامس - الرباط كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي

Karim CHEGGARI: Phd in public law in French- Mohammed V-University

Faculty of legal, economic and social sciences- Souissi

ملخص :

يحتل موضوع تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في ضوء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية مكانة هامة في تعزيز مسار اللامركزية الترابية ببلادنا، حيث أن تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية يبقى رهينا بمدى توفر الجماعات الترابية على موارد مالية كافية لتحقيق مختلف البرامج التنموية المنوطة بها. إلا أن واقع الحال أثبت أن تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية يبقى محدودا نظرا لقلّة الموارد المالية التي تتوفر عليها من جهة ومن جهة أخرى تلجأ مجموعة من الجماعات الترابية إلى قروض مما يعبر عن عجزها عن توفير موارد ذاتية للمساهمة في التنمية. ولتجاوز هذه الوضعية، وجب العمل على إعادة النظر في الإطار القانوني المنظم لتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية بغية إيجاد موارد مالية كافية وقادرة على تمكين الجماعات الترابية من القيام بمهامها.

• كلمات مفتاحية : تمويل - تعاون - شراكة - الجماعات الترابية - القوانين التنظيمية.

Abstract :

The subject of financing the cooperation and partnership of the territorial collectivities in the light of the organic laws related to the territorial collectivities occupies an important place in strengthening the path of territorial decentralization in our country, as the achievement of economic and social development remains dependent on the extent to which the territorial collectivities have sufficient financial resources to achieve the various development programs entrusted to them. However, the reality of the situation proves that the financing of cooperation and partnership of territorial communities remains limited due to the scarcity of financial resources that are available to them on the one hand, and on the other hand, a group of local communities resort to loans, which expresses their inability to provide self-resources to contribute to development. In order to overcome this situation, work must be done to review the legal framework governing the financing of cooperation and partnership of the territorial collectivities in order to find sufficient financial resources capable of enabling the territorial collectivities to carry out their tasks.

• **Keywords** : financing, cooperation, partnership, territorial collectivities, organic laws.

بعد الاستقلال، كان لزاما على المشرع المغربي تثبيت نظام اللامركزية الإدارية الذي أسسه ظهير 23 يونيو 1960¹، عن طريق سن نص جبائي خاص بالجماعات المحلية لتفعيل مبدأ الاستقلال المالي التي أحدثتها (800 جماعة)². هكذا، جاء ظهير 23 مارس 1962³ بفتتين من الضرائب والرسوم : الفئة الأولى لها طابع اختياري، والفئة الثانية لها طابع إجباري، بحيث أعطى للمجالس المحلية لتقدير اعتماد الرسوم الاختيارية أو الاستغناء عنها⁴.

وقد خضع ظهير 23 مارس 1962 لبعض التعديلات كتلك المتضمنة في ظهير 22 فبراير 1973 بمثابة قانون⁵ الذي نص في فصله الأول على ما يلي : « يغير عنوان الظهير الشريف رقم 1.60.121 الصادر في 16 شوال 1381 (23 مارس 1962) بشأن الأداءات البلدية كما يلي : الظهير الشريف رقم 1.60.121 الصادر في 16 شوال 1381 (23 مارس 1962) بشأن الأداءات الجماعية ».

وأمام تزايد عدم قدرة ظهير 23 مارس 1962 على مواكبة التطور الذي عرفته الجماعات المحلية من حيث هيكلتها و الاختصاصات الجديدة الموكولة إليها⁶، انطلق مسلسل المطالبة بإصلاح النظام الجبائي المحلي، خصوصا منذ انعقاد المناظرة الوطنية الأولى للجماعات المحلية بمراكش بتاريخ 4 دجنبر 1977، والتي كان من توصياتها ضرورة إصلاح النظام الجبائي المحلي بقصد تنمية موارد الجماعات وتعزيزها⁷.

¹ ظهير الشريف رقم 1.63.273 بتاريخ 28 ذي الحجة 1379 الموافق ل 23 يونيو 1960 بشأن نظام الجماعات، ج.ر عدد 2487 بتاريخ 29 ذي الحجة 1379 (24 يونيو 1960)، ص.1970.

² إبراهيم حميجو : « قراءة أولية في مشروع الإصلاح الجبائي المحلي »، رسالة الجماعات المحلية، المملكة المغربية، وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، العدد 13، أبريل-يونيو 2005، ص.7.

³ ظهير الشريف رقم 1.60.121 بتاريخ 16 شوال 1381 الموافق 23 مارس 1962 بشأن الأداءات البلدية، ج.ر عدد 2580 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1381 (6 أبريل 1962)، ص.783.

⁴ إبراهيم حميجو: « قراءة أولية في مشروع الإصلاح الجبائي المحلي »، مرجع سابق، ص.8.

⁵ ظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.241 بتاريخ 18 محرم 1393 (22 فبراير 1973) يغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.60.121 الصادر في 16 شوال 1381 (23 مارس 1962) بشأن الأداءات البلدية، ج.ر عدد 3151 بتاريخ 15 صفر 1393 (21 مارس 1973)، ص.837.

⁶ المحجوب الدريالي : « النظام الجبائي المحلي على ضوء القانون رقم 47.06 »، بحث تأهيلي لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص : قانون الإدارة العمومية والجماعات المحلية، جامعة محمد الخامس-السويدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا، السنة الجامعية : 2007-2008، ص.6.

⁷ من الوصاية إلى التعايش، المناظرة الوطنية حول الجماعات المحلية، من فاتح إلى 4 دجنبر 1977، ص.191-192.

وبغية تدعيم موارد الجماعات المحلية جاء القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي¹، الذي خصص الجزء الثالث منه للموارد المالية للجماعات المحلية، حيث نص على ما يلي : « سترصد الدولة لإنجاز مخططات التنمية الاعتمادات اللازمة لتمكين الجماعات المحلية من تحسين تجهيزاتها والقيام بالمسؤوليات الجديدة المنوطة بها»².

كما تحدث ذات القانون عن ما يلي :«سترصد لميزانيات الجماعات المحلية حصيلة الضريبة المهنية والضريبة الحضرية المفروضة على العقارات التي يسكنها ملاكها والضريبة العقارية.

وسيرصد كذلك لميزانيات الجماعات المذكورة جزء من حصيلة الضريبة على القيمة المضافة، وستحدد هذه الحصة التي لن تقل عن 30 % من حصيلة الضريبة في قوانين المالية.

كما ستحدث رسوم أخرى لتنمية موارد الجماعات المحلية»³.

بعد ذلك، صدر القانون رقم 30.89⁴ الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من فاتح يناير 1990، واعتبر آنذاك محطة مهمة من خلال عمله على تبسيط الإطار القانوني ودعم الموارد الجبائية للجماعات المحلية⁵.

لكن القانون رقم 30.89 بدوره لم يعد مسائرا لمتطلبات المالية المحلية وحاجياتها التنموية أمام تزايد نفقات التسيير وكثرة الحدود التقنية بالإضافة إلى عدم قدرته على مواكبة الإصلاح الإداري الذي تعرفه

¹ القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.38 صادر في 21 من رجب 1404 (23 أبريل 1984)، ج.ر عدد 3731 بتاريخ 30 رجب 1404 (2 ماي 1984)، ص.551.

² الفصل 25 من القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي.

³ الفصل 26 من القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي.

⁴ القانون رقم 30.89 يحدد بموجبه نظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 صادر في 21 من ربيع الآخر 1410 (21 نوفمبر 1989)، ج.ر عدد 4023 بتاريخ 6 جمادى 1410 (6 ديسمبر 1989)، ص.1573.

⁵ Abdellatif EL ATROUZ : « La gestion des collectivités décentralisées entre les contraintes financières et les exigences du développement local », Thèse de doctorat d'Etat en Droit public, Université Hassan II, FSJES-Casablanca, 2003, p.79.

سياسة اللامركزية¹ خصوصا بعد صدور القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي² وكذا القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العملات والأقاليم³.

وفي هذا الشأن ، قال الملك محمد السادس في خطابه في الموجه إلى المشاركين في الملتقى الوطني حول الجماعات المحلية بأكادير بتاريخ 12 دجنبر 2006 ما يلي : « وبالرغم مما تتوفر عليه الجماعات المحلية، من موارد مستقلة وهامة، فإن تفعيل هذه الصلاحيات يستوجب إصلاح النظام الجبائي والمالي والمحاسبي، لهذه الجماعات، في اتجاه تبسيطه، وتحسين تدبيره، والرفع من مردوديته...»⁴.

وبالفعل، بعد مرور ثمانية عشر سنة من التجربة الجبائية الثانية التي أقرها قانون 30.89، صدر القانون رقم 47.06⁵ الذي دخل حيز التنفيذ في فاتح يناير 2008⁶.

يحتوي قانون رقم 47.06 المتعلق بالجبائيات المحلية على 178 مادة، بالإضافة إلى ملحق يقدم قائمة بالأنشطة الخاضعة للرسم المهني. وتتوزع هذه المواد على ثلاثة أجزاء : الجزء الأول يتعلق بقواعد الوعاء والتحصيل، ويتكون من ثلاثة أقسام تضم 148 مادة، والجزء الثاني ينظم إجراءات مسطرة المراقبة

¹ المحجوب الدربالي : « جبائيات الجماعات المحلية : دراسة تحليلية في ضوء تقرير المجلس الأعلى للحسابات وآخر اجتهادات القضاء الإداري »، سلسلة مواضيع حول الجماعات الترابية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، ص.8-9.

² القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر عدد 5058 بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002)، ص.3468.

³ القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العملات والأقاليم الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر عدد بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002)، ص.3490.

⁴ خطاب جلالته الملك إلى المشاركين في الملتقى الوطني حَوْلَ الجماعات المحلية المنعقد بأكادير (الثلاثاء 12 دجنبر 2006 م)، محمد السادس- ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية- الرباط، الجزء الواحد والخمسون، القسم الثاني، 1427 هـ/2006 م، ص.503.

⁵ القانون رقم 47.06 المتعلق بـجبائيات الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.195 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، ج.ر عدد 5583 بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 (3 ديسمبر 2007)، ص.3734.

⁶ تجدر الإشارة إلى أن نفس التاريخ عرف دخول حيز التطبيق القانون رقم 39.07 بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.07.209 الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2007 والمتعلق بسن أحكام انتقالية فيما يتعلق ببعض الرسوم والحقوق والمساهمات والأتاوى المستحقة لفائدة الجماعات المحلية والذي نص في مادة فريدة على أنه تظل سارية المفعول بصفة انتقالية أحكام الأبواب 4 و5 و8 و9 و10 و11 و12 و13 و14 و15 و32 و33 و34 من الكتاب الثاني من القانون رقم 30.89 المحدد بموجبه نظام للضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 بتاريخ 21 من ربيع الآخر 1410 (21 نوفمبر 1989)، ج.ر عدد 5591 بتاريخ 20 ذو الحجة 1428 ، (31 ديسمبر 2007)، ص.4688.

والمنازعات، ويتكون من قسمين يضم المواد من 149 إلى المادة 166، أما الجزء الثالث فيضم من 167 إلى المادة 178، ويتعلق الأمر بأحكام مختلفة¹.

جاءت مقتضيات القانون رقم 47.06 بعدد من المستجدات، ولعل أهمها يتعلق بما يلي :

- تغيير أسماء بعض الضرائب والرسوم (على سبيل المثال : تغيير اسم الضريبة المهنية بالرسم المهني، والضريبة الحضرية برسم السكن، ورسم النظافة برسم الخدمات الجماعية) ؛
- توحيد تسمية المستحقات الجبائية للجماعات المحلية بتبني تسمية الرسم، عوض تعدد التسميات من ضرائب ورسوم ورسوم إضافية ؛
- ربط الرسم المحلي بوثائق التعمير ؛
- تبني نظام الإقرار ؛
- تحديد الحد الأدنى للأسعار ؛
- توحيد المسطرة الجبائية المحلية وملائمتها مع مثلتها المطبقة على مستوى ضرائب الدولة ؛
- تقليص عدد الرسوم المحلية²...

إلا أنه وبالرغم من أهمية ما جاء به القانون رقم 47.06، فإن المستجدات القانونية والدستورية التي عرفتها اللامركزية بالمغرب، أصبحت تفرض إصلاح النظام الجبائي والمالي للجماعات الترابية لكي يواكب هذه المستجدات³.

وفي هذا الصدد، صدر القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها⁴ ومرسوم 3 يناير 2010 المتعلق بالحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها⁵، واللذان حاول المشرع من خلالهما تبسيط مساطر التدبير المالي المحلي.

¹ جميلة دليبي : « الوعاء الجبائي المحلي بين حدود الإصلاح ورهانات الحكامة الجيدة ». مالية الجماعات المحلية في دول المغرب، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2011، ص.20-21.

² جميلة دليبي : « الوعاء الجبائي المحلي بين حدود الإصلاح ورهانات الحكامة الجيدة ». نفس المرجع.

³ المحجوب الدرالي : «جبايات الجماعات الترابية : دراسة تحليلية في ضوء تقرير المجلس الأعلى للحسابات وآخر اجتهادات القضاء الإداري ». مرجع سابق، ص.11.

⁴ القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (28 فبراير 2009)، ج.ر عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص.545.

⁵ مرسوم رقم 2.09.441 صادر في 17 من محرم 1431 (3 يناير 2010) بسن نظام للحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها، ج.ر عدد 5811 بتاريخ 23 صفر 1431 (8 فبراير 2010)، ص.400.

وفي 9 مارس 2011، وجه الملك محمد السادس خطاباً قال فيه ما يلي: « شعبي العزيز، أخطبكم اليوم، بشأن الشروع في المرحلة الموالية، من مسار الجهوية المتقدمة، بما تنطوي عليه من تطوير لنموذجنا الديمقراطي التنموي المتميز، وما تقتضيه من مراجعة دستورية عميقة، نعتبرها عماداً لما نعتزم إطلاقه من إصلاحات جديدة شاملة، في تجاوب دائم مع كل مكونات الأمة¹... ».

بعد ذلك، وجه الملك محمد السادس في 17 يونيو 2011 خطاباً جاء فيه ما يلي: « شعبي العزيز، أخطبكم اليوم، لنجدد العهد المشترك بيننا بدستور جديد، يشكل تحولا تاريخيا حاسما، في مسار استكمال بناء دولة الحق والمؤسسات الديمقراطية، وترسيخ مبادئ وآليات الحكامة الجيدة، وتوفير المواطنة الكريمة، والعدالة الاجتماعية...² ».

بعد ذلك، عرض مشروع الدستور على الاستفتاء وتمت الموافقة عليه ونشر في الجريدة الرسمية³، حيث خصص 12 فصلا في بابه التاسع المعنون ب: « الجهات والجماعات الترابية الأخرى ».

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 146 من الدستور المغربي لسنة 2011، صدرت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية على الشكل التالي:

- القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات⁴ ؛
- القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم⁵ ؛
- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات⁶.

¹ خطاب جلالة الملك محمد السادس إلى الأمة يعلن فيه عن الشروع في مراجعة الدستور (الأربعاء 9 مارس 2011 م)، محمد السادس- ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية -الرباط، الجزء السادس والخمسون- القسم الأول، 1432 هـ/2011 م، ص.125.

² خطاب جلالة الملك محمد السادس إلى الأمة المعلن عن فاتح يوليو موعدا لإجراء الاستفتاء الشعبي حول مشروع الدستور الجديد (الجمعة 17 يونيو 2011)، محمد السادس- ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية -الرباط، الجزء السادس والخمسون- القسم الأول، 1432 هـ/2011 م، ص.347.

³ نص الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص.3600.

⁴ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6585.

⁵ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6625.

⁶ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص.6660.

تكتسي دراسة تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في ضوء القوانين التنظيمية أهمية كبرى نظراً لأنها ستتمكننا من معرفة الوسائل التي تتوفر عليها جماعاتنا الترابية من أجل تحقيق برامجها المسطرة في إطار تعاونها وشراكتها.

إن السؤال الذي يفرض نفسه علينا بالبحاح هو كيف تطرقت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية لتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية وما هو واقعه وآفاق الارتقاء به ؟

ومن هذا السؤال المحوري، تتفرع الأسئلة التالية :

- إلى أي حد سيساهم تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في تكريس الجهوية المتقدمة ؟
- كيف سيساهم تمويل وتعاون شراكة الجماعات الترابية في تنمية العالم القروي ؟
- إلى أي حد سيمكن تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية من تلبية حاجيات السكان في إطار سياسة القرب ؟

ومما سلف، سوف نتطرق لتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية في ضوء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية وفق التقسيم التالي :

- وسائل تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية (المبحث الأول) ؛
- واقع تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية وآليات الارتقاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وسائل تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية

تشكل الموارد المالية إحدى الدعائم الرئيسية للاستقلال المالي، إذ أنه كلما توفرت هذه الموارد المالية بكثرة إلا وكان حجم الاستقلال المالي للجماعة الترابية كبيرا والعكس في حالة ضعفها وقلتها¹. ومن هذا المنطلق، لا يمكن الحديث عن قرار تنموي محلي مستقل في ظل غياب تمتيع الجماعات الترابية بالموارد المالية الكافية² التي ستمكنها من ممارسة اختصاصاتها المسندة لها بموجب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل بغية تحقيق التنمية المحلية لسكانها.

ويقصد بهذه الموارد مجموع الموارد التي تتحقق داخل نطاق الجماعات الترابية والتي يتوقف اتخاذ قرار بشأنها على المجالس المحلية بصفة أساسية، وتشتمل بالتالي على مختلف الرسوم والجبایات المحلية وموارد ممتلكات الجماعات الترابية وباقي المداخل ذات الطابع الاستثنائي (هبات، وصايا...)³.

وفي هذا السياق، عمل دستور 2011 على تعزيز الاستقلال المالي للجماعات الترابية حيث نص في فصله 141 على أن كل اختصاص محول للجماعات الترابية يكون مقرون بالموارد المالية المطابقة له، ذلك إضافة إلى الموارد المالية الذاتية للجماعات الترابية والموارد المحولة من طرف الدولة⁴.

وفي هذا الصدد، نصت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية على الوسائل التالية لتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية : الموارد الذاتية (المطلب الأول) والموارد المخصصة من الدولة (المطلب الثاني) والاقتراضات (المطلب الثالث).

¹ أمال بلشقر: « تدبير الجماعات الترابية للمشاريع التنموية بين إكراهات الواقع ومتطلبات التنمية الجهوية المندمجة »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية: 2014/2015، ص.262.

² سهام شادلي: « إصلاح نظام الجبایة الجهوي على ضوء القانون التنظيمي الجديد للجهة »، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش، السنة الجامعية: 2015-2016، ص.13.

³ عبد اللطيف بروحو: « مالية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة ومتطلبات التنمية »، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة « مواضع الساعة »، عدد 70، 2011، ص.260.

⁴ إلياس الجرغوني: « تدبير الموارد المالية للجماعات الترابية »، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس، السنة الجامعية: 2015/2016، ص.12.

المطلب الأول : الموارد الذاتية :

إن استيفاء مداخيل الجماعات الترابية لا يمكن أن يتم إلا بالاستناد إلى مرجعية قانونية، أي وجود نص صريح عن طريق نص تشريعي أو تنظيمي أو بواسطة مقرر جماعي أو وثيقة الميزانية المحلية، وبالنسبة لفرض ضريبة ما أو رسم معين من طرف الأمر بالصرف اتجاه ملزم معين، يجب التأكد من شرعيتها بوجود نص قانوني لكون فرض الضريبة ليس من اختصاص المجالس المحلية، بل إن الجهاز التشريعي هو المؤهل لخلق الضرائب سواء كانت وطنية أو محلية¹.

وتعد الموارد الذاتية من المقومات الأساسية التي تنبني عليها التنمية المحلية في حيز ترابي معين، فهي المتحكمة في رهاناته التنموية وآفاقه المستقبلية²، وتعتبر القلب النابض للحياة العملية على المستوى المحلي، والمحفز لتحقيق التنمية الترابية. وتتكون الموارد الذاتية للجماعات الترابية مما يلي :

- حصيلة الضرائب والرسوم المأذون للجماعة الترابية في تحصيلها طبقا للتشريع الجاري به العمل ؛
- حصيلة الأتاوى المحدثة طبقا للتشريع الجاري به العمل ؛
- حصيلة الأجور عن الخدمات المقدمة ؛
- حصيلة الغرامات، طبقا للتشريع الجاري به العمل ؛
- حصيلة الاستغلالات والأتاوى وحصص الأرباح، وكذلك الموارد وحصيلة المساهمات المالية المتأتية من المؤسسات والمقاولات التابعة للجماعة الترابية أو المساهمة فيها ؛
- دخول الأملاك والمساهمات ؛
- حصيلة بيع المنقولات والعقارات³.

هذه التركيبة تظهر لنا جليا أن الموارد الذاتية للجماعات الترابية تتميز بطابعها الجبائي المتمثل في الضرائب والرسوم التي خول لها القانون تحصيلها وبتابعها غير الجبائي من خلال المداخيل المتأتية من تدبير الأملاك العمومية المحلية.

¹ محمد باهي : « قراءة في القانون رقم 47.06 بتاريخ 30 نونبر 2007 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية »، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، نونبر-دجنبر 2011، ص.11.

² محمد موساوي : « تهمين الموارد الترابية آلية لاستدامة التنمية المحلية بالمجالات القروية حالة جماعة اغزران »، منشورات الجماعة القروية لإغزران، رقم 2، التنمية القروية بالمناطق الجبلية الحاجيات والمنظرات، 26 ماي 2012، ص.224.

³ المادة 189 من القانون التنظيمي رقم 114.14 المتعلق بالجهات، المادة 167 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، المادة 174 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

إضافة إلى الموارد الذاتية، نصت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية على موارد منقولة أو مرصودة من الدولة.

المطلب الثاني : الموارد المنقولة أو المرصودة من الدولة :

تعمل الدولة على تخصيص جزء من مواردها ولاسيما ضرائبها العمومية لفائدة الجماعات الترابية¹. وتتكون هذه الموارد المالية من 30% من حصيلة الضريبة على القيمة المضافة، 5% من الضريبة على الشركات، 5% من الضريبة على الدخل، و 20% من حصيلة الرسم على عقود التأمين، تضاف إليها اعتمادات مالية من الميزانية العامة للدولة في أفق بلوغ سقف 10 ملايين درهم سنة 2021².

وتعتبر هذه من أهم المستجدات فيما يخص المالية المحلية حيث تم الارتقاء من نسبة 1% من الضريبة على الدخل والضريبة على القيمة المضافة إلى نسبة 5%. إلا أنها ستطبق بصورة انتقالية، ذلك أن قانون مالية 2016 لم يمنح إلا نسبة 2% للجماعات على أن يتم الرفع منها بصورة تدريجية لتبلغ سقف 5%³.

هذه الموارد في نظرنا تظل في الوضعية الراهنة غير كافية لمواكبة تطور الأدوار المنوطة بالجماعات الترابية في ظل تفعيل ورش الجهوية المتقدمة الذي يحظى بالعناية الملكية، مما يفرض على الدولة تدعيم موارد الجماعات الترابية بواسطة الرفع من نسبة الموارد المرصودة أو المنقولة لها في إطار تشجيع المبادرة المحلية التي تعاني في كثير من الأحيان من ضعف الموارد التي تتوفر عليها الجماعات الترابية.

إلى جانب الموارد الذاتية والموارد المنقولة أو المرصودة من الدولة، يمكن للجماعات الترابية أن تلجأ إلى الاقتراضات.

المطلب الثالث : الاقتراضات :

تشكل القروض مصدرا تمويليا مهما لإنجاز برامج عمل الجماعات. فهي تعتبر آلية من الآليات الناجعة التي تحل إشكالية التمويل، لا سيما المشاريع التنموية الضخمة، وذلك في ظل تسجيل الخصائص

¹ حليلة الهادف : « التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال، الرباط، السنة الجامعية: 2011-2012، ص.474.

² المادة 188 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات.

³ إلياس الجرמוني : « تدبير الموارد المالية للجماعات الترابية »، مرجع سابق، ص.38.

المالي التي تشهدها المداخل الذاتية، وفي ظل عدم كفاية إمدادات الدولة وعدم استقرارها وخضوعها لمنطق الارتفاع والانخفاض وذلك ارتباطا بمستوى مالية الدولة ووضعيتها¹.

لقد دأب الفقه على اعتبار القروض مصدرا تمويليا استثنائيا تلجأ الجماعات الترابية إليه لتمويل المشاريع الاستثمارية الكبرى التي تتطلب عادة مبالغ مالية ضخمة تعجز الجماعات الترابية على تغطيتها من الموارد الذاتية الصرفة.

وللإشارة، فإن القروض تعد مصدرا تمويليا بالنسبة لميزانية التجهيز دون التسيير ويسجل هذا الجزء في الميزانية. كما أن تسديد الدين يسجل في إطار الاعتمادات المخصصة لميزانية التسيير ويعتبر نفقة إجبارية².

ونظرا لأهمية القروض، فقد اهتمت بها السلطات العمومية منذ السنوات الأولى للاستقلال³، وذلك أمام الحاجة الملحة لتمويل الاستثمارات العمومية المحلية في غياب إرادة حقيقية للقطاع البنكي في منح القروض لتلك الجماعات⁴.

لذا فقد بادرت الدولة إلى تأسيس هيئة مخصصة لتمويل الاستثمار العمومي المحلي، وإنشاء التجهيزات الأساسية، وذلك تحت اسم صندوق التجهيز الجماعي سنة 1959⁵. وقد تمت إعادة هيكلته

¹ سعيد الميري : « التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية بالمغرب »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس-السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-السويسي، السنة الجامعية : 2006-2007، ص.296.

² سعيد الميري : « التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية بالمغرب »، نفس المرجع.

³ Driss KHOUDRY et Youssef BRICA : « Le guide d'audit communal : L'outil du manager local », éditions Maghrébine, Casablanca. 1998, p.27.

⁴ محمد علي أديبا : « إشكالية الاستقلال المالي للجماعات المحلية بالمغرب : نحو مقاربة أكثر واقعية »، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة « مواضع الساعة »، عدد 29، 2001، ص 138.

⁵ ظهير شريف رقم 1.59.169 الصادر بتاريخ 6 ذي الحجة 1378 (13 يونيو 1959) بإحداث صندوق للتجهيز الجماعي، ج.ر عدد 2435 بتاريخ 19 ذو الحجة 1378 (26 يونيو 1959)، ص.1951.

بظهير 5 غشت 1992¹، ثم بظهير آخر بتاريخ 6 يوليوز 1993² المتعلق بممارسة نشاط مؤسسات القروض والرقابة عليها ثم ظهير 2 غشت 1996³، المنفذ لقانون 11.96 الخاص بإعادة هيكلة الصندوق.

وطبقا للمادة الثالثة من قانون 31.90 تناط بصندوق تجهيز الجماعات المحلية المهام التالية:

- منح الجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العامة المحلية كل مساعدة تقنية أو مالية، ولا سيما في شكل قروض أو سلفات لتمويل الدراسات والأشغال المتعلقة بأعمال تجهيزها؛
- تقديم مساعدته في أي شكل كان إلى الدولة وإلى هيئة من الهيئات العامة من أجل دراسة وإنجاز جميع الخطط والبرامج المتعلقة بتنمية الجماعات المحلية؛
- إمكانية توزيع صندوق التجهيز الجماعي المبالغ المعهودة إليه تديره على الجماعات المحلية. ولهذه الغاية؛ يمكنه القيام بجميع العمليات العقارية أو غير العقارية المدنية والتجارية المرتبطة بغرضه، والكفيلة بممارسة الأعمال المبينة أعلاه.

ولإنجاز هاته الأعمال، فقد خول القانون لصندوق التجهيز الجماعي حق اللجوء إلى كل العمليات المخولة للبنوك ممارستها⁴.

كما نصت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية على ما يلي : «يتداول مجلس الجماعة الترابية في القضايا التالية : الاقتراضات والضمانات الواجب منحها⁵».

بعد التطرق لوسائل تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية، فإن السؤال الذي يمكنه طرحه الآن هو كيف تم تجسيد هذه الوسائل على أرض الواقع وماهي آليات الارتقاء بها ؟

¹ القانون رقم 31.90 المتعلق بإعادة تنظيم صندوق تجهيز الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.5 الصادر في 5 صفر 1414 (5 أغسطس 1992)، ج.ر عدد 4164 بتاريخ 19 صفر 1413 (19 أغسطس 1992)، ص.1014.

² ظهير شريف 1.93.147 صادر في 15 من محرم 1414 (6 يوليوز 1993) معتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان ومراقبتها، ج.ر عدد 4210 بتاريخ 16 محرم 1414 (7 يوليوز 1993)، ص.1156.

³ القانون رقم 11.96 القاضي بتميم القانون رقم 31.90 المتعلق بإعادة تنظيم صندوق تجهيز الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.96.900 الصادر في 16 من ربيع الأول 1417 (2 أغسطس 1996)، ج.ر عدد 4432 بتاريخ 9 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996)، ص.2558.

⁴ المادة 3 مكرر من قانون 11.96.

⁵ المادة 98 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، المادة 93 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، المادة 92 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

المبحث الثاني

واقع تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية وآليات الارتقاء

إن درجة الحكم في الدول، تقاس بالنسبة التي تشكلها المالية الترابية إلى المالية العامة في مجموعها، فالجماعات الترابية القوية، هي تلك التي تبلغ ماليتها ثلث المالية العامة على الأقل، لأن الموارد المالية المحدودة، تكبل يد الهيئات الترابية وتجعلها عاجزة عن التصرف بحرية، وتكون مضطرة للجوء إلى السلطة المركزية¹.

وفي هذا الصدد، تعمل الإكراهات ذات الطابع القانوني المتجسدة في المراقبة الإدارية الممارسة على الجماعات الترابية على الحد من استقلاليتها في اتخاذ القرار، حيث أنه باستقراء القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية نجد أنها تمنح للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية وممثليها على المستوى الترابي (الولاية والعمال) صلاحيات واسعة في مجال التدبير المالي المحلي، مما ينعكس على السلطة التقريرية للجماعات الترابية بصفة عامة وعلى السلطة المالية بشكل خاص.

وإلى جانب العوامل السالفة الذكر، أفرز الواقع العملي وجود جماعات غنية وأخرى فقيرة، جماعات تعتبر نفسها في غنى عن أي شكل من أشكال التعاون وجماعات أخرى في أمس الحاجة للدخول في علاقاتها التعاونية من نظيراتها واستعدادها لقبول أو اقتراح أي عرض للشراكة مع فاعلين آخرين²، بل إن الجماعات الغنية ترفض التعاون مع الجماعات الفقيرة لأنها لا ترى فائدة من هذا التعاون³.

ولتجاوز هذه النقائص، وكذا تقوية الموارد البشرية المحلية باعتبارها حجر الزاوية في أي تنمية محلية إذ أنه أي مسلسل تنموي لا يستقيم دون وجود أطر ذات كفاءة عالية قادرة على مواكبة مختلف المستجدات التي يعرفها العالم في ظل مسلسل العولمة وكذا العمل على تطوير قدرات المنتخبين المحليين باعتبارهم همزة

¹ سناء حمر الراس : « التدبير المالي الترابي بين إكراهات الواقع ومتطلبات الحكامة »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية: 2016/2017، ص.24.

² محمد احجام : « الشراكة والتعاون اللامركزي بالمغرب »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مكناس، السنة الجامعية: 2015-2016، ص.287.

³ سفيان عليتو: « التعاون الجماعي بالمغرب بين إكراهات الواقع ومتطلبات التنمية »، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- طنجة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص.112.

الوصل بين الساكنة والسلطات العمومية المحلية حيث يعملون على تلقي انتظارات ناخبهم وإيصالها إلى صناع القرار، بشكل يخدم التنمية المحلية.

ومما سبق، سوف نتناول بالتفصيل حدود تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية (المطلب الأول) وآليات الارتقاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حدود تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية :

تعاني البنيات الإدارية والاقتصادية المحلية من عدة اختلالات جوهرية، يعود جزء منها المراقبة الإدارية التي يمارسها الولاية والعمال على أعمال الجماعات الترابية (الفقرة الأولى)، وكذا عجز الموارد الذاتية عن مواجهة متطلبات التنمية المحلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المراقبة الإدارية :

طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور : « يعمل الولاية باسم الحكومة، على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها، كما يمارسون المراقبة الإدارية ».

وقد نصت القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية على أشكال التالية للمراقبة الإدارية : رقابة مشروعية قرارات الرئيس ومقررات المجلس (أ)، التعرض (ب)، التأشير (ج).

أ. رقابة مشروعية قرارات الرئيس ومقررات المجلس :

يمارس والي الجهة أو عامل العمالة أو الإقليم المراقبة الإدارية على شرعية قرارات رئيس المجلس ومقررات مجلس الجماعة الترابية (الجهات، العمالات والأقاليم، الجماعات).

كل نزاع في هذا الشأن تبث فيه المحكمة الإدارية.

تعتبر باطلة بحكم القانون المقررات والقرارات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجماعة الترابية أو رئيسه أو المتخنة خرقا لأحكام القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. وتبث المحكمة الإدارية في طلب البطلان بعد إحالة الأمر في كل وقت وحين من قبل والي الجهة أو عامل العمالة أو الإقليم.

تمارس المراقبة الإدارية أيضا عن طريق التعرض.

ب. التعرض :

يتعرض والي الجهة أو عامل العمالة و الإقليم أو من ينوب عنه على النظام الداخلي للمجلس وعلى المقررات التي لا تدخل في صلاحيات مجلس الجماعة الترابية أو المتخذة خرقاً لأحكام القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل. ويبلغ تعرضه معطلاً إلى رئيس مجلس الجماعة الترابية داخل أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أيام من أيام العمل ابتداء من تاريخ التوصل بالمقرر.

يترتب على التعرض المشار إليه في الفقرة السابقة إجراء المجلس لمداولة جديدة في شأن المقرر المتخذ.

إذا أبقى المجلس المعني على المقرر موضوع التعرض، أحال والي الجهة أو عامل العمالة والإقليم أو من ينوب عنه الأمر إلى القضاء الاستعجالي لدى المحكمة الإدارية الذي يبت في طلب إيقاف التنفيذ داخل أجل 48 ساعة ابتداء من تاريخ تسجيل هذا الطلب بكتابة الضبط لديها. ويترتب على هذه الإحالة وقف تنفيذ المقرر إلى حين بث المحكمة في الأمر.

تبت المحكمة الإدارية في طلب البطلان داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ التوصل به، وتبلغ المحكمة وجوباً نسخة من الحكم إلى والي الجهة أو عامل العمالة والإقليم ورئيس المجلس المعني داخل أجل عشرة (10) أيام بعد صدوره.

تكون مقررات المجلس قابلة للتنفيذ بعد انصرام أجل التعرض المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، في حالة عدم التعرض عليها.

إلى جانب رقابة مشروعية قرارات الرئيس ومقررات المجلس والتعرض، تشكل التأشير أحد أوجه المراقبة الإدارية.

ت. التأشير :

لا تكون مقررات المجلس التالية قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية داخل أجل عشرين يوماً (20) من تاريخ التوصل بها من رئيس المجلس :

- المقرر المتعلق بالميزانية ؛
- المقررات ذات الواقع المالي على النفقات والمداخيل، ولا سيما تحديد سعر الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق وتفويت أملاك الجهة وتخصيصها ؛
- المقررات ذات الوقع المالي على النفقات والمداخيل، و لاسيما الاقتراضات والضمانات وتحديد سعر الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق وتفويت أملاك العمالة أو الإقليم وتخصيصها...

بالنسبة للجماعات، لا تكون المقررات التالية للمجلس قابلة للتنفيذ إلا بعد التأشير عليها من قبل عامل العمالة أو الإقليم أو من ينوب عنه، داخل أجل عشرين يوما (20) من تاريخ التوصل بها من رئيس المجلس :

- المقرر المتعلق بالميزانية ؛
 - المقررات ذات الوقع المالي على النفقات أو المداخيل، ولاسيما الاقتراضات والضمانات وتحديد سعر الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق وتفويت أملاك الجماعة وتخصيصها ؛
 - المقرر المتعلق بتسمية الساحات والطرق العمومية عندما تكون هذه التسمية تشريفا عموميا أو تذكيرا بحدث تاريخي ؛
 - المقرر المتعلق باتفاقيات التعاون اللامركزي والتوأمة التي تبرمها الجماعة مع الجماعات المحلية الأجنبية ؛
 - المقررات المتعلقة بإحداث المرافق العمومية الجماعية وطرق تدبيرها...
- يعتبر عدم اتخاذ أي قرار في شأن مقرر من المقررات المذكورة بعد انصرام الأجل المنصوص عليه أعلاه، بمثابة تأشير.
- يعاني تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية أيضا من عجز الموارد المالية عن متطلبات التنمية المحلية.

الفقرة الثانية : عجز الموارد الذاتية عن مواجهة متطلبات التنمية المحلية :

بالرغم من التحسن المملوس الذي أحدثه الميثاق الجماعي لسنة 2002 في مجال التدبير العام للشأن المحلي بما في ذلك الجانب المالي، فإن سلطة اتخاذ القرار الجبائي ظلت محدودة في شكلها ومحتواها وأبقت بالتالي الوحدات الإدارية اللامركزية مقيدة فيما يتعلق بالتحكم الإيجابي في جبايتها. سنحاول إبداء المواقف الفقهية بخصوص منح الهيئات المحلية سلطة الفرض الضريبي (أ)، بعد ذلك سنتطرق لمظاهر غياب السلطة الجبائية على الصعيد المحلي (ب).

أ. الاتجاهات الفقهية حول مسألة الفرض الضريبي المحلي :

إن الطابع السيادي الذي تحيل عليه الضريبة، والذي يجعل سلطة فرض هذه الأخيرة مرتبطين بالقانون، مع ترك هامش محدود من هذا الاختصاص الجبائي للوحدات الترابية اللامركزية، لم يمنع من بروز مواقف متباينة بخصوص منح هذه الوحدات سلطة فرض الضريبة.

+الاتجاه الأول : حاول مؤيدوا هذا التوجه إيجاد الأسس النظرية لاستفراد المركز بحق فرض الضريبة¹، وذلك من خلال نظريتين : سميت الأولى " بالعقدية " لأنها تؤسس حق الدولة في فرض الضريبة على وجود عقد ضمني بينها وبين الأفراد يلتزمون بمقتضاه بدفع ما تفرضه عليهم مقابل ضمان أمنهم، فأساس فرض الضريبة هو وجود عقد ذو طبيعة مالية يبرر فرض الدولة للضريبة²، غير أنه باعتبار ظروف تاريخية ثبت عدم واقعية تلك الأسس، دفعت بكتاب آخرين لتبرير فرض الضريبة بناء على فكرة "التضامن الاجتماعي" التي تقضي وجوب مساهمة كل فرد وبحسب قدرته التكليفية في تحمل الأعباء العامة التي تحددها الدولة بغض النظر عن المقابل المحصل عليه، ولهذا فإن الدولة تقوم بما لها من سيادة وسلطان بإلزام كل منهم بدفع نصيبه فيها بحسب قدرته المالية على الدفع، ويترتب عن ذلك استقلال الدولة بما لها من سيادة بسلطة الضرائب وتحديد أنواعها وكيفية تنظيمها.

والملاحظ أن العديد من الدول كيف ما كانت طبيعتها الدستورية موحدة أو مركبة وبدون استثناء يعود للسلطة المركزية وحدها حق فرض الضريبة، أما الجماعات فتكتفي بتطبيق الضريبة مع نسبة ذلك التطبيق بين الحرفي والتقديري³.

ففي فرنسا يلاحظ احتكار السلطة المركزية لسلطة الفرض الضريبي⁴ فلقد أعطت المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة 1958 للبرلمان سلطة فرض الضريبة وتحديد الوعاء وأسندت للجماعات سلطات تحديد الأسعار، فالتكاليف العمومية ومنها الضرائب للقانون وحده الصلاحية في إنشائها. فالإسناد الدستوري لسلطة الفرض الضريبي للمركز أكبر دليل على غياب سلطة جبائية على الصعيد المحلي⁵.

ويرى مساندو هذا الاتجاه أن للاستفراد المركزي بفرض الضريبة يحقق عدة مزايا لأنه يسمح من جهة بتفادي الازدواج الضريبي على الصعيد الداخلي الذي تتحقق شروطه داخل دولة واحدة سواء كانت اتحادية أو موحدة حتى تتواجد سلطتين ماليتين مستقلتين لكل منهما حق فرض الضرائب إحداهما تابعة للحكومة والثانية تابعة للحكم المحلي فتلجآن إلى فرض ضريبتين من نوع واحد على نفس الوعاء.

¹ Jean-Baptiste GEFROY- . « Grand problèmes fiscaux contemporains P.U.F 1^{ère} édition, Paris, 1993, p.31-32.

² حماد حميدي : « المالية العامة »، مطبعة بني انناسن، الطبعة الأولى، 2000، ص.203.

³ أدبيا محمد عالي : « إشكالية الاستقلال المالي للجماعات المحلية بالمغرب نحو مقاربة أكثر واقعية »، مرجع سابق، ص.229.

⁴ Michel BOUVIER : « Les finances locales », L.G.D.J, 8^{ème} édition 2002, p.67.

⁵ Jilali CHABIH : « Réflexions sur le pouvoir financier local au Maroc ou la nature de la réparation constitutionnelle des compétences financiers entre l'Etat et les collectivités locales », REMALD, n° 54-55, janvier-avril, 2004, p. 124.

ومن جهة أخرى يسمح بتوحيد السياسة الجبائية عند توحيد مصدر فرض الضريبة لما لعملية فرض الضريبة من آثار اقتصادية واجتماعية.

+الاتجاه الثاني : يقلل مساندو هذا التوجه من خطورة إعفاء الوحدات المحلية سلطة فرض ضرائب محلية في نطاق حدودها الترابية مادامت السلطة المركزية لها من الوسائل ما تستطيع به تجنب التعسف، بحيث إن إعطاء السلطات المحلية المنتخبة حق فرض الضرائب المحلية يكون مراقبا من طرف أجهزة الدولة، كما أن المسؤولين المحليين هم أقرب من المواطنين ولهم علاقة مباشرة بمشاكلهم وحاجياتهم المحلية، الشيء الذي قد يجنب التفكير في التعسف الضريبي، بالإضافة إلى ذلك، فإن الهيئات المنتخبة تحاول دائما الحفاظ على علاقات حسنة مع منتخبها نظرا لأن المسؤولين المحليين يدركون أن ولايتهم الانتخابية محدودة، ومن أجل تجديدها فهم يحاولون دائما تقديم كل ما هو في صالح الجماعة أو الهيئة المحلية¹. بل هناك من يرى ببساطة أن يتم إقرار الضريبة محليا وبمعرفة المجالس المنتخبة التي هي أدري بظروف وحدتها الإدارية وما تحتاجه من حاجيات وخدمات، فتخفف من الضريبة أو ترفعها طبقا لرغبات أفراد المجتمع المحلي.

إضافة إلى تعدد الآراء الفقهية حول مسألة الفرض الضريبي المحلي، يعاني تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية من غياب السلطة الجبائية على الصعيد المحلي.

ب. مظاهر غياب السلطة الجبائية على الصعيد المحلي :

إن الاستقلال المالي يقتضي تمتيع الجماعة المحلية بسلطة اتخاذ القرار على مستوى الخدمات التي ترى ضرورة تقديمها للسكان، وعلى صعيد وسائل تمويل هذه الخدمات وتغطية كلفتها وأعبائها².

إلا أنه منذ صدور ظهير 23 مارس 1962 المتعلق بالرسوم المحلية، أقر المشرع محدودية سلطة الفاعلين المحليين الجبائية، فمركزية السلطة الجبائية المقررة تشريعيا تحدد المدى المسموح به للسلطات المحلية المنتخبة في المجال الضريبي وفق ما تسمح به القوانين والمراسيم التنظيمية الجاري بها العمل، ويمنع كل تجاوز للحدود المرسومة سلفا. فعدم جواز خلق أي رسم محلي مهما كان السبب يؤكد إرادة المشرع المغربي في الحسم المبكر في مصير ومآل النظام الجبائي المحلي³.

¹ عادل محمود حمدي: «الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية»، دار الفكر العربي، 1973، ص.212.

² مصطفى الكثيري: «نظام الضرائب والرسوم المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها»، مجلة الحوليات المغربية للاقتصاد، العدد 4، 1993، ص.17.

³ أحمد نفاش: «إصلاح النظام الجبائي المحلي: أي أفق؟ مدخل عام من أجل تفعيل دور الجبايات المحلية في تحقيق التنمية»، مجلة القانون والاقتصاد العدد 9، 2005، ص.99.

إن تقييد اختصاص الهيئات المحلية في هذا المجال يبقى عمليا هذه الهيئات خارج دائرة الإصلاح التي حاول توسيعها الميثاق الجماعي سواء في شكله القديم أو الحديث. فإذا كان تحديد الأوعية والأسعار الضريبية عبر ما يسمى بالقرارات الجبائية المحلية قد شمله التوسع في اختصاص المجالس الجماعية منذ سنة 1976، فإن التقييد الذي فرضه المشرع منذ الستينات يضع مبدئيا المسألة الجبائية المحلية، رهينة الاختصاص المعلق بما يتجه إليه التشريع الجبائي العام¹.

بالإضافة إلى ما سبق يتضح غياب السلطة الجبائية، على الصعيد المحلي من خلال مقتضيات القانون رقم 30.89، فبالرجوع للفصل 6 من القانون السابق نجد أنه نص على أنه إذا لم ينص القانون على أسعار أو تعريفات ثابتة للضرائب والرسوم الوارد بيانها فيه حددت بقرارات جبائية والتي لا تتطرق لقائمة الضرائب والرسوم التي حدد لها القانون أسعارا، بل تقتصر على تحديد نسب وأسعار الضرائب والرسوم المحددة مسبقا نسبتها وأسعار قصوى لها أو تلك التي تستأثر المجالس التداولية بكامل الحرية في تحديد أسعارها ونسبها دون الحاجة إلى بيان عناصر الوعاء الضريبي أو تحديد طرق التحصيل مادام القانون قد حدد معالمها وقام بضبطها².

ويلاحظ أنه حتى مع ترك الحرية للجماعات المحلية في تحديد أسعار بعض الضرائب والرسوم دون تجاوز السعر الأقصى، فإن ذلك يجعل هذه الهيئات المنتخبة لا تقود سياسة ضريبية حقيقية ولا تستطيع توزيع العبء الضريبي بين مختلف الضرائب وفق سياستها الضريبية، وبالتالي يجرمها من أهم وسائل التدخل الاقتصادي والاجتماعي لخدمة مصلحة الجماعة وتطبيق توجيهات مخطط التنمية المحلية، فليست لها مثلا سلطة منح مساعدات للمقاولات لتنشيط الاقتصاد المحلي أو إعفاءات تشجيعية، عكس ما هو عليه الحال بفرنسا حيث للجماعات إمكانية إعفاء بعض المقاولات الخاصة بهدف تنشيط الحركة الاقتصادية، كما لها سلطة إعطاء مساعدات مالية مباشرة أو غير مباشرة للمقاولات الموجودة في وضعية صعبة.

وبغية تجاوز النقائص السالفة الذكر التي يعرفها تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية سوف نتطرق لآليات الارتقاء بتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية.

المطلب الثاني : آليات الارتقاء :

لقد أطر الدستور الجديد الجماعات الترابية من الناحية الكمية ضمن 12 فصلا مجمعا ضمن الباب التاسع (الفصول من 135 إلى 146)، خلافا للفصول الثلاثة للباب الحادي عشر من دستور 2011،

¹ أحمد نغاش : « إصلاح النظام الجبائي المحلي: أي أفق؟ مدخل عام من أجل تفعيل دور الجبايات المحلية في تحقيق التنمية »، نفس المرجع السابق، ص.100.

² المهدي بنمير: « الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب »، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 1994، ص.104.

إضافة إلى مقتضيات أخرى استهلكت بالفصل الأول، والذي جاء فيه : «... التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لا مركزي، يقوم على الجهوية المتقدمة»¹.

هذه المكانة المتميزة التي حظيت بها الجماعات الترابية في دستور 2011 تمت ترجمتها على أرض الواقع بواسطة القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية التي جاءت بمجموعة من المستجدات التي تروم تعزيز الاستقلال الإداري والمالي للوحدات المركزية عن الدولية عبر منحها مجموعة من الاختصاصات وتحويلها لإمكانيات بشرية ومالية في ظل تدعيم ورش الجهوية المتقدمة الذي يشكل ورشا استراتيجيا يهدف لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ببلادنا.

ولتفعيل هذا الورش الحيوي على أرض الواقع يلزمنا دعم الموارد البشرية المحلية (الفقرة الأولى). وتطوير أداء المنتخبين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : دعم الموارد البشرية المحلية :

تعتبر الموارد البشرية المحلية الركيزة الأساسية لقيام اللامركزية بشكلها العام، والمحدد الأساسي لإنجاح التدبير الاقتصادي المحلي. ووعيا بهذا المعطى، فقد قامت الدولة بمجهودات كبيرة في توفير العنصر البشري للجماعة المحلية سواء من حيث الكم أو الكيف.

إن التحولات العميقة التي يشهدها العالم عبر انتشار التقنيات الرقمية واستعمال أوسع للتكنولوجيا العالية الدقة والتمظهرات المختلفة للعولمة، حتمت على دول العالم من بينها المغرب البحث عن كفاءات نوعية تساهم في هذه التوجهات.

ولكي تنجح الدولة في ربح تحديات العولمة، وجب العمل على تغيير المقاربات القديمة في التوظيف التي كانت قائمة على أساس الزبونية والمحسوبية والمصالح الشخصية وذلك باتجاه نحو التنقيب عن طاقات خلاقة مبدعة كفأة مخلصات ذات نظرة تنموية وهادفة إلى تحقيق الصالح العام.

ومن هنا يجب إعادة النظر في الطرق التقليدية للتوظيف حتى لا تصبح في جوهرها مجردة رد فعل ارتجالي لاحتواء الانعكاسات المستفحلة للبطالة، دون الاستفادة من ضرورة الربط بين هذه العملية وحاجيات

¹ أحمد حضرائي : « التأطير الدستوري للجهة بالمغرب »، الجهوية في الدول المغاربية أية آفاق ؟، أشغال الأيام المغاربية التاسعة المنظمة للقانون من طرف شبكة الحقوقيين المغاربة (أيام 26-27 أبريل 2013)، تحت إشراف الدكتور أمال المشرفي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014، ص.23.

التنمية المحلية¹. وبالتالي فعوض أن يصبح الموظف أداة نوعية تساهم في التقدم، يكون مظهرا من مظاهر التخلف الذي تشهده الإدارة بصفة عامة.

ودائما في إطار السعي نحو الرفع من مردودية الموظف المحلي وجب الاهتمام بجملة من القضايا التي تكون لصيقة بمساره المهني، وفي مقدمتها تحفيزه ماديا ومعنويا، وذلك بمضاعفة الأجر ومختلف التعويضات الأخرى والاستفادة من قروض السكن والاستهلاك بأسعار تفضيلية وتخصيص مكافآت إضافية عن التفاني في العمل أو عن إنجاز عمل معين.

كما يجب الاهتمام كذلك بكل الشروط التي تساعد على القيام بأداء مهامه على أحسن وجه كتوفير الحواسيب ووسائل النقل والاتصال والمكيفات الهوائية وجميع وسائل الراحة والتركيز.

وإلى جانب ذلك لم تحظ مسألة التكوين بالعناية الكافية، حيث أن مراكز التكوين تعد على رؤوس الأصابع، ولا تفي بالغرض المراد منها. إن مسألة التكوين لا يجب التعامل معها كإجراء إداري روتيني بالنسبة لعلاقة الإدارة بموظفيها. بل هي أكبر من ذلك بكثير، فهي المحور الرئيسي لمردودية الموظفين من جهة وتحسين دور الجماعات المحلية في تدبير الشأن العام المحلي من جهة أخرى.

وانطلاقا من هاته الأهمية يجب وضع استراتيجية شاملة ومتكاملة من أجل السهر على تأهيل الموظفين وضمان كفاءتهم، خاصة وأن التقنيات الجديدة في التدبير تتطلب كفاءات قادرة على خوض غمار التدبير التوقعي الذي يفترض استخدام مناهج صارمة في التحليل والتنبؤ مبنية على البحث عن التطابق بين حاجيات الإدارة المحلية والوسائل المتاحة، وكذا خلق تلاؤم بين المهام والمسؤوليات الإدارية ومؤهلات الموظفين².

ومن جهة أخرى، فإن التكوين والتكوين المستمر لا ينبغي أن يقتصر على المعارف والمعطيات الإدارية الصرفة، بل يجب أن يتعداها إلى بعض الميادين الجديدة والتقنيات الحديثة، لاسيما المتصلة بالتدبير المالي والمحاسبي، وتدبير الموارد البشرية والتركيز على الإدارية الإلكترونية، وكذا التعرف على آليات التواصل الحديثة سواء مع الإدارات الأخرى أو مع المواطنين. وإذا وصلنا إلى تحقيق هاته الأهداف، لاشك أننا سنحقق نتائج جيدة تُخدم تدبير الشأن العام المحلي بصفة عامة والتدبير الاقتصادي المحلي بشكل خاص.

¹ عزيزي مفتاح: « اللامركزية من التسيير الإداري إلى تدبير التنمية»، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة: القانون الإداري وعلم الإدارة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال الرباط، السنة الجامعية: 2000-2001، ص.196.

² رشيد مليحي: « الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء المناظرة الوطنية الأولى»، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال، السنة الجامعية: 2001-2002، ص.134.

■ بالنسبة للوظيفة العمومية الجماعية :

لقد قامت الدولة بإجراءات عديدة في سبيل الرقي بالوظيفة العمومية الجماعية، لكن وبالرغم من ذلك فهناك جملة من المعوقات مازالت تحتاج إلى مراجعة وإعادة النظر خاصة تصور السلطات العمومية ومقاربتها للوظيفة الجماعية وكذا نظام التقييم والحركية.

- المقاربة والتصور:

أصبحت مقاربة الدولة والجماعات المحلية للوظيفة العمومية سواء الوطنية أو المحلية متجاوزة بفعل التغيرات الكبرى التي مست المجتمع والعقلية¹. فلم يعد الحديث عن مجال تسيير الموظفين، بل على تدبير الموارد البشرية وهو ما يعكس تغيرا حقيقيا في التصور والنظرة وبالتالي اعتبار ذلك مدخلا لتحديث الإدارة وعصرنتها².

عموما يمكن القول أنه إذا كان الموظفون يساهمون بشكل كبير في التدبير الاقتصادي العمومي المحلي لاسيما إذا توفرت كل الشروط التي تطرقنا إليها سابقا، فإنه في مقابل ذلك تشكل العناية بالمنتخبين المحليين أداة إضافية نوعية في تكريس العمل المحلي والرقي به.

الفقرة الثانية : نحو تطوير أداء المنتخبين المحليين :

إن نجاح الجماعات الترابية في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافة ومختلف الميادين الموكولة لها، تحتاج إلى كفاءات من نوع خاص عادة ما يفتقد إليها الكثير من المنتخبين المحليين.

إن الاعتقاد بأن التنصيب على شرط التعليم أو عنصر الكفاءة من شأنها أن تمس بالمبادئ الديمقراطية، اعتقاد خاطئ، إذ أن المصلحة العامة والتمثيلية الديمقراطية لا تتعارض مع عنصر التعليم والكفاءة، بل هي في حاجة إليها إن لم يكن شرطا لفعاليتها وصحتها، إذ من غير المقبول في ظل تعقيدات الشأن العام المحلي، أن يتولى قيادته ومسؤوليته أشخاص لا يتفرون على الحد الأدنى من التعليم والكفاءة³.

¹ - Michel ROUSSET : « L'administration marocaine son droit et son juge », RJPIM, n°4, 1992, p.159.

² Jean Luc Bodiguel: « Les outils et les instruments de la modernisation », in « La mise à niveau de l'administration face à la mondialisation », sous la direction de Ali Sedjari, L'Harmattan- Gret, 1999, p.171.

³ شاكرا الموساوي: « الإدارة المحلية المغربية وتحديات الحكامة (قراءة نقدية) », بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-طنجة، السنة الجامعية: 2004-2005، ص.54.

فمقاربة بسيطة تؤكد هذا الطرح، إذ أن تنصيب المشرع على وضع الجماعة لمخططها التنموي وكذا إعداد مخططها الاستراتيجي ووضع الميزانية وتدبيرها والاختصاصات الأخرى سواء الذاتية أو المحولة أو الاستشارية، لا يمكن لإنسان دون تعليم أو ذو تعليم بسيط أن ينجزها خاصة في ظل الحديث عن الجودة والمردودية والإدارة الإلكترونية والتواصل إلى غير ذلك من المفاهيم العصرية التي لا يستطيع مواكبتها إلا أهل العلم والدراية.

وقد تزيد هذه الإشكاليات عند الرئيس خاصة في الجماعات الحضرية القروية باعتباره المنفذ لمقررات المجلس المحلي، والأمر بالصرف، إذ كيف يمكن ممارسة هذه الاختصاصات إذا كان أميا أو ذو تكوين بسيط وهنا قد يفتح المجال لاحتمالين، إما سوء تدبير الشأن العام المحلي، وإما نقل ممارسة تلك الاختصاصات إلى السلطة الوصائية¹، وفي كل الحالات هناك مساس بالديمقراطية المحلية وتطاول على مصالح الجماعة والمواطنين على السواء.

فالتحولات العميقة التي مست دور الدولة والجماعات المحلية تستلزم على الرئيس والمنتخبين بصفة عامة أن يكونوا أكثر إستراتيجية وأعمق تحليلا لواقعهم المحلي² مع مراعاة طبيعة جغرافيتهم ونسبة سكانها ومواردها البشرية وطاقاتها الاقتصادية، وتشخيص المشاكل والبحث عن الحلول إما بشكل أحادي أو الدخول في المنظومة التشاركية مع الفاعلين والهيئات الأخرى.

خاتمة :

وختاما، يتضح لنا جليا أن القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية قد تطرقت بشكل واضح لتمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية حيث عملت على تبيان الوسائل الكفيلة بتحقيق تمويل فاعل وناجع لتعاون وشراكة الجماعات الترابية في إطار تنزيل ورش الجهوية المتقدمة الذي يحظى بعناية ملكية ترجمت في دستور المملكة لسنة 2011 الذي جعل منه أساس التنظيم الترابي للمملكة الذي هو تنظيم لا مركزي.

ورغم هذا الأهمية النظرية، فإن الواقع العملي أبان عن محدودية الإطار القانوني في تمويل تعاون وشراكة الجماعات الترابية حيث نجد أن هامش الحرية الذي تتمتع به هذه الوحدات الترابية في تدبير مشاريعها يظل تحت مراقبة السلطة المركزية التي تمارس رقابتها في ظل السهر على احترام القوانين والأنظمة الجاري بها العمل. كما نجد أيضا أن الموارد المخولة للجماعات الترابية أصبحت عاجزة عن مواجهة

¹ عبد الله الإدريسي: «إصلاح التنظيم الجماعي: التنصيب والحصيلة»، مطبعة الجسور، وجدة ، 2003، ص.65.

² HUTLAUS Serge : « Le management public territorial », éditions Papyrus, 2002, p.385.

متطلبات التنمية التي تزداد من يوم إلى آخر بشكل سريع، مما يجعل بعض الجماعات الترابية التي تعاني من ضائقات مالية غير قادرة على مواكبة الوثيرة السريعة لمختلف التطورات التي تعرفها بلادنا.

ولتجاوز هذه النقائص والثغرات، أصبح من الضروري العمل على تدعيم الموارد البشرية المحلية باعتبارها الحجر الأساس في التنمية المحلية التي لا تستقيم بدون وجود عنصر بشري قادر على الخلق والابتكار وإيجاد حلول ناجعة لمختلف المشاكل التي يعرفها التدبير المحلي. وكذا، يلزمنا الاهتمام بتطوير أداء المنتخب المحلي الذي يلعب دورا محوريا في تفعيل التنمية المحلية بوصفه ممثل الساكنة في مختلف المجالس المنتخبة (الجهوية، الإقليمية والجماعية) حيث يعبر عن انتظارات ناخبيه ويعمل على إيجاد حلول لها.

❖ المصادر والمراجع :

• الكتب :

- المهدي بنمير : « الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب »، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الاولى، 1994.
- المحجوب الدربالي : « جبايات الجماعات المحلية : دراسة تحليلية في ضوء تقرير المجلس الأعلى للحسابات وآخر اجتهادات القضاء الإداري »، سلسلة مواضيع حول الجماعات الترابية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016.
- حماد حميدي : « المالية العامة »، مطبعة بني ازناسن، الطبعة الأولى، 2000.
- عادل محمود حمدي: « الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية »، دار الفكر العربي، 1973.
- عبد الله الإدريسي: « إصلاح التنظيم الجماعي: التنصيب والحصيلة »، مطبعة الجسور، وجدة ، 2003.
- عبد اللطيف بروحو : « مالية الجماعات المحلية بين واقع الرقابة ومتطلبات التنمية »، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة « مواضيع الساعة »، عدد 70، 2011.
- محمد علي أدبيا : « إشكالية الاستقلال المالي للجماعات المحلية بالمغرب : نحو مقارنة أكثر واقعية »، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة « مواضيع الساعة »، عدد 29، 2001.

• الأطاريح والرسائل :

- آمال بلشقر : « تدبير الجماعات الترابية للمشاريع التنموية بين إكراهات الواقع ومتطلبات التنمية الجهوية المندجة »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس - الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية : 2015/2014.

- حليلة الهادف : « التدبير العمومي المحلي وإشكالية التحديث »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- أكادال، الرباط، السنة الجامعية: 2011-2012.
- سعيد الميري : « التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية بالمغرب »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس-السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-السويسي، السنة الجامعية: 2006-2007.
- سناء حمر الراس : « التدبير المالي الترايبي بين إكراهات الواقع ومتطلبات الحكامة »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس - الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية : 2016/2017.
- عزيزي مفتاح: « اللامركزية من التسيير الإداري إلى تدبير التنمية»، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة : القانون الإداري وعلم الإدارة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال الرباط، السنة الجامعية : 2000-2001.
- محمد احجام : « الشراكة والتعاون اللامركزي بالمغرب »، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مكناس، السنة الجامعية : 2015-2016.
- المحجوب الدربالي : « النظام الجبائي المحلي على ضوء القانون رقم 47.06 »، بحث تأهيلي لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص : قانون الإدارة العمومية والجماعات المحلية، جامعة محمد الخامس-السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا، السنة الجامعية : 2007-2008.
- إلياس الجرמוوني : « تدبير الموارد المالية للجماعات الترابية »، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس، السنة الجامعية : 2015/2016.
- رشيد مليجي : « الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء المناظرة الوطنية الأولى »، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون العام ، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكادال، السنة الجامعية : 2001-2002.
- سفيان عليتو : « التعاون الجماعي بالمغرب بين إكراهات الواقع ومتطلبات التنمية »، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- طنجة، السنة الجامعية: 2005-2006.

- سهام شادلي : « إصلاح نظام الجباية الجهوي على ضوء القانون التنظيمي الجديد للجهة »، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، السنة الجامعية : 2015-2016
- شاكر الموساوي: « الإدارة المحلية المغربية وتحديات الحكامة (قراءة نقدية) »، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - طنجة، السنة الجامعية : 2004-2005.

• المقالات :

- أحمد نغاش : « إصلاح النظام الجبائي المحلي: أي أفق؟ مدخل عام من أجل تفعيل دور الجبايات المحلية في تحقيق التنمية »، مجلة القانون والاقتصاد العدد 9، 2005.
- أحمد حضرائي : « التأطير الدستوري للجهة بالمغرب »، الجهوية في الدول المغربية أية آفاق؟، أشغال الأيام المغربية التاسعة المنظمة للقانون من طرف شبكة الحقوقيين المغاربة (أيام 26 - 27 أبريل 2013)، تحت إشراف الدكتور أمال المشرفي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2014.
- إبراهيم حميجو : « قراءة أولية في مشروع الإصلاح الجبائي المحلي »، رسالة الجماعات المحلية، المملكة المغربية، وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، العدد 13، أبريل-يونيو 2005.
- جميلة دليمي : « الوعاء الجبائي المحلي بين حدود الإصلاح ورهانات الحكامة الجيدة »، مالية الجماعات المحلية في دول المغرب، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2011.
- مصطفى الكثيري : « نظام الضرائب والرسوم المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها »، مجلة الحوليات المغربية للاقتصاد، العدد 4، 1993.
- محمد باهي : « قراءة في القانون رقم 47.06 بتاريخ 30 نونبر 2007 المتعلق بمجبايات الجماعات المحلية »، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، نونبر-دجنبر 2011.
- محمد موساوي : « تهمين الموارد الترابية آلية لاستدامة التنمية المحلية بالمجالات القروية حالة جماعة اغزران »، منشورات الجماعة القروية لإغزران، رقم 2، التنمية القروية بالمناطق الجبلية الحاجيات والمنتظرات، 26 ماي 2012.

• النصوص القانونية :

- نص الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج.ر عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011).
- القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

- القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).
- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 بتاريخ 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).
- ظهير شريف رقم 1.59.169 الصادر بتاريخ 6 ذي الحجة 1378 (13 يونيو 1959) بإحداث صندوق للتجهيز الجماعي، ج.ر عدد 2435 بتاريخ 19 ذو الحجة 1378 (26 يونيو 1959).
- ظهير شريف رقم 1.63.273 بتاريخ 28 ذي الحجة 1379 الموافق ل 23 يونيو 1960 بشأن نظام الجماعات، ج.ر عدد 2487 بتاريخ 29 ذي الحجة 1379 (24 يونيو 1960).
- ظهير شريف رقم 1.60.121 بتاريخ 16 شوال 1381 موافق 23 مارس 1962 بشأن الأداءات البلدية، ج.ر عدد 2580 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1381 (6 أبريل 1962).
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.72.241 بتاريخ 18 محرم 1393 (22 فبراير 1973) يغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.60.121 الصادر في 16 شوال 1381 (23 مارس 1962) بشأن الأداءات البلدية، ج.ر عدد 3151 بتاريخ 15 صفر 1393 (21 مارس 1973).
- القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.38 صادر في 21 من رجب 1404 (23 أبريل 1984)، ج.ر عدد 3731 بتاريخ 30 رجب 1404 (2 ماي 1984).
- القانون رقم 30.89 يحدد بموجبه نظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.89.187 صادر في 21 من ربيع الآخر 1410 (21 نوفمبر 1989)، ج.ر عدد 4023 بتاريخ 6 جمادى 1410 (6 ديسمبر 1989).
- القانون رقم 31.90 المتعلق بإعادة تنظيم صندوق تجهيز الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.5 الصادر في 5 صفر 1414 (5 أغسطس 1992)، ج.ر عدد 4164 بتاريخ 19 صفر 1413 (19 أغسطس 1992).
- ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 15 من محرم 1414 (6 يوليو 1993) معتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان ومراقبتها، ج.ر عدد 4210 بتاريخ 16 محرم 1414 (7 يوليو 1993).

- القانون رقم 11.96 القاضي بتتيمم القانون رقم 31.90 المتعلق بإعادة تنظيم صندوق تجهيز الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.96.900 الصادر في 16 من ربيع الأول 1417 (2 أغسطس 1996)، ج.ر عدد 4432 بتاريخ 9 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996).
- القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.297 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر عدد 5058 بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002).
- القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العملات والأقاليم الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر عدد بتاريخ 16 رمضان 1423 (21 نوفمبر 2002).
- القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.195 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، ج.ر عدد 5583 بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 (3 ديسمبر 2007).
- القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (28 فبراير 2009)، ج.ر عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009).
- مرسوم رقم 2.09.441 صادر في 17 من محرم 1431 (3 يناير 2010) بسن نظام للمحاسبة العمومية للجماعات المحلية ومجموعاتها، ج.ر عدد 5811 بتاريخ 23 صفر 1431 (8 فبراير 2010).

• الوثائق الرسمية :

- من الوصاية إلى التعايش، المناظرة الوطنية حول الجماعات المحلية، من فاتح إلى 4 دجنبر 1977.
- خطابُ جلالة الملك إلى المشاركين في الملتقى الوطني حَوْلَ الجماعات المحلية المنعقد بأكادير (الثلاثاء 12 دُجنبر 2006 م)، محمد السادس - ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية - الرباط، الجزء الواحد والخمسون، القسم الثاني، 1427 هـ/2006 م.
- خطاب جلالة الملك محمد السادس إلى الأمة يعلن فيه عن الشروع في مراجعة الدستور (الأربعاء 9 مارس 2011 م)، محمد السادس - ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية - الرباط، الجزء السادس والخمسون - القسم الأول، 1432 هـ/2011 م.
- خطاب جلالة الملك محمد السادس إلى الأمة المعلن عن فاتح يوليوز موعداً لإجراء الاستفتاء الشعبي حول مشروع الدستور الجديد (الجمعة 17 يونيو 2011)، محمد السادس - ملك المغرب، انبعاث أمة، المطبعة الملكية - الرباط، الجزء السادس والخمسون - القسم الأول، 1432 هـ/2011 م.

RÉFÉRENCES :

OUVRAGES :

- Driss KHOUDRY et Youssef BRICA : « Le guide d'audit communal : L'outil du manager local », éditions Maghrébine, Casablanca. 1998.
- Jean-Baptiste GEFROY- . « Grand problèmes fiscaux contemporains P.U.F 1^{ère} édition, Paris, 1993.
- Michel BOUVIER : « Les finances locales », L.G.D.J, 8^{ème} édition 2002.
- Serge HUTLAUS : « Le management public territorial », éditions Papyrus, 2002.

THÈSES ET MÉMOIRES :

- Abdellatif EL ATROUZ : « La gestion des collectivités décentralisées entre les contraintes financières et les exigences du développement local », Thèse de doctorat d'Etat en Droit public, Université Hassan II, FSJES-Casablanca, 2003.

ARTICLES:

- Jean Luc BODIGUEL: « Les outils et les instruments de la modernisation », in « La mise à niveau de l'administration face à la mondialisation », sous la direction de Ali SEDJARI, L'Harmattan-Gret, 1999.
- Jilali CHABIH : « Réflexions sur le pouvoir financier local au Maroc ou la nature de la réparation constitutionnelle des compétences financiers entre l'Etat et les collectivités locales », REMALD, n° 54-55, janvier-avril, 2004.
- Michel ROUSSET : « L'administration marocaine son droit et son juge », RJPIM, n°4, 1992.

الذكاء الاصطناعي يرتدي ثوب العدالة

Artificial intelligence and justice robe

L'intelligence artificielle port la robe de justice



مروى طلال درغام¹ : باحثة دكتوراه سنة ثالثة في القانون

الخاص جامعة تونس المنار - كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية

Marwa Talal Dergham : Third year Doctorat in private law

At the University of Tunis El Manar - Faculty of Law,

Political and Economic Sciences

¹- محامية ومستشارة دولية في " القانون الطبي".

ملخص :

نظرا لتمتع الذكاء الاصطناعي بالخصائص الذكية المتمثلة في محاكاة وفهم السلوك البشري مقارنة بالتكنولوجيا التي إستخدمها البشر في الماضي، فإن تطبيقها في مجال العدالة لا بد أن يكون مختلفا عن " الأشخاص " في التقاضي سواء أكانوا قضاة أو محامين أو أطراف الدعوى، فكيف يتفاعلون مع بعضهم البعض؟ لذلك، سيتم تغيير طرق التقاضي الحالية إلى حد معين وهو ما يطرح تساؤلا حول :

ما هو دور الذكاء الاصطناعي في إرساء العدالة الناجزة؟

يسلط البحث الضوء على الدور الذي تلعبه خوارزميات الذكاء الاصطناعي في نظام العدالة الجزائية ومدى تبنيتها من قبل الجهات ذات الإختصاص القضائي. وتوصلنا في نهاية البحث لأهم النتائج: " لتقنية الذكاء الاصطناعي دورا مساعدا في تحقيق العدالة يسهم في تركيز المحاكم على القضايا الأكثر تعقيدا للوصول إلى عدالة ناجزة. فقد اقتصر إستخدامها بداية في القضايا البسيطة.

بناء على ما تقدم، تُقدم هذه الدراسة عدد من التوصيات والمقترحات التي يُمكن لصناع القرار والمهتمين بالقانون الإستفادة منها. ومن أهم التوصيات أنه من الضروري على المشرع اللبناني إعداد تشريع قانوني خاص بالذكاء الاصطناعي.

إنطلاقا من إشكالية الدراسة إرتأينا إستخدام المنهج التحليلي والمقارن لمعالجة موضوع البحث عبر محورين أساسيين هما :

– الجزء الأول : دور تقنية الذكاء الاصطناعي في مجال العدالة الجزائية.

– الجزء الثاني : التجارب الرائدة.

• كلمات مفاتيح : الذكاء الاصطناعي – العدالة الخوارزمية – المحامي الآلي – القاضي الآلي – المحكمة الرقمية – المحكمة الذكية

Resume :

Given that artificial intelligence has the smart characteristics of simulating and understanding human behavior compared to the technology that humans used in the past, its application in the field of justice must be different from "PhysicalPersons" in litigation, whether they are judges, lawyers, or parties to the lawsuit, how they interact with each other ? Therefore, the current litigation methods will be changed to a certain extent which raises a question:

What is the role of “Artificial Intelligence Technology” in achieving successful justice?

The full attention must be given to know the role played by artificial intelligence in the criminal justice system and the extent of their adoption by judicial authorities.

At the end of the research, we reached the most important results that can be summarized as "artificial intelligence technology has an auxiliary role in achieving justice that contributes to focusing on the most basic cases to reach successful justice. Its use was limited at the beginning in simple cases.

Therefore, this study presents a number of recommendations and proposals that decision makers and those interested in the law can benefit from. Among the most important recommendations is that it is necessary for the Lebanese legislator to enact legal legislation on artificial intelligence.

Based on the problematic of the study, we decided to use the descriptive analytical approach and the comparative approach to address the subject of the research through two main chapters :

The first part: the role of artificial intelligence technology in the field of criminal justice.

The second part : International pactices

- **The key words** : Artificial intelligence - Predective justice -- roboticlwyer - roboticjudge - Digital courts- Smart Coutrs.

المقدمة :

يعتبر الذكاء الاصطناعي من بين أهم الإنجازات التي قدمتها الثورة الصناعية الرابعة¹، فبعد أن كانت فكرتها في القرون السابقة محض خيال، أصبحت الآن- وبحق واقعا حقيقيا سيغير ملامح أنماط حياتنا². بفضل التطور المتسارع الذي عرفه الذكاء الاصطناعي القائم على خوارزميات التحليل التنبؤية في شتى مجالات الحياة³، والحواسيب القادرة على معالجة وتحليل كميات كبيرة من المعلومات والبيانات (data Big) ومنها البيانات القانونية، أضحت العدالة الخوارزمية واقعا ملموسا في العديد من الأنظمة⁴، من ثم بدأ توظيف الخوارزميات في إصدار القرارات لتسهيل عمل المتسبين قطاع العدالة (مأموري الضبط القضائي، النيابة العامة، القضاة المحامين، الكتبة... إلخ). وترتبا على ذلك، وضع المشرع الجزائي بعض القيود القانونية من أجل حماية البيانات الشخصية لأفراد المجتمع. ومن بين المجالات التي تأثرت بالتحويلات المصاحبة لإرهاصات الثورة الرابعة، نجد مرفق العدالة باعتباره مرفقا حيويا وحساسا، طالما واجه تحديات متعددة مرتبطة باستقلاله والرفع من كفاءته ونجاعته، وتحديات الثورة الرقمية واستغلال التكنولوجيا الرقمية في توصيف عمل الإدارة القضائية. وتم التغلب على بعض التحديات والبعض الآخر لا يزال يعد عائقا أمامها. وقد برزت تحديات جديدة تؤثر على عمل كل من القاضي ومساعد القضاء والمحامين ومأموري الضبط القضائي، خاصة مع تزايد استعمال الإنترنت ونزع الصفة المادية عن الإجراءات الجنائية عبرالبيانات المفتوحة لقرارات المحاكم، إلى جانب تطوير "خوارزميات الذكاء الاصطناعي" في المؤسسات العدلية.

فالعدالة الخوارزمية هي عبارة عن "خوارزميات ذكاء صناعي تقوم بتحليل البيانات وتستخلص نماذج تصف بشكل دقيق فئات وتصنيفات البيانات المهمة، وتعتمد هذه الخوارزميات في تنبؤاتها على بيانات سابقة يتم استخدامها للقيام بالتنبؤ"⁵. وهناك من عرفها بأنها: "برمجية حسابية قادرة على البحث في مجموع الأحكام والقرارات القضائية السابقة من أجل استخراج ملف من الملفات القضائية أو نص من نصوص القواعد الإجرائية إلخ..". تمثلت " العدالة الخوارزمية " بقدرتها على مساعدة المؤسسة القضائية في الوصول لعدالة

¹ فضلا عن تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي، هناك تكنولوجيا عديدة أخرى للثورة الصناعية الرابعة مثل إنترنت الأشياء، و" البلوك- تشين"، والروبوتات، والسيارات ذاتية القيادة، وغير ذلك من تكنولوجيا ستغير جذريا أنماط حياتنا.

للمزيد من التفاصيل، راجع: Klaus Schwab, The fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, Geneva, Switzerland, 2016, p 7. حول نشأة الذكاء الاصطناعي، راجع: محمود طارق هارون، "مدخل إلى عالم الذكاء الاصطناعي"، الطبعة الأولى، الدار الأكاديمية للعلوم، القاهرة، 2019، ص 14.

² Nils J. Nilsson, The Quest for Artificial Intelligence – A History of ideas and Achievements , 2010, Cambridge University Press, NY, USA, p 3-61/p 53.

³ Amodei, Dario et al, « Concrete Problems in AI Safety », Ithaca, N.Y, Cornell, University Library, 2016, As. Of february 2, 2017. www.arxiv.org/abs/1606.06565

⁴ فؤاد بنصغري، "العدالة الخوارزمية في القانون المغربي"، مجلة المغرب القانون، 2018، (last visited 12/6/2020). www.maroclaw.com

⁵ Amankawa AO, and McCartney C, « The UK National DNA Database, Implementation of the Protection of Freedoms Act 2012, (2018), Forensic Science International, 117. www.Lawsociety.org.uk

قانونية أكثر موثوقية، معينة بذلك التأكيد على الارتباط القائم بين القانون والرياضيات بأن العدالة لها جانبها الإنساني. الخوارزميات في مجال العدالة ترتبط بشكل كبير باستثمار البيانات القضائية الضخمة واستغلال معطياتها في الدراسة والتحليل بواسطة خوارزميات "العدالة التنبؤية"، واعتمادها برمجيات خاصة ستؤثر حتما على طريقة صنع القرارات والأحكام القضائية. إذ أصبحت العديد من الدول تعتمد برمجيات خاصة ستؤثر حتما على تقنية الخوارزميات في تقديم بعض من خدماتها الخاصة بمرفق العدالة، على سبيل المثال، إصدار الأحكام القضائية على أساس السوابق القضائية للمتهمين، وتحديد ضرورة وضع مشتبه به بالحبس الاحتياطي من عدمه انطلاقاً من تحليل البيانات المتعلقة به باستعمال الخوارزميات. فيعود هذا المصطلح لعلم الرياضيات الذي يُقوم على عدة مجالات؛ الحوسبة، المنطق، والنظرة الاحتمالية، والجبر الذي تأسس على يد العالم "الخوارزمي".

نظراً لتداخل مصطلح "الذكاء الاصطناعي" مع التحليل الإحصائي المتقدم واختلاف الاتجاهات الفكرية لتناوله، يفتقر إلى تحديد مفهوم واضح ومحدد لأنه في تطور مستمر جنباً إلى جنب مع التطور التكنولوجي. فعرفه "جون مكارثي" عام 1955 الأب الروحي للذكاء الاصطناعي بأنه: "اسم يطلق على مجموعة من الأساليب والطرق الجديدة في برمجة الأنظمة الحاسوبية التي تستخدم لتطوير أنظمة تحاكي بعض عناصر ذكاء الإنسان وتسمح لها بالقيام باستنتاجية عن حقائق وقوانين يتم تخزينها في ذاكرة الحاسب"¹. وفي هذا الإطار تبنت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD تعريف الذكاء الاصطناعي باعتباره " نظام قائم على الآلة يمكنه - وفق مجموعة معينة من الأهداف المحددة من قبل الإنسان - وضع تنبؤات أو توصيات أو قرارات تؤثر على البيئات الحقيقية أو الافتراضية"². عليه، تتفق هذه التعريفات على أن مفهوم هذه التكنولوجيا ينصرف بشكل مباشر إلى العلم الذي يدرس السلوك البشري واستيعاب صفاته لا سيما الذكاء منها، وذلك من خلال تطوير برمجيات الأنظمة الآلية المختلفة التي يستخدمها الإنسان ذاته بشكل يومي، كأجهزة الحواسيب، والهواتف النقالة، والمركبات ذاتية القيادة، محركات البحث، وبرامج الترجمة الآلية والتشفير وغيرها من التطبيقات الأخرى³.

فليس كل ما هو آلة هو ذكاء اصطناعي وليس كل ما هو ذكاء اصطناعي هو آلة. بل إن الذكاء الاصطناعي هو نظام آلي محوسب يقوم على برمجيات وبرامج تمكنه من أن تحاكي الذكاء البشري بشكل مستقل وبناء على نظام التعلم العميق دون الحاجة إلى تدخل الإنسان في مهامها إلا في بعض الحالات النادرة. أما الآلة قد تكون

¹ عائشة يحيى شقفة، " الحماية القانونية للمصنفات الناشئة على برامج الذكاء الاصطناعي"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دورة يونيو 2021، ص 10.

² OECD, "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence", 2019, Available at: shorturl.at/kwHU9, accessed on November 15, 2020.

³ هيثم السيد أحمد عيسى، " التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً لللائحة الأوروبية

العامة لحماية البيانات الشخصية لعام 2016"، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 7.

من جهة ذكاء اصطناعيا، وهنا نصبح نتحدث عن نظام ذكي. ولكن من جهة أخرى قد تكون هذه الآلة غير متوفر فيها أدنى مواصفات الذكاء الاصطناعي، وهنا نصبح نتحدث عن الآلة المسخرة لخدمة الإنسان، والتي لولا تدخل اليد البشرية في إعطائها المهام أو تحريكها لما استطاعت التحرك من مكانها. ومن خلال ذلك، يسعى العلماء لتصبح الأنظمة على قدر تتساوى فيه مع الذكاء البشريين خلال دعمها ببعض القدرات السلوكية، كالإدراك والتفكير والحركة والانتقال وكيفية اتخاذ القرار، وأيضا إكسابه القدرة على مهارات معينة لتدبير الأمور كالحفظ والتنبؤ، اتخاذ القرار، وغير ذلك من خبرات أخرى موجودة لدى الإنسان الطبيعي، الذي مازال يسعى إلى نقل خبراته إلى الآلة حتى أصبحنا أمام مواجهة حقيقية للمقارنة بين الذكاء الإنساني والذكاء الاصطناعي. إلا أن ذلك كله لا يمنح هذه التطبيقات أفضلية على ذكاء الإنسان الذي اخترعه وطور قدراته لا سيما مع ظهور اتجاه فقهي يرى خطورة هذه التكنولوجيا وتطبيقاتها قدراته المختلفة على حياة الإنسان ومستقبله.

يعود استعمال مصطلح الذكاء الاصطناعي إلى أواسط القرن العشرين وبالتحديد في سنوات الخمسينيات، عندما كان العالم يقوم باختبار تقنية "تورينج" الذي يعني تقييم الذكاء على جهاز كمبيوتر وتصنيفه إذا كان قادراً على محاكاة العقل البشري. ونتيجة لذلك اهتم باحثون آخرون بإنشاء "آلة تفكير" لديها القدرة على التفكير مثل البشر.¹

وقد تمّ إعلان مفهوم الذكاء الاصطناعي بشكل رسمي خلال سنة 1956 في كلية دارتموث، وذلك من قبل "جون مكارثي" الذي استخدم مصطلح الذكاء الاصطناعي (Artificielle Intelligence) من أجل وصف الحاسبات الآلية ذات المقدرة على أداء وظائف العمل البشري. وفي عام 1997 تمكن أول كمبيوتر من التغلب على منافس بشري في لعبة الشطرنج.

إلا أن الألفية الثالثة كانت بداية التسارع في الذكاء الاصطناعي، بحيث أصبحت الروبوتات التفاعلية متوفرة في المتاجر، والأكثر من ذلك هو أن الروبوت أصبح لديه القدرة على التفاعل مع المشاعر المختلفة من خلال تعبيرات الوجه، بل أصبح لديه القدرة على القيام بمهام صعبة مثل "ربو نوماد"، الذي برمّج للبحث واستكشاف الأماكن النائية في القطب الجنوبي، كما برمّج لتحديد موقع النيازك².

¹ Stuart J. Russell and Peter Norvig, "Artificial Intelligence: A Modern Approach" (New Jersey: Alan Apt, 1995), pp:1-3.

² محمد أوبالاك، "قراءة في كتاب -الروبوتات: نظرة صارمة في ضوء العلوم القانونية والاجتماعية والإنسانية"، المحرر في نصه الأصلي باللغة الفرنسية، تحت عنوان:

Les Robots : Regards disciplinaires en sciences juridiques, sociales et humaines ,Julie GRANGEON et Marylon FRANCOISE ,Presses Universitaires d'Aix Marseille 07/2020.

قراءة، ترجمة وتحيين، محمد أوبالاك، محام وباحث في التشريع الرقمي، الحوار المتمدن-العدد: 7304 - 7 / 7 / 2022 - 23:50، المحور: دراسات وابحاث قانونية، www.ahewar.org

تعتبر الروبوتات من أهم تطبيقات الذكاء الاصطناعي والذي عرفها الاتحاد الدولي للروبوتات "IFR". بأنها: "آلة مدفوعة قابلة للبرمجة في محورين أو أكثر بدرجة من الاستقلالية، ولها التنقل داخل محيطها لأداء المهام المقصودة"¹. ولعل أشهر تصميم حالي للروبوتات الذكية الروبوت "صوفيا Robot Sophia"، الذي صممته شركة "هانسون روبوتيكس"، ومقرها هونج كونج، في 19 أبريل عام 2015، وتم تشغيله لأول مرة في 14 فبراير 2016، والذي حصل في 17 أكتوبر العام 2017 على جنسية المملكة العربية السعودية.² تم الإعلان مؤخراً في الولايات المتحدة عن حدث يترقبه العالم وتحديدًا عالم القضاء والحملات، إذ سيظهر "أول محامي روبوت في العالم" لأول مرة يترافع في المحكمة أمام القضاة الشهر المقبل (شباط/فبراير)، حيث يدافع المساعد القانوني للذكاء الاصطناعي (AI) عن متهم في قضية مخالفة مرور. والذكاء الاصطناعي، الذي وصفته الشركة الناشئة DoNotPay بأنه "أول محامي روبوت في العالم"، سيعمل على هاتف ذكي ويستمتع إلى حجب المحكمة في الوقت الفعلي قبل إخبار المدعى عليه بما سيقوله عبر سماعات الرأس.³ وبهذا فإن عالم الروبوتات يتقدم في عمله الذي شمل العديد من الميادين خلال السنوات الأخيرة بدون شك، أصبحت جميع المجالات متاحة أمام الروبوتات لتنافس الجهد البشري في كل شيء، بما في ذلك ميدان الحملات، وسيقدم الروبوت قضية المواطن على أفضل وجه - كما يقول الخبراء - وذلك بعد إجراء الكثير من التجارب العملية على هذه القضية مؤكداً براءة هذا الروبوت في دفاعه القانوني.⁴

• أهمية الدراسة :

إن تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي هي أهم موضوع في مجال التكنولوجيا في السنوات الأخيرة. فلا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار أن التقنيات الجديدة أصبحت بشكل متزايد جزءاً من حياتنا بأشكال مختلفة، ويميل الذكاء الاصطناعي وهو مكون رئيسي من هذه التقنيات الجديدة إلى التوسع في مجال العدالة. حيث دفعت ظروف انتشار جائحة كورونا التي اجتاحت العالم إلى ضرورة الاستفادة من تلك التطبيقات الذكية في مجال العدالة في ظل ظروف العمل عن بعد، وقد سارعت بعض الدول إلى تطبيقها في المحاكم وإجراء جلساتها عن بعد. كما تعددت برامج المساعد القانوني في ترتيب البيانات القانونية، واستخدمت أجهزة الشرطة التنفيذية تلك التطبيقات في تحليل الجرائم ومراقبة الأماكن ورصد الجرائم وغيرها. لكن

¹ A robot is an actuated mechanism programmable in two or more axes with its environment to perform indented tasks". Cf. Balkin, J. M., The Path of Robotics Law, California Law Review, vol. 6, June 2015, p.50.

كما عرفت دائرة البحوث بالبرلمان الأوروبي "EPRS" Service Research Parliamentary European "EPRS" الروبوت بأنها: "آلة مادية متحركة، قادرة على التصرف في محيطها، ويمكنها اتخاذ القرار.

Cindy, V. R., Liability of Robots: Legal Responsibility in Cases of Errors or Malfunctioning, Ghent University, Faculty of Law, 2018, p.13.

2 Walsh, A., Saudi Arabia grants citizenship to robot Sophia, DW, 28.10.2017.

<https://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a41150856>. <https://www.ar.wikipedia>,

3 أحمد عاشور، "أول محامي روبوت في العالم".. الذكاء الاصطناعي يقتحم المحاكم، اليوم، تاريخ 2023/1/7، www.alyaum.com

4 أصداف، "المحامي الروبوت"، 15 يناير 2023، جريدة الوطن www.alwatan.com

فى نفس الوقت برزت تحديات قانونية تعلقة بالاشكاليات التي تمخضت عنها تلك الاستخدامات فى مجالات مختلفة منها مجال العدالة.

على الرغم من عدم وجود إجماع حتى الآن حول كيفية قيام الذكاء الاصطناعي بتشكيل المهن القانونية، فإننا نعلم أن الذكاء الاصطناعي مهياً لتغيير كل جانب من جوانب حياتنا تقريباً وسوف تخلق التقنيات الجديدة التي يستخدمها مجموعة من القضايا القانونية غير المسبوقة، بما في ذلك دور وتأثير تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي على القانون بشكل عام، وعلى المحاماة والقضاء بشكل خاص. فمهنتي المحاماة والقضاء تعتبر من المهن التي لها أمان وظيفي أعلى نظراً لطبيعتها المعقدة. فالذكاء الاصطناعي سيركز على القضايا البسيطة في البداية، مثل الإفراج بكفالة عن طريق مراقبة الأنماط السلوكية للمتهم وتقرير مدى احتمالية هروبه. إلا أنه من الصعب تخيل كيف يمكن استبدال المحامين بالذكاء الاصطناعي في الوقت الحالي، فقدره الانسان الفريدة على خلق التعاطف مع المحامين والقضاة على حد سواء لا غنى عنه في المداورات القانونية.

فيجري ضرورة البحث عن تأثير تقنية الذكاء الاصطناعي على المحاماة والقضاء، وبالتالي البحث في دور تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في مجال العدالة الجزائية. إن القوانين لم تتطور بما يتماشى مع تطور التكنولوجيا التقنية حتى اليوم، لذا، تدرس العديد من النظم القضائية في العالم إمكانيات استخدام الذكاء الاصطناعي في مجال العدالة للمساعدة في التحقيقات وفي أتمة الإجراءات القضائية وتسيير المحكمة.

• أهداف الدراسة :

تتمحور أهداف هذه الدراسة حول تحليل الطريقة التي من المحتمل أن يتدخل بها الذكاء الاصطناعي في قطاع العدالة الجزائية، وإذا كان هذا التدخل يجعل من الممكن ضمان الحقوق وأخلاقيات استخدامات الذكاء الاصطناعي. في هذا الإطار سوف ندرس إيجابيات وسلبيات تدخل الذكاء الاصطناعي في قطاع العدالة الجزائية والدور الذي يلعبه في تطوير مهنتي القضاء والمحاماة قبل التطرق إلى بعض التجارب العربية والأجنبية في تبني تقنية الذكاء الاصطناعي في نظمها القضائية.

• إشكالية الدراسة :

بالنظر إلى أهمية خوارزميات الذكاء الاصطناعي العلمية والعملية، والطبيعة الخاصة التي تتميز بها، فإن الإشكالية المحورية التي تطرحها الدراسة تتمثل في :

ما هو دور الذكاء الاصطناعي في إرساء العدالة؟

• منهجية الدراسة :

لمعالجة إشكالية هذا البحث سيتم استخدام المنهج التحليلي الوصفي لدراسة دور الذكاء الاصطناعي في مجال العدالة وتأثيره على مهنة المحاماة والقضاء إذا ما كان تأثيرا إيجابيا أو سلبيا. واعتمدنا المنهج المقارن الذي حاولنا من خلاله المقارنة بين النصوص القانونية والقواعد العامة بالتطرق إلى تجارب بعض الدول العربية والأجنبية الرائدة في مجال الأنظمة الذكية لبنين إذا كان التشريع اللبناني بدوره سيقوم بتبني هذه التجارب وسيعتمد على نظم ذكية في الأيام القادمة في مجال العدالة.

الجزء الأول :

دور الذكاء الاصطناعي في العدالة الجزائية :

طرحت أزمة كورونا المستجدة على منظومات العدالة في العالم تحديا جديدا يتمثل في استمرار المرفق العدلي في ظل ظروف القوة القاهرة التي فرضتها الحالة الوبائية. وبرزت الرقمنة كواحد من الحلول الواقعية في إطار التحول الرقمي لإرساء عدالة رقمية في سبيل تحقيق جودة العدالة كمرفق عام حيوي وتحقيق النجاعة المطلوبة. كان أبرزها ظهور "العدالة الإلكترونية" أو ما يسمى بـ "العدالة الرقمية"¹، بحيث انه لم يكن مجال العدالة بمنأى أو بمعزل أبدا عن التطورات التكنولوجية الحديثة. إذ اتاحت هذه الأخيرة للمؤسسات القضائية والقانونية الاستفادة من هذه الطفرة عبر تسخير الثورة الرقمية لخدمة العدالة والقانون. حيث لم نعد نتكلم عن المحاكم التقليدية فقط بل أصبحنا نتحدث إلى جانبها عن المحاكم الرقمية²، والتي تركز بالأساس على الوسائل الإلكترونية وتقوم بمختلف المهام المعهودة لها قانونا باستخدام الحاسب الآلي. وتهدف إلى القيام بمحاكمات عن بعد دون الحاجة لأن يمثل المشتبه فيهم أو المتهمين أمام الجهاز القضائي، وذلك بغية الحفاظ على التدابير الاحترازية التي فرضتها الدولة في هذه الفترة.

ولما كان الحديث عنالمحكمة الرقمية قد طرح نقاشا واسعا، فإنه نتيجة للثورة المعلوماتية التي يعرفها العالم فقد انتقل الحديث عن نمط ثالث من المحاكم لم يعد مقتصرًا على ما هو عادي أو رقمي فقط، بل تعداه إلى ما هو ذكي، والمعروف باسم "المحكمة الذكية"³. تعتبر المحكمة الجنائية الرقمية تمهيدا للمرحلة القادمة التي ستحدث تغييرا ملموسا في شتى المجالات وعلى رأسها مجال العدالة، وستظهر محاكم ذكية تعتمد على توظيف

¹ يقصد بالعدالة الرقمية بشكل خاص استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال في تحقيق الولوج المستنير لمرفق العدالة وتسهيل التواصل بين مختلف الفاعلين (المحامون، القضاة، كتاب العدل).

² المحكمة الرقمية هي: منهجية جديدة تقوم على استخدام تقنية المعلومات والاتصال في ممارسة الوظائف الأساسية للمحاكم والإدارة القضائية بقصد تحسين فعاليتها ونتائجها وكذلك جودة الخدمات المقدمة.

³ في عام 2013، أطلقت محاكم دبي حملة "المحكمة الذكية" بهدف تقديم أفضل فكرة لتطوير وتحسين الخدمات والإجراءات من خلال تطبيقات الهواتف الذكية وذلك تحت شعار "مقترحائك تصنع المستقبل" دعما منها لترشيح مدينة دبي لاستضافة إكسبو 2020.

تقنيات الذكاء الاصطناعي وستصبح المحاكم عبارة عن الآلات، بحيث سيمثلها قاض آلي ومحامي آلي، بالإضافة إلى أن مختلف الإجراءات القضائية ستعرف هي الأخرى تطورا في ظل الأنظمة الذكية.

ولعل اعتماد المحكمة الذكية، سيؤدي لا محالة إلى طرح العديد من التساؤلات من أهمها مصير سير المحاكمات الجزائية وبالتالي تحقيق العدالة الناجزة.

¹. فكثرت في الآونة الأخيرة الكثير من تكهنات الاقتصاديون وعلماء وخبراء القانون حول تأثير التكنولوجيا على مهنة المحاماة (الفرع الأول) وعلى القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أثر الذكاء الاصطناعي على مهنة المحاماة :

إن مكاتب المحاماة الكبرى على مستوى العالم قد بدأت في استخدام الذكاء الاصطناعي بشكل كبير، وظهر ما يسمى «المحامي الروبوت» أو «المحامي الآلي» أو «المحامي الذكي» (Robot Lawyer) « وهو عبارة عن برنامج أو تطبيق إلكتروني يؤدي العديد من المهام التي تنفذ عادة من قبل المحامين².

وقد أصبح كثير من مكاتب المحاماة يستخدمون الذكاء الاصطناعي في أعمال متعلقة بإجراء الأبحاث وحساب الفواتير، لكن لا يولون اهتماما بالتحول الكبير الذي يحدث لمجال المحاماة، فمن المتوقع أن تختفي العديد من الوظائف القانونية بحلول العقد القادم، ومن أهم الوظائف المهدة بالاختفاء وظيفتي المساعد القانوني والباحث القانوني.

لكن بالرغم من هذا فإن المحامي الشهير Tom Girardi كانت له نظرة مغايرة بخصوص تقنيات الذكاء الاصطناعي، حيث قال : " قد يعتبر عدم استخدام الذكاء الاصطناعي يوما سوء تصرف قانوني ، وهذا سيكون مشابها لمحامي في أواخر القرن العشرين الذي لا يزال يفعل كل شيء بالرغم من إمكانية استخدام الكمبيوتر"³.

وبالتالي، يمكن القول أن الواقع يظهر أهمية الذكاء الاصطناعي في المجتمع أكثر من أي وقت مضى، وهذا لا يعني أن البشرية ستنتهي بل إنها على العكس من ذلك ستعمل جنبا إلى جنب مع هذه التقنيات. فالمحامي في حد ذاته سيؤدي دوره ومهمته بفضل المساعدة التي ستقدمها له هذه التقنيات، وذلك بنوع من الدقة والسرعة والمرونة، على سبيل المثال في الجانب المتعلق بمراجعة العقود الذي لربما تأخذ من المحامي وقتا أطول قصد

¹See: 'Lawyers and Robots? Conversations Around the Future of the Legal Industry'.

https://www.lexisnexis.com.au/_data/assets/pdf_file/0003/187644/L.

² Milan Markovic: " Rise of the Robot Lawyers?", Arizona Law Review [Vol. 61:325, 2019, pp 326 – 350, p 326 .

³-Shiva Bakhtiary:" POURQUOI L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE NE REMPLACERA PAS LES AVOCATS, Article publié sur le site: http://www.oba.org/JUST/Archives_List/2020/August-2020/WhyArtificial-Intelligence-Will-Not-Replace-Lawyer?lang=fr-ca, vu le 16 juillet 2022, à l'heure 10:30.

مراجعة عقد واحد منها في حين أن تقنيات الذكاء الاصطناعي تستطيع أن تراجع العقود أضعافاً مضاعفة عما يقوم به العنصر البشري.

ولعل أبرز مثال في هذا الصدد هو ما أوضحته دراسة جديدة نشرت على موقع " لوجيكس"¹ والتي أفادت أنه تم رصد خمس اتفاقيات عدم إفشاء من أجل مراجعتها، بحيث تم تعيين عشرين محامياً بشرياً لهذه المهمة في مواجهة الذكاء الاصطناعي. وبعد مرور شهرين تبين أن الذكاء الاصطناعي قد أنجز مهمة المراجعة بمتوسط دقة بلغ معدله 94 بالمئة في حين كان متوسط مراجعة المحامين بمعدل 85 بالمئة، وهذا على المستوى الجماعي. أما على المستوى الفردي، كان أعلى تصنيف لمحام بشري في مراجعة عقد واحد بمعدل قدره 97 بالمئة، غير أنه في مقابل هذا جاءت مراجعة الذكاء الاصطناعي في دقته فإنه من الصعب مراعاة سرعته².

بيد أن أنظمة برمجيات الذكاء الاصطناعي، وهي برامج كمبيوتر يمكنها التحديث و"التفكير" من تلقاء نفسها تستخدم على نطاق واسع في الدوائر القانونية، ويعتبر المحامي الروبوت ليزا (LISA) أول محامي ذكاء اصطناعي محايد في العالم إذ أنه أول تطبيق ثنائي الاتجاه يمكن الوصول إليه من جهاز كمبيوتر أو هاتف ذكي. وقد كان أول منتج للمحامي الروبوت «ليزا» هو اتفاقية السرية أو اتفاقية عدم الإفشاء (NDA)، والتي تلغي الحاجة إلى الاستعانة بمحاميين أثناء عملية التفاوض من خلال البدء في منتصف الطريق بين الطرفين. ويسأل المحامي «ليزا» سلسلة من الأسئلة إلى المستخدم، وبناء على هذه الأسئلة يتم إنشاء المستند وإرساله إلى المراجع. ويستخدم المراجع الروبوت «ليزا» لإجراء أي تغييرات، وبمجرد الوصول إلى رضا جميع الأطراف تكون الوثيقة جاهزة للتوقيع بحيث يكون لدى كل طرف منهم نسخة من اتفاقية عدم إفشاء ملزمة قانوناً بمجرد التوقيع عليها. وقد تشعبت «ليزا» من خلال الدخول في صياغة عقوداً عديدة ومنها مؤخراً عقود الأيجار التجارية والمهنية³ والسكنية فضلاً عن العديد من العقود الأخرى.

كما يعتبر التطبيق الأشهر في هذا المجال هو المحامي الروبوت "دو نوت باي (DoNotPay)" والذي يعتبر "أول محام روبوت في العالم"؛ حيث يساعد الروبوت المستخدمين في صياغة الخطابات القانونية، وما عليك سوى أن تخبر برنامج الدردشة الآلي الخاص بالبرنامج عن مشكلتك، مثل تقديم طعن على فرض غرامة انتظار سيارات، وسوف يقترح عليك ما يعتقد أنه أفضل صيغة قانونية يمكنك استخدامها. فيستطيع

¹ موقع لوجيكس عبارة عن منصة رقمية رائدة في مجال العقود المبرمة بالذكاء الاصطناعي.

² سعود المرشد، "هل سيحل الذكاء الاصطناعي محل المحامين"، مقال منشور على مجلة الرياض الإلكترونية بالموقع الإلكتروني،

www.alriyadh.com تم الاطلاع عليه يوم 14 يونيو 2022، على الساعة 10:51.

³ أحمد عبد الظاهر، "الطريق إلى الذكاء الاصطناعي في أعمال مهنة المحاماة"، 12 يوليو، 2021، موقع نقابة المحامين، <https://egyils.com>

المستخدمون كتابة مرافعتهم بكلماتهم الخاصة، ثم يطابق برنامج مزود بنموذج تعلم آلي هذه الكتابة ويصيغها بطريقة صحيحة قانونياً.¹

وقد استخدمت مؤخرًا شركة محاماة "ذا جروب 36" ومقرها لندن الذكاء الاصطناعي أثناء محاكمة في جريمة قتل معقدة، وتضمنت القضية الحاجة إلى تحليل ما يزيد على 11 آلاف وثيقة بسرعة، استطاع البرنامج إنجاز المهمة في وقت أسرع أربعة أسابيع مما كان سيستغرقه البشر، مما وفر 51 ألف جنيه إسترليني في هذه العملية، ويستخدم البرنامج ما يزيد على 300 شركة محاماة أخرى في 55 دولة، ويعمل بـ 81 لغة.

وعلى الرغم من ذلك فإن الذكاء الاصطناعي لا يساعد المحامين في عملية فرز الأدلة بالمستندات فحسب، بل يمكنه أن يساعدهم في إعداد وتنظيم قضيتهم. والبحث عن أي سوابق قانونية ذات صلة.

وفي شركة "ديلويت ليغال"، يمكن نظام برمجيات "تاكس-آي" I-TAX الخاص بها تحليل بيانات محكمة تاريخية لقضايا طعن ضريبية مماثلة، وتقر الشركة إنها تستطيع التنبؤ بشكل صحيح بقرارات الطعون بنسبة 71 في المئة، حيث أن ذلك يوفر طريقة أكثر قابلية للقياس الكمي تحدد احتمال النجاح، الأمر الذي يمكن استخدامه لتحديد ما إذا كان على القضية المضي قدماً أم لا.²

مما لا خلاف بشأنه أن المجال الجنائي مجال جد حساس لما له من ارتباط كبير بحقوق الإنسان، فالحمي البشري له قدرات واسعة في التفكير والفهم والإدراك والاستنتاج، بالإضافة إلى قدرته على التعلم من التجارب السابقة. في حين أن الحمي الآلي هو عبارة عن إنسان آلي مبرمج وفق برمجيات قد لا ترقى إلى مستوى التخصص في القضايا الجنائية. بمعنى أن الحمي الآلي يستطيع الإلمام بكل حيثيات الواقعة دون تدخل بشري والدخول في مناقشة مختلف جوانب القضايا مع الموكل. أضف إلى ذلك أن أنظمة الذكاء الاصطناعي يغيب عنها الوعي بالقيم والأعراف البشرية فهي تنفذ فقط ما صممت من أجله دون التمييز بين الخطأ والصواب.³

¹ انتشر التطبيق منذ ذلك الوقت في جميع أنحاء بريطانيا والولايات المتحدة ، ويمكنه الآن مساعدة المستخدم في كتابة رسائل تتناول مجموعة من المشاكل ، مثل مطالب التأمين ، التقدم بطلب للحصول على تأشيرات سياحية ، رسائل شكوى مقدمة إلى شركة أو سلطة محلية ، إس ترداد أموال مدفوعة لقضاء عطلة لم يعد بإمكانك الذهاب إليها ، أو إلغاء عضوية الصالة الرياضية.

² بادرايغيلتون، " الذكاء الاصطناعي: هل توافق على الاستعانة بمحام روبوت للدفاع عنك في المحكمة؟" ، موقع بي بي سي عربي، 16 أغسطس 2021، www.bbc.com.

³ شيماء غزالة، «دور الذكاء الاصطناعي في تعزيز العدالة الجنائية»، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض -مراكش، السنة الجامعة 2021/2020 ص 93.

وبالتالي، فإن الذكاء الاصطناعي في مهنة المحاماة لا ينبغي تعميمه لكونه قد يجد حاجزا أمامه في التطبيق في إعداد القضايا والملفات¹. فالحمي الآلي قد يؤخذ إلى نقاش آخر يتمثل في عدم الثقة فيه لتمثيل الموكلين أمام المحكمة والدفاع عنهم².

الفرع الثاني: أثر الذكاء الاصطناعي على القضاء :

الذكاء الاصطناعي لم يعد حبيسا في المحاماة فقط بل تجاوز ذلك إلى القضاء الذي أزال الستار عن ظهور قاضي آلي يعتمد على برامج ذكية تتفاعل مع المعلومات المدونة في قاعدة البيانات والتي من خلالها يفصل في النزاع المعروض عليه بناء على حكم إلكتروني صادر من قبله.

هناك العديد من الأسباب التي تؤيد أن الذكاء الاصطناعي له دور فعال في النظام القضائي من أهمها، مشكلة الازدياد في عدد القضايا وهو ما يسمى بـ " انفجار التقاضي ". فتعتبر من المشاكل الشائعة التي تواجهها المحاكم في مختلف البلدان، لذلك يتعين على المحاكم تغيير أساليب إدارة القضايا والمرافعات التقليدية وإدخال تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي لمساعدة القضاة على النظر في القضايا وحل النزاعات بسرعة ودقة، وكان هذا سمة من سمات أوائل القرن الحادي والعشرين. فيساعد الذكاء الاصطناعي في سرعة البحث ما يساعد في تخفيف الأعباء على النظام القضائي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يمكن توكيل بعض المهام الإضافية للذكاء الاصطناعي مثل مقابلة العملاء وجمع المعلومات بشكل صحيح. فيرى علماء النفس أن الإنسان قد يكون صادقا وأكثر حرية عندما يتحدث إلى آلة لأن الآلات لن تحكم عليهم، لكن بالطبع لن يحل الذكاء الاصطناعي محل كل وسائل جمع المعلومات، فأحيانا تكون المناقشات أكثر فاعلية. ومع ذلك يساعد الذكاء الاصطناعي في ذلك خلال عمليات الاستجواب والمناقشات في تقصي ردود أفعال الشهود والجرمين في كل مرة يتحدثون فيها ومقارنة تلك الأفعال مع وقائع القضية للوصول إلى أفضل نتيجة³.

كذلك، وفي الجانب القضائي، إن هذا الذكاء مهياً ليأخذ بعدين: أولهما أصيل وثانيهما مساعد. حيث سيحل في الأول محل القاضي في النطق بالحكم، وبالتالي سيكون لدينا قاض قائم بذاته على الذكاء الاصطناعي لا سيما في القضايا المدنية البسيطة المستندة لقرائن قانونية قاطعة، أو تلك التي يثبتها واقع الحال بما لا يدع مجال للشك، كما في قضايا الصلح أو حالات الإقرار القضائي وغيرها. ما سيعيد هيكله العديد من نصوص

¹ إن قضية المحامي الآلي تأخذ لطرح إشكالا دقيقا بمصير مهنة المحاماة مستقبلا في حالة اعتماده في المهن القانونية، ذلك أنه حتى وإن اعتمد فإنه سيكون متخصصا في القضايا البسيطة، كالمخالفات والغرامات وتقديم المساعدة القانونية والاستشارية. لكنه من المستحيل أن يتم تعويضه مكان المحامي البشري الذي يملك القدرة العالية على التجاوب مع الموكلين والإحساس بهم.

² هو عبارة عن جهاز محوسب مجهز بأنظمة ذكية مدرجة في جسم روبوت يقوم بالبت في القضايا المعروضة عليه ويصد بشأنها أحكاما قضائية بدون الحاجة لأي تدخل من قبل العنصر البشري.

³ وقد قال الخبير في الذكاء الصناعي "تيرنس موري"، إن "قضاة آليين" يستطيعون اكتشاف الكذب وتحديد المذنبين بدقة تصل إلى 99 في المئة سيحلون مكان القضاة البشريين في المحاكم خلال 51 عاما، انظر: مقال بعنوان خبير في الذكاء الصناعي: "قضاة آليون" سيشفرون على المحاكم في هذا

قانون السلطة القضائية لا سيما فيما يتعلق بآليات إصدار مثل هذه الأحكام، والطبيعة الإجرائية للمحاكمة، وكيفية الطعن بالحكم، ووسائل الاعتراض على الحكم، وغيرها. كما سيضع القواعد القانونية الخاصة بمخاصمة ورد القضية، إضافة لحالات تنحي القاضي موضع تساؤل كبير من حيث الإبقاء أو الإلغاء، وما سيعيد النظر في طبيعة القواعد القانونية الحاكمة للمسؤولية المهنية للقاضي، وقواعد المساءلة التأديبية وغيرها من القضايا الأخرى¹. في حين سيبقى للقاضي "الإنسان" دوره الفاعل في العملية القضائية لا سيما في القضايا الشائكة والمعقدة، أو تلك التي تستدعي الأخذ بالأسباب المخففة أو المشددة، أو تلك التي تركز إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي. وفي مختلف هذه الحالات، يأتي البعد الثاني للذكاء الاصطناعي المتمثل بالدور المساند والمساعد للقاضي، حيث سيشكل الذكاء الاصطناعي للقاضي إطارا مرجعيا موثوقا في توضيح التوجهات القضائية الحديثة والتوجيهات التحليلية الخاصة بذلك، وموقف المحاكم بشكل عام من العديد من النقاط التي يثيرها موضوع النزاع سواء أكان ذلك، أمام محاكم الموضوع أو أمام محكمة القانون².

يعتمد القاضي عند اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام الجنائية على حدسه وتقديره الوجداني واحترام القوانين الجنائية، ولقد لوحظ في أكثر من مناسبة على وجود تناقض في الأحكام القضائية الصادرة عن قضاة نفس المحكمة أو مقارنة مع الأحكام الصادرة عن محاكم نفس النوع. ولتفادي هذه الإشكالية ومواكبة للتطور العلمي والتكنولوجي أصبحت المحاكم بدول عديدة تعتمد على الخوارزميات ووكلاء الذكاء الاصطناعي لمساعدة القاضي على اتخاذ القرار، والاعتماد على نتائج مؤتمتة تصدرها خوارزميات تقييم المخاطر، مثل: "هروب المتهم من المثل أمام المحكمة إذا ما تم إخلاء سبيله أو احتمال ارتكابه لأي واقعة أخرى، وتصدر هذه الخوارزمية النتائج استنادا على معطيات تاريخية للمتهم وبيانات أخرى دون محابة أو تمييز³.

وبعد نجاح برنامج الخوارزميات في التنبؤ بالعديد من الدعاوى التي عرضت على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يتوقع المعنيون في هذا المجال: " أن يقوم الذكاء الاصطناعي بدور القاضي خصوصا عندما يتعلق

¹Pour plus d'informations sur les commentaires et les réflexions autour de la justice algorithmique en France : B. Barraud, Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? Les Cahiers de la justice, 2017, Pp.121-139. J-C, M. La justice bientôt dans les mains de robots. In La Libre, 31 Août 2017. L. Neuer, Le juge et l'algorithme : une impossible équation, La justice fera-t-elle bon ménage avec les outils qui veulent la prédire ? La Cour d'appel de Paris a ouvert le débat. Compte rendu. Publié le 31/05/2017 à 10 : 59 | Le Point.fr. V. Duval, Justice prédictive : Ce n'est pas un robot qui prendra la décision de justice. Dalloz Actualite. Interview le 7 décembre 2016. E. Barthe, Les robots, avocats et juges de demain ? Pas vraiment... "Intelligence artificielle" en droit : derrière la "hype", la réalité Justice prédictive, légal tech, Ross, Westlaw, Lexis, Prédictive, Supra Legem, Minority report, machine Learning, réseaux neuronaux, NLP, Big data etc., In blog pour l'information juridique, Lundi 27 novembre 2017. Ainsi que les Actes du colloque "Justice prédictive : évolution, révolution ?" Organisé le 23 mai 2017 par la cour d'appel de paris. www.ca-paris.justice.fr.

² Y. Meneceur et C. Barbaro, Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu. Les cahiers de la justice. 2019, p. 277. M. Clément, Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? Recueil Dalloz, n° 2, 12 janvier 2017 p. 104. A. Lanchart, Un logiciel ne remplacera jamais un juge, Interview. In blog de Doctrine.fr, 29 mars 2017. H. Nakad, & H. Herik, & A. Jongbloed, & M-S, AbdelBadeeh, The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings. 2015, Pp. 59-67.

³ أو شونديهاوشوبا ووليام ويسلر، "ذكاء اصطناعي بلامح بشرية- مخاطر التحيز والأخطاء في الذكاء الاصطناعي"، www.rand.org/t/RR1744.

الأمر بتحليل بيانات المتعاملين وتصنيف القضايا وأنواعها بدقة كبرى، وكل ما يتعلق بالقوانين والتشريعات المتخصصة بكل محكمة. ويتولى النظام تخزين آليات التغذية الذاتية بالبيانات وجدولتها لبناء خبرته القضائية، وعند عرض قضية جديدة على النظام يربط الحقائق المتشابهة بقضية سابقة، ثم يجزم في حكمها مما يساعده على التنبؤ بأحكام في وقت يقاس بأقل من ثانية بدقة تصل إلى 79%¹.

لذلك، بدأت العديد من أنظمة العدالة تطبيق "خوارزميات الذكاء الاصطناعي" "AI" كأداة للتنبؤ بخطورة عودة بعض الجناة إلى اقتراف الجرائم والنظر في هذا التقييم عند إصدار الأحكام الجنائية، وقد تنذر هذه التجارب بنمو هذا الاستخدام في عملية صنع القرارات الجنائية الحاسمة عند إصدار الأحكام الجنائية لتعكس زيادة مستوى الاطمئنان مع استخدام الذكاء الاصطناعي بين القضاة، بيد أن التوجه نحو استخدام الخوارزميات التنبؤية في إصدار الأحكام الجنائية هو تطور مثري للقلق ينبغي أن تقابله المحاكم عند إصدار الأحكام بالتشكيك والتدقيق العميق؛ وذلك للأسباب التالية:

أ- قد يؤدي استخدام الخوارزميات عند إصدار الأحكام إلى انتهاك المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية الواجبة قانوناً، ومن المحتمل أن يؤثر استخدامها في العدالة الجنائية، وذلك في العديد من الحقوق ومنها: افتراض البراءة؛ الحق في محاكمة عادلة " بما في ذلك تكافؤ وسائل الدفاع في الإجراءات القضائية، والحق في المحاكمة العادلة "؛ مبدأ عدم استجواب الشهود"؛ الحق في محكمة مستقلة ونزيهة بما في ذلك الحق في قاضي يتم اختياره عشوائياً التمييز والمساواة؛ ومبدأ الشرعية وطمس معايير الإثبات القائمة. لذلك بات الذكاء الاصطناعي أكثر تعقيداً مع مفهوم التعلم العميق مع الشبكات العصبية الاصطناعية.

- ب- تقدم "خوارزميات الذكاء الاصطناعي" الحالية مخاطر غير مقبولة للخطأ والتحيز الضمني.
- ت- يعتبر الاعتماد على الذكاء الاصطناعي للتنبؤ بالعودة إلى الإجرام تنازل بشكل غير مباشر عن سلطة القاضي التقديرية لحساب البرامج الخوارزمية.
- ث- حتى وقتنا الحاضر، من المحتمل أن يكون استخدام الخوارزميات في أحكام غير عادلة، ويعد تنازل غير حكيم عن الوظيفة القضائية. ففي الإجراءات الجنائية عادة ما يكون للقضاة مساحة واسعة في إصدار الأحكام من خلال صياغة تعكس أهداف السياسة الجنائية، فالسلطة القضائية هي بلا شك مجال النشاط البشري حيث يتوقع الفرد أن تظهر الطبيعة البشرية نفسها على أكمل وجه ويتوقع الفرد أن يطبق القاضي العقل والعاطفة على أحكامه، والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان في هذا الشأن، هل يمكن للخوارزميات أن تكون معقولة في قراراتها القضائية؟ أم لا يمكن أن تكون أكثر من مجرد منطوق؟

¹Nikolaos Aletras, et, al: « Predicting Judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective », published on 24 octobre 2016, (Online). www.peerj.com/articles/cs-93 (last visited 14/7/2020).

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، تستخدم إحدى محاكم مدينة كليفلاند أداة مزودة بتقنية الذكاء الاصطناعي عند إصدار الأحكام، بالطبع لن تحل التكنولوجيا محل القاضي، لكنها قد تساعد في توقع نهاية القضية. ويتطلب توقع حكم القضية في القانون تزويد التكنولوجيا بخريطة القانون وتحويل القضايا إلى شفرات مصدرية "Source Code" يمكن للآلة قراءتها¹. ففي العام 2016 قام فريق من الباحثين الأميركيين والبريطانيين في مجال المعلوماتية والقانون وعلم النفس بوضع برنامج خوارزمي قادر على استقراء مجموعة من الأحكام القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من خلال مجموعة من الوقائع، وبمعدل موثوقية وصلت إلى 80%².

من هنا يتضح أن الذكاء الاصطناعي حتى وإن طرق باب المحاكم وحاول دخول المحكمة وأشرق مستقبل الروبوتات الذكية وظهر قضاة آليين فإنه لا يمكن أن نسلم بالقول بأن المجال الجنائي سيتبناه مهما طال الزمن لكونه مجالاً معقداً له ارتباط قوي بحقوق الإنسان وبضمانات المحاكمة العادلة. ولذلك، لا يمكن أن نتصورها في مجال العدالة الجنائية، غير أن هذا لا يمنع من استشراف مستقبل الذكاء الاصطناعي الذي سيعرف مسعاه بشكل كبير في القضايا المشابهة واستصدار حكمه بخصوصها، ولعل أبرز مثال نضعه هنا ما يتعلق بمخالفات قوانين السير.

وفي نفس الصدد، لا تزال النصوص القانونية أيضاً ضعيفة إذا ما أسقطناها على تقنيات الذكاء الاصطناعي على اعتبار أنها مقتصرة الآن فقط على تنظيم وتسيير المحاكم التقليدية، وتحديد اختصاصها والإجراءات القضائية التي تمر منها وتحديد مهام الجهاز القضائي وتنظيم المهن القانونية التقليدية التي يتدخل فيها العنصر البشري مما يعني أنها لم تعالج بعد المحاكم الذكية ولم تتطرق لها بتاتا، كل ما في الأمر أنها حاولت التطرق فقط لمحاكم الرقمية دون الذكية.

غير أن غياب النصوص القانونية المنظم لهذا نوع من المحاكم لربما يعود لسبب كون أن المشرع ما زال لم يتبن هذه الفكرة بعد، بمعنى لأنه في حالة إذا اعتمد عليها وتبناها ينبغي عليه أن يعدل قوانينه بما يتماشى وخصوصية الذكاء الاصطناعي التي تختلف تماما كما أشرنا عن المحاكم التقليدية أو الإلكترونية. بل أكثر من هذا، فحتى ولو اعتمدها المشرع المدني في القضايا المدنية البسيطة فإن المشرع لن يأخذ بها لكونها تتنافى وضمنات المحاكمة العادلة.

¹JudgesnowusingArtificialIntelligence to Rule on Prisoners, Science and Technology. February 7, 2018,

www.leamin-english.voanews.com/a/ai-used-by-judges-to-ruleon-prisoners/4236134.html.

² محمد عرفان الخطيب، "العدالة التنبؤية والعدالة القضائية، الفرص والتحديات - دراسة نقدية معمقة في الموقف الانجلوساكسوني واللاتيني"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 12 ، العدد 1 ، 2019 ، ص39.

الجزء الثاني :

التجارب الرائدة في التشريعات المقارنة :

عند محاولتنا للبحث عن تطبيق الذكاء الاصطناعي في النظم القضائية في الدول وجدنا عددا من المجالات التي تم فيها بالفعل استخدامه بنجاح، سواء في جزء من أجزاء التقاضي الخاص ببلد معين أو بجميع أجزاء النظام القضائي. يقدم نظام التقاضي الذكي فرصة كبيرة لمساعدة العديد من الأشخاص الذين لا يتوفر لهم التمويل العام لحل النزاعات أو الذين تكون التكاليف القانونية باهظة بالنسبة لهم. ويتوافق الذكاء الاصطناعي في المجال القضائي أيضا مع التغييرات الأوسع في المجتمع، ولا سيما التقدم التكنولوجي والاستخدام الواسع النطاق للخدمات عبر الإنترنت للتعامل مع جميع أشكال الأعمال. وهذا ما أثر على المحاكم فمن المهم أن نحصل على نظام مرتبط بالطمأنينة لجميع المستخدمين.

وهذا ما دعى الكثير من الدول إلى اعتماده وتطبيقه وإن كان بنسب متفاوتة، وبغية الإحاطة بهذه التطبيقات سيتم بحث التجارب في استخدام تقنية الذكاء الاصطناعي في العدالة الجزائية (الفرع الأول) ثم التجارب في الدول العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التجارب في الدول الأجنبية :

إن فكرة استخدام «الروبوت القاضي» في المحاكم ليست بالجديدة، فقد تم بالفعل استخدام هذه التقنية الوليدة في جمهورية إستونيا، حيث تم استخدام قاض يعمل بالذكاء الاصطناعي لتسوية دعاوى قضائية صغيرة تصل إلى 6000 جنيه إسترليني، مما أتاح للمهنيين البشريين التفرغ لقضايا أكبر.

أولا : التجربة في إستونيا¹ :

إن وزارة العدل الإستونية تطمح لتصميم " قاضي آلي " قادر على الفصل في نزاعات الدعاوى البسيطة التي تقل قيمتها عن 7000 يورو، فهذا القاضي سيمكن من التخلص من القضايا المتراكمة أمام المحاكم وسيعمل على حل النزاعات البسيطة مما يتيح مزيدا من الوقت للقضاة البشريين من أجل حل المشكلات الأكثر صعوبة معا. ويتعين على الأطراف هنا تحميل كافة المستندات والمعلومات الأخرى ذات الصلة إلكترونيا ثم يصدر الروبوت قرارا يمكن استئنافه أمام قاض بشري.

¹ إن دولة إستونيا منحت " أوت فليسبوغ " منصب مسؤول البيانات الرئيسي الذي تشرف على إدخال الذكاء الاصطناعي والتعلم الآلي في الخدمات الحكومية، بحيث شرعت دولة إستونيا إلى اعتماد قاضي آلي منذ يناير 2020 يعمل بالذكاء الاصطناعي.

راجع: أحمد عبد الظاهر، " محاكم المستقبل ... القاضي الآلي "، منشور بالموقع الإلكتروني : www.m.elwatannews.com/news/details/4168667، تم الإطلاع عليه في 7 يوليو 2022.

ثانيا : التجربة الأمريكية :

تتبنى الولايات المتحدة الأمريكية فكرة المحامي الآلي¹، وذلك بعد قيام أكبر مكاتب المحاماة الأمريكية 2016 بتشغيله والذي أطلق عليه اسم " روس " بحيث يتمتع الذكاء الاصطناعي بذكاء فائق يماثل ذكاء الإنسان ويقوم بالاطلاع على كل كتب القانون ويعود بأجوبة مرفقة بالمراجع والتشريعات. كما يستطيع الاستشهاد بقضايا مشابهة إلى ذلك يقوم بمراقبة القانون على مدار الساعة من أجل الاطلاع على القرارات الجديدة المحدثة. مع إمكانية إيجاد الحلول لمختلف القضايا التي تدخل في الاختصاصات التي يبرمج عليها ومن ضمنها قضايا الإفلاس. ومؤخرا، طورت شركة " دو نوت بلي " أول " محامي روبوت " مدعوم بتقنية الذكاء الاصطناعي سيترفع الشهر المقبل (شباط/فبراير) مدافعا عن متهم بارتكاب مخالفة مرورية. بحيث يستمع لادعاء المحكمة ويخبر المدعى عليه بما يجب قوله من خلال سماعات. وسينفذ المدعى عليه كل توجيهات الروبوت مهما كانت، مع تحمّل مطوري الروبوت لأي خسائر قد يتعرض لها المتهم. تم تدريب الروبوت على ملفات قضائية عديدة شملت موضوعات متنوعة، وحرص الخبراء الذين زودوا الروبوت بالمعلومات على الالتزام بالقوانين وتقليص التحايل عليها لأقل قدر. كما عدل برنامج تطبيق ذكاء اصطناعي بحيث لا يتفاعل الروبوت تلقائيا مع كل ما يسمعه في المحكمة، وسيستمع الروبوت للحجج المقدمة ويحللها قبل توجيه تعليمات للمدعى عليه بكيفية الرد.

ثالثا : التجربة البريطانية :

حاول طالب بريطاني² تطوير تطبيق إلكتروني خطوة مهمة منه على أمل تقديم للعالم محاميا آليا يقدم استشاراته القانونية مجانا، بحيث أن هذا الروبوت أسهم خلال أول تجربة له في الإجابة عن عشرات الآلاف من الطلبات التي قدمها سائقون يطعنون في الملابس التي تعرضوا فيها لغرامات السير. ويجري التواصل مع المحامي الآلي بواسطة نظام محادثة يشبه الدردشة في مواقع التواصل الاجتماعي مع استعانهه بخدمة " جوجل " لتحديد المواقع على الكرة الأرضية ليتعرف على المكان الذي نال فيه السائق الغرامة ثم يرتب طعن مستوفي الشروط ويرسله إلى السلطات المختصة.

¹ قامت شركة المحاماة " بيكروهوستلر " بتوظيف الروبوت " روس " الذكي اصطناعا والمنتج من قبل شركة IBM كمحام في قسم قضايا الإفلاس الخاص، بحيث يضم قسم الإفلاس في الشركة حوالي 50 موظفا، وقد صمم هذا المحامي الذكي من أجل قراءة وفهم اللغة وتكوين فرضيات عند طرح الأسئلة عليه والإجابة عنها بالاعتماد على مصادر ومراجع لدعم استنتاجه.

راجع: الموقع الإلكتروني www.al3omk.com/amp/115454.html.

² يقول " جوشا برزدوير " الذي يدرس علوم الحاسوب في جامعة ستانفورد- إن اختراعه يمكن أن يكون أول محامي آلي في العالم وهو الإجابة عن عشرات الآلاف من الاستشارات القانونية المتعلقة بقوانين السير مجانا.

راجع الموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net/amp/news/scienceandtechnology/2016/11/14

وقد نجح المبرمج " جوشرايروادر" من برجة " محامي آلي" يقوم بمهمة تقديم طلب السكن في مأوى حكومي للمتشردين بشكل مجاني¹، وذلك بعد حوار قصير وهام مع موكله في مدة لا تتجاوز في الغالب 30 ثانية ليقيم في الأخير بالحصول على طلب سكني له يتكلف إرساله بالبريد الإلكتروني إلى المحكمة المحلية.

رابعا: التجربة الصينية²:

تستخدم الصين نظام قضاة الذكاء الاصطناعي والمحكم الإلكتروني والأحكام الصادرة على تطبيقات الدردشة وذلك منذ عام 2017. فقد عالجت «المحكمة المتنقلة» التي تم إنشاؤها على منصة التواصل الاجتماعي الصينية الشهيرة «We chat». أكثر من ثلاثة ملايين قضية قانونية أو إجراءات قضائية أخرى منذ إطلاقها، تضمنت النزاعات التجارية عبر الإنترنت وقضايا حقوق الطبع والنشر وقضايا أخرى متعلقة بمنتجات التجارة الإلكترونية³.

إن مدينة " زيو" التابعة لإقليم شادونج توجد بها محكمة ذكية أصدرت ألف حكم قضائي في قضايا مدنية متعددة بالاعتماد على الذكاء الاصطناعي، التي تعمل بإعداد الدفع والادعاء ويتم إدراج معطياتهم في قرصين مدججين ضمن برنامج "القاضي الآلي" الذي يخضعهما مباشرة للتحليل بهدف البحث عن قضايا مماثلة صدر حكم سابق فيها - يمكن له طلب مساعدة القاضي البشري بخصوص بعض التفاصيل الخاصة أو الإنسانية ويقوم بعدها بإصدار حكمه الخاص بفرض العقوبات.

وذهبت جمهورية الصين بعيدا في هذا المجال، بحيث طورت نظاما ذكيا عبارة عن " مدعي عاما آليا"⁴، يمكنه توجيه التهم لمرتكبي الجرائم بدقة تزيد عن 97 بالمئة، ويمكنه اقتراح العقوبات التي ينبغي فرضها على المجرمين المفترضين وإعفاء بعض الأفراد من المقاضاة، وقد تم تدريبها بناء على استخدام 77 ألف قضية ابتداءا منذ عام 2015 إلى عام 2020.

¹ روبوت الدردشة الآلي: متوافر دائما بشكل " أونلاين" وهو يستهدف المتشردين في بريطانيا والذي ينظم فيها 185 ألف شخص إلى قافلة المتشردين كل سنة، وقد استخدم هذا الروبوت المحامي لتقديم خدماته مئات المرات منذ إنطلاقه.

راجع: محمد حمزة، " المحامي الروبوت يقدم خدماته مجانا للمتشردين"، منشور على الموقع الإلكتروني:

www.nok6a.net تم الاطلاع عليه في 3 يوليو 2022.

² زعزوعة نجاة بن قالة ليلي، " المحكمة الإلكترونية بين المفهوم والتطبيق"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 4، العدد 2، لسنة 2021، الجزائر، ص 104.

³ دينا عمارة، "الروبوت القاضي... شكل جديد من العدالة الرقمية" الأهرام، الجمعة 27 من ربيع الأول 1442 هـ 13 نوفمبر 2020 السنة 145 العدد 48920 الأهرام، www.gate.ahram.org.eg

⁴ قال البروفيسور "شي يونغ"، الباحث الرئيسي في هذا المشروع، " سيسهم الذكاء الاصطناعي بتخفيف العبء على المدعين العامين والسماح لهم بالتركيز فقط على القضايا الأكثر تعقيدا".

راجع: عبد الحميد الطحاوي، " تعيين الروبوت في منصب المدعي العام". منشور بالموقع الإلكتروني

www.elbalad.news/5103974، تم الاطلاع عليه يوم 7 يوليو 2022.

الفرع الثاني : التجارب العربية :

هناك بعض التجارب الرائدة في استخدام تقنية الذكاء الاصطناعي في النظم القضائية في الدول العربية وعلى رأسها الإمارات العربية المتحدة حيث تعد أول دولة قامت بتصنيع أول إنسان آلي يتحدث باللغة العربية¹. بالإضافة إلى بعض التجارب الجنينية بحاجة إلى تطوير مثل تجربي المملكة المغربية والجمهورية اللبنانية.

أولا : تجربة الإمارات العربية المتحدة :

أطلق مركز فض المنازعات الايجار في 2016/3/1 تطبيقا جديدا أطلق عليه اسم تطبيق " القاضي الذكي"²، وذلك في إطار سعيه لبلورة حلول مبتكرة للمشاكل القانونية التي تعترض في بعض الأحيان المستأجرين ومالكي العقارات في دبي. يضم التطبيق 15 حالة مختلفة تشمل مجموعة من الحالات والمنازعات التي يتم عرضها أمام مركز فض المنازعات الايجار. وتطبيق " القاضي الذكي" متوافر على متاجر الأجهزة الذكية، وهو يوفر بيئة آمنة ومستقرة في القطاع الإيجاري من خلال تقديم آلية قضائية ذكية. فضلا عن الحصول على مسودة حكم قضائي فوري دون اللجوء إلى اللجان الايجار.

ولم يقتصر الأمر على " القاضي الذكي" في المنازعات الايجار وإنما امتد ليشمل المنازعات الأسرية، إذ أطلقت وزارة العدل الإماراتية أول تطبيق ذكي على مستوى الدولة للاستشارات الأسرية الذكية³ كتابة وصوتا. وتوجد مجموعة من الإجراءات والخدمات يعتمد فيها على الذكاء الاصطناعي ومنها: 1- خدمة أسأل عادل: وهو نظام مجيب ذكي يساعد في الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بأنظمة وخدمات وزارة العدل. 2- نظام المحامي الذكي: يعتبر نظام المحامي الذكي من الأنظمة الابتكارية المتطورة على مستوى الدولة حيث تم تطويره لتوفير متطلبات المتعاملين من خلال الحصول على كافة الخدمات القانونية المتعلقة بالمحامين عن بعد. كما يشكل نظام المحامي الذكي منصة للتواصل بين الجمهور والمحامين من خلال خدمة مستشار أونلاين للإجابة على الأسئلة والاستفسارات القانونية عبر النظام. 3- القاموس الذكي: طورت وزارة العدل تطبيق للمصطلحات القانونية بطرق سهلة وذكية للمتعاملين، حيث يحتوي التطبيق على الكلمات الأساسية الواردة في التشريعات وقوانين الدولة مع مفرداتها وترجمتها إلى اللغة الإنكليزية.

¹ ففي عام 2009 تمكن فريق بحثي يعمل بأحد المختبرات في جامعة الإمارات العربية المتحدة بمدينة العين من تصميم وصناعة أول إنسان آلي يتحدث باللغة العربية، وأطلق عليه اسم العالم العربي الشهير " ابن سينا" الذي عاش في القرن الحادي عشر. وتم عرض هذا الروبوت في معرض دبي جايتكس 2009 باعتباره نموذجا أوليا من الروبوتات التفاعلية الاجتماعية التي يمكن استخدامها في الشركات والمؤسسات التجارية.

للمزيد راجع: علا جلال، " ابن سينا روبوت إماراتي يتكلم العربية"، منشور بتاريخ 5 نوفمبر 2009 على الموقع الإلكتروني التالي

<https://middle-east-online.com/%D8%A7%D8%A8%D9%86-9>.

² للتفصيل أكثر أنظر: www.dubailand.gov.ae/ar/rdc/smart-judge/smart-judge-detail تم الاطلاع عليه في 2022/4/8.

³ للتفصيل أكثر أنظر: www.emaratalyoim.com/locam-section/education/2017-12-5-1-1049848 تم الاطلاع عليه في 2022/4/7.

لم تتوقف أهداف دولة الإمارات العربية المتحدة عند هذه الحد بل تضمنت المشروعات والمبادرات في الخطة الاستراتيجية لوزارة العدل للأعوام 2017-2021، (43) مبادرة ومشروعاً يتم العمل عليها. ومن أهم هذه المبادرات والمشروعات ذات الأولوية المحاكم الإلكترونية والتقاضي عن بعد ومشروع حل النزاعات إلكترونياً وذلك، وهي مبادرة تستهدف إنشاء منصة إلكترونية متاحة للعموم تضع أصحاب النزاعات البسيطة في تواصل مباشر مع خبراء قانونيين وموظفين إداريين من المحاكم، بهدف تقديم الاستشارات والخدمات والإجراءات بصورة إلكترونية وصولاً إلى حل النزاعات دون المرور بالمحاكم. ويكون دور القاضي مقتصرًا على تصديق الصلح ومشروع الحافظة الإلكترونية للسوابق القضائية الذي يوفر توجهات الاجتهاد القضائي السابق في أي مسألة قانونية معروضة على المحكمة، بحيث يدرك القاضي اتجاهات الأحكام القضائية السابقة في الموضوع المعروض عليه¹.

ثانياً: التجربة المغربية :

بالرجوع إلى القانون المغربي، نجد ما زال متأخراً في هذا الباب المتعلق بتكريس المحامي الآلي، غير أنه حاول الاستعانة بالتكنولوجيا الحديثة من أجل دعم مهنة المحاماة. حيث انطلقت نهاية 2004 وبداية 2005 خدمة تتبع الملفات عبر الإنترنت، لكن في سنة 2018 أعلن بشكل رسمي من قبل وزارة العدل والحريات عن إنشاء منصة المحامي الافتراضية والتي طبقت سنة 2021 بحيث مكنت من القيام بجميع الإجراءات المتعلقة بتبادل الوثائق القضائية وإرسال المقالات وتسجيلها والأداء عنها بواسطة الإنترنت².

وبالرغم من هذه التجربة الرقمية التي خاضها المغرب في المجال الإلكتروني³، إلا أنه ولحدود اللحظة ما زال لم يعتمد الذكاء الاصطناعي في المهن القانونية مقارنة بالتجارب الدولية – السالفة الذكر – التي تتجه نحو إدماج المحامي الآلي إلى جانب المحامي البشري للقيام بمساعدته. وهذا لا يعني أن المملكة المغربية لن تعتمد عليه مستقبلاً، فالتكنولوجيا لا أحد يمكنه إيقاف تطورها ومنه ففي حالة ما تم الاعتماد على الذكاء

¹ عبد الحين السعيد (لبنى) وحسن الساعدي (جليل)، التقاضي بواسطة الذكاء الاصطناعي – القاضي الذكي الاصطناعي نموذجاً - " دراسة في القانونين الأميركي والصيني"، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2022، ص 151 و 152.

² شيماء غزالة، "مرجع سابق"، ص 94.

³ في هذا الصدد، قامت وزارة العدل والحريات وتماشياً مع الأهداف الاستراتيجية لميثاق إصلاح منظومة العدالة فيما يتعلق بتحديث الإدارة القضائية من تصميم تطبيق ذكي خاص بالهواتف الذكية e-Justice Mobile، يقوم لتقريب المعلومة القضائية من المواطنين والمترفقين وتسيير الولوج إليها الذي يعمل على مدار 24 ساعة وطيلة أيام الأسبوع. وكذلك، إتاحة موقع ذكي سمي بـ mahakim.ma إمكانية تتبع القضايا والملفات القضائية لحين صدور الحكم فيها.

اشتهر اسم الروبوت "شامة" كالنار في الهشيم، وتصدر الصفحات الأولى لأخبار التكنولوجيا في المغرب والعالم العربي، وهو نموذج تطبيقي للذكاء الاصطناعي، من صنع مغربي 100%، وله القدرة على تمييز الأحاسيس وتحليل تعابير الوجه، كما يستطيع التعرف على المحيط فضلاً عن الإجابة عن مجموعة من الأسئلة المتعلقة بالثقافة العامة.

توفيق الناصري، "الروبوت المغربي " شامة" يحصل على دعم أميركي، الرباط، سكاي نيوز عربية، 27 يناير 2021، www.skynewsarabia.com

الاصطناعي في المهن القانونية وظهور المحامي الآلي مستقبلاً، فهل يمكن تصور محامي آلي ينوب عن المحامي البشري في القضايا الجنائية؟ وهل يمكن الوثوق بهذه المهمة¹.

ثالثاً: تجربة لبنان :

صدر في لبنان قانون الهيئة الناظمة للاتصالات² وقانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، إلا أنهما لم يتطرقا إلى تقنية الذكاء الاصطناعي ولم يصدر أي تشريع قانون يعالج الذكاء الاصطناعي. وفي ظل هذا الغياب التشريعي عندت وزارة الصناعة في تشرين الأول 2019 إلى وضع خطة إستراتيجية للذكاء الاصطناعي تبت: 1- توجيه المجتمع اللبناني نحو تشجيع البحث العلمي والتطوير والابتكار في مجالات الذكاء الاصطناعي، 2- زيادة تنافسية المنتج الصناعي الوطني عبر استخدام أدوات وتطبيقات عبر استخدام أدوات وتطبيقات الذكاء الاصطناعي، 3- تأمين وتحسين الأمن التكنولوجي وترسيخ السيادة التكنولوجية، 4- بناء قاعدة معلومات حديثة ومتطورة واستخدام أدوات الذكاء الاصطناعي في حفظ وتصنيف وتحليل البيانات والمعلومات الإحصائية، 5- القيام بالدراسات والأبحاث في مجالات الذكاء الاصطناعي والمجالات المواكبة والمرتبطة، 6- خلق بيئة عمل تحت على المبادرة والابتكار في جميع مجالات الذكاء الاصطناعي³.

بتاريخ 6 أيار 2020، سلمت الجامعة اللبنانية الروبوت المسمى « lebot » إلى مستشفى رفيق الحريري الجامعي، وهو روبوت قابل للتحكم عن بعد عبر تطبيق ذكي. نفذه طلاب من كلية العلوم بالتعاون مع شركة Rimo بهدف استخدامه في توصيل الطعام والمواد الطبية إلى المرضى أو التواصل بين المرضى والفريق الطبي عبر تقنية الاتصال بالفيديو Video-Conference، وذلك في ظل الظروف الصحية التي فرضها الوباء العالمي عام 2020 كالتباعد الاجتماعي والحجر الصحي⁴.

¹ صابر الهادم، "القانون في مواجهة الذكاء الاصطناعي - دراسة مقارنة"، ماستر الوسائل البديلة في القانون الخاص - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2021 - 2022، ص 49.

² قانون تنظيم قطاع خدمات الاتصالات على الأراضي اللبنانية، رقم 431، تاريخ 2020/7/22، منشور في الجريدة الرسمية عدد 41، تاريخ 2020/7/23، ص 21.

³ الاستراتيجية الوطنية للذكاء الاصطناعي، www.bit.ly/3dXPYwW تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/2/20.

نقلا عن: دونا حلال، "الذكاء الاصطناعي"، رسالة معدة لنيل شهادة الماستر البحثي في القانون الجنائي، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2019 - 2020، ص 129.

⁴ كريستيان يوسف، "المسؤولية المدنية عن فعل الذكاء الاصطناعي"، رسالة ماستر بحثي في القانون الخاص، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2019-2020، ص 54.

باستقراء التجارب المختلفة في تم ذكرها، يمكن القول بأن المهام التي يقوم بها الحامي الآلي حتى تاريخه تقتصر على قراءة الوثائق وتحليل العقود والتنبيه إلى ما قد يشوبها من عيوب ونواقص، وتحديد المخاطر والمسؤوليات والالتزامات، وإعطاء دفوع قانونية بناء على الأحكام القضائية، وصياغة حجج سبق للقضاء الأخذ بها، وتكوين فرضيات بناء على الأسئلة والوقائع المدخلة. ولكن لم يتسن حتى تاريخه بناء محام قادر على المرافعة في ساحات المحاكم. وعلى كل وأيا كان المستوى الذي وصل إليه الحامي الآلي أو الحامي الروبوت، يمكن للمحامين البشريين استخدام الحامي الروبوت لتسريع عملهم وتوفير تجربة أفضل للعملاء من خلال السماح لهؤلاء العملاء بخدمة أنفسهم عبر الانترنت. كما اتضح أن العديد من الدول العربية والأجنبية تسعى إلى تطبيق التحول نحو العدالة الرقمية من خلال دمج الذكاء الاصطناعي في المحاكمات، حيث يمكن أن يساهم في مساعدة المحاكم في إنجاز المهام المتكررة بما يساهم في تركيز المحكمة على القضايا الأكثر تعقيداً للوصول إلى عدالة ناجزة.

إذا كان بإمكان الحامي استخدام الذكاء الاصطناعي للترافع في قضية والقيام بذلك بتكاليف أقل من محام " بشري " لا يمتلك الذكاء الاصطناعي، فمن سيتم اختياره الحامي الشخص أم الحامي الروبوت؟ وما إذا كان سيحل محل القاضي " البشري " في إصدار الأحكام القضائية.

الخلاصة :

إن موضوع الذكاء الاصطناعي من المواضيع التي ينبغي أن تحظى بالاهتمام في مجال البحث العلمي، لكون أن الذكاء الاصطناعي ما هو إلا تطور فرضته التكنولوجيا والتي ما زالت في تزايد مستمر. وبفضل هذا التطور وذكاء الإنسان تم التوصل لذكاء اصطناعي يقوم بتأدية مختلف المهام التي يؤديها الإنسان بل قد يتعداها أحيانا. تم في هذه الدراسة إبراز أهم المضامين المتعلقة باستخدامات الذكاء الاصطناعي لا سيما أهم الأدوار التي يؤديها الذكاء الاصطناعي خاصة في مجال العدالة. توصلنا إلى أن النصوص الحالية ما زالت ضعيفة لا تصلح في كثير من الأحيان للتطبيق على تقنيات الذكاء الاصطناعي والتي تتسم بالخصوصية عن باقي المواضيع الأخرى. الأمر الذي يؤكد أن تقنيات الذكاء الاصطناعي ينبغي أن يتم مواجهتها بقواعد قانونية تتماشى مع خصوصيتها.

• نتائج الدراسة :

- يساعد الذكاء الاصطناعي المحاكم في القيام ببعض الأعمال التي يقوم بها البشر، ولكن بشكل أفضل وبتكلفة أقل.
- إن المحاكم التي تستفيد من الذكاء الاصطناعي بشكل فعال بدأت بقضايا صغيرة، تمكنت من بناء الثقة لدى مستخدميها مما أدى إلى تفرغ البشر للنظر في المسائل المعقدة.

– فى مجال مهنة المحاماة فإن الذكاء الاصطناعي أظهر قدرته على توجيه المحامين والمستشارين القانونيين وإنارتهم نحو أفضل الطرق والوسائل لاجراء المفاوضات للتوصل الى حل نزاع معين بدقة وسرعة وتوفير الوقت المخصص لتقصي وجمع المعلومات اللازمة حول مسألة معينة، كما يمكنه ان يساهم فى تقليص الوقت الذى يبذله المحامين فى اجراء الأبحاث القانونية، ومن ثم فهو يساهم فى الانجاز وزيادة الإنتاج وتقديم الاستشارات والخدمات القانونية بشكل دقيق.

– إن المحامي الآلي حتى وإن تم اعتماده فإنه لا يرقى إلى مستوى المحامي البشري الذي يستطيع الدفاع عن موكله فى مختلف القضايا والملفات والتي تدخل فى اختصاصه من بينها تلك التي تتعلق بمجال الجنائيات أي الملفات البالغة الخطورة. بيد أن المحامي الآلي لا يستطيع الترافع سوى فى القضايا البسيطة منها والمخالفات التي لا تمس النظام العام والمجتمع ولا تترك أثرا.

– يمكن أن يساعد التقدم فى "خوارزميات الذكاء الاصطناعي" على تحقيق التوازن فى بعض مراحل الإجراءات الجزائية؛ حيث تساعد الأنظمة الأساسية التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي سلطات الضبط القضائي والتحقيق وكذلك القضاء بالفعل على تقييم المخاطر المختلفة للمشتبه بهم والمتهمين من حيث احتمال تخطيل الجاني الكفالة إلى احتمال أن يعاد الإفراج المشروط.

– إن التوجه نحو استخدام الخوارزميات التنبؤية فى إصدار الأحكام الجنائية هو تطور مثير للقلق، ينبغى أن تقابله المحاكم عند إصدار الأحكام بالتشكيك والتدقيق العميق.

– إن العثور على التوازن الصحيح للذكاء الاصطناعي والتفاعل البشري فى نظام العدالة الجزائية مهمة صعبة، ويحتمل أن يقاوم القضاة التغيير، وسوف نحتاج إلى أنظمة ومؤسسات تضمن الشفافية المناسبة والإجراءات القانونية الواجبة، لكن لا يمكننا التخلي عن أنظمة الخوارزميات لأنه صعب.

– إن النصوص القانونية الحالية غير كافية لمواجهة تقنيات الذكاء الاصطناعي.

• توصيات الدراسة :

– ضرورة اعتماد تشريع خاص منظم لاستخدام تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي، خاصة فى مجالات التأثير الذكاء الاصطناعي على القانون.

– دعوة الأجهزة القضائية لتفعيل آليات التعاون القضائي بين الدول العربية لتنظيم الذكاء الاصطناعي.

– من الضروري التوجه نحو المستقبل فى مجال إنجاز العدالة والاعتماد على تلك التطبيقات الذكية فى دقتها وسرعتها، شريطة أن يقتصر ذلك فى البداية على مجال الدعاوى المدنية والمالية، كالغرامات والضرائب وغيرها، وإرجاء الأمر فى القضايا الجنائية مثل القتل وغيرها، لما لها من حيثيات كثيرة تراعى من قبل القاضى الطبيعي خاصة أنه فى حال وجود القاضى الذكى ورفض المتهم لما يوجهه إليه سترد الدعوى الى القاضى الطبيعي.

– إنشاء مراكز تدريب للقضاة والمحامين لتزويدهم بالمعلومات الكافية لأجل التعامل مع رموز الكمبيوتر وفهمها من الناحية القانونية، حتى يتمكنوا من تفسير العقد عند حدوث نزاع بين أطرافه.

في حال نجاح مهمة الـ " الحامي الروبوت " في شهر شباط/فبراير 2023 ، التي يراها البعض عصبية ويقول آخرون إنها في غاية السهولة، ثمة أسئلة كبيرة لا بُدَّ من طرحها تتعلق بدور الحامي، وما هو مستقبل المحامين؟ وهل سيتسارع العمل في هذا المشروع بحيث يتم إنتاج مئات الآلاف من المحامين الروبوت ليقفوا أمام المحاكم، الأمر الذي سيجعل من أجور الحامي زهيدة؟ والأبعد من ذلك، ما هو مستقبل كليات القانون في العالم التي يقصدها سنويا مئات الآلاف من طلبة العلم وهم يجلمون بمهنة طالما حلم بها الكثيرون، وماذا عن شركات الحاماة التي حفرت أسماء وعناوين خلال عشرات السنين؟

وإذا ناقشنا القضية من زاوية أخرى، فلا بُدَّ من التوقف عند حقيقة أكبر، فمن المعروف أن الذكاء الاصطناعي سرعان ما يحقق قفزات سريعة وكبيرة في منتجاته التي يطرحها في سوق العمل، فإذا نجح الروبوت الحامي في أول مرافعة له وكسب القضية، ماذا سيقدم في الجيل الثاني والثالث والعاشر؟ الجانب الآخر الذي نطرحه على شكل تساؤل، يقول: هل سنشاهد القاضي الروبوت قريبا؟

في النهاية، " يجب أن يجري المزيد من التواصل حول مميزات الخوارزميات، فتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي هي تقنيات واعدة تتمتع بالعديد من المميزات، ما يتطلب مسؤولية كبيرة أثناء التعامل معها. ولا ينبغي السماح للتفاوت غير المبرر ولا الخوف غير المبرر بمنعنا من استكشاف هذه البرامج والاستفادة من ثمارها. فللذكاء الاصطناعي في مجال العدالة دورا مساعدا".

❖ لائحة المصادر و المراجع :

أولاً: المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب :

- السيد أحمد عيسى (هيثم) ، التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقا للائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات الشخصية لعام 2016، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019 .
- عبد الحين السعيد (لبنى) و حسن الساعدي (جليل)، التقاضي بواسطة الذكاء الاصطناعي - القاضي الذكي الاصطناعي نموذجاً- " دراسة في القانونين الأميركي والصيني"، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2022.
- طارق هارون (محمود) ، مدخل إلى عالم الذكاء الاصطناعي، الطبعة الأولى، الدار الأكاديمية للعلوم، القاهرة، 2019.

ب- الأطروحات والرسائل :

- الهادم (صابر) ، القانون في مواجهة الذكاء الاصطناعي - دراسة مقارنة، ماستر الوسائل البديلة في القانون الخاص - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2021 - 2022.
- حلال (دونا) ، الذكاء الاصطناعي، رسالة معدة لنيل شهادة الماستر البحثي في القانون الجنائي، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2019 - 2020.
- غزالة (شيماء)، دور الذكاء الاصطناعي في تعزيز العدالة الجنائية "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، 2020 - 2019.
- يوسف (كريسيان) ، المسؤولية المدنية عن فعل الذكاء الاصطناعي، رسالة ماستر بحثي في القانون الخاص، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2019-2020.
- يحيى شقفة (عائشة) ، الحماية القانونية للمصنفات الناشئة على برامج الذكاء الاصطناعي، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دورة يونيو 2021.

ت - المقالات والدراسات :

- أوبالاك (محمد) ، قراءة في كتاب -الروبوتات: نظرة صارمة في ضوء العلوم القانونية والاجتماعية والإنسانية، المحرر في نصه الأصلي باللغة الفرنسية، تحت عنوان:
Les Robots : Regards disciplinaires en sciences juridiques, sociales et humaines ,Julie GRANGEON et Marylon FRANCOISE ,Presses Universitaires d Aix Marseille07/2020
- بنصغري(فؤاد) ، "العدالة الخوارزمية في القانون المغربي" ، مجلة المغرب القانون، 2018.
- نجة بن قالة ليلي (زعزوعة)، " المحكمة الإلكترونية بين المفهوم والتطبيق"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 4، العدد 2، لسنة 2021، الجزائر، ص 104.
- عرفان الخطيب (محمد)، العدالة التنبؤية والعدالة القضائية، الفرص والتحديات - دراسة نقدية معمقة في الموقف الانجلوسكسوني واللاتيني"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م 12، ع 1، 2019.
- ث - المراجع الإلكترونية :
- أصداف، " الخامي الروبوت"، 15 يناير 2023، جريدة الوطن www.alwatan.com.
- أوشوبا (أوشونديه) وويسلر (ويليام)، "ذكاء اصطناعي بلامح بشرية - مخاطر التحيز والأخطاء في الذكاء الاصطناعي"، www.rand.org/t/RR1744.
- المريشد (سعود) ، " هل سيحل الذكاء الاصطناعي محل المحامين، مقال منشور على مجلة الرياض الإلكترونية بالموقع الإلكتروني، 4 أكتوبر 2018 www.alriyadh.com تم الاطلاع عليه يوم 14 يونيو 2022، على الساعة 10:51
- الطحاوي (عبد الحميد)، "تعيين الروبوت في منصب المدعي العام"- منشور بالموقع الإلكتروني www.elbalad.news/5103974، تم الاطلاع عليه يوم 7 يوليو 2022.
- الناصري (توفيق)، " الروبوت المغربي " شامة" يحصل على دعم أميركي، الرباط، سكاى نيوز عربية، 27 يناير 2021، www.skynewsarabia.com
- بيلتون (بادراينغ)، الذكاء الاصطناعي: هل توافق على الاستعانة بمحام روبوت للدفاع عنك في المحكمة؟، موقع بي بي سي عربي، 16 أغسطس 2021، www.bbc.com
- جلال (علا)، " ابن سينا روبوت إماراتي يتكلم العربية"، منشور بتاريخ 5 نوفمبر 2009 على الموقع الإلكتروني التالي
<https://middle-east-online.com/%D8%A7%D8%A8%D9%86-9>
- عبد الظاهر (أحمد) ، الطريق إلى الذكاء الاصطناعي في أعمال مهنة الحمامة، 12 يوليو، 2121، موقع نقابة المحامين، <https://egypls.com>

- عبد الظاهر(أحمد)، " محاكم المستقبل ... القاضي الآلي"، منشور بالموقع الإلكتروني www.m.elwatannews.com/news/details/4168667، تم الإطلاع عليه في 7 يوليو 2022.
- عاشور (أحمد)، " أول محامي روبوت في العالم".. الذكاء الاصطناعي يقتحم المحاكم، اليوم، تاريخ www.alyaum.com، 2023/1/7
- عمارة(دينا)، الروبوت القاضي... شكل جديد من العدالة الرقمية"، الأهرم، الجمعة 27 من ربيع الأول 1442 هـ 13 نوفمبر 2020 السنة 145 العدد 48920 " الأهرم، www.gate.ahram.org.egypt
- مقال بعنوان خبير في الذكاء الصناعي: "قضاة آليون" سيشفرون على المحاكم في هذا التاريخ، 25 أكتوبر، www.arabic.rt.com/t.2020
- السعودية موطن القدم الجديد لروبوتات الذكاء الاصطناعي"، www.xtend.sa
- الاستراتيجية الوطنية للذكاء الاصطناعي، www.bit.ly/3dXPYwW تمالإطلاع عليه بتاريخ 2021 /2/20
- www.aljazeera.net/amp/news/scienceandtechnology/2016/11/14
- الموقع الإلكتروني www.al3omk.com/amp/115454.html

ثانيا: المراجع باللغة الإنكليزية :

A) Books :

- (Schwab) .Klaus, ThefourthIndustrialRevolution,WorldEconomic Forum, Geneva, Switzerland, 2016.
- (Dairo) Amodelat al, « ConcreteProblems in AI Safety , « Ithaca, N.Y, Cornell,
- (Barth) Thomas J and (Amold) Eddy, “Artificial intelligence and administrative discretion: implications for public administration”, The American Review of Public Administration, vol. 29, no.4,1999, pp:332–333.
- (Russel) Stuart J. and (Novrig) Peter, “Artificial Intelligence: A Modern Approach” (New Jersey: Alan Apt, 1995),pp:1-3.
- (Cf.) Balkin, J. M " The Path of Robotics Law, California Law Review », vol. 6, June 2015, p.50
- (Markovic) Milan , Rise of the Robot Lawyers?”, Arizona Law Review [Vol. 61:325, 2019, pp 326 – 350.

B) UniversityRefernces :

- (Nilsson) Nils J., The Quest for Artificial Intelligence – A History of ideas and Achievements , 2010, Cambridge UniversityPress, NY, USA, p 3-61.
- (Cindy), V. R., Liability of Robots:LegalResponsibility in Cases of Errors or Malfunctioning, GhentUniversity, Faculty of Law, 2018.

C) Internet Refernces :

- JudgesnowusingArtificialIntellegence to Rule on Prisoners, Science and Technology. February 7, 2018, www.leaminingenglish.voanews.com/a/ai-used-by-judges-to-ruleon-prisoners/4236134.html.

- University Library, 2016, As. Of february 2, 2017. www.arxiv.org/abs/1606.06565
- Amankawa AO, and McCartney C, « The UK National DNADatabase, Implementation of the Protection of FreedomsAct 2012, (2018), Forensic Science International, 117. www.Lawsociety.org.uk
- www.maroclaw.com(lastvisited 12/6/2020).
- Walsh, A., SaudiArabiagrantscitizenship to robot Sophia, DW, 28.10.2017. <https://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a41150856> ; <https://www.ar.wikipedia>
- Gentsch(P) , AI in Marketing, Sales and Service. Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. 50.
- NikolaosAletras, et, al : « PredictingJudicialdecisions of the European Court of HumanRights : a Natural LanguageProcessing perspective », published on 24 octobre 2016, (Online). www.peerj.com/articles/cs-93(lastvisited 14/7/2020).
- OECD, “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence” ,2019, Availableat: shorturl.at/kwHU9, accessedonNovember 15,2020.

ثالثا : مراجع باللغة الفرنسية :

- (Bakhtiary) Shiva:" POURQUOI L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE NE REMPLACERA PAS LES AVOCATS, Article publié sur le site: http://www.oba.org/JUST/Archives_List/2020/August-2020/WhyArtificial-Intelligence-Will-Not-Replace-Lawye?lang=fr-ca, vu le 16 juillet 2022, à l'heure 10:30.
- (B.) Barraud, Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? Les Cahiers de la justice, 2017, Pp.121-139. J-C, M.
- (Y). Meneceur et C. Barbaro, Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu. Les cahiers de la justice. 2019, p. 277. M.

Clément, Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? Recueil Dalloz, n° 2, 12 janvier 2017 p

- (A.) Lanchart, Un logiciel ne remplacera jamais un juge, Interview. In blog de Doctrine.fr, 29 mars 2017. H. Nakad, & H. Herik, & A. Jongbloed, & M-S, AbdelBadeeh, The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings. 2015.
- L'accountability et la protection effective des données personnelles dans un monde digital connect Revue de l'Union européenne , 6 Janvier 2020
- In blog pour l'information juridique, Lundi 27 novembre 2017. Ainsi que les Actes du colloque "Justice prédictive : évolution, révolution ?" Organisé le 23 mai 2017 par la cour d'appel de paris [.www.ca-paris.justice.fr](http://www.ca-paris.justice.fr)

حق الأطفال في وضعية إعاقة في التعليم بين المرجعية الدولية لحقوق الانسان والتشريع الوطني والواقع المغربي

The right of children with disabilities to education between
the international reference for human rights, national
legislation and the Moroccan reality



نجاة بوعريب¹ : دكتورة

في الشريعة والقانون ، كلية

الشريعة، جامعة ابن زهر أكادير، المغرب

Najat Bouarib : Doctor of Chariaa and Law
Faculty of Sharia , Ibn Zohr University, Agadir/Morocco

¹ - منسقة برنامج الدمج المدرسي للأطفال الصم ، مهتمة بقضايا المرأة والطفل. Email : najatbouarib26@gmail.com

ملخص المقال باللغة العربية :

يعتبر موضوع الاعاقة والتعليم أحد القضايا الاجتماعية المهمة في المجتمعات المعاصرة، نظرا لما له من أبعاد تربوية واقتصادية واجتماعية وسياسية، سواء على الشخص ذو الاعاقة وعلى أسرته، أو على المجتمع ككل. ولقد اهتم المنتظم الدولي بحقوق الاشخاص في وضعية اعاقة، حيث اقر الاعلان العالمي لحقوق الانسان حق كل انسان في التعليم. كما حدد الاعلان جملة من المبادئ الواجب تطبيقها لتحقيق أهداف حق التعليم. نفس هذا التوجه سار عليه المشرع المغربي، حيث انه أولى فئة الأطفال في وضعية اعاقة اهتماما خاصا خلال السنوات الأخيرة، وذلك من خلال ضمان حق التعليم والتربية والتكوين في اطار العمل على تمكين هذه الفئة من المشاركة في الحياة العامة، وذلك من خلال سن القوانين والتشريعات التي من شأنها المساهمة في ضمان الحقوق الاساسية للشخص في وضعية اعاقة ، بالإضافة الى انشاء مراكز متخصصة ومؤسسات خاصة تعنى بتعليم وتربية هذه الفئة.

- الكلمات المفتاحية : الاطفال في وضعية اعاقة - حق التعليم - التشريع الدولي - التشريع الوطني.

Abstract :

The issue of disability and education is considered one of the important social issues in contemporary societies, due to its educational, economic, social and political dimensions, whether for the person with disability and his family, or for society as a whole. The international community has paid attention to the rights of persons with disabilities, as the Universal Declaration of Human Rights recognized the right of every human being to education. The declaration also specified a number of principles that must be applied to achieve the goals of the right to education.

The same approach was followed by the Moroccan legislator, as he has given special attention to the category of children in a situation of disability in recent years, by guaranteeing the right to education, education and training within the framework of working to enable this group to participate in public life, through the enactment of laws and legislation that It would contribute to guaranteeing the basic rights of a person with a disability, in addition to establishing specialized centers and private institutions concerned with the education and upbringing of this group.

- **Key words** : Children with disabilities _The right to education _ international legislation _national legislation

مقدمة :

يعتبر موضوع الاعاقة والتعليم أحد القضايا الاجتماعية المهمة في المجتمعات المعاصرة، نظرا لما له من أبعاد تربوية واقتصادية واجتماعية وسياسية، سواء على الشخص ذو الاعاقة وعلى أسرته، أو على المجتمع ككل. ولقد اهتم المنتظم الدولي بحقوق الاشخاص في وضعية اعاقة، حيث اقر الاعلان العالمي لحقوق الانسان حق كل انسان في التعليم وفقا للمادة 26 منه. كما حدد الاعلان جملة من المبادئ الواجب تطبيقها لتحقيق أهداف حق التعليم ، أهمها: اجبارية ومجانية التعليم في مراحلها الاولى، وتوجيه التعليم لتنمية الشخصية الانسانية تنمية كاملة، والتأكيد على احترام حقوق الانسان.

نفس هذا التوجه سار عليه المشرع المغربي، حيث انه أولى فئة الأطفال في وضعية اعاقة اهتماما خاصا خلال السنوات الأخيرة، وذلك من خلال ضمان حق التعليم والتربية والتكوين في اطار العمل على تمكين هذه الفئة من المشاركة في الحياة العامة، ويتجلى هذا الاهتمام اساسا في سن القوانين والتشريعات التي من شأنها المساهمة في ضمان الحقوق الاساسية للشخص في وضعية اعاقة ، بالإضافة الى انشاء مراكز متخصصة ومؤسسات خاصة تعنى بتعليم وتربية هذه الفئة.

انطلاقا مما سبق نتساءل: ماهي ضمانات حق الأطفال في وضعية اعاقة في التعليم على مستوى المنظومة الدولية لحقوق الانسان وعلى مستوى التشريعات الوطنية الداخلية؟ ما هو واقع الحماية التعليمية للأطفال في وضعية اعاقة بالمغرب وما هي ابرز تحدياته؟

للإجابة على هذه الاشكاليات، سنحاول دراسة حق الأطفال في وضعية اعاقة في التعليم في المنظومة الدولية لحقوق الانسان والتشريع والواقع المغربي انطلاقا مما يلي:

المطلب الأول: ضمانات حق الأطفال في وضعية اعاقة في التعليم في المواثيق الدولية لحقوق الانسان

المطلب الثاني: ضمانات حق الأطفال في وضعية اعاقة في التعليم في التشريع الداخلي المغربي.

المطلب الثاني: واقع تمتع الأطفال في وضعية اعاقة بحق التعليم في المغرب وتحدياته

المطلب الأول: حق الاطفال في وضعية اعاقة في التعليم في المواثيق الدولية لحقوق الانسان

ان حق الأشخاص في وضعية اعاقة في التعليم هو ببساطة: "تعليمهم حسب قدراتهم ودرجة اعاقاتهم الجسمية والعقلية، وتزويدهم بالمهارات اللازمة، والتي تفيدهم في حياتهم العملية كإجادة القراءة والكتابة والحساب ونشاطات الحياة اليومية"¹، في نطاق ذلك، اولت الأمم المتحدة الأطفال في وضعية اعاقة خصوصا والشخص في وضعية اعاقة عامة اهتماما خاصا، حيث اعتبرت الأمم المتحدة عام 1981 عاما دوليا للأشخاص في وضعية اعاقة، كما سمت العقد الممتد من عام 1982 — 1992 عقدا دوليا للإعاقة. بموازاة ذلك اعترفت الأمم المتحدة منذ انشائها بأن الكرامة المتأصلة والمساواة والحقوق غير القابلة للتصرف هي أسس انسانية يجب أن يتمتع بها الجميع على حد سواء، من هنا جاء الاحتفال السنوي باليوم الدولي الذي

¹ أسماء سراج الدين هلال، تأهيل المعاقين، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة: 2012، ص: 18.

تقرر تغيير اسمه من اليوم الدولي للمعوقين ليصبح اليوم الدولي للأشخاص في وضعية إعاقة، وذلك تماشياً مع المسمى الجديد الذي استخدمته اتفاقية حقوق الأشخاص في وضعية إعاقة لسنة 2006، تعزيزاً لفهم القضايا المرتبطة بالإعاقة، وحشد الدعم لكرامة الإنسان.

في نفس الاطار، أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في الرابع من أكتوبر 1992، بموجب القرار 47/3 أن الثالث من دجنبر مناسبة وذكرى سنوية للأشخاص في وضعية إعاقة في العالم، وذلك من أجل سن التدابير لتحسين وضعيتهم وتوفير فرص التكافؤ لهم، وتكريس المساواة التامة بين جميع أفراد البشر، دونما أي تمييز قائم على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو الأصل الاجتماعي أو الإعاقة أو أي شكل آخر من أشكال التمييز ..

وللوقوف على ضمانات حق الأطفال في وضعية إعاقة في التعليم في المرجعية الدولية لحقوق الإنسان، سنحاول رصد أهم الجهود والاعلانات والاتفاقيات ذات الصلة بهذا الحق وذلك وفق ما يلي:

1- الاعلان العالمي لحقوق الانسان:

يأتي الاعلان العالمي لحقوق الانسان في مقدمة المواثيق الدولية التي أولت الاهتمام للحق في التعليم عموماً، فقد أكد على ضرورة احترامه وضمانه، باعتباره حقاً من حقوق الانسان، وذلك حينما أعلن أن لكل شخص الحق في التعليم، ويجب أن يوفر مجاناً على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية. ويكون التعليم الابتدائي الزامياً، حيث جاء في المادة السادسة والعشرين:

" - لكل شخص الحق في التعلم، ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزامياً وينبغي أن يعمم التعليم الفني والمهني، وأن ييسر القبول للتعليم العالي على قدم المساواة التامة للجميع وعلى أساس الكفاءة.

- يجب أن تهدف التربية إلى إنماء شخصية الإنسان إنماء كاملاً، وإلى تعزيز احترام الإنسان والحريات الأساسية وتنمية التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الشعوب والجماعات العنصرية أو الدينية، وإلى زيادة جهود الأمم المتحدة لحفظ السلام.

- للآباء الحق الأول في اختيار نوعية تربية أبنائهم."¹

انطلاقاً مما سبق نستنتج أن الاعلان العالمي لحقوق الانسان اعتبر الحق في التعليم حقاً مكفولاً لكل شخص بغض النظر عن جنسه، بحيث لا بد أن يتمتع كل مواطن بصرف النظر عن امكاناته المادية بحقه في التعليم الذي يتناسب مع وضعية إعاقته، كما ألزم الاعلان الدول الأعضاء في الامم المتحدة و المصادقة على الاعلان، بضرورة توفير التعليم الأساسي على الأقل لكافة المواطنين مجاناً، وبالتالي ضمان حصول كافة الأطفال على حقوقهم في التعليم بدون تمييز.

¹ المادة 26 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان

2_ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

ان العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹ جاء بدوره ليؤكد أن التعليم يجب أن يوجه نحو التنمية الشاملة للشخصية الانسانية وللإحساس بكرامته، وأن يكون من بين أهداف التعليم احترام حقوق الانسان وحرياته الأساسية². هكذا نصت المادة 13 من هذا العهد على أنه: " - تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم، وهي متفقة علي وجوب توجيه التربية والتعليم إلي الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية والحس بكرامتها وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان، وتمكين الفرد من خلال التعليم على المساهمة الفاعلة الايجابية في المجتمع.

- وتقر الدول الأطراف في هذا العهد بأن ضمان الممارسة التامة لهذا الحق يتطلب:

_ جعل التعليم الابتدائي إلزاميا وإتاحته بالجان للجميع؛

- تعميم التعليم الثانوي بمختلف أنواعه، وجعله متاحا للجميع بكافة الوسائل الممكنة والأخذ بمبدأ المجانية بشكل تدريجي؛

_ جعل التعليم العالي متاحا للجميع بدون أي تمييز، والأخذ تدريجيا بمجانبة التعليم؛

- تشجيع تعليم الكبار الذي لم يستكملوا تعليمهم أو لم يتلقوه إطلاقا؛

_ تحسين الأوضاع المادية للعاملين في التدريس.

و تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء أو الأوصياء، في اختيار مدارس لأولادهم غير المدارس الحكومية، شريطة تقييد المدارس المختارة بمعايير التعليم الدنيا التي قد تفرضها أو تقرها الدولة".
انطلاقا مما سبق يتبين أن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يحدد الأبعاد الرئيسية للتعليم، بما في ذلك مستويات التعليم الابتدائي والثانوي والعالي ووجوب توجيه التربية والتعليم الى الإنماء الكامل للشخصية الانسانية والحس بكرامتها، والى توطيد احترام حقوق الانسان وحرياته الأساسية³.

3_ اتفاقية حقوق الطفل :

اعتمدت الجمعية العامة اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرارها رقم 44/25، وحتى يوليو 2011 بلغ عدد الدول التي صادقت على الاتفاقية وانضمت اليها 193 دولة⁴.

ولقد أكد التقرير الأممي ل 3 غشت 2011 في دورته السادسة والستون حول حالة اتفاقية حقوق الطفل أن: "الأطفال ذوو اعاقة هم أكثر فئات الأطفال تهميشا واستبعادا ويعانون من انتهاكات واسعة النطاق لحقوقهم، وتعمل هذه الانتهاكات على اذلالهم وحرمانهم من احترام كرامتهم وفرديتهم وحتى حقهم في الحياة نفسها".

¹ صادق المغرب على هذا العهد بالظهير الشريف رقم 4781 بتاريخ 27 مارس 1979 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21 ماي 1980

² غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الانسانية، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 3 سنة : 2011، ص: 230

³ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الانسان، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة: 3، سنة: 2004، ص: 252

⁴ الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الأمين العام بتاريخ: 3 غشت 2011، الدورة 66 البند 65(أ) من جدول الأعمال، تقرير حقوق الطفل وحمايتها:

حالة حقوق الطفل، ص: 1

ولقد شهدت السنوات الثلاثون الماضية اجراءات هامة للتصدي لهذه الانتهاكات، ومع ذلك فانه لم ينص على أحكام صريحة فيما يتعلق بحقوق الأطفال ذوي الاعاقة لأول مرة الا في اتفاقية حقوق الطفل، التي اعتمدت في سنة 1989، بما في ذلك حظر التمييز على أساس الاعاقة (المادة 2)، والالتزامات بتوفير خدمات للأطفال ذوي الاعاقة، من أجل تمكينهم من تحقيق الاندماج الاجتماعي الى أقصى حد ممكن (المادة 23).¹

هكذا جاءت اتفاقية حقوق الطفل لتلزم الدول الأطراف بأن تكفل لجميع الأطفال جميع الحقوق الموضحة فيها واحترامها دون أي نوع من أنواع التمييز، بما في ذلك العجز، في اطار ذلك شددت لجنة حقوق الطفل على أن عدم التمييز لا يمكن تفسيره على أنه يعني أنه ينبغي معاملة جميع الأطفال معاملة متساوية، طالما أن معايير التفريق معقولة وموضوعية، وأن الهدف من التفريق هو تحقيق غرض مشروع بموجب اتفاقية حقوق الطفل.²

لكن رغم ذلك، فكما لوحظ في التعليق الأممي العام رقم 9 لسنة 2006، للجنة حقوق الطفل، فان الأطفال ذوي الاعاقة يعانون من التمييز في كل جانب من جوانب حياتهم، فالتمييز لا ينشأ من الطبيعة الجوهرية لإعاقتهم، وانما من الاستبعاد الاجتماعي المتأصل الناجم عن رفض الفرقوالفقر والعزلة الاجتماعية والتحمل والجهل ونقص الخدمات والدعم، وفي الثقافات التي ينظر فيها الى الاعاقة على أنها لعنة أو عقوبة، يلقي باللوم على الطفل الذي يولد مع وجود ضعف كتجسيد للفشل في الماضي.³

5- اعلان سلامنكا لسنة 1994 :

في عام 1994 عقد مؤتمر دولي للتربية الخاصة في سلامنكا/ اسبانيا، بحضور 92 دولة و25 منظمة دولية، حيث تم الاتفاق على وثيقة واطار للعمل يطالب بتبني نهج "التعليم الجامع"، ويعتبر اعلان " سلامنكا" المنبثق عن المؤتمر نقطة التحول نحو نهج التعليم الجامع عالميا، ودعا الاعلان المجتمع الدولي لتبني نهج جامعي في المدارس من خلال تنفيذ تغييرات فلسفية وعملية واستراتيجية، ولقد وضع هذا الاعلان النهج الجامع على جدول أعمال التربية في العالم متبنيا نهجا حقوقيا، حيث أكد على: " أن النهج الجامع والمشاركة قيم أساسية لكرامة الانسان وللمتعة بحقوق الانسان وممارستها".

كما أقر في المادة 2 أن: " المدارس النظامية ذات التوجه الجامع هي أكثر الوسائل فعالية في مواجهة الاتجاهات التي تميز بين الناس وفي بناء مجتمعات ترحب بالجميع، كما تساعد على بناء مجتمع جامع يحقق التعليم للجميع"

1 المرجع نفسه، ص: 4

2 الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الأمين العام بتاريخ: 3 غشت 2011، الدورة 66 البند 65(أ) من جدول الأعمال، تقرير حقوق الطفل وحمايتها:

حالة حقوق الطفل، ص: 5

3 المرجع نفسه، ص: 5. 6.

وبعد عقد مؤتمر سلامنكا بفترة قصيرة، بدأت كلمة " التعليم الجامع " في الظهور في غالبية التقارير والوثائق التربوية العالمية، لكن بالرغم من ازدياد الاهتمام بالتعليم الجامع مازال الميدان مشوشا بشأن ما يعنيه ذلك.

6_ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة 13 ديسمبر 2006 :

بعد خمس سنوات من المفاوضات أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الاعاقة في 13 ديسمبر 2006، وكان الغرض منها هو تعزيز وحماية وكفالة تمتع الأشخاص ذوي الاعاقة بجميع حقوق الانسان والحريات الأساسية وتعزيز احترام كرامتهم.

ولقد أنشأت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة 61/106، وفتح باب التوقيع عليها في 30 مارس 2007، ودخلت حيز التنفيذ في 3 ماي 2008 بعد تصديق الدول الأطراف عليها، ولقد بلغ عدد الدول الأطراف في الاتفاقية 98 دولة، أما عدد الدول الموقعة على الاتفاقية لحدود سنة 2019 فقد بلغ 147 دولة، وتتميز الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الاعاقة باعتماد تصنيف واسع للأشخاص ذوي الاعاقة.¹

وعموما، فقد عملت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي اعاقة لسنة 2006 على زيادة تعزيز حقوق الأطفال ذوي الإعاقة. وهيلا تنص على حقوق إضافية، فحقوق الإنسان هي حقوق عالمية وتنطبق على كل إنسان. ومع ذلك، فإنها تفرض التزامات إضافية كبيرة على الحكومات لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإزالة الحواجز التي تعوق إعمال حقوق الإنسان. كما تعتمد النموذج الاجتماعي للإعاقة، وتتناول "كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين" (المادة 1).²

كما تتضمن الاتفاقية أيضا مادة مخصصة للأطفال (المادة 7)، التي تنص على التزام الدول بكفالة إعمال جميع حقوق الأطفال ذوي الإعاقة على قدم المساواة مع غيرهم من الأطفال، من أجل توخي أفضل مصالحهم، وكفالة حقهم في التعبير عن آرائهم وإيلائها الاهتمام الواجب. وهي تنص ضمن مبادئها العامة (المادة 3)، على احترام القدرات المتطورة للأطفال ذوي الإعاقة واحترام حقهم في الحفاظ على هويتهم، وتنص على التزام عام (المادة 4، الفقرة 3) بالتشاور مع الأطفال، من خلال المنظمات التي تمثلهم، عند وضع التشريعات والسياسات ذات الصلة.³

وتشكل المبادئ العامة الثمانية للاتفاقية حسب المادة الثالثة، القاعدة القانونية لحقوق هذه الفئة، وتتمثل هذه المبادئ في :

*احترام كرامة الأشخاص واستقلالهم الذاتي، بما في ذلك حرية تقرير خياراتهم بأنفسهم وباستقلالية.

¹ محمد البزاز، حقوق الانسان وحرياته العامة، مطبعة سحلماسة، مكناس، السنة: 2015، ص: 98

² الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الأمين العام بتاريخ: 3 غشت 2011، الدورة 66 البند 65(أ) من جدول الأعمال، تقرير حقوق الطفل وحمايتها: حالة حقوق الطفل، ص: 4. 5

³ الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الأمين العام بتاريخ: 3 غشت 2011، الدورة 66 البند 65(أ) من جدول الأعمال، تقرير حقوق الطفل وحمايتها: حالة حقوق الطفل

*عدم التمييز.

*كفالة مشاركة وإشراك الأشخاص ذوي الإعاقة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع.

*تكافؤ الفرص.

*إمكانية الوصول.

*المساواة بين الرجل والمرأة.

*احترام القدرات المتطورة للأطفال ذوي الإعاقة واحترام حقهم في الحفاظ على هويتهم.¹

المطلب الثاني: ضمانات حق الأطفال في وضعية إعاقة في التعليم في التشريع الداخلي المغربي:

شهدت المملكة المغربية تطورا مهما في المجال الحقوقي لفائدة فئات المجتمع كافة، ولفائدة الأطفال في وضعية إعاقة خاصة، وذلك منذ مطلع التسعينيات من القرن الماضي، وذلك في ظل تحولات وطنية ودولية جديدة. في إطار ذلك، صادقت المملكة المغربية على جل العهود الدولية والبروتوكولات الملحققة بها، وما فتئت مؤسسات الدولة تعبر علانية وباستمرار على إرادتها في استكمال انخراط المملكة في منظومة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا. وقد ترجمت إرادتها الفعلية بالتنصيص عليها في دستور 2011، بحيث تم جعل الاتفاقيات الدولية تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية. كما نصت على العمل على ملاءمة التشريعات الداخلية مع ما تتطلبه تلك المصادقة وفق ما ورد في الفقرتين 3 و4 من تصدير دستور المملكة.² هكذا تم التنصيص في بنود ومواد الدستور المغربي وكافة التشريعات الداخلية الوطنية على ضمان استفادة كافة المواطنين، بمن فيهم الأشخاص في وضعية إعاقة من كل الضمانات والحقوق التي تم إقرارها.

أولا: حق التعليم للأطفال في وضعية إعاقة في الدستور المغربي لسنة 2011 :

جاء الدستور المغربي³ لسنة 2011 ليؤكد على التزام المملكة بحظر ومكافحة كافة أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي. في إطار ذلك نص الفصل 34: "تقوم السلطات العمومية بوضع وتفعيل سياسات موجهة إلى الأشخاص والفئات ذوي الاحتياجات الخاصة، ولهذا الغرض، تسهر خصوصا على ما يلي:

_ حظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي، مهما كان .

_ إعادة تأهيل الأشخاص الذين يعانون من إعاقة جسدية أو حسية أو حركية أو عقلية، وادماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية وتيسير تمتعهم بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع".

1محمد البزاز، حقوق الإنسان وحرياته العامة، مطبعة سجلماسة، مكناس، السنة: 2015، ص: 98-99.

2وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الإطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية إعاقة، مديرية المناهج،

السنة: 2019، ص: 14

3ظهير شريف رقم 91-11-1 الصادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011 القاضي بتنفيذ نص الدستور.

فاستنادا الى اعتبار الأطفال في وضعية اعاقة يتمتعون بصفة المواطنة أولا، وهم أطفال ثانيا، وفي وضعية اعاقة ثالثا، فقد انطبقت عليهم حقوق وواجبات المواطنة الكاملة، خاصة تلك المواد الواردة الدستور المغربي، خاصة المواد 31 و 32 و 34 و 35¹.

ان هذا التوجه الحقوقي للدستور، دعامة أساسية لإقرار حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة، وخاصة استفادتهم من مختلف الخدمات المؤسسية للدولة، لذلك عمل المشرع المغربي على المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات الدولية الرامية الى ضمان حقوق الطفل، وتأمين هذه الحقوق واعمالها في مختلف المستويات الضامنة لتمتع الطفل بحياة كاملة وكريمة، وتيسير اندماجه في المجالات الاجتماعية والاقتصادية بفعالية وكرامة، وضمان حقه في المساواة وتكافؤ الفرص².

ومن أبرز الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بصفة عامة، والطفل في وضعية اعاقة بصفة خاصة، والتي نصت على تبني المغرب، الاعتراف بحقوق الأطفال في وضعية اعاقة المنصوص عليها في المادة 23، والتي تؤكد وجوب تمتع هذه الفئة من أطفال المغرب بالكرامة والرعاية الخاصة، وتيسير المشاركة الفعلية في المجتمع، وتقديم الخدمات المتلائمة مع ظروف الطفل وحالته وشروطه الموضوعية، الاقتصادية والاجتماعية والرعاية الصحية وخدمات اعادة التأهيل.

بموازاة ذلك، صادقت المملكة المغربية على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة والبروتوكول الاختياري الملحق بها في 14 ابريل 2009، وصدر ظهير رقم: 1_08_143 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ: 2 غشت 2011. وتشكل هذه الاتفاقية ميثاقا دوليا لحقوق الانسان، ملزم للدول الأعضاء عند المصادقة عليه، بحيث يتعين على الدول المصادقة عليه أن تقوم باحترام وحماية هذه الحقوق، وأن تضع قيد التنفيذ التدابير المنصوص عليها في الاتفاقية. كما تدعو الى احترام المبادئ الأساسية المتمثلة في الكرامة والاستقلالية الفردية وعدم التمييز والمشاركة التامة والكاملة، واحترام مبدأ الاختلاف³.

2_ مدونة الأسرة :

باعتبار مدونة الأسرة جاءت لحماية كل مكونات الأسرة، فإنها أدرجت ضمن أحكامها فئة كانت مغيبة عن مدونة الأحوال الشخصية، وهي فئة الأشخاص في وضعية اعاقة، حيث نظمت زواج الشخص في وضعية اعاقة، وجاءت بضمانات حمائية له، ولعل أهم مادة تنص على حقوق هذه الفئة هي المادة 54، والتي أخذت بأغلب الأحكام الواردة في الاتفاقية الدولية الصادرة سنة 1989، خاصة المادة 23 منها المتعلقة بالطفل ذو

¹ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقة، مديرية المناهج، السنة: 2019، ص: 14

² المرجع نفسه، ص: 14 - 15

³ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقة، مديرية المناهج، السنة: 2019، ص: 16

الاعاقة ، وتنص المادة 54 من مدونة الأسرة على ما يلي: " للأطفال على أبويهم الحقوق التالية: " ... التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية والعضوية النافعة في المجتمع " ¹.

3_ قانون الرعاية الاجتماعية للأشخاص ذوي إعاقة :

لقد تم التنصيص على حق الأطفال في التعليم في قانون الرعاية الاجتماعية المعاقين²، جاء في المادة الأولى: " تربية وتعليم المعاق مسؤولية وواجب وطني"، كما أضافت المادة 12 من نفس القانون، أنه: " يتلقى الشخص المعاق التكوين والتعليم العاديين كلما كان ذلك ممكنا، كما تقوم الإدارة في حدود الامكانيات المتوفرة بإحداث مؤسسات التربية والتعليم والتكوين المهني الخاص بالمعاقين"، نفس التوجه سارت عليه المادتان 13 و14، حيث تنصان على ضرورة تقديم كل التسهيلات لضمان استفادة المعاقين من مؤسسات التربية والتعليم وعلى تشجيع الدولة لإحداث مؤسسات خاصة بتعليمهم.

كما أن المرسوم التطبيقي للقانونين³، ورغم طابعه التنظيمي والتطبيقي، فقد حاول المشرع المغربي من خلاله، تدارك بعض النقص الذي اعترى مجال التعليم، حيث حدد المرسوم آليات الإدماج المدرسي من خلال تنصيصه في المادة 11 على أن الأطفال خفيفي أو متوسطي الاعاقة البالغين سن التمدرس، يتم ادماجهم بمؤسسات التعليم العام داخل أقسام دراسية خاصة، وتوجيه الأطفال الحاملين لإعاقات عميقة نحو المؤسسات المتخصصة. وتفعيلا لمبدأ تكافؤ الفرص، تعفي الأطفال ذوي الاعاقة الذهنية والحسية من شرط السن القانوني للتمدرس، أما المادة 13 فتمنح الأطفال ذوي الاعاقة المتوسطة والعميقة من حق الأولوية في منح دراسية كاملة.

انطلاقا مما سبق، يتبين أن المشرع المغربي، أقر النظام التربوي بنوعيه، نظام التربية الخاصة للأطفال المعاقين الذين يصعب ادماجهم في المدارس العادية، ونظام التعليم المدمج بالنسبة للأطفال ذوي الاعاقة الخفيفة الذين يسهل ادماجهم في المدارس العادية.⁴

4_ خطة التنمية المستدامة 2015_ 2030 :

تبنى المغرب مختلف المبادئ الدولية التي تقر ضرورة تفعيل الأهداف الاستراتيجية للتنمية المستدامة، ومن بينها الهدف الرابع، الخاص بضمان التعليم الجيد والمنصف والشامل للجميع، وتعزيز فرص التعلم مدى الحياة للجميع، وذلك من خلال:

¹ زهرة البطحاوي، وضعية الطفل المعاق بين المواثيق الدولية والتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي اسماعيل، الموسم الجامعي: 2013. 2014، ص:86

² ظهير شريف رقم 1.92.30 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 07.92 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ: 1993/10/20، الصفحة: 2041.

³ مرسوم رقم 2.97.218 الصادر في 18 شعبان 1418 (10 ديسمبر 1997) بتطبيق القانون رقم 05.81 والقانون رقم: 07,92.

⁴ عماد القنفود، حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة: الحق في التعليم نموذجا" ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام تخصص "حقوق الانسان"، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الموسم الجامعي: 2018 - 2019، تحت اشراف الدكتورة مليكة النعيمي، ص:48.

- ضمان أن تتاح لجميع البنات والبنين فرص الحصول على نوعية جيدة من النماء والرعاية في مرحلة الطفولة المبكرة والتعليم قبل الابتدائي، حتى يكونوا جاهزين للتعليم الابتدائي بحلول عام 2030.
- الزيادة بنسبة مهمة في عدد الشباب والكبار الذين تتوفر لديهم المهارات المناسبة، بما في ذلك المهارات التقنية والمهنية، للعمل وشغل وظائف لائقة، ولمباشرة الأعمال الحرة بحلول عام 2030.
- القضاء على التفاوت بين الجنسين في التعليم وضمان تكافؤ فرص الوصول الى جميع مستويات التعليم والتدريب المهني للفئات الضعيفة، بمن في ذلك الأشخاص ذوو الاعاقة والشعوب الأصلية والأطفال الذين يعيشون في ظل أوضاع هشّة بحلول عام 2030.
- بناء المرافق التعليمية التي تراعي الفروق بين الجنسين والاعاقة والأطفال، ورفع مستوى المرافق التعليمية القائمة، وتهيئة بيئة تعليمية فعالة ومأمونة وخالية من العنف للجميع.¹

5- القانون 97.13 المتعلق بحماية حقوق الأشخاص في وضعية إعاقة :

بهدف تطوير الترسنة القانونية الوطنية في مجال الاعاقة، تم سنة 2016 اصدار القانون الاطار المتعلق بحماية حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة والنهوض بها، وذلك في توافق تام مع مقتضيات الدستور المغربي، وفي احترام لمبادئ الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الاعاقة، ولقد تميز مسار اعداد هذا القانون باعتماد مقاربة تشاركية، حيث ساهمت مختلف القطاعات الحكومية وكذا جمعيات الأشخاص في وضعية اعاقة في بلورة مقتضياته، كما اعتمد في اعداده على مبادئ حقوق الانسان، وعلى المفهوم الجديد للإعاقاة باعتبارها نتاج تفاعل لوضعية الشخص والمحيط.²

ويتضمن هذا النص التشريعي مقتضيات تحفظ تمتع الأشخاص في وضعية اعاقة بمختلف الحقوق الأساسية، سواء في مجال الصحة أو التعليم أو التشغيل أو المشاركة الاجتماعية. كما يشكل اطارا عاما لتدخل الدولة في المجال، بحيث يلزم مختلف الفاعلين بالعمل على بلورة الأهداف المبتغاة من اعتماده، وبشكل هذا النص التشريعي المدخل الأساس لعملية ملاءمة التشريع الوطني مع المعايير الدولية والالتزامات الأعمية. وقد جاء في الباب الثالث المتعلق بالتربية والتعليم و التكوين :

المادة 11: " لا يمكن أن تشكل الاعاقاة مانعا من الحق في التربية والتعليم والتكوين "

المادة 12: " المراكز المتخصصة جزء من المنظومة التعليمية".

المادة 13: " تحدث بمقتضى نص تنظيمي لجن جهوية على مستوى الأكاديميات للدراسة ووضع الترتيبات التيسيرية"³

¹ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقاة، مديرية المناهج، السنة: 2019، ص:15

² المرجع نفسه، ص:15

³ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقاة، مديرية المناهج، السنة: 2019، ص:15

6- الرؤية الاستراتيجية لإصلاح التعليم: 2015_2030 :

تهدف هذه الرؤية التي وضعها المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، الى تحقيق تكافؤ الفرص و الانصاف والجودة والارتقاء الفردي والمجتمعي والتدبير الجيد لعملية الاصلاح التعليمي والتربوي في شموليتها، وهي أسس وخيارات كبرى ناظمة للإصلاح، تقدم خارطة طريق بمدخل نسقية وبرافعات للتغيير المستهدف وتواكب تحديات ورهانات تجديد المنظومة التربوية.

في اطار ذلك، نصت الرافعة لرابعة من هذه الرؤية على تأمين الحق في ولوج التربية والتكوين للأشخاص في وضعية اعاقة، أو في وضعيات خاصة. ويعتبر المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي أن كسب هذا الرهان يقع في صميم الانصاف والعدالة الاجتماعية، لذلك دعا الى قيام الدولة، لاسيما السلطات الحكومية المكلفة بالتربية والتكوين بواجبها تجاه الأشخاص في وضعية اعاقة، أو في وضعيات خاصة، من أجل ضمان الحق في التعليم والتكوين الجيدين ضمن مختلف مكونات المدرسة، من خلال مخطط عمل يتضمن ما يلي:

*ادماج الأطفال في وضعية اعاقة في المدارس لإنهاء وضعية الاقصاء والتمييز، أخذا بالاعتبار نوعية الاعاقة، مع توفير المستلزمات الكفيلة بضمن انصافهم وتحقيق شروط تكافؤ فرصهم في النجاح الدراسي الى جانب أقرانهم.¹

*تربية الأشخاص في وضعية اعاقة أو في وضعيات خاصة، وتكوينهم من خلال :

_ وضع مخطط وطني لتفعيل التربية الدامجة للأشخاص في وضعية اعاقة، أو وضعيات خاصة، على المدى القريب، يشمل المدرسين والمناهج والبرامج والمقاربات البيداغوجية، وأنظمة التقييم والدعامات الديدداكتيكية الملائمة لمختلف الاعاقات والوضعيات، على أن يتم تفعيل هذا المخطط على المدى المتوسط.

_ تكوين مدرسين متمكنين في التربية الدامجة، وادراجها ضمن برامج التكوين المستمر للأطر التربوية، وتوفير مساعدين للحياة المدرسية.

_ تكييف الامتحانات وظروف اجتيازها مع حالات الأشخاص في وضعية اعاقة.

_ تعزيز الشراكة مع القطاع الحكومي المكلف بالصحة ومع المجتمع المدني، قصد احداث وحدات صحية متعددة الاختصاصات، للتشخيص وتتبع حالات الاعاقة بين المتعلمين والمتعلمات، وتمكينهم مما يلزم من رعاية طبية.

_ الانفتاح على شراكات اكااديمية مع مؤسسات أجنبية في سياق ارساء تكوينات في هذا المجال، بمؤسسات جامعية مغربية من قبيل كلية علوم التربية.

_ ادمج محاربة التمثلات السلبية والصور النمطية عن الاعاقة في التربية على القيم وحقوق الانسان، وفي الاعلام بمختلف أنواعه وقنواته.

¹المرجع نفسه، ص:16

– نهج سياسة عمومية في مجال الادماج الاجتماعي للأشخاص في وضعية اعاقة، من خلال مخطط عمل استراتيجي وطني على ضوء التوجهات الاستراتيجية الجديدة، للنهوض بحقوق الأشخاص في وضعية اعاقة، ونتائج البحث الوطني حول الاعاقة لسنة 2014، يعتمد على المكونات التالية:

* وضع اطار تشريعي شامل ومندمج يهدف الى تعزيز حقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة .

* معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات، وللأطفال والأشخاص المسنين ووقايتهم.

* إعادة تأهيل الأشخاص الذين يعانون من اعاقة جسدية أو حسية – حركية أو عقلية، وادماجهم في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وتيسير تمتعهم بالحقوق والحريات.

* تعزيز دور المجتمع المدني في النهوض بحقوق الأشخاص في وضعية اعاقة.¹

المطلب الثالث : واقع تمتع الأطفال في وضعية اعاقة بحق التعليم في المغرب وتحدياته :

رغم التطور الحقوقي والمؤسسي الذي عرفه تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، فإنه على مستوى الواقع الفعلي يسجل استمرار هيمنة التمثلات والمواقف والأحكام السلبية تجاه الاعاقة والأشخاص في وضعية اعاقة، واستمرار المقاربة الطبية العلاجية، علاوة على وجود معيقات ومقاومات عديدة، تحول دون تحقيق ولوج منصف للأشخاص في وضعية اعاقة الى التمدرس والتعلم والتكوين والاندماج والشغل وغيرها من مجالات المشاركة الاجتماعية، وذلك بالرغم من الجهود المبذولة من طرف القطاعات الحكومية المعنية والجمعيات المدنية والاعلام، للتكوين والتحسيس والتوعية بحقوق هؤلاء الأشخاص، والأهمية القصوى لتعليمهم وادماجهم داخل الحياة المجتمعية.

الفقرة الأولى : واقع تمتع الأطفال في وضعية اعاقة بحق التعليم في المغرب :

يندرج تأهيل وتعليم الأشخاص في وضعية اعاقة ضمن حقوقهم الأساسية التي تضمنها المرجعيات التشريعية الوطنية والدولية، وقد كانت المملكة المغربية من الدول السبابة الى التوقيع على الاتفاقية الدولية لتعزيز حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة يوم 30 مارس 2007، الى جانب انضمامها الى البروتوكول الاختياري الملحق بها سنة 2009، من منطلق التزامها بحماية الحقوق الكونية للإنسان والنهوض بها، ومنع ومناهضة كل أشكال التمييز.

وعلى الرغم من التطور المتنامي الذي عرفته المرجعية الحقوقية والقانونية وما شهدته من ديناميات، سواء على مستوى النصوص التشريعية (صدور القانون الاطار 97.13 المتعلق بحماية حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة والنهوض بها سنة: 2016) أو بعض المبادرات في السياسات العمومية (التربوية خصوصا) أو تنامي انخراط هيئات وجمعيات المجتمع المدني، فإن واقع حال تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، لا يزال يعرف

¹ وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقة، مديرية المناهج،

العديد من الاختلالات والصعوبات، يمكن ابرازها من خلال المؤشرات الدالة التالية التي كشف عنها البحث الوطني الثاني حول الاعاقة بالمغرب لسنة 2014¹:

* 66.1% من الأشخاص في وضعية اعاقة بدون تعلم، وتمثل الاناث الغالبية العظمى بنسبة 66.6%.

* تقارب نسب الأشخاص في وضعية عاقة غير المتدرسين المنتمين للوسطين الحضري والقروي 50.6% بالوسط الحضري و 49.4% بالوسط القروي.

* لا تتعدى نسبة الأشخاص في وضعية اعاقة ممن لديهم مستوى التعليم الابتدائي 15%

* لا تتجاوز نسبة الأشخاص في وضعية اعاقة ممن لديهم مستوى التعليم الثانوي (اعدادي وتأهيلي) 9.5%

* تقلص نسبة الأشخاص في وضعية اعاقة ممن لديهم مستوى التعليم العالي لتقف عند 1.8%

* معدل التشغيل لدى الأشخاص في وضعية اعاقة، الذين هم في سن النشاط، لا يتعدى 13.6% فقط، أي ما يعادل 83000 فردا من مجموع الأشخاص في وضعية اعاقة في سن النشاط البالغ عددهم حسب البحث الوطني الثاني للإعاقة لسنة 2016 حوالي 612000 من الفئة العمرية 15 سنة فما فوق، بينما يصل معدل التشغيل للسكان في سن التشغيل النشطين المشغلين 50 %، وتصل نسبة التشغيل 11.3% في الوسط الحضري و 16.5% في الوسط القروي.

* يطال التمييز بشكل صارخ، النساء ذوات الاعاقة على مستوى الادمج المهني والتشغيل، اذ لا يتجاوز نسبة تشغيلهن 9%، مقارنة مع الذكور ذوي الاعاقة 91%.

* مساهمة برامج محو الأمية في برامج التعليم الاستدراكي لتمكين الأشخاص في وضعية اعاقة من فرص التعليم والتعلم ضعيفة جدا، اذ لم تتعدى نسبة 1%،

عموما، فالحديث عن حق الأشخاص ذوي الاعاقة في التعليم، يستوجب التمييز مسبقا، بين أربع فئات تستفيد من هذه الخدمة، وهي الصم والبكم، والمكفوفون، والمعاقون جسديا، والمعاقون ذهنيا.

فبخصوص الأشخاص ذوي الاعاقة الحركية، فان هذه الفئة من المجتمع لا تجد صعوبة في الادمج المدرسي والتكوين داخل المجتمع باستثناء غياب استراتيجية واضحة للدولة في موضوع تأهيلهم، وذلك بتوفير الأجهزة للمشي والكراسي المتحركة، حيث لا يزال مجموعة من الأشخاص ذوي الاعاقة، وخاصة في البوادي يعانون من خصائص كبير في توفير الأدوات الملائمة ليستطيعوا معها التعلم والتكوين، فتمدرس الأشخاص ذوي الاعاقة الحركية في المدارس العمومية، يتم بصفة عادية، الا أن المشكل يكمن في التكنولوجيات، والملاحظ أيضا أنهم لا يصلون الا بنسبة ضعيفة للتعليم العالي².

¹ نعيمة البالي، حماية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بين التشريع المغربي واتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص ذوي الاعاقة، مقال منشور في المجلة الدولية، العدد: 4، السنة: 2008، ص: 93

² نعيمة البالي، حماية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بين التشريع المغربي واتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص ذوي الاعاقة، مرجع سابق، ص: 93

أما في مجال الاعاقة السمعية، فالملاحظ هو عدم توفر التعليم لهذه الفئة بالقدر الكافي، وهذا ما يعرقل تـمدرس الأشخاص المصابين بعجز سمعي، وبالنسبة للمتمدرسين فالبرامج الملقنة لهم في المدارس العمومية لا تلائم خصوصية اعاقتهـم، بدليل أن تعليمهم لا يؤدي الى وصولهم الى مستوى دراسي يمكنهم من ولوج التأهيل المهني، وهنا أيضا يجب ضمان المجانية، وفتح أقسام لهم في مدارس عمومية، وكذا صياغة برامج دراسية ملائمة لهم، واصدار كتب دراسية تعتمد على الشرح بالصـور، لتسهيل الإدراك. ودعم العمل الجمعي في محو أميتهم، كما يجب تكوين معلمين وأساتذة متخصصين في لغة الاشارات، وهذا من شأنه العمل على تعزيز مبدأ تكافؤ الفرص بين كل الأطفال والبالغين، دون تمييز بينهم بسبب الاعاقة.

أما عن الاعاقة الذهنية، فباستثناء الأقسام النموذجية الموجودة في بعض المدارس العمومية، فكل المراكز (رغم قلتها) فهي بمقابل مادي، وتكلف الآباء مصاريف مادية باهظة، وتتطلب تكوين معلمين لهذا الغرض، كما تنص على ذلك الاتفاقية الأممية الخاصة بذوي الاعاقة، وفتح أقسام للتكوين المهني خاصة بهم، وتكوين مجموعة من المرين المختصين في التكوين المهني لهذه الشريحة من الأطفال.¹

في اطار ذلك، أفضى التقرير الذي أنجزه المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، حول: " مدرسة العدالة الاجتماعية: مساهمة في التفكير حول النموذج التنموي " لسنة 2018، الى أن السياسات العمومية التربوية بالمغرب لم تتمكن بعد من أن تشمل كل الأطفال الذين يعانون من صعوبات اجتماعية ولم تستوعب كل أصناف الهشاشة، وهو ما يجعل هذه السياسات بعيدة عن تحقيق هدف التربية الدامجة، ويعرض المدرسة الى أن تتحول هي ذاتها الى آلة لتضخيم الفوارق، وهي ملاحظة تنطبق على مسؤولية المدرسة المغربية في تعليم وتكوين الأشخاص في وضعية اعاقة، اذ انها تجد صعوبة في ادماج الأطفال الذين هم في وضعية اعاقة، رغم وجود اطار تشريعي مشجع.²

الفقرة الثانية : عوائق تمتع الأطفال في وضعية اعاقة بالحق في التعليم وتحدياته :

يواجه الأشخاص في وضعية اعاقة أشكالاً متنوعة من التمييز في الأوساط التعليمية، ولعل أخطر العقبات التي تحول دون المشاركة في المدارس ناشئة عن المواقف المسبقة والتصورات الخاطئة التي تؤدي الى تعمد الفصل والاستبعاد، ذلك أن التلاميذ في وضعية اعاقة يوصمون بوصفهم أشخاصاً لا يستطيعون التعلم في المدارس العادية، أو لا يستطيعون التعلم اطلاقاً، ويؤدي ذلك الى وجود نظم تعليمية يحرم فيها الأشخاص ذوو اعاقة من حقهم في التعليم.

وعلى مستوى الواقع الفعلي، فرغم وجود أقسام مدججة للأطفال الذين يعانون من اعاقة ذهنية أو سمعية أو بصرية، وتوسيع تـمدرس الأطفال في وضعية اعاقة، وتجهيز الأقسام وتهيين اللوجيات بالمدارس المستقبلية

¹ نعيمة البالي، حماية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بين التشريع المغربي واتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص ذوي الاعاقة، ص: 94

² المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، رأي المجلس في موضوع: " تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، نحو تربية دامجة منصفة وناجعة، رأي

وتنظيم حملات التحسيس بالمؤسسات، رغم أهمية هذه التدابير، فإنها لم تستجب للحاجيات المطلوبة، ونذكر منها على الخصوص:¹

*التفاوت بين الجهات والنيابات فيما يخص أحداث الأقسام المدججة،

*صعوبة تسجيل الأطفال ذوي الاعاقة،

*عدم تناسب وثيرة تكوين الأطر التربوية مع أحداث الأقسام،

*غياب تنظيم تربوي للأقسام المدججة، بالتالي غياب الأفق بالنسبة لتمدر هؤلاء التلاميذ،

*عدم وضوح العلاقة التشاركية مع الجمعيات المنخرطة في تدبير الأقسام المدججة،

*ضعف المخراط الأطر التربوية الأخرى بالمؤسسة التعليمية في عملية الادمج،

*غياب معايير لاختيار الأساتذة،

*عدم تفعيل المذكرات الوزارية الصادرة في هذا المجال،

*ضعف الخدمات الطبية والشبه طبية والمساعدة الاجتماعية،

*ضعف المراقبة التربوية والادارية،

بموازاة ذلك، وحسب تقرير الهيئة الوطنية لتقييم منظومة التربية والتكوين والبحث العلمي لدى المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، حول تقييم نموذج تربية الأطفال في وضعية اعاقة" نحو تربية داخجة:2019"، وبالرغم من اشارته الى وجود جهود قطاعية للنهوض بتربية وتعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، فانه يخلص الى ملاحظات مفادها أن هؤلاء الأشخاص يشكلون الفئة الاجتماعية الأقل استفادة من الخدمات التربوية والتكوينية، والأكثر عرضة للإقصاء والتمييز بسبب اعاقتهم، مما يحرمهم من حقوقهم الأساسية، مما يؤكد علاوة على ذلك التمييز الذي يلحق بشكل صارخ الاناث والأشخاص المقيمين في الوسط القروي داخل فئة المتدرسين منهم، كما أن هناك فئات محددة داخل الأشخاص في وضعية اعاقة ممن يعانون من تمييز اضافي، يضاعف من اقصائهم عن مجال التعليم، كالأطفال الذين يعانون من الاعاقة السمعية، أو صعوبة في الادراك والفهم والتواصل أو التوحد.²

بالإضافة الى ما سبق، سجل التقرير المشار اليه أعلاه، عدة ملاحظات بخصوص واقع تدرس الأطفال في وضعية إعاقة أهمها:

— محدودية العرض التربوي، وعدم كفايته لتلبية الطلب المجتمعي، ونقص البنيات والفضاءات المؤهلة وعدم وجود بيئة تعليمية داخجة.

¹ عماد القنفود، حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة: الحق في التعليم نموذجاً" ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام تخصص "حقوق الانسان"،

مرجع سابق، ص:72

² المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، رأي المجلس في موضوع: "تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، نحو تربية داخجة منصفة وناجعة،

مرجع سابق، ص:11

- التعثر الذي يعرفه تدرس وتعلم الأشخاص في وضعية اعاقة، والذي يتوقف في الغالب عند التعليم الابتدائي لأسباب مختلفة تعود كلها الى الحواجز المرتبطة بأوساطهم بالإمكانيات المحدودة الموفرة لهم.
 - تدني الجودة بسبب جمود وانغلاق بنيت التعلم، والضعف الذي يسم ملائمة المناهج والبرامج، وضعف تكوين الفاعلين التربويين، وبسبب النقص الملحوظ في التكييف البيداغوجي غير المدعم بما فيه الكفاية، والتعثر في مأسسة المسارات الدراسية.
 - عدم التنسيق بين المتدخلين في تربية وتعليم الأطفال في وضعية اعاقة، وفيما بين الأجهزة المكرسة لتمدرسهم، وانعدام الجسور والممرات الممكنة.
 - استمرار هيمنة المقاربة الطبية والرؤية الإحسانية، وكذلك وقع التمثلات السلبية ذات الصلة، بالوصم المنتشر تجاه الاعاقة والأشخاص في وضعية اعاقة، داخل المجتمع والمنظومة التربوية ولدى الأسر ذاتها.
 - رغم الدور الايجابي الذي تلعبه الهيئات والجمعيات المدنية في هذا الشأن، فان اعمالها غير موجهة بما فيه الكفاية نحو التعلّمات التي تقتضيها التربية الدامجة، فضلا عن عدم تكوين أطرها العاملة في المجال، ولاسيما في مكونات تلك التربية وأسسها وأبعادها بشكل كاف وملائم، مع ضعف التنسيق بين مختلف القطاعات الحكومية المعنية وبين هذه الجمعيات.
- هذه الخلاصات، تجد ما يؤكدها ويغنيها في حصيلة ورشة العمل التي نظمتها اللجنة الدائمة للمناهج والبرامج والتكوينات والوسائط التعليمية لدى المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلم، بمشاركة الشبكات والجمعيات المدنية حول: " تعليم الأطفال في وضعية اعاقة بالمغرب"، والورشات التفاعلية والتشاركية المواكبة للندوة الدولية التي نظمها المجلس في موضوع: " الحق في التربية الدامجة: الانتقال المفاهيمي والتحول في الممارسات ورهانات التقييم"، أيام 7 و 8 يناير 2019، ولا سيما ما يتجلى في حرمان الأشخاص في وضعية اعاقة من التعليم الأولي، وعدم وجود أطر تربوية متخصصة، وذات كفاءة ملائمة بحسب نوعية الاعاقة، وغياب الدعم الفردي و التربوي للأطفال المتدربين في وضعية اعاقة، وانعدام فضاءات تعليمية ملائمة، وعدم توافر مؤسسات ومراكز قريبة من الأطفال في وضعية اعاقة، لا سيما في الوسط القروي، وغياب بنيت داعمة للتمدرس، كالدخلات ودور الطلبة، وانعدام انخراط قطاع التعليم الخاص في الجهود الرامية الى دمج وتعليم الأطفال في وضعية اعاقة، وضعف التمويلات المرصودة من طرف صندوق التماسك الاجتماعي، أو ما يمثله من مبادرات للجمعيات العاملة في هذا الميدان.¹
- خلاصات تشخيصية أخرى دالة أقرتها وثيقة " السياسة العمومية المندجة للنهوض بحقوق الأشخاص في وضعية اعاقة"، لوزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية لسنة 2015، من بين

¹ المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، رأي المجلس في موضوع: " تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، نحو تربية دامجة منصفة وناجعة،

أهمها، عدم وضع رؤية استراتيجية مندمجة لتحسين أوضاع الأشخاص في وضعية اعاقة، رغم الجهود المبذولة من خلال السياسات العمومية خلال السنوات السابقة، ومحدودية الأثر الفعلي للمشاريع والبرامج القطاعية في هذا الشأن، وتشتت وعدم انسجام المناهج التعليمية والتكوينية المعتمدة لدى البنيات المرصودة لتربية وتعليم هؤلاء الأشخاص وعدم ملاءمتها للسياق الوطني، وعدم تجانس جهود الجمعيات المدنية العاملة في هذا المجال، وضعف قدرات بعضها ومحدودية مواردها، رغم الدور الذي تلعبه في تأطير الأشخاص في وضعية اعاقة وتعليمهم وتأهيلهم.¹

ختاما لما سبق، نؤكد وجود انخراط سياسي ومؤسسي فيما يتعلق بالالتزام بمقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، والمرأة والطفل على الخصوص، خاصة اتفاقية حقوق الأشخاص في وضعية اعاقة، واكبته بالتدرج سياسات لملاءمة النصوص القانونية والتنظيمية، وتعزيز الوعي الحقوقي. لكن في المقابل، هناك بطء وتأخر في تفعيل مقتضيات هذه المرجعيات المعيارية والنصوص القانونية، رغم الجهود المبذولة في برامج التنمية البشرية، وفي بلورة مخططات واستراتيجيات قطاعية لتكييف مقاربات وبرامج تربوية وتعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، وهو الأمر الذي انعكس سلبا على واقع تعليم هؤلاء الأشخاص وعلى مدى الارتقاء بهم، ودمجهم وتحقيق مشاركتهم الاجتماعية.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أسماء سراج الدين هلال، تأهيل المعاقين، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة: 2012.
- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير الأمين العام بتاريخ : 3 غشت 2011، الدورة 66 البند 65(أ) من جدول الأعمال، تقرير حقوق الطفل وحمايتها: حالة حقوق الطفل.
- زهرة البطحاوي، وضعية الطفل المعاق بين المواثيق الدولية والتشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي اسماعيل، الموسم الجامعي: 2013 _ 2014
- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الانسان، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة: 3، سنة: 2004.
- المجلس الأعلى للتربية و التكوين والبحث العلمي، رأي المجلس في موضوع: " تعليم الأشخاص في وضعية اعاقة، نحو تربية داخجة منصفة وناجعة، رأي رقم: 4/2019، بتاريخ يونيو 2019.
- عماد القنفود، حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة: الحق في التعليم نموذجاً"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام تخصص "حقوق الانسان"، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية، الموسم الجامعي: 2018 _ 2019، تحت اشراف الدكتورة مليكة النعيمي..

- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الانسانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 3 سنة : 2011.

- محمد البزاز، حقوق الانسان وحرياته العامة، مطبعة سجلماسة، مكناس، السنة: 2015.

- نعيمة البالي، حماية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة بين التشريع المغربي واتفاقية الأمم المتحدة للأشخاص ذوي الاعاقة، مقال منشور في المجلة الدولية، العدد: 4، السنة: 2008.

- وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي، الاطار المرجعي للتربية الدامجة لفائدة الأطفال في وضعية اعاقة، مديرية المناهج، السنة: 2019.

حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للسلطة الإدارية

"دراسة تحليلية في ضوء التشريع الفلسطيني"

Prohibition of the administrative judge

directing orders to the administrative authority

"An Analytical Study in the Light of the Palestinian Legislation"



الباحثة¹ هديل وانل منير أبو مرعي ماجستير

قانون عام ، الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين - غزة

Researcher/ Hadeel Wa'el Moneer Abu Maree Master

of Public Law The Islamic University of Gaza

Palestine-Gaza

¹- Email : hadeelabumaree@gmail.com

الملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أوجه الضعف والقصور في تقييد سلطة القاضي الإداري وحصرها بإلغاء القرارات الإدارية دون منحه سلطة توجيه أوامر للإدارة، حيث بدأ الحظر المفروض على القاضي الإداري منذ قيام الثورة الفرنسية، واستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على حظر توجيه أوامر للإدارة وحظر التدخل في شؤونها، فنجد أن أساس مبدأ الحظر يتمثل في السياسة القضائية التي طبقها المجلس في رقابته على الأعمال الإدارية، حيث قيد سلطته في مواجهة الإدارة بمحض ارادته، حتى أنها اعتبرت هذه القاعدة من النظام العام، وعدّ الأمر القضائي من قبيل المحرمات التي لا يجوز المساس بها.

• الكلمات المفتاحية : قاضي الإلغاء، الحظر، القضاء الإداري، الأوامر القضائية ، السلطة الإدارية.

Abstract :

This study aims to show the weaknesses and shortcomings in restricting the authority of the administrative judge and limiting it to canceling administrative decisions without giving him the authority to direct orders to the administration, The ban on the administrative judge began with the French Revolution, The provisions of the French Council of State settled on the prohibition of directing orders to the administration and the prohibition of interference in its affairs, We find that the basis of the principle of prohibition is represented in the judicial policy applied by the Council in its oversight of administrative actions, limiting his authority in the face of administration of his own free will, This rule was considered part of the public order, and the judicial order was considered a taboo that may not be violated.

• **key words** : Cancellation judge, prohibition, administrative judiciary, judicial orders, administrative authority.

المقدمة :

استمد القضاء الإنجليزي ذات النظام الانجلوسكسوني سلطته في توجيه أوامر للإدارة من قواعد ومبادئ القانون العام، والتي تعرف بأنها قواعد قانونية غير مكتوبة استخلصها القضاء في أحكامه من روح التشريع، ومن ضمير الجماعة⁽¹⁾، حيث مُنحَ القضاء البريطاني سلطات واسعة تتمثل في إصدار أوامر للإدارة تضم نعدم انتهاك حقوق وحرّيات الأفراد، ولكن في المقابل أقرّ مجلس الدولة الفرنسي مبدأ حظر توجيه

(1) البسيط في القضاء الإداري، جابر جاد نصار، ص28.

أوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري⁽¹⁾، حيث استقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر وغالبية الدول التي تبنت النظام اللاتيني على أن قاضي الإلغاء هو قاضي مشروعية فقط⁽²⁾، وبالتالي فإنه يحظر عليه توجيه أوامر للإدارة، كما يحظر عليه الحلول محلها والقيام بالوظيفة الإدارية.

ولكن هذا الحظر لم يدم طويلاً، حيث أدرك المشرع الفرنسي لاحقاً أن هذا المبدأ من شأنه تفرغ أحكام القضاء الإداري من مضمونها⁽³⁾، وجدير بالذكر أن أصل الخلاف يعود للتفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث فسّر رجال الثورة الفرنسية المبدأ تفسيراً جامداً حالّ دون تدخل المحاكم في عمل الإدارة، أما في بريطانيا فإن التفسير المرن للمبدأ سمح بإعطاء سلطة توجيه أوامر للإدارة لضمان الالتزام بالقانون⁽⁴⁾.

أولاً : أهمية البحث :

تبرز أهمية هذه الدراسة كونها تتعلق بأهم مبدأ قضائي ابتدعه القضاء الإداري التقليدي وأثار جدلاً فقهيّاً كبيراً، وهو مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها.

- التباين التشريعي في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة في ظل تعقيدات النظام القانوني الفلسطيني الناتجة عن الانقسام السياسي.
- حادثة قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م المطبق في قطاع غزة، والقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م المطبق في الضفة الغربية.
- حادثة القضاء الإداري بتشكيله الجديد واستحداثه محاكم إدارية.

ثانياً : منهجية البحث :

استخدمت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي كونه المنهج الأمثل لهذه الدراسة، وذلك من خلال دراسة وتحليل الواقع القانوني الفلسطيني في ظل تباين السياسة التشريعية والقضائية في كل من المحافظات الشمالية والمحافظات الجنوبية، وبيان موقف القضاء الفلسطيني من سياسة حظر توجيه الأوامر للإدارة.

ثالثاً : مشكلة البحث :

نظراً للخلاف الحاصل فقهاً وقضائياً فيما يتعلق بتقييد سلطة القاضي الإداري، وبيان مدى مشروعية الحظر المفروض على قاضي الإلغاء، يثور لدينا التساؤل الرئيسي التالي:

ما مدى مشروعية الحظر المفروض على القاضي الإداري في تقييد سلطته تجاه السلطات الإدارية؟

(1) سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، شهرزاد بوتلي، لويحة بوزيان، ص2.

(2) مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص31.

(3) أثر النظام الانجلوسكسوني على القانون الفرنسي في مجال توجيه الأوامر القضائية للإدارة كضمانة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري، محمد علي الخلايلة، ص209.

(4) مدى سلطة قاضي الإلغاء في إصدار أوامر للإدارة، خلدون إبراهيم نوري العزاوي، ص6.

رابعاً : تقسيم البحث :

سنتناول في هذا البحث حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة، وفقاً للتقسيم الآتي :

- المبحث الأول : مفهوم مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء.
- المبحث الثاني : مبررات مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء.
- المبحث الثالث : موقف المشرع الفلسطيني من حظر توجيه قاضي الإلغاء أوامر للإدارة.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء

ذهب القضاء الإداري الفرنسي في بداية نشأته إلى أن صلاحية القاضي الإداري تقتصر على مجرد الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإلغاء القرار الإداري⁽¹⁾، وبالتالي فإن نطاق الرقابة القضائية يضيق ليقصر على الحكم بالإلغاء، فلا يجوز إصدار أوامر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو الحلول محل السلطة الإدارية، وتعديل القرار الإداري المطعون فيه⁽²⁾، وهذا ما يُعرف بمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة الذي يعتبر أساس حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء وفق المذهب التقليدي⁽³⁾، وهو من المبادئ القضائية التي سار عليها مجلس الدولة الفرنسي، وتأثر بها معظم الدول التي اتبعت ذات النظام القانوني⁽⁴⁾.

حيث أن الظهور الأول للمبدأ يعود إلى تاريخ فرنسا في مرحلة القضاء المفوض⁽⁵⁾، والتي قيّد فيها المجلس سلطاته في دعوى الإلغاء بعدة قيود دون أن يكون هناك نص تشريعي صريح يلزمه بهذا الحظر⁽⁶⁾، وذلك بحجة استقلال الوظيفة الإدارية عن الوظيفة القضائية، وتبني التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات⁽⁷⁾، ولكن نظراً للتعسف الذي تقوم به الإدارة في بعض الأحيان من خلال الامتناع عن تنفيذ القرارات والأحكام القضائية، والتنكر بزي امتيازات السلطة العامة والتذرع بفكرة المصلحة العامة⁽⁸⁾، مُنِحَ القضاء الإداري سلطة توجيه أوامر للإدارة لما لها من أهمية بالغة في فرض هيبة القضاء باعتباره الطريق الوحيد لإعلاء المشروعية⁽⁹⁾.

لذا سنتناول الباحثة في هذا المبحث تعريف مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء، مبيّنة الأسس التاريخية والتشريعية لمبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة.

(1) مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أحمد محمد النوايسة، ص 120.

(2) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان نايف شبيب، ص 54.

(3) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص 180.

(4) مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص 32.

(5) خولت مرحلة القضاء المفوض مجلس الدولة الفرنسي سلطة إصدار الأحكام النهائية اللازمة لحسم المنازعات الإدارية دون الحاجة إلى تصديق رئيس الدولة، نقلاً عن الوجيز في القانون الإداري، أنور الشاعر، ص 18.

(6) ومن هذه القيود نظرية أعمال السيادة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لضمان بقائه، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص 181.

(7) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، حسينة شرون، عبد مشري، ص 228.

(8) سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، شهرزاد بوتلي، لويبة بوزيان، ص 2.

(9) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 14.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء

يُعرف مبدأ حظر توجيه أوامر قضائية للإدارة: "أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر جهة الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، كما لا يجوز له أن يحل نفسه محل جهة الإدارة في القيام بعمل أو اجراء معين، هو من صميم اختصاصها"⁽¹⁾.

ويُعرف بأنه: "لا يجوز للقاضي الإداري وهو بصدد الفصل في دعوى الإلغاء توجيه أوامر للإدارة لإصدار قرار إداري معين، أو توجيه أمر إلى الإدارة بتعديل قرار إداري سواء أكان هذا القرار فردياً أو تنظيمياً، كما لا يجوز لقاضي الإلغاء توقيع غرامة تهديدية على الإدارة لإرغامها على تنفيذ أحكامه، فمثل هذه الغرامات تخرج عن سلطة القاضي الإداري"⁽²⁾.

كما يُعرف بأنه: "لا يجوز للقاضي وهو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه توجيه أمر إلى جهة الإدارة للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الكامل"⁽³⁾، وتفسيراً للتعريف السابق فإن مهمة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء تقتصر على فحص مدى مشروعية القرار المطعون فيه⁽⁴⁾، فإذا تبين أن القرار سليم يكتفي برد الدعوى، أما إذا تبين وجود عيب من العيوب الموجبة للإلغاء فإن قاضي الإلغاء يقضي بإلغائه دون أن يتعدى ذلك إلى إلزام الإدارة بإصدار قرار جديد أو تعديل القرار المعيب أو فرض غرامة تهديدية⁽⁵⁾، وهذا مفهوم مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة في دعوى الإلغاء.

أما فيما يتعلق بمفهوم الحظر في دعوى القضاء الكامل، فإن دور القاضي الإداري يقتصر على تحديد مدى مشروعية تصرف الجهة الإدارية، فإذا وجد أن هناك حق للمدعي في التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء القرار الإداري المعيب، فإنه يقضي بالتعويض فقط؛ وذلك لأن مهمة القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل وفق المذهب التقليدي تقتصر على بحث مدى أحقية الشخص المتضرر بالتعويض من عدمه دون أن

(1) مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فريدة مزباني، أمانة سلطاني، ص122.

(2) دور القضاء في المنازعة الإدارية، حسن السيد بسيوني، ج2، ص233.

(3) علاقة القاضي الإداري بجهة الإدارة في نطاق الدعوى الإدارية، محمود حمدي أحمد مرعي، ص1178، نقلاً عن مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، يسرى محمد العصار، ص5.

(4) مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص31.

(5) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص29.

تمتد إلى توجيه أوامر للجهة الإدارية، فلا يملك القاضي الإداري إصدار أمراً للخزينة العامة بدفع مبلغ التعويض⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد ينبغي علينا أن ننوه إلى تعريف مبدأ حظر حلول القاضي الإداري محل الإدارة وهو: "أن يقوم القاضي بالفصل في الدعوى المطروحة عليه، دون أن يحل محل جهة الإدارة في القيام بأي عمل من الأعمال التي تدخل في اختصاصها، فدور القاضي يقتصر على ممارسة وظيفته القضائية التي تتمثل في إنزال حكم القانون على المنازعة القائمة أمامه، دون أن يتجاوز حدود هذا الدور، ويحل محل الإدارة في ممارسة الوظيفة الإدارية، كما ليس للقاضي أن يجري بتقديره أيّاً من الأمور التي تتطلب تقدير جهة الإدارة، سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني، فالقاضي لا يعتبر سلطة وصائية على جهة الإدارة"⁽²⁾، ويُعرف بأنه: "ليس للقاضي الإداري وهو بصدد الفصل في دعوى الإلغاء أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية أو أن يعدل فيها أو يغير في مضمونها، فليس له أن يترتب الآثار الحتمية لحكم الإلغاء، وذلك بأن يقوم بإصدار قرار جديد محل القرار المعيب أو أن يعدل في القرار المعيب ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية"⁽³⁾.

ومن هذا المنطلق لا يفوتنا إلا أن ننوه إلى الفرق بين مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء، ومبدأ حظر حلول القاضي الإداري محل الجهة الإدارية، حيث يُقصد بالمبدأ الأول منع توجيه أمر للإدارة باتخاذ موقف معين، أي لا يُملي القاضي الإداري ما يجب على الإدارة فعله، بحيث يحظر على القاضي الإداري توجيه أمر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، بينما يُقصد بالمبدأ الثاني أنه يحظر على القاضي الإداري تقلد اختصاص الجهة الإدارية والحلول محلها أو التدخل في نطاق نشاطها، واستبدال سلطاته بسلطات الإدارة⁽⁴⁾.

في هذا المقام نؤكد على أن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة وحظر الحلول محلها عبارة عن مبدأ قضائي من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي الذي ألزم نفسه بالحظر دون الاستناد إلى نص تشريعي⁽⁵⁾، حيث استقر على عدم قبول طلبات الخصوم التي تتضمن توجيه أوامر للإدارة، واعتبر أن هذا المبدأ من النظام العام⁽⁶⁾، بحيث أنه يُمنع على القاضي الإداري تجاوزه بسبب الظروف السياسية والتاريخية التي صاحبت وجوده، والتي

(1) مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فريدة مزباني، أمنه سلطاني، ص123.

(2) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص30، نقلاً عن مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطورات الحديثة، يسرى محمد العصار، ص7.

(3) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص186.

(4) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص28.

(5) مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فريدة مزباني، أمنه سلطاني، ص122.

(6) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص190.

كانت السبب المباشر وراء فرض هذا الحظر⁽¹⁾، انطلاقاً من مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية⁽²⁾، مما دعم قوة الإدارة في مجابهة الأشخاص، وضيق دائرة الرقابة القضائية وأضعف هيبتها⁽³⁾.

المطلب الثاني

الأساس التاريخي والتشريعي لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قاضي الإلغاء

ارتبطت نشأة القضاء الإداري في فرنسا بظروف تاريخية وسياسية كان لها الأثر الواضح في تحديد سلطة القاضي الإداري في مواجهة الإدارة⁽⁴⁾، حيث ساد النظام الموحد قبل قيام الثورة الفرنسية، وكانت سلطة الملك مطلقة تجتمع في يده الاختصاصات التنفيذية والقضائية⁽⁵⁾، فاختصت المحاكم البرلمانية في فض المنازعات المتعلقة بالإدارة والنظر في الدعاوى المستأنفة، وتمثيل الملك في وظائفه القضائية⁽⁶⁾، والتي بدورها كانت تتدخل باستمرار في الشؤون الإدارية، وتعرقل كل حركة إصلاحية تقوم بها الإدارة مما انعكس سلباً على الهيئات الإدارية⁽⁷⁾.

ولكن بعد قيام الثورة الفرنسية فإن أول القرارات التي اتخذتها الجمعية الوطنية التأسيسية عام 1789م هو إلغاء المحاكم البرلمانية⁽⁸⁾، حيث قام رجال الثورة الفرنسية بإنشاء محاكم جديدة خوفاً من الاستمرار في التدخل بالأمور الإدارية⁽⁹⁾، فلا يملك القاضي الإداري تكليف الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو الحلول محل الإدارة في عمل من صميم اختصاصها⁽¹⁰⁾، وهذا ما أكد عليه قانون 24/16 أغسطس 1790م في المادة (13): "إن الوظائف القضائية تبقى دائماً مستقلة عن الوظائف الإدارية، وعلى القضاة ألا يتعرضوا بأي وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الخيانة العظمى"، وتأكد هذا المبدأ بالقول: "إن القضاة لا يمكنهم التعدي على الوظائف الإدارية أو محاكمة رجال الإدارة عن أعمال تتصل بوظائفهم، ويحظر على المحاكم حظراً مطلقاً النظر في أعمال الإدارة أيّاً

(1) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص30.

(2) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص15.

(3) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، شهرزاد بوتلي، لويوز بوزيان، ص3.

(4) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، كسال عبد الوهاب، ص13.

(5) الوجيز في القانون الإداري، أنور حمدان الشاعر، ص15.

(6) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص181.

(7) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيح بشناق، ص10.

(8) القاضي الإداري وتوجيه أوامر إلى الإدارة من الحظر إلى الإباحة في التشريع الجزائري، فريجة هشام، ص4.

(9) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص31.

(10) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، حسينة شرون، عبد الحلیم بن مشري، ص229.

كانت هذه الأعمال⁽¹⁾، حيث نص على إلغاء المحاكم القضائية البرلمانية وإنشاء الإدارة القضائية⁽²⁾، وذلك انطلاقاً من التفسير الجامد للنصوص السابقة.

فلم يكتفي رجال الثورة الفرنسية بمنع المحاكم من التدخل بالنشاط الإداري، بل قاموا بمنعها من الفصل في المنازعات الإدارية⁽³⁾، حيث كان على الأفراد اللجوء إلى الجهة الإدارية للتظلم إليها بصفتها الخصم والحكم في ذات الوقت، وجدير بالذكر أن هذا الأمر كان مقبولاً مقارنة بالسمعة السيئة للبرلمانات التعسفية⁽⁴⁾؛ بسبب تشكيك رجال الثورة الفرنسية في محاكم البرلمانات⁽⁵⁾.

نشأ مجلس الدولة في عهد نابليون بونابرت عام 1797م باعتباره اللجنة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي، فكان هدفه تولى مهمة فحص المنازعات الإدارية وإبداء الرأي في المسائل القانونية التي تُعرض عليه، حيث كانت الأحكام الصادرة عنه موقوفة على تصديق رئيس الدولة⁽⁶⁾، وهو ما عرف بمرحلة القضاء المقيد التي استمرت حتى عام 1872م، ثم تحول النظام القضائي الفرنسي إلى القضاء البت المفوض الذي منح مجلس الدولة سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية دون تعقيب من جهة أخرى، وذلك بموجب قانون 24 مايو 1872م⁽⁷⁾، حيث اكتسب مجلس الدولة الفرنسي سلطة القضاء البت مع بقاء نظرية الوزير القاضي التي تم القضاء عليها بموجب قضية كادوت عام 1889م، فاعترف مجلس الدولة الفرنسي لنفسه مهمة النظر في المنازعات دون الحاجة إلى الوزير المختص⁽⁸⁾.

ومن هنا استقرت أحكامه على أنه لا يدخل في صلاحيات القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، حيث امتنع بمحض إرادته عن توجيه الأوامر في قضية كادوت⁽⁹⁾، وبناء على ذلك أصبح مجلس الدولة الفرنسي يتمتع بسلطة القضاء البت، وفرض على نفسه بعض القيود الذاتية، وبقي حريص على عدم تعطيل نشاط الجهات الإدارية أو التدخل في شؤونها، وذلك حفاظاً على وجوده في مواجهة السلطة التنفيذية.

(1) رأى رجال الثورة الفرنسية أن المحاكم العادية تعرقل الإصلاحات التي تعزم الإدارة القيام بها وتحد من فاعليتها، وهو ما تأكد سابقاً زمن البرلمانات؛ لذلك قامت السلطة الفرنسية بإيجاد طريقة لإبعاد المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية، فصدر القانون 16-24 أوت 1790، معلومات واستشارات قانونية-الصفحة التونسية.

(2) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيحي بشناق، ص 11.

(3) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 31.

(4) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيحي بشناق، ص 11.

(5) القانون الإداري، نواف كنعان، الكتاب الأول، ص 23.

(6) الوجيز في القانون الإداري، أنور حمدان الشاعر، ص 17.

(7) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيحي بشناق، ص 12.

(8) سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، كسال عبد الوهاب، ص 31.

(9) القاضي الإداري وتوجيه أوامر إلى الإدارة من الحظر إلى الإباحة في التشريع الجزائري، فريجة هشام، ص 5.

فأصبحت العلاقة بين القاضي والإدارة مستندة إلى أصل إجرائي مفاده أن القاضي الإداري يقضي ولا يدير⁽¹⁾، وخلاصة القول أن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة يعتبر من المبادئ التي قررها القضاء الإداري الفرنسي بحجة أنه يشكل اعتداء على استقلال الإدارة⁽²⁾.

نجد مما تقدم أن القضاء الإداري في فرنسا نشأ في أحضان الإدارة واعتبر جزءاً منها، ولكن في ذات الوقت مُنِحَ استقلالاً عنها لتحقيق النزاهة والحياد؛ لذلك حرص على عدم تعطيل النشاط الإداري، وفرض على نفسه مبدأ الحظر، حيث تبنى المجلس سياسة قضائية مرنة تتسم بعدم الغلو في رقابته على أعمال الإدارة حتى لا يثير حساسيتها ضده، ويواجه مشكلات هو بغنى عنها⁽³⁾، وعليه كان الحظر نتاج الظروف التاريخية التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾.

كما استقر مجلس الدولة المصري على تقييد سلطات قاضي الإلغاء بقيود تحظر عليه توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها⁽⁵⁾، حيث سار على نهج مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته عام 1946م⁽⁶⁾، فقضت محكمة القضاء الإداري أنها: "لا تختص بإصدار أمر إلى وزارة المعارف العمومية بالاعتراف بالشهادة العلمية المقدمة من المدعي لخروج ذلك عن ولايتها القضائية التي لا تتعدى إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون دون إصدار أوامر لجهات الإدارة العاملة في شأن من الشؤون الداخلة في اختصاصها"⁽⁷⁾، كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا كان وجه عبارة الطلبات وظاهر ألفاظها اصدار الأمر إلى الإدارة، فإن ذلك يتأبى واختصاص قاضي المشروعية طبقاً لما ينص عليه الدستور وقانون مجلس الدولة، حيث لا يملك إصدار أمراً إلى جهة الإدارة لاستقلال السلطة التنفيذية عن القضائية، ومن ثم يقتصر اختصاصه على إجراء رقابة المشروعية على ما تصدره الإدارة أو تمتنع عن إصداره من قرارات"⁽⁸⁾.

سار القضاء الإداري الأردني على نفس النهج، حيث حظر على نفسه توجيه أوامر للإدارة دون أن يكون هناك نصوص قانونية صريحة وواضحة تنص على الحظر، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في حكمها: "إن صلاحية محكمة العدل العليا في دعوى الإلغاء لا تنسحب إلى تعديل القرار المطلوب إلغاؤه أو اصدار أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين لأن صلاحيتها صلاحية إلغاء لا

(1) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص14

(2) سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، كسال عبد الوهاب، ص12.

(3) مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص32.

(4) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص32.

(5) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص190.

(6) القضاء الإداري، منصور إبراهيم العتوم، ص59.

(7) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 15/12/1948 نقلاً عن مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص33.

(8) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 29 مارس سنة 1992م، نقلاً عن حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص192.

صلاحية انشاء"⁽¹⁾، فليس لمحكمة العدل العليا الحلول محل الإدارة وإصدار قرار جديد ليحل محل القرار الذي حكمت بإلغائه، أو تعديل القرار المعيب، أو إصدار أمر للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه⁽²⁾، وبهذا استقر القضاء الإداري الأردني منذ نشأته على مبدأ الحظر بحيث أصبح من المبادئ التي التزم بتطبيقها⁽³⁾، حيث قضت محكمة العدل العليا: "إن القانون لا يجوز لأي سلطة الامتناع عن تنفيذ أي قرار تصدره، وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ القانوني، ويكون إصرار أي هيئة على قرارها وعدم تنفيذ قرار المحكمة مخالفاً للقانون وحرماً بالإلغاء"⁽⁴⁾.

كما كرس مجلس الدولة الجزائري مبدأ الحظر في أحكامه، فكان يرفض الطلبات التي تتضمن توجيه أوامر للإدارة، حيث قضى: "رفض طلب المدعية الذي يرمي إلى إلزام رئيس بلدية باب الزوار بتسليمها رخصة البناء من أجل تجسيد مشروعها السكني"، وعلل هذا الرفض بقوله: "ثمة استقرار في أحكام القضاء الإداري بمقتضاه أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر أو يوجه أمراً إلى الإدارة من أجل القيام بعمل أو الامتناع عنه، تطبيقاً لقاعدة الفصل بين السلطات المكرسة دستورياً"⁽⁵⁾، ولكن ساهم المشرع فيما بعد في التخفيف من مبدأ حظر توجيه الأوامر، فمنح القاضي سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالات الضرورة والاستعجال⁽⁶⁾.

أما فيما يتعلق بفلسطين، بالرجوع إلى القضاء فإننا نجد متبايناً بهذا الصدد، فمن جانب تقضي المحكمة بأن صلاحيتها في دعوى الإلغاء تنحصر في الإلغاء، وبالتالي يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، بينما في أحكام أخرى تقضي بتوجيه أوامر للإدارة وتعديل القرارات الإدارية، وذلك التباين يعود للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري والتي يعترها الضعف والقصور في ظل تعقيدات النظام القانوني وتباين تشريعاته في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة⁽⁷⁾، ولكن استقرت أحكام القضاء الإداري فيما بعد على إيجابية دور قاضي الإلغاء في فلسطين حيث لا يقتصر دوره على مجرد الحكم بالإلغاء، وإنما يتدخل بتوجيه الإدارة إلى الحل الذي عليها اتباعه، وتعديل القرارات الإدارية وإصدار الأوامر القضائية للجهات الإدارية⁽⁸⁾.

(1) مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أحمد محمد النوايسة، ص120، قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 86/38، سنة 1987، نقلاً عن مجلة نقابة المحامين، ص1526.

(2) القضاء الإداري، عمر محمد الشوبكي، ص181.

(3) مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، ص32.

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 80/92، مجموعة المبادئ القانونية 1972-1986، محمد خلاد، ج1، ص402 نقلاً عن مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور العتوم، ص34.

(5) قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الرابعة، رقم 003812، الصادر بتاريخ 2002/1/14م، نقلاً عن حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص10.

(6) مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فريدة مزباني، أمنه سلطاني، ص124.

(7) القضاء الإداري في فلسطين، محمد سليمان نايف شبيب، ص327.

(8) القضاء الإداري في فلسطين، أمجد نعيم الأغا، ص112.

خلاصة القول نجد أن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة وحظر الحلول محلها هو نتاج عوامل تاريخية ارتبطت بظروف نشأة القضاء الإداري الفرنسي، كما أن التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات أدى إلى تبني مبدأ استقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية، والذي نتج عنه حظر توجيه أوامر للإدارة، بالإضافة إلى اختلاف أنظمة الدول القانونية والقضائية، حيث أن سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة مرتبطة بمحدود رقابته التي تتباين في كل من النظام الموحد، والنظام المزدوج، فيملك القاضي صلاحيات واسعة في النظام الموحد على اعتبار أنها كالأفراد العاديين وتخضع معهم لنفس القانون المطبق⁽¹⁾، فيستطيع القاضي أن يأمر الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عنه مع بيان الحل السليم الذي كان عليها اتباعه.

أما في النظام المزدوج يمنع القاضي الإداري من الحلول محل الإدارة أو توجيه إليها تعليمات وأوامر قضائية، وفي هذا الصدد تعتبر فرنسا المدرسة اللاتينية الأولى التي تبنت النظام المزدوج، وتأثر بها كل من مصر وسوريا ولبنان وغالبية الدول التي خضعت للاحتلال الفرنسي مثل دول المغرب العربي⁽²⁾، إضافة إلى طبيعة عمل قاضي الإلغاء التي تقتصر على إلغاء القرار الإداري غير المشروع دون أن تتعدى حدود مهمته إلى توجيه الأوامر أو الحلول محل الإدارة، وإصدار قرار جديد أو تعديل القرار المعيب، فهذه العوامل تعتبر أساس مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة، والتي أدت إلى تبنيه فترة من الزمن في القضاء الإداري التقليدي.

المبحث الثاني

مبررات مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء

استند القضاء الإداري على عدة أسانيد برّر فيها الحظر المفروض على القاضي الإداري تتمثل في امتناع مجلس الدولة الفرنسي عن توجيه أوامر للإدارة بمحض إرادته للحفاظ على كيانه في مواجهة الإدارة، وقيل بوجود نصوص تشريعية قديمة تحظر توجيه أوامر للإدارة، كما استند بعض الفقه على مبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة الإدارية، بالإضافة إلى طبيعة سلطات قاضي الإلغاء⁽³⁾، والتي تقتصر على إلغاء القرار الإداري المخالف لمبدأ المشروعية دون أن تمتد صلاحيته إلى توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها⁽⁴⁾؛ لذلك جرى بنا التطرق للمبررات التي تفرض الحظر، والتي تأثرت بالسياسة القضائية المتبعة في فرنسا⁽⁵⁾.

لذا سأتناول في هذا المبحث أهم المبررات التي دفعت إلى تبني مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء.

(1) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان نايف شبير، ص 54.

(2) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م، هاني غانم، ص 200.

(3) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 72.

(4) موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر أبو سميذانة، الكتاب الثاني، ص 5.

(5) حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص 12.

المطلب الأول

النصوص التشريعية كمصدر لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من قاضي الإلغاء

بالرغم من خلو النظام القانوني الفرنسي من النصوص التشريعية التي تنظم الحظر⁽¹⁾، إلا أن بعض الفقه استند إلى النصوص القانونية الصادرة في الفترة الثورية كمبرر لظهور مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة، والتي تتمثل في قانون التنظيم القضائي الصادر 16-24 آب عام 1790م الذي حظر على القضاة التعدي على الوظائف الإدارية أو محاكمة رجال الإدارة عن أعمال تتصل بوظائفهم⁽²⁾، والمرسوم الصادر 1789/12/22م الذي منع المحاكم القيام بأي عمل يعرقل الإدارة عن ممارسة نشاطها الإداري⁽³⁾، وقانون 7-14 أكتوبر 1790م الذي أكد على حظر إحالة رجال الإدارة إلى المحاكم⁽⁴⁾، ومرسوم السنة الثالثة فريكتيدور الذي نص على الحظر المشدد⁽⁵⁾.

وجدير بالذكر أن للنصوص التشريعية تأثير على الفقه الفرنسي، حيث اعتبر لا فيريار أن مبدأ الحظر أحد الأسس الكبرى للقانون العام الفرنسي، ورأى أن مهمة القاضي الإداري هي الإلغاء دون إصدار أوامر في مواجهة الإدارة، كما رأى هوريو أن قاضي الإلغاء هو قاضي تأديب، فلا يستطيع توجيه أوامر للإدارة، وإنما يقوم بمعاقبتها بإلغاء القرارات غير المشروعة⁽⁶⁾.

بالرغم من أن جانب كبير من الفقه نسب مبدأ الحظر إلى النصوص التشريعية الصادرة بعد قيام الثورة الفرنسية، إلا أن هذا المبرر تعرض لعدة انتقادات أهمها أن القضاء الإداري لم يكن موجود عند صدور القوانين الفرنسية، بل كان الحظر متعلق بالمحاكم العادية (البرلمانات) من عرقلة عمل الإدارة تفادياً لتكرار ما حصل من تدخل في الشؤون الإدارية سابقاً، وهذا يعني أن التشريعات الفرنسية فصلت بين القضاء العادي والجهة الإدارية؛ لذلك نجد أن النصوص التشريعية لم تقصد سوى القضاء العادي، وعليه قال ماتيو: "إن النصوص القانونية التي جاءت بعد الثورة الفرنسية لا تصلح كأساس للحظر؛ لأنها تخاطب القضاء العادي وتبعده عن المنازعات الإدارية"، كما قال وايل: "إن الحظر الذي فرضه مجلس الدولة الفرنسي على نفسه ليس له أي أساس قانوني، وإنما يرجع إلى السياسة القضائية التي تراعي حساسية الإدارة"⁽⁷⁾، إضافة إلى ذلك فإن القضاء الإداري يملك قيمة دستورية من حيث وجوده ومهامه⁽⁸⁾.

(1) مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة، عماد محمد شاطي هندي، ص 53.

(2) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص 191.

(3) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 74.

(4) حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص 13.

(5) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 74.

(6) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص 192.

(7) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 75.

(8) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص 192.

أما فيما يتعلق بالتشريعات المصرية والجزائرية، فقد خلت من أية نصوص صريحة تقرر مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من القاضي الإداري⁽¹⁾، وبالرغم من ذلك اتبعوا سياسة الحظر في تضييق سلطة القاضي متأثرين بنظيرهم الفرنسي⁽²⁾، حيث منعت المحكمة الإدارية العليا المصرية القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها، كما ركز القضاء الجزائري على النص الدستوري الذي يقرر استقلالية السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية⁽³⁾.

ومن هذا المنطلق تؤيد الباحثة الرأي القائل أن مبدأ حظر توجيه الأوامر من القاضي الإداري متعلق بوقائع تاريخية خاصة بفرنسا، وأن هذا المبدأ فُرضَ نتيجة صراع بين المحاكم القضائية والجهات الإدارية في فترة الثورة الفرنسية؛ لمواجهة التعسف الصادر من القضاء العادي، ولا علاقة له بالقضاء الإداري الذي لم تكن عينه قد رأت النور، والذي استقل فيما بعد في أسس نشأته وقيامه من الناحية التاريخية.

وفي هذا المقام لا بد من إلقاء الضوء على النظام القانوني الفلسطيني، حيث أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 نص على أصول التقاضي المتبعة أمام محكمة العدل العليا، وحدد سلطة القاضي الإداري إما بالرفض أو إلغاء القرار المطعون فيه مع إمكانية تعديله وما يترتب على حكمه من آثار قانونية⁽⁴⁾، أما قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 منح محكمة العدل العليا اختصاص الإلغاء دون الإشارة إلى توجيه الأوامر القضائية أو تعديل القرارات الإدارية⁽⁵⁾، ثم نص قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016 والمطبق في قطاع غزة على أن صلاحية المحكمة الإدارية تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية بعد التأكد من عدم مشروعيتها⁽⁶⁾، ثم صدر فيما بعد قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 في الضفة الغربية واقتصر اختصاصه على إلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها⁽⁷⁾، وبهذا نجد أن رقابة المحكمة الإدارية ومحكمة العدل العليا تأثرت بالتطورات التشريعية التي مرت بها فلسطين، وتعقيدات النظام القانوني التي تباينت في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة، وانعكست على ولاية المحكمة فيما يتعلق بتوجيه الأوامر للإدارة⁽⁸⁾.

وخلاصة القول، نجد عدم استقرار المشرع الفلسطيني فيما يتعلق بسلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، حيث أن بعض التشريعات نصت على حصر سلطة القاضي في إلغاء القرار الإداري المعيب، في حين أن بعضها الآخر نص على منح القاضي سلطة تعديل القرار الإداري بجانب سلطته في الإلغاء، وبناء على

(1) حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص 13.

(2) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 18.

(3) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، ص 232.

(4) أنظر المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.

(5) أنظر المادة (2/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م.

(6) أنظر المادة (2/3) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) سنة 2016م.

(7) أنظر المادة (20/ب) من قرار بقانون رقم (41) سنة 2020م.

(8) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان نايف شبير، ص 56.

ذلك تردد القضاء الإداري بين كل من الإلغاء وتوجيه الأوامر للإدارة، ولكن استقرت الأحكام القضائية فيما بعد على توسيع سلطة القاضي الإداري.

المطلب الثاني

مبدأ الفصل بين السلطات كمصدر لحظر توجيه أوامر للإدارة من قاضي الإلغاء

إن المتبع لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر يجد أن المبرر الأساسي للحظر المفروض على القاضي الإداري هو مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾، حيث يعتبر هذا المبدأ ذو طابع تاريخي خاص بالفلسفة التي قام عليها القضاء الإداري الفرنسي⁽²⁾، وعليه فسر رجال الثورة الفرنسية المبدأ بالفصل المطلق بين القضاء الإداري والسلطة الإدارية؛ لتبرير منع القضاء من التدخل في نشاط الإدارة وعرقلة عملها⁽³⁾، وذلك على اعتبار أن الأوامر التي يوجهها القاضي الإداري إلى الجهة الإدارية تحولها إلى رجل إدارة⁽⁴⁾؛ لذلك نجد أن اختصاص القاضي بالنظر في المنازعة الإدارية يكون في إطار الحدود التي رسمها القانون، فلا يجوز له توجيه أوامر للإدارة أو الحلول محلها دون أن وجود سند قانوني⁽⁵⁾، وبذلك يقع على عاتقه مهمة الالتزام بحدود وظيفته وهي البحث في مشروعية أعمال الإدارة، والفصل في المنازعات الإدارية وفق القواعد القانونية⁽⁶⁾.

استند القضاء الإداري إلى مبدأ الفصل بين السلطات كونه يعتبر مبدأ أساسي في القانون العام، وتجاوز هذا المبدأ يعتبر تجاوز القاضي الإداري لاختصاصه وتعديه على اختصاص الإدارة⁽⁷⁾؛ لذلك نجد أن قرارات مجلس الدولة الفرنسي تقضي بعدم جواز توجيه الأوامر للإدارة لتنفيذ الأعمال أو وقفها⁽⁸⁾، وعدم جواز توجيه عقوبة الغرامة التهديدية كجزاء للإدارة⁽⁹⁾، فلا بد من استقلال الجهة القضائية والجهة الإدارية استقلالاً عضوياً ووظيفياً⁽¹⁰⁾.

حرص مجلس الدولة الفرنسي على إلزام نفسه بعدم تجاوز سلطته، كما حظر على نفسه توجيه أوامر للإدارة أو إجبارها على تنفيذ القرارات والأحكام القضائية، فقام باحترام مبدأ استقلال القضاء الإداري عن

(1) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، ص 231.

(2) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص 192.

(3) مدى سلطة قاضي الإلغاء في إصدار أوامر للإدارة، خلدون إبراهيم نوري سعيد العزاوي، ص 6.

(4) القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، ص 193.

(5) حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص 12.

(6) مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة، عماد محمد شاطي هندي، ص 54.

(7) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 81.

(8) حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مانع مونية، ص 13.

(9) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 157.

(10) الاستقلال العضوي يعني أن الأشخاص الذين يقومون بمهمة القضاء لا يحق لهم توجيه أوامر للإدارة أو القيام بمهامها والحلول محلها، والاستقلال الوظيفي يعني ألا يتدخل القضاء في الأعمال الإدارية، وألا تقضي الإدارة في المنازعات الإدارية، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر النعيمي، ص 190.

الإدارة؛ لأن القضاء الإداري وجد لضمان حسن سير عمل الإدارة، ولأن الفصل في وجوده يعود للسلطة الإدارية؛ لذلك استقر على حظر توجيه الأوامر للإدارة أو الحلول محلها، وفي المقابل وقع على عاتق الإدارة احترام أحكامه⁽¹⁾، وبهذا نجد أن مبرر الفصل بين القضاء الإداري والإدارة سبب غير مباشر لإقرار الحظر بسبب المفهوم الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، حيث قاموا الثوار بتفسيره تفسير مخالف لمعناه بحيث يمنع وجود رقابة متبادلة بين السلطات⁽³⁾، فعملوا على فصل السلطة الإدارية عن السلطة القضائية فصل تام مطلق⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالقضاء الإداري المصري فلم يكتفِ بإسناد مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة وحظر الحلول محلها إلى مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والجهة الإدارية، بل اتجه إلى إسناد المبدأ إلى الدستور ذاته⁽⁵⁾، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "لا يملك قاضي المشروعية أن يصدر أمراً إلى جهة الإدارة لاستقلال السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية، كما أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية في الإطار الذي تبيحه أحكام الدستور وقانون مجلس الدولة، ومن ثم يقتصر اختصاصه على إجراء رقابة المشروعية على ما تصدره الجهة الإدارية أو تمتنع عن إصداره من قرارات"⁽⁶⁾.

ولكن تعرض حكم المحكمة الإدارية العليا للنقد؛ لأنه أسند الحظر المفروض على القاضي الإداري إلى الدستور، والذي من شأنه تقييد مبادرات القضاء الإداري المستقبلية في العدول عن موقفه، فلم يعد بإمكان المشرع العادي إصدار تشريع يمنح به القضاء الإداري سلطة توجيه أوامر للإدارة؛ لأن هذا التشريع يعتبر تجاوزاً في صلاحيات القاضي الإداري التي حددها الدستور⁽⁷⁾.

حيث ذهب بعض الفقه المصري إلى أن تدخل المحكمة في النشاط الإداري يجعلها بمثابة هيئة من هيئات الإدارة العاملة، كما يجعل من القاضي الإداري رجل إدارة⁽⁸⁾، وهذا غير مقبول مطلقاً؛ لذلك أكد القضاء الإداري المصري على آراء الفقهاء في الاعتداد بمبدأ الفصل بين السلطات كذريعة لتبرير الحظر المفروض على القاضي الإداري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن: "خول القانون هذه المحكمة سلطة إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون قد جعل منها أداة لرقابة تلك القرارات قضائياً، في الحدود التي رسمها

(1) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 82.

(2) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص 191.

(3) مبادئ القانون الإداري، رفعت عيد سيد، الكتاب الأول، ص 42.

(4) مدى سلطة قاضي الإلغاء في إصدار أوامر للإدارة، خلدون إبراهيم نوري العزاوي، ص 16.

(5) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص 192.

(6) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 29 مارس سنة 1992م، مشاراً إليه مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة، عماد محمد شاطي هندي، ص 56.

(7) حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، ص 193، نقلاً عن سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، حمدي علي عمر، ص 17.

(8) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أمال يعيش تمام، ص 84.

دون أن يجعل منها هيئة من هيئات الإدارة، وبهذه المثابة ليس للمحكمة أن تحل محلها في إصدار أي قرار أو أن تأمرها بأداء أمر أو الامتناع عنه، ولا أن تكرهها على شيء عن طريق الحكم بالتهديدات المالية إذ يجب أن تظل للإدارة حريتها الكاملة في اتخاذ ما تراه بمقتضى وظيفتها الإدارية"⁽¹⁾.

وبالرغم من أن جانب كبير من الفقه نسب الحظر المفروض على القاضي الإداري إلى مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا المبرر تعرض لعدة انتقادات، حيث ذهب الفقيه غاستون جيز إلى أن: "هذا المبدأ هو خرافة قديمة اصطنعتها أنظمة مستبدية، لا يستقيم وجوده الآن بما يرتبه من آثار مع دولة سيادة القانون"⁽²⁾؛ وذلك لأن القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل يملك سلطات واسعة تصل إلى تحديد الأعمال التي يجب على الإدارة فعلها لتنفيذ الأحكام القضائية⁽³⁾، إلا أننا لم نر أي معترض يزعم خروج القاضي في دعوى القضاء الكامل عن مبدأ الفصل بين السلطات، وعلى فرض أن هذا المبدأ مبرر للحظر المفروض على القاضي الإداري، فإن الأولى أن يكون الحظر عام يشمل جميع الدعاوى الإدارية، فلا يُعقل تفسير المبدأ حسب نوع الدعوى فيكون للقاضي سلطتين أحدهما تحظر عليه توجيه أوامر للإدارة والأخرى تمنحه الصلاحية⁽⁴⁾، ومن جانب آخر فإن التفسير المطلق لمبدأ الفصل بين السلطات يرجع لأسباب تاريخية أصبحت تتعارض في وقتنا الحالي مع الديمقراطية وسيادة القانون⁽⁵⁾.

كما أن مبدأ الحظر ناتج عن تفسير قضائي موسع لمجلس الدولة الفرنسي أفضى إلى تقييد ذاته، حيث قال الفقيه الفرنسي (Chevalier): "لم يُمنع القاضي العادي من توجيه أوامر إلى الإدارة، ولماذا لم يحل بينه وبين إجباره لها على تنفيذ ما يصدره من أحكام مستخدماً في هذا الشأن الغرامة التهديدية؟! ولا أحد ينكر أن هناك حالات كثيرة منها غصب السلطة أن يأمرها برد ما استولت عليه أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تدخلها"⁽⁶⁾، وبالتالي فإن منطق مبدأ الفصل بين السلطات وتاريخه لا يفيضان إلى الحظر، والقول بغير ذلك يعني فهم المبدأ على خلاف حقيقته⁽⁷⁾، كما أن التفسير التقليدي لمبدأ الفصل بين القضاء الإداري والجهة الإدارية متعلق بالعامل النفسي بينهما، وذلك اعتقاداً من مجلس الدولة الفرنسي بأن حساسية الإدارة لا تقبل الأوامر القضائية تلقائياً، مما جعل القضاء الإداري يقوم بإتباع سياسة التقييد الذاتي حفاظاً على وجوده⁽⁸⁾، كما أن الإدارة عندما تنفذ الأمر القضائي فهي تقوم بتطبيق القانون⁽⁹⁾.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 1950/5/17م، مشاراً إليه سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص 83.

(2) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 23.

(3) مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة، عماد محمد شاطي هندي، ص 55.

(4) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 18.

(5) سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، ص 233.

(6) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص 85.

(7) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 18.

(8) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص 84.

(9) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص 84، نقلاً عن الخصائص المميزة لدعوى الإلغاء عن الدعوى العادية، صافي

أحمد قاسم علي، ص 753.

وفي هذا الصدد أُويد التوجه الذي يقضي بأن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعتبر مبرر للحظر المفروض على القاضي الإداري، وذلك لأن الحظر ناتج عن اعتبارات تاريخية وسياسية خاصة بمجلس الدولة الفرنسي الذي فرض على نفسه هذا التقييد، وهذا ما أكده الفقه عندما قال: "إن النظرة العابرة في القوانين الأوروبية تكشف عن زيف الحجة؛ إذ أن هذه النظم ليست أقل احتراماً للمبدأ من الأنظمة التي تتخذها حائلاً دون الاعتراف للقاضي بسلطة توجيه أوامر للإدارة، ورغم ذلك تعترف له بتوجيه الأوامر وتوقيع غرامة تهديدية عليها عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ كالقانون الألماني، والاعتراف للقاضي بالحلول محل الإدارة في اتخاذ القرار الذي كان عليها اتخاذه في القانون الإيطالي والبلجيكي، ورغم ذلك لم يقل أحد أن في ذلك خرق لمبدأ الفصل بين السلطات"⁽¹⁾، وهذا يعني أن أساس الخلاف هو التفسير الخاطئ للمبدأ، حيث فسّر رجال الثورة الفرنسية المبدأ تفسيراً جامداً منع تدخل المحاكم في عمل الإدارة، وأدى بهم إلى فصل الجهات القضائية عن الإدارية فصلاً تاماً، أما في بريطانيا فإن التفسير المرن للمبدأ سمح بإعطاء سلطة توجيه الأوامر للإدارة والحلول محلها.

المطلب الثالث

طبيعة سلطات قاضي الإلغاء كمصدر لمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة

إن طبيعة سلطات قاضي الإلغاء تتنافى مع توجيه الأوامر للإدارة⁽²⁾، حيث أن سلطته تقتصر على البحث في مشروعية القرار المطعون فيه، وإلغاء القرار المعيب دون بيان الحل السليم أو القرار الواجب على الإدارة اتخاذه بشكل صريح؛ لأن ذلك من اختصاص الإدارة على اعتبار أنها تقوم ببيان الآثار القانونية المترتبة على إلغاء القرار الإداري⁽³⁾، فإذا قدر قاضي الإلغاء مشروعية القرار الإداري فإنه يحكم برفض الدعوى، أما إذا وجد في القرار المطعون فيه عيب من العيوب الموجبة للإلغاء فإنه يقضي بإلغائه، دون أن يتعدى إلى توجيه أوامر للإدارة أو إصدار قرارات جديدة أو توقيع غرامة تهديدية، كونها تشكل خروج عن سلطة قاضي الإلغاء⁽⁴⁾.

بالرغم من أن جانب من الفقه ربط الحظر المفروض على القاضي الإداري بالطبيعة القانونية لسلطات قاضي الإلغاء، إلا أن هذا المبرر تعرض لعدة انتقادات أهمها أن النظرة المتأنية لحكم الإلغاء بمثابة أمر يوجهه القاضي إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا ما يكشف حقيقة مهمة قاضي الإلغاء بأنها لا تقتصر على بيان حكم القانون وإنما تتعدى إلى الأمر بالتنفيذ ولو كان بشكل غير مباشر، فقال الفقيه (Perrot): "إن وظيفة القاضي لا تقتضي النطق بحكم القانون فقط، وإنما أيضاً سلطة الأمر باتخاذ

(1) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 22.

(2) مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة، عماد محمد شاطي هندي، ص 56.

(3) إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، عدنان عمرو، ص 14.

(4) علاقة القاضي الإداري بجهة الإدارة في نطاق الدعوى الإدارية، محمود حمدي أحمد مرعي، ص 1179.

جميع الإجراءات الضرورية لكي يأخذ الحكم طريقه إلى التطبيق العملي، وتلك سلطة مكتملة لسلطته في الحكم⁽¹⁾، والقول بغير ذلك يفرغ دعوى الإلغاء من مضمونها، ويجرد القاضي من سلطته، ويجعل أحكامه مجرد تقارير لا يعقبها قرارات، كما يؤدي إلى تقييد سلطة القاضي الإداري وإضعاف رقابته⁽²⁾.

وأخيراً أرى أنه بالرغم من تعرض المبررات لمجموعة من الانتقادات، إلا أن هناك جانب كبير من الفقه استند إليها كذريعة للحظر، ولكن نرى أنها أسباب ثانوية غير مباشرة، وأن السبب الحقيقي الذي قيد القاضي الإداري وحظر عليه توجيه أوامر للإدارة له صلة وثيقة بتاريخ فرنسا وفق اعتبارات سياسية واجتماعية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي عند نشأته للحفاظ على كيانه وضمان بقائه، حيث اتبع سياسة قضائية متمثلة في التقييد الذاتي لمجاملة السلطة الإدارية.

المبحث الثالث

موقف المشرع الفلسطيني من حظر توجيه أوامر للإدارة من قبل قاضي الإلغاء

إن المتأمل للواقع الفلسطيني على مر العصور يجد تعدد الجهات الاستعمارية التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، الأمر الذي أدى إلى تنوع الأنظمة القانونية السائدة فيها وظهور أنظمة مركبة ومعقدة ومختلفة في كل من المحافظات الشمالية والمحافظات الجنوبية⁽³⁾، حيث مرت فلسطين بعدة مراحل زمنية بدأت من قضاء المظالم⁽⁴⁾، ومرت بفترة الحكم العثماني ثم مرحلة الاحتلال البريطاني التي تلاها تقسيم فلسطين من قبل الاحتلال الإسرائيلي ثم خضعت أجزاء منها إلى حكم وإدارة الدول العربية المجاورة لها، ثم مرت بعد ذلك بمرحلة الحكم الإسرائيلي وتبعها حكم السلطة الوطنية الفلسطينية بعد التوقيع على اتفاقية أوسلو عام 1993م⁽⁵⁾.

وبعد أن اتجهت آمال الشعب الفلسطيني إلى توحيد صفوفه دخلت فلسطين في مرحلة الانقسام السياسي الذي تبعه انقسام تشريعي وقضائي أدى إلى ظهور سياسة تشريعية متباينة واجتهاد قضائي متناقض⁽⁶⁾، مما دفع إلى تعذر إيجاد إطار قانوني موحد وصعوبة بناء نظام قضائي مستقل⁽⁷⁾، وفي صدد حديثنا عن سلطة قاضي الإلغاء من حظر توجيه أوامر للإدارة نجد أن النصوص التشريعية تباينت من فترة لأخرى،

(1) الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، محمد باهي أبو يونس، ص 26.

(2) سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، آمال يعيش تمام، ص 87.

(3) الإدارة العامة والأداء الإداري في فلسطين، صبحاح سعد الدين عمر العلي، ص 195.

(4) رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرارات الإدارية في النظام الفلسطيني، ناصر عصام رضوان، ص 147.

(5) الخصومة الإدارية في القانون الفلسطيني، صهيب يوسف أبو عليان، ص 14.

(6) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان شبير، ص 45.

(7) مبدأ فصل بين السلطات في النظام السياسي للسلطة الوطنية الفلسطينية، محمود محمد السيقلي، ص 123.

حيث شهدت فلسطين العديد من التشريعات المطبقة على أرضها على مر الحقب الاستعمارية⁽¹⁾، فقد يصدر تشريع يسمح بتوجيه الأوامر وتعديل القرارات الإدارية، ثم يصدر بعد ذلك تشريع آخر يلغي القانون السابق ويغفل النص على توجيه الأوامر وتعديل القرارات المعيبة، وبالتالي يعد الوضع القانوني والإداري في فلسطين من الأوضاع النادرة والمعقدة؛ بسبب تعدد الدول التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، مما دفع إلى تقسيمها إلى شطرين المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) والمحافظات الجنوبية (قطاع غزة)⁽²⁾.

ولتوضيح ذلك، سنقوم باستعراض أهم المراحل التي مرت بها فلسطين على اختلاف الجهات الاستعمارية، وبيان النصوص التشريعية المتعلقة بحظر توجيه الأوامر في كل مرحلة.

أولاً: مرحلة الحكم الإسلامي :

يعتبر إقامة العدل من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، حيث يقوم على التعامل مع الجميع على قدم المساواة دون التمييز بين الحكام والمحكومين⁽³⁾، فكانت فلسطين في مرحلة الحكم الإسلامي إحدى ولايات الدولة الإسلامية، وعرفت نظام القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي الذي بدوره يشبه النظام القضائي المزدوج⁽⁴⁾، وفي هذا المقام نجد أن النظام القضائي الإسلامي يتمتع بفلسفة تدمج بين كل من النظام اللاتيني الذي يعتبر أقرب إلى رقابة القضاء الإسلامي على الأعمال الإدارية من حيث الاستقلال القضائي، حيث يقضي القاضي ببطالان القرار المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، والنظام الانجلوسكسوني الذي يشبه رقابة قضاء المظالم على أعمال الإدارة، حيث يتمتع قاضي المظالم بسلطات واسعة تخوله توجيه أوامر للإدارة وفق شروط وضوابط معينة، وهذه فلسفة تميز بها النظام القضائي الإسلامي.

ثانياً: مرحلة الحكم العثماني :

شهد التاريخ التشريعي العثماني فترتين، تتمثل الفترة الأولى في النظام القانوني المبني على مبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، أما الفترة الثانية تتمثل في عهد التنظيمات، وذلك عندما ضعفت الإمبراطورية العثمانية، برزت فترة إصلاحية تهدف إلى علمنة وتحديث الإمبراطورية أدت إلى تقنين الأحكام القائمة على الدين والأعراف، وتبني بعض القوانين الغربية التي ما زالت سارية المفعول في فلسطين حتى يومنا هذا مثل مجلة الأحكام العدلية⁽⁵⁾.

ومن هذا المنطلق كان القضاء الإداري مستقلاً عن القضاء المدني في ظل الحكم العثماني، حيث أنشأ الأتراك مجلس شورى الدولة العثماني بتاريخ 2 أبريل 1886م، والذي عهد إليه اختصاص الفصل في

(1) الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، ص7.

(2) الإدارة العامة والأداء الإداري في فلسطين، صباح سعد الدين عمر العلي، ص195.

(3) رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرارات الإدارية في النظام الفلسطيني، ناصر عصام رضوان، ص135.

(4) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) سنة 2016، هاني غانم، ص222.

(5) الإدارة العامة والأداء الإداري في فلسطين، صباح سعد الدين عمر العلي، ص195، 196.

المنازعات الإدارية، والبت في التظلمات ضد الولاة والعاملين⁽¹⁾؛ لذلك يمكننا القول أن فترة الحكم العثماني شهدت ملامح القضاء الإداري بواسطة أنظمة مبعثرة تصنف على أنها أقرب للنظام الموحد.⁽²⁾

ثالثاً: مرحلة الانتداب البريطاني :

بعد هزيمة الدولة العثمانية في الحرب العالمية الأولى، خضعت فلسطين للانتداب البريطاني تحت ولاية الحكم العسكري في الفترة ما بين 1917-1948⁽³⁾، حيث عملت سلطات الانتداب على تحويل النظام اللاتيني العثماني إلى النظام القضائي الانحلوسكسوني⁽⁴⁾، وتطبيق النظام البريطاني الموحد الذي يقضي بعدم وجود قضاء إداري مختص⁽⁵⁾، وبالتالي أصدر ملك بريطانيا مرسوم دستور فلسطين عام 1922م، حيث نصت المادة (43): "تشكل محكمة تعرف بالمحكمة العليا تقرر طريقة تأليفها بقانون، ومع مراعاة أحكام أي قانون يكون لهذه المحكمة بصفتها محكمة استئناف صلاحية القضاء في كافة استئنافات الأحكام الصادرة من أية محكمة من المحاكم المركزية بصفتها محكمة ابتدائية أو الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات أو محاكم الأراضي، ويكون لهذه المحكمة لدى انعقادها بصفة محكمة عدل عليا صلاحية المسائل التي هي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أية محكمة أخرى مما تستدعي الضرورة فصله لإقامة قسطاس العدل"⁽⁶⁾.

ثم صدر قانون رقم (21) سنة 1924م بإعادة تشكيل المحكمة العليا، حيث أسند إليها اختصاص الفصل بالمنازعات التي تخرج عن اختصاصات أية محاكم أخرى، كما جعل لها اختصاص النظر في المنازعات ذات الطابع الإداري بصفتها محكمة عدل عليا، كما صدر قانون المحاكم رقم (31) لسنة 1940 ونصت المادة (7/ب) على: "يكون لمحكمة العدل العليا صلاحية النظر في الأوامر التي تصدر إلى الموظفين أو الهيئات العمومية بشأن القيام بواجباتهم العمومية وتكليفهم بالقيام بأفعال معينة أو بالامتناع عن القيام بها"⁽⁷⁾، وبالتالي كان القضاء الإداري يُمارس من قبل جهة قضائية واحدة، وهي المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا على اعتبار أنها أعلى محكمة في إطار المحاكم النظامية⁽⁸⁾.

(1) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيحي بشناق، ص 14.

(2) محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني، باسم صبيحي بشناق، ص 41.

(3) التطور التاريخي لنظام التقاضي الفلسطيني، مركز المعلومات الوطني الفلسطيني، شبكة و https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=3810

(4) الإدارة العامة والأداء الإداري في فلسطين، صبايح سعد الدين عمر العلي، ص 197.

(5) محاضرات في القانون الإداري، باسم صبيحي بشناق، ص 14.

(6) المادة (43) من مرسوم دستور فلسطين عام 1922م، موقع المفتي.

(7) محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني، باسم صبيحي بشناق، ص 42.

(8) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) سنة 2016، هاني غانم، ص 224.

رابعاً: مرحلة حكم الإدارة المصرية والأردنية:

خضع قطاع غزة للإدارة المصرية في المرحلة ما بين 1948-1967، وبقيت منظومة القضاء الإداري في قطاع غزة تطبق التشريع البريطاني، حتى صدر القانون الأساسي رقم (255) لسنة 1955، ونصت المادة (36) على: "مع مراعاة أحكام أي قانون بشأن اختصاص المحكمة العليا تختص هذه المحكمة بالنظر في إلغاء القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو الانحراف في استعمال السلطة وذلك كله على الوجه المبين في القانون"، بمعنى أن اختصاص المحكمة العليا اقتصر على إلغاء القرار الإداري دون بيان سلطتها في توجيه الأوامر للإدارة أو الحلول محلها في تعديل القرارات وإصدار قرارات جديدة.

ثم صدر النظام الدستوري لقطاع غزة عام 1962م الذي بموجبه قسمت محكمة العدل العليا إلى فرع في قطاع غزة وفرع في الضفة الغربية⁽¹⁾، أما فيما يتعلق بالضفة الغربية فإنها خضعت للحكم الأردني عام 1948م، وطبق عليها قانون تشكيل المحاكم الأردنية رقم (26) لسنة 1952، حيث نص على إنشاء محكمة تمييز تنعقد بصفتها محكمة عدل عليا للبت في المنازعات الإدارية المحددة على سبيل الحصر⁽²⁾، كما بينت اختصاصها في إلغاء القرارات المخالفة للقانون دون النص على سلطة إصدار أوامر للإدارة أو تعديل القرارات الإدارية⁽³⁾.

خامساً: مرحلة الاحتلال الإسرائيلي:

خضعت فلسطين للاحتلال الإسرائيلي عام 1967م، حيث قام بإلغاء القضاء الإداري بموجب الأمر العسكري رقم (164) وحصّن سلطاته وجنوده وموظفيه ومستخدميه من الجيش الإسرائيلي من نظر القضاء الإداري، وأنشأ محلها لجان الاعتراض العسكرية التي اختصت بالنظر في المنازعات الإدارية⁽⁴⁾، كما منع الاحتلال الإسرائيلي الطعن في القرارات الصادرة عن المنازعات الإدارية المركزية إلا عند الحصول على إذن من الحاكم العسكري⁽⁵⁾.

سادساً: مرحلة السلطة الوطنية الفلسطينية:

في عهد السلطة الوطنية الفلسطينية عام 1994م، أصدر الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات مرسوم رقم (1) سنة 1994م يقضي بإعادة العمل بالقوانين والقرارات السابقة، وبذلك تعطيل كافة القرارات العسكرية الصادرة عن الاحتلال الإسرائيلي، وإلغاء القيود الواردة على صلاحيات محكمة العدل العليا، كما

(1) محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني، باسم صبيح بشناق، ص44.

(2) الوجيز في القانون الإداري، أنور حمدان الشاعر، ص21.

(3) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان نايف شبير، ص55.

(4) محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني، باسم صبيح بشناق، ص45.

(5) الوجيز في القانون الإداري، أنور حمدان الشاعر، ص22.

أمر بإحياء اختصاصات محكمة العدل العليا التي طمسها المحتل، والعمل في القوانين والأنظمة التي كانت سارية قبل 1967/6/5م⁽¹⁾، ثم صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، ونص على اختصاصات محكمة العدل العليا⁽²⁾، ومن بينها إلغاء القرار الإداري دون الإشارة إلى توجيه الأوامر للإدارة أو الحلول محلها في تعديل القرارات.

ولكن تطرق قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 إلى أصول التقاضي أمام محكمة العدل العليا ونص على: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية"⁽³⁾، حيث منح القاضي الإداري سلطة إلغاء القرار المعيب وتعديله، وهذا يعني أنه اتبع مبدأ توجيه أوامر للإدارة والحلول محلها، وجدير بالذكر أن المشرع الدستوري كان لديه نية اتباع نظام القضاء المزدوج، وهذا ما أكدته المادة (102) من القانون الأساسي، حيث نصت على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها"⁽⁴⁾.

سابعاً: مرحلة الانقسام السياسي :

في عام 2007م قسمت فلسطين إلى شطرين نتيجة للانقسام السياسي الذي أدى إلى الانقسام التشريعي، حيث أصبحت القوانين الصادرة عن المجلس التشريعي تطبق في المحافظات الجنوبية، بينما القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية تطبق في المحافظات الشمالية، وعليه حدث عام 2016م تطور تشريعي ملحوظ في القضاء الإداري⁽⁵⁾.

حيث صدر قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م، والذي اقتصر تطبيقه على قطاع غزة، وبمقتضاه تم انشاء المحكمة الإدارية ضمن تشكيل المحاكم النظامية، وأسند إليها اختصاص الفصل في المنازعات الإدارية كمحكمة أول درجة، وتحولت محكمة العدل العليا إلى محكمة ثاني درجة للنظر في الطعون الصادرة عن المحكمة الإدارية⁽⁶⁾، كما أكد على أن سلطة القاضي الإداري تقتصر على الإلغاء، وهذا يعني أن قانون الفصل في المنازعات الإدارية ألغى سلطة تعديل القرارات الإدارية⁽⁷⁾، ثم صدر فيما بعد قرار

(1) الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، ص55.

(2) أنظر المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م.

(3) أنظر المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.

(4) المادة (102) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.

(5) القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016، هاني غانم، ص233.

(6) رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرارات الإدارية في النظام الفلسطيني، ناصر عصام رضوان، ص126.

(7) أنظر المادة (3) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م.

بقانون رقم (41) لسنة 2020م، والمطبق في الضفة الغربية، وأكد على سلطة الإلغاء دون التعديل⁽¹⁾، هكذا يتبين أن التشريعات الفلسطينية استقرت على مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة.

بعد استعراض التطورات التشريعية التي مرت بها فلسطين، يتضح لنا أنها اختلفت من قانون لآخر، حيث شهدت فلسطين العديد من التشريعات المطبقة على أرضها، ومرّ القضاء الإداري الفلسطيني بمراحل مختلفة وفقاً للنظام السياسي السائد في كل مرحلة⁽²⁾، كما انعكست تعقيدات النظام القانوني على ولاية المحاكم الإدارية⁽³⁾.

وخلاصة القول نجد أن التباين في القوانين والتشريعات يعود للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري والتي يعثرها الضعف والقصور في ظل تعقيدات النظام القانوني واختلاف تشريعاته في الضفة الغربية وقطاع غزة، وغياب المقومات اللازمة لضمان قيام القضاء الإداري بالرقابة على أكمل وجه من خلال تحقيق فاعليتها في مواجهة الإدارة⁽⁴⁾؛ لذلك نؤكد على ضرورة إصلاح الواقع السياسي وتوحيد المنظومة التشريعية والقضائية في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة، وتطوير النظام القانوني والقضائي في فلسطين، والقيام بالإصلاح الجذري من خلال تطبيق النظام المزدوج في كل من المحافظات الشمالية والمحافظات الجنوبية، وإنشاء هيئة مستقلة قائمة بذاتها تتمثل في مجلس الدولة الفلسطيني؛ لذلك نوصي بضرورة إصلاح الواقع السياسي وتوحيد المنظومة التشريعية والقضائية في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة.

الخاتمة :

في الخاتمة لا يسعني إلا أن أحمد الله الذي تتم بنعمته الصالحات، وتُستجلب بذكره العطايا والمكرّمات، فالحمد لله على توفيقه وتيسيره، والصلاة والسلام على من علّم البشرية مكارم الأخلاق، الهادي المبعوث رحمةً للعالمين رسولنا وشفيعنا محمد ﷺ.

إن مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة حظي على اهتمام وتأيد كبير من بعض شراح القضاء الإداري، حيث بذل أنصار الاتجاه التقليدي جهود متواصلة في سبيل ترسيخ مبدأ الحظر، كما أيد معظم فقهاء القانون العام الرأي القائل بأنه يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة أو إلزامها بالقيام بعمل أو الامتناع عنها والتدخل في أعمال الإدارة والحلول محلها في اتخاذ القرارات الإدارية، وذلك لأن وظيفته تقتصر على الفصل في الدعوى والكشف عن الحق وإسناده لصاحبه، وذلك تأكيداً على الرأي القائل بأن القضاء الإداري قضاء إلغاء فقط.

(1) أنظر المادة (20/ب) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م.

(2) الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، ص7.

(3) تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان نايف شبير، ص56.

(4) القضاء الإداري في فلسطين، محمد سليمان نايف شبير، ص327.

توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات المهمة والبارزة، وهي كما يلي :

أولاً: النتائج :

1- السبب الحقيقي الذي قيد القاضي الإداري وحظر عليه توجيه أوامر للإدارة له صلة وثيقة بتاريخ فرنسا وفق اعتبارات سياسية واجتماعية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي عند نشأته للحفاظ على كيانه وضمان بقائه ومجاملة السلطة الإدارية.

2- قام المشرع الفلسطيني بإلغاء المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، والتي منحت القاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر للإدارة والحلول محلها في تعديل القرارات الإدارية، وذلك عندما قام بإصدار قانون الفصل في المنازعات الادارية رقم (3) لسنة 2016م، وأغفل النص على هذه السلطة، وفي المقابل صدر القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م ولم ينص على سلطة القاضي الإداري في تعديل القرارات الإدارية أيضاً.

3- إن التباين في القوانين والتشريعات الفلسطينية يعود للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري والتي يعترتها الضعف والقصور في ظل تعقيدات النظام القانوني واختلاف تشريعاته في الضفة الغربية وقطاع غزة، وغياب المقومات اللازمة لضمان قيام القضاء الإداري بالرقابة على أكمّل وجه من خلال تحقيق فاعليتها في مواجهة الإدارة

ثانياً: التوصيات :

1- توصي الباحثة المشرع الفلسطيني استدراك القصور التشريعي وتعديل المادة (3) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م المطبق في قطاع غزة، والمادة (20) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م المطبق في الضفة الغربية، بحيث تنص على منح قاضي الإلغاء سلطة إلغاء وتعديل القرار الإداري المعيب.

2- توصي الباحثة بتوحيد القوانين الإدارية وتنظيم قانون يمنح القاضي الإداري سلطة توجيه أوامر للإدارة صراحةً والحلول محلها وتعديل القرارات الإدارية والرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

3- توصي الباحثة بضرورة تطوير النظام القانوني والقضائي في فلسطين، والقيام بالإصلاح الجذري من خلال تطبيق النظام القضائي المزدوج في كل من المحافظات الشمالية والجنوبية، وإنشاء هيئة مستقلة قائمة بذاتها تتمثل في مجلس الدولة الفلسطيني.

❖ المصادر والمراجع :

- إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، عدنان عمرو، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2001م.
- أثر النظام الانجلوسكسوني على القانون الفرنسي في مجال توجيه الأوامر القضائية للإدارة كضمانة لتنفيذ أحكام القضاء الإداري، محمد علي الخلايلة، الجامعة الأردنية، مجلة دراسات-كلية الشريعة والقانون، المجلد (39)، العدد (1)، 2012م، ص 205 - 221.
- الإدارة العامة والأداء الإداري في فلسطين، صباح سعد الدين عمر العلمي، مكتبة اليازجي، غزة، فلسطين، الطبعة الأولى، 2006م.
- البسيط في القضاء الإداري، جابر جاد نصار، القاهرة، 2020م.
- التطور التاريخي لنظام التقاضي الفلسطيني، مركز المعلومات الوطني الفلسطيني، شبكة وفا، https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=3810
- تعديل القرار الإداري في القانون الفلسطيني، محمد سليمان شبير، مجلة المفكر، العدد السادس عشر، 2017م، ص 45-70.
- حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.
- حدود سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة (رسالة ماجستير)، مانع مونية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2018م.
- الخصومة الإدارية في القانون الفلسطيني (رسالة ماجستير)، صهيب يوسف أبو عليان، جامعة الأقصى، فلسطين، 2017م.
- الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010/2009م.
- دور القضاء في المنازعة الإدارية، حسن السيد بسيوني، القسم الثاني، عالم الكتب، القاهرة.
- رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرارات الإدارية في النظام الفلسطيني (رسالة ماجستير)، ناصر عصام رضوان، الجامعة الإسلامية، غزة، 2021م.
- سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة (رسالة دكتوراه)، آمال يعيش تمام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012م.
- سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة (رسالة دكتوراه)، كسال عبد الوهاب، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2014-2015م.
- سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، شهرزاد بوتلي، لويزة بوزيان، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018م.

- سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والاباحة، حسينة شرون، عبد الحلیم مشري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، ص 228-245.
- سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، حمدي علي عمر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- علاقة القاضي الإداري بجهة الإدارة في نطاق الدعوى الإدارية، محمود حمدي أحمد مرعي، مجلة الشريعة والقانون، العدد (35)، الجزء الأول، 2020م، ص 1161-1271.
- الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي، محمد باهي أبو يونس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2011-2012م.
- القاضي الإداري والأمر القضائي، مهند نوح، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، المجلد (20)، العدد الثاني، 2004م.
- القاضي الإداري وتوجيه أوامر إلى الإدارة من الحظر إلى الاباحة في التشريع الجزائري، فريجة محمد هشام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد (2)، العدد التسلسلي (30)، 2020م، ص 471-515.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.
- القانون الإداري، نواف كنعان، دار الثقافة، عمان، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، 2006م.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.
- قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م.
- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م.
- القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م.
- القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم (3) لسنة 2016، هاني عبد الرحمن غانم، مكتبة نيسان، غزة، فلسطين، الطبعة الثانية، 2019م.
- القضاء الإداري في فلسطين، أمجد نعيم الأغا، غزة، فلسطين، 2011م.
- القضاء الإداري في فلسطين، محمد سليمان نايف شبير، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015م.
- القضاء الإداري، عمر محمد الشوبكي، مكتبة دار الثقافة، عمان، الطبعة (1)، 2001م.
- القضاء الإداري، منصور إبراهيم العتوم، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2013م.
- مبادئ القانون الإداري، رفعت عيد سيد، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2003م.
- مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فريدة مزياني، أمانة سلطاني، مجلة المفكر، العدد السابع، ص 121-142.

- مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أحمد محمد النوايسة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012م.
- مبدأ فصل السلطات في النظام السياسي للسلطة الوطنية الفلسطينية (رسالة ماجستير)، محمود محمد السيقلي، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2012-2013م.
- محاضرات في القانون الإداري، باسم صبحي بشناق، مكتبة نيسان، فلسطين، الطبعة الثانية، 2014م.
- محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني، باسم صبحي بشناق، فلسطين، الطبعة الثانية، 2018م.
- مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه الإدارة العامة (رسالة ماجستير)، عماد محمد شاطي هندي، جامعة النهدين، جمهورية العراق، 2014م.
- مدى سلطة قاضي الإلغاء في إصدار أوامر للإدارة (رسالة ماجستير)، خلدون إبراهيم نوري سعيد العزاوي، جامعة بغداد، العراق، 2003م.
- مدى سلطة قاضي الإلغاء في توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ حكمه، منصور إبراهيم العتوم، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (42)، العدد (1)، 2015م، ص 29-43.
- مرسوم دستور فلسطين عام 1922م، موقع المقتفي.
- موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، عبد الناصر أبو سهدانة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- الوجيز في القانون الإداري، أنور حمدان الشاعر، 2017م.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك