

دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

- تغيير المركز القانوني للمشغل وأثره على استقرار عقود الشغل..... أمينة رضوان
- ركن الحل في القرار الإداري - دراسة مقارنة -..... زهير مصطفى صالح
- ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي..... إبراهيم والعيز
- شروط اختصاص قاضي المستعجلات في المادة الضريبية في ضوء العمل القضائي..... عبد الغني مستور
- الإثبات في المرض المهني وإشكاليته..... فاطمة النوح
- جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية..... بللماني أسماء
- الحماية القانونية للعمال المنزليين على ضوء التشريع المغربي والفرنسي..... هاجر أهل الدويرة
- بطلان إجراءات التحقيق الإحصائي وفقا لقانون المسطرة الجنائية المغربية..... محمد القاسمي
- مدى ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط..... عمر عباس خضير العبيدي
- قراءة في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء..... وائل العياط
- حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية..... رضوان الريش
- مؤسسة الفسخ في التشريع المغربي..... جاد المصطفى وخديجة خليل
- الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12..... اشرف ركاك
- ميزانية النوع الاجتماعي بين واقع التحديات والآفاق المستقبلية..... فاطمة الزهراء أخانة
- الضمانات الحمائية للحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية..... ازويني جميلة
- قراءة نقدية لمشروع القانون 20-22 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي..... رضوان سند
- المدارس الفكرية التي أسست لعلم العقاب الحديث..... إبراهيم الدريف

تقارير قانونية لورشات علمية وبحوث أكاديمية معمقة

- من أجل منظومة جنائية تقضي على التمييز والعنف ضد النساء وتوصل لمقاربة النوع..... أنس سعدون
- الحماية الجنائية للوثيقة الالكترونية - دراسة مقارنة -..... حليلة عبد الروم



صدق الله العظيم

الآيتين 155 - 156 من سورة البقرة



مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية فصلية محكمة تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والفقهية والقضائية

المدير المسؤول:

ذ محمد القاسمي

رئيس التحرير:

ذ جعفر القاسمي

اللجنة العلمية:

- د. أمينة رضوان..... دكتورة وقاضية.
- د. أنس سعدون..... دكتور وقاضية.
- د. فريد خير الدين..... دكتور وقاضية.
- د. المصطفى الطويل..... أستاذ التعليم العالي.
- د. نوال مجدوب..... أستاذة التعليم العالي.
- د. نصيرة لوني..... أستاذة للتعليم العالي.
- د. عبد العزيز خنفوسي..... أستاذ التعليم العالي.
- د. ابراهيم أشويعر..... دكتور في الحقوق.
- د. سهام صبري..... دكتورة في الحقوق.
- د. جميلة بوستاق..... دكتورة في الحقوق.
- د. هشام أزوكار..... دكتور في الحقوق.
- د. عبد الواحد الدافي..... دكتور في الحقوق.
- د. رضوان العنبي..... دكتور في الحقوق.
- د. لعويمري قاسم..... دكتور في الحقوق.
- د. موحى اسدي اعمر..... دكتور في الحقوق.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي..... دكتور في الحقوق.
- د. بدر بوخلوف..... دكتور في الحقوق.
- د. خالد الحمدوني..... دكتور في الحقوق.
- د. همام القوسي..... دكتور في الحقوق.
- د. زكرياء القاسمي..... دكتور في الحقوق.
- د. أمينة رضوان..... دكتور في الحقوق.
- د. أنس سعدون..... دكتور في الحقوق.
- د. فريد خير الدين..... دكتور في الحقوق.
- د. المصطفى الطويل..... دكتور في الحقوق.
- د. نوال مجدوب..... دكتور في الحقوق.
- د. نصيرة لوني..... دكتور في الحقوق.
- د. عبد العزيز خنفوسي..... دكتور في الحقوق.
- د. ابراهيم أشويعر..... دكتور في الحقوق.
- د. سهام صبري..... دكتور في الحقوق.
- د. جميلة بوستاق..... دكتور في الحقوق.
- د. هشام أزوكار..... دكتور في الحقوق.
- د. عبد الواحد الدافي..... دكتور في الحقوق.
- د. رضوان العنبي..... دكتور في الحقوق.
- د. لعويمري قاسم..... دكتور في الحقوق.
- د. موحى اسدي اعمر..... دكتور في الحقوق.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي..... دكتور في الحقوق.
- د. بدر بوخلوف..... دكتور في الحقوق.
- د. خالد الحمدوني..... دكتور في الحقوق.
- د. همام القوسي..... دكتور في الحقوق.
- د. زكرياء القاسمي..... دكتور في الحقوق.

لجنة التنسيق والتتبع:

- د. ليلى الضالع..... باحثة في سلك الدكتوراه.
- د. حليلة عبد الرمي..... باحثة في القانون الخاص.
- د. عدنان الزرزوري..... باحث في سلك الدكتوراه.
- د. محمد أمين اسماعيلي..... باحث في القانون الخاص.
- د. ياسين الصبار..... باحث في سلك الدكتوراه.
- د. ابتسام الشرقاوي..... باحثة في القانون الخاص.
- د. خياطي مصطفى..... باحث بسلك الدكتوراه.



مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية فصلية محكمة تعنى بنشر المقالات والأبحاث

القانونية والفقهية والقضائية

تصدر كمبدأ عام كل شهرين على الموقع الإلكتروني

"www.justicemaroc.com"

وكنا العديد من المواقع القانونية الأخرى المغربية

والعربية المشهود لها بالكفاءة والأمانة العلمية

*** كل المواقف والآراء الواردة في المجلة لا تعبر سوى عن آراء كتّابها ولا تعبر عن رأي المجلة ***

شروط وقواعد النشر في مجلة الباحث

- أن ينصب موضوع المقال على المجال القانوني أو القضائي حسب الأحوال.....
- أن يكون البحث أو المقال محترما لشروط وأبجديات البحوث العلمية الدقيقة.....
- احترام الأمانة العلمية، وتوثيق المعلومات، وتفادي الأخطاء المادية والمنهجية.....
- أن يكون البحث أو المقال قد أجاب عن الإشكالية التي يطرحها في مجملها.....
- يتحمل كاتب كل مقال منشور بالمجلة ما به من سرقات ومغالطات علمية.....
- يرفض كل مقال لا يتوفر على الحد الأدنى من الشروط السالفة الذكر أعلاه.....
- إرسال المقال بصيغة (word) إلى البريد الإلكتروني (majalatlbahit2017@gmail.com).....
- يرفق المقال وجوبا ببطاقة تعريفية للكاتب تتضمن (اسمه ودرجته العلمية وصفته المهنية).....
- تعمل المجلة على إخبار كاتب كل مقال بالعدد الذي سينشر فيه مقاله.....
- تسلم شهادة النشر للراغب فيها تتضمن تقييما شاملا للمقال وهي مؤدى عنها.....
- تنشر المجلة على أوسع نطاق، وذلك في مواقع إلكترونية مغربية وعربية.....

فهرس العدد

08	كلمة افتتاحية للعدد.....
	ذ. محمد القاسمي

مقالات وأبحاث قانونية باللغة العربية

10	تغيير المركز القانوني للمشغل وأثره على استقرار عقود الشغل.....
	الدكتورة أمينة رضوان
28	ركن المحل في القرار الإداري - دراسة مقارنة -.....
	الدكتور زهير مصطفى صالح
47	ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.....
	الدكتور إبراهيم والعيز
69	شروط اختصاص قاضي المستعجلات في المادة الضريبية في ضوء.....
	الأستاذ مستور عبد الغني
117	الإثبات في المرض المهني وإشكالته.....
	الأستاذة فاطمة النوحى
138	جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية.....
	الأستاذة. بلملياني أسماء

169	الحماية القانونية للعمال المنزليين على ضوء التشريع المغربي والفرنسي.....
	الأستاذة هاجر أهل الدويرة
196	بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي وفقا لقانون المسطرة الجنائية المغربية.....
	الأستاذ محمد القاسمي
209	مدى ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط.....
	الأستاذ عمر عباس خضير العبيدي
235	قراءة في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء.....
	الباحث وائل العياط
252	حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية.....
	الباحث رضوان الريشي
286	مؤسسة الفسخ في التشريع المغربي.....
	السيد جاد المصطفى والسيدة خديجة خليلي
328	الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12.....
	الأستاذ اشرف ركراكي

365	ميزانية النوع الاجتماعي بين واقع التحديات والآفاق المستقبلية.....
	الأستاذ فاطمة الزهراء أخانة
380	الضمانات الحمائية للحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية.....
	الباحثة ازويني جميلة
406	قراءة نقدية لمشروع القانون 20-22 المتعلق بشبكات التواصل الاجتماعي.....
	الباحث رضوان سند
415	المدارس الفكرية التي أسست لعلم العقاب الحديث.....
	الأستاذ ابراهيم الدريف

تقارير قانونية لورشات علمية وبحوث أكاديمية معمقة

427	ورشة تكوينية لفائدة المتمرّنين والمتمرّنين في خطة العدالة.....
	الدكتور أنس سعدون
439	الحماية الجنائية للوثيقة الإلكترونية - دراسة مقارنة -.....
	الباحثة حليلة عبد الرومي



* افتتاحية العدد *

المدير المسؤول:

الأستاذ محمد الفا سمي

بسم لله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي ونغدو في طريقنا حتى نبلغ مقام اليقين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نهر الهدى وبحر الندى وعلى آله وصحبه أجمعين، رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي... أما بعد :

تتمة للمسار الذي بدأناه منذ سنوات خلت في مجال النشر العلمي والبحث الأكاديمي، فإنه لمن دواعي السرور أن نقص شريط عدد جديد من أعداد مجلتنا، ويتعلق الأمر بالعدد 23 أكتوبر 2020، هذا الأخير جاء بعد اصدار ثلة من الملفات الخاصة التي قرر طاقم المجلة أن يخصصها للمواضيع المتعلقة بجائحة كورونا وحالة الطوارئ الصحية، قبل أن يقرر نفس الطاقم العودة لنشر المقالات القانونية ذات المواضيع المتنوعة...

فالعدد الثالث والعشرون من هذا الصرح غني بمقالات وأبحاث، ألفها قضاة وأساتذة ودكاترة وباحثين في المجال القانوني والقضائي، ستشكل بلا شك أوريب إضافة للخزانة القانونية الرقمية.

فالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد في تأليف بنیان هذا العدد، في انتظار العدد 24 نونبر 2020، تفضلوا بقبول أسمى عبارات التقدير والاحترام. والسلام...

حرر بمراكش - المملكة المغربية في 2020/09/29





الدكتورة أمينة رضوان

حاصلة على الدكتوراه في الحقوق

قاضية بالمحكمة الاجتماعية بالدار البيضاء

تغيير المركز القانوني للمشغل وأثره على استقرار عقود الشغل

مقدمة:

تنقسم عقود الشغل إلى تقسيمات متعددة، وحسب المدة الزمنية تنقسم إلى عقود شغل محددة المدة وعقود شغل غير محددة المدة. وتترتب على هذا التقسيم نتيجة بالنسبة لوصف الأجير: الأجير المؤقت والأجير الرسمي.

وقد كانت عقود الشغل محددة المدة هي المفضلة عند الأجراء، لكونها تضمن لهم ولو مؤقتا منصب شغل يقيمهم من الفقر والفاقة، بعيدا عن عقود الشغل غير محددة المدة التي كانت تتعرض للإلغاء بالإرادة المنفردة للمشغل. إلا أن التطور الذي عرفه تشريع الشغل وما أضفاه من حماية كبيرة على عقود الشغل غير محددة المدة،

خاصة في إحاطتها بمجموعة من الضمانات التي تكبّل يد المشغل في إنهاءها بدون مبرر جعلها تحظى بقبول كل الأجراء.

وإذا كانت بصفة عامة تنتهي عقود الشغل المحددة المدة بانتهاء مدتها أو بانتهاء العمل المخصص لها أو في الحالات المحددة لها بمقتضى مدونة الشغل¹ فإن عقود الشغل غير محدد المدة لا تنتهي إلا وفق ضوابط محددة تلزم الخارق لها بمجموعة من التعويضات، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ضمان هذا النوع من العقود لاستقرار التعاقد. وفي هذا الصدد نتساءل عن مدى استقرار هذه العقود رغم تغيير المركز القانوني للمشغل.

وعليه سنناول هذا الموضوع وفق التصميم الآتي: المبحث الأول: شروط تطبيق قاعدة استقرار عقود الشغل في حالة تغيير المركز القانوني للمشغل. المبحث الثاني: بعض الإشكاليات التي تطرح أثناء تغيير المركز القانوني للمشغل.

¹ أنظر في هذا الصدد المادة 16 وما يليها من م. ش.

المبحث الأول: شروط تطبيق قاعدة استقرار عقود الشغل في حالة تغيير المركز القانوني للمشغل

إن قواعد القانون المدني لم تعد تخدم بتاتا مصلحة الأجير، بل وتتعارض كليا مع الطابع الحمائي لقانون الشغل²، لذا تدخل المشرع في جل التشريعات المقارنة³ وأقر مبدأ مواصلة عقود الشغل بالرغم من تغيير المركز القانوني للمشغل، وفي هذا تجاوز للمبادئ المنصوص عليها في القانون المدني التي تقرب بحرية التعاقد التي تعني أن لكل طرف من طرفي العلاقة الشغلية كامل الحرية في اختيار الشخص الذي سوف يعمل معه وفي تحديد بنود العقد بكامل الحرية، وهو ما يصطلح عليه في القانون المدني بالاعتبار الشخصي في التعاقد، كما أن فيه تجاوز للأثر النسبي للعقود الذي ينص عليه الفصل 228⁴ من قانون الالتزامات والعقود والذي مفاده أن العقد لا يكون ملزما إلا بالنسبة للأطراف التي أبرمته سواء بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم..

وبالرجوع إلى النص التشريعي المنظم للموضوع نجد المادة 19 من مدونة الشغل تنص على أنه: « إذا طرأ تغيير على الوضعية القانونية للمشغل، أو على

2 دنيا مباركة، ضمانات حقوق أجراء المقابلة المخصصة. مجلة رسالة الدفاع . ع 2 . س 2001 . ص 42.

3 سواء التشريع الفرنسي أو المصري أو اللبناني أو الأردني أو الإماراتي.
- وفي هذا الإطار تنص المادة 36 من قانون العمل الفرنسي على ما يلي: «أن عقود العمل سارية المفعول يوم تغيير المركز القانوني للمشغل تظل قائمة بين رب العمل الجديد و العمال بالمؤسسة»

Article 36 (2): « le transfert de l'entreprise résultant notamment d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le crédit ou le cessionnaire. Si le contrat est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du salaire, la résiliation du contrat est considéré comme intervenue du fait de l'employeur »

4 ينص الفصل 288 من ق ل ع على ما يلي: « الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون

الطبيعة القانونية للمقاولة، و على الأخص بسبب الإرث، أو البيع، أو الإدماج، أو الخصوصصة، فإن جميع العقود التي كانت سارية المفعول حتى تاريخ التغيير، تظل قائمة بين الأجراء وبين المشغل الجديد، الذي يخلف المشغل السابق في الالتزامات الواجبة للأجراء، وخاصة فيما يتعلق بمبلغ الأجور، والتعويضات عن الفصل من الشغل، والعطلة المؤدى عنها.

يحتفظ الأجير المرتبط بعقد شغل غير محدد المدة والذي يتم نقله في إطار الحركة الداخلية داخل المؤسسة أو المقاولة أو مجموعة المقاولات كالشركات القابضة، بنفس الحقوق والمكاسب الناشئة عن عقد شغله وذلك بغض النظر عن المصلحة أو الفرع أو المؤسسة التي يتم تعيينه بها، وعن المهام المسندة إليه ما لم يتفق الطرفان على مزايا أكثر فائدة للأجير»

وبالاعتماد على هذا النص القانوني وما أقره القضاء يمكن استخلاص شروط تطبيق مبدأ استقرار عقود الشغل رغم تغيير المركز القانوني للمشغل.

الشرط الأول: حدوث تغيير في المركز القانوني للمشغل

ومفاد هذا الشرط أنه كيفما كانت أسباب تغيير الوضعية القانونية للمشغل أو للمؤسسة المشغلة، أي سواء تعلق الأمر بالإرث أو التفويت أو الإدماج أو الخصوصصة أو غيرها فإن جميع عقود الشغل التي كانت سارية المفعول حتى تاريخ التغيير تظل قائمة بين الأجراء والمشغل الجديد الذي يخلف المشغل السابق في الالتزامات الواجبة للأجراء.

الشرط الثاني: ضرورة سريان عقود الشغل وقت تغيير المشغل

يعتبر هذا الشرط عاما يسري على جميع عقود الشغل بغض النظر عن نوعها، كما يسري على جميع النشاطات الاقتصادية بحيث يكفي أن تكون عقود الشغل سارية المفعول أثناء تغيير المركز القانوني للمشغل.

الشرط الثالث: ضرورة استمرار نشاط المؤسسة المشغلة

قد يوحي هذا الشرط بأن استمرار عقود الشغل مرتبط بضرورة احتفاظ المشغل الجديد بنفس نشاط المقاول و بعبارة أخرى فهل استمرار عقود الشغل رهين بعدم تغيير المشغل الجديد لنشاط المقاول؟

لقد تدخل القضاء لتفسير هذا الشرط، بحيث إن القضاء المغربي ممثلا في محكمة النقض يكتفي للتصريح بوحدة نشاط المقاول وجود تماثل أو تشابه أو ارتباط بين النشاط القديم والنشاط الجديد للمقاول، ونسوق كمثال على ذلك قرار محكمة النقض⁵ الذي اعتبر أن: «انتقال ملكية الأصل التجاري الذي كان في الأصل يشتغل كمقهى ومقرص إلى مالك جديد استعمله كمقهى ومطعم، لا يعتبر تغييرا وبالتالي فإن إثبات الأجبر اشتغاله لدى المشغل الأصلي من خلال بطاقة العمل الغير المطعون فيها، يجعل استمراره لدى المشغل الجديد مبررا»⁶.

5 - قرار محكمة النقض المغربية ع 168 بتاريخ 1988/02/06. أورده عبد اللطيف خالفي في مؤلفه الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية (رصد لمبادئ ولقرارات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف 1968-1998) م س. ص 251 وما يليها.

6 وعلى غرار ذلك سارت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض في الملف رقم 2247 بتاريخ 1990/09/24 في الملف الاجتماعي ع 89/9750. منشور بقضاء المجلس الأعلى ع. 46 نونبر 1992. ص 90.

أما التشريع الفرنسي فإنه لم يستقر على موقف واحد. ففي البداية كانت محكمة النقض الفرنسية تشترط لتطبيق المادة 36 من قانون العمل، وجوب استمرار نفس نشاط المؤسسة، وطبقا لنفس الشروط التي كان يمارس فيها من قبل، بل إن محكمة النقض مددت تطبيق المادة المذكورة حتى في الحالة التي تنتفي فيها أية رابطة قانونية مباشرة بين المشغلين المتعاقبين⁷. لكن محكمة النقض الفرنسية تخلت عن هذا الموقف حيث أكدت أن المادة L122-12AL2 (التي تقابلها المادة 36 من قانون العمل): «تفترض وجود رابطة قانونية بين أرباب العمل المتعاقبين»⁸، ونظرا لعدم انسجام هذا القرار مع التوجهات الأوروبية، عدلت هذه المحكمة عن هذا القرار فأصدرت أيضا ببيأتها مجتمعة أن: «المادة L122-12AL2 تطبق في غياب أية رابطة قانونية تجمع أصحاب الأعمال المتعاقبين، وأن نطاق تطبيقها يمتد إلى كل تنازل عن وحدة اقتصادية⁹ متى ظلت محتفظة بذاتيتها¹⁰ في مزاولة نشاطها أو استأنفته»¹¹.

7 ومثال ذلك: إذا تعهدت مؤسسة ما بمهام التنظيف إلى مقالة متخصصة، غير أنها لم ترق الخدمة إلى المستوى المطلوب، فتخلت عن خدماتها وعهدت بها إلى مقالة أخرى، فإن هذه الأخيرة تكون مجبرة على الاحتفاظ بأجراء هذه الأخيرة.

أوردته فاطمة حداد. الإغفاء لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية وإغلاق المقاولات. أطروحة لنيل الدكتوراه في ق. خ. جامعة الحسن الثاني عين الشق/كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء. س. ج. 2004/2005. ص 81 و ما يليها.

8 هذا القرار الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية، يتعارض مع التوجهات الصادرة في 14/02/1977 عن مجلس المجموعة الاقتصادية الأوروبية، كما أن محكمة العدل الأوروبية C.J.C.E أصبحت منذ العام 1988، تنص على ضرورة الإبقاء على العقود حتى في حالة غياب أية رابطة قانونية بين أرباب العمل المتعاقبين. أشارت إلى ذلك فاطمة حداد . م س . ص 82-83.

9 إن مفهوم الوحدة الاقتصادية يعني: أن يتعلق الأمر بقطاع يستعمل وسائله الخاصة، ويهدف إلى تحقيق نتائج محددة تندرج ضمن الأهداف الاقتصادية للمؤسسة.

10 (4) نشاط يحتفظ بذاتيته يعني: «أن الوحدة الاقتصادية المتنازل عنها قد احتفظت بذاتيتها واستمرت في مزاولة نشاطها. و في هذا ورد قرار محكمة النقض الفرنسية الآتي: «بالرغم من التغييرات الشكلية التي قد وقعت، فإن المؤسسة استمرت في مزاولة نفس النشاط السابق بنفس العمال، نفس الزبائن، وكذا نفس الإنتاج». فاطمة حداد . م. س. ص 84.

11 لتطبيق قاعدة استمرارية عقود الشغل، يجب أن تستمر المؤسسة أو المقولة، وأن تباشر نفس النشاط السابق، ومن ثم فإن تغيير المؤسسة لنشاطها يوقف تطبيق هذه القاعدة، وكذا الحماية القانونية المصاحبة لها.

وبهذا القرار لا تكون محكمة النقض الفرنسية أعطت القرار الحاسم والوجيه لهذه المسألة، أي استمرار عقود الشغل بالرغم من عدم وجود أية علاقة ورابطة بين المشغلين المتعاقبين، ولكنها أيضا تكون أعطت معايير تطبيق المادة L122-12AL2 من قانون العمل، وهي الآتية :

- انتقال وحدة اقتصادية *La transfert d'une entité économique*

- نشاط يحتفظ بذاتيته *Une activité conservant son identité*

- استمرار النشاط أو استئنافه *Une activité poursuivie ou reprise*

وبمفهوم المخالفة لهذا القرار، فإنه إذا تغيرت طبيعة النشاط، فإن هذا يكون موجبا لإنهاء علاقة الشغل بين المشغل الجديد وأجراء المقاول السابقين.

كما حاول القضاء الفرنسي، توضيح مفهوم هذه القاعدة وإزالة الغموض عنها، هكذا أكد أن مقتضيات المادة 36 من قانون العمل من النظام العام . وعليه فأي اتفاق يقع بين المشغلين المتعاقدين لا يمكن أن يؤثر على استمرارية عقود شغل الأجراء، ومن ثم فإن العقود الجارية تنتقل بمقتضى القانون إلى المشغل الجديد، سواء أكانت محددة المدة أو غير محددة المدة.

وإذا كانت هذه القاعدة جذابة بالنسبة للأجراء لكونها لا تعير أي اهتمام لذاتية المشغل، إلا أنها قد تصطدم بالواقع العملي النابع من التقلبات الاقتصادية التي تعرفها المؤسسة أحيانا. وهذا النص القانوني لم يلزم المشغل بالاحتفاظ بنفس

نشاط المقابلة، و بالتالي فإن التغيير الجوهرى لنشاطها التجارى أو الصناعى يعنى تغيير المركز القانونى للمشغل والفصل فى هذه الحالة يعتبر مبررا يخول للأجير المفصول التعويض عن الإضرار والضرر فقط، دون التعويض عن الفصل التعسفى، باعتبار أن التعويضين الأوليين يمنحان فى كل الحالات، إلا عند ارتكاب الأجير للخطأ الجسيم.

وفى نظرنا فتغيير المركز القانونى للمشغل هو أمر واقع، وأن التشريعات تصدت لهذه الواقعة وأوجدت لها الحلول القانونية الملائمة، وأن الاجتهاد القضائى بدوره أبلى البلاء الحسن فى إيجاد التقنيات القانونية اللازمة لحل كافة المعضلات والإشكاليات التى تطرح أمامه، وأن الفقه قد أيد هذه الحلول التشريعية والقضائية¹².

المبحث الثانى: بعض الإشكاليات التى تطرح أثناء تغيير المركز القانونى للمشغل

إذا كان لا تأثير على عقود شغل الأجراء إثر انتقال المؤسسة أو المقابلة إلى الغير، فإن بعض العناصر قد تؤدي إلى إبراز المشكل عند انتقال المؤسسة، «كأجل الإضرار»، الذى يبدوه الأجير فى ظل المشغل القديم وينهىه فى ظل المشغل الجديد. نفس الأمر يسرى على «المنح» التى تؤدي بنسبة الجزء من السنة فى نهاية السنة. لهذا فالتدخل لصالح المبدأ وتليينه حسب الحالات، قد يطرح أزمة الثقة فى هذا النص

¹² أنظر فى هذا الصدد:

أحمد شكرى السباعى. الوسيط فى مساطر الوقاية من الصعوبات التى تعترض المقابلة ومساطر معالجتها. ج 2 . م.س . ص 499. عبد الرحيم السلماني وضعية الأجراء فى ظل نظام صعوبات المقابلة . مجلة كتابة الضبط ع 8 . س 2001 . ص 154 و ما يليها.

القانوني (أي المادة 1/19 من مدونة الشغل)، بل وضد القضاء نفسه، لأن مبدأ استقرار الشغل الذي توخاه المشرع سيكون استقراراً وهمياً أظاهرياً فقط، لا يرمي إلى الحل الذي يضمن الشغل القار. وفي هذا الإطار يجب على القضاء أن ينتبه إلى التحايل والتدليس الذي يمكن أن يتم بين المشغل القديم والمشغل الجديد على حساب الأجراء، وذلك بفصلهم قبل انتقال المؤسسة أو المقاول إلى المشغل الجديد، حتى يتخلص هذا الأخير من الأعباء المالية الناتجة عن أقدمية الأجراء في الشغل، فالقضاء يجب أن يكون واعياً بالإشكالية والحلول الواجبة كلها، رعيًا للمرونة التي ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار لتكييف هذا النص القانوني، كما يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار وضعية المؤسسة في التكيف مع ضرورات التدبير الجديد الذي يؤدي إلى التقليل من عدد الأجراء وإدماجهم وفق شروط جديدة تتطلب مهارات كبيرة من الأجراء.

كذلك يطرح التساؤل حول إشكالية «تنازع القوانين» على إثر تفويت المقاول إلى الغير وأثره على الأجراء السابقين. وبعبارة أكثر وضوحاً، ما الحكم في حالة تغيير القانون الواجب التطبيق على الأجير الذي انتقل على إثر تفويت أو بيع المقاول من أحكام القانون الخاص إلى القانون العام أو العكس؟ هل سيطبق عليه القانون العام أو الخاص؟ أم ستسري عليه أحكام أخرى مشتركة باعتبارها الأصلح لوضعية الأجير¹³؟.

¹³ محمد سعيد بناني. الإعفاءات الاقتصادية ووسائل الإبراء. الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي. منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية. الرباط 25-26 فبراير 1992 الموافق لـ 20-21 شعبان 1412. ص 26-27.

في نظرنا أنه انطلاقاً من الوضعية الجديدة التي أصبح يخضع لها الأجير إثر تغيير المركز القانوني للمشغل، فإن القانون الواجب التطبيق عليه هو القانون الجديد، الذي أصبحت تخضع له المساواة بعد التفويت. فمثلاً لو انتقلت المساواة من إطار القانون الخاص إلى العام، فمقتضيات القانون العام هي الواجبة التطبيق، والعكس صحيح، أما إذا لم يحدث تغيير في القانون، أي بقاء المساواة خاضعة لنفس القانون، فلا إشكال.

أيضاً نتساءل عن مدى مشروعية الفصل الحاصل قبل تفويت المؤسسة أو المساواة؟.

في هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية¹⁴ شرعية الفصل الواقع قبل تفويت المساواة أو المؤسسة، حيث ورد في قرارها ما يلي: «بأن الفصل L122-12AL2 (الذي تقابله المادة 36 من قانون العمل) لا يتعارض مع الفصل L22-4 (الذي يعطي الحرية للأطراف في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة) فالمشغل الذي يفوت مؤسسته لا يفقد حق إعفاء أجرائه - هذا الحق الذي يبقى يتمتع به إلى أن يتم التفويت الفعلي للمؤسسة - إذ يمكنه أن يدفع بالخطأ، أو السبب الاقتصادي كمبرر للفصل، لكن كل ذلك مشروط بانتفاء إرادة التحايل على الفصل L122-12AL2»

¹⁴ باستثناء قرارين فريدين لمحكمة النقض الفرنسية تقر فيهما بعدم شرعية الفصل قبل التفويت وهما الصادران سنة 1974.

وما يستنتج من هذا القرار، أن الفصل قبل التفويت، ليس في حد ذاته غير مشروع، وإنما يصبح كذلك بالنظر إلى بعض الملابسات التي تكون مصاحبة له¹⁵، كسوء نية المشغل¹⁶، والفصل المبرر بإعادة تنظيم المؤسسة أو المقابلة¹⁷. وإذا كنا قد تجاوزنا الإشكال حول مدى مشروعية الفصل الناتج قبل تفويت المقابلة أو المؤسسة. فإن التساؤل ما يزال عالقا حول مشروعية الفصل الواقع بعد تفويت المقابلة أو المؤسسة؟.

إنه من حق المشغل الجديد إعادة تنظيم مؤسسته أو مقاولته، وإن انعكس ذلك بشكل سلبي على عقود شغل الأجراء، فاستمرار علاقات الشغل في حالة تعديل الهيكل القانوني للمؤسسة لا يزيل سلطة المشغل في إنهاء عقود الشغل غير محددة المدة¹⁸ كإجراء تقتضيه.

ففي المرحلة الأولى، وقبل التأثر بالتوجهات الأوروبية، كانت محكمة النقض الفرنسية تعتبر بأنه يمكن اللجوء إلى الفصل قبل تفويت المقابلة، إذ كانت تركز على أسباب اقتصادية أو تقنية تؤدي إلى حذف بعض الوظائف، على ألا يكون

¹⁵ فاطمة حداد . م.س . ص 266.

¹⁶ اشترط القضاء الفرنسي شرعية الفصل قبل التفويت بانعدام سوء نية المشغل السابق لأسباب نقابية أو غيرها.

¹⁷ في هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن المشغل الذي يفوت مؤسسته أو مقاولته، له كامل الحرية، في القيام بإعادته تنظيم مؤسسته، من غير تحريض من المفوت له، حتى يتسلم المؤسسة خالية من الأعباء، وفي هذا الصدد يمكن القول بأن موقف محكمة النقض الفرنسية مر بمرحلتين هما: مرحلة ما قبل 1990 و مرحلة ما بعد 1990.

فاطمة حداد . م.س . ص 88 و ما يليها.

¹⁸ فاطمة حداد . م.س . ص 90.

الغرض من الفصل التحايل على الفصل L122-12AL2 (المقابل للمادة 36 من قانون العمل). ومثال ذلك إعادة تنظيم مصالح المؤسسة مما يضمن حسن سيرها. أما في المرحلة الثانية أي بعد سنة 1990، فقد حاولت محكمة النقض الفرنسية أن تكون قراراتها منسجمة مع التوجهات الأوروبية، هكذا أصبحت تلزم المشغل بإقامة الدليل على كون الفصل الذي أقدم عليه هو ضروري لحسن سير المؤسسة.

عملية إعادة التنظيم أو الصعوبات الاقتصادية التي تعترض نشاطهم¹⁹، ولكن وفق إجراءات قانونية محددة في مدونة الشغل²⁰.

ومن الإشكاليات التي تطرح كذلك في هذا الصدد تلك التي تتعلق بتحديد نطاق الحقوق التي ستنتقل أو تستمر بها عقود الشغل إثر تغيير المركز القانوني للمشغل²¹، هل تنتقل وفق الشروط التي تعاقد بها الأجراء مع المشغل القديم، أم وفق الشروط التي يلتزم بها المشغل الجديد؟.

نرى أن الأجراء سيستفيدون من الحقوق التي تعطيهم مزايا أفضل، بحيث إنه إذا كانت الحقوق التي يعطيها المشغل الجديد هي الأفضل بالنسبة للأجراء فتستمر

¹⁹ صدر في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: «أن إعفاء أجبر - احتفظ بعقد عمله أثناء التفويت - يمكن أن يجد تبريرا له في إعادة الهيكلة التي قام المؤجر الجديد و ليس من الضروري أن يكون الإعفاء في هذه الحالة تعسفا» أوردته فاطمة حداد . م.س . ص90.

²⁰ كذلك من الإشكاليات التي يمكن طرحها في هذا المجال، نتساءل عن حالات إثارة المسؤولية التضامنية للمشغلين المتعاقبين عند القيام بالفصل قبل التفويت؟.

إن هذه المسؤولية يمكن إثارتها في حالتين اثنتين: أولهما، عند التواطؤ بين المشغل الأول والمشغل الثاني. وثانيهما، عند انتماء المشغلين لنفس المجموعة.

²¹ عبد الرحمان الممتوني . حماية الأجراء من آثار اندماج الشركات في ظل مدونة الشغل. المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاولات ع5.س2005. ص73.

في السريان والعكس صحيح، أي إذا كانت الحقوق التي التزم بها المشغل القديم هي الأفضل فهي الواجبة التطبيق على الأجراء، خاصة إذا كانت متضمنة في اتفاقية جماعية، حيث لا يخفى ما لأهمية .

هذه الأخيرة في حياة الشركة، ليس فقط فيما يخص حياتها الاجتماعية التي تهم أساسا الأجراء، وإنما أيضا في حياتها الاقتصادية المرتبطة بسياساتها الإنتاجية و مستوى مردوديتها. لذلك يبقى التساؤل مطروحا حول مآل الالتزامات المتبادلة المقررة في الاتفاقيات الجماعية؟ .

بالنسبة للمشرع المغربي فإنه لم يقيد مفعول الاتفاقية المبرمة في ظل المشرع القديم بأجل ما استنادا على المادة 131 من مدونة الشغل.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة L132-8 على مايلي: « إذا لم يكن المشغل الجديد مرتبطا باتفاقية جماعية فإن الأجراء سيستمرون في التمتع بحقوقهم المقررة في الاتفاقية الجماعية التي كانت تربطهم بالمشغل السابق، وذلك لمدة لا تتجاوز سنة و ثلاثة أشهر على الأكثر على أساس التفاوض من جديد مع المشغل الجديد بمجرد انتهاء المدة المذكورة، وذلك قصد إبرام اتفاقية جديدة، وإذا لم تبرم اتفاقية جديدة يحتفظ الأجراء بنفس الامتيازات المكتسبة بمقتضى الاتفاقية الجماعية المنتهية».

وبخصوص القضاء الفرنسي، فهو يرفض استمرارية الاتفاقيات الجماعية بعد تغيير المركز القانوني للمشغل الملتزم ببندوها، حيث يعفي المشغل الجديد من التحمل باتفاقية جماعية لم يكن طرفا فيها.

ونرى في هذا الإطار، أن المادة 131 من مدونة الشغل المغربية كانت أكثر حمائية من المادة 8/123 من قانون العمل الفرنسية، حينما لم تقيد مفعول سريان الاتفاقية المبرمة في ظل المشغل القديم بأجل ما.

وفي الأخير نتساءل عن أثر عدم تنفيذ المفوت إليه للالتزامات الناشئة عن مخطط التفويت؟

هناك أثاران: أثر خاص، يكون نتيجة عدم أداء مقابل التفويت فقط، وفي هذه الحالة تعين المحكمة تلقائيا أو بطلب من السنديك أو من كل ذي مصلحة متصرفا خاصا un Administrateur Spécial، وتقوم بتحديد مهمة ومدة هذا الأخير، التي لا يجوز أن تتجاوز ثلاثة أشهر. وهناك أيضا أثر عام، يترتب عند الإخلال بالالتزامات مخطط التفويت المالية وغير المالية، ولا يهمننا إلا هذا الأثر الأخير.

و في هذا الإطار تنص المادة 89 (المعدلة بموجب القانون المؤرخ في 1994/06/10) فرنسية إلى أنه يترتب عن تنفيذ المفوت إليه لالتزاماته فسخ مخطط التفويت La résolution du plan، من قبل المحكمة و وكيل مراقب التنفيذ

Commissaire à l'exécution du plan، وكل دائن و وكيل الجمهورية (النيابة

العامة). فما هو نطاق تطبيق المادة أعلاه؟

لقد أثير التساؤل حول ما إذا كان الفسخ يترتب عن الإخلال بالالتزام بأداء الثمن

أم يشمل سائر الالتزامات المالية و غير المالية، كالاتزام باستقرار الشغل و الحفاظ

على عقود الشغل واستمرار النشاط؟

والإجابة عن هذا الإشكال أو التساؤل تقتضي التمييز بين مرحلتين: مرحلة قبل

التعديل الفرنسي (1994/06/10) ومرحلة ما بعد هذا التعديل²².

ففي المرحلة الأولى، سار الاجتهاد القضائي الفرنسي في اتجاه شمول الفسخ عدم

الالتزام بأداء الثمن فقط دون غيره من الالتزامات الأخرى و سواء كانت ذات طبيعة

مالية أو غير مالية، مما يستشف منه استثناء عقود الشغل، وهكذا ورد في حكم

المحكمة التجارية بباريس²³ ما يلي: «لا يمكن التصريح بفسخ المخطط للإخلال

بالتعهدات غير تلك المتعلقة بعدم أداء الثمن لعدم وجود مقتضيات قانونية صريحة

في الموضوع»²⁴.

أما الفقه الفرنسي فقد سار على صدى هذه الأحكام القضائية

²² أحمد شكري السباعي. الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها . ج2. نشر دار المعرفة الرباط. 1998. ص 500 و ما يليها.

²³ قرار مؤرخ في 1987/07/30 . أشار إلى ذلك أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها . ج 2 . م.س . ص 502.

²⁴ و قد أكدت نفس المحكمة على ذلك المقتضى في الحكم المؤرخ في 1988/12/19 الذي ورد فيه : « و لا يشكل في أي حال من الأحوال تسريح العمال إخلالا بعدم أداء الثمن المنصوص عليه في المادة 90 » . و ارد في مؤلف أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها . ج 2 . م.س . ص 340 وما يليها.

و في هذا الصدد يذهب الأستاذ «إيف شارتي»²⁵: «... إلى أن عدم أداء ثمن التفويت يرتب فسخ المخطط والتصريح بالتصفية القضائية» وتساءل أيضا حول ما إذا كان جزاء الفسخ يقع كذلك عند إخلال المفوت إليه باحترام تعهداته المتعلقة باستمرار الشغل ومناصبه؟ فكان جوابه بالنفي، لأن هذه التعهدات أو الالتزامات في رأيه غير تعاقدية²⁶، حيث تقررها المحكمة استجابة للصالح العام. إضافة إلى ذلك، فالإخلال بهذه المقتضيات و فصل الأجراء يحمل المفوت إليه بأداء التعويضات للأجراء. ونفس الاتجاه سار عليه الأستاذ «ميشيل جانتان»²⁷ الذي ذهب إلى القول: «أن المادة 90 من قانون 1985-01-25 لا تطبق»²⁸ عندما يتعلق عدم التنفيذ بالتعهدات أو الالتزامات غير تلك المتعلقة بالثمن، أي أن هذه المادة لا تسري على فصل الأجراء الذي يتم خرقا لمخطط التفويت، إلا أن المفوت إليه يسأل طبقا لقواعد القانون العادي (أي قانون الشغل والقانون المدني)، عن الأهداف الناشئة تجاه الأغيار عند عدم تنفيذ الالتزامات...».

²⁵ أشار إلى ذلك أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها . ج 2 . م.س . ص 502.

²⁶ خلافا للالتزام بأداء الثمن.

²⁷ أشار إليه الأستاذ أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول و مساطر معالجتها . ج 2 . م.س ص 503.

²⁸ كان هذا قبل إضافة الفقرة الأخيرة من المادة 89 بمقتضى تعديل 1994/06/10.

أما في المرحلة الثانية، أي بعد تعديل 1994/06/10، فاعتبر الأستاذان «ديلبيك وبرمان»²⁹ أن: «الفقرة 4 الجديدة من المادة 89 تعني "Vise" أي عدم تنفيذ سائر تعهدات التزامات المفوت إليه³⁰، وليس فقط الالتزامات المتعلقة بأداء الثمن». وبخصوص المغرب، فإنه لم يعرف مثل ذلك الخلاف الفقهي الذي ساد في نظيره الفرنسي، فهو تبني تعديل 1994/06/10 في الفقرة الأولى من المادة 613 من مدونة التجارة، حيث تنص هذه المادة الأخيرة على ما يلي: «... وإن لم يف المفوت إليه بالتزاماته أمكن للمحكمة تلقائيا أن تقضي بفسخ المخطط أو بناء على طلب السنديك أو أحد الدائنين...».

وفي هذا يرى الأستاذ أحمد شكري السباعي³¹: «أن المشرع المغربي أعطى أهمية بالغة لاستمرار الشغل ومناصب العمل، تفوق الأهمية المعطاة لتصفية الخصوم و أداء مستحقات الدائنين المرتبطة بثمن التفويت، الذي قد يكون في ظروف سيئة، زهيدا أو غير كاف لأداء ديون الدائنين...»

وعلى العموم فإنه إذا ما تم فسخ مخطط التفويت، فالتشريع المغربي نص على بيع أموال المارقة، وفقا لأشكال التصفية القضائية حيث يخصص عائدها لدفع مستحقات الدائنين المقبولين³².

²⁹ أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المارقة و مساطر معالجتها . ج2. م.س . ص 503.

³⁰ بما فيها الالتزام بالحفاظ على استمرارية عقود الشغل.

³¹ أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المارقة و مساطر معالجتها . ج2. م.س . ص 504.

32 المادة 2/613 من م.ت.

أما القضاء الفرنسي، فإنه يجيز التصريح بالتصحيح القضائي أو التصفية القضائية ضد المفوت إليه المخل بالتزاماته، بمجرد فسخ المخطط لعدم أداء ثمن التفويت، باعتباره متوقفا عن الدفع³³.

ومجمل القول نرى أن التشريع المغربي - كما هو الشأن بالنسبة لأغلب التشريعات المقارنة - ألزم المفوت إليه، أي المشغل الجديد، بتنفيذ التزامات مخطط التفويت، بما فيها الالتزام بالحفاظ على استمرارية عقود الشغل، إلا في حالات استثنائية اقتضتها الضرورات العملية، ومنها «تغيير طبيعية نشاط المقولة أو المؤسسة»، حيث في هذه الحالة الأخيرة يأتي مسلسل فصل الأجراء أو بعضهم و بالتالي انتهاء عقود شغلهم، إذا كان تكوينهم لا يتلاءم والنشاط الجديد للمقولة، ولكن وفق إجراءات قانونية مسطرة في مدونة الشغل³⁴⁻³⁵.

33 ورد في حكم المحكمة التجارية لأورليان: «إذا أدى عدم أداء الثمن إلى فسخ المخطط و العدول عن تفويت المقولة من طرف المحكمة، فإن إعداد مخطط جديد للتفويت لفائدة شخص آخر، لا يمكن استبعاده» حكم مؤرخ في 1987/02/11. و قضت محكمة النقض الفرنسية في 1993/06/22 بأن: «فسخ مخطط التفويت لا يرتب بقوة القانون فسخ العقود والتصرفات التي تم إبرامها لإنجازه».

أشار إلى ذلك أحمد شكري السباعي . الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقولة و مساطر معالجتها ج. 2 . م. س . ص 504.

= و لاحظ أن إبرام عقود الشغل بعد فتح مسطرة التسوية القضائية يعد باطلا في مدونة التجارة تطبيقا لنص المادة 682 من م.ت، حيث يمارس السنديك دعوى البطلان طبقا للمادة 685 من م.ت، و إن تقرير البطلان مردده إلى منع إلحاق الضرر بالدائنين، فيكون إبرام تلك العقود بدافع المحاباة ليس إلا، لهذا يجب الحكم ببطلانه، و هو ما قرره محكمة النقض الفرنسية، لما لاحظت عدم توازن التزامات الطرفين كما حددها عقد الشغل التي صرحت ببطلانه، و ذلك بناء على نص المادة 107 من القانون الفرنسي المؤرخ في 1985/01/25 المتعلق بالتسوية و التصفية القضائية.

إدريس فجر . بطلان عقد العمل في ضوء القانون التجاري . الحدث القانوني . ع 1 . س دجنبر 1997 . ص 5-6.

34 أي الفقرة الأخيرة من المادة 592 من م.ت التي تنص على ما يلي: «... إن هذه القرارات المصاحبة للاستمرارية المذكورة أعلاه، إذا كانت ستؤدي إلى فسخ عقود العمل، فإنه يجب تطبيق القواعد المنصوص عليها في مدونة الشغل»

35 وإحالة المادة 592 من م.ت على مدونة الشغل يعد إفراغا للدور العلاجي للمحكمة من أي محتوى، حيث يسند لجهاز إداري خارج أجهزة مسطرة المعالجة سلطة منح الإذن بالإعفاءات من عدمه، وبذلك تبقى المحكمة مكتوفة الأيد طيلة مدة قد تصل إلى ثلاثة أشهر لتتخذ بعدها القرار المصاحب للاستمرارية في ضوء ما يبنى به إذن السلطة الإدارية.

محمد منغل. أثر التسوية القضائية على إنهاء عقود العمل (مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المغربي) مجلة المنتدى. ع 3. س 2002 . ص 156.



الدكتور زهير مصطفى صالح

حاصل على الدكتوراه في الحقوق

محام

ركن المحل في القرار الإداري - دراسة مقارنة -

مقدمة:

يلعب القرار الإداري دوراً هاماً في نشاط الإدارة، حيث يعتبر قوام عمل الإدارة ونشاطها، ويعرف بأنه " التصرف القانوني الذي تتخذه الإدارة المختصة بإرادتها المنفردة والملزمة قصد إحداث أثر قانوني مبتغية في ذلك إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل، أو إلغاء مركز قانوني قائم"⁽³⁶⁾، وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين، واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة

36 - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص: 8.

عامة" ⁽³⁷⁾، وبناء عليه يشترط لصحة القرار الإداري أن تتوافر فيه العديد من الأركان الشكلية والموضوعية ويندرج ضمن نطاق الأركان الموضوعية المتطلبة لصحة القرار الإداري ركن المحل ونظراً لأهمية هذا الركن فإنه يستحيل في النشاط الإداري أن يكون هناك قرار إداري بدون محل، وإذا خلا القرار الإداري من ركن المحل فإنه يكون باطلاً.

مشكلة الدراسة:

تدور مشكلة البحث الرئيسية حول " الدور الذي يلعبه ركن المحل في مشروعية القرار الإداري ". ويتفرع عن مشكلة البحث الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية: أولاً. ما المقصود بركن المحل في القرار الإداري؟ ثانياً. ما شروط ركن المحل في القرار الإداري؟ ثالثاً. ما مظاهر عيب ركن المحل في القرار الإداري؟

أهمية الدراسة: تحديد المقصود بركن المحل في القرار الإداري. حديد

الشروط الواجب توفرها لصحة ركن المحل في القرار الإداري. تسليط الضوء على مظاهر عيب ركن المحل في القرار الإداري.

37 - مشار إليه عند سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، 1967، دون ناشر، ص 508.

منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة على المنهج النظري المقارن للنصوص القانونية على ضوء آراء الفقه، وأحكام القضاء، والاستفادة من أحكام التشريعات المختلفة بالقدر الذي يحقق أهداف الدراسة.

حدود الدراسة:

تقتصر حدود الدراسة من الناحية الموضوعية على الدور الذي يلعبه ركن المحل في مشروعية القرار الإداري في القانون السوري والمقارن.

خطة الدراسة:

تتكون هذه الدراسة من مقدمة ومبحثين وخاتمة. على النحو التالي: المبحث الأول: تعريف ركن المحل في القرار الإداري وشروط صحته. المبحث الثاني: مظاهر عيب ركن المحل في القرار الإداري.

المبحث الأول: تعريف ركن المحل في القرار الإداري وشروط صحته

يعتبر ركن المحل حجراً أساساً في القرار الإداري، ويتوقف على وجوده صحة هذا القرار، ونظراً للدور الهام الذي يلعبه ركن المحل في القرار الإداري فقد عمل القضاء الإداري وسانده الفقه على تأصيل هذا الركن منعاً لتداخله مع الأركان الأخرى المتطلبة لصحة القرار الإداري.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه المقصود بركن المحل في القرار الإداري. أما في المطلب الثاني فنسلط الضوء على شروط صحة ركن المحل في القرار الإداري.

المطلب الأول: المقصود بركن المحل في القرار الإداري

يقصد بمحل القرار الإداري موضوع القرار، أو الأثر القانوني الذي ينشأ عنه، وذلك حسب طبيعة القرار وفيما إذا كانت لائحية أو فردية⁽³⁸⁾، فمثلاً محل القرار الإداري الصادر بفصل الموظف هو قطع العلاقة بينه وبين الإدارة، ومحل القرار الإداري الصادر بمنع السير في شوارع معينة هو التزام يقع على أصحاب الشأن بعدم السير⁽³⁹⁾، ويعتبر محل القرار الإداري جوهره ومادته وهذا ما يميز القرار الإداري كعمل قانوني عن العمل المادي الذي يكون محله متمثلاً بنتيجة من الواقع، ونظراً

38 - ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 78.

39 - حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006، ص 506.

لأهمية محل القرار فغالباً ما يسمى القرار بمحله فيقال قرار تعيين، أو قرار منح رخصة لمزاولة مهنة معينة⁽⁴⁰⁾، ووفقاً للمحكمة الإدارية العليا المصرية فإن محل القرار هو "المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه والأثر القانوني الذي يترتب عليه مباشرة وفي الحال وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية جديدة، أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه"⁽⁴¹⁾، وعلى الرغم من أن عيب المحل في القرار الإداري يستوعب جميع العيوب التي تصيب القرارات الإدارية وتجعلها باطلة لأن مخالفة الاختصاص المحدد بالقانون أو الخروج عن الأشكال المقررة أو إساءة استعمال السلطة والانحراف بها عن هدفها تعتبر في جميع الأحوال مخالفة للقانون بالمعنى الواسع غير أن فقه القانون العام والقضاء الإداري درجا على قصر دراسة عيب المحل على مخالفة القانون مع دراسة كل عيب بشكل مستقل⁽⁴²⁾.

ونخلص مما تقدم إلى أن محل القرار الإداري يكمن في موضوعه، أو الأثر القانوني الناشئ عنه والمتمثل بإنشاء حالة قانونية جديدة، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغائه.

40 - قهار حسن شريف، الرقابة القضائية على ركن المحل في القرار الإداري، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان العراق، وهو جزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من أصناف الإِدعاء العام، 2017، ص4 وما بعدها.

41 - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 4358 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/3 مشار إليه عند رزايقية عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، كلية الحقوق، الجزائر، 2013، ص 136.

42 - أحمد هنية، عيوب القرار الإداري (حالات تجاوز السلطة) مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص53.

المطلب الثاني: شروط صحة ركن المحل في القرار الإداري

يشترط لصحة ركن المحل في القرار الإداري أن يكون تنفيذه ممكناً من جهة، وأن يكون جائزاً قانوناً من جهة أخرى، والقرار الذي لا يحتوي هذين الشرطين يكون معيباً في محله⁽⁴³⁾.

أولاً: أن يكون محل القرار الإداري ممكناً:

يكون محل القرار الإداري ممكناً إذا كانت هناك إمكانية لتنفيذه من الناحيتين الواقعية والقانونية ومن الأمثلة على القرارات الإدارية التي يستحيل تنفيذها من الناحية الواقعية القرار الإداري الصادر بإزالة منزل آيل للسقوط ثم يتضح أن هذا المنزل قد سقط بالفعل ففي هذه الحالة يستحيل تنفيذ محل القرار وهو الهدم حيث يصبح منعدماً⁽⁴⁴⁾، ومن الأمثلة على القرارات الإدارية التي يستحيل تنفيذها من الناحية القانونية القرار الإداري الصادر بترقية موظف على درجة مالية غير مدرجة في الميزانية⁽⁴⁵⁾، وأن القرارات الإدارية التي يستحيل ترتيب أثارها من الناحيتين القانونية والواقعية تعد بمثابة أعمال إدارية تنحدر إلى درجة الانعدام كما تسري عليها أحكام القضاء في أي وقت مع جواز الطعن بها أمام القضاء دون تحديد مدة زمنية معينة إضافة إلى عدم جواز تنفيذها جبراً بالقوة حيث أنها لا تعتبر في حكم

43 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، الأسباب والشروط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 163.

44 - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في الإجراءات المدنية والإدارية دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط1، دار الجسور للنشر، الجزائر ص 196 وما بعدها.

45 - قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص 8.

القانون قرارات إدارية وإنما تأخذ حكم عدم الذي لا يرتب أثر على حقوق الأفراد ولا يؤثر في مراكزهم القانونية⁽⁴⁶⁾، وإن استحالة تحقيق محل القرار قد تكون سابقة على صدور القرار وقد تكون لاحقة عليه، ففي الحالة الأولى تؤثر في صحة القرار وتعدمه حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1958/11/23 إلى القول " متى كانت مدة خدمة المطعون عليه قد انتهت بالقرار الصادر من مجلس الوزراء في 7 يناير 1954 بالموافقة على اعتزاله من الخدمة فإن القرار الصادر بترقيته بعد ذلك في 19 يناير سنة 1954 يكون معدوماً إذا لم يصادف محلاً يقبله ويقع عليه حيث لم يعد المدعى عليه موظفاً قابلاً للترقية" أما في الحالة الثانية فلا تؤثر على صحة القرار من الناحية القانونية وإنما يقتصر أثرها على تنفيذه من الناحية العملية حيث يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً⁽⁴⁷⁾.

ثانياً: أن يكون المحل في القرار الإداري مشروعاً وجائزاً:

ويقصد بمشروعية محل القرار الإداري عدم تعارضه مع القواعد القانونية السارية، أو أي مبدأ من المبادئ القانونية كمبدأ احترام الحريات العامة، أو مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة لأن ذلك يعني أن محل القرار يستحيل تحقيقه قانوناً وبالتالي يصبح القرار الإداري المعيب بعيب المحل جديراً بالإلغاء⁽⁴⁸⁾، وقد يحصل أن يكون محل القرار الإداري ممكناً ولكنه غير مشروع

46 - رزايقية عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 137.

47 - قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص 7.

48 - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 534.

ومخالف لقاعدة قانونية معينة وسواء أكانت المخالفة تتعلق بقاعدة قانونية مستمدة من القانون أياً كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً صادراً من السلطة التشريعية أم قراراً تنظيمياً صادراً من السلطة التنفيذية⁽⁴⁹⁾، أو مستمدة من المبادئ القانونية العامة التي يستخلصها القاضي من روح التشريع العام وتكون لها مرتبة وقوة التشريع العادي⁽⁵⁰⁾، كمبدأ المساواة حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى القول " إن الإخلال بمبدأ المساواة بين المتماثلين في الأوضاع والتفاوت في الضوابط والمعايير في صدد الوقائع الواحدة يعد نأياً عن الوزن بالقسط المستقيم الذي هو عنوان العدالة ومثلها الأعلى وهو أمر غير مقبول في القانون أو المنطق التشريعي"⁽⁵¹⁾، أو من العرف الإداري الذي يفرض على الإدارة أن تسير على نحو معين في مواجهة حالة معينة بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها بمثابة القانون المكتوب⁽⁵²⁾، أو من الأحكام القضائية، أو القرارات الإدارية السابقة التي يترتب عليها مراكز قانونية ذاتية أو حقوق مكتسبة لا تملك الإدارة المساس بها بقرارات لاحقة⁽⁵³⁾، فإن عدم مشروعية المحل لا تعني انعدام القرار الإداري وإنما تؤدي إلى قابلية الإبطال فبإمكان صاحب المصلحة الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري على أن يتم ذلك في المواعيد المقررة قانوناً وإلا تحصن

49 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1958/7/12، مجموعة أحكام السنة الثانية، ص 166.
50 - منى بشير أحمد محمد، عيوب القرار الإداري في القانون السوداني، بحث تكميلي مقدم إلى كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم لنيل درجة الماجستير في القانون، مايو 2010، ص 83 وما بعدها.
51 - مجموعة المبادئ القانونية السورية لعام 1990 حكم في القضية رقم 813 في الطعن رقم 2196.
52 - حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1953/6/23، السنة السابعة، ص 1781، مشار إليه عند منى بشير أحمد محمد، المرجع السابق، ص 84.
53 - منى بشير أحمد محمد، نفس المرجع السابق، ذات الصفحة.

واعتبر مشروعاً⁽⁵⁴⁾. وينبغي لمحل القرار الإداري لكي يكون مشروعاً أيضاً أن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة مع ملاحظة أن الأمر يختلف في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية إذ تحل مشروعية استثنائية محل المشروعية العادية فيتربط على توأمة ظرف استثنائي تطبيق مبادئ المشروعية غير العادية التي بموجبها تصبح القرارات غير المشروعة في ظل الظروف العادية مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية ويحكم القاضي الإداري بعدم إلغائها وعلى هذا استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 3 نوفمبر 1923 حيث أقر المجلس بمشروعية القرارات الإدارية القضائية بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية إذا ما كان تنفيذها يؤدي إلى الإخلال بالأمن والنظام⁽⁵⁵⁾.

نستنتج مما تقدم أنه يشترط لصحة ركن المحل في القرار الإداري أن يكون ممكناً من الناحيتين الواقعية، والقانونية، وإلا كان معدوماً، وأن يكون مشروعاً ومنسجماً مع القواعد القانونية المتمثلة بالدستور والقانون والأنظمة الإدارية والمبادئ العامة للقانون والأحكام القضائية والأعراف الإدارية، والقرارات الإدارية السابقة، والنظام العام والآداب العامة. غير أن عدم مشروعية المحل لا تجعل القرار معدوماً، بل قابلاً للإبطال من قبل محكمة القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء.

54 - سعيداني ياسين، ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص28.

55 - فهد الدغير رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص: 287.

المبحث الثاني: مظاهر عيب ركن المحل في القرار الإداري

وفقاً للمادة الثامنة من قانون مجلس الدولة السوري رقم 55 لسنة 1959 فإن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في القرارات الإدارية ويكون لها ولاية القضاء كاملة على أن يكون مرجع الطعن مخالفة القوانين أو اللوائح، أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها⁽⁵⁶⁾.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة مباشرة. أما في المطلب الثاني فنبحث في مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة غير مباشرة.

المطلب الأول: مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة مباشرة

يكون القرار الإداري مشوباً بعيب المخالفة المباشرة للقانون عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية تجاهلاً كلياً أو جزئياً، وذلك بقيامها بعمل من الأعمال المحرمة بموجب هذه القاعدة، أو الامتناع عن القيام بعمل يلزمه⁽⁵⁷⁾، وعليه فإن المخالفة المباشرة للقانون قد تكون بعمل إيجابي أو سلبي.

1. المخالفة الإيجابية للقانون: وتكون بقيام الإدارة بإصدار قرار إداري يتضمن مخالفة لقاعدة قانونية مستقرة وثابتة كقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية، وتطبيقاً لما تقدم ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر إلى إلغاء قرار

56 - ويقابل هذه المادة، نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

57 - رزائية عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 138 وما بعدها.

إداري استناداً إلى المبادئ المعمول بها والتي تقضي بأن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق في حقهم بأثر رجعي وإنما تطبق ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالعقوبات ومن ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافاً لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون⁽⁵⁸⁾. كما يمكن للمخالفة الإيجابية للقانون أن تكون بخروج الإدارة على مبدأ تدرج القواعد القانونية والذي يوجب احترام القرار الإداري للقاعدة القانونية الأعلى منه⁽⁵⁹⁾، ومن الأمثلة على ذلك قيام الإدارة بإصدار قرار تسليم أحد اللاجئين السياسيين بالمخالفة للنص الدستوري الذي يحظر ذلك⁽⁶⁰⁾.

2. المخالفة السلبية للقانون: وتكون في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو رفض تنفيذ ما تفرضه عليها من التزامات ويتحقق ذلك عندما تكون ملزمة بإصدار قرار معين ، أو إجراء تصرف محدد فإذا اتخذت موقفاً سلبياً إزاء هذا الالتزام فإنها تكون قد ارتكبت مخالفة للقانون تجعل قرارها معيباً وقابلاً للإلغاء⁽⁶¹⁾. حيث نصت المادة الثامنة من قانون مجلس الدولة السوري على أنه يعتبر في حكم القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح⁽⁶²⁾.

58 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1982/6/26، عن الغرفة الإدارية رقم 165، ملف رقم 28223، مشار إليه عند أحمد هنية، المرجع السابق، ص 54.

59 - رزايقية عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 139.

60 - قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص 19.

61 - قهار حسن شريف، نفس المرجع السابق، ص 18.

62 - أنظر المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري النافذ.

ومن الأمثلة على ذلك رفض الإدارة منح ترخيص لأحد الأفراد رغم استيفائه جميع الشروط القانونية اللازمة لذلك⁽⁶³⁾. وتطبيقاً لما تقدم ذهبت محكمة القضاء الإداري السورية إلى إلغاء قرار الإدارة رفض إعطاء المستدعي الرخصة النهائية للبناء في القطع العقارية التي آلت إليه نتيجة الإفراز والتقسيم وذلك بعد أن منحته الإدارة رخصة مبدئية لحفر الأساسات فيه⁽⁶⁴⁾.

نخلص مما تقدم إلى أن مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة مباشرة قد تكون إيجابية وقد تكون سلبية، وتحقق المخالفة الإيجابية عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية تجاهلاً كلياً أو جزئياً، وذلك بقيامها بعمل من الأعمال المحرمة بموجب هذه القاعدة، أما المخالفة السلبية فتتحقق بامتناع الإدارة عن القيام بما هو واجب عليها.

المطلب الثاني: مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة غير مباشرة

تتجسد المخالفة غير المباشرة للقانون بالخطأ في تفسير القاعدة القانونية، والخطأ في تطبيق حكم القاعدة القانونية على الواقعة.

63 - رزائية عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 140.

64 - حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم 171 في القضية رقم 119 لعام 1974، المجموعة لعام 1974 ص

136.

أولاً - الخطأ في تفسير القاعدة القانونية: ويتجلى في صورتين:

1. الخطأ غير المقصود في التفسير: ويكون نتيجة للغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية وعدم وضوحها وتأويلها وتفسيرها بطريقة خاطئة ينتج عنه إعطاءها معنى غير المعنى الذي أراده المشرع ويعتبر الخطأ في هذه الحالة غير عمدي ووقع بحسن نية⁽⁶⁵⁾، ومن الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/6/29 وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً يجيز لأطباء الأسنان غير الحاصلين على دبلوم من المعاهد الفرنسية والمقيمين في الألباس واللورين قبل سنة 1918 مباشرة المهنة في أي مكان من فرنسا شريطة أن يكونوا متجنسين بالجنسية الفرنسية فأراد أحد أطباء الأسنان الذي يحمل الجنسية الفرنسية بالميلاد أن يستفيد من تطبيق هذا القانون لتوافر شروطه بالنسبة له إلا أن الإدارة رفضت طلبه على أساس أن القانون ينطبق فقط على المتجنس بالجنسية الفرنسية دون الفرنسيين الأصليين فقام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار معتبراً أن الإدارة فسرت القرار تفسيراً خاطئاً إذ من غير المعقول أن يكون المشرع قصد تفضيل الأجنبي المتجنس بالجنسية الفرنسية على الفرنسي الأصلي⁽⁶⁶⁾.

2. الخطأ المقصود في التفسير: يكون الخطأ في التفسير مقصوداً حينما تكون القاعدة التي خالفها القرار واضحة لا تحتمل الخطأ في التفسير ولكن الإدارة تتعمد

⁶⁵ - منى بشير أحمد محمد، المرجع السابق، ص 87.

⁶⁶ - حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/6/29 مشار إليه عند قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص 22.

التفسير الخاطئ للتحايل على القانون ومن الأمثلة على الخطأ المقصود في التفسير قيام الإدارة بإصدار قرار بأثر رجعي معلنة أنه قرار تفسيري لقرار آخر سبق صدوره وهذا تحايل واضح من جانبها على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية⁽⁶⁷⁾، كما أنه يتعين على الإدارة الالتزام بالمبادئ العامة لتفسير النصوص التشريعية ومنها قاعدة التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق مع حمل ألفاظ النص على ما يقتضي به الاصطلاح القانوني وأن تبحث عن أغراض التشريع في نصوصه أولاً قبل التماسها في الأعمال التحضيرية ويترتب على مخالفة ذلك أن أي قرار تصدره الإدارة استناداً إلى التفسير الخاطئ يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون⁽⁶⁸⁾، ولمواجهة الخطأ المقصود في التفسير من قبل الإدارة ذهب مجلس الدولة المصري إلى وضع قاعدة عامة مفادها " أنه لا وجه للتفسير إلا حيث يكون ثمة غموض موجود في القانون"⁽⁶⁹⁾.

ثانياً - الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة:

إن تطبيق القانون مرهون بتحقق حالة واقعية معينة وأن تتوافر في هذه الحالة الواقعية الشروط التي يتطلبها المشرع فإذا قامت الإدارة بإصدار قراراتها دون تحقق الحالة الواقعية المعنية، أو لم تتوافر فيها الشروط المعنية فإن هذه القرارات يشوبها عيب مخالفة القانون⁽⁷⁰⁾.

67 - أحمد هنية، المرجع السابق، ص 55.

68 - قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص 21.

69 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 117 لسنة 1 بتاريخ 1947/10/21 المجموعة الثانية ص 17 مشار إليه عند منى بشير أحمد محمد، المرجع السابق، ص 88.

70 - قهار حسن شريف، المرجع السابق، ص: 23.

واستناداً لما تقدم فإن الخطأ في تطبيق القانون على الواقعة يكون في الحالتين
التاليتين:

1. عدم تحقق الواقعة التي استند إليها القرار الإداري:

يتجلى الخطأ في هذه الصورة بصدور القرار على غير أساس من الواقع المادي وتنتصب رقابة القضاء الإداري في هذه الصورة على حدوث الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار الإداري فإذا اتضح له أنه لم يستند إلى وقائع مادية معينة فإنه يكون مخالفاً للقانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه⁽⁷¹⁾، ومن الأمثلة على ذلك أن تكون الوقائع المنسوبة للموظف ذات وجود مادي لكنها لا تشكل خطأ تأديبياً ولا تدخل ضمن فئة الأخطاء التأديبية، فإذا تأكد القاضي الإداري من أن الموظف لم يرتكب فعلاً الخطأ المني المنسوب إليه فإنه يلغي قرار الفصل لعدم مشروعية السبب نظراً لانعدام الواقعة القانونية التي تسمح للإدارة اتخاذ قرار الفصل⁽⁷²⁾، كما يتعين على المحكمة مراقبة صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها القرار وثبوت وجودها وقت صدور القرار لأن العبرة في تقدير مشروعية القرارات الإدارية هي بوقت صدورها⁽⁷³⁾، وتطبيقاً لما تقدم ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها إلى القول " أن واقعة الزواج العرفي لا تتضمن إخلالاً بواجبات الوظيفة ومقتضياتها وبالتالي لا تعتبر ذنباً يستوجب العقاب.

71 - أحمد هنية، المرجع السابق، ص: 55.

72 - رزائية عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 150.

73 - محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، تنظيم رقابة القضاء الإداري، الدعاوى الإدارية، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة 1990، ص 267.

واستندت المحكمة إلى أن كل ما يرتبه القانون على الزواج غير الثابت بوثيقة رسمية هو عدم سماع دعوى الزوجة عند الإنكار ولا يستفاد من ذلك حظر الزواج العرفي أو اعتباره غير قائماً شرعاً وليس في ما أقدم عليه المدعي مخالفة للقوانين واللوائح ولا مخالفة لأحكام الشرع أو النظام العام، كما لا يعتبر ذلك إخلالاً من المدعي بواجبات وظيفته أو سلوكه الوظيفي حتى يصدق على تصرفه ما ورد في القرار التأديبي في وصف هذه الواقعة ذلك أن المدعي لم يكن يباشر عند زواجه عمله الرسمي وإنما كان مثله مثل أي فرد عادي لا حرج عليه في أن يتزوج زوجاً عرفياً دون أن يوثقه⁽⁷⁴⁾.

2. أن لا يتوافر في الواقعة الشروط القانونية المبررة لإصدار القرار الإداري:

لا يكفي أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قراراتها سليمة في ذاتها، وإنما يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار⁽⁷⁵⁾، ولكي يكون القرار الإداري مشروعاً ومنتجاً لآثاره القانونية يجب أن لا يغلط مصدر القرار في الوصف القانوني للوقائع التي أخذها بعين الاعتبار أي أن طبيعة تلك الوقائع يجب أن تبرر قانونياً القرار الإداري⁽⁷⁶⁾، وتطبيقاً لما تقدم ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول "ومن حيث أن القرار الإداري يجب أن يقوم على سبب يبرره في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان انعقاده باعتباره تصرفاً قانونياً إذ لا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب ولما كان القرار المطعون فيه لا

74 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1975/6/5، السنة الثانية، ص 315، مشار إليه عند منى

بشير أحمد محمد، المرجع السابق، ص 89.

75 - أحمد هنية، المرجع السابق، ص 55.

76 - رزايقة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 151.

يقوم على سبب يبرره فإنه يكون قد صدر مخالفاً للقانون ويتعين إلغاؤه⁽⁷⁷⁾. وإن ملائمة القرار الإداري للوقائع تفيد في معرفة مدى التناسب بين الوقائع والقرار الإداري حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 4555 لسنة 44 ق جلسة 1999/5/2 إلى اعتبار أن العلو في تقدير الجزاء بمثابة إساءة استعمال الإدارة لسلطتها مما يصيب قرارها التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء وهذا ما ذهبت إليه في إلغاء قرار مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر فيما تضمنه من توقيع عقوبة اللوم مع تأخير العلاوة لمدة عامين على أعضاء هيئة التدريس حيث استبدلت هذه العقوبة بعقوبة التنبيه بعدما استبان أن تلك العقوبة هي المناسبة لما ارتكبه المحال لمجلس التأديب من مخالفات⁽⁷⁸⁾.

نستنتج مما تقدم أن مخالفة القرار الإداري للقانون بصورة غير مباشرة تكون بصورتين الصورة الأولى وتتمثل في الخطأ في تفسير القاعدة القانونية وهذا الخطأ قد يكون مقصوداً وقد يكون غير مقصوداً، والصورة الثانية وتتمثل في الخطأ في تطبيق حكم القاعدة القانونية على الواقعة، وذلك من خلال عدم تحقق الواقعة التي استند إليها القرار الإداري، وأن لا يتوافر في الواقعة الشروط القانونية المبررة لإصدار القرار الإداري.

77 - قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 18 ديسمبر 1971 مشار إليه عند راغب ماجد الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص434.
78 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص266 وما بعدها.

الخاتمة:

أولاً. النتائج:

يقصد بمحل القرار الإداري موضوعه، أو الأثر القانوني الناشئ عنه والمتمثل بإنشاء حالة قانونية جديدة، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغائه. ويشترط لصحة ركن المحل في القرار الإداري أن يكون ممكناً من الناحيتين الواقعية، والقانونية، وإلا كان معدوماً، وأن يكون مشروعاً ومنسجماً مع القواعد القانونية تحت طائلة إبطاله من قبل محكمة القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء.

إن مخالفة القرار الإداري للقانون قد تكون بصورة مباشرة، أو بصورة غير مباشرة، وتتحقق المخالفة المباشرة للقانون بإتيان الإدارة بفعل إيجابي يتمثل بقيامها بعمل من الأعمال المحرمة بموجب قاعدة قانونية. أو بفعل سلبي يتمثل بامتناع الإدارة عن القيام بما هو واجب عليها. أما المخالفة غير المباشرة للقانون فتتحقق بصورتين الصورة الأولى وتتمثل في الخطأ في تفسير القاعدة القانونية وهذا الخطأ قد يكون مقصوداً وقد يكون غير مقصوداً، والصورة الثانية وتتمثل في الخطأ في تطبيق حكم القاعدة القانونية على الواقعة، وذلك من خلال عدم تحقق الواقعة التي استند إليها القرار الإداري، وأن لا يتوافر في الواقعة الشروط القانونية المبررة لإصدار القرار الإداري.

ثانياً. التوصيات:

1. توصي الدراسة بالتركيز على دراسة ركن المحل بصفة مستقلة عن باقي أركان القرار الإداري باعتباره ينصب على مخالفة القانون.
2. توصي الدراسة بتزويد صانع القرار الإداري بالخبرة القانونية اللازمة عبر الدورات التدريبية والتأهيل والتثقيف القانوني للتخفيف من صدور القرارات الإدارية المخالفة للقانون لما له من أثر سلبي على الأفراد والهيئات الإدارية.



الدكتور إبراهيم والعيز
حاصل على الدكتوراه في الفقه
الإسلامي

ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي

ملخص البحث:

يقدم هذا البحث دراسة مختصرة لموضوع: ما جرى به العمل في الفقه المالكي، بغرض الوقوف على أهم آثاره في النهوض بالقضاء في هذا المذهب الفقهي الذي يعتبر واحدا من أهم المذاهب الفقهية السنية المتبعة في العالم الإسلامي. وقد أظهر البحث أن ما جرى به العمل يتجلى أثره في القضاء في المذهب المالكي من خلال ثلاثة جوانب، وهي:

- تخليص القاضي المالكي من وهدة الجمود على تركة المذهب، والتعصب للمشهور المسطور فيه، رغم بعد ملائمته لحاجات الوقت وظروف العصر.

- إمداد القاضي بآلة الاجتهاد المآلي من خلال الموازنة بين المصالح والمفاسد وتقديم درء المفسدة على جلب المصلحة.

- تطوير المذهب الفقهي الذي يدين به القاضي نفسه، عن طريق تأصيل فقهي عملي يعتد بتغيرات الواقع، ويراعي أعراف الناس، ويلتفت إلى مآلات الأمور.

مقدمة.

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

وبعد؛ يروم هذا البحث دراسة موضوع آثار ما جرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي، باعتبار أن ما جرى به العمل يعد أحد أهم الموضوعات التي نالت من الفقهاء المالكية في الغرب الإسلامي قسطا كبيرا وحظا وافرا من العناية والاهتمام، فعملوا على إمعان النظر فيها، وبذلوا جهودا جلى في جمعها وتدوينها حتى يسهل تناولها والاستفادة منها والرجوع إليها من طرف الفقهاء والقضاة لتكون مرجعا وعونا لهم في استنباط الأحكام وتنزيلها على ما يعرض عليهم من نوازل وقضايا⁷⁹.

وتتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع في ما يلي:

1- تعرف مفهوم ما جرى به العمل، وأقسامه، وأسباب ظهوره، وشروط

إثباته.

79- تبصير الأكياس بالتقعيد الفقهي لمسائل جرى بها عمل فاس، للأستاذ إبراهيم والعيز. ط/ 1. 1438هـ/ 2017م. أنفو-برانت-فاس. ص/ 5.

2- إبراز أثر ما جرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.

ويتكون البحث من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وبيان ذلك على الوجه الآتي: المبحث الأول: تحديد مفاهيم ومصطلحات البحث، وهي: ما جرى به العمل، والقضاء، والمذهب المالكي. المبحث الثاني: ما جرى به العمل؛ أقسامه، وأسباب ظهوره، وشروط إثباته. المبحث الثالث: أثر ما جرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.

المبحث الأول: تحديد مفاهيم ومصطلحات البحث.

وقبل توضيح وبيان بعض آثار ما جرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي، يفرض علينا المنهج أن نقوم بتحديد دلالة مصطلحات البحث، وهي: ما جرى به العمل، والقضاء، والمذهب المالكي، وذلك كما يلي:

1- ما جرى به العمل؛ لقد تعددت تعريفات مالكية الغرب الإسلامي لما جرى به العمل، فعرفوه بتعاريف متقاربة المبني والمعنى، ويستفاد منها جميعا أن ما جرى به العمل هو: "العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل رعيًا لمصلحة مجتلية، أو مفسدة مدفوعة، أو عرف جار، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به"⁸⁰.

80- انظر؛ * نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1417 هـ / 1997م. ص/ 102.
* تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني. طبعة وزارة الأوقاف المغربية. 1422 هـ / 2001م. ج/ 1. ص/ 43.
* مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للأستاذ علّال الفاسي. مكتبة الوحدة العربية. الدار البيضاء، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع. ص/ 153.

ويفهم من هذا أن إجراء العمل بناء على القول الضعيف أو الشاذ إذا تعلق به مصلحة شرعية معتبرة أمر اجتهادي لا يقوم به إلا من كان أهلاً للاجتهاد، وتوفرت فيه شروطه؛ من العلم بأصول الفقه، والإحاطة بمقاصد الشريعة، والفهم الشامل لواقع الأمة، و"ما تقتضيه حالتهما الاجتماعية"⁸¹، مع أخذ المآل بعين الاعتبار حين قصد تنزيل الحكم أو الفتوى على النازلة؛ ذلك فإن فتح الذرائع من أجل تحصيل المصالح والاستزادة منها، يتطلب الموازنة بين المصالح والمفاسد حين تزامنها، كما يتطلب ترجيح بعضها على الآخر بناء على قواعد وآليات أصلها علماء الأصول، واستحضار هذه الآليات والقواعد حين إجراء العمل هو عين الاجتهاد. قال محمد بن الحسن الحجوي: "وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة، أو ذريعة إلها ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجيات، وما هو في رتبة التحسينات.... وعلى كل حال لا يقدر على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلاً، فالباب دونه مسدود"⁸².

ويفهم من تعريف ما جرى به العمل أيضاً، أن العمل أياً كان داعيه فهو مبني على مذهب الإمام مالك، فإذا كان ملتفتاً فيه إلى جلب المصالح فهو على أصله في

81- مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، للدكتور عمر الجيدي. ط/ 1. 1993م. دون ذكر مكان الطبع. ص/ 181.
82- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للعلامة محمد بن الحسن الحجوي. بعناية؛ هيثم خليفة طعيمي. ط/ 1. 1427هـ/ 2006م. المكتبة العصرية-لبنان. ج/ 2. ص/ 709-710.

الاستصلاح، وإذا كان منظورا فيه إلى درء المفسدة فهو على أصله في سد الذرائع، وإذا كان مستنده العرف فهو على أصله في مراعاة العوائد والأخذ بالأعراف، وهذا ما قصده العلامة عبد الله بن بيه بقوله: "العمل لا بد له من قول يعتمد عليه، فهو ترجيح من الخلاف، وليس إنشاء لرأي جديد مستقل"⁸³.

2- القضاء؛ جاء في تبصرة الحكام: "حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"⁸⁴، والقاضي "هو النائب عن الإمام في تنفيذ الأحكام"⁸⁵، ويكون القضاء بهذا المعنى جزءا من أجزاء الإمامة الكبرى إلى جانب الفتيا، ولذلك اشترط الفقهاء في الإمام من الشروط ما لم يشترطوه في القضاة والمفتين⁸⁶، لأن القاضي مثله مثل سائر العمال الذين ولاهم الإمام لينوبوا عنه في بعض الكلف والأشغال التي عليه أن يقوم بها للمسلمين، وله الحق في عزلهم متى شاء، كما هو الشأن فيمن استناب غيره ووكله على أمر بدا له فله عزله⁸⁷.

3- المذهب المالكي؛ هو "عبارة عما ذهب إليه الإمام مالك من الأحكام الاجتهادية، مراعيًا في ذلك أصولا معلومة، وأخرى مخصصة"⁸⁸. قال العلامة الفاضل بن عاشور: "فكان ظهور مالك بن أنس رضي الله عنه، لم يحدث أمرا جديدا

83- صناعة الفتوى وفقه الأقليات، للشيخ عبد الله بن بيه. ط/ 1. 2007م. دار المنهاج-بيروت. ص/ 120.
84- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون. تحقيق؛ الشيخ جمال مرعشلي. طبعة؛ 1423هـ/ 2003م. دار عالم الكتب-الرياض. ج/ 1. ص/ 9.
85- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي. طبعة؛ 1412هـ/ 1991م. دار الفكر-بيروت. ج/ 1. ص/ 34.
86- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين القرافي. تحقيق؛ أحمد فريد المزيدي. ط/ 1. 1425هـ/ 2004م. دار الكتب العلمية-بيروت. ص/ 14.
87- شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة. تحقيق؛ عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ط/ 1. 1420هـ/ 2000م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 1. ص/ 18.
88- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، للدكتور محمد رياض. ط/ 1. 1416هـ/ 1996م. مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء. ص/ 99.

في هذا الفقه الذي استمر متسلسلا من عصر فقهاء الصحابة إلى فقهاء التابعين حتى تلقاه مالك بن أنس لم يحدث فيه شيئا جديدا، إلا أنه درج على الطريقة أو المنهج الفقهي الذي وجد الناس متعاقدين عليه من قبله، ثم إنه زاد على ذلك أن استقرأ من الأمر الواقعي العملي بتتبع فروع الفتاوى وجزئيات الأحكام الشرعية التفصيلية التي اجتهد فيها هو واجتهد فيها من قبله من فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين، فاستخرج من استقراءها أصولا تتعلق بالطرائق الاستدلالية الاستنتاجية التي ينبغي .. فيما يرى هو وفيما يدرك من سيرة الفقهاء الذين اقتدى بهم وتكون بتخرجه بهم من قبل .. أن يكون السير عليها في استنباط الأحكام الفرعية التفصيلية من أصولها الإجمالية، فكان ظهور الأصول لتلك البيئة الفقهية المدنية على يد مالك بن أنس، ولذلك اشتهر هذا المذهب بالإضافة إلى اسمه، ف قيل: المذهب المالكي⁸⁹.

المبحث الثاني: أقسام ما جرى به العمل، وأسباب ظهوره، وشروط إثباته.

1- أقسام ما جرى به العمل.

ينقسم ما جرى به العمل إلى قسمين اثنين هما:

- أ- العمل المطلق؛ وهو العمل الذي لا يختص ببلدة واحدة، لأنه في الغالب لا يرتبط بالعرف الخاص بل يكون أساسه؛ إما العرف العام، أو تبدل المصالح والعلل، أو فساد الزمان، أو تطور الأوضاع.

89- المحاضرات المغربية، للشيخ الفاضل بن عاشور. دون الطبعة والتاريخ. الدار التونسية للنشر-تونس. ص/ 73.

ومن العمل المطلق؛ العمل الأندلسي، والعمل الإفريقي، والعمل المغربي....، وقد ألف الشيخ السجلماسي⁹⁰ كتابا يعرف بالعمل المطلق⁹¹، قصد به جمع الأحكام التي وصفت بالمعمول بها، أو إنه قد عمل بها دون مراعاة شروط العمل الخاص، ويدخل في دائرة العمل المطلق؛ تلك الأحكام الواردة في مختصر الشيخ خليل⁹²، وتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي.

ب- العمل المقيد وهو العمل الخاص؛ وهو الذي يجري في بلد معين، وتراعى فيه البيئة المكانية، فلا يطبق إلا في البلدة التي جرى فيها ذلك العرف الذي استندت إليه الأحكام الجاري فيها العمل، وبهذا يكون العمل المقيد لا يتعدى بلده إلى بلدان أخرى، وذلك مثل؛ العمل القرطبي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي، والعمل المراكشي، والعمل التطواني...

ولما كان هذا النوع من العمل خاصا غير متعدد، فقد نص العلامة الزقاق⁹³ في لاميته على ذكر البلدة فاس حينما استعرض المسائل التي جرى بها العمل في فاس، فقال:

وفي البلدة الغراء فاس وربنا*** يقي أهلها من كل داء تفضلا

90- هو أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي ثم الرباطي، صاحب شرح العمل الفاسي الذي انكب القضاة والمفتون عليه، كان فقيها محررا نقادا، وكتبه تدل على واسع اطلاعه، توفي بأبي الجعد بالوفاة يوم السبت 11 شوال من سنة؛ 1214هـ. الفكر السامي. ج/ 2. ص/ 625.

91- نظرية الأخذ بما جرى به العمل. ص/ 114.

92- الفكر السامي. ج/ 2. ص/ 710.

93- هو أبو الحسن علي بن قاسم محمد التجيبي الشهير بالزقاق الفاسي، نظم المنهج المنتخب في أصول المذهب، وله اللامية الشهيرة ضمنها أحكاما فقهية في مسائل جرى بها العمل في فاس يكثر حدوثها ويحتاج القضاة لمعرفة. توفي عن سن عالية سنة؛ 912هـ. جذوة الاقتباس في ذكر من حل من الأعلام مدينة فاس، لأحمد بن القاضي المكناسي. طبعة؛ 1973م. دار المنصور للطباعة والوراقة-الرباط-المغرب. ج/ 2. ص/ 476-477.

جرى عمل باللائى تاتي كما جرى***بأندلس بالبعض منها فأصلا⁹⁴

ومن أشهر الكتب التي تضمنت العمل الخاص؛

* نظم الشيخ عبد الرحمن الفاسي "ت؛ 1096هـ" بالنسبة لفاس وأهم المدن

المغربية.

* ونوازل العلمي "ق؛ 12هـ" بالنسبة لمناطق اجباله.

* ونوازل العباسي السملالي "ت؛ 1152هـ" بالنسبة لمناطق سوس.

2- أسباب ظهور ما جرى به العمل.

إن ما جرى به العمل نشأ وترعرع على ما يبدو من المراجع التي اعتنت بالموضوع في حواضر الغرب الإسلامي، وكانت بداياته الأولى في ديار الأندلس التي ازدانت حواضرها بفقهاء كبار كان لهم من سعة الأفق ووفور العلم ما أسعفهم على النهوض بفقه القضاء ومواجهة النوازل بفكر ثاقب وقاد.

ونقرر هنا؛ أنه من غير المتاح الوقوف على التاريخ الدقيق لبدايات ظهور ما جرى به العمل في حواضر الغرب الإسلامي خاصة والمعلومات قليلة في هذا الباب، والمصادر المهمة بهذا اللون الفقهي ساكتة عن القول الفصل في هذا الموضوع، إلا أن ما يلوح في الأفق في هذا السياق من خلال بعض الدراسات المعاصرة المهمة

94- فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للشيخ ميارة الفاسي. ص/ 445.

ببحث فقه ما جرى به العمل؛ أن الأخذ به في الحاضرة الأندلسية كان جاريا في القرنين الرابع والخامس الهجريين⁹⁵.

أما في المغرب الأقصى فإن تحديد بداية الأخذ بفقه العمل صعب وعسير جدا، غير أن القرائن ناهضة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون القرن الثامن الهجري، حيث كان العمل بشهادة اللفيف⁹⁶ جاريا آنذاك، ويدل على ذلك جواب أبي الحسن الصغير⁹⁷؛ حين سئل عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، يكتفى فيه بهذا العدد أم لا بد من عدلين؟ فأجاب: "لا بد من عدلين أو ينتهي إلى حد التواتر"⁹⁸.

أما الدواعي والأسباب التي جعلت الفقهاء والقضاة في الغرب الإسلامي يأخذون بهذا اللون الفقهي الجديد، رغم علمهم بكونه مخالفا للمشهور والراجح، فيستعصي على الباحث استقراؤها بالمرّة، لكن يمكن الإشارة إلى البعض منها ولو على وجه الإجمال والاختصار، وأذكر منها:

أ- تطور الحياة وتبدل الأعراف والتقاليد وعجز النصوص الفقهية التي كانت رائجة في غيبة فقه ما جرى به العمل عن استيعاب تلك التطورات والتغيرات

95- الفكر السامي. ج/ 2. ص/ 708-711، وتحفة أكياس الناس. ج/ 1. ص/ 10-13.
96- وصورتها: "أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلا كيما اتفق من اجتماع أو افتراق إلى عدل منتصب للشهادة فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه، ثم يضع عدلان أسماءهما في أسفل الرسم الثاني". وسميت بشهادة اللفيف لاجتماع من يصلح للشهادة فيها ومن لا يصلح مع اختلاط الناس فكأنما لف بعضهم إلى بعض. فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للإمام أبي عبد الله محمد ميارة الفاسي. تحقيق؛ رشيد البكاري. ط/ 1. 1429هـ/ 2008م. المكتبة العصرية-بيروت. ص/ 283-284.

97- أبو الحسن علي بن عبد الحق الزرويلي الشهير بالصغير، ولي القضاء بتازة ثم بفاس، فأقام الحق على الكبير والصغير حتى أمراء بني مرين، له شرح على التهذيب للبرداعي. توفي سنة؛ 719 هـ. جذوة الاقتباس، لابن القاضي. ج/ 2. ص/ 472.

98- نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. ص/ 338.

وتغطيها، مما فرض إعادة النظر في الأقوال الاجتهادية، وخصوصا ما كان مدركه منها العرف والعادة على ضوء تلك التغيرات الطارئة باستمرار؛ لأن "كل ما في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"⁹⁹.

ومعنى هذا؛ أنه لا بد للفقهاء في كل زمان من أن يواجهوا الأسباب الظرفية فيوجدوا مخارج شرعية لكل ما لا يتنافى منها مع أصل الشرع، ويردوا ما لا يقبله منها ولا يسعه، ولا عيب على الفقهاء في الأخذ بما كان مهجورا إن دعت الضرورة لذلك؛ لأن ما كان صالحا في زمان أو مكان قد لا يكون كذلك عند تبدلها.

ب- فتح باب المرونة التي توافق طبيعة البيئة المحلية، وهذا السبب في الحقيقة يمكن اعتباره من الخصوصيات التي حافظت للمغرب على محليته المندمجة في عموم الشريعة الإسلامية، ولعله من هذا الجانب كان فقهاء المغرب يقدمون ما جرى به العمل على القول المشهور من آراء كبار الفقهاء، وهذا منتهى المرونة التي أعطت لتطبيق الشريعة الإسلامية في المجتمع المغربي حق الانتشار والتوافق مع البيئات المحلية في بلاد المغرب على وجه العموم، بل سارعوا إلى المناداة "بتوجه اجتهادي خاص لا يتعارض مع أصول المذهب المالكي ويفتح باب المرونة التي توافق طبيعة البيئة المحلية"¹⁰⁰.

99- شريعة الإسلام؛ خلودها وصلاحتها للتطبيق، للدكتور يوسف القرضاوي. طبعة؛ 1983. المكتب الإسلامي-بيروت. ص/ 80.

100- تحفة أكياس الناس. ج/ 1. ص/ 11.

ج- تحقيق المصالح ودرء المفاسد؛ ذلك أن ما جرى به العمل لا يعني معاندة الأصول الكلية، أو هدم القواعد الشرعية، أو عدم مراعاتها في مقاصدها السامية، وإنما تزامم الوقائع والأحداث والتفاعلات الاجتماعية والتحولت الطارئة في حياة المجتمع الإسلامي الخاصة والعامة جعل المهتمين من كبار الفقهاء وخبراء الإفتاء يقدمون الضعيف على المشهور في المذهب إن وجد ما يشهد له من أدلة الشرع، جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة، وتوخيا للحفاظ على سلامة المجتمع الإسلامي، وكسبا لنسق المجتمع السليم الذي بناه القرآن الكريم والسنة المطهرة وأصله علماء الشريعة وفقهاؤها، بدءا بصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقهاء دار الهجرة بما فهم إمامنا مالك رضي الله عنه.

والفقهاء المتقدمون لما قرروا تشهير قول من الأقوال، لا شك أنهم لاحظوا أن ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد، فلما جاء الفقهاء المتأخرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يعد في بعض الأزمان وفي بعض الأمكنة يحقق ذلك الغرض¹⁰¹، فأجروا العمل بالضعيف لما فيه من تحقيق مصالح العباد. يقول الدكتور عمر الجيدي: "وأصل ابتداء العمل بالشاذ وترك المشهور الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب لبعض الروايات، وترجيحهم لبعض الأقوال عدلوا فيها

101- نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. ص/ 69.

عن المشهور، ووجب باختيارهم العمل بها لما اقتضته المصلحة، ومستندهم في ذلك قول عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور"¹⁰².

د- رفع الخلاف الناتج عن تعدد الروايات والأقوال في المذهب، لقد اقتدى فقهاء المالكية في هذا الباب بالإمام مالك رضي الله عنه، الذي كان إن تعددت الأدلة لديه وتعارضت فيما بينها لجأ إلى الترجيح بينها بعمل أهل المدينة، مقررا في ذلك قاعدة أساسية، وهي "أن الدليل الذي يصحبه عمل أهل المدينة يكون أرجح من غيره"¹⁰³. قال ابن شهاب الزهري رحمه الله¹⁰⁴: "أعيا الفقهاء وأعجزهم أن يعرفوا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ناسخه ومنسوخه وكان مالك لما قدم العمل وترك ما سواه انضبط له الناسخ من المنسوخ"¹⁰⁵.

إن تميز المالكية في الاعتماد على ما جرى به العمل في الاستنباط، هو جوهر عملية الاجتهاد التي تقوم على الترجيح بين الأدلة وفق تصور أصولي مسبق. قال العلامة مصطفى بنحمزة: "وإذا كان المجتهد قد رجح نصا على آخر، وأهمل نصا وألغى آخر، فليس في ذلك شيء مما يمكن أن يقال عنه بأنه إهمال للسنة، وإنما الأمر توفيق وعمل بترجيح الأقوى لا غير"¹⁰⁶، وقال الدكتور الجيدي: "ويعزي بعض

¹⁰² - مباحث في تاريخ المذهب المالكي بالمغرب. ص/ 181.

¹⁰³ - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. ص/ 19.

¹⁰⁴ - محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري، أبو بكر المدني أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام. قال عنه مالك: "ما له في الناس نظير"، وهو معدود من صغار التابعين، وهو كذلك من علماء الدين والسياسة معا. توفي رحمه الله سنة؛ 124 هـ. الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي. تحقيق واعتناء: أحمد الأرناؤوط، وترك مصطفى. ط/ 1. 1420 هـ/ 2000م. دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت-لبنان. ج/ 5. ص/ 17-19.

¹⁰⁵ - شخصية الفقه المالكي، فهم عميق للكتاب والسنة وحماية لعقيدة الأمة، للدكتور مصطفى بنحمزة. ط/ 1. 1425 هـ/ 2004م. مكتبة الطالب-وجدة. ص/ 61.

¹⁰⁶ - شخصية الفقه المالكي. ص/ 65.

العلماء السبب في قيام العمل إلى أن فقهاء المالكية لما سجنوا أنفسهم داخل مذهب واحد لا يتعدونه واجهتهم مشكلة تعدد الأقوال في المذهب الواحد، فحاولوا التغلب عليها باعتماد القول الراجح والمشهور، ولكن هذا الراجح والمشهور قد يعارضه مرجح آخر، كأن يكون فيه حرج ومشقة على الناس، أو يخالف أعرافهم أو ما اعتادوه، فيلجأ الفقهاء لمخالفة المشهور أو الراجح، ويستندون إلى قول آخر ضعيف فيصبح بجريان العمل به أقوى من الراجح أو المشهور، وهي حيلة بارعة لجأوا إليها للتخفيف من وطأة كثرة تضارب الآراء الفقهية في مسائل الفروع"¹⁰⁷.

3- شروط إثبات ما جرى به العمل.

لما كان الأخذ بما جرى به العمل من الأمور المختلف فيها بين علماء الشريعة، وكانت الكفة الغالبة هي كفة القائلين بضرورة الأخذ به، نظرا لحاجة الناس إليه، خصوصا لما تعقدت مشاكل الحياة، وظهرت مسائل ونوازل لم تكن معهودة من قبل، وخوفا من وقوع الانزلاق في أحكام الشريعة الإسلامية بدعوى ما جرى به العمل، فإن علماء الشريعة الأجلاء اشترطوا شروطا دقيقة لقبول الأخذ بالعمل في القضاء والإفتاء، ومن تلك الشروط¹⁰⁸:

أ- التأكد من صدور العمل عن صاحبه، وذلك سدا للأبواب على كل أفاك كذاب، أو مغرض متلاعب بشرع الله، لا سيما وأن العمل أضحي في بعض الأحيان

107- مباحث في المذهب المالكي بالمغرب. ص/ 181-182.

108- ينظر ذلك إجمالا في: تحفة أكياس الناس، وما جرى به العمل، نموذج من تراثنا القضائي، دس حسني، للدكتور عبد الكبير العلوي المدغري. رمضان 1416هـ / 1996م.

سلاحاً يضرب به في صدر الأدلة، فمتى حصل شك في ذلك قدم العمل بالراجح أو المشهور¹⁰⁹.

ب- أن يكون صادراً من الأئمة المقتدى بهم، إن العمل لما كان فرعاً عن شجرة الاجتهاد اشترط الفقهاء في إثباته؛ أن يكون صادراً عن أئمة مقتدى بهم في العلم والحال، ومن قصر عن مدارك الاختيار وافتقر إلى آلة الترجيح فباب العمل دونه مسدود، وهو عنه بمعزل، إذ لا يتاح تقديم العمل على المشهور أو الراجح إلا بموجب شرعي يرجع تقديره إلى المجتهد، ذلك أنه لما كان تقديم الضعيف أو الشاذ على الراجح أو المشهور عملية اجتهادية تقوم على تحقيق مصلحة ما، أو درء مفسدة ما، أو إعمال دليل ما، اشترط علماء المالكية أن يكون من يقوم بهذا العمل من مجتهدي الفتوى والترجيح على الأقل¹¹⁰.

ج- معرفة زمان العمل ومكانه، لأن ما ثبت جريان العمل به، ربما يكون مقصوراً على زمان ومكان معينين، لخصوصية استوجبت ذلك فيهما، لذا اشترطت معرفة السبب الذي أوجب ذلك، لأنه الأساس الذي يقوم عليه العمل، بحيث إذا انعدم السبب انعدم معه العمل لا محالة، وما يلائم الناس في زمان ومكان معين قد لا يلائمهم في غيره، يقول الدكتور قطب سائو: "فإنه من الواجب المحتوم على المفتي أن يراعي العادات والتقاليد والأعراف الصحيحة السائدة عند إرادته الإفتاء في

109- يراجع تفصيل ذلك في: رفع العتاب واللام عن قال العمل بالضعيف اختيار حرام، للشريف محمد بن قاسم القادري الفاسي. ط/ 1، دون تاريخ. ص/ 8.
110- صناعة الفتوى وفقه الأقليات. ص/ 119.

المسائل ذات الصلة والعلاقة بهذا الجانب، ولا يجوز تجاهلها، أو تغافلها، كما لا يليق به الاستخفاف بها، أو القفز عليها"¹¹¹.

د- أن يكون العمل جاريا على قواعد الشرع، إن العمل وإن كان ناكبا عن سنن الراجح أو المشهور وعليهما المعول في الحكم والفتيا، فمن الشروط المرعية في إعماله؛ الجري على قواعد الشرع، والمراد بذلك؛ القواعد الشرعية الكلية، وأصول الاستنباط¹¹²، وقد نص على ذلك جمع غفير من العلماء، منهم الشيخ ميارة¹¹³ في شرحه للامية الزقاق¹¹⁴، ومرادهم أن يكون العمل مبنيا على جلب مصلحة، أو دفع مفسدة، أو مراعاة ضرورة، ذلك أن العمل لا يقدم على المشهور عند التزاحم إلا بالالتفات إلى المدرك الذي تقوى به، وإلا كان زورا من القول وضربا من الهوى والتشبي. قال الدكتور العسري: "إلا أن الفقهاء الذين بحثوا في شروط العمل لم يوجبوا أن يكون الدليل المستند إليه في العمل دليلا معيننا خاصا، بل اكتفوا بالدليل العام، وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها"¹¹⁵.

هـ- معرفة موجب العدول عن المشهور، هل هو المصلحة الراجحة أو الضرورة الملجئة أم حسم وسائل الفساد؟، وذلك حتى إذا زال الموجب عاد الحكم إلى أصله، لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما كما قرر الأصوليون. يقول العلامة الحجوي:

111- صناعة الفتوى المعاصرة؛ قراءة هادئة في أدواتها، وآدابها، وضوابطها، وتنظيمها في ضوء الواقع المعاصر، للأستاذ قطب مصطفى ساتو. ط/ 1. 1434هـ/ 2013م. دون مكان الطبع. ص/ 129.

112- صناعة الفتوى وفقه الأقليات. ص/ 118.

113- هو أبو عبد الله محمد بن أحمد الشهير بميارة، الفاسي دارا وقرارا، ألف كتابا مفيدة كشرحيه على المرشد المعين، وشرح التحفة لابن عاصم، ولامية الزقاق، واختصار شرح الخطاب على المختصر. وتأليفه محررة سهلة مقبولة لدى الفكر العام وغيره. توفي رحمه الله سنة؛ 1072هـ. الفكر السامي، للحجوي. ج/ 2. ص/ 611.

114- المسمى فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق. ص/ 446.

115 - نظرية الأخذ بما جرى به العمل. ص/ 177.

"فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل، ويظن أنه مؤبد، بل هو مؤقت ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم بالمشهور، لأنه واجب والانتقال عنه رخصة للضرورة، فإذا زالت الضرورة ذهبت الرخصة كالتييمم لعدم الماء"¹¹⁶.

ومعرفة الموجب تراعى كذلك حتى نعرف مستند القول الذي جرى به العمل، هل يقوى إلى مرتبة إجراء العمل أم لا؟، لأن العمل إذا كان مستنده شديد الضعف لا عبرة به، وذلك مثل؛ جريان العمل بترك اللعان وحرمان الزوج منه، مع العلم أن النص القرآني صريح في اللعان والعمل به.

و- أن يتابع القضاة والمفتون المشهود لهم بالكفاءة والعلم هذا القاضي أو المفتي على الحكم الذي أجرى فيه العمل، إن الذي يجري العمل لما تعرض عليه مسألة أو نازلة، لا يخلو أمره من حالين:

* إما أن يكون من أهل الترجيح والعلم والنظر والاختيار بين الأقوال المتعارضة.

* وإما أن يكون مقلدا لا قدرة له على الترجيح ولا على الاختيار بين الأقوال المتعارضة.

وإذا كان من أهل الترجيح ومن لهم أهلية الاختيار، واختار للخروج من الإشكال الذي وقع فيه أن يعمل بالقول الضعيف ويترك القول المشهور الراجح، فإن حاله لا يخلو من أمرين:

* إما أن يرفض القضاة والمفتون متابعتهم على هذا الحكم، ويبقى حكمه فردياً لا عبرة به.

* وإما أن يختاروا متابعتهم عليه، فيتواردون على نفس الاجتهاد الذي قام به وعلى ترك المشهور والراجح والأخذ بالقول الضعيف، وهنا ينشأ الأصل المعتبر لدى متأخري المالكية في حواضر الغرب الإسلامي، ألا وهو ما جرى به العمل.

المبحث الثالث: أثر ما جرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.

إن ما جرى به العمل نظرية تتركز بإمكانات اجتهادية قميئة بالاستثمار، وقد كان لها أثر واضح في النهوض بفقهاء القضاء عموماً، وبقضاة القضاء في المذهب المالكي خصوصاً، لأن لها صلة وثقى بمدارك الاجتهاد وتطويرها، وفتح باب أعمالها، وبذلك يتضح أن الإنكار على ما جرى به العمل، بأنه لا يجوز الاحتجاج بالقول الضعيف أو الشاذ في أي حال من الأحوال غير مسلم، لأن إجراء العمل لا يكون اعتداداً بالقول نفسه، وإنما بمدارك التي اعتضد بها كالمصلحة، أو العرف، أو الحاجة، وهي كلها أصول وقواعد محكمة في مذاهب الفقهاء وفتاوى العلماء بما لا يحتاج إلى تقرير،

فضلا عن نصب برهان، ومن ثم يترقى القول الضعيف المفتى به من رتبة الرد إلى رتبة الاحتجاج، التفاتا إلى المدرك الصحيح الذي جبر الوهن وقوى الضعيف.

ولا شك أن استفادة القاضي المالكي من فقه ما جرى به العمل، مع التقيد بالضوابط الشرعية المشار إليها في هذا البحث، يعود على القضاء في المذهب المالكي -كما قال الدكتور قطب الريسوني- بعوائد الخير من ثلاثة وجوه¹¹⁷:

- 1- ارتياد القاضي المالكي لأفاق البحث والنظر، وتمرسه على طرائق الموازنة والترجيح والتغليب، وخروجه أو تخلصه من وهدة الجمود على تركة المذهب، والتعصب للمشهور المسطور فيه، رغم بعد ملائمته لحاجات الوقت وظروف العصر.
- 2- إمداد القاضي بآلة الاجتهاد المآلي؛ ذلك أن حياده عن المشهور قد يكون في بعض الأحيان التفاتا إلى خصوصية الزمان، وخصوصية المكان، باعتبارهما وعاءين مؤثرين في الحكم المراد تنزيله على الواقع، واعتدادا بثمرة هذا الحكم الذي لا بد أن يثمر مقصده عند التنزيل، بعيدا عن أسباب التعطيل والانطماس، وأكثر ما يتجلى هذا النظر المآلي الراشد في تلكم المواضع التي يجري فيها الأخذ بالعمل درءا لمفسدة راجحة.

117- ما جرى به العمل في الفقه المالكي "نظرية في الميزان"، للدكتور قطب الريسوني. مجلة العدل. العدد/ 43. رجب 1430هـ. ص/ 44، وما بعدها.

3- تطوير المذهب الفقهي الذي يدين به القاضي نفسه، عن طريق تأصيل فقهي عملي يعتد بتغيرات الواقع، ويراعي أعراف الناس، ويلتفت إلى مآلات الأمور، وهذا كله صنيع اجتهادي محمود جار على مقاصد الشريعة الإسلامية.

والحقيقة فإن القاضي المجتهد في إطار فقه العمل، الموازن بين كفتي المصالح والمفاسد، يتعاطى صنعة الاجتهاد من جهتين؛

* الأولى فهم المراد الإلهي من الوحي أحكاماً ومقاصد استهداء بأدوات الاستنباط ومناهج الاستدلال.

* والثانية، فهم مواز للفهم الأول، وهو الفقه في الواقع الإنساني المتغير المنزل عليه، وإدراك علائقه المتشابكة، وسماته المعقدة، وأبعاده الغنية.

وبالفقهاء معاً؛ فقه النص، وفقه الواقع تتمن عرى الوصل، ووشائج القربى، بين وحي السماء وواقع الأرض، فتغدو حياة الناس منفصلة بتعاليم الوحي، ومتشعبة لمقاصده، ويشق الوحي مجراه نحو الحضور الفعلي في الواقع، بقصد تكييفه وفق إلزاماته المتمحضة للخير في العاجل والأجل.

وغير خاف على ذي بصيرة أن باب الاجتهاد لما أوصد بدعوى فقدان آله وتعدر شروطه، وسد ذريعة التطاول عليه، فتح الفقهاء المالكية باباً آخر هو ما جرى به العمل، لتتأني للفقهاء مدارجة مستجدات عصره، والتدلي إلى أسباب واقعه، وكان الخيار الأنسب في معترك المتغيرات؛ تقوية الأقوال الضعيفة المهجورة بمدارك

ناهضة ليصبح لها حظ من النظر والاعتبار، ويبقى العمل مستمرا وجاريا بهذه الأقوال ما دام موجها قائما ومدرکہا ناهضا، فإن زال لعارض جديد عاد الحكم إلى الراجع أو المشهور لدوران الحكم مع علته، وارتباط المصلحة بموجہا.

خاتمة.

وبعد ختام هذا البحث الذي ناقش موضوع؛ ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي، يطيب لي أن أختمه بالنتائج التالية:

1- إن من دواعي تجديد فقه القضاء، والرقى به إلى مدارج الرشد؛ فتح باب الاجتهاد فيه على نحو يسائر المستجدات ويفقه النوازل ويعرف واقع الناس ومعاشهم، فضلا عما يترتب على ذلك في العاجل والآجل من صيانة الحقوق واستقرار حبل العدالة وحماية بيضة الدين، وما انحط قضاء إلا بانحطاط رجاله، فكان أمرها في ذهاب وإدبار، وإذا كان هذا الانحطاط يعزى إلى بواعث شتى فإن أكثرها تسلطا على النفس، وتصرفا في الفكر؛ الإغراق في التقليد والجمود على مسطور المذهب وإن قامت الحجج الناهضة على مجافاته لمقتضى الشرع وتنكبه عن جادة السنة.

2- فقهاء المالكية في الغرب الإسلامي "الأندلس والمغرب الأقصى" لهم يد صالحة وأثر حسن في تجديد وتطوير فقه القضاء والنهوض به، بالرغم مما اتسم به بعضهم من تعصب وضرب في صور الأدلة بآراء واجتهادات قد لا يكون لها سند صحيح من صريح النصوص وصحيحها، غير أن الفئة المتبصرة المنصفة منهم كانت

حريصة أشد الحرص و أقواه على أن يكون فقهما موصولا بر افد التجديد وممدودا بسبب النماء.

3- يعد فقه ما جرى به العمل من الملامح الاجتهادية التي تسترعي النظر في فقه القضاء المالكي، ومقتضاه؛ العدول عن مشهور المذهب التفاتا إلى مصلحة مجتلبة، أو مفسدة مدفوعة أو عرف جار، أو ضرورة ملجئة.

4- وبغض النظر عن بعض الانتقادات التي وجهت إلى هذا اللون الفقهي "فقه ما جرى به العمل"، فإنه يبقى مع ذلك مجهودا مشكورا في مضمار الاجتهاد والاستنباط، ومحاولة إيجاد الأحكام الشرعية المناسبة للقضايا النازلة بالناس، لأن الفقهاء برهنوا من خلاله على أنهم قادرون على مجابهة المستجدات والمشكلات الواقعة أو المتوقعة، وأعطوا حلولاً للنوازل والقضايا ولاحقوا من خلاله التطور البشري والتغير الزماني، كما دللوا في ذات الوقت على أن الفقه المالكي فقه خصب وقابل للتطور، نظرا لمرونته وقوة قابليته للاستمرار والبقاء، واستيعابه لكل ما يجد على ساحة المعاملات، فهو فقه يعتد بالواقع، ويأخذ بالعرف والعادات، ويستند إلى المصالح المرسله، وكلها قواعد أساسية في هذا الباب، جعلت هذا اللون من الفقه صفة ضرورية وحاجة لازمة للمجتمع ومادة اجتماعية تتأثر بما يتأثر به هذا الأخير.

لعب القرار الإداري دوراً هاماً في نشاط الإدارة، حيث يعتبر قوام عمل الإدارة ونشاطها، ويعرف بأنه " التصرف القانوني الذي تتخذه الإدارة المختصة بإرادتها

المنفردة والملزمة قصد إحداث أثر قانوني مبتغية في ذلك إنشاء مركز قانوني جديد،
أو تعديل، أو إلغاء مركز قانوني قائم.



الأستاذ عبد الفني مستور

باحث في قانون الأعمال خريج ماستر

قانون الأعمال - مراكش

شروط اختصاص قاضي المستعجلات في المادة الضريبية في ضوء العمل القضائي

- الجزء الأول: الاستعجال وعدم المساس بالجوهر -

مقدمة:

نظرا لخطورة المهمة الملقاة على كاهل الجهة المكلفة بتحصيل الديون الضريبية، فقد خولها المشرع المغربي سلطات واسعة من أجل ضمان تحصيل الضرائب والإيرادات اللازمة للنفقات العامة، وبالتالي فإن كل تقاعس عن الدفع من طرف الخاضع للضريبة يترتب عنه تعرض حقوق الدولة للخطر المتمثل في

تعطيل تنفيذ برامجها التنموية¹¹⁸، وعليه فإن مختلف التشريعات تعتبر الدين الضريبي واجب الأداء الفوري في مقر مصلحة القباضات وفروعها المختلفة، على اعتبار أن الدين الضريبي كدين عمومي، على خلاف الديون الخاصة، يعتبر ديناً محمولاً لا مطلوباً¹¹⁹.

غير أنه قد تقوم منازعات ضريبية بين المدينين الخاضعين للضريبة وبين الإدارة الضريبية بمناسبة قيام هذه الأخيرة بإحدى العمليات المتعاقبة التي تشارك في تحصيل الضريبة، فمن المعلوم أنه للوصول إلى استخلاص ضريبة معينة، لابد أولاً من ربطها وذلك عن طريق توفر الواقعة المنشئة لها، وتقدير وعائها وتطبيق السعر المناسب المنصوص عليه قانوناً، وصولاً إلى عملية تحصيلها سواء بالأداء الطوعي لها أو عن طريق الأداء الجبري، ذلك أنه في حالة تخلف المدينين عن أداء الضريبة المستحقة فإن الإدارة الضريبية تقوم والحالة هاته باتباع إجراءات المتابعة والتنفيذ على أموال المدينين المتخلفين عن الأداء بمقتضى طرق خاصة منصوص عليها قانوناً¹²⁰، وبالتالي فإن تنفيذ المحاسبين المكلفين بالتحصيل لمهامهم المختلفة قد يؤدي إلى خلق منازعات تكون أطرافها الإدارة من جهة والمدينين الخاضعين للضريبة من جهة ثانية.¹²¹

¹¹⁸ محمد شكيري، قانون رقم 15-97 المتعلق بتحصيل الضرائب والديون العمومية - قراءة أولية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 37، مارس - إبريل 2009، ص 21.

¹¹⁹ الصديق جعوان، إشكالية التهرب الضريبي بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط _ اكدال، السنة الجامعية 2008/2009، ص 241.

¹²⁰ هذه الطرق هي الوارد النص عليها ضمن المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية، ويتعلق الأمر بكل من الإنذار والحجز والبيع والإكراه البدني.

¹²¹ حسن العفوي، المنازعات الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 36، دجنبر 2006، ص 84-85.

وفي هذا الإطار فإن المدين الخاضع للضريبة ينتابه إحساس بضعف موقفه اتجاه الإدارة الضريبية، ليصبح في وضع المشتكي أو المتظلم أو المدعي المطالب برفع الضرر عنه، وتصحيح وضعيته الضريبية، الشيء الذي تبقى معه إشكالية البحث عن التوازن بين الحقوق المالية للدولة وحقوق الخاضعين للضريبة مطروحة سواء على مستوى مشروع القانون الضريبي، أو على مستوى القضاء بمناسبة نظره في المنازعات الناشئة بين الإدارة الضريبية والخاضع للضريبة. وقد خول المشرع المغربي في هذا الشأن للمدنيين للإدارة الضريبية بعرض نزاعاتهم أمام اللجان المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة وكذا أمام القضاء، وهو الأمر الذي يفتح المجال أمامهم من أجل اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر يقضي بالإيقاف المؤقت لإجراءات استخلاص الديون الضريبية.

ويعتبر نظام القضاء الاستعجالي بصفة عامة - والقضاء الاستعجالي الإداري بصفة خاصة - "من الأنظمة القضائية الأساسية التي وقع بها الاهتمام من طرف المشرع والقضاء والفقهاء على حد سواء، فهو موضوع من المواضيع الهامة التي اعتنت بها قوانين الإجراءات لمختلف الدول، ومرتع خصب لرجال الفقه فتدفقت فيه أقلامهم بغزارة وسخاء، وكان موضوع مساجلات حادة أمام منصات القضاء، فدارت حوله مرافعات المحامين، وتناولته أحكام القضاة بالتحليل المستفيض، فكان محط اختلاف شديد من هذا البلد إلى ذاك، فهو لا يقل أهمية من القضاء العادي إن لم يكن أكثر أهمية منه، وجاءت قواعده أكثر صعوبة وخطورة من قواعد هذا

القضاء، فضلا عن دقته، ودقته تكمن في الملكة القانونية الهائلة التي يجب أن تتوفر في القاضي الذي يسند اليه الفصل في القضايا الاستعجالية، فيمكن القول، عن صواب، إن القضاء المستعجل بمثابة الإسعافات الأولية التي تقدم للمريض والذي يوجد في حالة خطيرة جدا، قبل ممارسة الفحوص الطبية عليه أو إجراء عملية جراحية عليه".¹²²

ووعيا منه بما للقضاء الاستعجالي من أهمية في هذا الإطار، فإن المشرع المغربي وكباقي مشرعي الدول الأخرى، أفرد لهذا النظام قسما خاصا وهو القسم الرابع من قانون المسطرة المدنية بالإضافة إلى المادة 19 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية والتي تمنح هذا الاختصاص لرؤسائها لتطبيق القواعد العامة المتعلقة بقضاء الأمور المستعجلة وذلك بمقتضى الإحالة الواردة في المادة السابعة من نفس القانون، ولا ننسى كذلك المادة السادسة من القانون رقم 80-03 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية والتي تمنح هذا الاختصاص للرؤساء الأولين لهذه المحاكم.

ومادامت المنازعة الضريبية تدخل في صميم ولاية القضاء الشامل للمحاكم الإدارية، فإن رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات يكون مختصا

¹²² عبد الله درميش، موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة. مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 41، يناير - فبراير 1986، ص 10.

للنظر في جميع الطلبات الوقتية والتحفظية التي ترفع في شأنها بناء على احكام المادة 19 آنفة الذكر.

فبالرجوع إلى القانون رقم 41-90 المحدثه بموجبه محاكم إدارية نجده يسند في المادة 19 منه الاختصاص لرئيس المحكمة الإدارية باعتباره قاضيا للأمور المستعجلة والأوامر القضائية للبت في الطلبات الوقتية والتحفظية، دون أن يشير لا من قريب ولا من بعيد للشروط التي يتعين توافرها في الطلب لكي ينعقد الاختصاص لقاضي المستعجلات، غير أن هذا النقص الذي اعتري الفصل 19 أعلاه، قد تداركه المشرع المغربي في نص سابق وذلك عندما أحال بمقتضى المادة السابعة من نفس القانون على مقتضيات قانون المسطرة المدنية والتي تكون هي الواجبة التطبيق أمام المحاكم الإدارية ما لم يوجد مقتضى مخالف.

وبرجعنا إلى قانون المسطرة المدنية المحال عليه بمقتضى القانون 41-90 أعلاه، نجده ينص في الفقرة الأولى من الفصل 149 منه على أن رئيس المحكمة الابتدائية يختص وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توافر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل 148 من نفس القانون والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا

للمستعجلات. كما ينص الفصل 152 من نفس القانون على أن الأوامر الاستعجالية لا تبت إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر.

فمن خلال الفصلين 149 و 152 اعلاه، يتضح بأن قاضي الأمور المستعجلة في المادة الضريبية لا ينعقد له الاختصاص إلا بتوافر شرطين جوهريين، ويتعلق الأمر بكل من شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق، وعليه سنتولى من خلال هذا العمل المتواضع الحديث أولاً على عنصر الاستعجال في (المبحث الأول)، وذلك قبل ان نعرض لشرط عدم المساس بالجوهر في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عنصر الاستعجال

يعتبر عنصر الاستعجال من الشروط الأساسية لقبول طلب الخاضع للضريبة المتعلق بوقف تنفيذ إجراءات التحصيل الجبري للدين الضريبي أمام قاضي الأمور المستعجلة، وذلك بالنظر للخطر الحقيقي الذي يحدق بالحق المراد المحافظة عليه إذا ما بوشرت إجراءات التحصيل الجبري في حق الخاضع للضريبة من قبل المحاسب المكلف بالتحصيل.

وعليه لا يستقيم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في الطلبات الوقتية إلا بتوافر هذا الشرط، ذلك أن المشرع المغربي قد أشار إلى شرط الاستعجال هذا بمقتضى الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص في فقرته الأولى على أنه "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضياً للمستعجلات كلما

توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات...".

وقد أحالت المادة السابعة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية بصفة صريحة على مقتضيات الفصل 149 أعلاه، وذلك حينما نصت على أنه "تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك".

ولن تستقيم دراسة عنصر الاستعجال إلا بعد تناول مفهومه والقيام بتمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة له (المطلب الأول)، هذا بالإضافة إلى محاولة الوقوف على طبيعة الاستعجال المنصوص عليه في الفصل 149 سالف الذكر مع تحديد شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الاستعجال وتمييزه عما يشبهه

سنتولى من خلال هذا المطلب تحديد مفهوم الاستعجال باعتباره مناهج اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المادة الضريبية (الفقرة الأولى)، وذلك قبل محاولتنا التمييز بين هذا المفهوم وباقي المفاهيم الأخرى المشابهة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الاستعجال

أولاً: تعريف الاستعجال

لم يعن المشرع المغربي بإعطاء تعريف لعنصر الاستعجال او حتى تبين المعايير التي تمكن من تحديده، بل اكتفى بالإشارة إلى هذا العنصر في الفصول من 149 الى 153 من قانون المسطرة المدنية، كما اشار إليه كذلك بصيغة غير صريحة في القانون رقم 53-95 المحدث للمحاكم التجارية، والذي تنص المادة 21 منه على ما يلي:

"يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة وفي حدود اختصاص المحكمة ان يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جدية.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف التجارية، مارس هذه المهام رئيسها الأول.

يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق - رغم وجود منازعة جدية - ان يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال او لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع". أما على مستوى المادة الادارية فقد منحت المادة 19 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية لرئيس

المحكمة الإدارية صلاحيات للبت في الطلبات الوقتية والتحفظية كلما كانت المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في أصل النزاع¹²³.

وعلى خلاف المشرع المغربي، فقد فضلت بعض التشريعات المقارنة تعريف عنصر الاستعجال، كالمشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 484 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، والمشرع السوري الذي عرفه في المادة 7/78 من اصول المحاكمات السورية، إضافة إلى التشريع المصري الذي عرف الاستعجال في المادة 45 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة 1968 والتي جاء فيها ما يلي: "ينتدب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة وعدم المساس بالحقوق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

وأمام عدم وجود تعريف تشريعي لعنصر الاستعجال في القانون المغربي، فقد تولى الفقه هذه المهمة، إذ عرفه أحد الفقهاء بأنه "الحالة التي يخشى فيها من ضياع الوقت في مسألة تتصف بصفة الاستعجال معروضة أمام القضاء"¹²⁴، في حين عرفه آخرون بأنه "حالة من الحالات تقتضي تدبيراً فورياً يخشى إن لم يتخذ هذا التدبير حدوث ضرر لا يمكن تداركه في المستقبل"¹²⁵، بل هناك من عرفه بكونه "قيام خطر حقيقي يخشى فوات الوقت وحدوث ضرر لا يمكن تلافيه إذا رجع المدعي لدرئه إلى

¹²³ حلمي نفاطة وسمير نور، إيقاف تنفيذ اجراءات التحصيل على ضوء العمل القضائي والتشريع الضريبي، مقال منشور بدفاتر المجلس الأعلى، عدد 16، سنة 2011، اعمال الندوة الوطنية حول موضوع "الاشكالات القانونية والعملية في المجال الضريبي"، ص 346.

¹²⁴ يونس معاطا، المنازعات في تحصيل الديون الضريبية بالمغرب، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد الاول، يناير 2012، الطبعة الاولى 2012، طوب بريس الرباط، ص 130.

¹²⁵ عبد الله الشراوي، صعوبة تنفيذ الاحكام والقرارات، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، 17 يوليوز 1978، ص 30-31.

القضاء العادي، وطبقت لذلك المسطرة العادية من استدعاء الخصوم أمام المحكمة والتحقيق وإصدار الأحكام وسلوك طرق الطعن العادية بشأنها¹²⁶. ويكاد الفقه يجمع على تعريف موحد لعنصر الاستعجال وهو أن المقصود منه هو ذلك الخطر الحقيقي الذي يحدق بالحق المراد حمايته والمحافظة عليه، هذا الخطر الذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة أمام القضاء العادي ولوقصرت مدد التقاضي أمامه¹²⁷.

وفي إطار تحديدها لمفهوم القضاء المستعجل بصفة عامة، جاء في منشور لوزارة العدل¹²⁸ بأن القضاء المستعجل هو مسطرة مختصرة تمكن الأطراف في حالة الاستعجال من الحصول على قرار قضائي في حين معجل التنفيذ في نوع من القضايا لا يسمح بتأخير البت فيها دون أن تسبب ضررا محققا.

وعلى مستوى المادة الجبائية، يقصد بمفهوم الاستعجال " الحالة التي يرى فيها طالب الإيقاف أن مباشرة إجراءات الضريبة في مواجهته من شأنه أن يتسبب له أو لمقاولته في أضرار وخيمة قد يصعب تدارك نتائجها في المستقبل¹²⁹."

¹²⁶ عبد اللطيف هداية الله، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1998، ص 12.

¹²⁷ عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، طبعة أبريل 2013، ص 102؛

كريم لحرش، المنازعات الضريبية في القانون المغربي، الطبعة الأولى 2013، مطبعة طوب بريس-الرباط، ص 134.

محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، طبعة 1998، ص 50-51؛

سعيد العمري، إيقاف تنفيذ الديون العمومية أمام القضاء الإداري الاستعجالي، دار نشر المعرفة - الرباط-المغرب، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، الطبعة الأولى 2013، ص 73؛

علي احنين، م س، ص 150.

¹²⁸ منشور رقم 283 بتاريخ 1966/3/2، منشور بمجلة الملحق القضائي عدد 7-8، بتاريخ فبراير 1983.

¹²⁹ حسن العفوي، المنازعة الضريبية أمام القضاء بين التأسيس والتحصيل، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 36، دجنبر 2006، ص

120.

وقد جاء في حيثيات أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ما يلي:

"وحيث إنه وبعد الاطلاع على ظاهر وثائق الملف تبين لنا تخلف شرط جوهرى ينعقد بمقتضاه الاختصاص للقاضي الاستعجالي للبت في الطلب وهو ضرورة توافر عنصر الاستعجال المعرف بكونه (الخطر الحقيقي المحدق بالحقوق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة) ويبقى التحقق من توافره أمر تقديرى متروك للقاضي"¹³⁰، كما عرفه أمر آخر عندما ذهب إلى أن عنصر الاستعجال يتجلى في مفهوم الضرر الذي يصعب تدارك نتائجه بعد التنفيذ¹³¹، وهو نفس التعريف الذي تواترت عليه الاوامر القضائية¹³². ونقرأ في أمر آخر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بمراكش "وحيث ان الاستجابة لطلبات إيقاف تنفيذ إجراءات الاستخلاص الجبري رهينة بقيام حالة الاستعجال بمفهوم الضرر الذي يصعب تداركه او تقويم نتائجه بعد التنفيذ"¹³³.

ومهما يكن من أمر، فإنه من الصعوبة بمكان ايجاد تعريف دقيق وواضح لعنصر الاستعجال، لذا وبالرجوع الى التعاريف التي أوردناها اعلاه - سواء الفقهية منها او القضائية - يتضح أن أغلبها يستفيد في تحديد عنصر الاستعجال الى معيار الخطر الذي يحدق بالحقوق المراد المحافظة عليه، وهو معيار وإن كان ذا أهمية بالغة

¹³⁰ امر صادر بتاريخ 2003/01/24، في الملف عدد 2002/823، منشور في كتاب عبد العتاق فكير، المادة الاستعجالية في القضاء الإداري، الطبعة الأولى 2013، مطبعة النجاح الجديدة، ص 32.

¹³¹ امر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 111، بتاريخ 2010/02/17، في الملف رقم 2009/1/1127، غير منشور.

¹³² من ذلك مثلاً: الامر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 57، بتاريخ 2010/01/27، في الملف رقم 2009/1/1115، غير منشور. والامر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 25، بتاريخ 2007/01/29، في الملف عدد 2007/8 س، غير منشور.

¹³³ امر عدد 248، مؤرخ في 05 ذي الحجة 1437 الموافق 07 شتنبر 2016، في الملف عدد 2016/7101/206، غير منشور.

في تحديد عنصر الاستعجال فإنه غير كاف، لذا تبقى مسألة التحقق من توفر عنصر الاستعجال امر تقديري موكل الى القاضي، يصل اليه عن طريق ظروف وملابسات كل قضية على حدة، ويستشفه من مناقشة الطرفين بالجلسة كما يستنبطه من عناصر الملف، ذلك أن الاستعجال لا يمكن ان يكون من مجرد رغبة احد الطرفين في الحصول على حكم في الدعوى بأسرع ما يمكن¹³⁴، وهو ما استقر عليه كل من الفقه¹³⁵ والقضاء¹³⁶.

بل ذهب القضاء الاستعجالي الاداري - في المادة الجبائية - الى اكثر من ذلك حينما اعتبر أن عنصر الاستعجال يكون مفترضا في كل الطلبات المتعلقة بالإيقاف المؤقت لإجراءات تحصيل الديون العمومية ولا شيء في القانون ينفي عنه هذه الصفة¹³⁷، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بمراكش، حيث جاء في أمر صادر عن رئيسها ما يلي: "وحيث انه بغض النظر عن كون حالة الاستعجال تكون مفترضة في كل الطلبات الرامية الى ايقاف تنفيذ اجراءات التحصيل الجبري، فانه

¹³⁴ كريم لحرش، المنازعات الضريبية في القانون المغربي، م س، ص 134.

¹³⁵ محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، م س، ص 50؛

عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 98؛

عبد الله درميش، موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 41، يناير-فبراير 1986، ص 19؛

علي احنين، م س، ص 150.

¹³⁶ وذلك في العديد من الاوامر القضائية المستعجلة من قبيل:

الامر الصادر عن رئيس المحكمة الادارية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/01/24، في الملف عدد 2002/823، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، م س، ص 31؛

الامر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، عدد 485، بتاريخ 2011/04/4، في الملف عدد 1/11/54، غير منشور.

¹³⁷ ويتضح ذلك من خلال حيثيات العديد من الاوامر الاستعجالية التي تمكنا من الاطلاع عليها، من اهمها:

الامر الاستعجالي الصادر عن رئيس ادارية الدار البيضاء، عدد 384، بتاريخ 2011/02/14، في الملف عدد 1/10/1479، غير منشور؛

الامر الاستعجالي الصادر عن رئيس ادارية الرباط عدد 485، بتاريخ 2011/04/4، في الملف عدد 1/11/54، غير منشور؛

الامر الصادر عن رئيس ادارية الدار البيضاء بتاريخ 2003/04/29، في الملف عدد 2003/141، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، م س، ص 290؛

الامر الصادر عن رئيس ادارية الدار البيضاء، بتاريخ 2005/01/27، في الملف عدد 2005/3، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، م س، ص 298.

من خلال الاطلاع على ظاهر دعوى الموضوع المؤسسة على تقادم الدين الضريبي المطلوب تحصيله، وجواب مديرية الضرائب وظاهر الوثائق التي ادلت به لإثبات قيامها بإجراءات متعددة قاطعة للتقادم، يتبين ان المنازعة لا تتسم بالجدية المطلوبة للاستجابة للطلب¹³⁸.

ومفاد هذا الموقف أنه كلما عرضت على القضاء الاستعجالي دعوى رامية الى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري للديون العمومية، من قبيل إيقاف إجراءات الحجز والبيع التي يمكن ان تنصب على المنقولات او العقارات او الأصول التجارية، او إيقاف الإكراه البدني، فإنه من المفترض انها دعوى استعجالية تدخل ضمن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، فهل هذا يعني أن القاضي غير ملزم بالتحقق من توافر عنصر الاستعجال من عدمه؟، والحال أن الاستعجال يقتضي وجود خطر يهدد مصالح الخاضع للضريبة، مما يستلزم التدخل بسرعة لدرء هذا الخطر. مع الإشارة الى ان موقف الإدارة الجبائية مخالف تماماً لموقف القضاء الاستعجالي الإداري، حيث دأبت الإدارة الجبائية على التمسك في غالب الأحوال بكون تحصيل الدين الضريبي الذي يكون محل نزاع امام القضاء لا يمكن ان يؤدي الى نتائج يصعب تداركها، ما دامت إمكانية استرداد الخاضع للضريبة ما أداه قائمة متى أثبت صحة ادعائه¹³⁹، ومفاد ذلك حسب ما تتمسك به الإدارة الضريبية ان عنصر

¹³⁸ امر رقم 40 صادر بتاريخ 07 ربيع الثاني 1436 (2015/01/28) في الملف رقم 2014/7101/256، غير منشور.

¹³⁹ سعيد العمري، إيقاف تنفيذ الديون العمومية امام القضاء الاستعجالي الاداري، م س، ص 70.

الاستعجال لا يتوفر في جميع الأحوال عكس ما قال به القضاء الاستعجالي من افتراض الاستعجال كلما تعلق الأمر بطلب إيقاف إجراءات التحصيل الجبري.

لذا لا يمكن القول بانعقاد الاختصاص للقضاء الاستعجالي الإداري الا باستجماع كافة الشروط، - من استعجال وجدية وعدم المساس بالجوهر-، ذلك انه متى انتفى أحدها سقط عن القاضي اختصاصه، كونها شروط متلازمة. فعلى فرض ان المدين ينازع في تأسيس الدين العمومي ويستند في ذلك الى الخروقات الواضحة التي شابت مسطرة تأسيس الدين والتي ترجح احتمال الغائه على مستوى الموضوع، لكنه لم يواجه بعد باي إجراء من إجراءات التحصيل الجبري، فان طلبه يكون والحالة هذه مفتقرا لعنصر الاستعجال، مما يتعين التصريح بعدم قبوله¹⁴⁰. وفي هذا الإطار جاء في أمر صادر عن قاضي المستعجلات بإدارية الدار البيضاء ما يلي: "وحيث انه لا يوجد بالملف ما يفيد مواجهة المدعية بإجراءات التحصيل الجبري، مما يكون معه عنصر الاستعجال غير ثابت ويتعين من اجل ذلك التصريح بعدم قبول الدعوى"¹⁴¹.

يتضح إذا من خلال ما سبق ان كلا من القضاء الاستعجالي والإدارة الضريبية يتخذان من عنصر الاستعجال موقفين متعارضين، ففي الوقت الذي يجعل فيه القضاء من الاستعجال عنصرا مفترضا عندما يتعلق الأمر بطلبات إيقاف التحصيل

¹⁴⁰ سعيد العمري، م س، ص 76.

¹⁴¹ امر رقم 2010/30، بتاريخ 2010/03/9، في الملف رقم 2010/06، غير منشور. ومن الامثلة على عدم توفر عنصر الاستعجال نذكر: الجالة التي يتم فيها حجز وبيع سيارة من السيارات المتعددة للمدين، او اقامة من اقاماته الثانوية المتعددة، او في الحالة التي يتم فيها حرمانه من جزء يسير من رصيده البنكي الضخم.

الجبري، تكاد الإدارة الضريبية تنفي بشكل تام هذا العنصر عن إجراءات التحصيل التي تكون محل نزاع. الا اننا نتخذ في هذا الشأن موقفا وسطا، بحيث لا يمكننا ان نسلم بافتراض عنصر الاستعجال في كافة الأحوال، ذلك ان عنصر الخطر الذي اتخذناه كمعيار لتحديد الاستعجال قد يتحقق وقد لا يتحقق كما اسلفنا في المثال أعلاه، كما لا نتفق مع الإدارة الضريبية فيما ذهبت اليه من فكرة ان اجراءات تحصيل الديون العمومية لا يمكن ان تؤدي الى نتائج يصعب تداركها¹⁴²، لأنه ولو كان بإمكان الخاضع للضريبة استرجاع ما دفعه فان من شأن طول إجراءات هذا الاسترجاع ان تلحق به أضرارا قد يصعب تدارك نتائجها في المستقبل وهو الامر الذي قد يدفع به الى اللجوء لقاضي المستعجلات من اجل الأمر بإيقاف اجراءات التحصيل الجبري. لذا نقول بانه على قاضي المستعجلات ان يتعامل مع كل قضية على حدة، من خلال العمل على التحقق من توفر عنصر الاستعجال من عدمه - في كل نازلة على حدة -، بناء على المعطيات والوثائق التي تقدم اليه، وان لا يكتفي بافتراض هذا العنصر.

وإذا كان عنصر الاستعجال يقوم على اساس الخطر الحقيقي الذي يهدد الحق المراد المحافظة عليه، فانه يتمتع إضافة الى ذلك بمجموعة من الخصائص غاية في الأهمية.

ثانيا: خصائص الاستعجال

¹⁴² هذا الامر استخلصناه من خلال اطلاعنا على العديد من الاوامر الاستعجالية الصادرة في هذا الشأن.

يتمتع عنصر الاستعجال بصفة عامة بمجموعة من الخصائص، لعل أهمها:

1 - ان عنصر الاستعجال يتسم بالطابع الآني: والمقصود من ذلك حسب احد الفقهاء "ان صفة الاستعجال يجب ان ينظر اليها وقت الحكم في النزاع"¹⁴³، ومفاد ذلك انه قد يطرح النزاع امام قاضي الأمور المستعجلة مجردا من عنصر الاستعجال الا ان ذلك لا يمنع القاضي من نظر الدعوى او تجريده من الاختصاص في نظرها، لان الاستعجال حسب نفس الفقيه يتعين ان يتوفر وقت إصدار الأمر الاستعجالي وليس بالضرورة وقت رفع الدعوى، خاصة اذا ظهرت وقائع جديدة اثناء نظر الدعوى يستلهم فيها القاضي توفر الخطر المحدق بالحق المطلوب حمايته. لكن ألي حد يعتبر هذا الطرح صائبا؟، او بعبارة اخرى، متى يجب ان تتوفر حالة الاستعجال؟

بعد تفحصنا للنصوص القانونية المنظمة للأمور المستعجلة لم نتوصل الى أية إجابة تشريعية عن الإشكال المطروح أعلاه، مما جعل الفقه ينقسم في هذا الإطار الى اتجاهين اثنين:

. فاتجاه يذهب الى كون عنصر الاستعجال "يجب ان يستمر من وقت رفع الدعوى الى حين صدور الأمر فيها، فاذا زال الاستعجال قبل صدور الأمر ولو كان

¹⁴³ عبد الله درميش، م س، ص 21.

متوفرا وقت رفع الدعوى أصبح قاضي المستعجلات غير مختص لانتفاء عنصر

الاستعجال وقت البت في القضية"¹⁴⁴

. واتجاه ثان يذهب الى ان توافر عنصر الاستعجال أثناء رفع الدعوى يكون

كافيا لانعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، للنظر في الدعوى على ضوء

الوقائع الثابتة وقت رفعها؛¹⁴⁵

ويذهب احد الفقهاء الى أبعد من ذلك، حيث اعتبر ان استلزام توافر عنصر

الاستعجال منذ رفع الدعوى الاستعجالية الى حين البت فيها بموجب أمر يمتد من

محكمة اولى درجة إلى محكمة ثاني درجة، ذلك ان زوال هذا العنصر أمام محكمة

الدرجة الثانية يؤدي بالتبعية الى زوال اختصاص الرئيس الأول لهذه المحكمة

كقاضي للأمور المستعجلة، ولو كان متوفرا أمام محكمة الدرجة الأولى.¹⁴⁶

وفي هذا الإطار جاء في أمر لرئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء أنه " وحيث

ان الثابت من ظاهر وثائق الملف كون عملية تفويت الحصص المتعرض عليها،

وعملية التعرض نفسها قد تمت منذ مدة زمنية طويلة الأمر الذي يجعل شرط

الاستعجال مندثرا، فيكون الطلب الحالي غير مؤسس قانونا ويتعين الحكم برفضه

مع إبقاء الصائر على الطرف المدعي"¹⁴⁷. وفي أمر آخر صادر عن نفس المحكمة جاء

¹⁴⁴ محمد علي راتب ومن معه، قضاء الامور المستعجلة، الجزء الاول، عالم الكتب، الطبعة السادسة، ص 33.

¹⁴⁵ محمادي لمعكشاوي، الوجيز في المساطر الخاصة بالاستعجال في ضوء قانون المسطرة المدنية، الطبعة الاولى 2011، ص 26.

¹⁴⁶ مصطفى مجدي هرجة، الجديد في القضاء المستعجل، م س، ص 56.

¹⁴⁷ امر صادر بتاريخ 2010/04/8 (23 ربيع الثاني 1431هـ)، في الملف عدد 2010/1/113، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، م س، ص 21.

فيه ما يلي "وحيث انه وبعد الاطلاع على ظاهروثائق الملف تبين ان موجبات الايقاف المؤقت لإجراءات التحصيل غير قائمة فيتعين الحكم برفض الطلب مع ابقاء الصائر على الطرف الطالب"¹⁴⁸. كما جاء في أمر آخر أنه "وحيث فيما يتعلق بشرط الاستعجال، فالثابت كون الإشعار للغير الحائز هو حيز يستتبعه التسليم الفوري للمبالغ المحجوزة، اي خروجها من الذمة المالية للمحجوز عليه، ومن ثمة فالشرط المذكور يعتبر قائما ربطا بجدية المنازعة في الإشعار نفسه"¹⁴⁹.

الظاهر اذا من خلال ما اوردناه من أوامر قضائية ان القضاء ينحو منحى الاتجاه الفقهي القائل بأن الأساس في عنصر الاستعجال ان يتوفر أثناء نظر قاضي المستعجلات في الطلب المعروض أمامه وليس بالضرورة وقت رفع الدعوى، وهو الاتجاه الذي نؤيده من جهتنا، ذلك ان القاضي غير ملزم من التأكد من تحقق عنصر الاستعجال من عدمه بمجرد عرض الطلب الرامي الى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري أمامه، غير انه يكون ملزما بالقيام بهذه العملية قبل إصدار امره في الدعوى، حيث اذا تبين له بعد دراسته لوثائق الملف وهو بصدد إصدار امره بان عنصر الاستعجال قد اندثر فعليه ان يقضي بعدم الاختصاص، ذلك اننا نكون امام فرضيتين، الفرضية الأولى ان عنصر الاستعجال قد توفروقت رفع الدعوى الا انه قد اندثر وقت اصدار الأمر الاستعجالي، والفرضية الثانية هي ان عنصر الاستعجال

¹⁴⁸ امر صادر عن رئيس المحكمة الادارية بالدار البيضاء بتاريخ 2010/05/18، في الملف عدد 2010/1/259، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، ص 377.

¹⁴⁹ امر صادر عن رئيس المحكمة الادارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2010/06/8، في الملف عدد 2010/1/274، منشور بكتاب عبد العتاق فكير، ص 380.

لم يكن متاحا اثناء رفع الدعوى الا انه قد توفروقت إصدار الأمر الاستعجالي، ففي الفرضية الأولى يتعين على قاضي المستعجلات التصريح بعدم الاختصاص، اما في الفرضية الثانية فيتعين عليه الاستجابة للطلب اذا توفرت شروطه الأخرى.

2. خصيصة المرونة: فالمقصود من مرونة عنصر الاستعجال انه حالة تتغير بتغير ظروف الواقعة في الزمان والمكان وتتلازم مع التطور الاجتماعي والاقتصادي في الاوساط والازمنة المختلفة¹⁵⁰، "فما ليس استعجالا في زمن ما قد يكون كذلك في زمن اخر، وما لا يعتبر استعجالا في بيئتنا قد يعتبر كذلك في بيئة اخرى، كما ان الاستعجال قد يتوفر في حالة محيطية بظروف خاصة دون ان يتوفر في الحالة ذاتها المحيطية بظروف مغايرة"¹⁵¹.

وتكمن مرونة الاستعجال كذلك في الاستغناء عن إجراءات المسطرة الكتابية أثناء عرض الدعوى أمام القضاء الاستعجالي، بالرغم من أهميتها في حماية حقوق الدفاع، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ محمد منقار بنيس ان بطء المسطرة الكتابية "يتنافى مع طبيعة القضاء المستعجل والسرعة المتوخاة من اللجوء اليه لاستصدار اوامر وقتية، لدرء الخطر المحدق بحقوق ومصالح الناس، لذلك تخلى عنها المشرع المغربي، في القضايا التي خول البت فيها لقاضي منفرد، وعلى الخصوص في التقاضي امام قاضي الامور المستعجلة"¹⁵².

¹⁵⁰ عبد اللطيف هداية الله، م س، ص 75.

¹⁵¹ عبد الله درميش، م س، ص 21.

¹⁵² محمد منقار بنيس، م س، ص 19.

الا انه على المستوى العملي يتبين سلوك المتقاضين للمسطرة الكتابية أمام القضاء الاستعجالي، خاصة على مستوى المنازعات الضريبية المتعلقة بطلبات إيقاف إجراءات التحصيل الجبري، لأن طبيعة هذه المنازعات وما تقتضيه من معلومات تفرض ضرورة سلوك الطالب للمسطرة الكتابية أمام قاضي المستعجلات¹⁵³. مما من شأنه ان يجرّد عنصر الاستعجال من مرونته على مستوى المسطرة.

ومن مظاهر المرونة كذلك في القضايا الاستعجالية، انه لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة ان تتوفر لدى الخصوم الاهلية التامة للتقاضي، خلافا لعنصر الصفة والمصلحة¹⁵⁴.

3. تكمن الخصيصة الثالثة لعنصر الاستعجال في كونه يضفي صبغة السرعة على البت في النزاع المعروض على قاضي المستعجلات: وتتجلى سرعة البت في الدعاوى الاستعجالية في الآتي:

. جواز بت قاضي الامور المستعجلة في الطلبات الاستعجالية حتى في ايام الاحاد والأعياد وغيرها من العطل، اذا توافرت من طبيعة الحال حالة الاستعجال القصوى وهو ما نص عليه الفصل 150 من قانون المسطرة المدنية والذي قضى بأنه "يمكن ان يقدم الطلب في غير الأيام والساعات المعينة للقضاء المستعجل في حالة

¹⁵³ لقد تبين لنا ذلك من خلال ما اطلعنا عليه من اوامر استعجالية في هذا الشأن.

¹⁵⁴ عبد الله درميش، م س، ص 69،

الاستعجال القصوى سواء الى قاضي المستعجلات أو إلى مقر المحكمة وقبل التقييد في سجل كتابة الضبط او لوبموطنه، ويعين القاضي فورا اليوم والساعة التي ينظر فيها الطلب.

يمكن له ان يبت حتى في أيام الآحاد وأيام العطل؛

. كما أجاز المشرع كذلك لقاضي المستعجلات البت في حالة الاستعجال القصوى حتى ولو كان متواجدا بمنزله؛

. لم يحدد المشرع المغربي كذلك للخصوم اجلا لحضور الجلسة في القضايا الاستعجالية، بل ترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الامور المستعجلة، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي حدد لذلك اجل اربعة وعشرين (24) ساعة في المادة 66 من قانون المرافعات المصري؛¹⁵⁵

. كذلك في حالة الاستعجال القصوى خول المشرع لقاضي المستعجلات الحق في عدم استدعاء الخصم، وذلك حينما قضى الفصل 151 من قانون المسطرة المدنية بما يلي: "يأمر القاضي باستدعاء الطرف المدعى عليه طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصول 37،38،39 عدا إذا كانت هناك حالة الاستعجال القصوى".

¹⁵⁵ محمد منقار بنيس، م س، ص 18.

تتجلى كذلك هذه السرعة في كون المشرع المغربي قد جعل الأوامر الاستعجالية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون مع إمكانية تقييد التنفيذ بتقديم كفالة، كما اتاح لقاضي الأمور المستعجلة في حالة الضرورة القصوى ان يأمر بالتنفيذ على أصل الأمر، اضافة الى منع الطعن بالتعرض في الأوامر الاستعجالية وتقصير امد الطعن فيها بالاستئناف.

4. إضافة الى الخصائص السالفة الذكر فان عنصر الاستعجال ذا طابع نسبي: أي أن تفسير مفهومه يكون واسعا أو ضيقا حسب الحالات وحسبما تكون الإجراءات أمام المحاكم سريعة أو بطيئة وذلك بالنسبة لكل محكمة¹⁵⁶، وهو ما يقتضي منا تمييزه عن المفاهيم الأخرى المشابهة.

الفقرة الثانية: تمييز الاستعجال عن المفاهيم المشابهة له

أولا: تمييزه عن الطلب المؤقت

أشار المشرع المغربي إلى مفهومي الاستعجال والطلب الوقي في العديد من فصول قانون المسطرة المدنية من قبيل الفصل 149 والفصل 152 الذي ينص على ما يلي: "لا تبت الاوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر". والواضح من خلال هذا الفصل أن المشرع قد ربط بين الطلب

¹⁵⁶ عبد الله فال، القضاء الاستعجالي الإداري بين القواعد العامة والنصوص الخاصة (احكامه ومجالات تطبيقاته في التشريع والقضاء المغربيين)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القوانين الاجرائية المدنية، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2010/2011، ص 24.

المستعجل والطلب الوقي، غير أن هناك فرقا جوهريا ودقيقا بينهما يصعب في أحيان كثيرة تحديده.

فحسب بعض الفقه إذا كان الطلب المستعجل دائما عبارة عن إجراء وقي، فإن الطلب الوقي لا يتوافر فيه عنصر الاستعجال، لأن وقتية الإجراء شيء والاستعجال شيء آخر، ذلك أن كل طلب مستعجل من الضروري أن يكون راميا إلى استصدار أمر بإجراء وقي، غير أن الطلب الوقي ليس من الضرورة أن يكون استعجاليا حيث من الإمكان تقديمه أمام محكمة الموضوع والتي يمنع عليها التصريح بعدم الاختصاص، على اعتبار أنه من الإجراءات الوقتية ما يتطلب البحث في جوهر الحق الذي يمنع على قاضي المستعجلات المساس به¹⁵⁷.

ونتيجة لذلك فإن الطلبات الاستعجالية تقتضي دائما السرعة في البت مع عدم المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر، لذلك كان لابد من أن ينعقد الاختصاص بشأنها دائما لقاضي الأمور المستعجلة، أما الطلبات أو الإجراءات الوقتية فلا تتطلب دائما السرعة في البت وإن كانت تتسم بالطابع الوقي على اعتبار أنه يرتبط بمدة زمنية مؤقتة، لذلك قد ينعقد الاختصاص بشأنها إما لقضاء الموضوع أو لقاضي المستعجلات، بحسب ما إذا كانت ستمس بالجوهر أم لا. ونمثل لذلك بالطلب الذي يرمي إلى استرداد الحياة والذي يعتبر طلبا وقتيا لكنه غير

¹⁵⁷ محمد منقار بنيس، م س، ص 45.

مستعجل. وعلى هذا الأساس يمكننا القول بأن كل طلب استعجالي فهو يرتبط بإجراء وقتي، وكل طلب وقتي لا يرتبط بالضرورة بإجراء استعجالي.

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه كلما توافر عنصر الاستعجال في الطلب إلا وانعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، الأمر الذي من شأنه أن يثير إشكالا غاية في الأهمية، ويتعلق الأمر بالحالة التي يتوفر فيها عنصر الاستعجال في إجراء وقتي ما وفي نفس الآن من شأن هذا الإجراء المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر.

الواضح أن المشرع المغربي قد أوجد حلال لهذا الإشكال عندما يتعلق الأمر بالمادة التجارية وذلك بموجب المادة 21 من القانون رقم 53-95 المحدث للمحاكم التجارية والتي بمقتضاها سمح لرئيس المحكمة التجارية أن يبت في الطلب رغم وجود منازعة جدية، حيث تنص المادة 21 أعلاه في فقرتها الأخيرة على ما يلي:

..."

يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق - رغم وجود منازعة جدية - أن يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليبا إنه غير مشروع". وهو الأمر الذي لم نجد له مثيلا لافي قانون المسطرة المدنية ولا في القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

ومن وجهة نظرنا، يتعين إسناد النظر في مثل هذه الطلبات لقاضي المستعجلات رغم أنها تتعلق بجوهر الحق مع السماح له بالقيام بجميع إجراءات البحث المخولة لقضاء الموضوع، على اعتبار أن عنصر الاستعجال متوفر في الطلب والذي هو مناط اختصاص قاضي المستعجلات سواء في المادة الضريبية أو غيرها.

ثانيا: تمييزه عن البت بصفة مستعجلة

بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية فإن المشرع قد أشار مرة أخرى إلى مفهوم قد يبدو منذ الوهلة الأولى أنه يتشابه مع عنصر الاستعجال، لكن الحقيقة أن هناك فرقا بينهما، ويتعلق الأمر بـ "البت في الدعوى باستعجال"، أو بالأحرى نظر الدعوى على وجه السرعة. ولعل من بين النصوص التي أشارت إلى هذا المفهوم نذكر الفصل 46 من قانون المسطرة المدنية والذي يقضي بأنه "يفصل في القضية فورا أو تؤجل إلى جلسة مقبلة يمكن تعيين تاريخها حالا للأطراف مع الإشارة إلى ذلك في سجل الجلسات، وذلك مع مراعاة آجال البت المنصوص عليها في هذا القانون أو في قوانين خاصة"، إضافة إلى الفصول 153 و179 مكررو 203 من نفس القانون.

وعليه فإن الاستعجال كشرط من شروط اختصاص قاضي المستعجلات، يقتضي دائما توافر عنصر الخطر المحدق بالحق أو بالحقوق المراد حفظها، في حين أن نظر الدعوى على وجه السرعة يقتضي تقصير آجال البت فيها أمام قضاء الموضوع، ذلك أن السرعة مفترضة دائما في جميع الدعاوى.

إن الفرق بين الاستعجال ونظر الدعوى على وجه السرعة يبدو واضحاً من خلال عدة جوانب، وذلك كالآتي:

. من حيث طبيعة الإجراءات:

فالاختصاص في المادة الاستعجالية يمنح قاضي المستعجلات الحق في اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقتية القمينة بعدم المساس بموضوع النزاع، في الحين الذي يمنح فيه البت في الدعوى على وجه السرعة للقاضي نفس الصلاحيات التي تمنح لقضاة الموضوع، غير أن ما في الأمر أن القانون يأمر القاضي بالبت في موضوع النزاع وذلك على وجه السرعة نظراً لطبيعة النزاع أو الدعوى.

. من حيث الجهة المختصة:

بالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية والقانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية، فإن الاختصاص في القضايا الاستعجالية ينعقد لرئيس المحكمة باعتباره قاضي للأمور المستعجلة، أما القضايا التي يأمر القانون بالبت فيها على وجه السرعة كما هو الأمر في الفصول 46 و 179 مكررو 203 من ق م م، فإن الاختصاص ينعقد لقضاة الموضوع، غير أنهم يستفيدون من مزايا المسطرة الاستعجالية.

. من حيث طرق الطعن:

ينص الفصل 153 من ق م م على ما يلي: "تكون الأوامر الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ويمكن للقاضي مع ذلك أن يقيد التنفيذ بتقديم كفالة.

يمكن للقاضي في حالة الضرورة أن يأمر بالتنفيذ على أصل الأمر.

لا يطعن في هذه الأوامر بالتعرض.

يجب تقديم الاستئناف داخل خمسة عشر يوما من تبليغ الأمر عدا في الحالات التي يقر فيها القانون خلاف ذلك، ويفصل في الاستئناف بصفة استعجالية.

يقع التبليغ طبقا لمقتضيات الفصل 54 غير أنه إذا حضر الأطراف وقت صدور الأمر كان التبليغ الواقع في ذلك الحين صحيحا ويشار في الأمر إلى حضورهم ومعاينة هذا التبليغ". يتضح إذا من مقتضيات هذا الفصل أن الأوامر الاستعجالية لا تقبل الطعن بالتعرض، غير أنها تكون قابلة للاستئناف داخل أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ، وذلك على العكس من الأحكام التي تصدر على وجه السرعة حيث تبقى خاضعة لطرق الطعن العادية منها وغير العادية حسب ما يقرره القانون.

. من حيث التنفيذ:

تكون الأوامر الصادرة في المادة الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون، بينما تكون الأحكام الصادرة في القضايا التي يتعين البت فيها على وجه

السرعة خاضعة للأحكام العامة للتنفيذ الوارد النص عليها في الفصول من 428 الى

451 من ق م م.

وجدير بالذكر أن الأوامر الاستعجالية في إطار المنازعات الضريبية قد تكون قابلة لطرق الطعن بنوعها العادية وغير العادية.

المطلب الثاني: طبيعة الاستعجال وشروطه

يكتسي عنصر الاستعجال أهمية قصوى للقول بانعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في مادة الاستعجال بصفة عامة، وفي المادة الضريبية على وجه الخصوص، في إطار طلبات إيقاف تنفيذ إجراءات التحصيل الجبري للديون الضريبية، الأمر الذي يقتضي منا الوقوف على مختلف الشروط المتطلبة في هذا العنصر (الفقرة الأولى)، قبل تحديدنا للطبيعة القانونية التي يتسم بها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طبيعة عنصر الاستعجال وأهميته

أولاً: طبيعة عنصر الاستعجال

خلال عرضنا لمختلف التعريفات المتعلقة بعنصر الاستعجال وقفنا على الطبيعة المتغيرة لهذا الشرط حسب طبيعة موضوع الدعوى الواجب إحاطتها بالحماية المؤقتة وفق الظروف التي تحيط بتلك الدعوى، فعنصر الاستعجال إما أن المشعر يتكلف بالتنصيص على وجوده أو يترك لقاضي الأمور المستعجلة استخلاصه

حسب الحالة المعروضة عليه، حيث يتأكد هذا الأخير من مدى توافر الضرر المقصود والخطر المحدق على مصالح الأطراف، واللذان لا يمكن تفادي وقوعهما باتباع إجراءات التقاضي العادية.

وإذا كان الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية وكذا المادة 19 من القانون رقم 41-90 المحدث بموجبه محاكم إدارية قد جعل مسألة تقدير حالة الاستعجال اختصاصاً أصيلاً لقاضي المستعجلات، فإنه بالتالي قد جعل هذا الاختصاص من النظام العام، إذ لا يحق للخصوم أن يسبغوا متى شاءوا على دعواهم صفة الاستعجال رغبة منهم في الحصول على حكم سريع.¹⁵⁸

وبالمقابل فإنه ليس للخصوم أن ينزعوا عن الدعوى حالة الاستعجال طالما هي ظاهرة وتشير الأوراق والمستندات إلى قيامها بغية إخراج المنازعة من دائرة اختصاص قاضي الأمور المستعجلة¹⁵⁹، إلا أن ظاهر الأوراق والمستندات في بعض الأحيان قد لا يسعف قاضي المستعجلات في التحقق من توافر شرط الاستعجال من عدمه وفي هذه الحالة لا يسعه إلا أن يلجأ إلى إجراء خبرة أو معاينة.

ثانياً: أهمية عنصر الاستعجال

تتمثل أهمية القضاء المستعجل بصفة عامة في كونه يرد العدوان البادي لأول وهلة من ظاهر المستندات بإجراءات وقتية تتغير كلما جد جديد في ظروف النزاع

¹⁵⁸ عبد الله قال، القضاء الاستعجالي الإداري بين القواعد العامة والنصوص الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القوانين الإجرائية المدنية، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2010/2011، ص 28.
¹⁵⁹ مصطفى مجدي هرجه، الجديد في القضاء المستعجل، دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة 1981، ص 15.

وتتميز بالبساطة والمرونة وقلة النفقات، مع الاقتصاد في الوقت واختصار في الإجراءات، وبذلك يكون القضاء المستعجل عامل توفيق بين الأناة اللازمة لحسن سير العدالة وبين نتائج هذه الأناة التي قد تعصف أحيانا بحقوق الخصوم.¹⁶⁰

وتتجلى أهمية عنصر الاستعجال كشرط جوهري لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة في إطار دعوى إيقاف تنفيذ الدين الضريبي، في كونه يحمي بالدرجة الأساسية مصالح الخاضع للضريبة، التي تتعارض طبعاً مع مصالح الإدارة الضريبية.

فباستقراء مقتضيات المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية، يتضح أن مسطرة الاستخلاص يمكن أن تكون لها آثار جانبية على الخاضع للضريبة بصفة خاصة وعلى المقاول بصفة عامة، إذا ما لاحظنا حجم تأثير كل من الحجز والبيع والإشعار للغير الحائز على مسار ومستقبل المقاول¹⁶¹، مما قد يصل بها إلى سد أبواب التمويل بالسيولة في وجهها أو توقف نشاطها. وهنا يظهر بشكل واضح على أن إجراءات التحصيل الجبري تشكل في كنهها خطراً محدقاً لمصالح الخاضع للضريبة، مما تتولد عنها حالة الاستعجال التي تستدعي تدخلاً عاجلاً من قاضي المستعجلات لتفادي ما قد ينجم عن مباشرتها في مواجهة المدعي من أضرار من الصعب تداركها.¹⁶²

¹⁶⁰ عبد الله درميش، موقع القضاء المستعجل من القضاء بصفة عامة، م س، ص 13.
¹⁶¹ أحمد حنين، مفهوم المنازعة الجدية في طلب إيقاف تحصيل الأمر بالاستخلاص، العمل القضائي والمنازعات الضريبية، اشغال اليومين الدراسي 28 و 29 مارس 2005، دفا تر المجلس الأعلى عدد 2005/8، ص 287.
¹⁶² سعيد العمري، م س، ص 75.

وفي هذا الإطار فإن الدعوى الضريبية التي تنصب على المصالح المادية للخاضع للضريبة تتوفر فيها عنصر الاستعجال، نظرا لجسامة الأضرار التي قد تلحق بالخاضع للضريبة إذا ما طبقت في مواجهته إجراءات التحصيل الجبري، مع أن إدارة التحصيل ترفض هذا الطرح في دفعوعاتها، على اعتبار أن التنفيذ على أموال المدين لا يؤدي في جميع الحالات إلى نتائج يصعب تداركها لأن المدين بإمكانه استرداد ما أداه إذا ثبت فيما بعد صحة ما يدعيه وفقا لقواعد الاسترداد المعمول بها في هذا الصدد.¹⁶³

الفقرة الثانية: شروط الاستعجال

أولا: وجود حقوق أو مصالح مهددة

نكون أمام حقوق أو مصالح مهددة إذا كانت هذه الأخيرة في وضعية يحتمل معها أن تتعرض لخطر عاجل يهددها، إن لم تتخذ الإجراءات الاحتياطية المتطلبة، وعندها يكون تدخل قاضي الأمور المستعجلة لمنع حصول الضرر ناجعا وفيه حماية للمصالح أو الحقوق المهددة.¹⁶⁴

وقد صاغ الأستاذ منقار بنيس¹⁶⁵ مثالا لهذه الحالة. وهكذا يعتبر عنصر الاستعجال متوافرا إذا كانت المحاصيل الزراعية أو الفلاحية مثلا موضوع نزاع بين

¹⁶³ محمد شكري، القانون الضريبي المغربي - دراسة تحليلية ونقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى 2003، ص 241.

¹⁶⁴ محمد منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، م س، ص 47.

¹⁶⁵ محمد منقار بنيس، م س، ص 47-48.

الشركاء، ويقبل قاضي المستعجلات طلب بيعها وإيداع ثمنها إلى حين البت في النزاع حول ملكية تلك المحاصيل، أو نسبة توزيعها، لأنها لو تركت على الأرض أوفى الأشجار لتعرضت للتلف قبل صدور الحكم في الموضوع، وفي هذه الحالة يكمن الاستعجال في الخطر المحدق بالمحاصيل الزراعية أو الفلاحية إن لم تكن ولم تباع في الوقت المناسب، فالخطر الوشيك الوقوع أي الاحتمال الأكيد لتلف المحاصيل الزراعية هو الذي يبرر تدخل قاضي المستعجلات للاستجابة لطلب البيع وإيداع الثمن، وإلا ضاعت المحاصيل قبل البت في موضوع النزاع.

ونقرأ في حيثيات أمر صادر عن رئيس إدارية مراكش ما يلي: "وحيث إنه باطلاعنا على ظاهر وثائق الملف، وخاصة دعوى الموضوع المفتوح لها الملف رقم 2016/7109/604 يتبين بان طلب الطالبة يتوفر على عنصر الاستعجال نظرا لما ينطوي عليه الاشعار للغير الحائز من غل يد هذه الأخيرة (الطالبة) في التصرف في أموالها المودعة بالبنك المذكور"¹⁶⁶، كما جاء في امر صادر عن نفس المحكمة "وحيث انه بالنسبة لمدى توفر عنصر الاستعجال، فالثابت من ظاهر وثائق الملف ان قابض الإدارة الجبائية بمراكش قد اصدر اشعارا للغير الحائز الى مصرف المغرب مراكش كليز مطالبا إياه بدفع مبلغ ...

¹⁶⁶ امر عدد 238، مؤرخ في 27 ذو القعدة 1437 الموافق 31 غشت 2016، في الملف عدد 2016/7101/208، غير منشور.

وحيث انه وتبعاً لذلك ومادامت المبالغ ستخرج حتماً من الذمة المالية للطالب...¹⁶⁷.

ثانياً: احتمال حصول خطريته تداركه وإصلاحه

ويعني ذلك أن الضرر المحتمل من النوع الذي ليس من الممكن تلافيه وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوثه، فمن جهة ليس من الضروري أن يكون الضرر أكيد الوقوع، ويكفي أن يكون احتمالياً. ومن جهة أخرى يتعين أن يكون من المتعذر تدارك ذلك الضرر وإصلاح النتائج المترتبة عنه.¹⁶⁸

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الخاضع للضريبة أثناء رفعه للدعوى أمام القضاء المختص يكون في غنى عن إثبات حالة الاستعجال مادام أن القضاء يعتمد قرينة شبه قاطعة مؤداها أن متابعة المدين بإجراءات التحصيل الجبري يمكن أن يمتد في أي وقت إلى التنفيذ عليه أو على أمواله، مما قد يتسبب له في أضرار يصعب تداركها مستقبلاً وهو ما يشكل حالة الاستعجال، وبالتالي فإنه يكفي للمدين هنا أن يثبت فقط أنه متابع في إطار إجراءات التحصيل الجبري¹⁶⁹، ومن ثم فإن قاضي الأمور المستعجلة يتدخل لوقف إجراءات المتابعة ضد المدين المتابع كلما توفر عنصر الاستعجال لاعتباره شرطاً أساسياً للنظر في الدعوى، سعياً وحفاظاً على

¹⁶⁷ امر عدد 28، مؤرخ في 9 ربيع الثاني 1437 الموافق 20 يناير 2016، في الملف عدد 2015/7101/442، غير منشور.

¹⁶⁸ م س، ص 48.

¹⁶⁹ عبد الرحمن إبليل، الإثبات في المادة الضريبية بين القواعد العامة وخصوصيات المادة (على ضوء الممارسة والاجتهاد القضائي)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2013، ص 226.

المشروعية والتوازن الواجب تحقيقه بين مصالح الخزينة العامة للمملكة وحقوق الخاضعين للضريبة¹⁷⁰.

وعندما نتحدث عن الحماية القضائية لأطراف العلاقة الجبائية التي يسهر على توفيرها قاضي المستعجلات، فإن هذا الأخير يوجد في وضعية صعبة بالنظر الى جسامة وصعوبة التوفيق بين موقف الخاضع للضريبة الذي يدعي ان مباشرة التحصيل الجبري في حقه سينتج عنه أضرار جسيمة قد يصعب جبرها في المستقبل، وبين وضعية الخزينة العامة التي تسعى الى تحصيل الديون الضريبية¹⁷¹، نظرا للالتزامات المالية التي تواجهها بغض النظر على ان عملية التحصيل اهم وضعية تقوم بها هذه المؤسسة¹⁷²، حيث تروم دائما الى استخلاص قدر كبير من الديون المستحقة وضخها في ميزانية مصادق عليها من طرف البرلمان لتمويل النفقات العامة وتحقيق التنمية المنشودة¹⁷³، بحيث ان عدم استيفاء الديون الضريبية من شأنه ان يعرقل العملية الاقتصادية ويحدث اختلالا في التوازنات المالية.

وإذا كانت إدارة التحصيل تسعى دائما الى الحفاظ على مصالحها، فإنها في المقابل ترفض طرح الخاضع للضريبة الذي يتأسس على كون مصالحه مهددة إثر متابعته بإجراءات التحصيل الجبري. في حين يتمسك القضاء الاستعجالي بخلاف

¹⁷⁰ عبد اللطيف العمراني، إيقاف إجراءات تحصيل الديون العمومية في ضوء الاجتهادات القضائية - مقارنة مفهوم جدية المنازعة الجبائية نموذجاً، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 65 نونبر - دجنبر 2005، ص 68.

¹⁷¹ محمد شكري، م س، ص 302

¹⁷² فاروق الهاشمي، نشاط الخزينة العامة في مصادر تحصيل الضرائب والرسوم، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 90-100، يوليو - أكتوبر 2011، ص 72.

¹⁷³ مريم خلد، الملزم والإدارة الضريبية اية علاقة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2008/2009، ص 22.

ذلك، بدعوى ان الخزينة ومن باب حسن سير العدالة لن يلحقها أي ضرر حين وقف إجراءات التحصيل الجبري اذا ما انتظرت البت في دعوى الموضوع.¹⁷⁴

المبحث الثاني: عدم المساس بالجوهر

يعتبر القضاء الاستعجالي قضاء متميزا ومستقلا عن قضاء الموضوع من حيث اختصاصه بالدعاوى المستعجلة، كما يستقل عنه بإجراءاته المتميزة واحكامه الخاصة، ولا شك ان أهم ما يميز هذا القضاء هي شروطه التي ينعقد بها اختصاصه بنظر الدعاوى المستعجلة.¹⁷⁵

فإلى جانب عنصر الاستعجال كشرط أساسي لقبول طلب إيقاف تنفيذ إجراءات التحصيل الجبري، فان المشرع أضاف شرط عدم المساس بأصل الحق كمحدد رئيسي لانعقاد اختصاص قاضي المستعجلات للبت في دعوى إيقاف التنفيذ، وهو الشرط الذي تولى المشرع المغربي تناوله في الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية والمحال عليه بمقتضى القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

وعلى هذا الأساس، سوف نتولى دراسة شرط عدم المساس بالجوهر من خلال فقرتين أساسيتين، بحيث نعرض في (المطلب الاول) لمفهوم عدم المساس بالجوهر وذلك من خلال تعريفه والوقوف على علاقته بالنظام العام، وذلك قبل ان نعرض من خلال (المطلب الثاني) لشروطه.

¹⁷⁴زايد بوزكري، م س، ص 63.

¹⁷⁵سعيد العمري، م س، ص 96.

المطلب الأول: تعريف عدم المساس بالجواهر وعلاقته بالنظام العام

من المعلوم ان القضاء الاستعجالي عبارة عن نظام إسعاف قانوني مكمل للقضاء العادي ان صح التعبير، ولا ينبغي ان يحل محله بتناول البت في النزاعات التي يرجع الاختصاص بالبت فيها الى قضاء الموضوع على ان شرط عدم المساس بالجواهر من أهم الشروط التي ينبغي توافرها لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

ورغم ان المشرع المغربي أشار الى هذا الشرط في قانون المسطرة المدنية، فإنه لم يضع أي تعريف للحد من التأويلات الفقهية والقضائية حوله. ونحن في إطار هذه النقطة سنتولى إعطاء تعريف لشرط عدم المساس بأصل الحق (الفقرة الأولى)، الى جانب الوقوف على علاقة هذا الشرط بالنظام العام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف مبدأ عدم المساس بالجواهر

لم يتول المشرع المغربي تعريف شرط عدم المساس بجواهر الحق شأنه في ذلك شأن عنصر الاستعجال، وإنما اكتفى فقط بالتنصيص عليه وذلك بمقتضى الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه ما يلي: "لا تبت الأوامر الاستعجالية الا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن ان يقضى به في الجواهر".

ويذهب بعض الفقه¹⁷⁶ الى ان المقصود من عدم المساس بجوهر الحق ان يمنع على قاضي الأمور المستعجلة البت في اصل الحق ذاته، لا إيجابيا ولا سلبيا فيما يمكن ان يتخذه من أوامر، وبعبارة أخرى عدم تجاوز الاختصاص الموكول إليه باتخاذ الأوامر التي تهدف الى حماية الحقوق. كما عرفه آخر¹⁷⁷ بأنه كل ما يتعلق بموضوع الدعوى ويرتبط بها وجودا وعدما، ويندرج فيه كل ما يمس صحته او يؤثر فيه سلبا او إيجابا او يغير من معالمة وكذا من آثاره القانونية.

في الحين الذي عرف جانب آخر من الفقه¹⁷⁸ شرط عدم المساس بالجوهر بأنه "الا ينظر قاضي الأمور المستعجلة في موضوع الدعوى ولا في اصل الحق، على ان هذا لا يمنع من ان يتفحص موضوع الدعوى بشكل عرضي بالقدر الذي يكفي لتكوين قناعاته".

وان كنا نتفق مع ما ذهبت إليه الاتجاهات الفقهية من ان اختصاص قاضي الأمور المستعجلة لا يسمح لهذا الأخير بالمساس بما يمكن ان يقضى به في الموضوع، فان عدم المساس بأصل الحق لا يتنافى مع فحص الحق ذاته وجوهره بشكل عرضي من اجل الوصول الى الحقيقة، والتي تتمثل في قيام خطر محقق بالحق المراد المحافظة عليه وحقيقة وجود نزاع جدي. وهو ما سارت عليه الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في قرارها المؤرخ في 2001/10/26 والذي نقرأ

¹⁷⁶منقار بنيس، القضاء الاستعجالي، م س، ص 52.

¹⁷⁷رضوان اعيمي، م س، ص 42.

¹⁷⁸عبد الكريم الطالب، م س، ص 107.

فيه ما يلي: " ان قاضي المستعجلات ليس ممنوعا من مناقشة ظاهر ما هو معروض عليه للتأكد من جدية طلب إيقاف التنفيذ، واستخلاصه من ظاهر معطيات النزاع ما يفيد هذه الجدية لا يشكل مساسا بجوهر النزاع"¹⁷⁹.

وعليه فان قاضي المستعجلات وان كانت له صلاحية فحص ظاهر الأوراق والمستندات فان ذلك مشروط بعدم تعمقه في جوهرها، وذلك حفاظا على الحق في جوهره، حيث يكفي بوضع لمساته الخفيفة على ظاهرها فقط، كما لا يمكنه ان يصدر حكما قد يقضي بتحديد مراكز أطراف النزاع.¹⁸⁰

الفقرة الثانية: علاقة مبدأ عدم المساس بالجوهر بالنظام العام

يثار التساؤل هنا حول ما إذا كان شرط عدم المساس بأصل الحق ذا علاقة بالنظام العام ام لا؟ وبمعنى آخر هل يمكن لقاضي الأمور المستعجلة وهو يبت في طلب إيقاف إجراءات التحصيل الجبري للدين الضريبي ان يمس بما يمكن ان يقضى به في الموضوع وبالتالي يؤثر بأمره على المراكز القانونية لأطراف الدعوى، ام يتعين عليه ان يقضي برفض الطلب كلما تبين له ان تدخله من شأنه المساس بالجوهر؟

ولعل ما دفعنا الى تناول موضوع علاقة مبدأ عدم المساس بالجوهر بأصل الحق وبالتالي طرحنا للتساؤل أعلاه، هو ما ذهب اليه المشرع المغربي في القانون المحدث للمحاكم التجارية من السماح استثناء لقاضي المستعجلات في المساس بما

¹⁷⁹قرار عدد 107، المؤرخ في 2001/10/26، في الملف عدد 2000/4/1/1407، منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/9.
¹⁸⁰زايد بوزكري، القضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، م س، ص 66.

يمكن ان يقضى به في الموضوع، وذلك عندما نصت المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية في فقرتها الأخيرة بأنه "يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق - رغم وجود منازعة جدية - ان يأمر بكل التدابير التحفظية او بإرجاع الحالة الى ما كانت عليه لدرء ضرر حال او لوضع حد لاضطراب ثبت جليا انه غير مشروع"، وذلك استثناء من مقتضيات الفقرة الأولى من نفس المادة والتي تقضي بأنه "يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة وفي حدود اختصاص المحكمة ان يأمر بكل التدابير التي لا تمس اية منازعة جدية".

وفي هذا الإطار يرى احد الفقهاء¹⁸¹ ان عدم المساس بأصل الحق عند النظري الطلبات المستعجلة في دعاوى القضاء الشامل - والتي تعتبر الدعوى الضريبية واحدة منها - لا يعني عدم احتمال وقوع ضرر لمصلحة أحد طرفي الدعوى لان وقوع الضرر ليس أثرا من آثار المساس بأصل الحق، وإنما قد يقع ضرر من الحكم الوقتي الذي ينشأ حولا وقتية لحفظ الحقوق المتنازع عليها حتى يفصل فيها، وهذه الحلول الوقتي التي تحمي صاحب الطلب المستعجل قد تحدث ضررا لمصلحة الخصم الآخر، ولكن يجب ان لا تؤدي الى التأثير في موضوع الدعوى فليس للمحكمة ان تبني حكمها المؤقت على اعتبارات تتصل بأصل الحق.

¹⁸¹ محمد الاعرج، النظر في الطلبات المستعجلة والفصل فيها، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية - سلسلة مواضيع الساعة -، العدد 50 - سنة 2005، ص 38.

ويرى أحد الباحثين¹⁸² كذلك ان احتمال وقوع الضرر على هذا النحو يعني ان أصل الحق والموضوع ليس معناه الضرر الذي يلحق بحقوق الخصوم او بحقوق بعضهم من القرارات الوقتية المستعجلة التي تصدر في حدود القانون والذي قد يتعذر تلافيه او إصلاحه بعد ذلك حين تحكم محكمة الموضوع، فقد يترتب على الحكم بوقف استمرار تنفيذ العقد ضررا بليغا بحقوق احد الخصوم لا يمكن تعويضه بعد ذلك حتى ولو طرح النزاع أمام محكمة الموضوع وقضت بإلغاء الأمر المستعجل الصادر بشأنه، ومع ذلك فإن الفصل في جميع هذه المنازعات يدخل في اختصاص القضاء المستعجل بالرغم من ذلك لكونها لا تخرج على أنها إجراءات وقتية تحفظية لا تمت إلى أصل الحق بصله، فإذا توافر الاستعجال وكان الطلب وقتيا اختص قاضي المستعجلات بالفصل فيه ولو كان من شأن الحكم فيه الإضرار بمركز احد الخصوم ودون ان يعتبر ذلك خروجاً على قاعدة عدم المساس بأصل الحق، والقول بغير ذلك مؤداه ان يصبح اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في حدود ضيقة لا تتعدى مجرد توفيق بين الحقوق المتنازع عليها توفيقاً اقرب الى الصلح منه الى الفصل في الدعوى.

نستشف إذا من خلال هذين الموقفين ان عدم المساس بالجوهر شرط أساسي لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وبالتالي لا يمكن لهذا الأخير أن يمس به باي وجه من الأوجه، وحتى لو اضطر الى الحاق ضرر بأحد أطراف الدعوى من خلال

¹⁸²عبد الله فال، م س، ص 41-42.

الأمر الذي يصدره في طلب وقف التنفيذ. وهذا الموقف نزكيه من جهتنا أيضا، فبالإضافة الى ما تمت الإشارة إليه آنفا، فإنه بالرجوع الى قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب القانون المحدث للمحاكم الإدارية، نجد الفصل 152 منه يقضي بان الأوامر الاستعجالية لا تبت الا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن ان يقضى به في الجوهر. وهي نفس المقتضيات التي تطبق أمام قاضي المستعجلات الإداري في إطار دعوى وقف تنفيذ الدين الضريبي، ذلك ان المشرع المغربي لم يورد أي استثناء على هذه القاعدة في قانون المسطرة المدنية كما فعل في القانون المحدث للمحاكم التجارية. ومن هنا يمكن ان نستنتج بأن شرط عدم المساس بالجوهر في إطار دعوى إيقاف إجراءات التحصيل الجبري للدين الضريبي يرتبط بالنظام العام ولا يمكن بالتالي لقاضي المستعجلات ان يخرقه والا عد بذلك متجاوزا لحدود اختصاصه.

المطلب الثاني: شروط مبدأ عدم المساس بالجوهر

ان مبدأ عدم المساس بالجوهر كشرط لانعقاد اختصاص قاضي المستعجلات هو الاخر شأنه في ذلك شأن عنصر الاستعجال، لن يستقيم الا بتوافر شروطه، والتي حددها الفقه كذلك في وجوب كون الإجراءات وقتيا (الفقرة الأولى) إضافة الى وجوب تقيد قاضي الأمور المستعجلة بالبحث في ظاهر الأوراق والمستندات (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: وجوب كون الإجراء وقتيا

لعل الأمر الذي شجع القضاء الاستعجالي الإداري لإقرار نظام إيقاف تنفيذ الدين الضريبي هو اكتسائ الطلبات المتعلقة به طابعا وقتيا، مما يجعله من زمرة الطلبات الاستعجالية والوقوتية التي تعتبر من صميم اختصاص هذا القضاء.¹⁸³

وعليه يمكن اعتبار الطابع الوقتي الذي تتسم به طلبات إيقاف التنفيذ أقوى مبرر على منح الاختصاص بشأنها لقاضي الأمور المستعجلة، لا سيما وان القواعد العامة المنظمة للاستعجال سواء تلك الواردة في القانون 41-90 او تلك الواردة في قانون المسطرة المدنية، بإمكانها استيعاب مجموعة من الحالات والأوضاع القانونية التي قد تطرا في المستقبل، والتي لا يمكن للتشريع ان يتنبأ لها جميعا او يتناولها بالتنظيم والتفصيل.¹⁸⁴

ويطرح السؤال هنا حول المقصود من الإجراء او الطابع الوقتي؟ ومتى يتحلى الطلب القضائي بهذه الصفة؟

يذهب أحد الفقهاء الى ان الإجراء الوقتي هو الذي يرمي الى حماية حق يخشى عليه من فوات الأوان، او الذي يقصد منه إبعاد خطر محقق الوقوع، او المحافظة على حالة فعلية مشروعة او صيانة مركز قانوني قائم.¹⁸⁵

¹⁸³ محمد قصري، إيقاف تنفيذ الدين العمومي امام القضاء الاستعجالي، مقال منشور بمجلة المحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 3 ماي 2008، ص 34.

¹⁸⁴ سعيد العمري، م س، ص 68.

¹⁸⁵ محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة 1977، ص 83، أشار اليه عبد الكريم الطالب، م س، ص 110.

وميز الأستاذ عبد الكريم الطالب بين كل من الاجراء الوقي والإجراء العادي والإجراء المستعجل على الشكل التالي¹⁸⁶:

. فالإجراء العادي "هو الذي تتبع فيه المسطرة العادية في رفع الدعوى، والحكم فيها، والطعن في هذا الحكم، والأصل في الإجراءات انها عادية ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، ويعود الاختصاص فيها لقاضي الموضوع";

. والإجراء الوقي "هو الذي يتميز بعدم تقييده لقاضي الأمور المستعجلة او قاضي الموضوع، وبإمكانية العدول عنه دون حدوث ضرر يصعب تلافيه ...";

. أما الاجراء المستعجل "فهو الذي يكون مقرونا بعنصر الاستعجال ويخضع لمسطرة خاصة غير المسطرة المنصوص عليها في الحالات العادية، وهي المنصوص عليها من طرف المشرع المغربي في الفصول 149 الى 154 من قانون المسطرة المدنية".

بناء على ذلك، يتضح بان إيقاف التنفيذ تنطبق عليه خصائص الإجراء الوقي، فهو إجراء وقي لكونه لا يقيد قاضي الأمور المستعجلة، إذ يمكنه العدول عنه دون حدوث ضرر يصعب تلافيه، لأنه في أصله لا يمس بجوهر الحقوق ولا يغير في المراكز القانونية للأطراف. وكما أنه لا يقيد قاضي المستعجلات، فهو لا يقيد قاضي الموضوع أيضا، اذ يمكن أن يبني قاضي المستعجلات منح الأمر بإيقاف تنفيذ الدين الضريبي على احتمال إلغاء هذا الدين من قبل قاضي الموضوع، لكن هذا الاحتمال

¹⁸⁶ عبد الكريم الطالب، م س، ص 110-111.

لا يقيد قاضي الموضوع ولا يؤثر حتى على مسار البت في جوهر النزاع، ومتى تم تأكيد وجود الدين العمومي على مستوى الموضوع زالت بذلك حجية الأمر بإيقاف التنفيذ ولا يبقى له اثر.¹⁸⁷

وفي هذا الإطار نقرأ في حيثيات الأمرين الاستعجاليين الصادرين عن رئيس المحكمة الإدارية بمراكش ما يلي: "لكن حيث يبقى الدفع المستمد من عدم اختصاصنا للبت في الطلب الحالي غير ذي أساس، ذلك أنه فضلاً عن كون طلبات إيقاف التنفيذ حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية تكون مفترضة بحالة الاستعجال....، فإن الطلب الحالي يندرج ضمن الطلبات الوقتية التي لا تمس بالموضوع والداخلية في اختصاص رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضياً للمستعجلات طبقاً للمادة 19 من القانون رقم 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية..."¹⁸⁸، وجاء في الأمر الثاني "لكن حيث أنه من جهة فمادامت الطالبة غير مديونة لمديرية الضرائب بمراكش بأي دين ضريبي كما ان أي إجراء من إجراءات التحصيل الجبري لم تقم باتخاذها في مواجهتها قباضة الإدارة الجبائية فإن طلبها الحالي الرامي الى رفع التعرض عن ناقلاتها انما يدخل في زمرة الطلبات الرامية الى اتخاذ التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية التي تقتضيها حالة الاستعجال المتمثلة في الخطر المحدق بناقلاتها..."¹⁸⁹.

¹⁸⁷ سعيد العمري، م س، ص 69.

¹⁸⁸ امر عدد 139، مؤرخ في 11 شعبان 1437 الموافق 18 ماي 2016، في الملف عدد 2016/7101/91، غير منشور.

¹⁸⁹ امر عدد 147، مؤرخ في 13/5/2015، في الملف عدد 2015/7101/30، غير منشور.

الفقرة الثانية: وجوب البحث في ظاهر الأوراق والمستندات

يتعين على قاضي الأمور المستعجلة وهو بصدد البت في طلب إيقاف إجراءات التحصيل الجبري، وحتى لا يمس بما يمكن ان يقضى به في الجوهر، - يتعين عليه - ان يلتزم بالبحث في ظاهر الأوراق والمستندات التي يدلي بها طالب الإيقاف تعزيزاً لطلبه، والتي تدلي بها الإدارة الضريبية دفاعاً عن مصالحها.

ويتربط على ذلك حسب الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي، ان قاضي الأمور المستعجلة يتعين عليه ان لا يتعمق في فحص جوهر وكنه المستندات، وإنما عليه ان يكتفي بوضع لمساته الخفيفة على ظاهرها دون البحث في تفسيرها أو تأويلها، فهو يفحص فقط وجهها ليحمي من يبدو لأول وهلة أنه أجدر بالحماية، ولا يمكنه ان يجري تحقيقات أو أبحاث أو معائنات لإثبات أو نفي الحق وان كان له ان يقوم بذلك من أجل اثبات الخطر الذي هو كونه عنصر الاستعجال.¹⁹⁰

وهذا الأمر هو ما تمكنا من استخلاصه من خلال اطلاعنا على مجموعة من الأوامر الصادرة عن قاضي المستعجلات لدى المحكمة الإدارية بمراكش والتي وجدنا بها جميعها عبارة "وحيث ان البادي من ظاهر مستندات الملف" وكذا عبارة "وحيث انه، وبعد الاطلاع على ظاهر وثائق الملف، وخاصة دعوى الموضوع المفتوحة بهذه المحكمة تحت رقم ..."، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الأمر¹⁹¹ عدد 50 المؤرخ

¹⁹⁰ إدريس العلوي العبدلاوي، قضاء الأمور المستعجلة في التشريع المغربي، المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد الثاني 1983، ص

25.

¹⁹¹ أمر استعجالي غير منشور.

في 02 مارس 2016 في الملف الاستعجالي عدد 411/7101/2015، والأمر¹⁹² عدد 318

المؤرخ في 2016/11/09 في الملف عدد 270/7101/2016.

وفي إطار التزام قاضي الأمور المستعجلة بشرط البحث في ظاهر الأوراق والمستندات، نقراً في حيثيات الأمر الصادر عن رئيس إدارية مراكش¹⁹³ ما مفاده "وحيث ان البت في الطلب الحالي يشكل منازعة موضوعية على اعتبار ان البت فيه يقتضي فحص الحجج والمستندات وليس الاطلاع على ظاهرها فقط للتأكد من مشروعية الرهن المطلوب رفعه والحسم في انتفاء المديونية...".

أما عن اعتبار مبدأ عدم المساس بما يمكن ان يقضى به في الجوهر أو ما يصطلح عليه كذلك بعدم المساس بأصل الحق شرطاً لازماً لانعقاد الاختصاص لقاضي المستعجلات الإداري فقد جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بمراكش¹⁹⁴ ما يلي: "لكن حيث ان مناط اختصاص قاضي المستعجلات إنما ينحصر في اتخاذ جميع التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية التي تقتضيها حالة

¹⁹² أمر استعجالي غير منشور.

¹⁹³ أمر عدد 85، مؤرخ في 06 رجب 1437 الموافق 13 ابريل 2016، في الملف عدد 88/7101/2016، غير منشور.

¹⁹⁴ أمر رقم 94، مؤرخ في 2015/4/15، في الملف عدد 44/7101/2015، غير منشور.

وفي نفس الصدد جاء في أمر آخر صادر عن قاضي المستعجلات لدى إدارية مراكش ما يلي: " وحيث انه، حقاً، فطالما ان الطلب الأصلي وكذا مقال التدخل الاختياري في الدعوى يهدفان الى رفع الحجز عن مبلغ اتعاب الأستاذة (...) في اطار الملف التنفيذي رقم ... الموقع من طرف الإدارة الجبائية، فهو طلب يشكل منازعة جوهرية تقتضي النظر في مدى مشروعية الاجراء المطلوب، لا سيما امام المنازعة المثارة بين الأطراف، فضلاً عما يقتضي ذلك من فحص الحجج والمستندات المدلى بها كل طرف وليس الاطلاع على ظاهرها فقط، الامر الذي من شأنه المساس بجوهر الحق ويخرج بالتالي عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات الذي ينحصر في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ويتعين معه بالتالي التصريح بعدم اختصاصنا للبت في الطلبين وإبقاء الصائر على رافعهما"، أمر عدد 57 المؤرخ في 09 مارس 2016، في الملف عدد 16/7101/2016، غير منشور.

وجاء كذلك في الامر السابق الإشارة اليه عدد 85 في الملف عدد 88/7101/2016 ما يلي: "وحيث يختص قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية، ويشترط لانعقاد اختصاصه توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بما يما يمكن ان يقضى به في الجوهر عملاً بأحكام الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية.

وحيث ان البت في الطلب الحالي يشكل منازعة موضوعية على اعتبار ان البت فيه يقتضي فحص الحجج والمستندات وليس الاطلاع على ظاهرها فقط للتأكد من مشروعية الرهن المطلوب رفعه والحسم في انتفاء المديونية، الامر الذي من شأنه المساس بجوهر الحق ويخرج بالتالي عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات الذي ينحصر في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية". أمر غير منشور.

الاستعجال ولا يمكنه اتخاذ أي إجراء من شأنه المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهري، كما ان حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق يعتبران شرطان لازمان لاختصاص قاضي المستعجلات بحيث ان اختصاص هذا الاخير يبقى رهين بتحقق الشرطين المذكورين معا.

وحيث في نازلة الحال فان البت في طلب استرجاع المبالغ المالية المشار إليها أعلاه يقتضي التأكد من الواقعة المنشئة للضرائب المفروضة على المدعي ومن مدى مشروعية الإجراءات التي اتخذها السيد القابض في سبيل استخلاص المبالغ التي ترتبت عنها تلك الضرائب وذلك عن طريق فحص وتمحيص الوثائق والمستندات وهو ما من شأنه المساس بأصل الحق مهما كان عنصر الاستعجال حاضرا الأمر الذي يخرج عن نطاق اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

خاتمة:

يتضح اذا من خلال ما فصلناه بخصوص شرطي الاستعجال وعدم المساس بالجوهري ما لهذين الأخيرين من أهمية كبيرة للقول بانعقاد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة لدى المحكمة الإدارية وذلك للبت في طلبات إيقاف إجراءات التحصيل الجبري للديون الضريبية. غير ان ما تجدر الإشارة اليه في ختام هذا المقال، هو ان الامر لا يتطلب فقط مجرد توافر الشرطين سالف الذكر حتى ينعقد الاختصاص للقضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، بل يتعين إضافة الى ذلك ان يتوفر شرطين

اخرين لا يقلان أهمية عن الشروط الأخرى، ويتعلق الامر بعنصر الجدية وتوفر الضمانات عند اللزوم، وهو ما سيكون موضوعا لمقال لاحق باذن الله.



الأستاذة فاطنة النوحى

باحثة بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق

أكدا - الرباط

الإثبات في المرض المهني وإشكاليته

مقدمة:

إن المخاطر المهنية لا تقتصر على حادثة الشغل أو حادثة الطريق، وإنما تتعداه إلى إصابة العامل بمرض مهني، بفعل اشتغاله في أماكن وظروف غير صحية، مما يؤدي إلى اعتلال في صحته دون وقوع حادث مفاجئ له. ووعيا بذلك تدخل المشرع المغربي وأصدر ظهير 31 ماي 1943، الذي دخلت عليه عدة تعديلات فيما بعد، ومدد بموجبه مقتضيات ظهير 25 يونيو 1927 المغير من حيث الشكل بظهير 6 فبراير 1963¹⁹⁵ هذا الأخير عرف بدوره تعديلات توجت بإخراج قانون رقم 12.18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، الذي حل محل ظهير 6 فبراير 1963.

195 - بالرجوع إلى هذا الظهير يمكن إجمال هذه المقتضيات الخاصة في ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: تتعلق بتحديد الأمراض المهنية وبالشروط الواجب توافرها من أجل المطالبة بالتعويض عنها.

وكان الهدف من هذا التدخل التشريعي، هو إقرار المزيد من الحماية للفئات العمالية، وذلك تحقيقا لطابع الحمائي لقانون الشغل، حيث خول للأجراء المصابين بأمراض مهنية بموجب ظهير 31 ماي 1943 حق الاستفادة من نفس التعويضات التي ينص عليها ظهير حوادث الشغل، بعد إثباتهم للمرض المهني، بعدما لم يكن في استطاعة الأجير المصاب في ما مضى أن يحصل على أي تعويض من مشغله إلا إذا أثبت أركان المسؤولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة¹⁹⁶. ولفهم قضية إثبات المرض المهني وإشكاليته، سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى محورين نعالج في أولهما المرض المهني، ونتطرق في ثانيهما إلى إشكالية إثبات المرض المهني.

المحور الأول: المرض المهني

إن ظهير 31 ماي 1943 بالإضافة إلى مختلف النصوص الأخرى المتممة أو المعدلة له¹⁹⁷، أو تلك التي تبين كيفية تطبيقه¹⁹⁸، هو الذي يحدد الوقائع التي تعد أمراضا مهنية وتخول المصاب بها نيل مختلف التعويضات التي يقررها ظهير 6 فبراير

- الحالة الثانية: تتعلق بكيفية إسناد مسؤولية هذه الأمراض إلى المؤجر أو المؤجرين في حالة تعددهم.

- الحالة الثالثة: فتتعلق بالتصريح عن هذه الأمراض.

¹⁹⁶- بلال العشيري، حوادث الشغل والأمراض المهنية-دراسة نظرية وتطبيقية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الثانية 2011.ص:45.

¹⁹⁷ - ومن هذه الظواهر نذكر:

- ظهير 18 أكتوبر 1945، جريدة رسمية عدد 1727.

- ظهير 16 أكتوبر 1947 جريدة رسمية عدد 1831.

- ظهير 29 أكتوبر 1952 جريدة رسمية عدد 2088.

- ظهير 18 ماي 1959 جريدة رسمية عدد 2331.

¹⁹⁸- وقد أشار إلى أهمها الأستاذ برادة غزيول في مؤلفه حول الأمراض المهنية في التشريع المغربي، دراسة وتطبيق، مكتبة الأمانة بالرباط، 1991، ص:896 وما بعدها الخاصة بالملاحق.

1963. ولفهم هذا النوع من المخاطر، سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم المرض المهني وأنواعه "المطلب الأول"، ثم نتعرض لشروط المرض المهني وطبيعته "المطلب الثاني".

أولاً: مفهوم المرض المهني وأنواعه

لنتناول هذا المطلب نتعرض أولاً لتحديد مفهوم المرض المهني الموجب للتعويض في إطار ظهير حوادث الشغل والأمراض المهنية، ثم نتطرق ثانياً لمعرفة أنواعه كما حددها المشرع المغربي بعد أن أوضح الأعمال أو المواد التي قد تتسبب في ظهورها خلال مدة زمنية.

أ: مفهوم المرض المهني

رغم الصعوبة التي طرحت بصدد تعريف المرض المهني بحكم عدم خضوعه لقاعدة علمية أو معيار قانوني¹⁹⁹، وكذا لكونه ظاهرة متعددة الأسباب متنوعة الأوجه والأعراض²⁰⁰، فإنه من الناحية الطبية ليس من السهل وضع حدود فاصلة بين المرض المهني والمرض العادي، وذلك لصعوبة إثبات علاقة المرض بطبيعة العمل المنجز من قبل الأجير، نظراً لاختلاف فترة التعرض لمخاطر المهنة ومدى مزاومتها، فضلاً عن اختلاف الأجراء أنفسهم من ناحية الاستعداد لتقبل المرض إيجاباً أو سلباً²⁰¹، لاختلاف الحالة البيولوجية من شخص لآخر. إلا أن هذا الأمر لم يشكل عائقاً أمام المحاولات الجادة في الموضوع حيث نجد منظمة العمل الدولية تأتي في

199 - آمال جلال، مسؤولية المؤجر عن حوادث والأمراض المهنية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء 1977، ص: 876.

200 - محمد الكشور، حوادث الشغل والأمراض المهنية المسؤولية والتعويض، مطبعة النجاح الجديدة 1955، ص: 90.

201 - رجب سيد حميدة عبد الله: اتجاهات الضمان الاجتماعي في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1993، ص: 322.

إحدى توصياتها لتقدم ضمن الفقرة الثالثة من المادة 16 تعريفا للمرض المهني على النحو التالي : "كل مرض لا يصاب به عادة إلا الأشخاص الذين يعملون في مهنة معينة، أو تسمم يحدث بسبب المواد المستعملة في مهنة معينة، يجب اعتباره بمثابة مرض مهني يستوجب التعويض عنه وذلك إذا كان الشخص ممن يعملون في تلك المهنة"²⁰²، أما التشريعات فممنها من حاولت إعطاء تعريف للمرض المهني، ومنها من أحجم عن إعطاء أي تعريف.

فمن التشريعات التي عرفت المرض المهني، نجد المشرع التونسي في قانون 1994، حيث جاء في الفقرة الثالثة من الفصل الثالث : "يعتبر مرضا مهنيا كل ظاهرة اعتلال وكل تعفن جرثومي أو إصابة يكون مصدرها بالقرينة ناشئا عن النشاط المهني"، أيضا نجد المشرع السوري الذي عرفه بأنه: "كل مرض يصاب به العامل من جراء عمله، في المواد والأعمال المسببة له"، أما التشريعات التي أحجمت عن إعطاء أي تعريف للمرض المهني، نجد من بينها المشرع الفرنسي²⁰³ وكذا المشرع المغربي، وإنما قد أشار في الفصل الثاني من ظهير 1943، إلى ما يلي: "تعتبر كأمراض مهنية حسب معنى ظهيرنا هذا كل العلل المؤلمة، والأمراض المتسببة عن الجراثيم المتعفنة، وكذلك الأمراض المبينة في قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية المتخذ بعد

202 - منظمة العمل الدولية في توصيتها رقم 67 الصادرة سنة 1944.

V : Francis Lefebvre, accident du travail, maladies professionnelles, Maury - 203
1993. page : 395

استشارة وزير الصحة العمومية، ويشمل هذا القرار جداول يبين فيها دقة ووضوح ما يلي:

أولاً- مظاهر أمراض التسمم الحادة أو المزمنة: التي تتجلى في العملة المعرضين عادة لعوامل مواد سامة بسبب إنجاز أشغال تتطلب ممارسة أو استخدام عناصر سامة، يشار في القرار إلى أهمها على سبيل الإرشاد.

ثانياً- الأعمال المتسببة عن الجراثيم التعفن: والتي تدهم من يشتغل عادة بالأعمال المبينة في الجداول المشار إليها.

ثالثاً- الأعمال الناتجة عن الوسط الذي يوجد فيه العامل، أو عن الوضعيات الملزم اتخاذها لإنجاز شغل من الأشغال المبينة بنفس الجداول المذكورة.

وتتضمن هذه الجداول زيادة على ذلك، الأجل التي يبقى المؤجر خلالها مسؤولاً ضمن حدود الشروط المنصوص عليها في الفصل الثالث الآتي بعده، وإذا وقع تميم الجداول المذكورة أو أعيد النظر فيها، فيجوز لوزير الشغل والشؤون الاجتماعية أن يبين في قراره الأجل التي تصبح بعض انقضائه نافذة التغييرات والزيادات المدخلة على هاته الجداول .

والذي يمكن استنتاجه من خلال مقتضيات هذا النص التشريعي هو أن كل مرض يصاب به الأجير أثناء قيامه بعمله لا يمكن اعتباره مرضاً مهنيًا يخضع لمقتضيات ظهير 6 فبراير 1963، إلا إذا تحققت بشأنه الشروط التي قررها المشرع

من خلال الفصل الثاني أعلاه، لأن المشرع المغربي أخذ بمبدأ تحديد الأمراض المهنية على سبيل الحصر. فالأمراض المهنية منصوص عليها في قوائم²⁰⁴، وسبب اندلاعها ومدة المسؤولية منصوص عليها في لوائح، وبالتالي فإنه لمطالبة الأجير أو ذوو حقوقه في حالة وفاته بالتعويض عن أي مرض يرون أنه مهني، لابد من إثبات الشروط المتطلبة فيه، وذلك حسب نوع المرض المهني، مع إعفاء الأجير وذوو حقوقه من إثبات العلاقة السببية بين المرض والعمل الذي يقوم²⁰⁵.

ب: أنواع المرض المهني

لم يكلف المشرع المغربي الأجير الذي يصاب بمرض مهني إثبات العلاقة السببية بين المرض والشغل الذي يقوم به، وإنما جعل فئة من الأمراض تعتبر مهنية، بحيث لا يحتاج المصاب إلى إثبات هذه العلاقة متى كان يقوم بالأعمال التي تؤدي إلى ظهورها، والمنصوص عليها بنصوص تشريعية أو التنظيمية، والأمراض التي جعلها المشرع مهنية، هي مصنفة على سبيل الحصر²⁰⁶، في قوائم ملحقة بظهير 31 ماي 1943²⁰⁷.

204 - كما يستفاد من قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية بتاريخ 20 ماي 1967 توجد 35 قائمة للأمراض المهنية بعد أن كان عددها مجددا في 18 قائمة قبل هذا التاريخ وبحسب قرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني المؤرخ في 23 دسمبر 1999 أصبح عدد هذه القوائم 86 قائمة يقدر ب 18 قائمة قبل إدخال تعديلات عليها.

205 - آمال جلال، مرجع سابق، ص: 277.

206 - آمال جلال، مرجع سابق، ص: 277.

207 - أنظر قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية الصادر بتاريخ 20 ماي 1967، والمعدل بقرار الوزير رقم 27-855 بتاريخ 19 شتنبر 1972، أنظر أيضا قرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني بتاريخ 13 دجنبر 1999 المتعلق بمراجعة قائمة الأمراض المهنية.

وجدير بالملاحظة أن ظهير 31 ماي 1943 كما وقع تغييره وتتميمه، قد وضع

تصنيفا ثلاثيا للأمراض المهنية " الفصل 2 من الظهير المذكور"، وهي كالآتي:

أ- أمراض التسمم الحادة أو المزمنة: والتي تظهر لدى العمال الذين يستخدمون خلال نشاطهم المهني مواد سامة، ورد النص عليها على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع يستعمل العبارة الآتية:

"لائحة بيانية لأهم الأشغال التي يمكن أن تؤدي إلى ظهور هذه الأمراض"، وبالنسبة لهذا التصنيف فإن الأجير المصاب لا يستفيد من اعتبار كون مرضه مهنيًا، إلا إذا كان معرضًا بكيفية منتظمة لمفعول المواد أو المركبات الوارد تعدادها في القوائم الملحقة بالظهير، ومن هذه المواد نذكر الرصاص الزئبق ومركباته البترول ومشتقاته والفوسفور ومشتقاته...

فهذا النوع من الأمراض المهنية أوجد المشرع بخصوصه قائمة تنقسم إلى لائحتين²⁰⁸ لائحة بأسماء الأمراض وهي واردة على سبيل الحصر، ولائحة بأسماء الأشغال التي من شأنها أن تسبب المرض المهني وهي أشغال واردة على سبيل المثال فقط، ويؤكد هذا أن القائمة البيانية الواردة في الملحق الأول لقرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية بتاريخ 20 ماي 1967، تضمنت فقط أهم الأشغال التي من

208 - أنظر الجدول الملحق بقرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية عدد 100-68 المؤرخ في 20 ماي 1967 بتنفيذ ظهير 31 ماي 1943، الممتدة بموجبه إلى الأمراض المهنية، مقتضيات ظهير 25 يونيو 1927 (الملحق رقم 1)

شأنها أن تسبب هذا النوع من الأمراض المهنية، مما يفيد بإمكانية الاعتداد بأخرى طالما نجم عنها مرض مهني منصوص عليه قانونا.

ب - أمراض التعفن الناتجة عن بعض الجراثيم: ومن ذلك مثلا الكزاز المهني و الجمرة الخبيثة والتيتانوس...ولا تعتبر كل الإصابات الناتجة عن مثل هذه الالتهابات الميكروبية أمراضا مهنية، إلا إذا كان المصاب يقوم بالأشغال التي تسببها بانتظام في الأعمال التي تسببها، مع ملاحظة أن الأشغال التي تسببها واردة على سبيل الحصر في هذا النوع من الأمراض المهنية وليس على سبيل المثال كما في النوع الأول، بمعنى أن الأجبر عليه أن يثبت أنه مصاب بمرض منصوص عليه قانونا، وأن يثبت اشتغاله في العمل المسبب لهذا المرض وبكيفية منتظمة.

ج - الأمراض الناتجة عن الوسط أو المحيط الذي يشتغل فيه المصاب أو عن وضع معين: كوجود العامل في باطن الأرض أو الاشتغال في مكان كثير الضجيج مما يؤدي إلى قصور سمعي، أو مكان قوي أو ضعيف الإضاءة مما يؤدي إلى ضعف بصره، أو اشتغاله في مكان شديد الرطوبة فيصاب بالروماتزم ، وبالنسبة لهذا التصنيف فإنه لا يطلب من الأجبر المصاب أن يكون إحتك باستمرار أو قام بانتظام بالأعمال التي تسبب في ظهور هذا المرض، غير أن لائحة الأشغال التي تعرض لمثل هذه الإصابات واردة بدورها على سبيل الحصر.

ومن خلال تلك الأنواع الثلاثة للأمراض المهنية، يتبين أن المشرع قد نص و بكيفية حصرية على الأمراض المهنية، وعلى الأعمال التي من شأنها أن تسببها، كذلك

يلاحظ أن الملحق رقم 4 تضمن كذلك لائحة بالأمراض التي من المفترض أنها قد تصير مهنية كذلك، والتي يتعين على الأطباء التصريح بها استنادا لمقتضيات الفصل 9 من ظهير 31 ماي 1943²⁰⁹ وهي أمراض كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه²¹⁰ لا تعتبر مهنية، وإنما وضعت لإمكانية تمديد قائمة الأمراض المهنية مستقبلا من جهة، ولاتخاذ التدابير الوقائية اللازمة لها من جهة ثانية.

وتجدر الإشارة في الأخير أن الأجير لكي يتمكن من المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963 فلا يكفي أن يكون مصابا بأي مرض، بل لابد أن تتوفر في هذا الأخير الشروط المنصوص عليها في ظهير 31 ماي 1943 كما وقع تغييره أو تكميمه، مما يفيد وجود تمييز بينه وبين المرض العادي، كما أنه رغم خضوع المرض المهني مع حادثة الشغل إلى نفس مقتضيات ظهير 6 فبراير 1963، إلا أنهما يختلفان في عدة أوجه، وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي.

ثانيا: شروط المرض المهني وطبيعته

بناء على طبيعة الأمراض المهنية، يتبين أنه ليس كل مرض يعد كذلك إلا إذا ورد ضمن الجداول المنصوص عليها قانونا حتى لا يختلط بالمرض العادي، من جهة و يخول من جهة أخرى الأجير المريض الاستفادة من الحماية المنصوص عليها في ظهير

209- تنص مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل التاسع من ظهير 31 ماي 1943 المعدل بظهير 29 شتنبر 1952 أنه: "يتعين على كل طبيب مزاول لمهنة الطب أن يقدم تصريحاً بالمرض المهني، المظنون أنه مهني، الذي شاهده في أحد العلة، سواء كان ذلك المرض مبيّنا أو غير مبيّن في اللائحة التي ستعين في قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية." 210 - آمال جلال، مرجع سابق، ص: 279.

6 فبراير 1963. وللوصول إلى هذا التمييز من خلال الوقوف على الطبيعة القانونية للمرض المهني يجب أولاً معرفة شروطه القانونية.

أ: شروط المرض المهني

لاعتبار المرض الذي يلحق الأجير مرضاً مهنياً يخول له حق الاستفادة من الحماية المقررة بموجب ظهير حوادث الشغل، لابد من أن تتوفر في هذا الأخير الشروط المنصوص عليها في ظهير 31 ماي 1943 كما وقع تغييره أو تكميمه.

وتتمحور هذه الشروط حول الإصابة بمرض منصوص عليه قانوناً، وثبوت اشتغال الأجير المصاب في الأشغال المسببة للمرض، وأن تظهر هذه الأمراض خلال مدة المسؤولية.

1- الإصابة بمرض منصوص عليه قانوناً

لحصول الأجير المصاب على مختلف التعويضات والأداءات المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963، عن مرض يبدو بأنه مهني، لابد وأن يثبت بواسطة شهادة طبية مضافة إلى التصريح بالمرض، أنه مصاب بإحدى الأمراض المهنية الوارد تعدادها في اللوائح الملحقة بظهير 31 ماي 1943 المغير أو المتمم.

2- الاشتغال في العمل المسبب للمرض المهني

على الأجير المصاب بمرض مهني أن يثبت أنه عمل بانتظام في الشغل أو الأشغال التي حددها المشرع كأسباب لهذا المرض، أو في الأعمال التي يمكن أن تؤدي إلى

ظهوره، وذلك بالنسبة للتصنيف الأول والثاني التي رأيناها أعلاه. ويعود لقضاء الموضوع في إطار سلطته التقديرية تحديد ما إذا كان الأجير المصاب قد اشتغل بانتظام أو لا²¹¹. وبالنسبة لأمراض التصنيف الثالث الناجمة عن الوسط المهني أي المحيط أو البيئة أو الظروف التي يتم فيها إنجاز الشغل، أو عن الوضع المعين الذي يوجد عليه في العمل، فإن المشرع المغربي لا يشترط مزاولتها بكيفية منتظمة، وإنما يكفي أن يكون الأجير المصاب اشتغل ولو بكيفية عرضية في أحد الأعمال التي من شأنها أن تسبب مرضاً مهنياً منتظماً لهذا النوع.

3- مدة المسؤولية عن المرض المهني

هذا الشرط يفرض على العامل أن لا تكون مدة المسؤولية قد انتهت ابتداء من تاريخ مغادرته للعمل أو الأعمال التي تعرض للإصابة بالمرض المهني من خلال ممارستها، التي يكون خلالها المشغل مسؤولاً عن المرض الذي أصيب به العامل²¹². وذلك سواء ظل الأجير يعمل بنفس المؤسسة أو غادرها للعمل عند مشغل آخر²¹³. وقد وضع المشرع المغربي لكل مرض مهني مهلة كافية لظهوره تدعى مدة المسؤولية، هذه الأخيرة تختلف باختلاف الأمراض المهنية، حيث خصص لها ضلعاً بالجدول المتعلقة بكل مرض، وهي مدة تتراوح بين عدة أيام و15 سنة بل تصبح مدة قد تصل 30 أو 40 سنة كما في الإصابات السرطانية الناتجة عن الإشعاع النووي، تبدأ من

211 - أنظر قرار المجلس الأعلى بتاريخ 27 يونيو 1961، المنشور بالمجلة المغربية للقانون 1961 ص 834

212 - عبد الكريم غالي، في القانون الاجتماعي المغربي الرباط 2010، ص 285

213 - آمال جلال، مرجع سابق، ص: 280.

التاريخ الذي لا يبقى فيه الأجير عرضة للمواد السامة أو الملوثة²¹⁴، أو من التاريخ الذي لم يعد فيه الأجير يقوم بالأعمال الضارة المنصوص عليها في الفقرة المعنونة ب " ثانيا " ، أو من التاريخ الذي يتقطع فيه عن مباشرة الشغل في الوسط أو حسب الوضعيات الخاصة²¹⁵.

من خلال ما تقدم يتضح أنه لا بد من اجتماع العناصر الثلاثة المشار إليها أعلاه لاعتبار المرض مهنيا، حتى يستفيد الأجير الذي يصاب به من مقتضيات ظهير 6 فبراير 1963، في حين أنه إذا تخلف شرط من تلك الشروط فإنه لا يعوض عن ضرره وفقا لمقتضيات الظهير أعلاه، وإنما يبقى له حق الرجوع على المشغل طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية²¹⁶.

ب: طبيعة المرض المهني

إذا كان كل مرض يصاب به الأجير لا يعتبر مرضا مهنيا إلا بتوافر الشروط السابقة التوضيح، فلا بد من وجود تمييز بين المرض العادي والمرض المهني كما لا بد من تمييز هذا المرض عن حادثة الشغل.

1- تمييز المرض المهني عن المرض العادي

214 - أنظر الفصل الثاني من ظهير 31 ماي 1943

215 - أنظر الفصل الثاني من ظهير 31 ماي 1943

216 - أنظر آمال جلال، مرجع سابق ص 281

الأجير في حياته المهنية مهدد بالإصابة بأمراض تتفاوت خطورتها و نتائجها المترتبة عبر السنين، والمرض الذي قد يصاب به قد يكون إما ناتجا عن اشتغاله في أماكن أو ظروف غير صحية، وقد يكون بالمقابل مرضا عاديا ، ولهذا كيف يمكن إبراز الحدود بين المرضين ؟

إن المرض العادي: هو كل اعتلال يصيب كل إنسان سواء كان أجيرا أو شخصا عاديا فهو مرض لا صلة له بالنشاط المهني للأجير، بل بظروف الحياة لكل إنسان و سنه...فقد يكون هذا المرض مجرد حساسية أو حمى أو يولد مع الإنسان بالوراثة²¹⁷، كأمراض اللوزتين أو الحلق...

أما الأمراض المهنية: فهي التي لها صلة بالعمل ومحيط إنجازها، بمعنى آخر أن المرض يكون نتيجة اشتغال الأجير في ظل ظروف وبيئة وأوضاع غير صحية، أو نتيجة الاحتكاك بمواد سامة مضرّة بصحة الإنسان، أو نتيجة الإصابة داخل المؤسسات المشغلة بالتهابات ميكروبية²¹⁸.

كما يمكن التمييز بين المرض العادي والمرض المهني من حيث عنصر المسؤولية، فالمشغل لا يسأل عن المرض العادي الذي يعرض عنه الأجير في إطار التعويضات اليومية عن المرض الممنوحة من طرف الصندوق الوطني لضمان الاجتماعي²¹⁹.

217 - لتفصيل في ذلك أنظر آمال جلال، مرجع سابق ص 191 و 192
218 - عبد اللطيف خالفي حوادث الشغل والأمراض المهنية، دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء تعديلات ظهير 23 يوليوز 2002، ص 120
219 - أنظر الفصل الأول من ظهير 27 يوليوز 1972 والمعدل بظهير 9 أبريل 1993 الخاص بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أنظر في نفس الموضوع الحاج الكوري، في قانون الضمان الاجتماعي المغربي، مطبعة الحرف المعتدل، طبعة 1999، ص 151 وما بعدها.

بالمقابل نجد المشغل يكون مسؤولاً عن المرض المهني " بصرف النظر عن اقترافه لأي خطأ "، ومسؤوليته في تعويض الأجير يلزم بها أيضاً في مواجهة الورثة متى كان المرض المهني الذي تعرض له الأجير سبباً مباشراً في حدوث وفاته²²⁰.

2: تمييز المرض المهني عن حادثة الشغل

إذا كان كل من المرض المهني وحادثة الشغل يخضعان لظهير 6 فبراير 1963، فإن هناك اختلافاً في طبيعة كل منهما:

حادثة الشغل تكون مباغتة و مفاجئة²²¹، بحيث يعرف وقت ومكان حدوثها والضرر الناجم عنها بعد حصول الإصابة، وعنصر الفجأة أكد عليه بعض الفقه²²²، بقوله: " ظاهرة الفجأة في الفعل الضار تتميز بكونها تبقى ثابتة في جميع الحالات، بحيث كلما وجدت حادثة شغل إلا ووجدت معها الفجأة أو البغتة، إذ أن هذا العنصر يلزم وقوع الحادثة، وبدون تحققه لا يمكن أن يكتسي الفعل الضار صبغة حادثة"، وذلك على خلاف المرض المهني التي تكون الإصابة فيه بطيئة²²³، وتتطور تدريجياً ولا تظهر إلا بعد حين هذا من جهة²²⁴، ومن جهة ثانية فإن أية إصابة تلحق الأجير أثناء العمل أو بسببه تعتبر حادثة شغل كيفما كان سببها، حتى ولو كانت ناتجة عن قوة

220 - راجع الحاج الكوري، قانون الضمان الاجتماعي، الطبعة الأولى، مطبعة الحرف المعتدل 1999. ص 155 وما بعدها

221 - قد سبق تعريف حادثة الشغل: " بكونها كل إصابة يتعرض لها الأجير أثناء إنجاز عمله أو بسببه، وتحدث له ضرراً بجسمه بشكل مباغت أياً كان سببها".

222 - أمال جلال مرجع سابق ص 194 فقرة 162

223 - محمد الكشور مرجع سابق ص 119، وعبد اللطيف خالفي مرجع سابق، صفحة: 121.

224 - أنظر الفصل الثالث من ظهير 6 فبراير 1963.

قاهرة²²⁵، في حين أن إصابة الأجير بسبب نشاطه المهني بمرض ما، فإن هذا الأخير لا يوصف بالمرض المهني إلا إذا توفرت شروطه المتطلبة قانوناً.

المحور الثاني: إشكالية إثبات المرض المهني

لبحث إشكالية إثبات المرض المهني نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتطرق في أولهما إلى إثبات المرض المهني، ونعالج في ثانيهما إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض المهنية.

أولاً: إثبات المرض المهني

لكي يحصل الأجير المصاب بمرض مهني أو ذوو حقوقه في حالة وفاته على التعويضات المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963، يتعين عليه أن يثبت أن المرض الذي أصابه منصوص عليه قانوناً " كمرض مهني "، ويتم ذلك بواسطة الشهادة الطبية المرفقة، مع التصريح بالمرض، وأنه يقوم بالعمل أو الأعمال المؤدية إلى ظهوره أثناء مدة المسؤولية.

وهكذا إذا أثبت الأجير المصاب أو ذوو حقوقه في حالة وفاته أن المرض منصوص عليه قانوناً، وأثبت ممارسته للعمل أو الأعمال التي تسببه، فإن المرض يعتبر مهنيًا، ويستفيد الأجير أو ذوو حقوقه في حالة وفاته من التعويض المنصوص عليه في ظهير 6 فبراير 1963، دون أن يكلف بإثبات العلاقة السببية بين المرض والعمل، ما دام

225 - محمد العروصي، المختصر في الحماية الاجتماعية، المختصر في الحماية الاجتماعية، منشور عن مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال والمقاولات، الطبعة الأولى ص: 77 وما بعدها.

المرض ظهر أثناء مدة المسؤولية التي قد تقصر أو تطول بحسب الأحوال وكما بيناه أعلاه.

ثانيا: إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض

المهنية

قد يصاب الأجير في بعض الأحيان بإحدى الأمراض غير المصنفة ضمن التعداد الذي أورده المشرع للأمراض المهنية، ففي هذه الحالة يطرح تساؤل بخصوص هذه المسألة: يتمثل في كون هل هذه الأمراض مهنية أم لا؟

قد يساير إلى الذهن أن المشرع المغربي لم يبين بكيفية صريحة أو ضمنية أن الأمراض المهنية التي تخضع في تحديدها لمقتضيات ظهير 6 فبراير 1963 المعدل بقانون 12.18 وباقي النصوص الأخرى المكملة قد وردت على سبيل المثال أو على سبيل الحصر، مما قد يؤدي إلى اختلاف المواقف بالنسبة للاجتهادات القضائية أو الآراء الفقهية، حيث نجد اختلافا في مواقفها بخصوص هذا الموضوع.

وفي هذا الصدد يذهب بعض الفقه²²⁶ إلى أنه إذا لم يكن مرض الأجير مصنفا ضمن لائحة الأمراض المهنية فإن هذا الأجير لا يمكنه المطالبة بمقتضيات ظهير 6 فبراير 1963 المعدل بقانون 12.18، لأنه لا يعتبر مرضا مهنيا لعدم ذكره في قائمة

226 - آمال جلال، مرجع سابق ص 279 و 280.

الأمراض المهنية، إلا إذا اكتسب ضرره حادثة الشغل، وهذا هو موقف الاجتهاد القضائي المغربي سابقا²²⁷.

في حين نجد موقفا آخر للمجلس الأعلى لم يتبنى هذا الرأي الفقهي، وإنما قد قرر في أحد قراراته²²⁸، أن الأمراض المهنية واردة على سبيل المثال وقد جاء في قراره ما يلي: " لكن حيث أن الأمراض المهنية موضوع ظهير 31 ماي 1943 وقرار 20 ماي 1967 إنما هي واردة على سبيل الإرشاد، وعلى الطبيب المزاوِل لمهنة الطب أن يقدم تصريحاً بالمرض المهني أو المضمنون أنه كذلك الذي شاهده في أحد العمال، سواء كان ذلك المرض مبيناً أو غير مبين في الجداول، وحيث أنه وإن كان مرض عرق النساء المصاب به المطلوب في النقض غير وارد في جداول الأمراض المهنية²²⁹، فإن ذلك لا يمنعه من إثبات العلاقة السببية بين ذلك المرض والعمل الذي يقوم به ". كذلك يذهب بعض الفقه إلى أن الأمراض الواردة في القوائم إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر وفي ذلك حماية للأجير ومسايرة للمستجدات الطبية حيث يقول: " ففي اعتقادنا فإن الأمراض المهنية المنصوص عليها في القوائم المضمنة في قرار 20 ماي 1967 تعد أمراضاً مهنية بنص في القانون، أما في ما يخص أمراضاً أخرى غيرها فيكفي العامل المصاب بإحداها أن يثبت بواسطة خبرة طبية متخصصة علاقة هذا المرض بالنشاط المسند إليه داخل المؤسسة، لكي يستفيد من مقتضيات ظهير 6

227 - آمال جلال مرجع سابق ص 281، ومحمد الكشور، مرجع سابق، ص: 103.
228 - المتمم بالقرار الوزاري رقم 72-855 بتاريخ 19 شتنبر 1972، وبقرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني بتاريخ 23 دجنبر 1999.
229 - المتمم بالقرار الوزاري رقم 72-855 بتاريخ 19 شتنبر 1972، وبقرار وزير التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني بتاريخ 23 دجنبر 1999.

فبراير 1963، وبتبنيها لهذا الموقف نكون قد سايرنا ما يعرفه الطب من تطور سريع في هذا الميدان ونكون في ذات الوقت قد وقفنا إلى جانب العامل وحققنا بالتالي لظهير 6 فبراير 1963 المعدل بقانون 12.18 طابعه الاجتماعي²³⁰.

وفي فرنسا نجد أن موقف القضاء الفرنسي سابقا قبل قانون 27 يناير 1993 بخصوص هذا الموضوع هو اعتبار هذا المرض مرض غير مهني لأنه غير مصنف ضمن لائحة الأمراض المهنية، وعلى الرغم من ذلك فإنه ينتهي في بعض الأحيان إلى إضفاء صفة حادثة الشغل على بعض الأمراض المهنية انطلاقا من كونها قد ظهرت فجأة في مكان العمل، كما نجد قرارا لمحكمة النقض الفرنسية قررت فيه: "أن العلة المرضية التي لم ترد بجدول الأمراض المهنية لا يترتب عليها الحق في التعويض طبقا لتشريع حوادث الشغل، إلا إذا وجدت مصدرها في إصابة ظهرت بغثة في وقت ومكان العمل"²³¹ ونجد حكما للمحكمة الابتدائية بالرباط²³² سابقا يسير في نفس منحى القضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة.

لكن المشرع الفرنسي تدخل وحسم في هذه المسألة لوضع حد لأي جدال قانوني لتمييز المرض المهني عن غيره، لما نص في المادة 461، من قانون الضمان الاجتماعي بمقتضى قانون 27 يناير 1993 على شموله للأمراض المهنية الواردة في الجداول و أيضا الأمراض المهنية الأخرى²³³ التي لها علاقة بنشاط العامل في المؤسسة بشرط

230 - محمد الكشور، مرجع سابق، ص: 115،

231- أنظر

Arrêt de la cour de Cass, ch réunies 8 Juin 1990, Dalloz, page 1991.

232 - أنظر حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، حكم عدد 234 بتاريخ 07/03/26 غير منشور

233- لتوسع في معرفة المقصود بالنظام المختلط كأسلوب لتحديد الأمراض المهنية أنظر عبد اللطيف خالفي مرجع

أن تكون متسببة فيه مما يتعين مسأيرته، وهذا يبين أن المشرع الفرنسي تبنى أسلوب النظام المختلط في تحديد الأمراض المهنية²³⁴.

والملاحظ أنه أمام هذا الاختلاف في مواقف الاجتهاد القضائي المغربي والآراء الفقهية من الموضوع، فإنه تبقى مطروحة إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض المهنية.

ففي اعتقادنا أن الأمراض المهنية المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963 هي واردة على سبيل الحصر، وليس على سبيل الإرشاد، ولحل إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض المهنية، فإنه يتوجب على المشرع المغربي أن يتدخل لحلها عن طريق الأخذ بنظام الجدول المفتوح في تحديد المرض المهني، حيث تتحقق المرونة في ظل الأخذ بهذا النظام عن طريق تدخل السلطة المختصة وإضافتها أمراضاً أو أنشطة إلى جداول الأمراض المهنية²³⁵، لتصبح بدورها موجبة لتعويض في إطار القواعد الخاصة بحوادث الشغل والأمراض المهنية وهذا هو ما يذهب إليه الأستاذ آمال جلال الذي يرى بأن قرار المجلس الأعلى باعتبار مرض عرق النساء كمرض مهني وإن كان غير مذكور في لائحة الأمراض المهنية، قد لا يكون ملزماً للمحاكم الدنيا لأن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) ليست بمشرع خلافاً لتمديد

سابق، ص: 126 وما بعدها.

234 - Francis Lefevre, accident du travail, page 396 n°56280.

235 - أنظر سهام الحيلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بعنوان: "دور الخطأ في تحديد التعويض عن حوادث الشغل بين التشريع والقضاء"، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 186.

الأمراض المهنية بلوائح إضافية وهو عمل تشريعي (نص تنظيمي) حيث تكون محاكم الموضوع ملزمة بتطبيقه.

ولذلك يرى أستاذنا أنه كان على المجلس الأعلى في هذه المسألة أن يعتبر إصابة الأجير (وهو سائق شاحنة) بمرض عرق النسا هي نتيجة عن حادثة شغل نتيجة حركة قام بها السائق بكيفية مسرعة للسيطرة على مقود الشاحنة مما أدى الى احتكاك غظرف في عموده الفقري بعرق النسا فجأة.

وما دام الأجير المصاب يحصل على نفس التعويضات المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963 فكان من الأفضل اعتبار الإصابة حادثة شغل وليس مرضا مهنيا.

وبتبنينا لهذا الموقف الأخير نكون قد أدخلنا الأمراض المهنية المستجدة في دائرة الحماية وسائرنا تطور الطب في هذا الميدان، ونكون في نفس الوقت قد وقفنا إلى جانب العامل، وذلك كله من أجل تحقيق الطابع الحمائي الذي يسعى إليه القانون الاجتماعي، والذي يستهدف إفراز المزيد من الحقوق و الامتيازات لفئات الأجراء وتوسيع نطاق الحماية من الأمراض المهنية .

- و في نهاية هذا الموضوع سوف نحاول أن نخرج ببعض الاستنتاجات و المقترحات التي نأمل أن تلقى استحسانا من طرف المهتمين بهذا الموضوع نجملها في ما يلي:

- عدم تكليف الأجير المصاب بمرض مهني بإثبات العلاقة السببية بين المرض و المهنة في حين يبقى عليه إثبات تحقق شروط المرض المهني المنصوص عليها قانونا لاستحقاق التعويض المنصوص عليه في الظهير الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

- ما زالت إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض المهنية مطروحة لعدم وجود آراء فقهية أو اجتهادات قضائية موحدة بخصوص هذه المسألة مما يقتضي ضرورة تدخل المشرع المغربي كذلك لحل إشكالية تكييف طبيعة المرض غير الوارد في جداول الأمراض المهنية عن طريق أخذه بنظام الجداول المفتوح في تحديد الأمراض المهنية وذلك بإضافته أمراض مهنية جديدة إلى جداول الأمراض المهنية لمسايرة المستجدات الطبية وتطور الطب في هذا المجال لضمان حماية أكثر للأجير المصاب بمرض مهني وهذا ما وقع في دسمبر 1999 حيث ارتفعت هذه الجداول من 36 الى 86 لائحة.

تم بحمد لله



الأستاذة بلملياني أسماء

باحثة بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية

مقدمة:

يعتبر العنف الجنسي من أشد وأخطر الجرائم الدولية المرتكبة ضد الإنسان لأنها تمس بحقوقه وإنسانيته. وقد عرفت هذه الجرائم ارتكابا واسعا خلال القرون الماضية وبالأخص أثناء النزاعات المسلحة، أين كانت تنتهك حقوق الإنسان وتهدر كرامته، وتمارس الاعتداءات الجنسية بصورة جسيمة وخطيرة وبالأخص في حق النساء، لذلك كثف المجتمع الدولي من جهوده الرامية إلى الحد من هذه الجرائم، فعمل على تجريمها والنص على ضرورة معاقبة مرتكبيها ضمن مختلف الأنظمة القضائية للمحاكم الجنائية الدولية السابقة، كمحكمتي النورمبورغ وطوكيو،

ومحكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا. وصولاً إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة. فقد عرفت هذه الجرائم تطوراً ملحوظاً في ظل النظام الأساسي لهذه المحكمة الذي تناول لأول مرة أفعال جديدة ومستحدثة، لم تكن محل تجريم في الأنظمة القضائية السابقة كالاسترقاق الجنسي، الإكراه على البغاء والحمل القسري.

فإلى أي مدى ساهمت المحكمة الجنائية الدولية في تطوير مفهوم جرائم العنف الجنسي؟ وما هي أهم المبادئ التي كفلتها لأجل التصدي لمرتكبي هذه الجرائم ومنع إفلاتهم من العقاب؟

المبحث الأول: المحكمة الجنائية الدولية آلية قضائية لمكافحة جرائم العنف الجنسي

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية من بين أهم الآليات القضائية الدولية الكفيلة بالتصدي للجرائم الدولية الخطيرة، والتي من بينها جرائم العنف الجنسي. من خلال ملاحقة وتبعية مرتكبيها ومساءلتهم عن هذه الجرائم، بغض النظر عن صفتهم الرسمية أو الوظيفة التي يشغلونها.

المطلب الأول: التعريف بالمحكمة الجنائية الدولية وطبيعة اختصاصها

بالنظر للعديد من الانتقادات التي وجهت إلى محاكمات الحرب العالمية الثانية، عمل المجتمع الدولي على تكثيف جهوده بغية إنشاء قضاء جنائي دولي دائم، تسند له مهمة النظر في الجرائم الدولية الخطيرة ومساءلة مرتكبيها. الأمر الذي تحقق سنة

1998 من خلال مؤتمر روما الذي تمخض عنه اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المتضمن ديباجة و128 مادة موزعة على 13 باباً²³⁶.

وفقاً لمحتوى النظام الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ الفاتح من شهر جويلية سنة 2002، فإن المحكمة الجنائية الدولية باعتبارها هيئة قضائية دائمة، فإنها تختص بمساءلة ومعاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون أشد الجرائم الدولية خطورة وجسامة²³⁷.

يقع مقر المحكمة في لاهاي بهولندا أو في أي مكان عندما ترى المحكمة ذلك مناسباً استناداً لمقتضى المادة 21 من النظام الأساسي، وتتمتع المحكمة بالشخصية القانونية الدولية، والأهلية اللازمة لممارسة وأداء وظائفها وتحقيق أهدافها²³⁸.

يعتبر إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ضرورة ملحة لمنع إفلات مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة من المساءلة والعقاب. وبالأخص الجرائم التي تشكل خرقاً لحقوق الإنسان وتمس كرامته وإنسانيته.

تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظر الجرائم الدولية الخطيرة التي تمس بحياة الجماعات البشرية وتهدد السلم والأمن الدوليين. تتمثل هذه الجرائم في جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان.

236 - رفيق بوهراوة، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2009، ص 27

237 - بدر الدين محمد شبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، الجزائر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 323

238 - أنظر المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

أولاً: جريمة الإبادة الجماعية

نظرا لانتشار جريمة الإبادة الجماعية، وارتكابها على نطاق واسع في أوقات السلم وحتى في ظل النزاعات المسلحة، سواء الدولية أو غير الدولية، حرص المجتمع الدولي على جعل هذه الجريمة ضمن أكثر وأشد الجرائم الدولية خطورة، وهذا لأجل القضاء عليها أو التخفيف من أثارها، خاصة وأن هذه الجريمة تستهدف تصفية جماعات بأكملها أو القضاء عليها، وهو الأمر ذاته الذي جعل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يضع هذه الجريمة في مقدمة الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة²³⁹.

تتمثل جريمة الإبادة الجماعية أو إبادة الجنس البشري في مجموع الأفعال التي تستهدف القضاء على الجنس البشري واستئصاله لدوافع عرقية أو دينية أو إثنية أو قومية، وتعتبر من أشد الجرائم الدولية خطورة، جاء النص عليها ضمن المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية²⁴⁰، وتحقق هذه الجريمة عن طريق ارتكاب مجموعة من الأفعال التي تؤدي إلى تدمير كل أو جزء من جماعة ما لدوافع عرقية أو دينية أو إثنية أو قومية.

تشكل جريمة الإبادة الجماعية من مجموعة أفعال، التي بتحقيقها كلها أو إحداها تقع هذه الجريمة، وتتمثل هذه الصور في: قتل أفراد الجماعة، إلحاق ضرر

239 - محمد رضوان، المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني والعدالة الدولية، المغرب، مطابع إفريقيا الشرق، 2010، ص 371.

240 - بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 371

جسدي أو عقلي خطير بأفراد الجماعة، إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

بالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد سنة 1998، نجد أن الأفعال السالف ذكرها، والتي تشكل الصور المكونة لجريمة الإبادة الجماعية ليست واردة على سبيل الحصر، وإنما هي مذكورة على سبيل الاسترشاد والمثال فقط، ومن تم يمكن وقوع جريمة الإبادة الجماعية بأفعال أخرى غير تلك المنصوص عليها، والتي تؤدي إلى تدمير جماعات قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفته هذه تدميراً كلياً أو جزئياً.²⁴¹

إن جرائم العنف الجنسي يمكن أن تقع في صورة إبادة جماعية في حال ما إذا ارتكبت بهدف القضاء الكلي أو الجزئي على جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفته هذه، وتشمل أفعال العنف الجنسي الواقعة في صورة إبادة جماعية في الاغتصاب، استئصال الأعضاء التناسلية أو الجنسية، الاستعباد الجنسي وغيرها من أفعال العنف الجنسي الأخرى.²⁴²

241- علي عبد القادر قهوجي، القانون الدولي الجنائي، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 133
242 - نصيرة مازري، أمينة طالبي، جرائم العنف الجنسي ضد المرأة كجريمة ضد الإنسانية، مذكرة ماستر، تخصص القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 21

ثانيا: الجرائم ضد الإنسانية

نتج عن الجهود المبذولة في إطار مؤتمر روما، اعتماد المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي جاءت بتعريف عام للجرائم ضد الإنسانية مشمول بقائمة مطولة من الأفعال المشكلة لهذه الجرائم، متبوعة بتفسير وتوضيح لكل صورة من صور هذه الجرائم²⁴³.

احتوت المادة السابعة من نظام روما الأساسي على جميع المستجدات والتطورات التي لحقت بالجرائم ضد الإنسانية، الأمر الذي جعل صياغتها تختلف تماما عن صياغة الأنظمة القضائية الجنائية الدولية السابقة المتضمنة للجرائم ضد الإنسانية، وهذا طبعا بخلاف جريمة الإبادة الجماعية التي جاء تعريفها والصور التي تشمل عليها متطابقة مع مختلف نصوص الأنظمة القضائية الدولية السابقة التي تناولت هذه الجريمة²⁴⁴.

فالمادة السابعة من نظام روما الأساسي، جعلت من الجرائم ضد الإنسانية، جرائم دولية، يشترط لوقوعها ضرورة ارتكابها ضمن سياسة تتبعها الدولة أو إحدى المنظمات التابعة لها، أو وقوعها على نحو يستهدف المدنيين بشكل واسع، أي بمعنى

243 - بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 138.

244 - نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الأول، الجزائر، دار هوميه للطباعة والنشر والتوزيع، 2008، ص 31.

أنه ولتحقق الأفعال المشكلة للجرائم ضد الإنسانية لابد من وقوعها في إطار الهجوم المنهجي أو الواسع النطاق.²⁴⁵

نصت المادة السابعة على ما يمكن تسميته بجرائم العنف الجنسي حيث تضمنت "الاغتصاب أو الاستبعاد الجنسي، أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة"²⁴⁶.

وقد قام نظام روما الأساسي، بتوسيع هذه الأفعال المشكلة للجرائم ضد الإنسانية، بأن جعلها تقع على المرأة والرجل معا، خلافا لما جرى العمل به في الأنظمة القضائية الجنائية الدولية السابقة، فجعل هذه الأفعال جرائم ضد الإنسانية، بمجرد وقوعها ضمن الهجوم الواسع النطاق أو المنهجي، بغض النظر عن كونها تقع ضد المرأة أو الرجل، وعلى ذلك يعتبر الاغتصاب وجرائم العنف الجنسي الأخرى جرائم ضد الإنسانية، ولكنها قد تصبح جرائم حرب حال وقوعها ضمن نزاع مسلح دولي أو غير دولي، ويكون ذلك مثلاً عندما يتم اغتصاب النساء المدنيات اللاتي ينتمين لدولة طرف في النزاع، من طرف مقاتلي دولة أخرى طرف في هذا النزاع.²⁴⁷

5 - بدر الدين محمد شبل، المرجع السابق، ص 138

246 - الفقرة 2/ز من المادة السابعة من نظام روما الأساسي

247 - خالد رمزي البزايعة، جرائم الحرب في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص 189

ثالثاً: جرائم الحرب

يمكن تعريف جرائم الحرب، على أنها الأفعال الواقعة خرقاً للقواعد والأعراف المنظمة للنزاعات المسلحة، والصور المشكلة لهذه الجرائم يمكن إيجادها ضمن العديد من الوثائق الدولية كمؤتمر السلام الأول والثاني في لاهاي عام 1899 و1977، اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكولين الملحقين بها لعام 1977.

تضمنت المادة الثامنة من نظام روما الأساسي قائمة واسعة من الأفعال المشكلة لجرائم الحرب التي ترتكب في إطار النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية. ويرجع ذلك إلى ضرورة حماية الأشخاص غير المشاركين في المجهود الحربي من النساء والأطفال والجرحى والمرضى والأسرى وغيرهم.

توصل نظام روما الأساسي عند تعريفه لجرائم الحرب، إلى الجمع بين الحلول الوسط من جهة، وتطوير القانون الدولي من جهة أخرى، فوسع في تعريف هذه الجرائم والأفعال المشكلة لها بصورة أفضل مما كانت عليه في التعاريف التقليدية السابقة، واشتمل على أفعال جديدة لم يسبق تكيفها كجرائم حرب، إضافة إلى مساهمته للتطورات الحديثة للقضاء الدولي، من خلال تجريمه للأفعال المشكلة لجرائم الحرب الواقعة خلال النزاعات المسلحة غير الدولية²⁴⁸.

248 - محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، الإسكندرية، توزيع منشأة المعارف، 2005، ص 405

فنظام روما الأساسي نص على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر الجرائم الدولية الشديدة الخطورة، والتي من بينها جرائم الحرب، هذه الأخيرة التي عالجها ضمن المادة الثامنة منه، والتي جاء في فقرتها الأولى "يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب ولا سيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم"، بينما جاءت الفقرة الثانية لتوضح المقصود بجرائم الحرب فأحصت الأفعال المكونة لها.

قسمت جرائم الحرب حسب نظام روما الأساسي إلى فئتين جرائم الحرب المرتكبة خلال النزاعات المسلحة الدولية وجرائم الحرب المرتكبة خلال النزاعات المسلحة غير الدولية. وقد شملت هذه الجرائم عددا كبيرا من الانتهاكات التي تقع خرقا للقانون المنظم للنزاعات المسلحة، منها ما يقع على الأشخاص كأفعال القتل والإبادة والتعذيب والحرمان من الحرية، ومنها ما يقع على الأعيان والممتلكات كضرب الأهداف المدنية وتوجيه الهجمات ضد الأشياء والأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة أو استهداف المواقع التي لا علاقة لها بالنزاع، ومنها ما يتعلق بأساليب ووسائل القتال كاللجوء للغدر واستعمال الأسلحة المحظورة دوليا²⁴⁹.

249 - أنظر الفقرة الثانية من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

يمكن أن تقع جرائم الحرب في صورة عنف جنسي في حال ارتكاب الأفعال المشكلة لها كالاعتصاب والاستعباد والتعقيم القسري والإكراه على البغاء وغيرها، في أوقات النزاعات المسلحة.

رابعاً: جريمة العدوان

إعتبر تعريف جريمة العدوان من أهم الإشكالات التي واجهت مؤتمر روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية بسبب الاختلاف القائم حول وضع تعريف محدد للجريمة، وقد توصل المؤتمر في نهاية الأمر إلى إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وتأجيل وضع تعريف لهذه الجريمة إلى حين انعقاد المؤتمر الاستعراضي الذي تم الاتفاق على عقده بعد مرور سبع سنوات من دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ²⁵⁰.

استناداً للمادة 123 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية،²⁵¹ تم عقد مؤتمر كمبالا الاستعراضي في الفترة ما بين 31 ماي و11 جويلية 2010 بأوغندا، جاء هذا المؤتمر بتعديلات هامة خاصة فيما يتعلق بجريمة العدوان من حيث تعريفها و انعقاد الاختصاص بشأنها للمحكمة الجنائية الدولية وأركانها.

250 - منى غبولى "التوصل إلى تعريف جريمة العدوان، قراءة على ضوء نتائج المؤتمر الاستعراضي للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كمبالا 2010" المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2014، ص 224

251 - تنص الفقرة الأولى من المادة 123 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه "بعد انقضاء سبع سنوات على بدء نفاذ هذا النظام الأساسي، يعقد الأمين العام للأمم المتحدة مؤتمراً استعراضياً للدول الأطراف للنظر في أي تعديلات على هذا النظام الأساسي. ويجوز أن يشمل الاستعراض قائمة الجرائم الواردة في المادة 5 دون أن يقتصر عليها. ويكون هذا المؤتمر مفتوحاً للمشاركين في جمعية الدول الأطراف وبنفس الشروط"

بموجب المؤتمر الاستعراضي لعام 2010 تم حذف الفقرة الثانية من المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتوصل إلى وضع تعريف لجريمة العدوان ضمن المادة الثامنة مكرراتي تنص: "لأغراض هذا النظام الأساسي تعني جريمة العدوان: قيام شخص ما، له وضع يمكنه من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة، أو من توجيه هذا العمل بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ عمل عدواني يشكل بحكم طابعه وخطورته ونطاقه انتهاكا واضحا لميثاق الأمم المتحدة"

باستقراء التعريف المدرج ضمن المادة الثامنة مكرر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد جاء مستمدا من القرار الذي اعتمدته الجمعية العامة بشأن تعريف العدوان بموجب قرارها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1974 تحت رقم 3314. كما أن من أهم ما يميزه أنه توافق مختلط، يجمع بين التعريف العام لجريمة العدوان والتعريف الحصري. ومن ثم فهو تعريف استرشادي أعطى معنى عام لجريمة العدوان ثم عدد بعض الأفعال المشكلة للجريمة على سبيل المثال والتوضيح.

إن العدوان باعتباره جريمة دولية خطيرة يقع من خلال الاستخدام غير المشروع للقوة المسلحة من طرف دولة ما في مواجهة دولة أخرى وهو يتخذ عدة صور تتمثل في: الغزو أو الهجوم المسلح، القنبلة، حصار الشواطئ والموانئ، الهجوم ضد القوات

المسلحة في البر أو البحر أو الجو، استخدام إقليم الدولة على غير ما هو متفق عليه، قيام الدولة بوضع إقليمها بتصرف دولة أخرى للعدوان، إرسال العصابات²⁵². العدوان في حد ذاته لا يشكل جريمة من جرائم العنف الجنسي التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها، إلا أنه وفي حال وقوع فعل العدوان يمكن أن يترتب عنه وقوع جرائم حرب وانتهاكات خطيرة قد تشكل أفعال عنف جنسي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الثاني: دور المحكمة الجنائية الدولية في الحماية من جرائم

العنف الجنسي

لم تكن تعتبر جرائم العنف الجنسي في القرون الماضية جرائم دولية ولا حتى وطنية، إلا أنه ومع تطور الأنظمة القانونية والقضائية، الدولية منها والوطنية، أصبحت أفعال العنف الجنسي تشكل جرائم بمقتضى التشريعات الوطنية والدولية، فأصبحت تعتبر من بين أشد الجرائم الدولية خطورة والتي قد تكون في صورة جريمة إبادة جماعية، جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب.

تعتبر جرائم العنف الجنسي من أشد الجرائم الدولية خطورة وجسامة، ترتكب في حق النساء وحتى الرجال والأطفال، كوسيلة للتهديد والتعذيب والابتزاز والإهانة والإذلال²⁵³.

252 - أنظر المادة الثامنة مكرر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

253 - قاسم حمزة ماضي "الحماية الدولية لضحايا العنف الجنسي في النزاعات المسلحة" مجلة العلوم الإنسانية، المجلد

يتعرض الأشخاص الذين يقعون ضحية لجرائم العنف الجنسي إلى تبعات وخيمة لذلك، كوصمة العار التي تلحق بهم جراء أعمال العنف الجنسي، إضافة إلى الإذلال النفسي والأمراض الجنسية المعدية التي قد تنتقل إلى الضحية بسبب ممارسة الجنس كالإيدز مثلاً²⁵⁴.

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية من أهم وأكثر الآليات القضائية الدولية التي اعتنت بقضايا العنف الجنسي. فتضمن النظام الأساسي المنشئ لها قائمة موسعة من الصور المشككة لهذه الجرائم والتي من الممكن أن ترتكب في أوقات السلم أو زمن النزاعات المسلحة. ونص على تجريمها والعقاب على ارتكابها.

من بين قضايا العنف الجنسي المرفوعة أمام المحكمة الجنائية الدولية، قضية توماس لوبانغا المتعلقة بجمهورية الكونغو الديمقراطية، وقضية روتو وآخرون المتعلقة بكينيا، إلا أن هذه القضايا لم تصل إلى مرحلة التحقيق بسبب عدم وجود الدلائل الكافية التي تثبت وقوعها²⁵⁵.

يعتبر العنف الجنسي جريمة دولية تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في حال توافر أركانها وشروطه. ومن أمثلة أفعال العنف الجنسي التي تشكل انتهاكات دولية خطيرة، ما ارتكب في هايتي ما بين سنة 1991 و2004، حيث كان النظام العسكري يستعمل الاغتصاب كوسيلة لترهيب وتخويف الضحية. من

25، العدد الرابع، ديسمبر، 2018، ص 3.

254 - نفس المرجع، ص 3.

255 - نصيرة مازري، المرجع السابق، ص 83.

أعمال العنف الجنسي أيضا التي يعتبر جريمة دولية أيضا جرائم الاغتصاب المرتكبة على نطاق واسع خلال النزاع المسلح القائم شرق جمهورية الكونغو الديمقراطية خلال الفترة من 1996 إلى 2003²⁵⁶.

المطلب الثالث: جرائم العنف الجنسي موضوع اختصاص المحكمة

الجنائية الدولية

لقد جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بقائمة موسعة من جرائم العنف الجنسي، تتمثل في الاغتصاب، الاستعباد الجنسي، الإكراه على البغاء، الحمل القسري، التعقيم القسري، كما أنه جعل قائمة هذه الجرائم مفتوحة لاحتمال وقوع جرائم أخرى تنطوي على عنف جنسي وذلك بإدراجه عبارة جرائم العنف الجنسي الأخرى.

أولا: الاغتصاب يمكن تعريف الاغتصاب على أنه إيلاج أي شيء بما في ذلك العضو الجنسي، بصفة جبرية وتحت الإكراه، في أي جزء من جسد الضحية، الذي قد يكون ذكرا أو أنثى²⁵⁷.

يقع الاغتصاب من خلال إرغام الشخص على اتصال جنسي دون موافقته، باستعمال القوة أو العنف أو التهديد، ويمكن أن يقع بين أشخاص من نفس الجنس

256 - نفس المرجع، ص 3.

257 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 34.

كما يحدث أيضا بين جنسين مختلفين وهو يشكل مساس بالسلامة الجسدية والحرية الجنسية للضحية²⁵⁸.

ثانيا: الاستعباد الجنسي يقع الاستعباد الجنسي من خلال ممارسة جميع السلطات المتعلقة بحق الملكية كالشراء أو البيع أو الإعارة أو المقايضة على المجني عليه ودفعه إلى القيام بأفعال ذات طابع جنسي²⁵⁹.

من أكثر الأمثلة شيوعا على ممارسة الاستعباد الجنسي ما ارتكبه الجيش الياباني في حق النساء اللواتي كان يطلق عليهن اسم "نساء الراحة" فكن ينتقلن مع الجيش الياباني إلى مناطق الاحتلال من أجل إمتاع الجنود والترفيه عنهم جنسيا.

ثالثا: الإكراه على البغاء تقع هذه الجريمة بإجبار المجني عليه على ممارسة أفعال ذات طبيعة جنسية باستعمال القوة أو وسائل التهديد المادية أو المعنوية، مع إمكانية الحصول على مقابل جراء القيام بهذه الأفعال²⁶⁰. وقد ارتكبت جريمة الإكراه على البغاء بشكل واسع خلال النزاع القائم في يوغسلافيا السابقة.

رابعا: الحمل القسري تقع جريمة الحمل القسري من خلال إجبار المرأة على الحمل بطريقة غير مشروعة وبصفة جبرية مع استعمال وسائل التهديد²⁶¹، ويكون

258 - خديجة جعفر "جرائم العنف الجنسي في نظام المحكمة الجنائية الدولية" مجلة دراسات وأبحاث، المجلد الرابع، العدد السابع، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2012، ص 3.

259 - عيد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية على ضوء القانون الدولي الجنائي والقوانين الوطنية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 108، 109.

260 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 34.

261 - سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، موسوعة القانون الدولي الجنائي 1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 245.

ذلك من خلال حجز امرأة أو مجموعة من النساء وإجبارهن على الحمل رغما عنهن، بغية التأثير في التكوين العرقي للجماعة التي تنتمي إليها تلك النساء²⁶². كما هو الحال بالنسبة لتنظيم داعش، الذي كان أفراد قواته يغتصبون النساء بغرض تعزيز وإدامة تواجدهم، من خلال نقل إيديولوجيتهم إلى جيل جديد يحمل نفس صفاتهم، فكانت تستعمل أجساد النساء وكأنها أسلحة بيولوجية لتغيير البنية الديمغرافية لمنطقة ما²⁶³.

خامساً: التعقيم القسري تتحقق هذه الجريمة بإعطاء مواد تسبب العقم للمرأة أو الرجل، أو بأي عمل آخر من شأنه التأثير في القدرة على الإنجاب²⁶⁴، من غير موافقة الضحية أو إذنها ودون وجود أي أسباب أو دواعي طبية تستدعي ذلك²⁶⁵. وقد تم اللجوء إلى ارتكاب هذه الجريمة أثناء الحرب العالمية الثانية أين قام هتلر بسن قانون خاص يبيح التعقيم الوقائي في حق الأشخاص المصابين بأمراض وراثية²⁶⁶.

سادساً: جرائم العنف الجنسي الأخرى يدخل ضمن مفهوم هذه الجريمة كافة الأفعال ذات الطبيعة الجنسية التي من الممكن أن يتم ارتكابها في حق الأشخاص

262 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 34.

263 - قاسم حمزة ماضي، المرجع السابق، ص 3.

264 - سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 245.

265 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 34، 35.

266 - سوسن تمرخان بكّة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 387.

باستعمال العنف أو القوة أو التهديد،²⁶⁷ والتي لا يمكن العقاب عليها بمقتضى حالات العنف الجنسي المذكورة سابقا.

لم يفرق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بجرائم العنف الجنسي بين الجنسين إلا في بعض المواد فقط، فقد أعطى نظام المحكمة عناية خاصة للإنسان، فنص على تجريم كافة الانتهاكات المرتكبة في حقه، وذلك لأجل حمايته من كافة أعمال العنف والاعتداء التي يمكن أن يتعرض لها²⁶⁸.

إن الأفعال المنصوص عليها أعلاه والمشكلة لجرائم العنف الجنسي يمكن أن تكون في صورة جرائم ضد الإنسانية، كما يمكن أن تكون في صورة جرائم حرب، ففي كلا الحالتين تشكل هذه الأفعال جرائم عنف جنسي تدخل ضمن نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وقد جرمت هذه الأفعال وتم النص على عقاب مرتكبيها لأجل حماية النساء من الاعتداءات الجنسية التي قد يتعرضون لها، وبالأخص أثناء النزاعات المسلحة²⁶⁹.

أفعال العنف الجنسي يمكن أن تقع أيضا في صورة إبادة جماعية، لدوافع عرقية أو دينية أو قومية أو جنسية. فقد نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة السادسة منه على أن جريمة الإبادة الجماعية يمكن أن تتحقق من خلال فرض التدابير المؤدية إلى منع الإنجاب داخل الجماعة. إذ يعتبر هذا الفعل

267 - نصر الدين بوسماحة، المرجع السابق، ص 35.

268 - قاسم ماضي حمزة، المرجع السابق، ص 10.

269 - أنظر المادة السابعة والثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

نوعاً من أنواع العنف الجنسي لأنه يهدف إلى منع الاستمرار الطبيعي لأفراد الجماعة، عن طريق منع التوالد فيما بينها، وقد يتم بعدة صور، كفصل رجال جماعة ما عن نساءها أو منع الزواج فيما بينها أو إجهاض نساء الجماعة، أو التسبب بالعقم للرجال والنساء من أفراد الجماعة، إما ببتتر العضو الجنسي لدى رجالها أو إجبار نساءها على تناول العقاقير المسببة للعقم.²⁷⁰ وقد أطلق على هذا النوع من الإبادة مصطلح الإبادة البيولوجية، لأنه يهدف إلى إعاقة أو منع نمو وتزايد أفراد الجماعة القومية أو الاثنية أو العرقية أو الدينية²⁷¹.

المبحث الثاني: أسس اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم

العنف الجنسي

ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظر الجرائم الدولية الخطيرة التي تشكل جرائم عنف جنسي ترتكب في حق الإنسان وتمس بحقوقه، استناداً لمجموعة من الأسس والمبادئ تتمثل في الاختصاص التكميلي، المسؤولية الجنائية الدولية الفردية، ومبدأ عدم تقادم الجرائم الدولية.

270 - لندة معمر يشوي المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصها، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص 189.

271- منتصر سعيد حمودة حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة، دراسة فقهية في ضوء أحكام القانون الإنساني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، 2008، ص 184.

المطلب الأول: الاختصاص التكميلي

يتمثل الدور الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مساءلة ومحاكمة الأشخاص الطبيعيين عن الأفعال الإجرامية المرتكبة من جانبهم، وبذلك فإن المحكمة تعتبر هيئة قضائية دولية تقف في وجه الجرائم الدولية الخطيرة وتحول دون إفلات مرتكبيها من العقاب، خاصة إذا ما تعلق الأمر بتلك الانتهاكات الخطيرة التي تشكل جرائم عنف جنسي.

إلا أن هذه الهيئة القضائية الدولية لا تنفرد أو تستأثر وحدها باختصاص النظر في الجرائم الدولية الخطيرة ومعاقبة مرتكبيها، وإنما تلعب دوراً مكملًا للاختصاص القضائي الوطني، هذا الأخير الذي تبقى له أسبقية النظر في جرائم العنف الجنسي ومعاقبة مرتكبيها²⁷².

هذا الاختصاص المسبق أو الأولي للقضاء الوطني والذي تكمله المحكمة الجنائية الدولية يسمى بمبدأ التكامل، ويقصد به تلك الصياغة التوفيقية التي تعتمدها الجماعة الدولية لأجل حمل الدول وحثها على ملاحقة ومتابعة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون الجرائم الدولية الشديدة الخطورة على المجتمع الدولي، وهذا الاختصاص الأولي للمحاكم الوطنية تكمله المحكمة الجنائية الدولية في حال عدم رغبة القضاء الوطني أو عدم جديته في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، أو

272 - أنظر المادة 17 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

عدم قدرته على ذلك، نظرا لعدم اختصاصه بنظر هذه الجرائم أو لانهيار هيكله

القضائية المختصة بذلك.²⁷³

يستمد الاختصاص التكميلي أساسه وقوته من إرادة الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي وافقت على أن تختص المحكمة الجنائية بالنظر في الجرائم الدولية المعروضة على محاكمها الوطنية، حال عدم قدرتها على الاختصاص بالنظر في هذه الجرائم بسبب انهيار هيكلها القضائي، أو في حال عدم رغبتها أو عدم استعدادها أو لا مبالاتها أصلا بنظر هذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها، أو بسبب عدم توفر شرط اختصاصها الموضوعي للنظر في هذه الجرائم نظرا لعدم وجود نص ضمن قوانينها الوطنية يجرم الفعل المرتكب ويعاقب عليه.²⁷⁴

يكمن الهدف الأساسي من اعتماد مبدأ الاختصاص التكميلي وتكريسه ضمن نظام روما الأساسي، في تأكيد مبدأ السيادة التي تملكها الدول على إقليمها وعلى ما يرتكبه رعاياها من أفعال إجرامية تخضع للاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو الأمر الذي جعل مبدأ الاختصاص التكميلي محل ترحيب وتأييد من طرف غالبية الدول المشاركة في مؤتمر روما الأساسي وموافقتها عليه.²⁷⁵

273 - وداد محزم سايعي، "مبدأ التكامل في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، قسنطينة، جامعة الإخوة منتوري، مذكرة نيل شهادة الماجستير، 2006، 2007، ص 10.

274 - علاوة الطيب، "المحكمة الجنائية الدولية اختصاص أصيل أم تكميلي" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 2011، ص 522.

275 - محمد عزيز شكري، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية"، القانون الدولي الإنساني- آفاق وتحديات- مؤلف جماعي، الجزء الثالث، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص 130.

إن مبدأ التكامل الذي يحكم نشاط المحكمة الجنائية الدولية يصب في مصلحة حماية الإنسان وبالأخص المرأة من الاعتداءات الجنسية والحفاظ على حقوقها، بحيث أن جرائم العنف الجنسي ينعقد اختصاص المساءلة والمعاقبة عنها للقضاء الوطني بالدرجة الأولى، وفي حال عدم قدرة هذا الأخير أو عدم رغبته في ذلك ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم فإن مرتكبي جرائم العنف الجنسي لن يفلتوا من العقاب، وسوف يكونون محل متابعة سواء بموجب القضاء الوطني أو القضاء الدولي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية الفردية

لقد اعتمد نظام روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية، قواعد ومبادئ المسؤولية الجنائية الفردية لمرتكبي الجرائم الدولية الأشد خطورة. إذ جاء في ديباجة هذا النظام التأكيد على ضرورة ملاحقة ومعاقبة المجرمين الدوليين الذين يرتكبون الجرائم الدولية الخطيرة الواقعة ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تهدد الكيان البشري وتثير قلق المجتمع الدولي ككل، كما تم التأكيد على وجوب وضع حد لظاهرة اللاعقاب التي أصبحت متفشية ومنتشرة على الصعيد الدولي، وضرورة العمل على إرساء أسس السلم والأمن الدوليين وإضفاء المبادئ والقيم الإنسانية على العلاقات الدولية²⁷⁶.

276- قصي مصطفى عبد الكريم تيم، "مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية"، فلسطين، نابلس، جامعة النجاح الوطنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، ص 132.

أولاً: مسؤولية الأشخاص الطبيعيين

إن الجرائم الدولية الخطيرة التي تهدد كيان المجتمع البشري لا يمكن السكوت عنها أو التغاضي عن عدم معاقبة مرتكبيها، لذلك تم إقرار مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص الطبيعيين عن الجرائم الدولية الأشد خطورة المرتكبة من جانبهم، وذلك بموجب قواعد القانون الدولي سواء المستمدة من العرف الدولي أو تلك المتفق عليها بموجب معاهدات دولية، فالمسؤولية عن ارتكاب ووقوع الجرائم الدولية لم تعد قائمة في حق الدولة فقط بل أن الفرد أصبح أيضاً مسئولاً مسؤولية جنائية فردية على المستوى الدولي.

وقد تم تأكيد وتكريس مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية ضمن العديد من الوثائق الدولية، منها معاهدة فرساي التي أقرت ضمن المادة 227 منها، مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية لإمبراطور ألمانيا في ذلك الوقت غيلوم الثاني، إلى جانب ذلك فإن محكمة النورمبورغ أكدت ضمن نظامها الأساسي على هذا المبدأ. وتؤكد المبدأ بعدها ضمن اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والتي نصت على إقراره في حق الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون الانتهاكات الجسيمة المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات²⁷⁷. كما أن مختلف الأنظمة القضائية التي جاءت بعد هذه الهيئة أكدت على هذا المبدأ وأقرته ضمن أنظمتها القضائية.

277- عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص 259.

إن نظام روما الأساسي يتميز بكونه يتماشى ويتوافق مع مكافحة ومحاربة ظاهرة الالاعقاب التي كانت سائدة لعقود طويلة من الزمن، إذ أن هذا النظام أنشأ خصيصاً لمحاربة هذه الظاهرة، واستناداً لذلك جاء بمبدأ أساسي يتمثل في إقرار المسؤولية الجنائية للأفراد الطبيعيين²⁷⁸، إذ اعتمد مبدأ الاختصاص الشخصي الذي ينطبق على الأشخاص الطبيعيين دون أن يمتد إلى الأشخاص المعنوية، الأمر الذي يستدعي تحميل الأفراد الطبيعيين المسؤولية الجنائية الفردية عن الأفعال المجرمة المرتكبة من طرفهم²⁷⁹.

فالمادة 25 من نظام روما الأساسي أكدت على مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية الذي يقضي بمسائلة ومعاقبة الأشخاص الطبيعيين فقط عن الجرائم الدولية الخطيرة التي يرتكبونها والتي تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية.

تضمنت المادة 25 التي أقرت مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية، الشروط الواجب توافرها لقيام هذه المسؤولية، فنصت على أنها مسؤولية شخصية وفردية يتحملها الشخص الذي ارتكب إحدى الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، سواء بنفسه أو كان شريكاً مع آخرين أو كان مت دخلاً في وقوع

1- Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jeane- Pieere Marguénau, Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Dictionnaire des droits de l'homme, France, presse université France, 1er édition, octobre, 2008, p 589.

2- علي جعفر محمد، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائي، لبنان، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص 88.

هذه الجريمة أو محرضاً على ارتكابها أو حتى أمراً أو مغرياً، كما تتحقق هذه المسؤولية، سواء بوقوع الجريمة كاملة أو لمجرد الشروع في ارتكابها فقط.²⁸⁰

فيما يتعلق بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين دائماً، أقر نظام روما الأساسي حكماً آخر يتعلق بهذه المسؤولية ضمن المادة 26 منه، يقضي بأن لا يمتد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة الأشخاص الطبيعيين الذين لم يبلغوا سن 18 سنة، وقت ارتكابهم للفعل المجرم الذي يدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، أي أن الأشخاص الطبيعيين الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة لا يكونون محل مساءلة أمام المحكمة الجنائية الدولية²⁸¹، إلا أن ذلك لا يمنع من مساءلتهم أمام المحاكم الجنائية الوطنية التابعة للدولة التي وقعت فيها الجريمة، أو الدولة التي ينتهي اليها المجني عليهم²⁸².

إن المسؤولية الجنائية الفردية يتحملها الفرد في حال ارتكابه لإحدى الجرائم الدولية المنصوص عليها ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بما فيها جرائم العنف الجنسي فهذه الأخيرة يعاقب على ارتكابها الأشخاص الطبيعيين ويسألون مسؤولية جنائية فردية، وتطبق عليهم كافة الأحكام العامة المتعلقة

2- Louis Fernando Alvarez Londono, « La cour pénale internationale et le droit international humanitaire, un vision globale de la justice », sur le cite خطأ! مرجع 14. الارتباط التشعبي غير صحيح.

1- Françoise Bouchet Soulier, Dictionnaire pratique du droit humanitaire, France, éditions la découverte, édition actualisée et enrichie, 3eme édition, 2006. p 133

282- لندة معمر يشوي، المرجع السابق، ص 159.

بالمسؤولية الجنائية المنصوص عليها ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثانياً: عدم الاعتداد بالصفة الرسمية

استناداً للمبدأ القائم على حسن سير العلاقات الدولية وضرورات المصلحة العامة، يتم إعفاء بعض الأشخاص الذين يتقلدون وظائف سامية في الدولة من المتابعة والعقاب عن الجرائم الدولية التي يرتكبونها، سواء أمام المحاكم الوطنية للدول التي يتبعونها والتي تختص بنظر هذه الجرائم، أو أمام محاكم الدول الأجنبية، وهذا استناداً للحصانات والامتيازات التي تمنح لهم بموجب اتفاقية فينا لعام

1961

كانت هذه الحصانة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين ولوقت طويل تحول دون مساءلتهم وعقابهم عن الجرائم الدولية الخطيرة المرتكبة من طرفهم، الأمر الذي كان يحد من فعالية الأحكام والنصوص التي تجرم وتعاقب على ارتكاب هذه الجرائم، ومن ثم انتشار وتفشي ظاهرة الإفلات من العقاب بسبب العجز عن التصدي لهذه الجرائم.²⁸³

لأجل تفادي كل ذلك، جاء نظام روما الأساسي مؤكداً ضمن مادته 27 على مبدأ عدم الاعتداد بالصفة الرسمية التي يتمتع بها الأشخاص الذين يرتكبون جرائم

283- وفاء دريدي، المحكمة الجنائية الدولية ودورها في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني"، باتنة، جامعة الحاج لخضر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير 2008 / 2009، ص 81.

دولية خطيرة تدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، اذ أن نصوص النظام الأساسي وأحكامه تطبق على كافة الأشخاص المتهمين بغض النظر عن الصفة الرسمية أو الوظيفية التي يتقلدها هؤلاء المتهمين، فالشخص يسأل ويعاقب بموجب نظام روما الأساسي بمجرد ارتكابه لفعل مجرم بموجب هذا النظام، مهما كانت صفته أو وظيفته، سواء رئيس دولة أو عضو في برلمان أو ممثلاً منتخباً، فكل هذه الرسميات لا تعتبر ظرفاً معفياً أو مخففاً من إقرار المسؤولية الجنائية الفردية عن الأفعال المجرمة التي يرتكبها هؤلاء الأشخاص.

إن جرائم العنف الجنسي التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها تسري عليها أيضاً هذه الأحكام، إذ يعاقب الأشخاص المسؤولون عن ارتكاب هذه الجرائم أو الأمرين بارتكابها بغض النظر عن صفتهم الرسمية أو الوظيفة التي يشغلونها حتى ولو كان المتهم رئيس دولة أو قائد عسكري أو ذو منصب سامي في الدولة.

المطلب الثالث: عدم تقادم الجرائم الدولية

مبدأ التقادم معترف به ضمن أغلب التشريعات الوطنية التي تقر أعماله من أجل منح فرصة للمتهم ومساعدته على الاندماج والانخراط في المجتمع بصفة طبيعية. إلا أنه وبالنظر لخطورة وجسامة الجرائم الدولية، فإن هذا المبدأ لا يسري

عليها ولا يطبق بشأنها. فالجرائم الدولية الخطيرة لا تسقط بالتقادم مهما مر عليها من الزمن²⁸⁴.

يقصد بالتقادم مرور مدة من الوقت بعد صدور حكم يقضي بتسليط عقوبة على المتهم، ولكن لا ينفذ الحكم خلال هذه المدة. فيسقط عندئذ حق المجتمع في تنفيذ العقوبة على مرتكب الجريمة.

وهذا التقادم يمس العقوبة. أما تقادم الدعوى العمومية فهو يعني مرور مدة زمنية معينة على تاريخ ارتكاب الجريمة أو اتخاذ إجراء من إجراءات الدعوى بشأنها، فيسقط الحق في استعمال إجراءات المتابعة أو إعادة مباشرتها ضد المتهم²⁸⁵.

إن التقادم بنوعيه، سواء تقادم العقوبة أو تقادم الدعوى العمومية يسمح ويساهم في إفلات مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة من العقاب، وذلك إما من خلال سقوط الحق في الملاحقة والمتابعة القضائية أو سقوط الحق في توقيع العقاب على مرتكبي الجرائم²⁸⁶.

إن مبدأ التقادم المنصوص عليه ضمن القوانين الوطنية لا يمكن إعماله على المستوى الدولي لأن طبيعة الجريمة الدولية التي تتميز بالخطورة والجسامة تجعل

284 - أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2009، ص 222.

285 - نفس المرجع، ص 222.

286 - مونية بن عبد الله، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، عمان، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2014، ص 68.

تطبيقه غير ممكن، وهو ما يفسر خلو النصوص الدولية والمواثيق الرسمية المتعلقة بالجرائم الدولية من الإشارة إلى مدة زمنية تتعلق بتقادم هذه الجرائم²⁸⁷.

أولت الجمعية العامة للأمم المتحدة اهتماما كبيرا بموضوع عدم تقادم الجرائم الدولية الخطيرة، خاصة في ظل خلوج المواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة من نص يقضي بعدم سريان مبدأ التقادم على الجرائم الدولية الخطيرة. فعمدت إلى إصدار اتفاقية دولية خاصة بعدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب سنة 1968، أكدت ضمن المادة الأولى منها على عدم سريان التقادم على هذه الجرائم بغض النظر عن زمن ارتكابها²⁸⁸.

كما تقرر مبدأ عدم التقادم أيضا ضمن الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بعدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب الموقعة بتاريخ 25 جانفي 1974، وإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1992، كما تم تكريس المبدأ ضمن الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية الخاصة وبعدها في نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية²⁸⁹.

287 - أحمد بشارة موسى، المرجع السابق، ص 223.

288 - نفس المرجع، ص 223.

289 - نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007، ص 96.

أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ عدم تقادم الجرائم الدولية الخطيرة المدرجة ضمن بنوده، والمتمثلة أساساً في جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجريمة العدوان. فنص على أنه "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيًا كانت أحكامه"²⁹⁰

يسري التقادم المقرر ضمن أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على كافة الجرائم المنصوص عليها ضمنه بما فيها جرائم العنف الجنسي، وبذلك فإن مرتكبي هذه الجرائم لا يمكن أن يفلتوا من العقاب بمرور الزمن. فجرائم العنف الجنسي تتميز بخطورة جسيمة تستدعي إقرار مبدأ التقادم بشأنها، خاصة وأنها تمس بالسلامة الجسدية والنفسية للضحية وتلحق أضراراً لا يمكن تداركها.

خاتمة:

إن المحكمة الجنائية الدولية تختص بنظر الجرائم الدولية الخطيرة، والتي من بينها جرائم العنف الجنسي، فتسعى إلى ملاحقة ومتابعة مرتكبيها وتوقيع العقاب عليهم. وبالرغم من القائمة المطولة التي جاء بها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي تشمل تجريم وحظر ارتكاب أفعال العنف الجنسي بمختلف أنواعها، كالإغتصاب والاستعباد الجنسي والإكراه على البغاء وغيرها، إلا أن هذه الجرائم لازالت ترتكب بصورة مستمرة، بالأخص في أوقات النزاعات المسلحة، الأمر الذي يؤكد على أن النص على جرائم العنف الجنسي وإدراجها ضمن النظام الأساسي

290 - أنظر المادة 29 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

للمحكمة الجنائية الدولية باعتبارها جرائم دولية خطيرة، لا يكفي وحده بل لا بد من ردع وجزروقمع مرتكبيها وتسليط أشد العقوبات عليهم لتفادي وقوعها مستقبلا. من خلال دراسة موضوع جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية نتوصل للنتائج التالية:

- أن المحكمة الجنائية الدولية عملت على تطوير مفهوم جرائم العنف الجنسي
- أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تضمن قائمة موسعة من الأفعال المشكلة لجرائم العنف الجنسي وستحث أفعال جديدة لم تكن موحل تجريم بموجب الأنظمة القضائية السابق
- أن جرائم العنف الجنسي المنصوص عليها ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يمكن أن تقع في حق النساء كما تقع أيضا في حق الرجال والأطفال
- أن الاختصاص الأصلي والأولي بنظر جرائم العنف الجنسي يرجع للقضاء الوطني وفي حال عجزه أو عدم رغبته يؤول الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية

- أن نظام المحكمة الجنائية الدولية أقر المسؤولية الجنائية الفردية في حق

مرتكبي جرائم العنف الجنسي

- أن جرائم العنف الجنسي لا تسقط بالتقادم باعتبارها تدخل ضمن أشد

لجرائم الدولية خطورة



الأستاذة هاجر أهل الدويرة

باحثة بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق

جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء

الحماية القانونية للعمال المنزليين على ضوء التشريع المغربي والفرنسي

مقدمة:

يعتبر العمل المنزلي ظاهرة عالمية، تختلف من مجتمع إلى آخر تبعاً للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، وتمثل شريحة العمال المنزليين نسبة كبيرة من القوى العاملة لاسيما في البلدان النامية، وقد افتقر هذا العمل في المغرب للتنظيم والحماية القانونية والاجتماعية لفترة طويلة، عانت على إثره العاملات والعمال المنزليين الحرمان من الحقوق الأساسية وهزالة الأجور وطول ساعات العمل والمعاملة غير اللائقة.

وقد أولت منظمة العمل الدولية أهمية قصوى للعمل والعمال المنزليين، برزت من خلال إصدارها للاتفاقية الدولية رقم 189 والتوصية رقم 201 بشأن العمل اللائق بالعمال المنزليين سنة 2011، والتي أكدت من خلالها على أن هذا العمل يحتاج إلى قوانين تحقق العمل اللائق والحماية الاجتماعية.

وقد كان أول تنظيم قانوني لعمل العمال المنزليين بالمغرب بمقتضى قانون الالتزامات والعقود، في إطار أحكام إجارة الخدمة، وبعد ذلك صدرت نصوص قانونية شكلت قانون الشغل، لكن هذه القوانين لم تنص على خضوع العمال المنزليين لمقتضياتها، إلى أن صدرت مدونة الشغل ونصت بشكل صريح من خلال المادة²⁹¹4 على استبعاد العمال المنازل "خدم البيوت" من نطاق تطبيقها، مع الإحالة على صدور نص خاص ينظم هذه العلاقة، وبعد طول انتظار صدر القانون رقم 19.12 المتعلق بشروط تشغيل العمال المنزليين بتاريخ 10 غشت 2016 ودخل حيز التنفيذ في أكتوبر 2018²⁹².

أما بالنسبة للمشروع الفرنسي فقد نظم هذا العمل من خلال نظام أساسي وهو الاتفاق الجماعي الوطني convention collective national الصادر بتاريخ 24 نونبر 1999، وهذا لا يعني أنه أقصى العمال المنزليين من أحكام مدونة الشغل، بحيث

²⁹¹المادة 4 من م.ش: " يحدد قانون خاص شروط التشغيل والشغل المتعلقة بخدم البيوت الذين تربطهم علاقة شغل بصاحب البيت ".

²⁹² تنص المادة 27 من قانون 19.12 على ما يلي: "تدخل أحكام هذا القانون حيز التنفيذ بعد انصرام أجل سنة ابتداء من التاريخ الذي تنشر فيه بالجريدة الرسمية النصوص اللازمة لتطبيقه التام". بمعنى أن قانون 19.12 قد صدر بتاريخ 10 غشت 2016، ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 22 غشت 2016. إلا أن نصوصه التنظيمية لم تصدر إلى غاية 31 غشت 2017 (بالنسبة لنموذج عقد العمل المنزلي) وبتاريخ 27 سبتمبر 2017 (بالنسبة للائحة الأشغال الممنوعة على العمال المنزليين الذين تتراوح أعمارهم ما بين 16 و18 سنة) ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 2 أكتوبر 2017، ولهذه الأسباب دخل حيز التنفيذ في أكتوبر 2018.

يحيل من خلال الاتفاق على أحكام مدونة الشغل الفرنسية، علاوة على استفادتهم من نظام الضمان الاجتماعي ونظام حوادث الشغل والأمراض المهنية.

وقد عرف المشرع المغربي العمال المنزليين بأنهم: "العاملة أو العامل الذي يقوم بصفة دائمة واعتيادية، مقابل أجر، بإنجاز أشغال مرتبطة بالبيت أو الأسرة، سواء عند مشغل واحد أو أكثر"²⁹³، وعرف العمل المنزلي بأنه: "العمل المنجز لدى أسرة أو عدة أسر"²⁹⁴. أما المشرع الفرنسي فقد عرف العمال المنزليين بأنهم كل شخص يعمل بدوام كامل أو جزئي²⁹⁵ ويؤدي كل أو جزء من واجبات الأسرة أو منزل الأسرة²⁹⁶.

وفي إطار التنظيم القانوني الحديث لعمل العمال المنزليين في القانون المغربي، كان من الضروري الوقوف على مظاهر الحماية المخولة لهذه الشريحة ورصد مظاهر الضعف والقصور فيها، وذلك من خلال مقارنتها بالنظام القانوني الفرنسي باعتباره نظام حمائي متميز من جهة، ومن جهة أخرى لتصحيح الفكرة المغلوطة التي سادت

293 المادة 1 الفقرة الأولى من قانون 19.12، ظهير شريف رقم 1.16.121 صادر بتاريخ 10 غشت 2016، بتنفيذ قانون رقم 19.12، ج.ر.ع 6493 بتاريخ 22 غشت 2016، ص: 6175.

294 المادة الأولى الفقرة الثالثة من قانون 19.12

295 تميز المشرع الفرنسي على المشرع المغربي في هذه النقطة عندما خول هذه الحماية للعمال المنزليين المؤقتين، خلافا للمشرع المغربي والذي أقصى العمال المنزليين المؤقتين من الحماية المكفولة لهذه الشريحة من خلال قانون 19.12 عندما اشترط من خلال المادة الأولى منه عنصر الديمومة والاستمرارية. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الطرح تبنته منظمة العمل الدولية من خلال الاتفاقية المتعلقة بالعمل اللانق بالعمال المنزليين رقم 189 الصادرة سنة 2011 عندما نصت من خلال المادة الأولى حين اعتبرت أن أي شخص يؤدي عملا منزليا من حين إلى آخر أو على نحو متقطع فقط وليس على أساس مهني ليس عاملا منزليا.

est salarié, toute personne, à temps plein ou partiel, qui effectue tout ou "Art 1 c.c.n : 296
."partie des tâches de la maison à caractère familial ou ménager

بعض البحوث التي اعتبرت الحماية القانونية للعمال المنزليين في فرنسا تقتصر على مدونة الشغل فقط.

فإلى أي حد تمكن كل من المشرع المغربي والفرنسي من توفير حماية قانونية لائقة للعمال المنزليين؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد التقسيم التالي: المبحث الأول: الحماية القانونية للعمال المنزليين من خلال مدونة الشغل والأنظمة الأساسية. المبحث الثاني: الحماية القانونية للعمال المنزليين من خلال نظام الضمان الاجتماعي وحوادث الشغل والأمراض المهنية

المبحث الأول: الحماية القانونية للعمال المنزليين من خلال مدونة الشغل والأنظمة الأساسية

يختلف التنظيم القانوني لعمل العمال المنزليين من دولة لأخرى، فبعضها ينفج طريق التنظيم المزدوج بين مدونة الشغل إضافة إلى نظام أساسي كفرنسا، ودول أخرى استثنتهم من قانون عملها، وأخضعهم لنظام خاص، كما هو الحال بالنسبة لتونس المغرب، دول أخرى استثنتهم من قانون عملها، مع إحالتهم على صدور نظام خاص بهم لم يصدر إلى يومنا هذا، بحيث يخضعون للقوانين المدنية، كما هو الحال بالنسبة الإمارات ولبنان. وبغض النظر عن ذلك فإن دراسة الحماية القانونية في هذا الصدد تستدعي الوقوف على مظاهرها قبل الدخول إلى العمل (المطلب الأول)، وكذا عند تنفيذ عقد الشغل وإنهاءه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية القانونية للعمال المنزليين قبل الدخول للعمل

تتجلى أهم مظاهر الحماية القانونية القبلية للعمال المنزليين في تحديد الحد الأدنى لسن التشغيل، وقد حدد المشرع المغربي الحد الأدنى لسن التشغيل بالمنزل في 18 سنة، إلا أنه واستثناء يمكن تشغيل عمال منزليين تتراوح أعمارهم ما بين 16 إلى 18 سنة خلال فترة انتقالية مدتها خمس سنوات تبتدئ من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، شريطة الحصول من أولياء أمورهم على إذن مكتوب ومصادق على صحة إمضائه²⁹⁷. وذلك تماشياً مع الاتفاقية رقم 189 بشأن العمل اللائق

297 المادة 6 من قانون 19.12.

للعمال المنزليين والتي حددته في 18 سنة²⁹⁸. أما المشرع الفرنسي فقد سمح بتشغيل عمال منزليين أحداث تتراوح أعمارهم بين 14 و16 سنة في أعمال خفيفة خلال نصف العطلة المدرسية فقط، شريطة توقيع عقودهم من طرف ممثليهم القانوني، كما سمح بتشغيل عمال تتراوح أعمارهم بين 16 و18 سنة شريطة الحصول على إذن ممثليهم القانوني²⁹⁹.

وفيما يتعلق بشروط التشغيل فنجد المشرع المغربي متع العمال المنزليين الأحداث بمقتضيات حمائية عديدة وذلك لخصوصية الطبيعة الفيزيولوجية التي تفرض تمتيعهم بضمانات حمائية أقوى³⁰⁰، فمنع تشغيل العمال المنزليين المتراوحة أعمارهم بين 16 و18 سنة ليلا³⁰¹، أو في أماكن مرتفعة، أو في حمل الأثقال، أو استعمال مواد أو أدوات خطيرة، وعموما كل الأشغال التي من شأنها أن تعرضهم للخطر أو تهدد سلامتهم أو صحتهم أو سلوكهم الأخلاقي³⁰². وفي هذا الإطار أصدر المشرع المغربي نص تنظيمي منع من خلاله مجموعة من الأشغال على العمال

298 المادة 4 الفقرة 2 الاتفاقية رقم 189 بشأن العمل اللائق للعمال المنزليين.

299 Art 24 c.c.n : " a) Âge d'admission au travail: Les adolescents de 14 à 16 ans ne pourront être embauchés que pendant la moitié de leurs vacances scolaires, uniquement pour des travaux légers. b) Conclusion du contrat: Le contrat de travail des jeunes de moins de 16 ans devra être signé par leur représentant légal, après acceptation des termes par le mineur. Celui des jeunes de 16 à 18 ans peut être signé par le jeune avec autorisation de son représentant légal ".

300 دنيا مباركة، الموجز في القانون الاجتماعي المغربي، طبعة 2015-2016، مطبعة جسر-وجدة، ص: 32-33. 301 من المعلوم أن تشغيل الأحداث ليلا، من شأنه تعريضهم لأضرار صحية ويؤثر على سلامتهم وتكوينهم، ونظرا لهذه الخطورة اهتمت بهذه المسألة منظمة العمل الدولية من خلال اعتمادها مجموعة من الاتفاقيات من بينها: الاتفاقية رقم 6 بشأن تشغيل الأحداث ليلا في المجال الصناعي سنة 1919، التوصية رقم 14 بشأن عمل الأطفال ليلا في الزراعة سنة 1921، الاتفاقية رقم 79 بشأن عمل الأطفال في المهن غير الصناعية سنة 1946، الاتفاقية رقم 90 بشأن العمل الليلي للأطفال المشتغلين في الصناعة سنة 1948.

وفي نفس الاتجاه عملت منظمة العمل العربية على منع العمل الليلي على الأحداث، فأصدرت الاتفاقية رقم 18 لسنة 1996 المتعلقة بتشغيل الأحداث.

302 المادة 6 الفقرة 4 من قانون 19.12.

المنزليين المتراوحة أعمارهم ما بين 16 و18 سنة، كاستعمال مواد التطهير والغسيل التي تحتوي على مواد كيميائية خطيرة، استخدام الأدوات والآلات الكهربائية أو الحادة، استعمال المواد الكيميائية والمبيدات السامة والخطيرة، تنظيف سخانات الماء والمداخن والحنفيات البخارية، أشغال صيانة البئر أو المسبح الذي يتعدى عمقه مترواحداً، استخدام آلات جز العشب والمناشير، تنظيف سخانات الماء...³⁰³. أما المشرع الفرنسي فقد منع تشغيل عمال منزليين أحداث دون 18 سنة، في العمل الإضافي، أو القيام بأشغال شاقة تتجاوز قواهم أو العمل في منتجات تشكل خطورة على صحتهم وسلامتهم، كما حظر تشغيلهم ليلاً، مع تحديد العمل الليلي بأنه كل عمل قد يؤدي بين الساعة 10 مساءً و6 صباحاً³⁰⁴.

كما ألزم المشرع المغربي المشغل الذي يشغل عمال منزليين تتراوح أعمارهم ما بين 16 و18 سنة، بإجراء فحص طبي كل ستة أشهر على نفقته³⁰⁵. أما المشرع الفرنسي وأن لم ينص على مقتضيات خاصة بالفحص الطبي للعمال دون 18 سنة، فإنه نص على العموم على إلزامية إجراء فحص طبي للعمال طبقاً لأحكام مدونة الشغل الفرنسية، وذلك بإجراء فحص طبي عند التشغيل، وفحص طبي دوري، كما

303 المادة 2 من مرسوم رقم 2.17.356 الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 2017 بشأن الأعمال الممنوعة على العمال المنزليين المتراوحة أعمارهم بين 16 و18 سنة، ج ر ع 6609 بتاريخ 2 أكتوبر 2017، ص: 5541.

304 Art 24 c.c.n : "La durée du travail hebdomadaire est la même que celle prévue pour les adultes à l'article 15 ; toutefois, il ne pourra effectuer des heures supplémentaires. Il est interdit d'employer des jeunes de moins de 18 ans à des travaux pénibles excédant leurs forces, ainsi qu'à la manipulation des produits dangereux.

Le travail de nuit est interdit pour les jeunes travailleurs âgés de moins de 18 ans. Tout travail entre 22 heures et 6 heures est considéré comme travail de nuit ".

المادة 6 الفقرة 3 من قانون 19.12. 305

ألزم المشغل بإجراء هذا الفحص بعد غياب العامل لأكثر من ثلاثة أسابيع بسبب المرض، أو عند العودة من إجازة الأمومة، وبعد الغياب 8 أيام على الأقل بسبب حادث شغل³⁰⁶.

وفيما يتعلق بشكليات إبرام عقد العمل المنزلي نص المشرع المغربي على أنه يتم تشغيل العمال المنزليين بمقتضى عقد محدد المدة أو غير محدد المدة يعده المشغل وفق نموذج يحدد بنص تنظيمي³⁰⁷. ويوقع من طرف المشغل والعامل، شريطة أن تراعى عند التوقيع الشروط المتعلقة بتراضي الطرفين وأهليتهما للتعاقد وبمحل العقد وسببه، كما حددها ق.ل.ع، ويحرر العقد في ثلاثة نظائريصادق على صحة إمضاءهما من قبل السلطة المختصة، ويسلم لكل من المشغل والعامل نظير، مع حفظ الثالث لدى مفتشية الشغل المختصة مقابل وصل³⁰⁸. أما بالنسبة للعمال المنزليين الأقل من 18 سنة فعلاوة على الشروط الشكلية أعلاه، يجب الحصول من أولياء أمورهم على إذن مكتوب ومصادق على صحة إمضائه. أما المشرع الفرنسي فقد نص على أن تشغيل عمال منزليين أحداث تتراوح أعمارهم بين 14 و16 سنة يستوجب توقيع الممثل القانوني بعد قبول الحدث بشروط العقد، أما العمال

306 Art 22c.c.n : " Les dispositions du Code du travail concernant la surveillance médicale sont obligatoirement

applicables aux salariés du particulier employeur employés à temps complet :

- un examen médical d'embauche,
- une visite médicale périodique obligatoire,
- une visite médicale de reprise après absence de plus de trois semaines pour cause de maladie, au retour de congé de maternité, et après une absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail ".

307 مرسوم رقم 2.17.355 الصادر في 31 غشت 2017، المتعلق بتحديد نموذج عقد العمل الخاص بالعاملات والعمال المنزليين، ج ر ع 6609 بتاريخ 2 أكتوبر 2017، ص: 5537.

308 المادة 3 من قانون 19.12.

المتراوحة أعمارهم بين 16 و18 سنة فيمكنهم توقيع عقود شغلهم وحدهم وبإذن من الممثل القانوني³⁰⁹. كما اشترط في العقد المنزلي أن يكون مكتوباً³¹⁰.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للعمال المنزليين عند تنفيذ العقد

وإنهاءه

تتجلى الحماية القانونية للعمال المنزليين عند تنفيذ عقد العمل في تحديد المدة القانونية للعمل، والتي ميز فيها المشرع المغربي بين العمال المنزليين البالغين والمتراوحة أعمارهم ما بين 16 و18 سنة، بحيث حددها في 48 ساعة في الأسبوع توزع باتفاق الطرفين بالنسبة للبالغين، وحددها في 40 ساعة في الأسبوع بالنسبة للعمال المنزليين أقل من 18 سنة³¹¹. على خلاف المشرع الفرنسي الذي حدد ساعات العمل العادية في 40 ساعة في الأسبوع، كما نص على أن ساعات العمل الإضافية هي جميع ساعات العمل الفعلية التي تتجاوز ساعات العمل الأسبوعية التي تبلغ 40 ساعة، أما بالنسبة للتعويض عن ساعات العمل الإضافية، فيتم على شكل أجر أو إجازة³¹².

309 Art 24 c.c.n : " b) Conclusion du contrat Le contrat de travail des jeunes de moins de 16 ans devra être signé par leur représentant légal, après acceptation des termes par le mineur. Celui des jeunes de 16 à 18 ans peut être signé par le jeune avec autorisation de son représentant légal ".

310 Art 7 c.c.n : " L'accord entre l'employeur et le salarié est établi par un contrat écrit. Il est rédigé soit à l'embauche soit à la fin de la période d'essai au plus tard ".

311 المادة 13 من قانون 19.12.

312 Article 15 c.c.n : " La durée conventionnelle du travail effectif est de 40 heures hebdomadaires pour un salarié à temps plein. Les heures supplémentaires sont celles effectivement travaillées effectuées au-delà de l'horaire hebdomadaire de 40 heures de travail effectif. Les heures supplémentaires telles que calculées aux paragraphes précédents sont rémunérées, ou récupérées dans les douze mois, suivant accord entre les parties.

Elles ne pourront excéder une moyenne de 8 heures par semaine calculée sur une période quelconque de 12 semaines consécutives sans dépasser 10 heures au cours de la même semaine.

أما فيما يتعلق بالحماية القانونية للأجر، فنجد المشرع المغربي يميز بين الأجر النقدي والعيني، فبالنسبة للأجر النقدي فقد حدده في 60 بالمائة من الحد الأدنى القانوني للأجر المطبق في قطاعات الصناعة والتجارة والمهن الحرة، مع أداء هذه الأجور كل شهر، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك³¹³، وإذا كان المشرع لا يعتبر مزايا الإطعام والسكن تدخل في إطار الأجر النقدي فهي ضمنيا تدخل في نطاق الأجر العيني المقدّر بنسبة 40 بالمائة، ونرى في هذا المجال أن هذا التحديد فيه إجحاف في حق العمال المنزليين، خاصة إذا علمنا أن المشرع الفرنسي نص على أنه لا يمكن اعتبار إقامة العاملين أجرا عينيا³¹⁴.

كما عمل المشرع المغربي على منحهم راحة أسبوعية لا تقل عن 24 ساعة متصلة، مع إمكانية تأجيل الاستفادة منها وتعويضها في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر³¹⁵. أما المشرع الفرنسي فقد منحهم راحة أسبوعية لا تقل عن 24 ساعة³¹⁶، إلا أنه وفي نقطة متميزة نص على أن الراحة الأسبوعية للعمال المنزليين دون 18 سنة تخضع

Elles donneront lieu en rémunération ou en récupération à une majoration de 25 % (pour les 8 premières heures) et à une majoration de 50 % (pour les heures supplémentaires au-delà de 8 heures).

المادة 19 من قانون 19.12.313

314 Art 6 c.c.n " Si le salarié est tenu de dormir sur place, sans contrainte horaire, le logement ne sera pas déduit du salaire net ".

المادة 14 من قانون 19.12.315

316 Art 15 c.c.n : " Le repos hebdomadaire doit avoir une durée minimale de 24 heures consécutives et être donné de préférence le dimanche. A ces 24 heures, s'ajoutera une demi-journée dans le cadre de l'aménagement de l'horaire de travail".

لأحكام الراحة المطبقة على العمال الراشدين، إلا أنهم يستفيدون منها يوم الأحد، إضافة إلى نصف يوم أخريضاف إلى هذه الراحة³¹⁷.

وفيما يتعلق بالعطلة السنوية، نص المشرع المغربي على الحق في الاستفادة من عطلة سنوية مدفوعة الأجر، بعد قضاء ستة أشهر متصلة في العمل، والتي لا تقل مدتها عن يوم ونصف عن كل شهر عمل، مع إمكانية تجزئتها أو الجمع بين أجزائها باتفاق الطرفين على مدى سنتين متتاليتين³¹⁸. ويلاحظ أن المشرع لم يميز في مدة العطلة السنوية بين العمال البالغين والأحداث، كما هو الأمر في مدونة الشغل، التي حدد مدة هذه العطلة في يوم ونصف للأجراء البالغين ويومان للأحداث عن كل شهر عمل³¹⁹، وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع الفرنسي من خلال مدونة الشغل التي حددت العطلة السنوية للأحداث الأقل من 21 سنة في عطلة إجمالية قدرها ثلاثين يوما في السنة³²⁰، أما في الاتفاق الجماعي الوطني فقد منح العمال المنزليين عموما إجازة سنوية مدفوعة الأجر بغض النظر عن العمال العاملين بدوام كامل أو جزئي، وتحتسب هذه الإجازة على أساس يوميين ونصف عن كل شهر من العمل أو أربعة

317 Art 24 c.c.n : " Les jeunes ont droit au minimum à un jour de repos de 24 heures consécutives par semaine donné le dimanche, plus une demi-journée dans le cadre de l'aménagement de l'horaire de travail".

318 المادة 16 من قانون 19.12.

319 المادة 231 م.ش.

320 Art L 3164-9 code du travail: " les salaires de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente ont droit s'ils demandent à un congé de 30 jours..."

أسابيع أو 24 يوما، أما بالنسبة للأجرفيدفع وقت الاستفادة منها، ويساوي هذا الأخير الأجر الإجمالي المستحق عن فترة العمل³²¹.

وفي هذا الإطار أيضا نص المشرع المغربي على استفادة العمال المنزليين من راحة مؤدى عنها خلال أيام الأعياد الدينية والوطنية والتي حددها المشرع بمقتضى نص تنظيمي³²²، مع إمكانية تأجيل الاستفادة منها إلى تاريخ لاحق يحدد باتفاق الطرفين، ويكون المشرع من خلال هذه المقتضيات ساوى بين الأجراء عموما والعمال المنزليين، إلا أن تنصيبه على إمكانية تشغيلهم في هذه الأعياد كان يقتضي من المشرع تعزيز الحماية، عن طريق النص على استحقاقهم علاوة على أجورهم تعويضا نسبته 100 بالمائة عن الأجر على غرار مقتضيات مدونة الشغل³²³. أما المشرع الفرنسي فقد اعتبر فاتح ماي وحده بمثابة عطلة مدفوعة الأجر، والتي لا

321 Art 16 c.c.n : " Le droit aux congés payés annuels est acquis au salarié (à temps complet ou partiel) qui, au cours de l'année de référence (du 1er juin de l'année précédente au 31 mai de l'année en cours), justifie avoir été employé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum d'un mois de présence au travail La durée du congé payé annuel est de deux jours et demi ouvrables par mois (ou période de quatre semaines ou périodes équivalentes à 24 jours) de présence au travail, quel que soit l'horaire habituel de travail Les congés sont rémunérés au moment où ils sont pris. La rémunération brute des congés ne peut être inférieure: ni à la rémunération totale brute qui serait due au moment du règlement de la rémunération pour un temps de travail égal à celui du congé ".

322 مرسوم رقم 2.04.426 صادر في 29 ديسمبر 2004، يتعلق بتحديد لائحة أيام الأعياد المؤداة عنها الأجور، ج.ر.ع 5279 بتاريخ 3 يناير 2005، وهي كالتالي: 11 يناير (ذكرى تقديم وثيقة الاستقلال)، فاتح ماي (عيد الشغل)، 30 يوليو (عيد العرش)، 14 غشت (يوم وادي الذهب)، 20 غشت (ذكرى ثورة الملك والشعب)، 21 غشت (عيد الشباب)، 6 نوفمبر (عيد المسيرة الخضراء)، 18 نوفمبر (عيد الاستقلال)، عيد الفطر وعيد الأضحى وفاتح محرم وعيد المولد النبوي. 323 المادة 226 م.ش: "إذا شغل المشغل، أجراه كلهم أو بعضهم خلافا للمادة 217، وجب عليه أن يؤدي لهم، إضافة إلى الأجر المستحق لهم عن ذلك اليوم، تعويضا نسبته 100 بالمائة من هذا الأجر".

يمكن أن تكون سببا في تخفيض الأجر، وان أداء العمل بهذه العطلة يمنح العمال إضافة إلى أجرهم مكافأة بنسبة 100 بالمائة³²⁴.

وفيما يخص رخص التغيبات منح المشرع المغربي للعمال المنزليين رخصا للتغيب عن العمل لأسباب عائلية، من بينها، زواج العاملة أو العامل بحيث يستفيدون من رخصة تغيب لسبعة أيام مدفوعة الأجر، وعن زواج أبنائهم أو ربائهم يومان، وفي حالة وفاة زوج أو أبناء أو أحفاد أو أصول أو أبناء زوجه من زواج سابق فيستفيد من رخصة ثلاثة أيام، وفي حالة وفاة أحد إخوة العامل أو إخوة أو أصول زوجه فيستفيدون من رخصة يومان، أما في حالة إجراء عملية جراحية لزوج العاملة أو العامل أو أحد أبنائه فيستفيد من رخصة يومان، ويوم واحد عن إجراء ختان لأحد أبنائه. ويستفيدون من إجازة مدتها ثلاثة أيام بمناسبة كل ولادة³²⁵. وتجدر الإشارة إلى أن جميع هذه التغيبات تكون مدفوعة الأجر³²⁶. أما المشرع الفرنسي فقد نص على أن جميع التغيبات يجب أن تكون معللة³²⁷، ثم عاد من خلال المادة 17 من الاتفاق الجماعي الوطني ونص على مجموعة من الرخص المبررة من بينها: زواج العامل برخصة أربع أيام، زواج أبناءه يوم واحد، وفاة أحد أبنائه ثلاث أيام، وفاة أصوله يوم واحد، ثلاث أيام بمناسبة الولادة أو التبني، ومع أقدميه 3 أشهر يستفيد

324 Art 18 c.c.n : "Seul le 1er mai est un jour férié chômé et payé, s'il tombe un jour habituellement travaillé.

Le chômage du 1er mai ne peut être la cause d'une réduction de la rémunération.

Le travail effectué le 1er mai ouvre droit à une rémunération majorée de 100 %".

325 المادة 18 من قانون 19.12.

326 المادة 18 الفقرة 10 من قانون 19.12.

327 Art 10 c.c.n : "toute absence doit être justifiée".

من رخصة يوم واحد في حالة وفاة أخ أو أخت العامل، مع أداء الأجر عن كل هذه التغيبات³²⁸.

أما فيما يتعلق بالحماية القانونية عند إنهاء العقد، فقد أغفل المشرع المغربي من خلال قانون 19.12 تنظيم أحكام إنهاء عقد العمل المنزلي ومسطرته، أما المشرع الفرنسي فقد نظم إنهاء عقد العمل غير محدد المدة³²⁹ بمبادرة من العامل بمقتضى المادة 11، والإنهاء بمبادرة من المشغل بمقتضى المادة 12، في حين نظم الإنهاء الراجع لوفاة المشغل بالمادة 13 من الاتفاق الجماعي الوطني.

حيث نص في المادة 11 على أنه يمكن إنهاء هذا العقد عن طريق استقالة العامل، على أن تنجم هذه الأخيرة عن إرادة جادة، ومعرب عنها كتابة، وقد حدد المشرع الفرنسي مدة الإخطار أو الإشعار في هذه الحالة كما يلي: - أسبوع واحد للعامل الذي تقل مدة عمله عن 6 أشهر مع نفس المشغل؛ - 2 أسابيع للعامل الذي اشتغل من 6 أشهر إلى أقل من سنتين مع نفس المشغل؛ - شهر واحد للعامل الذي اشتغل

328 Art 17 c.c.n : "Les salariés bénéficieront, sur justification, à l'occasion de certains événements, d'une autorisation d'absence exceptionnelle accordée dans les conditions suivantes :

sans condition d'ancienneté :- mariage du salarié : 4 jours ouvrables, - mariage d'un enfant : 1 jour ouvrable, - décès du conjoint ou d'un enfant : 3 jours ouvrables, - décès du père ou de la mère : 1 jour ouvrable, - naissance ou adoption : 3 jours ouvrables. avec condition d'ancienneté de trois mois chez l'employeur :- décès du beau-père ou belle-mère (c'est-à-dire père ou mère de l'époux(se)) : 1 jour ouvrable, - décès d'un frère ou sœur : 1 jour ouvrable, - présélection militaire : dans la limite de 3 jours ouvrables".

329 أما بالنسبة لإنهاء عقد العمل المنزلي محدد المدة، فإن المشرع الفرنسي أحال على مدونة الشغل، وبالرجوع لهذه الأخيرة نجد أنها تنص من خلال المادة 1243-1 على أنه ينتهي بانتهاء مدته، إلا في حالة الخطأ الجسيم أو القوة القاهرة أو العجز. وأن الإنهاء المبكر من طرف المشغل بطرف النظر عن الحالات السابقة يخول للعامل تعويضا بمبلغ يساوي على الأقل الأجر الذي كان سيحصل عليه حتى نهاية العقد طبقا للمادة 1243-4 L. كما يؤدي الإنهاء المبكر لهذا العقد بمبادرة من العامل طبقا للمادة 1243-3 L منح المشغل تعويضا نتيجة الخسارة التي لحقت.

سنتين أو أكثر مع نفس المشغل؛ وفي حالة عدم التقيد بأحكام الإخطار، فيجب أداء تعويض للطرف الأخر مساوي لمبلغ المكافأة الذي يقابل مدة فترة الإخطار³³⁰.

أما في حالة تقاعد العامل، فقد نص المشرع الفرنسي على إمكانية إنهاء العقد من طرف العامل الذي يبلغ من العمر 60 سنة أو أكثر شريطة إخبار المشغل باعتماده التوقف عن العمل في هذه الحالة، وتكون مدة الإخطار التي يوجهها العامل هي نفس المدة المنصوص عليها بالمادة 12 الفقرة 2 أدناه، وفي حالة عدم احترام هذه المقتضيات، فيلتزم الطرف المسؤول بأداء تعويض للطرف الأخر مساويا لمبلغ المكافأة الذي يقابل فترة الإخطار³³¹.

أما بالنسبة للمشغل فيمكنه فصل العامل لأي سبب يشكل سببا حقيقيا وجديا، باستثناء حالة وفاة المشغل فتخضع لأحكام المادة 13 أدناه³³². وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 5 يوليوز 2017، والذي جاء فيه أن فصل

330 Art 11 c.c.n : " a) - Démission du salarié

Le contrat de travail peut être rompu par la démission du salarié. La démission doit résulter d'une volonté sérieuse et non équivoque, exprimée clairement par écrit. La durée du préavis à effectuer par le salarié est fixée à :

- 1 semaine pour le salarié ayant moins de six mois d'ancienneté de services continus chez le même employeur;- 2 semaines pour le salarié ayant de six mois à moins de deux ans d'ancienneté de services continus chez le même employeur ; - 1 mois pour le salarié ayant deux ans ou plus d'ancienneté de services continus chez le même employeur. En cas d'inobservation du préavis, la partie responsable de son inexécution devra verser à l'autre partie une indemnité égale au montant de la rémunération correspondant à la durée du préavis".

331 Art 11 c.c.n : "b) - Départ volontaire à la retraite du salarié Le contrat de travail peut être rompu par le salarié âgé de 60 ans au moins qui fait part à l'employeur de sa volonté de cesser son activité pour prendre sa retraite. La durée du préavis à effectuer par le salarié est celle due en cas de licenciement : voir article 12 a) paragraphe 2".

332 Art 12 c.cn : "Le contrat de travail peut être rompu par l'employeur pour tout motif constituant une cause réelle et sérieuse. La rupture consécutive au décès de l'employeur fait l'objet de l'article 13".

العاملة المنزلية دون سبب حقيقي وجدي يترتب عنه أداء التعويض عن الأقدمية ومكافأة نهاية الخدمة والعطلة السنوية والتعويض عن أجل الإخطار والضرر³³³.

أما بالنسبة لإجراءات الفصل، فقد نص المشرع الفرنسي على أنه مادام المشغل ليس بشركة وأن مكان العمل هو منزله الخاص، فإن القواعد الإجرائية الخاصة بالفصل لأسباب اقتصادية والإجراءات المتعلقة بمؤزرة العامل لا تنطبق على العامل المنزلي، وأن المشغل أيا كان سبب الفصل منه، باستثناء حالة الوفاة ملزم بالإجراءات التالية:

- استدعاء العامل من أجل عقد مقابلة أولية بواسطة رسالة مضمونة أو بمناولة الرسالة يدويا، يشير من خلالها المشغل إلى الغرض من المقابلة "الفصل المحتمل". وعند مقابلة العامل يشير المشغل إلى أسباب القرار ويسمع تفسيرات العامل. ثم الإخطار بالفصل، بحيث إذا قرر المشغل فصل العامل، فعليه إخطار الأخير بالفصل بواسطة رسالة مسجلة مضمونة الوصول، ويجب أن يحدد المشغل في رسالة الفصل بوضوح أسباب الفصل³³⁴.

333 Cour de cassation chambre social 16/10/541, arrêt no 1228 du 5 juillet 2017, www.courdecassation.fr تاريخ الإطلاع 2017/12/1 على الساعة 15:14

334 Art 12 c.c.n : " Rupture du contrat à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur a) - Licenciement du salarié

Le contrat de travail peut être rompu par l'employeur pour tout motif constituant une cause réelle et sérieuse.

La rupture consécutive au décès de l'employeur fait l'objet de l'article 13 .

1 - Procédure de licenciement: Le particulier employeur n'étant pas une entreprise et le lieu de travail étant son domicile privé, les règles de procédure spécifiques au licenciement économique et celles relatives à l'assistance du salarié par un conseiller lors de l'entretien préalable ne sont pas applicables.

En conséquence, l'employeur, quel que soit le motif du licenciement, à l'exception du décès de l'employeur, est tenu d'observer la procédure suivante :

وتحدد فترة الإخطار الواجب مراعاته في حالة الفصل لأسباب غير الخطأ

الجسيم أو الثقيل على النحو التالي:

- أسبوع واحد للعامل الذي تقل مدة عمله عن 6 أشهر عند نفس المشغل ;-
- شهر واحد للعامل الذي تتراوح مدة عمله بين 6 أشهر وأقل من سنتين عند نفس المشغل ;-
- 2 أشهر للعامل الذي اشتغل مدة سنتين أو أكثر عند نفس المشغل، وفي حالة عدم احترام هذه المقتضيات، فيلتزم الطرف المسؤول بأداء تعويض للطرف الآخر مساويا لمبلغ المكافأة الذي يقابل فترة الإخطار³³⁵.

ويمنح العامل خلال فترة الإخطار فترات للبحث عن عمل جديد، تحدد مدتها

بالنسبة للعامل الذي قضى أقل من سنتين في العمل لدى المشغل يمنح ساعتان في

- Convocation à un entretien préalable par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge.
Cette convocation indique l'objet de l'entretien : éventuel licenciement.
- Entretien avec le salarié : l'employeur indique le ou les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié.
- Notification de licenciement : s'il décide de licencier le salarié, l'employeur doit notifier à l'intéressé le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.
La lettre de licenciement doit préciser clairement le ou les motifs de licenciement.
335 Art 12 c.c.n : " 2- Préavis
Le préavis doit être exécuté dans les conditions de travail prévues au contrat.
La durée du préavis à effectuer en cas de licenciement pour motif autre que faute grave ou lourde
(note 2) est fixée à :
- une semaine pour le salarié ayant moins de six mois d'ancienneté de services continus chez le même employeur ;
- un mois pour le salarié ayant de six mois à moins de deux ans d'ancienneté de services continus chez le même employeur ;
- deux mois pour le salarié ayant deux ans ou plus d'ancienneté de services continus chez le même employeur.
En cas d'inobservation du préavis, la partie responsable de son inexécution devra verser à l'autre partie une indemnité égale au montant de la rémunération correspondant à la durée du préavis".

اليوم لمدة 6 أيام، وبالنسبة للعامل الذي قضى أكثر من سنتين في العمل لدى المشغل
يمنح ساعتان في اليوم لمدة 10 أيام³³⁶.

أما بالنسبة لحالة التقاعد، فيجوز للمشغل إنهاء عقد العمل عن طريق
تقاعد العامل إذا استفاد من معاش تقاعدي كامل من نظام الضمان الاجتماعي
العام، وإذا بلغ السن المنصوص عليه في التأمين الاجتماعي، بحيث على المشغل تبليغ
العامل بقراره، مع احترام قواعد الإخطار المنصوص عليها في حالة الفصل أعلاه³³⁷.
كما يمكن للمشغل أن ينهي عقد العمل إذا تبث عجز العامل جزئيا أو كلياً عن طريق
طبيب مهني، في غضون شهر واحد، وفي نقطة متميزة نص هذا المشرع على إلزامية
إعادة تصنيف العامل الذي تبث عجزه في عمل مناسب له قبل فصله³³⁸. أما المادة
13 من الاتفاق الجماعي الوطني فقد تناولت الإنهاء الراجع لوفاة المشغل، والتي نص
فيها المشرع الفرنسي على أن وفاة المشغل تؤدي بحكم الواقع إلى إنهاء عقد العمل،
وأن العقد لا يستمر تلقائياً مع ورثة المشغل، وفي هذه الحالة يستحق العامل الأجر

336 Art 12 c.c.n : "Heures de liberté pendant le temps de préavis

Pour la recherche d'un nouvel emploi, les salariés à temps complet auront droit, sans diminution de salaire :

- s'ils ont moins de deux ans d'ancienneté chez le même employeur, à 2 heures par jour pendant 6 jours ouvrables,
- s'ils ont plus de deux ans d'ancienneté chez le même employeur, à 2 heures par jour pendant 10 jours ouvrables".

337 Art 12 c.c.n : "L'employeur peut mettre fin au contrat de travail par la mise à la retraite du salarié si celui-ci peut bénéficier d'une pension à taux plein du régime de la sécurité sociale et s'il a atteint l'âge minimum prévu par le régime d'assurance vieillesse. Lorsque l'employeur peut procéder à la mise à la retraite :

- il informe le salarié de sa décision ;
- les règles en matière de préavis sont celles définies en cas de licenciement" .

338 Art 12 c.c.n : " Lorsque le salarié est reconnu inapte partiellement ou totalement par la médecine du travail, l'employeur, qui ne peut reclasser le salarié dans un emploi différent pour lequel il serait apte, doit mettre fin par licenciement au contrat de travail dans le délai d'un mois".

المستحق وتعويضات الإخطار والفصل التي يدعي العامل أنها تراعي أقدميته عند وفاة مشغله والتعويضات المستحقة عن العطل³³⁹، وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صادر عنها بتاريخ 30 يونيو 2011، والذي جاء فيه أن وفاة صاحب العمل تنهي تلقائيا عقد عمل العامل المنزلي³⁴⁰.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للعمال المنزليين من خلال نظام الضمان الاجتماعي وحوادث الشغل والأمراض المهنية

الضمان الاجتماعي حقا من حقوق الإنسان³⁴¹، تروم الدول من خلاله إلى الحماية الاقتصادية والاجتماعية لساكنتها، مما جعله يحتل مكانة رئيسية في اهتمامات كافة المجتمعات المعاصرة التي عملت على تأطيره بنظام يحدد المنافع التي يحتويها، والأشخاص المستفيدين منه³⁴² (المطلب الأول)، إلى جانب نظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية القانونية من خلال نظام الضمان الاجتماعي

339 Art 13 c.c.n : " Le décès de l'employeur met fin ipso facto au contrat de travail qui le liait à son salarié.

Le contrat ne se poursuit pas automatiquement avec les héritiers.

La date du décès de l'employeur fixe le départ du préavis.

Sont dus au salarié :

- le dernier salaire ;
- les indemnités de préavis et de licenciement auxquelles le salarié peut prétendre compte tenu de son ancienneté lorsque l'employeur décède ;
- l'indemnité de congés payés " .

340 "le décès de l'employeur met automatiquement fin au contrat de travail de ses employés de maison"

www.LeParticulierFIGARO.fr تاريخ الاطلاع 1/12/2017 على الساعة 14:00

341 المادة 22 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل شخص عضو في المجتمع، حق في الضمان الاجتماعي...".

342 محمد بنحساين، الضمان الاجتماعي للعمال المغاربة بأوروبا، الطبعة الأولى 2006، مطبعة طوب بريس، الرباط، ص:5.

نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية رقم 189 بشأن العمل اللائق للعمال المنزليين، على ضرورة اتخاذ التدابير المناسبة التي تضمن تمتع العمال المنزليين بظروف لا تقل عن تلك المطبقة على العمال عموماً فيما يتعلق بحماية الضمان الاجتماعي.

ويعتبر ظهير 27 يوليو 1972 القانون الأساسي لنظام الضمان الاجتماعي بالمغرب³⁴³، وقد حدد الفصل 2 منه نطاق التطبيق، والذي جاء فيه ما يلي: "تحدد بمراسيم شروط تطبيق نظام الضمان الاجتماعي على ... الأعوان المستخدمون بالمنازل". وبالتالي فاستفادة العمال المنزليين من الضمان الاجتماعي معلقة على صدور مرسوم لم يرى النور بعد. والذي يزيد الطين بلة، أن هذه المسافة الزمنية الطويلة، قد شهدت حركية تعديلية، تدخل فيها المشرع لتغيير مقتضيات هذا النظام القانوني بموجب عدد من الظهائر والمراسيم التي صدرت متتابعة لتوسيع مجال تطبيقه تارة، ولتعزيزه بتدابير تنظيمية وحماية تارة أخرى، باستثناء شريحة الأعوان المستخدمين بالمنازل، التي ظلت وضعيتها عالقة، دون أن تحظى بأدنى التفاتة إجرائية في هذا السياق.

وبالتالي فرغم صدور القانون الخاص المتعلق بشروط شغل وتشغيل عمال المنازل، وكذا صدور نصوصه التنظيمية، إلا أن المرسوم المتعلق بتنظيم شروط تطبيق نظام الضمان الاجتماعي على العمال المنزليين-أو الأعوان المستخدمون

343 ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.72.184، صادر بتاريخ 15 جمادى الثانية 1392 (27 يوليو 1972)، ج.ر.ع 3121، بتاريخ (23 غشت 1972)، ص: 2178.

بالمنازل- المنصوص عليهم بالفصل 2 من قانون الضمان الاجتماعي لم يصدر بعد، وبالتالي موضوع الاستفادة من الضمان الاجتماعي لم يحسم بعد لعدم صدور المرسوم المنشود.

وقد اعتبر جانب من الفقه³⁴⁴ أن تمديد نظام الضمان الاجتماعي إلى أصناف أخرى تعترضه مجموعة من الصعوبات التي تعود في مجملها إلى ضئالة الأجور، الشيء الذي لا يمكن إغفاله إذا ما أريد الحفاظ على التوازن المالي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إلا أن هذا التوازن لا يعني بالضرورة بأن موارد الصندوق المالية لا بد أن تأتي من واجبات الاشتراكات المفروضة على كل من العمال وأرباب العمل، بل يمكن التفكير في هذا التوازن بخلق نظام مالي خاص يساهم في تغطية النفقات التي ستنج عن توسيع دائرة المستفيدين من الضمان الاجتماعي، بحيث يمكن تشطير المساهمة بين كل من الأسرة المشغلة والدولة التي تدفع جزءا هاما من الأقساط، بوصفها راعية الحماية الاجتماعية للطبقة العاملة. وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن توصية العمل اللائق للعمال المنزليين رقم 201 قد نصت من خلال المادة 20 على مسؤولية الدول في البحث عن وسائل لتسهيل دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي.

أما بالنسبة للمشروع التونسي فقد مدد الحماية الاجتماعية المكفولة بمقتضى قانون الضمان الاجتماعي لعمال المنازل³⁴⁵ وذلك بمقتضى قانون خاص

344 أمال جلال، ملاحظات حول اقتراحات بشأن إصلاح نظام الضمان الاجتماعي المغربي، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 4، يونيو 1978، ص: 79.

345 قانون عدد 32 لسنة 2002 مؤرخ في 12 مارس 2002، يتعلق بنظام الضمان الاجتماعي لبعض الأصناف من العملة في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي. وينص الفصل الأول منه على ما يلي: "يحدث نظام خاص للضمان الاجتماعي يشمل إسداء منافع العلاج وجرايات الشيخوخة والعجز والباقيين على قيد الحياة بعد وفاة المنتفع بجراية وذلك حسب الشروط

مستقل عن قانون الضمان الاجتماعي التونسي، ويكون المشرع التونسي بذلك أكمل تدريجيا الضمانات الاجتماعية لعمالة المنازل³⁴⁶، وقد ألزمت المادة 6 من هذا القانون المشغل بتسجيل عامله المنزلي لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، في حين حددت المادة 7 الاشتراكات في هذا المجال على أساس ثلثي الأجر الأدنى.

وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع الفرنسي من خلال مدونة الحماية الاجتماعية الفرنسية التي جعلت الاستفادة من الضمان الاجتماعي عامة بدون استثناء، بحيث يستفيد من هذه الحماية جميع الأجراء العاملين بأي صفة أو مكان، بصرف النظر عن سنهم أو جنسيتهم وكيفما كانت طبيعة العمل المأجور ونوع عقد العمل ومدته، وكيفما كان مبلغ الأجرة³⁴⁷.

وهو نفس النهج الذي تبناه المشرع الجزائري فقد أخضعهم للضمان الاجتماعي بمقتضى قانون التأمينات الاجتماعية³⁴⁸، عندما نص على الاستفادة جميع العمال من هذا القانون، سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء أيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه، والنظام الذي يسري عليهم، مع الإشارة إلى أن تطبيق

المبينة بهذا القانون. ينطبق هذا النظام على الأصناف التالية: أ - عملة المنازل المرتبطين بخدمة المنزل كيفما كانت طريقة خلاص أجرتهم ودوريتهم والمستخدمين في الأعمال المنزلية بصفة عادية لدى مؤجر أو عدة مؤجرين لا يقصدون من وراء هذا الأعمال غايات كسبية..."

346 قطر الندى، الوضعية القانونية لعاملات المنازل: توسيع التغطية الاجتماعية لهذه الفئة وتفعيل حقوقها، مجلة الكريديف، العدد 27-29، السنة 2002-2003، ص: 39-40.

347 Article L 311-2 du code de sécurité sociale: « Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ».

348 قانون رقم 11.83 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، بتاريخ 24 رمضان 1403.

هذه المادة سيتم بموجب مرسوم³⁴⁹. وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي³⁵⁰ لينص في مادته 1 على ما يلي: "تطبيقاً للمادة 3 من قانون رقم 11.83 يعد عمالاً مشبهين بالأجراء قصد الاستفادة من خدمات الضمان الاجتماعي العمال الآتي بيانهم: 2- الأشخاص الذين يستخدمهم الخواص، لا سيما خدم البيوت".

المطلب الثاني: الحماية القانونية بنظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية

يتميز هذا النظام بقيام مسؤولية المشغل عن حوادث الشغل والأمراض المهنية التي قد يتعرض لها أجراءه دون خطأ، فهي مسؤولية تقوم على أساس عنصر واحد وهو الضرر الناتج عن أداء الشغل أو بسببه. خلافا لقواعد القانون المدني والتي تستوجب توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

وقد أصدر المشرع المغربي أول نص خاص بحوادث الشغل بمقتضى ظهير²⁵ يونيو 1927، والذي كان يطبق على المقاولات الصناعية فقط، إلى غاية صدور ظهير 6 فبراير 1963 الذي وسع من دائرة المستفيدين من التعويض عن حوادث الشغل، إلا أنه أقصى العمال المنزليين من نطاق تطبيقه، فكان على العمال المنزليين في حالة تعرضهم لحادثة شغل أن يثيروا مسؤولية مشغلهم حسب القواعد العامة

349 المادة 3 من قانون 11.83.
350 المرسوم رقم 33.85 المؤرخ في 9 فبراير 1985، المتعلق بتحديد قائمة العمال المشبهين بالأجراء في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر.ع 9 بتاريخ 24 فبراير 1985، ص: 210.

للمسؤولية، وبالتالي إثبات خطأ المشغل، في حين يمكن للأخير دفع المسؤولية عنه بإثبات خطأ العامل أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

كما أن المشرع المغربي من خلال ظهير 1963 ميز بين عمال المنازل أنفسهم، بحيث أخضع لمقتضياته عمال المنازل التي تنحصر مهمتهم في سيطرة السيارة وحرم باقي العمال المنزليين من هذه المقتضيات والتي تظل أرحم من القواعد العامة للمسؤولية، ففي هذه الحالة، إذا وقعت حادثة شغل للعامل المنزلي السائق نتيجة انقلاب سيارة كان يقودها وكان بالسيارة عامل آخر مرتبط بنفس المشغل كالطباخ مثلاً، فإن السائق يستفيد من مقتضيات ظهير 6 فبراير 1963، بينما لا يحصل الطباخ على أي تعويض، إذا ما كان انقلاب السيارة يعود لقوة القاهرة، وهو ما دفع جانب من الفقه المغربي في هذا الصدد لدعوة المشرع من أجل رفع هذا التمييز وتعميم الحماية لجميع من ينجز شغلاً لفائدة مشغل لقاء أجر³⁵¹.

وفي خطوة ايجابية عمد المشرع المغربي إلى تعديل المقتضيات الخاصة بالتعويض عن حوادث الشغل، من خلال قانون 18.12³⁵² الذي أصبح يشمل في نطاق تطبيقه العمال المنزليين دون تمييز. وقد نص المشرع من خلاله على أنه "تعتبر حادثة شغل كل حادثة، كيفما كان سببها يترتب عنها ضرر، للمستفيد من أحكام هذا القانون، سواء كان أجير أو يعمل بأية صفة تبعية كانت وفي أي محل كان إما لحساب

351 أمال جلال، مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة 1977، ص: 178-179.

352 ظهير شريف رقم 1.14.190 صادر بتاريخ 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014)، بتنفيذ قانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، ج.ر.ع 6328 الصادر بتاريخ 22 يناير 2015، ص: 489.

مشغل واحد أو عدة مشغلين، وذلك بمناسبة أو بسبب الشغل أو عند القيام به، ولو كانت هذه الحادثة ناتجة عن قوة قاهرة أو كانت ظروف الشغل قد تسببت في مفعول هذه القوة أو زادت في خطورتها إلا إذا أثبت المشغل أو مؤمنه طبقا للقواعد العامة للقانون أن مرض المصاب كان سببا مباشرا في وقوع الحادثة"³⁵³.

فالملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع اعتمد أسلوب التعميم، ثم عاد لينص بشكل خاص من خلال المادة 6 على استفادة العمال المنزليين من أحكامه، الأمر الذي لقي استحسانا واسعا عند الفقه المغربي³⁵⁴. وبالتالي يمكن القول أن مشرعنا توفق في تجاوز عيوب ظهير 6 فبراير 1963 من خلال توسيع دائرة المستفيدين من هذا القانون لتشمل العمال المنزليين صراحة، وبالتالي وضع حدا لأي احتمال قد يؤدي إلى استبعادهم من الحماية³⁵⁵.

وبالرجوع للتشريع الفرنسي نجد أن قانون 9 أبريل 1898 المتعلق بحوادث الشغل لم يشمل العمال المنزليين، إلا أن المشرع الفرنسي عمل تدريجيا على توسيع نطاق تطبيق هذا القانون³⁵⁶، فأصدر قانون خاص يقضي باستفادة العمال المنزليين من قانون التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية بتاريخ 2 غشت 1923³⁵⁷.

353 المادة 3 من قانون 18.12.

354 محمد بنحساين، التعويض عن حوادث الشغل- دراسة لأحكام القانون الجديد رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل-، طبعة 2016، مطبعة طوب بريس-الرباط، ص:19.

355 محمد بنحساين، التعويض عن حوادث الشغل- دراسة لأحكام القانون الجديد رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل-، م.س، ص:-19-20.

356 شمل هذا التوسيع في نطاق تطبيق قانون 9 أبريل 1898 الأوراش التجارية سنة 1906، وعمال المناجم سنة 1912.
357 Francis Kessher, qui est couvert le champ d'application personnel de la législation accident du travail, Revue Regards, no 51, juin 2017, p :63-64.

خاتمة:

ان درجة تقدم أي بلد تقاس بمستوى الحماية القانونية والاجتماعية للمواطن بشكل عام وللأجراء على وجه الخصوص، ولا يسعنا القول في موضوع الحماية القانونية للعمال المنزليين في التشريع المغربي إلا أن قانون 19.12 على علته يظل أفضل من الفراغ التشريعي الذي عانت منها هذه الشريحة لفترة طويلة.

وسواء تعلق الأمر بالمقتضيات القانونية أو الاجتماعية كحد أدنى من الحقوق، أو بكيفية تعامل القضاء معها مستقبلا، أو مواكبتها من خلال مختلف الفاعلين الاجتماعيين بالمراقبة والتتبع، فإن التطبيق العملي لهذه المقتضيات وتنزيلها على أرض الواقع كفيل بتبيان مدى صلاحيتها.

وفي هذا الصدد ندلي ببعض التوصيات والمقترحات التي من شأنها أن تساهم في تحسين وضعية العمال المنزليين، ويأتي في أولها مصادقة المملكة المغربية على الاتفاقية الدولية رقم 189 بشأن العمل اللائق للعمال المنزليين، ثم إصدار المرسوم المعلن عنه في ظهير 27 يوليوز 1972 بخصوص تمديد نظام الضمان الاجتماعي للعمال المنزليين، مع إدخال الدولة كرب عمل منتسب إلى الصندوق قصد دعمه ماليا، وتخفيف الشروط القاسية للاستفادة من التعويضات الاجتماعية التي يخولها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ووضع إجراءات تحفيزية لكل من يصرح بعماله المنزليين في الضمان الاجتماعي كالتخفيض من الضريبة على الدخل،

مكافحة وزجر ظاهرة السمسرة في مجال تشغيل العمال المنزليين خاصة الأطفال
والتي تعد صورة من صور الاتجار بالبشر.



الأستاذ محمد القاسمي

عضو نادي قضاة المغرب - باحث في القانون الخاص

رئيس مجلة الباحث - مدير سلسلة الأبحاث المعمقة

عضو بمركز مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية

بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي وفقا لقانون المسطرة الجنائية المغربية

مقدمة:

لما كانت الحرية من المسائل الجوهرية لكيونة الإنسان ووجوده والتي لا يمكن لأي كان النيل منها إلا في إطار ما تسمح به النصوص القانوني، وفي نطاق مسطرة وإجراءات كفيلة بصيانتها احتراماً للمبدأ القائل أن البراءة هي الأصل، وهو ما يظهر جلياً من خلال سعي المشرع في قانون المسطرة الجنائية³⁵⁸ لحماية الحرية الفردية في جميع مراحل وإجراءات الدعوى العمومية.

358 ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

وفي هذا الخصوص نقصر الحديث على مرحلة التحقيق الإعدادي بالنظر للسلطات الواسعة التي مكن القانون قاضي التحقيق منها، وذلك باتخاذ الإجراءات وإصدار الأوامر التي يراها كفيلة للوصول إلى الحقيقة، ولكن؛ مع مراعات العديد من الضوابط التي لا محيد عنها تحقيقا للمحاكمة العادلة في أبهى تجلياتها. فالمشروع حدد عند سنه للقانون الجنائي الإجرائي جملة من القواعد الشكلية والموضوعية في القسم الثالث من الكتاب الأول، وألزم قاضي التحقيق اتباعها توفيراً للضمانات الفردية التي تناشد المحاكمة العادلة أينما كانت. ورتب على أي مخالفة لأحكامها جزاء ثقيلاً ألا وهو البطلان، وهذا الأخير لا يبطل الإجراء وحده فقط، بل قد يمتد للإجراءات التي تليه. كما وسع من دائرة الجهات التي تملك الحق في الطعن بالبطلان في هذه الإجراءات، وحدد مسطرة دقيقة يجب اتباعها قبل المصادقة على هذا الجزاء إذا كان مبرراً.

انطلاقاً مما تقدم، يمكن أن نطرح التساؤلات التي تنطوي في كليتها على ما يلي: ما أهم الحالات التي رتب فيها القانون بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي، وما الجهات المخول لها حق إثارته؟ وما أهم الإجراءات المسطرية المتبعة لأجل التصديق عليه؟ والجهة المؤهلة للبت في صحة الطعن بالبطلان من عدمه؟

ولأجل إعطاء مقرب جواب عن كل هذه التساؤلات، فسوف نعمل إلى أعمال تقسيم منهجي ثنائي، نخصص فيه المطلب الأول للحديث عن أهم حالات البطلان والجهات المخول لها حق إثارته، فيما نتطرق في المطلب الثاني لمناقشة أهم الإجراءات

المسطرية المتبعة لإقرار بطلان إجراءات التحقيق والجهة المخول لها حق البت في الطلب.

المطلب الأول: بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي، حالاته والجهات المخول لها حق إثارته

نظرا لأهمية هذه النقطة وضرورة تبيان أهم الأمور المتعلقة بها ولو بإيجاز، فسوف نقسم على ضوءها تفاصيل هذا المطلب لفترتين، نخصص الفقرة الأولى للحديث عن أهم الحالات التي يترتب فيها بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي، على أن نرجئ الحديث بالدراسة والتحليل في الفقرة الثانية لمسألة الجهات المخول لها تشريعا حق إثارة البطلان كجزاء قانوني في مواجهة هذه الإجراءات.

الفقرة الأولى: الحالات المقرر فيها قانونا بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي

استنادا إلى منطوق المادتين 210³⁵⁹ و 212³⁶⁰ من قانون المسطرة الجنائية، حدد المشرع المغربي مقتضيات القانونية المتعلقة بالتحقيق الإعدادي التي ترتب البطلان جراء مخالفتها.

359 تنص المادة 210 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يجب مراعاة مقتضيات المادتين 134 و 135 من هذا القانون المنظمين للحضور الأول للاستئناف والمادة 139 المتعلقة بحضور المحامي أثناء الاستئنافات والمواجهات، والمواد 59 و 60 و 62 و 101 المنظمة للتفتيشات، وذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات المعيب والإجراءات الموالية له، مع مراعاة تقدير مدى هذا البطلان وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 211." 360 جاء في المادة 212 من قانون المسطرة الجنائية ما يلي: "يترتب كذلك البطلان عن خرق المقتضيات الجوهرية للمسطرة إذا كانت نتيجتها المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من الأطراف. يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، ويجب أن يكون هذا التنازل صريحا. ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونياً. يعرض التنازل على الغرفة الجنحية وفقاً للمادة السابقة."

والبطلان كجزء يلحق بعض إجراءات التحقيق المعيبة يمكن تقسيمه إلى بطلان قانوني، حيث حددت المادة 210 من نفس القانون ثلاث فئات من الإجراءات الشكلية والموضوعية التي يترتب عن خرقها بطلان الإجراءات المعيبة وكذا الإجراءات التي تليها، مع مراعاة بطبيعة الحال تقدير نطاق هذا البطلان من طرف الغرفة الجنحية، التي لها الصلاحية أن تبت في ما إذا كان يجب أن يقتصر البطلان على الإجراء المطعون فيه وحده أو يمتد كلا أو بعضا للإجراءات الموالية له³⁶¹.

وقد يكون هذا البطلان قضائي كما نصت على ذلك المادة 212 من نفس القانون، وذلك إذا ترتب عن الإجراء المتخذ من قبل السيد قاضي التحقيق خرق للمقتضيات الجوهرية للمسطرة، أدت إلى المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من أطراف الدعوى العمومية والمدنية التابعة على حد سواء.

فحالات البطلان القانوني يمكن تصورها في ثلاثة أساسية وهي:

361 - تنص الفقرة الثالثة من المادة 211 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "... تقرر هذه الغرفة ما إذا كان يجب أن يقتصر البطلان على الإجراء المقصود أو يمتد كلا أو بعضا للإجراءات اللاحقة."

- الحالة الأولى: البطلان الناتج عن مخالفة مقتضيات المادتين 134³⁶²

و135³⁶³ من قانون المسطرة الجنائية.

- الحالة الثانية: مخالفة مقتضيات المادة 139 من قانون المسطرة الجنائية

المتعلقة بحضور المحامي لجلسة الاستماع للمتهم أو الطرف المدني أو عند

مواجهتهم بحضور دفاعهم إلا إذا تنازلا عن ذلك، أو لم يحضر المحامي رغم

استدعائه بيومين كاملين على الأقل قبل عقد جلسة الاستئناف أو

المواجهة، أو لم يتم وضع ملف النازلة رهن إشارة الدفاع بيوم واحد على

الأقل قبل إجراء الاستئناف أو المواجهة³⁶⁴.

- الحالة الثالثة: مخالفة المقتضيات الواردة في المواد 59 و60 و62 و101

المنظمة للتفتيشات التي يأمر السيد قاضي التحقيق بإجراءها، خصوصا

362 - رتب المشرع المغربي جزاء البطلان في حالة ما لم يحترم قاضي التحقيق مقتضيات المادة 134 من قانون المسطرة الجنائية التي تنضم إجراءات الاستئناف الابتدائي، حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي: "يطلب قاضي التحقيق من المتهم بمجرد مثوله الأول أمامه بيان اسمه العائلي والشخصي ونسبه وتاريخ ومكان ولادته وحالته العائلية ومهنته ومكان إقامته وسوابقه القضائية. وله عند الاقتضاء أن يأمر بكل التحريات للتحقق من هوية المتهم، بما في ذلك عرضه على مصلحة التشخيص القضائي أو إخضاعه للفحص الطبي. يشعر القاضي المتهم فورا بحقه في اختيار محام، فإن لم يستعمل حقه في الاختيار عين له قاضي التحقيق بناء على طلبه محاميا ليؤازره، وينص على ذلك في المحضر. يحق للمحامي أن يحضر الاستئناف المتعلق بالتحقيق في هوية المتهم. يبين قاضي التحقيق للمتهم الأفعال المنسوبة إليه ويشعره بأنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح، ويشار إلى ذلك في المحضر.

يجب على قاضي التحقيق أن يستجيب لطلب المتهم الذي كان موضوعاً تحت الحراسة النظرية أو لطلب دفاعه الرامي إلى إخضاعه لفحص طبي، ويتعين عليه أن يأمر به تلقائياً إذا لاحظ على المتهم علامات تبرر إجراءه، ويعين لهذه الغاية خبيراً في الطب. علاوة على ذلك، ينبه القاضي المتهم إلى وجوب إخباره بكل تغيير في عنوانه، ويمكن للمتهم أن يختار محلاً للمخابرة معه في دائرة نفوذ المحكمة. إذا طالبت النيابة العامة في متمسها بفتح التحقيق بإصدار أمر بإيداع المتهم في السجن، وارتأى قاضي التحقيق أن لا داعي للاستجابة لهذا الطلب، فإنه يجب عليه إصدار أمر بذلك داخل أربع وعشرين ساعة، يبلغه فوراً إلى النيابة العامة."

363 - تنص المادة 135 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يجوز لقاضي التحقيق بالرغم من مقتضيات المادة السابقة، أن يقوم فوراً بإجراء أي استجواب أو مواجهة إذا دعت لذلك حالة الاستعجال الناتجة إما عن ظروف شاهد يهدده خطر الموت، وإما لأن علامات موجودة أصبحت على وشك الاندثار.

يجب أن ينص في المحضر على أسباب الاستعجال."

364 - أحمد قيلش - السعدية مجيدي - محمد زنون، الشرح العملي لقانون المسطرة الجنائية، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص: 197.

تلك المتعلقة باحترام الوقت القانوني للتفتيش، وإجراءات حجز أدلة الإقناع باختلافها...الخ.

وبخصوص البطلان القضائي المقرر في مواجهة إجراءات التحقيق المعيبة، فقد جاء في المادة 212 من قانون المسطرة الجنائية ما يلي: "يترتب كذلك البطلان عن خرق المقتضيات الجوهرية للمسطرة إذا كانت نتيجةها المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من الأطراف. يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، ويجب أن يكون هذا التنازل صريحاً. ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونياً. يعرض التنازل على الغرفة الجنحية وفقاً للمادة السابقة."

فالبطلان القضائي الذي يمكن أن يلحق بعض من إجراءات التحقيق يتعلق بالأساس بالإجراءات الماسة بحقوق الدفاع لأطراف الدعوى العمومية والمدنية التابعة على حد سواء؛ وللإشارة فقد خول المشرع للمتهم أو الطرف المدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، لكن تنازل هذين الأخيرين لا يقبل إلا بحضور محاميهما أو بعد استدعائه قانوناً، ويتعين أن يكون التنازل سواء كان من قبل المتهم أو الطرف المدني صريحاً، ويعرض هذا التنازل على الغرفة الجنحية طبقاً للإجراءات المحدد في المادة 211 من قانون المسطرة الجنائية.

الفقرة الثانية: الجهات المخول لها قانونا حق طلب بطلان إجراء من إجراءات التحقيق

استنادا إلى مقتضيات المادة 211 من قانون المسطرة الجنائية³⁶⁵ نجد المشرع خول من خلالها لكل من جهاز النيابة العامة والمتهم والطرف المدني وحتى لقاضي التحقيق من تلقاء نفسه³⁶⁶ إمكانية الطعن ببطلان إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق التي سلف وأن بينهاها أعلاه.

فإذا ما ظهر لوكيل الملك أو نوابه أو الوكيل العام أو نوابه أو المتهم أو للطرف المدني أن إجراء مشوبا بالبطلان قد اتخذه قاضي التحقيق فلهم أن يطلبوا من هذا الأخير أن يحيل ملف الدعوى إلى النيابة العامة المختصة لتقوم بدورها بإحالاته إلى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف التي يمارس فيها قاضي التحقيق اختصاصاته رفقة الطلب الذي يبينون فيه أسباب البطلان وذلك خلال الخمس أيام الموالية من اثرته؛ حيث تقرر الغرفة الجنحية في الطلب المحال عليها ما إذا كان يجب أن يقتصر التصريح بالبطلان على الإجراء المقصود أو يمتد كلا أو بعضا للإجراءات اللاحقة، أو حتى التصريح بعدم جدية الطلب وإرجاع الملف لقاضي التحقيق قصد اكمال باقي الإجراءات.

365 - وهو خلاف ما كان عليه الأمر وفقا لمقتضيات الفصل 191 من قانون المسطرة الجنائية المنسوخ، والذي حدد الجهات التي لها حق طلب تقرير بطلان إجراء من إجراءات التحقيق في كل من قاضي التحقيق نفسه والنيابة العامة حصرا. 366 إن السيد قاضي التحقيق لا يلجأ إلى طلب تصريح الغرفة الجنحية بالبطلان إلا إذا تنازل عنه من هو مقرر لمصلحته، شريطة أن يكون هذا التنازل صريحا من قبل المتهم أو المطالب بالحق المدني وبحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونا وهذا التنازل يجب عرضه على الغرفة الجنحية لتقرر صحته من عدمه.

المطلب الثاني: الغرفة الجنحية وصلاحياتها في إقرار بطلان إجراء من إجراءات التحقيق وشكلياته المسطرية

في هذا المطلب، سوف نتطرق بالأساس في فقرته الأولى لأدوار الغرفة الجنحية وصلاحياتها القانونية للبت في طلبات بطلان إجراءات التحقيق، على أن نرجى البت في فقرته الثانية لمناقشة أهم الشكليات المسطرية المتبعة لأجل التصريح ببطلان هذا الإجراء من عدمه.

الفقرة الأولى: أهم الصلاحيات المخولة للغرفة الجنحة لدى محاكم الاستئناف

تعتبر الغرفة الجنحية من ضمن أهم الغرف التي تشمل عليها محاكم الاستئناف بالمملكة تعنى بدور مركزي في جملة من القضايا والإختصاصات حددتها المادة 231 من قانون المسطرة الجنائية³⁶⁷ ومنها: البت في طلبات الإفراج المقدمة إليها مباشرة، حيث تنص الفقرة الخامسة من المادة 179 من نفس القانون على ما يلي: "... يمكن للمتهم إذا لم يبت قاضي التحقيق في طلب الإفراج المؤقت خلال أجل خمسة أيام المحددة في الفقرة السابقة، أن يرفع طلبه مباشرة إلى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف التي تبت فيه داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوماً، وذلك بعد أن تقدم

367 - تنص المادة 231 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "تنظر الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف وهي مكونة من الرئيس الأول أو من ينوب عنه ومن مستشارين اثنين بحضور ممثل النيابة العامة وكاتب الضبط: أولاً: في طلبات الإفراج المؤقت المقدمة إليها مباشرة طبقاً لمقتضيات الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 179، وفي تدابير الوضع تحت المراقبة القضائية المتخذة طبقاً للمادة 160؛ ثانياً: في طلبات بطلان إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد 210 إلى 213؛ ثالثاً: في الاستئنافات المرفوعة ضد أوامر قاضي التحقيق طبقاً للمادة 222 وما يليها؛ رابعاً: في كل إخلال منسوب لضابط من ضباط الشرطة القضائية خلال مزاولته لمهامه طبقاً لما هو منصوص عليه في المواد من 29 إلى 35 من هذا القانون."

لها النيابة العامة ملتمسات كتابية معللة وإلا فيقع مباشرة الإفراج المؤقت عن المتهم، ما لم يكن هناك إجراء إضافي للتحقيق"، كما تختص الغرفة الجنحية كذلك في البت في طلبات بطلان إجراءات التحقيق طبقا للمواد من 210 إلى 213 - وهو الذي يهمننا في هذا المقال -، وتبت كذلك في الطعون بالاستئناف المقدمة ضد مختلف الأوامر التي يتخذها السيد قاضي التحقيق في النوازل المعروضة عليه طبقا للمواد 222 وما يليها.

كما يعود لها الاختصاص كذلك للبت في كل إخلال منسوب لأحد ضباط الشرطة القضائية أثناء تأديتهم لمهامهم، والمقصود بضباط الشرطة القضائية وفق منطوق هذا البند ألائك المنصوص عليهم من البند الأول إلى البند الرابع من المادة 19 من قانون المسطرة الجنائية³⁶⁸.

وتتألف الغرفة الجنحية من تشكيلة مكونة من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه بصفته رئيسا للغرفة، بالإضافة إلى مستشارين له، وكذا الوكيل العام أو أحد نوابه باعتبارهم ممثلي النيابة العامة، بالإضافة إلى كاتب للضبط.

وتناقش الغرفة ملفاتها في جلسات سرية بغرفة المشورة، وتصدر مقرراتها في جلسات علنية.

368 - تم استثناء ضباط الشرطة القضائية السامون من إمكانية بت الغرفة الجنحية في الاخلالات المنسوبة إليهم بخصوص أدانهم لمهام الشرطة القضائية.

الفقرة الثانية: الإجراءات المسطرية المتبعة لإقرار بطلان إجراء من إجراءات التحقيق

تختلف مسطرة إثارة البطلان بحسب طبيعة الجهة التي أثارته، فيما إذا كان تلقائيا من طرف قاضي التحقيق والغرفة الجنحية³⁶⁹، أو المتهم أو المطالب بالحق المدني أو نائبيهما، والنيابة العامة³⁷⁰.

لقد أعطى المشرع المغربي لكل من جهاز النيابة العامة والمتهم والطرف المدني، وبمجرد ما تتحقق إحدى الحالات الواردة في المادة 210 من قانون المسطرة الجنائية، إمكانية مطالبة قاضي التحقيق الذي يبت في ملف النازلة بأن يوجهه إلى النيابة العامة لتقوم بإحالاته إلى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف عن طريق النيابة العامة لدى هذه الأخيرة رفقة طلب يوضح فيها الطاعن بالبطلان أسباب طعنه وذلك خلال خمسة أيام من الطعن به، كما خول كذلك القانون لقاضي التحقيق من تلقاء نفسه أن يحيل ملف النازلة لنفس الغرفة بعد استشارة النيابة العامة واخبار كل من المتهم والمطالب بالحق المدني، وذلك إذا تحققت المقتضيات الواردة في المادة 211 من نفس القانون.

وبمجرد ما يحال الملف المطعون في أحد إجراءاته بالبطلان على الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف، يتولى الوكيل العام أو أحد نوابه تجهيز القضية

369 - رغم عدم التنصيص بصريح النص على إمكانية إثارة الغرفة الجنحية لبطلان إجراء من إجراءات التحقيق تلقائيا، فهذا الأمر ممكن، حيث يمكنها وفي معرض بتها في الملف المعروض عليها إذا اطلعت على إجراء مشوب بعيب البطلان أن تصرح بهذا الأخير، وذلك في إطار ممارستها لصلاحياتها القضائية الرقابية على أعمال قضاة التحقيق.
370 - أحمد قيش - السعدية مجيدي - محمد زنون، الشرح العملي لقانون المسطرة الجنائية، م. س، ص: 199.

ويضمنه ملتمسه قبل رفعه، وتجرى مناقشات الغرفة بخصوص الملف المطعون فيه ببطلان أحد إجراءات التحقيق فيه بصفة سرية، حيث وبعد إعداد المستشار المقرر في الملف لتقريره ودراسة الملتزمات الكتابية للوكيل العام للملك ومذكرات أطراف الدعوى العمومية والمدنية التابعة في حالة وجودها، إذ ذاك تصدر الغرفة قرارها في جلسة علنية.

ويكون قرار الغرفة الجنحية إما بطلان الإجراء المعيب وحده، وقد تقرر بطلان الإجراءات اللاحقة به كذلك، حيث نصت المادة 239 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "إذا أحيل إلى الغرفة الجنحية طلب بإبطال إجراء من إجراءات التحقيق، فإنها تصرح، إذا كان لذلك موجب، ببطلان الإجراء المعيب، وإن اقتضى الحال ببطلان الإجراءات التي تليه كلاً أو بعضاً، طبقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 211 أعلاه.

إذا اقتضت الغرفة على إبطال جزء من الإجراءات، فيمكنها أن تأمر إما بإجراء تحقيق تكميلي طبق الشروط المنصوص عليها في المادة 238 أعلاه، وإما بإحالة الملف إلى القاضي المكلف بالتحقيق أو إلى أحد قضاة التحقيق لمتابعة إجراءات البحث. إذا تبين من الإبطال الكلي للمسطرة، أن هذه الأخيرة كانت معيبة من بدايتها، فإن الغرفة الجنحية تحيل المسطرة إلى النيابة العامة لتتخذ في شأنها ما تراه مناسباً، وتبت في شأن الاعتقال الاحتياطي أو المراقبة القضائية."

وفي حالة إقرار الغرفة الجنحية لبطلان إجراء من إجراءات التحقيق، فيبلغ مقررها هذا للأطراف ودفاعهم داخل أجل 24 ساعة من صدوره³⁷¹، وتسحب من ملف التحقيق الوثائق والإجراءات التي أبطلت وتحفظ بكتابة ضبط محكمة الاستئناف ويمنع الرجوع إليها لاستخلاص أي دليل منها ضد الأطراف تحت طائلة المتابعة التأديبية³⁷².

خاتمة:

عطفا على كل ما تقدم ذكره، يمكن أن نخلص للعديد من الخلاصات لعل أهمها:

إن بطلان إجراءات التحقيق ينقسم إلى بطلان قانوني حدد المشرع حالاته في ثلاثة كما هي مدرجة في المادة 210 من قانون المسطرة الجنائية، وإلى بطلان قضائي يثار من قبل المتهم أو نائبه أو المطالب بالحق المدني أو نائبه إذا كان هناك مساس بحقوق الدفاع، وخول المشرع لهذين الأخيرين إمكانية التنازل عن ادعاء البطلان، ولا يتم تنازل المتهم إلا بحضور دفاعه، فيما تتكلف الغرفة الجنحية بالبت في مدى صحة التنازل والمصادقة عليه من عدمه.

371 - تنص المادة 247 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "تبلغ قرارات الغرفة الجنحية إلى الأطراف ومحاميهم في ظرف الأربع والعشرين ساعة من صدورها بواسطة رسالة مضمونة طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية".

372 - تنص المادة 213 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "تسحب من ملف التحقيق وثائق الإجراءات التي أبطلت وتحفظ في كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف، ويمنع الرجوع إليها لاستخلاص أدلة ضد الأطراف في الدعوى، تحت طائلة متابعات تأديبية في حق القضاة والمحامين".

لقد خول المشرع للعديد من الجهات إمكانية الطعن ببطلان إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق، ومن هذه الجهات نجد النيابة العامة والمتهم والمطالب بالحق المدني أودفاعهما، ثم قاضي التحقيق من تلقاء نفسه، وكذا الغرفة الجنحية تلقائيا إذا ما اطلعت على أحد موجبات البطلان وهي تنظر في ملف النازلة المعروض عليها لسبب آخر.

خول المشرع المغربي للغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف صلاحية البت في الطعون بالبطلان الموجهة ضد إجراءات التحقيق الاعدادي، وهي متألفة من رئيس المحكمة أو من ينوب عنه والوكيل العام للملك أو من ينوب عنه بالإضافة إلى السيد كاتب الضبط، وذلك باتباعها جملة من الإجراءات المسطرية، تنهي إما بالمصادقة على البطلان وسحب الوثائق والإجراءات الباطلة من الملف ويمنع الرجوع إليها تحت طائلة التأديب، أو الأمر بإنجاز تحقيق تكميلي، أو برفض طلب البطلان واحالة الملف إلى السيد قاضي التحقيق ليكمل باقي إجراءات البحث والتحري.



الأستاذ عمر عباس خضير العبيدي

مدرس مساعد

ماجستير قانون عام كلية الحقوق - جامعة تكريت

مدى ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط

المستخلص:

من أهم السمات التي أضحت تميز الاقتصاد العالمي هو تهافت جميع الدول نحو جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك للأهمية القصوى التي تلعبها تلك الاستثمارات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ومنها الاستثمار النفطي، وعلى أن الاستثمارات بإعتبارها القناة الرئيسية التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات العلمية والفنية والتكنولوجية إلى الدولة، إذ من المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية،

لأنه يعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافه من جهة، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقا لما تقتضيه مصالحهم من جهة ثانية.

Abstract:

One of the most important features that have characterized the global economy is the rush of all countries to attract foreign private investments, because of the importance of these investments in the achievement of economic and social development, including oil investment, and that investments as the main channel that allows the flow of capital and scientific expertise, It is known that the international contract is the common tool in which investment operations are carried out between foreign countries and projects, because it reflects the common will of the parties on the one hand and allows them to satisfy their needs according to the requirements of the Second hand.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي للاستثمار على الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف، وإذا كان الأصل طبقا

لما هو متعارف عليه هو خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد تؤدي إلى اختلاف موقف كل طرف، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إخضاع العقد لقانونها طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فإن المستثمر الأجنبي قد يرى في ذلك إضراراً بمصالحه، وأن تحقق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة وتدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار، خاصة في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة.

إشكالية البحث:

إن موضوع البحث يواجه إشكالية أساسية تتمثل في التساؤل عن مدى استجابة التنظيم الوضعي للعقود الدولية للاستثمار النفطي ولمقتضيات التعامل الدولي الحديث بعد التحولات التي شهدتها الاقتصاد العالمي، وحول ما إذا كان النظام القانوني للدولة كافياً في حد ذاته وقادراً على تقديم الحلول القانونية الوافية للمشاكل التي تثيرها هذه العقود، ومن جهة ثانية فإن اللجوء إلى تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي قد لا يتماشى مع مصالح الدول المتعاقدة، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن مدى تأثير ذلك التدويل على تلك المصالح، وحول ما إذا كان إخضاع عقد الاستثمار للقواعد عبر الدولية يمثل فعلاً الصيغة السحرية القادرة على إيجاد الحلول لمجمل المشاكل الناجمة عن إبرام وتنفيذ تلك العقود.

منهجية البحث:

بالنظر للخصوصية التي يتميز بها بحث عقود استثمار النفط والاهتمام الذي يحظى به هذا الموضوع من قبل المجتمع الدولي، حيث ستعتمد الدراسة في معالجتها لهذا الموضوع على المنهج التحليلي والاستقرائي باعتبارهما الأنسب بحكم التطرق الى مختلف نصوص الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية بالاستثمار النفطي المعالجة لها، وشرح مضمونها وتقييمها.

أهداف البحث:

يهدف البحث في موضوع ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط الى تسليط الضوء على مفهوم عقود استثمار النفط بعد التحولات التي شهدتها الاقتصاد العالمي، وضرورة إخضاع عقود الاستثمار الدولية ومنها العقود النفطية له نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي.

هيكلية البحث:

ولبيان المعاني السابقة وجلاء مضمونها سنقسم هذا البحث على مبحثين، وهي ما يأتي: المبحث الأول: ماهية عقود استثمار النفط. المبحث الثاني: تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي وأثره على مصالح الدول المتعاقدة.

المبحث الأول: ماهية عقود استثمار النفط

لكون العقد هو توافق إرادتين على أحداث اثر قانوني معين لذا كان لابد من توفر ثلاثة أركان لانعقاده، إذ لا ينعقد العقد من دون اجتماعها، وهي التراضي أي اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين ومحدد أي انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل العقد، والتراضي يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ولا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا وعوارض وموانع الأهلية، أما الركن الثاني في العقد هو المحل ويراد به ما ينصب عليه العقد، أو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد، أي الأداء الذي يقوم به المدين لصالح الدائن، ويشترط في المحل أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود، ويجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأخيراً يجب أن يكون المحل مشروعاً، أما الركن الثالث والأخير للعقد فهو السبب والذي يعد ركناً جوهرياً لا ينعقد العقد بدونه، وهو الباعث الدافع على التعاقد، والسبب يجب أن يكون موجود عند التعاقد إبتداء وأن يظل قائماً الى وقت تنفيذ العقد، فاذا لم يوجد إبتداء أو اذا تخلف أصبح العقد باطلاً، وأن يكون السبب مشروعاً أي لا يتعارض مع نص قانوني صريح وأن لا يخالف النظام العام والآداب العامة. إذ إن مدلول هذا العقد يسري على موضوع هذه الدراسة فالإيجاب يمكن ان يصدر من احد طرفي

عقد الاستثمار النفطي ويرتبط بالإيجاب الصادر من الطرف الآخر، بحيث تترتب آثار ذلك الإرتباط في العقود عليه المتمثل بعملية الاستثمار النفطي⁽³⁷³⁾.

ولأجل الوقوف بشكل جلي على مفهوم عقد الاستثمار النفطي تمهيدا للوقوف على تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي وأثره على مصالح الدول المتعاقدة سيتم تقسيم دراسة هذا المبحث على مطلبين، وهما ما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار النفطية. المطلب الثاني: مدى الملائمة بين مبدأ سيادة الدولة الدائمة على الثروة النفطية وعقود استثمار النفط.

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار النفطية

الثمر لغة أنواع المال، وجمع الثمر ثمار، وثمر جمع الجمع، وقد يكون الثمر جمع ثمرة، الثمر المال المثمر⁽³⁷⁴⁾، وأثمر الرجل إذا كثر ماله، والاستثمار هو الانفاق في وجه من الوجوه لتحقيق ربح في المستقبل البعيد أو القريب⁽³⁷⁵⁾، وهو ما يستفاد من قوله تعالى (وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا)⁽³⁷⁶⁾.

(373) د. ياسين محمد الجبوري، 2008 الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص154 وما بعدها.

(374) أبو الفضل جمال بن محمد بن مكرم بن منظور، 1414 هـ، 1994، لسان العرب، ج3، دار صادر بيروت، ص297.

(375) إسماعيل بن حماد الجوهري، 1974، الصحاح، ج1، ط1، دار الحضارة العربية، بيروت، ص161.

(376) سورة الكهف، الآية (34).

وقد عرف قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم (50) لسنة 2015 الاستثمار في الفقرة (سادساً) من المادة (1) بأنه (توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد)، وبطبيعة الحال فإن المستثمر قد يكون عراقياً أو أن يكون مستثمراً أجنبياً وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة (تاسعاً) من نفس المادة التي عرفت المستثمر العراقي بأنه (الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في العراق إذا كان شخصاً معنوياً أو حقيقياً) والفقرة (عاشراً) من ذات المادة التي عرفت المستثمر الأجنبي بأنه (هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصاً معنوياً أو حقيقياً). ويقسم الاستثمار حسب معيار الجنسية إلى الاستثمارات الداخلية (الوطنية) وفي هذه الحالة يكون المستثمر وطنياً والمشروع الاستثماري وطني يتم داخل البلد ولا ينتقل عبر الحدود⁽³⁷⁷⁾، والاستثمارات الأجنبية ويقصد بها تلك التدفقات الرأسمالية سواء في شكل أصول مالية أم إنتاجية ملموسة أم غير ملموسة والتي يكون مصدرها من خارج الدولة المضيفة التي توظف في مشاريع استثمارية مستقلة أم مشتركة تدار على أسس تجارية⁽³⁷⁸⁾.

وتعد مساهمة أو مشاركة الاستثمار الأجنبي إحدى أهم العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث تنتقل من خلالها الموارد الاقتصادية بصورة عامة أو عناصر الإنتاج

⁽³⁷⁷⁾ د. عبد العزيز عبد الكريم عبد الله، 2010، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 19 وما بعدها.

⁽³⁷⁸⁾ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1987، تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية، الكويت، ص 14.

المختلفة بغرض المساهمة في الإنتاج وعمليات التنمية الاقتصادية وذلك عن طريق استخدام الموارد الاقتصادية بكفاءة عالية مستخدمة في ذلك أحدث التطورات التقنية والفنية في الإنتاج⁽³⁷⁹⁾، وتوضح العلاقات الاقتصادية الدولية المعاصرة أنه مع زيادة التبادل التجاري بين دولتين، تتحرك الاستثمارات بينهما أيضاً، كما توضح أن استثمارات الدول الصناعية فيما بينها أكبر بكثير من استثمارات مع دول أخرى أقل نمواً، ذلك أن حجم التجارة بين هذه الدول أكبر، فعندما يزداد الطلب المحلي على منتجات شركة دولية ما، بحيث يصبح أكبر من مثيلها في دول أخرى تسارع تلك الشركة في إقامة مشروعات استثمارية إنتاجية إضافية لتلبية لتلك الزيادة في الطلب، فالتجارة الدولية تعد بمثابة القاطرة التي تجر من ورائها الاستثمار الأجنبي، وفي هذا الإطار نجد أن منطقتي شمال أفريقيا والشرق الأوسط في مجملهما تعد سوقاً موحداً من وجهة نظر الشركات الدولية، بسبب صغر الطاقة الاستيعابية لتلك الأسواق المجزأة المكونة لهذه المنطقة، وبسبب ذلك ولضخامة الاستثمارات الأجنبية في الوقت الحالي نجد أن الشركات الدولية دائماً ما تتمركز في إحدى هذه الدول، متخذة من تلك الدولة منطلقاً لها للتعامل مع هذه المنطقة أو هذا السوق بصورة عامة⁽³⁸⁰⁾.

(379) د. هشام فاروق، للفترة من 5 - 8 كانون الأول 2004، الاستثمارات العربية، واقعها وآفاقها في ظل النظام العالمي الجديد، مؤتمر تطوير الإدارة العربية لجذب الاستثمار، مصر شرم الشيخ، ص 37 وما بعدها.
(380) سالم احمد الفرجاني، 2005، المساهمة الأجنبية في الاستثمار المحلي الأهمية والمحاذير، ورقة بحثية مقدمة في أعمال المؤتمر السنوي للتمويل والاستثمار والتمويل الخارجي المباشر FDI، مصر، شرم الشيخ، ص 2.

ومن مزايا مساهمة الاستثمار الأجنبي في الاستثمار داخل الدولة خلق فرص عمل كبيرة والذي يساهم في حل مشكلة البطالة وتحسين مستوى المعيشة وضخامة رؤوس الأموال التي تمتلكها الاستثمارات الأجنبية واستخدام الموارد الاقتصادية المحلية الاستخدام الكفاء وتشغيل العاطل منها وامتلاكها للأساليب الإدارية المتطورة، لاسيما في مجال تصفية النفط الخام لما تحتاج اليه هذه العملية من رؤوس أموال كبيرة وخبرة فنية متقدمة وهي في الغالب لا تتوفر لدى الدول النامية ومن ضمنها العراق لذلك جاء قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام العراقي ليبين آلية إبرام مثل تلك العقود إذ ان استغلال هذه الموارد لا يمكن ان يكون إلا من خلال عقد يبين التزامات وحقوق كل من الإدارة والمستثمر سواء أكان ذلك المستثمر وطنيا أم أجنبيا⁽³⁸¹⁾.

ويتميز النفط الخام باحتوائه على مواد عديدة يمكن فصل بعضها عن البعض الآخر بواسطة التصفية وهي تمثل مصادر متنوعة للطاقة كما وتشكل مشتقاته الأخرى مواد أولية مهمة في الصناعات البتروكيمياوية، كما يتميز باحتوائه على كميات كبيرة من الغاز الطبيعي ويتميز كذلك بسهولة نقله الى مسافات بعيدة سواء بالنقل على اليابسة بواسطة الأنابيب أو بواسطة الناقلات البحرية بالإضافة الى

(381) د. بريك فارس حسين، محمد موسى خلف، 2012، عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام وطبيعته القانونية، دراسة تحليلية في التشريعات العراقية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مج 4، السنة 4، ع14، العراق، ص172.

سهولة خزنه، كما يتميز بانخفاض كلفة إنتاجه وتكريره نسبياً قياساً إلى بقية مصادر الطاقة الأخرى⁽³⁸²⁾.

إذ يتضح مما تقدم يمكننا تعريف عقد الاستثمار النفطي بأنه (عقد يبرم بين الحكومة من جهة والمستثمر من جهة أخرى سواء أكان المستثمر وطنياً أم أجنبياً يقوم على توظيف المال لأجل استثماره في مجال البحث عن النفط والتصفية وذلك بتحويل النفط الخام إلى مشتقات نفطية قابلة للاستهلاك)، وذلك استناداً إلى الفقرة (رابعاً) من المادة (17) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام العراقي النافذ، فهذا العقد تتمثل أطرافه بالجهة المستفيدة من الاستثمار والتي هي الحكومة مالكة الثروة النفطية، والطرف الآخر وهو المستثمر الوطني أو الأجنبي أما محل هذا العقد فيتكون من شقين الأول من جهة المستثمر يتمثل بتوظيف أمواله المستثمرة لتحقيق مكاسب تعود عليه، والشق الآخر من المحل هو من جهة الحكومة يكون النفط الخام الذي يراد تحويله إلى مشتقات النفط العديدة لكي يكون قابلاً للانتفاع به واستهلاكه بصورة أفضل مما يحقق المنفعة للحكومة مالكة الثروة

(382) د. جابر شنشول جمالي، 1981، تكنولوجيا الوقود، المكتبة الوطنية، الجامعة التكنولوجية، بغداد، ص 60. ويعد عقد الاستثمار النفطي من أهم أنواع عقود الاستثمارات الأجنبية ويعرف بأنه: - "ذلك العقد الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث، أو التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في إقليمها أو جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على فرائض معينة"، وهناك من يعرفه على أنه "العقد الذي بواسطته تمنح الدولة مشروعاً أجنبياً حقاً مطلقاً له في البحث في إقليمها عن النفط واستخراجه واستغلاله، وذلك خلال فترة زمنية محددة". لمزيد من التفاصيل راجع حفيظه السيد حداد، 2003، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الذي يحكمها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 175.

وبذلك تلتقي مصلحة طرفي عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام ويحققها ذلك العقد وهذا ما أعطاه أهمية ومركزاً متميزين بين العقود الأخرى.

المطلب الثاني: مدى الملائمة بين مبدأ سيادة الدولة الدائمة على الثروة النفطية وعقود استثمار النفط

إن السيادة على المصادر الطبيعية ذات مضاعفات إقتصادية وسياسية واسعة النطاق بالإضافة إلى كونها مفهوماً قانونياً، ويصح هذا على الأخص في سياق توفير الرأسمال الأجنبي للأقطار الأقل تطوراً، الذي قد يؤدي إلى المس بالسيادة الوطنية. وإن التنمية الإقتصادية لا تتحقق بدون الأموال سواء أكانت محلية أم أجنبية وبما أن معظم الأقطار النامية لا قبل لها بتلبية حاجاتها المالية من مصادر محلية فإنها تسعى بالضرورة للحصول على الأموال الأجنبية من الخارج. وإلا أن لجوء البلدان النامية إلى الرأسمال الأجنبي لا يمر بسلام إذ قد تتبعه تأثيرات في التطور الإقتصادي والسياسي لا يحمد عقباها، وذلك أن الشروط التي تفرضها الشركات الأجنبية المستثمرة من الممكن أن تسبب مساساً بسيادة البلدان النامية وحريتها، وتغييراً في ظروفها الاجتماعية⁽³⁸³⁾.

خلال وضع المبادئ الخاصة بتقرير المصير كأساس لمسودة ميثاق حقوق الإنسان، ظهر مفهوم السيادة الدائمة على المصادر الطبيعية كتعبير عن مبدأ تقرير

(383) كاوان إسماعيل إبراهيم، 2009، عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، العراق، ص 35.

المصير الإقتصادي وكان السبب الرئيس في ذلك هو الصلة التي تصورها الكثيرون بين مفهوم السيادة الدائمة والتأريخ الإستعماري وسنوات الإعتماد على الغير، وهكذا غدت السيادة الدائمة مطلباً رئيساً للدول حديثة الإستقلال و أفصحت عنه على شكل المطالبة بتقرير المصير الإقتصادي، وبعد أن حصلت المستعمرات السابقة على إستقلالها السياسي، فإنها ظلت في حالات متعددة تشعر بالإحباط لأن مصادرها الطبيعية لم تزل يستغلها المستثمرون الأجانب بطرق كانت تنظر اليها الدول الحديثة على أنها لا تخدم مصالحها وإنما تخدم مصالح العالم المتطور، وقد أصرت الأقطار المستقلة حديثاً على السيطرة على مصادرها الطبيعية وعلى المشاركة الفعالة في تطويرها على أساس أن الإستقلال السياسي سيظل عديم المعنى ما دام المستثمرون الأجانب يسيطرون على مصادرها الطبيعية⁽³⁸⁴⁾.

لقد ساد مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) في العلاقات القانونية وإتفاقيات الإمتياز المبرمة بين الدول المنتجة مع الشركات الأجنبية، بحيث لم تكن الأقطار المنتجة قادرة على التخلص من الآثار غير المنصفة للعقود التي أبرمت في ظروف غير متكافئة بين الدول المنتجة وبين الشركات الأجنبية بمشاركة شركات النفط الأجنبية في إتخاذ القرارات بشأن حجم الإنتاج أو إدارة المشروع أو تحديد أسعار النفط، أو رسم السياسة النفطية الدولية مثلاً، مما أدى ذلك إلى أن تشعر الشعوب أن حماية

(384) د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، 1997، القانون والسيادة وإمتيازات النفط (مقارنة بالشرعية الإسلامية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص143.

مصالحها وإن لم تكن بصورة كلية، تكون من خلال المشاركة فضلاً عن تنميتها وتطويرها، إذ إن الإتفاقيات القديمة المحكومة بالمبدأ المذكور، تعد إكراهاً مسلطاً عليها، لا سيما وأن هذه الامتيازات قد منحت في ظروف لم تكن لدى البلدان المنتجة القدرات الإقتصادية والفنية وكذلك القوة التفاوضية لغرض عدم وقوعها تحت هيمنة الشركات الأجنبية. إلا أنه بعد أن تم إقرار مبدأ السيادة الدائمة قبلت شركات النفط الأجنبية وأقرت بمبدأ الحق في المشاركة "على الأقل فيما يتعلق بالمشاركة في العائدات"، ومما ساعد معظم الأقطار المنتجة في دعوتها إلى إعادة عملية المفاوضات بالإضافة إلى مبدأ السيادة، نظرية تغيير الظروف، وهي نظرية ثابتة في القانون الدولي، وقد نجحوا في ذلك، فعلى سبيل المثال وقعت الحكومة السعودية في 30 كانون الأول 1949م إتفاقية مع شركة أرامكو، وافقت فيها الشركة على الخضوع لقانون ضريبة الدخل الذي صدر قبل هذا التاريخ ببضعة أيام، على أن لا يزيد مجموع الضرائب والريوع والإيجارات وإستحقاقات الحكومة في أيه سنة عن 50% من صافي أرباح الشركة، وذلك إبتداءً من كانون الثاني 1950م. وكذلك تم الإتفاق بين الحكومة العراقية وشركة نفط العراق في آب من عام 1951م على أن تكون حصة العراق 50% من أرباح الشركات الثلاث، شركة نفط العراق وشركة نفط الموصل، وشركة نفط البصرة⁽³⁸⁵⁾.

(385) د. راشد البراوي، 1962، حرب البترول في الشرق الأوسط، مطبعة المعرفة، القاهرة، ص 264.

المبحث الثاني: تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي وأثره على مصالح الدول المتعاقدة

إن السبيل الوحيد للمستثمر الأجنبي من أجل التخلص من العوائق والقيود التي تقرها النظم القانونية الوطنية يكمن في ضرورة الانعتاق من النظم القانونية الوطنية، أو على الأقل تحجيم الآثار المترتبة عنها، وذلك باللجوء لقضاء التحكيم الذي يسمح لأطراف العقد الدولي باختيار القواعد القانونية التي تخدم مصالح الدولة والمتعامل الأجنبي على حدّ السواء، ولا شك أن تلك القواعد هي القواعد عبر الدولية، وعليه سنتناول دراسة هذا المبحث على مطلبين، وهما ما يأتي: المطلب الأول: تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي. المطلب الثاني: أثر تدويل عقود الاستثمار النفطية على مصالح الدول

المطلب الأول: تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار النفطي

يؤكد جانب كبير من الفقه على أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة والمشروعات الأجنبية من جهة ثانية هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة. وبالتالي فلا بد من خضوع عقود الاستثمار الدولية ومنها العقود النفطية لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة، مما يعني أن إخضاعها

لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية وضعت أساساً لمواجهة العلاقات الناشئة عن أطراف يتساوون في مراكزهم⁽³⁸⁶⁾.

ولا ريب أن الفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب لا يقتصر على النظم القانونية الوطنية، بل يشمل أيضاً قواعد القانون الدولي العام التي لا تقدر هي الأخرى على تقديم الحلول الملائمة لهذا النوع من العقود، على اعتبار أنها قواعد جاءت لتنظيم العلاقات القائمة بين الدول فيما بينها، ولما كان المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة من أشخاص القانون الخاص، فمن غير المعقول إعمال تلك القواعد بشأن العلاقات التي يبرمها هذا المتعامل حتى وإن كان متفوقاً من حيث مركزه الاقتصادي، لعدم تمتعه بوصف الدولة. إذ نكون أمام قصور وعجز وعدم ملاءمة كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لزاماً البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، وبدون الإضرار بمصالح أي طرف. وعليه فقد اتجه الفقه الغربي إلى التأكيد على أن النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود الاستثمار الدولية ومنها العقود النفطية له نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويجد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملاءمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد

(2) حفيظة السيد الحداد: مصدر سابق، ص 740.

الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها⁽³⁸⁷⁾.

فإذا لم تقم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون معين، فهذا مسلك يجب تفسيره على أنه يفيد رغبتهم في استبعاد هذا القانون، وبما أن القانون الدولي لا يصلح في حد ذاته كقانون يحكم عقود الاستثمار النفطية، فإن الحل الأمثل هو إخضاعها لنظام لا ينتمي لا للدول المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام⁽³⁸⁸⁾.

وعلى الرغم من إقراره بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة عموماً وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، يتجه الفقه المناصر لفكرة تدويل عقد الاستثمار النفطية إلى أن تلك الطبيعة لا تتعارض مع منهج هذه القواعد، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها، أو لجوء المحكم إلى ذلك عند السكوت المطلق للأطراف عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على رابطتهم العقدية⁽³⁸⁹⁾.

ويشير هذا الاتجاه إلى أن الممارسات التعاقدية الدولية بين الدولة والمتعاملين الأجانب قد أضافت قواعد أخرى أثرت النظام القانوني عبر الدولي، كما أن التدخل

(1) أحمد عبد الحميد عشوش، 2003، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، ص 153 وما يليها، وانظر كذلك في هذا الرأي طالب حسن موسى، 2010، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 29.

(2) د. حفيظة السيد الحداد: مصدر سابق، ص 754.

(3) د. نادر محمد إبراهيم، 2002، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 472.

المتزايد لهؤلاء في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لم يقيد من نطاق استقلالية هذا النظام بل ساعد على ازدهاره وتطوره.

ولقد أكد الواقع العملي أن غالبية العقود المبرمة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله تتضمن اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة عامة في هذا المجال، ولما كان "قانون البترول يعدّ جزءاً من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول"، فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقدهم⁽³⁹⁰⁾.

والملاحظ أيضاً في مجال عقود الاستثمار النفطية الدولية عدم تركيز الأطراف لشروط اختيار القانون، وذلك باستخدامهم لصيغ يعبرون بها عن رغبتهم في عدم تطبيق أي قانون داخلي على روابطهم العقدية، وهي صياغة يرى فيها المحكم أحياناً اتفاقاً على إخضاع ذلك العقد للقواعد عبر الدولية. ومن أمثلة الشروط التي يدرجها أطراف هذه العقود في اتفاقاتهم، شرط الاتفاق على "المبادئ العامة المعتادة في الأمم المتحدة"، "مبادئ قانون التجارة الدولي"، "مبادئ الودّ وحسن النية"، و"الأخذ بعين الاعتبار الصفة غير الدولية لعلاقات الأطراف ومبادئ القانون

(4) د. حفيظة السيد الحداد: مصدر سابق، ص 757.

والعادات السائدة في العالم المتقدم"، وغيرها من العبارات التي تصب في نفس المعنى⁽³⁹¹⁾.

هذا ويتضح مما تقدم أن تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار النفطية الدولية أضحى واقعاً لا بد منه في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، سواء في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد قانونية غيروطنية لتتنطبق عليها، أو حتى عند تخلف اتفاق هؤلاء حول القانون واجب التطبيق، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم باختيار القواعد المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالاعتماد على الأعراف والعادات السائدة فيها، وكذلك المبادئ العامة المعتمدة بشأنها.

المطلب الثاني: أثر تدويل عقود الاستثمار النفطية على مصالح الدول

إنه وعلى الرغم من تمتع العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة بخصوصيات تميزها عن العقود المبرمة في نطاق العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية إخضاعها للقواعد عبر الدولية التي خلقت وجاءت أصلاً لتحكم العلاقات الناشئة في ذلك النطاق. فحتى وإن كان هدف الدولة من وراء إبرام هذه العقود هو تحقيق مصلحة اقتصادية أو اجتماعية، فإن هذا لا يحول دون إمكانية تطبيق قواعد غيوطنية بشأن منازعاتها، خاصة في حالة اتفاق الأطراف على اختيارها لتحكم عقدهم، والقول بخلاف هذا معناه تقييد حرية الأطراف في مجال اختيار قانون العقد، وهذا أمر يتعارض بشكل صريح مع

(1) د. نادر محمد إبراهيم: مصدر سابق، ص 359-360.

الأصول الثابتة والقواعد العامة التي تترك لهم سلطة ومكنة ذلك الاختيار، والقاعدة العامة في مجال عقود المبادلات الاقتصادية الدولية أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقدهم، ويعدّ من المغالاة غير المقبولة تقييد تلك الحرية بإسناد الروابط العقدية إسناداً جامداً ومسبقاً للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك حتى في الحالات التي تتفق فيها الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أولاً، ثم اختيار القواعد عبر الدولية لتحكم العقد المبرم ثانياً، وبالتالي لا ضرر على الدولة من ذلك لأنه هي من ارتضى تطبيقها، لاسيما أنه يوجد صمام أمان لحماية النظام العام الوطني، حيث تقضي القواعد العامة في القانون الدولي الخاص بعدم سريان أية قاعدة قانونية إذا كانت تتعارض مع النظام العام والآداب في الدولة المتعاقدة. وعليه وجب احترام اتفاق الأطراف وإعمال القواعد القانونية التي اختارها هؤلاء لحكم عقدهم، ولا مجال للدعاء بأن خصوصية عقود الاستثمار النفطية الدولية تستتبع بالضرورة خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن إعمال هذا القانون بشكل دائم قد يضر بمصالح المتعاقدين معاً، وذلك لتخلف أحكامه عن مجارة ما جرى عليه العمل في نطاق المبادلات الاقتصادية الدولية على وجه العموم. وحتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فإن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ والأعراف عبر الدولية السائدة، وذلك عندما يتضح لها وجود نقص في القانون المختار، أولتفسير النصوص التشريعية

الغامضة فيه، خاصة وأنّ النظم الداخلية تعاني عادة من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود التنمية والاستثمار، وبهذا فقط تتحقق الحكمة من لجوء الأطراف إلى قضاء التحكيم فتحسم جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم العقدية من جهة، وتحفظ توقعاتهم المشروعة من جهة ثانية، وتجنب المحكمين الوقوع تحت طائلة إنكار العدالة من جهة الثالثة⁽³⁹²⁾.

وعلاوة على هذا فإن الخروج عن المفاهيم السائدة في مجال العقود النفطية الدولية، والتي تقدر مبدأ سلطان الإرادة يعدّ في نظر الطرف الأجنبي عائقاً من معوقات الاستثمار، وذلك لأنه يقيد حريته في اختيار القواعد القانونية التي يطمئن إليها ويثق فيها، مما يعني في المقام الأخير حدوث آثار سلبية تضر بمصلحة الدولة المتعاقدة، طالما أن ذلك الطرف يتواجد دوماً في مركز قوة اقتصادية، فيرفض الاستجابة لشرط خضوع العقد للقانون الوطني، فيكون اقتصاد الدولة هو الخاسر الأكبر، وبدلاً من أن يحقق إسناد عقود الاستثمار للقانون الوطني نتائج إيجابية للدولة المتعاقدة، فإنه سيلحق بها أضراراً جسيمة. ويجب لفت نظر الاتجاه الرافض لخضوع عقود الاستثمار النفطية للقواعد عبر الدولية إلى ضرورة عدم الخلط بين هذه الأخيرة وقرارات التحكيم الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، والتي كانت تستبعد تطبيق القوانين الوطنية للدول المتعاقدة بحجة التخلف واللجوء

(392) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، 1998، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص664.

لإعمال المبادئ العامة بدلا منها، وذلك للوصول إلى أهداف تحقق مصلحة المتعاقد الأجنبي على حساب مصالح الدول النامية، "فالقواعد عبر الدولية في العصر الحديث لم تعد تخلق من منطلق سياسة مسبقة الحكم أو عن رغبة لتغليب مصالح فوق أخرى بقدر تلبية حاجات معينة عن طريق منهج برجماتي"⁽³⁹³⁾.

وأما في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق، وجب على المحكم في هذه الحالة البحث عن أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، مما يعني إمكانية تطبيق الأحكام الواردة في قانون الدولة المتعاقدة، وليس هناك أي مجال للقول بأن اللجوء إلى التحكيم يعني ارتضاء الأطراف باستبعاد النظم القانونية الوطنية لحل نزاعاتهم، وإخضاعها بدلا من ذلك للأعراف الدولية⁽³⁹⁴⁾، وذلك لأن التدويل انصبّ هنا على الجانب الإجرائي فقط، وليس له أية علاقة بالتدويل الموضوعي للعقد، لذا يتعين على المحكم الوقوف عند هذا المقصد وعدم تجاوزه واعتبار تبني الأطراف لشرط التحكيم دليل على رغبتهم الضمنية في إخضاع عقدهم للقواعد عبر الدولية، إلا إذا كانت إرادتهم صريحة في اختيارها حسماً لمنازعاتهم. على أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقودها المبرمة مع الطرف الأجنبي عند سكوتها المطلق عن الاختيار، لا يحول أيضا دون إمكانية

(2) د. نادر محمد إبراهيم: مصدر سابق، ص 236.

(3) حيث يذهب بعض الفقه إلى القول بأن: "تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية يصبح واجبا بمجرد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرط التحكيم... وهكذا يبدو التحكيم وكأنه المخاطب الأصيل بقواعد قانون التجارة الدولية والمنوط به تطبيقها". د. هشام خالد، 2005، جدوى اللجوء، إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 342.

استعانة المحكم بالقواعد عبر الدولية لتكملة النقص الذي قد يشوب قواعد القانون الداخلي أو إذا ظهر له عدم ملائمة هذه الأخيرة لحكم العقد، وأن القاعدة عبر الدولية هي الأكثر تحقيقاً لتلك الملاءمة، إذ من المعلوم أن قانون الدولة الطرف، وإن كان أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد، فإن هذا لا يعني دوماً أنه الأكثر ملائمة لحماية مصالحها⁽³⁹⁵⁾.

وفي نزاع بين شركة "CDSE"⁽³⁹⁶⁾، وحكومة كوستاريكا مسجل بتاريخ 1996/3/22 أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، طالبت كوستاريكا بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي فقط، كقانون واجب التطبيق على العقد، ورأت بأنه حتى وإن كان اتفاق الطرفين غير مكتوب وغير واضح بصورة كافية، إلا أنه يمكن استنتاجه من طلب التحكيم، ومن موافقة الحكومة على اختصاص المركز بنظر النزاع⁽³⁹⁷⁾، ولاشك أن حكومة كوستاريكا قد رأت في تطبيق القواعد عبر الدولية تحقيقاً لمصلحتها، لذلك أقرت باختصاصها الاستثنائي في حكم النزاع، وهذا دليل آخر على أن مضمون تلك القواعد وأحكامها قد تكون أكثر ملائمة للدولة المتعاقدة مقارنة بقانونها الوطني.

(1) د. نادر محمد إبراهيم: مصدر سابق، ص 484.

(2) اختصاراً لـ: Compania Del Desarrollo de santa Elena.

(3) وكان النزاع قد ثار بين الطرفين على إثر إقدام حكومة كوستاريكا على تأمين بعض ممتلكات شركة CDSE فيها، وانتهت هيئة التحكيم إلى إصدار قرارها بتاريخ 2000/02/17، والذي انتهت فيه إلى تطبيق قانون كوستاريكا بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين، وكذا مبادئ القانون الدولي، وذلك وفقاً لنص المادة 01/42 من اتفاقية واشنطن. حسين أحمد الجندي، 2006، النظام القانون لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، ص 229.

وما يدعم موقفنا في جوازيه الأعمال المزدوج لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية على عقود الدولة عند تخلف الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، هو اتجاه اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، حيث قضت المادة 1/42 بأنه : "تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق". وتطبيقا منها لنص المادة 1/42 المذكورة أعلاه، ذهبت هيئات التحكيم بالفعل إلى التطبيق الجامع لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد على النزاعات التي ثارت أمامها. ففي نزاع بين شركة "Amco Asia" وآخرين مع حكومة إندونيسيا، قررت هيئة التحكيم أنها لم تجد في اتفاق الأطراف ما يشير إلى اختيارهم لقانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق، وعليه انتهت إلى التزامها بتطبيق القانون الإندونيسي ومبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق⁽³⁹⁸⁾.

هذا وقد تواتر القضاء الدولي على رفض فكرة تدويل العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة في العديد من أحكامه، بحيث لم يذهب أي من قرارات

(4) حسين أحمد الجندي: المصدر نفسه، ص222.

التحكيم المعروفة في القضايا النفطية الى إضفاء صفة المعاهدة الدولية على إتفاقيات البترول⁽³⁹⁹⁾.

فقد أوضحت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مافروماتيس عام 1925 إن الإتفاق لا يعدو أن يكون عقداً من القانون الداخلي ومن ثم فإن مسؤولية الإخلال به لا تخضع لأحكام القانون الدولي، ولا تترتب مسؤولية دولية على عاتق الدولة التي خرجت عن مقتضيات التعاقد⁽⁴⁰⁰⁾.

كما رفضت محكمة العدل الدولية في قرارها حول تأمين شركة النفط الأنجلو إيرانية عام 1952 وجهة نظر المملكة المتحدة من أن "الإتفاقية الموقعة بين الحكومة الإيرانية والشركة الأنجلو الإيرانية عام 1933م لها طبيعة مزدوجة"، فكانت المملكة المتحدة تدعي بأن إتفاقية الإمتياز تعد من جهة عقد إمتياز بين الحكومة الإيرانية والشركة، وهي من جهة أخرى معاهدة بين الحكومتين البريطانية والإيرانية⁽⁴⁰¹⁾.

⁽³⁹⁹⁾ د. محمد يوسف علوان، 1982، النظام القانوني لإستغلال النفط في الأقطار العربية (دراسة في العقود الاقتصادية الدولية)، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ص301.

⁽⁴⁰⁰⁾ د. عمر أبوبكر باخشب، 1999، النظام القانوني لعقود الإمتياز، مجلة القانون والإقتصاد، البحوث القانونية والإقتصادية، ع99، القاهرة، ص 26.

⁽⁴⁰¹⁾ د. محمد يوسف علوان، المصدر السابق، ص 301.

الخاتمة

الاستنتاجات:

1- يتم إبرام عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام بين طرفين، يتمثل الطرف الأول بالدولة المضيفة للاستثمار، ويمثلها في ذلك أحد المؤسسات التابعة لها وهي في الغالب وزارة النفط، كذلك يجوز للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم منح تراخيص لإنشاء المصافي ضمن حدودها الإدارية وذلك استناداً الى الفقرة (رابعاً) من المادة (17) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام العراقي النافذ، ويعرف عقد الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام بأنه (عقد يبرم بين الحكومة من جهة والمستثمر من جهة أخرى سواء أكان المستثمر وطنياً أم أجنبياً يقوم على توظيف المال لأجل استثماره في مجال التصفية وذلك بتحويل النفط الخام الى مشتقات نفطية قابلة للاستهلاك).

2- ان حداثة مصطلح الاستثمار وأهميته قد أدت الى تعدد التعريفات الخاصة به وأتساعها في كل من الفكر الاقتصادي والقانوني.

3- أن تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار النفطية الدولية أضحى واقعاً لا بد منه في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، سواء في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد قانونية غير وطنية لتتطبق عليها، أو حتى عند تخلف اتفاق هؤلاء حول القانون واجب التطبيق، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن

تقوم باختيار القواعد المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالاعتماد على الأعراف والعادات السائدة فيها، وكذلك المبادئ العامة المعتمدة بشأنها.

التوصيات:

1- ضرورة إخضاع عقود الاستثمار الدولية ومنها العقود النفطية له نظام عبر دولي لا تنتهي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويجد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملاءمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها.

2- تحديد وسيلة حل المنازعات التي تنشأ عن تفسير أو تنفيذ عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام وذلك من خلال النص عليها.

3- لا مجال للدعاء بأن خصوصية عقود الاستثمار النفطية الدولية تستتبع بالضرورة خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن أعمال هذا القانون بشكل دائم قد يضر بمصالح المتعاقدين معاً، وذلك لتخلف أحكامه عن مجاراة ما جرى عليه العمل في نطاق المبادلات الاقتصادية الدولية على وجه العموم.



السيد وائل العياط

خريج ماستر العقار والتعمير الرباط

قراءة في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة

وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء

مقدمة:

إن مجال التعمير مجال شاسع ترتبط به مختلف القطاعات، الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، كما تتدخل فيع العديد من الأجهزة، من سلطات محلية وهيأة منتخبة وسلطات قضائية، فنجد قطاعا منظما عبر مجموعة من القوانين الخاصة كما هو الحال بالنسبة لقانون 12.90 المتعلق بالتعمير وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، وقواعد أخرى عامة من أهمها القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات والمقاطعات، والذي يبين بوضوح اختصاصات الجماعات الحضرية والقروية في مجال التعمير،

وكذا القانون الجنائي⁴⁰²، وقانون المسطرة الجنائية⁴⁰³ عبر مختلف نصوصه الموضوعية منها والإجرائية التي تسهل عملية التدخل القضائي بهذا الميدان.

لكن يبقى أهم نص قانوني ينظم مجال التعمير من حيث الضوابط التي حددتها قوانين التعمير أعلاه، نجد قانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، والذي يعتبر من مستجدات القوانين التي تهتم بمجال التعمير خصوصاً في الشق المرتبط بزجر المخالفات التي يعرفها هذا القطاع، وفي قراءة متأنية في مقتضياته نجد على أن المشرع حاول وضع عدة آليات ووسائل وإجراءات يتم من خلالها ضبط كل المخالفات والخروقات القانونية في مجال البناء والتعمير، مع تحديد الجهات المكلفة بضبطها ومتابعتها، والمسطرة المعتمدة في ذلك، كما أن المشرع خصص لكل المخالفات عقوبات يختلف نوعها، تصل لحد سن عقوبات مالية وأخرى سالبة للحرية.

وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل حول أهم مستجدات قانون 66.12 ؟ وما هي الخطوط العريضة التي جاء بها، والضمانات التي وضعها من أجل الحد من الخروقات بمجال التعمير والبناء؟

402- ظهير رقم 1.59.413 الصادر في 26 نونبر 1962 يقضي بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية في 5 يونيو 1963.

403- ظهير رقم 1.02.255 صادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 01.22 المتعلق بالمسطرة الجنائية، منشور بالجريدة الرسمية في 30 يناير 2003.

ومحاولة منا في هذه القراءة السريعة لقانون 66.12 ونظرا لأهميته، أن نتطرق في هذا الجزء للطبيعة القانونية التي يمكن إعطاؤها لمخالفات التعمير في نطاق هذا النص، والمسطرة القانونية التي يتم من خلالها ضبط هذه المخالفات. المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمخالفات التعمير. المطلب الثاني: مسطرة ضبط مخالفات التعميرين قانون 12.90 المتعلق بالتعمير وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمخالفات التعمير

يمكن تحديد الطبيعة القانونية لجرائم البناء والتعمير المنصوص عليها في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، وذلك من خلال دراسة مجموعة من الخصائص التي يتميز بها هذا النوع من الجرائم، كونها من الجرائم المتتالية (الفقرة الأولى)، بالإضافة أنها من الجرائم المبنية على شكوى (الفقرة الثانية)، كذلك بأنها من صنف الجرائم الشكلية (الفقرة الثالثة)، وتتسم بخاصية عدم اشتراط الركن المعنوي لقيامها (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: جرائم التعمير من صنف الجرائم المتتالية

كما هو معلوم فإن الجرائم عادة تنقسم إلى جرائم وقتية وجرائم مستمرة، تبعا للوضع الذي يتخذه الركن المادي من حيث التوقيت أو الاستمرار.

وجرائم التعمير ومن ضمنها جريمة البناء بدون رخصة تعتبر من الجرائم المستمرة المتتابعة أو المتتالية الأفعال، ذلك أن هذه الجرائم وإن استغرقت زمنا طويلا إلا أن الركن المعنوي فيها لا يمتد خلال الزمن⁴⁰⁴.

ويترتب على اعتبار جرائم التعمير من الجرائم المستمرة أمران هما:

1- احتساب التقادم

يكون من يوم وقوع الجريمة سواء علم بها أم لم يعلم ولا يتم احتساب اليوم الذي وقعت فيه الجريمة ضمن مدة التقادم، وإنما تبدأ من اليوم الموالي لوقوعها، وهو تاريخ تمامها وتكامل عناصرها مجتمعة، وتمام الفعل في جرائم التعمير يكون هو تاريخ ارتكاب آخر فعل من أفعال التتابع⁴⁰⁵.

2- أثر قوة الشيء المقضي به.

في جريمة البناء بدون رخصة وغيره من جرائم التعمير يكون جزاء لكافة أفعال التتابع ويقبل الدفع بسبقية البت فيها كما أن الحكم البات لا تمتد حجيته إلى الأفعال اللاحقة على صدوره ولو كانت امتداد لها⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ - أسامة بلعمرية، النظام الجزري في ميدان التعمير والتجزئات العقارية، دراسة في ضوء القانون 12.90 المتعلق بالتعمير و 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية ونقسيمة العقارات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2014/2013، ص 34.

⁴⁰⁵ - الشريف البقالي، شرطة التعمير بين القانون والممارسة، دراسة عملية ونقدية على ضوء اجتهاد القضاء الإداري، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى 2012، ص 358.

⁴⁰⁶ - نور الدين العسري، المقتضى الجزري في تشريع التعمير والتجزئات أية حماية للمجال الحضري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال، 2003_2002، ص 22.

وفي هذا الصدد نجد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس في قضية انهيار عمارة تتكون من خمس طوابق بالمنطقة الثانية بفاس بتاريخ 08 دجنبر 1999، والتي أسفرت وفاة حوالي 46 شخصا وإصابة 42 آخرين بجروح.

رغم اعتراف المتهم بأنه بتشديد العمارة دون مراعاة الضوابط القانونية والتقنية إلا أن هذه الأفعال قام بها منذ سنة 1986 وإلى غاية سنة 1988 وحادثة الانهيار لم تقع إلا سنة 1999، وقد طالب دفاع الظنين بسقوط الدعوى العمومية سواء فيما يتعلق بجنحة البناء بدون رخصة أو الجرح أو القتل الخطأ، وقد صرحت المحكمة المذكورة بسقوط الدعوى العمومية للتقادم فيما يتعلق بجريمة البناء بدون ترخيص لسقوطها بالتقادم، في حين أخذت المتهم من أجل جنحة الجرح والقتل الخطأ وإدانتته من أجل المنسوب إليه⁴⁰⁷.

الفقرة الثانية : جرائم التعمير من الجرائم المبنية على شكوى

تعتبر جرائم التعمير من الجرائم المعلقة على تقديم شكوى من طرف نفس الجهة الموكل إليها قانونا هذه الصلاحية، وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 66 من قانون 66.12 المعدل لقانون 12.90 نجدها من بين ما تنص عليه "يزال المراقب مهامه من تلقاء نفسه أو بطلب من السلطة الإدارية المحلية أو من رئيس المجلس

⁴⁰⁷ - حكم المحكمة الابتدائية بفاس صادر بتاريخ 2009/03/08 في الملف الجنحي التلبسي عدد 10834/90 أورده نور الدين العسري، المقتضى الزجري في تشريع التعمير والتجزئات العقارية أي حماية للمجال الحضري، م.س، ص 23.

الجماعي او من مدير الوكالة الحضرية، بناء على ابلاغ بالمخالفة من طرف الأعوان التابعين لهم المكلفين بهذه المهمة او بناء على طلب كل شخص تقدم بشكاية.

يمكن لضابط الشرطة القضائية او المراقب معاينة المخالفة المرتكبة داخل المحلات المعتمدة بناء على إذن كتابي للنيابة العامة المختصة وذلك داخل أجل لا يتعدى ثلاثة أيام، يقوم المراقب الذي عاين مخالفة من المخالفات المشار إليها في المادة 64 من قانون 66.12 بتحرير محضر بذلك طبقاً لأحكام المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية يوجه أصله الى وكيل الملك في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ معاينة المخالفة مرفقاً بنسختين منه مشهود بمطابقتها للأصل وكذا بجميع الوثائق والمستندات المتعلقة بالمخالفات".

الفقرة الثالثة: جرائم التعمير من صنف الجرائم الشكلية

تنقسم الجرائم إلى جرائم شكلية وجرائم نتيجة، فأما جرائم الشكل فهي التي تستكمل شروط قيامها بمجرد اقتراف فعلها المادي، ودون حاجة إلى حصوله نتيجة سلبية في جانب المجني عليه، أما جرائم النتيجة أو جرائم الضرر فهي التي يشترط المشرع لقيامها استكمال عنصر النتيجة كركن يضاف إلى عنصري العلاقة السببية والفعل المادي⁴⁰⁸.

408- عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، ص 306.

وتعتبر جرائم التعمير من صنف الجرائم الشكلية التي لا يشترط لقيامها حصول عنصر النتيجة.

الفقرة الرابعة: جرائم التعمير من الجرائم التي لا يشترط فيها الركن المعنوي

إن الركن المعنوي هو مناط أعمال أحكام المسؤولية الجنائية فيكون الجرم إما متعمد أو غير متعمد. فالركن المعنوي هو ذلك النشاط الذهني الذي يصدر عن الجاني ويتخذ مظهرًا خارجيًا ويتدخل القانون بتقرير العقاب لكونه يتم عن إرادة آثمة.⁴⁰⁹

والمشرع المغربي اعتمد نظرية المذهب الموضوعي في تجريم البناء بدون ترخيص والجرائم الملحق بها، بحيث يصبح القصد الجنائي في مثل هذه الجرائم مفترضًا، ويكون العقاب في ظل هذا الاتجاه مبنيًا على نظام عقلاني للضبط الاجتماعي يغفل الحالة الذهنية التي كان عليها المخالف وقت ارتكاب الجريمة، فبمجرد التحقق من قيام عناصر جريمة البناء بدون ترخيص يكفي لإخضاع مرتكبها للتدابير الجزائية دون النظر إلى الركن المعنوي لها⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ - عبد الواحد العلمي، م.س، ص: 306.

⁴¹⁰ - حول افتراض القصد الجنائي في جرائم التعمير، أنظر محمد المنجي، جرائم المباني، توزيع منشأ المعارف بالإسكندرية.

لكن هناك من يذهب خلاف ذلك⁴¹¹، حيث يجب أن تنصرف إرادة المتهم إلى وضع عناصر الجريمة، فإذا انتفى لدى المتهم أحد عنصري القصد الجنائي (العلم والإرادة) انعدام الركن المعنوي للجريمة وبالتالي لن تقوم الجريمة في حقه إذ يجوز للمخالف أن يدفع بانتفاء علمه باستلزام القانون استصدار ترخيص بتلك الأعمال وأن يدفع بانتفاء علة انطباق وصف البناء على ما قام به من أعمال⁴¹².

ونرى أن هذا الرأي رأي مردود عليه على اعتباره أنه يتنافى مع القاعدة القانونية "لا يعذر أحد بجهله للقانون"⁴¹³، وبالتالي تجب مسؤوليته سواء علم بذلك أم لا خاصة في مجال البناء.

المطلب الثاني: مسطرة ضبط مخالفات التعمير بين قانون 12.90 المتعلق بالتعمير وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات

مما لا شك فيه أن مجال التعمير بالمغرب هو مجال مهم، ولا يمكن الحديث عن نسق عمراني منظم يرقى للمستوى المطلوب إلا بوجود قواعد مضبوطة تنظمه، وذلك بمقتضى قوانين التي تضع محددات هذا المجال وأساليب الضبط التي منحها المشرع للجهات المعنية لدرء أي خروج عن هذه القواعد، وبذلك نجد قانون 66.12 قد حدد لنا مسطرة ضبط المخالفات المرتبطة بمجال التعمير والبناء على مستوى

⁴¹¹ - نور الدين العسري، م.س، ص 23.

⁴¹² - الشريف البقالي، شرطة التعمير بين القانون والممارسة، دراسة عملية ونقدية على ضوء اجتهاد القضاء الإداري، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى 2012، ص 363.

⁴¹³ - الفصل 2 من القانون الجنائي.

قانون 12.90 المتعلق بالتعمير (الفقرة الأولى) وكذلك قانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسطرة ضبط المخالفات وفق قانون 12.90 المتعلق بالتعمير

تعتبر مسطرة ضبط مخالفات التعمير من خلال القانون 12.90 مسطرة إدارية، تبتدئ بضبط مخالفات التعمير من قبل الأعوان المكلفين بذلك، فضبط هذه المخالفات يكون إما بناء على زيارات ميدانية تقوم على المعاينة المباشرة وفي عين المكان من قبل العون المكلف بذلك إذ يقف على واقعة إنجاز الأشغال، وقد يكون ضبط هذه المخالفات استنادا إلى شكاية المتضرر المجاور للبناء.

وبعد ذلك ينتقل العون المكلف بضبط المخالفة إلى تحرير محضر المعاينة طبقا لأحكام المادة 24 من قانون المسطرة الجنائية، ويوجه أصله إلى وكيل الملك في أجل أقصاه 3 أيام من تاريخ معاينة المخالفة مرفقا بنسختين منه، مشهود بمطابقتها للأصل وكذا بجميع الوثائق والمستندات المتعلقة بالمخالفة، كما توجه نسخة من محضر معاينة المخالفة إلى كل من⁴¹⁴:

• السلطة الإدارية المحلية

• ورئيس المجلس الجماعي

⁴¹⁴ - راجع المادة 66 من القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر مخالفات التعمير والبناء.

• ومدير الوكالة الحضرية وكذا إلى المخالف.

إذن من خلال مقتضيات المادة 66 من قانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر مخالفات التعمير والبناء يضح لنا أن ضبط المخالفة لن يكون إلا بواسطة محضر كتابي مما يجعلنا نستبعد من أن يكون محضر المعاينة شفويا، إذ يعتبر هذا المحضر بمثابة وثيقة إثبات أمام القضاء عندما يعرض النزاع أمامه ما لم يتم إجراء خبرة مضادة⁴¹⁵.

والملاحظ أن ما يقوم به رئيس المجلس الجماعي الذي وقعت المخالفة في دائرة نفوذه وبالطبع بعد توصله بمحضر المعاينة من قبل العون المكلف قانونا بذلك، يقوم بفحص المحضر بالوقوف على نوع المخالفة المرتكبة وتقدير جسامتها، من خلال عملية التكييف التي يقوم بها ليصل إلى مدى فاعلية المخالفة ويحدد مدى خطورتها وهل من الممكن تداركها أم لا؟، أو هل هي من المخالفات الخطيرة؟ ونتائج التكييف هي التي تحدد المسطرة التي يجب إتباعها⁴¹⁶.

فإذا كانت المخالفة بسيطة ويمكن تداركها فإن المسطرة تتخذ الشكل التالي⁴¹⁷:

- يتخذ المراقب مباشرة بعد معاينة المخالفة أمرا بإيقاف الأشغال في الحال إذا كانت أشغال البناء المكونة للمخالفة ما زالت في طور الانجاز.

⁴¹⁵ - زهور أبو الخير اختصاص القضاء في حل منازعات التعمير رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، السنة 2003 - 2004.

⁴¹⁶ - زهور أبو الخير، اختصاص القضاء في حل منازعات التعمير والإسكان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط سنة 2003-2004، ص 11.

⁴¹⁷ - راجع المادة رقم 67 من القانون رقم 66.12 المتعلق بزجر ومراقبة مخالفات التعمير والبناء.

- أما إذا لم ينفذ المخالف الأمر المبلغ إليه بإيقاف الأشغال في الحال يمكن للمراقب، حجز المعدات والأدوات ومواد البناء وكذا إغلاق الورش ووضع الأختام عليه، ويحرر محضرا تفصيليا بذلك، يوجهه إلى وكيل الملك.

وبالرجوع إلى نص المادة 68 من القانون الجديد 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، نجد أنه عند صدور عن المراقب الذي عاين المخالفة أمرا إلى المخالف باتخاذ التدابير اللازمة لإنهاء المخالفة في أجل لا يمكن أن يقل عن 10 أيام ولا يتجاوز شهرا واحدا إذا كانت الأفعال المكونة للمخالفة يمكن تداركها لكونها لا تمثل إخلالا خطيرا بضوابط التعمير والبناء التي تم خرقها ويبلغ بذلك كلا من السلطة الإدارية المحلية ورئيس المجلس الجماعي ومدير الوكالة الحضرية.

أما إذا كانت المخالفة المرتكبة خطيرة فإن السلطة الإدارية المحلية تقوم بإصدار أمر بإنهاء الأشغال المخالفة، إذا لوحظ عند انتهاء الأجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه أن المخالف لم ينفذ الأوامر المبلغة إليه .

ويبلغ الأمر بالهدم إلى المخالف ويحدد فيه الأجل المضروب له لإنجاز أشغال الهدم ، وإذا لم ينجز الهدم في الأجل المضروب لذلك تولت لجنة إدارية⁴¹⁸ القيام بذلك داخل أجل لا يتعدى 48 ساعة ، وعلى نفقة المخالف.

الفقرة الأولى: مسطرة ضبط المخالفات وفق قانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات وتقسيم

يعتبر قانون رقم 25.90 المتعلق بتنظيم التجزئات العقارية والمجموعات السكنية، وكما هو معلوم بالنسبة لمخالفات التعمير في هذا الميدان تجري عليها نفس مسطرة المعاينة المطبقة في قانون 12.90، إذ أنه في حالة ضبط المخالفة من لدن العون المكلف فإنه يحرر محضرا بذلك، وتوجه الإدارة المعاينة محضر إلى كل من السلطة الإدارية المحلية إلى رئيس المجلس الجماعي ومدير الوكالة الحضرية كما ترسل نسخة من هذا المحضر إلى المخالف حسب مقتضيات المادة 63/2 من القانون 66.12.⁴¹⁹

ودرستنا لمقتضيات المادة 3/63 من القانون 66.12 نجدها تنص على أن "... مباشرة بعد معاينة المخالف أمرا بإيقاف الأشغال في الحال، إذا كانت أشغال التجهيز والبناء مازالت في طور الإنجاز... إذا لم ينفذ المخالف الأمر المبلغ إليه بإيقاف الأشغال في الحال يمكن للمرأب حجز المعدات والأدوات ومواد البناء، وكذا إغلاق الورش ووضع الأختام عليه ويحرر محضرا تفصيليا بذلك يوجه إلى وكيل الملك،

⁴¹⁸ - راجع المادة 68 من القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة زجر مخالفات التعمير والبناء.

⁴¹⁹ - راجع المادة 2.63 من القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة زجر ومخالفة التعمير والبناء.

يمكن للمراقب أيضا أن يعين المخالف حارسا على الأشياء أو يأمر بنقلها إلى مستودع خاص.⁴²⁰

ويعتبر هذا الإجراء الأخير والمتعلق باعتبار المخالف حارسا على الأشياء المحجوزة، وفي حالة عدم وجود أي إمكانية لذلك أن يأمر بنقلها إلى مستودع خاص، يعتبر من الخصوصيات التي تتميز بها مسطرة ضبط المخالفات في مجال التجزئات العقارية والمجموعات الكنسية وتقسيم العقارات.

بالإضافة لذلك يمكن للمخالف أن يطلب من الجهة القضائية المختصة إعادة فتح الورش ورفع الحج عن المعدات والأدوات ومواد البناء سواء في حالة تسوية المخالف أو في حالة صدور القرار من المحكمة الإدارية بإلغاء الإجراءات الصادرة في حق المعني بالأمر.

عند صدور المراقب الذي عاين المخالفة أمرا إلى المخالف باتخاذ التدابير اللازمة لإنهاء المخالفة في أجل لا يمكن أن يقل عن 10 أيام ولا يتجاوز شهرا واحدا إذا كانت الأفعال المكونة للمخالفة يمكن تداركها لكونها لا تمثل إخلالا خطيرا بضوابط التعمير والبناء التي تم خرقها ويبلغ بذلك كلا من السلطة الإدارية المحلية ورئيس المجلس الجماعي ومدير الوكالة الحضرية.⁴²¹

⁴²⁰ - راجع المادة 3.63 من القانون رقم 66.12

⁴²¹ - راجع المادة 4.63 من القانون رقم 66.12

أما إذا كانت المخالفة المرتكبة خطيرة فإن السلطة الإدارية المحلية تقوم بإصدار أمر بإنهاء الأشغال أو الأبنية المخالفة، إذا لوحظ عند انتهاء الأجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه أن المخالف لم ينفذ الأوامر المبلغة إليه.

ويبلغ الأمر بالهدم إلى المخالف ويحدد فيه الأجل المضروب له بإنجاز أشغال الهدم وإذا لم ينجر الهدم في الأجل المضروب له، تتولى اللجنة الإدارية القيام بذلك داخل الأجل 48 ساعة وعلى نفقة المخالف.

وبالتالي نجد أن المشرع قد حدد الجهات التي منحها حق إيقاف الأشغال في مجال تجهيز العقارات والمتمثلة في :

- والي الجهة أو عامل العمالة أو الإقليم أو من يمثله بصفته رئيسا

- رئيس المجلس الجماعي أو من يمثله.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من منح أجل للمخالف من أجل تنفيذ الأشغال المأمور بتحقيقها كما تنص على ذلك مقتضيات المادة 4/63 من القانون رقم 66.12. والجدير بالذكر أن السلطات الإدارية لا تتدخل مباشرة بالهدم أو بإيقاف الأشغال إلا في حالة تجهيز التجزئات العقارية أو في حالة إقامة مجموعة سكنية أو أكثر دون إذن مسبق⁴²². وهذا واضح من مقتضيات المادة 4/63 من نفس القانون.

⁴²² - زهور أبو الخير م ، س ، ص ، 17.

فبالرغم من إيقاف الأشغال أو الهدم فإن مرتكب المخالفة لن يسلم من تحريك المتابعة ضده، كما نصت على ذلك مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 5/63 من القانون 66.12⁴²³.

وأخيرا وعلاقة بنطاق تطبيق قانون 66.12 على مستوى التجزئات العقارية، سنقوم بتلخيص لأهم المستجدات التي جاء بها المشرع المغربي في هذا الإطار حماية منه لهذا المجال المهم وضبط التجزئات العقارية غير المؤهلة قانونا لاستيعاب حاجة الفرد في السكن أو غير ذلك كما هو مبين في المادة الأولى من هذا القانون والتي تتلخص فيما يلي:

* الرفع من مهنية القطاع وتعزيز صلاحيات مختلف أصناف المهنيين في المراقبة التقنية وكذا مراقبة معايير الجودة، بغرض حماية أرواح المواطنين وممتلكاتهم.

* اعتماد دفتر للورش وتعزيز عملية تتبع الأوراش المرخصة بإلزام رئيس المجلس الجماعي بتوجيه نسخ من الرخص والأذون والشواهد الممنوحة إلى السلطة الإدارية المحلية.

* تنظيم تدابير افتتاح وإغلاق الأوراش وغرض إلزامية فتح ومسك دفتر للورش بتضمين جميع المعلومات والبيانات التي من شأنها تمكين المهنيين على الخصوص من ضمان وتتبع ومراقبة هذه الأوراش.

⁴²³ - راجع المادة الفقرة الأخيرة من المادة 4.63 من القانون رقم 66.12

* تعزيز المشروع للجانب الردعي للعقوبات من خلال إقرار عقوبات سالبة

للحرية

تتجلى في الحالات التالية:

1- إحداث تجزئات عقارية أو مجموعات سكنية في منطقة غير مسموح بها

بموجب الأنظمة والقوانين الجاري بها العمل؛

2- في حالة البيع أو الإيجار أو قسمة أو عرض ذلك للبيع أو الإيجار لبقع من

تجزئة، أو مسكن من مجموعة سكنية، إذا كانت التجزئة أو المجموعة السكنية لم

يرخص في إحداثهما أو لم تكونا محل تسلم مؤقت للأشغال، وهو ما يعرف بالتجزئ

السري؛

3- في حالة العود من جديد؛

* الرفع من قيمة الغرامات المعمول بها في القوانين الجاري بها العمل.

* اعتماد عقوبة الهدم كعقوبة ردعية وسيطة بين العقوبات المالية والعقوبات

السالبة للحرية.

* تقنين عملية هدم البناء القانوني بإحداث لجنة إدارية مكلفة بالهدم وتنظيم

مسطرة خاصة بذلك.

وهكذا فإنه يمكن اعتبار قانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في

مجال التعمير والبناء، يعتبر إضافة مهمة لمجال التعمير وضبط مجاله وكذا الحد من

خروقات البناء التي تمس بأحكام قانون 12.90 المتعلق بالتعمير وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعة السكنية وتقسيم العقارات، خاصة ما يعرفه هذا المجال من خطورة على حياة الأفراد والمتعاملين.

وهذا ما دفعنا إلى أن نتطرق أولاً للطبيعة القانونية لمخالفات التعمير وتحديد خصوصياتها، ثم لنوضح المسطرة التي يتم بها ضبط هذه المخالفات والإجراءات المتخذة في ذلك، على أن نخصص القراءة الثانية لأهم المستجدات الأخرى التي جاء بها قانون 66.12 والمميزات القانونية التي يتميز بها فيما يتعلق بمجال التعمير والبناء.



السيد رضوان الريشي

ماستر العقار والتعمير جامعة الحسن

الثاني الدار البيضاء - عين الشق

حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية

مقدمة:

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية، حيث قامت جل دساتير العالم بالتنصيص عليه في دساتيرها وجعلته حقا مقدسا لا يجوز الترامي عليه أو نزعها من مالكه إلا إذا كان بواسطة القانون، فالملكية العقارية أم للحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية، لذلك خصها المشرع المغربي بترسانة قانونية تكفل تنظيمها وحمايتها، وجعل دعوى الاستحقاق وسيلة يباشرها أصحاب الأملاك العقارية لحماية حقوقهم من ترامي الأغيار، وذلك لا يتم إلا بإثبات الملكية العقارية بوسائل الإثبات القانونية.

وكانت الرسوم العدلية من أهم الوثائق التي كان يستند إليها الملاك في إثبات حقوقهم، وكانت تشكل وحدها مستند إثبات الملكية⁴²⁴، فعقود التفويت من بيع و هبة و معاوضة وغيرها، كانت هي المستند والركيزة الأساسية لإثبات حقوق الملاك أثناء المنازعات التي تطرح أمام القضاء، وكانت أوراقا خصوصية تحتفظ بها عادة كل أسرة من أسر مختلف الطبقات، وكانت تتكون من عقود البيوع ورسوم ملكية الأرض والرهن والبيوع، وجراند التركات، وضوابط عدد من المعاملات المتعددة الوجوه كشركات القراض، والسلم، والسلف، وغيرها.⁴²⁵ وقد أكد على ذلك جاك بيرك، ولاحظ مدى حرص ناس الأطلس على كتابة معاملاتهم.⁴²⁶

إلا أن العقارات بالمغرب كانت تنتهك بطرق غير شرعية بسبب الثغرات والعوائق التي كانت تكتنف توثيق الملكيات، وقبول شهادة الشهود دون التيقن من صحة شهادتهم أو عدلهم، حتى أضحت توثيق الملكيات عن طريق الشهادات أمرا رائجا في المناطق المغربية، وصار مهنة لمن اعتادها ومورد من لا مورد له، فضاعت بذلك حقوق الملاك، حتى أنه فشى ذلك بكثرة في عهد السلطان محمد بن عبد الله فأمر بأن يكتب في سباط⁴²⁷ العدول بالخط العريض حيث يرى ذلك كل الناس هذا البيت :

⁴²⁴ عبد العزيز بن عبد الله: معلمة الفقه المالكي، مطبعة المتوسط - بيروت - لبنان الطبعة الأولى 1983 ص 320
⁴²⁵ أحمد التوفيق: المجتمع المغربي في القرن التاسع عشر (إينولتان 1850-1912) مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2011 ص 31 .

⁴²⁶ Jean Berque : "structure sociales du haut Atlas" Paris , 1954 " Notes sur l'histoire des échanges dans le haut-atlas , 1953 , pp . Page 289-314

⁴²⁷ الأزقة التي يوجد بها مكاتب العدول

لقد طلبت هينا موجودا أمهتا تريد أن فنودا

وشدد على العدول في تحرير الشهادات والتحري فيها ما أمكن ، وأمر بعدم الأخذ بشهاداتهم في كثير من المسائل التي تلوح عليها إمارات البطلان ويحوم حولها الشك إلا أن تكون تلقيت بمحضر القاضي (المكلف بالتوثيق) و موافقته، لما كان يظهر على الشهود من الاستهتار بحقوق الناس والمقايضة عليها⁴²⁸ إضافة إلى كثرة شهادة الزور والرشاوي وتزوير الخطوط ، وعدم من يميز ما اختلف من ذلك لكثرة الجهل.⁴²⁹

بل الأمر لم يقف عند ذلك أو ذاك، بل حتى النهج التي كانت توثق بها عقود التفويت من طرف العدل كانت منشأ لكثير من المنازعات ، حيث أن البيوع وغيرها من التفويطات المتعلقة بعدة أملاك لا يجمعها في الغالب رسم واحد ، بل نجدها متفرقة على الرسوم الشاهدة بها دون أي ربط بالرسم الأصلي إن كان له وجود ، مما لا يبعث أبدا على الاطمئنان على مثل هذه التصرفات ولا على الرسوم التي تضمنتها لأنها لا تكشف عن حقيقة العقار القانونية⁴³⁰، و يبرر ذلك عدم وجود أي سجل

⁴²⁸ عبد الله كنون :ذكريات مشاهير رجال المغرب ، دار ابن حزم للطباعة والنشر و التوزيع - بيروت - لبنان الطبعة الأولى 2010 ج 3 ص 1325

⁴²⁹ محمد بن عبد الله الكيكي: مواهب ذي الجلال في نوازل البلاد السائبة والجبال، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1997، ص: 79.

⁴³⁰ عبد العزيز بن عبد الله: من محاضرة له حول " مظاهر الشرع الإسلامي في نظام التحفيظ العقاري بالمغرب "، ألقاها بالمدرسة الإدارية في منتصف الستينات على القضاة و الحكام المفوضين، أشار إليها أحمد دريوش: الثقافة و القانون، الجزء الأول ، مطبعة الأمنية الرباط ، الطبعة الأولى 2014 ص: 165 .

رسمي يسمح بتتبع وضعية العقارات ومعرفة ملاكها المتعاقبين، ولم يكن من الممكن

أيضا معرفة الحقوق العينية والتحملات العقارية التي تثقل هذه العقارات.⁴³¹

فقد أتى على المغرب حين من الدهر كانت الرسوم العدلية هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الملك وضمنان الحقوق الراجعة إليه، ورغم تأسيس الشرع الحنيف الأوضاع العقارية الصالحة، وتحري القضاة والعدول في إقامة الوثائق وتحريرها، كانت تحدث أفضية تؤدي إلى نزاعات نظرا إلى أن بعض الأملاك لم تكن تحدد أحيانا بمنتهى الدقة المطلوبة، إذ لا يتعدى التحديد في الغالب أسماء الجواربكيفية لا تخلو أحيانا من غموض، أو بيان علامات سرعان ما يعفي الدهر عليها حتى أصبحت الخصومات شيئا عاديا في البوادي، فكانت المنازعات على الحدود بالضرورة، مما لا يظهر أن هناك اعتناء بالملكية⁴³²، أضف إلى هذا أن هذه الأملاك لم تكن لها أسماء قارة تتميز بها، ولم تكن مساحتها تبين بمنتهى الدقة لعدم استنادها إلى فن الهندسة المساحية، وكثيرا ما يعبر عن هذه المساحات بمقاييس محلية تختلف باختلاف الزمان و المكان⁴³³، فنجد في منطقة الشاوية يعتمدون على مقاييس معتمدة كالخدام، وفي منطقة الشمال التحويلة، وهناك مقاييس أخرى كزوجة الحرث أو مرجع أو مطيرة وتعبر كلها عن المساحة التي تحرث بالدوار ليوم كامل⁴³⁴، واختلاف

⁴³¹ محمد خيرى : العقار و قضايا التحفيظ العقاري ، مطبعة المعارف الجديدة ، الطبعة الثامنة ص 106

⁴³² محمد فتحة : النوازل الفقهية و المجتمع ، أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي (من القرن 6 الى القرن 9 هجري / 12 م - 15 م) ، مطبعة المعارف الجديدة ، الطبعة الأولى 1999 ، ص 340

⁴³³ عبد العزيز بنعبد الله : مقال سابق في مرجع سابق ص 165

⁴³⁴ محمد خيرى : مرجع سابق ص 213 و ما يليها.

هذه المقاييس يثير بلا شك العديد من المنازعات . لذلك عدم النص على المساحات أو تعدد المقاييس بشأنها يقلل من قيمتها⁴³⁵.

ويتجلى من كل ما ذكر أن نشوب المنازعات المتعلقة بملكية العقارات كان مردها الأساسي هي عقود التفويت التي يشوبها الكثير من الشوائب ، سواء بكيفية توثيقها من طرف العدول ، أو من بيانات الوثيقة التي تسفر عن عديد من المشاكل . إلا أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل قد تكون رسوم التفويت مشتملة على جميع الجوانب الجوهرية والقواعد الأساسية ، إلا أنها لا تستند على ما ثبتت ملكية المفوت ، وهذا ما كان يسهل اغتصاب حقوق الملاك ، واصطناع وثائق تفيد التفويت استنادا إلى شهادة شهود يحضرهم المفوت ، كشاهدين على أنه المالك الحقيقي للعقار إلا أن الواقع خلاف ذلك. فيقوم المشتري أثناء نشوب النزاع بالاعتماد على هذه العقود كدليل على إثبات تملكه للعقار ، فيرفض له القضاء ذلك . بعلّة أن المفوت يمكن أن لا يكون المالك الحقيقي للعقار ، لذلك يتطلب الأمر إثبات مستندات تملك المفوت العقار سواء كان بائعا أو واهبا أو معاوضا أو مغارسا...

وقد أثارت هذه الحالة اهتمام فقهاء المالكية، فخصصوا لها حيزا من مؤلفاتهم، واهتموا بتنظيم أحكامها متفقين على قاعدة جوهرية لا نزاع فيها بينهم، وهي كون عقود التفويت المجردة من أصل التملك لا تفيد الملك ولا تثبته. حيث يقول عبد الرحمان الفاسي في نظمه العمل الفاسي :

⁴³⁵ أحمد التوفيق: مرجع سابق، ص: 33.

لا توجب الملك عقود الأشرية بل ترفع النزاع عند التسوية⁴³⁶

وإن هذه القاعدة التي وضعها الفقهاء تدفعنا إلى التساؤل عن ماهي حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية ؟ وكيف تعامل معها القضاء المغربي؟

للإجابة على الإشكال المطروح أعلاه، فإننا ينقسم الموضوع إلى مبحثين على النهج الموالي: المبحث الأول: الإطار العام لأصل التملك وموجبات اشتراطه في عقود التفويت. المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من حجية عقود التفويت المجردة

المبحث الأول: الإطار العام لأصل التملك وموجبات اشتراطه في عقود التفويت

إن أصل التملك كمفهوم تتداخل فيه مجموعة من المفاهيم ، كان لزاما أن نتعرف على المفهوم الدقيق له ، فهوليس وجه المدخل ، ذلك أن هذا المفهوم الأخير يرتبط بالحيازة ، والفقهاء لا يذكرون وجه المدخل إلا مرتبطا بالحيازة ، في حين أن أصل التملك يرتبط بعقود التفويت و بوجه أدق بمستندات ملكية المفوت الذي يمكن أن يكون البائع أو الواهب أو المعاوض، خصوصا وأن المشرع المغربي نفسه ميز في مدونة الحقوق العينية بين أصل التملك وربطه بعقود التفويت في المادة 3 منه، في حين ربط وجه المدخل بالحيازة وذلك تحديدا في المادة 242 من نفس المدونة

⁴³⁶ عبد الرحمان الفاسي: نظم العمل الفاسي نقلا عن أبي عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس ، طبعة وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الطبعة الأولى ، 2001 ص 34

و لمعرفة مفهوم أصل التملك أكثر وتحديد ماهيته، سنقوم بدراستها وفق
المطلبين التاليين :

المطلب الأول: ماهية أصل التملك

إن أصل التملك مفهوم فقهي بامتياز، وقاعدة جوهرية أنشأها الفقه وأقرها
القضاء المغربي حماية الملكية العقارية، وإضفاء صبغة الشرعية على عقود
التفويت التي تعتبر سببا من أسباب ملكية العقار، ولتدعيم مركز المفوت إليه أثناء
المنازعة العقارية، واستطاعته الاحتجاج بتملكه العقار بهذا العقد الذي يعتبر سندا
للملكية، لذلك تقتضي طبيعة الدراسة التطرق لمفهوم أصل التملك (فقرة أولى)
وموجبات اشتراطه في عقود التفويت (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم أصل التملك

تعتبر عبارة أصل التملك من العبارات الدقيقة التي تحتاج إلى تفصيل وبيان
كي لا تختلط بالمفاهيم المتشابهة لعل أهمها ما سبق بيانه، فأصل التملك مفهوم
يتكون من عبارتين، (أصل) ومعناها أساس الشيء كما يقول ابن فارس⁴³⁷، ويقول
ابن منظور صاحب لسان العرب، الأصل: أسفل كل شيء وجمعه أصول، ويقال
استأصلت هذه الشجرة أي ثبت أصلها، وقولهم لا أصل له ولا فصل، الأصل
الحسب.⁴³⁸

⁴³⁷ أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1 ص 109
⁴³⁸ ابن منظور: لسان العرب، الجزء الأول، دار المعارف للنشر والطباعة والتوزيع، ص 89

ففي اللغة تدل على احتواء الشيء، وملكه يملكه ملكا احتواه قادرا على الاستبداد به واصطلاحا " هو اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي".⁴³⁹، أما التعريف التركيبي لأصل التملك فبالرجوع إلى الكتب الفقهية المنظمة لاشتراط أصل التملك في عقود التفويت، لا نجد تعريفا فقهيا ثابتا ، بقدر ما نجد تحديد لعناصر أصل التملك فقط، ومن خلال هذه العناصر والمحددات التي ذكرها الفقهاء ، يمكن تعريفه بأنه " مجموعة من المستندات والوثائق والمراجع التي تثبت ملكية المفوت للعقار محل التفويت " ويذكر الدكتور عبد الرحمان بلعكيد⁴⁴⁰ هذه المستندات والوثائق سواء تعلقت بالعقار أو المنقول بكونها مختلف الوثائق الرسمية والعرفية والفواتير والسندات والمراسلات والشهادات وغيرها ... ، التي تثبت بها الملكية ثبوتا لا شك فيه .

أما إن أردنا تحديد هذه المستندات في مجال العقار فيكون التحديد ضيق النطاق ، وذلك انسجاما مع قواعد التوثيق في ميدان العقار، فالمستندات والوثائق التي تعتبر كأصل ملكية في التفويطات العقارية هي " مختلف الوثائق الرسمية أو الوثائق المحررة من محام مقبول لدى محكمة النقض او وثائق محررة عرفيا قبل صدور مدونة الحقوق العينية ، سواء كانت هذه الوثائق والسندات اتفاقية (كعقود البيع ورسوم الهبات) أو قضائية (كالأحكام القضائية التي تقرحها) " .

⁴³⁹ أبي إسحاق الغرناطي : الوثائق المختصرة ، الطبعة الأولى 2011 ص 136
⁴⁴⁰ عبد الرحمان بلعكيد : وثيقة البيع بين النظر و العمل ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الرابعة 2014
ص 177

إذن فأصل التملك هو كل ما يفيد ثبوت ملكية البائع للعقار، وتتعدد صوره ، فيمكن أن يكون أصل تملك البائع لعقاره رسم هبة أو أن يكون محضر إرساء المزايدة العلنية ، ويمكن أن يكون حكما قضائيا فاصل في النزاع حيث يعتبر بمثابة عقد للأطراف⁴⁴¹ يمكن أن يستند إليه البائع والمشتري كأصل لثبوت ملكية البائع . بل قد يكون أصل تملك المفوت (البائع مثلا) رسم الملكية الدال على الحيازة إذا ما توفرت شروطها القانونية .⁴⁴² إلا أنه في جميع هذه الأحوال يجب أن تكون مستندات تملك المفوت صحيحة من مفوت إلى آخر، وإلا كان الرسم المستشهد به باطل لا يعتد به في الإثبات.

الفقرة الثانية: موجبات اشتراط أصل التملك في عقود التفويت

إن اشتراط الفقهاء والقضاء المغربي والمشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في المادة الثالثة منه⁴⁴³، لوجوب توفر عقود التفويت على أصل التملك ، يرجع إلى قاعدة أساسية وهي حماية مصالح الناس وحقوقهم وعدم ضياعها ، فالقاعدة هي

441 نذكر على سبيل المثال والاستدلال الفقرة الأخيرة من الفصل 19-618 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه " يقوم الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع مقام عقد البيع النهائي "... . ويمكن أن يكون الحكم الجنحي أيضا بمثابة عقد نهائي إذا فصل في النزاع التبعية ، حيث جاء ضمن حيثيات قرار لمحكمة النقض عدد 24/7 مؤرخ في 2014/1/21 في الملف المدني عدد 2012/7/1/4488 جاء ضمن حيثياته " إن استصدار المستأنفين كمشتريين لحكم بصحة العقد و نفاذه في مواجهة المستأنف عليه البائع في حدود ما هو نضمن بمنطوق الحكم الجنائي في شقه المدني ، يجعله بعد أن أضحي باتا غير منازع فيه يقوم مقام العقد،..." ذكره أحمد أجعون في مؤلف " المستحدث في قضاء الغرفة المدنية بمحكمة النقض العقارية " مطبعة الأمانة الرباط ، الطبعة الأولى 2019 ص 89 442 من وضع يد و تصرف نسبة و مدة قدرها عشر سنوات أو أربعين حسب الأحوال بدون منازع و عدم تفويت يقوم بها مغربي الجنسية .

443 المادة 3 من مدونة الحقوق العينية رقم 39.08 جاء في الفقرة الثانية منها " لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفوظة إلا إذا استندت إلى أصل التملك و حاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية " .

"لا ضرار ولا ضرار"، والقاعدة أن الإنسان لا يحرم من ملكه إلا إذا كانت هناك طرقاً قانونية تخول ذلك كنزع الملكية، أما غير ذلك فمحظور شرعاً وقانوناً. ويمكننا إجمال أسباب اشتراط أصول التملك في عقود التفويت في الحالات التالية:

أولاً (محاربة ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير

إن هذه الظاهرة ليست حديثة العهد، بل هي متجذرة في التاريخ المغربي منذ قرون حيث كان الاستيلاء على العقارات شائعاً وسط المجتمع المغربي وكان سببها الأصلي هو عدم احتياط العدول بضرورة إرفاق البائع لمستندات تملكه العقار المفوت أثناء تفويت العقار، وعدم إلزامية إحضارها، حتى جاء عصر السلطان سيدي محمد بن عبد الله فأصدر ظهيراً شريفاً ينص في فصله السابع على وجوب قيام القاضي (المكلف بالتوثيق) في خصوص تفويت الأملاك بإحضار رب الدارو سؤاله عن وجه تملكه وإحضار الرسوم ليوافق على الشراء⁴⁴⁴،

وفي عهد السلطان الحسن الأول، وجه ضابطاً عدلياً لقاضي مكناس أحمد بن سودة، يحثه فيه على ضرورة تثبيت العدل من توثيق البيوع العقارية، ونص فيه على ضرورة "التثبت في الأصول والمبيعات العقارية... إذ يتنافس الناس في اقتنائها وتشوف النفوس لتملكها والاستيلاء عليها بما يمكن ولو بأنواع الحيلة وحيث السريرة.... فصرفنا نظرنا للبحث عن موجب ذلك الهائل، فألفيناه غالباً ينشأ عن

444 عبد العزيز بن عبد الله: معطمة الفقه المالكي، مرجع سابق ص 320

تساهل عدول أهل البادية في كيفية كتب بيعها أو رهنها ، يتولى ذلك منهم الجاهل فالجاهل ، حتى انعدمت بينهم في رسومها مسطرة التوثيق والإتقان ، فنأمرك أن تستعمل ما يجب شرعا في ذلك ...، وأن يحضر البائع للمشتري الملكية المستجمعة للأشراط من يد ونسبة وطول وعدم منازع وتفويت بالبيع ..."⁴⁴⁵

وإن التأمل في نص هذا الظهير يجد أن من أهم أسباب تساهل العدول في توثيق الملكيات هو عدم استحضار أصول الملكية أثناء البيع ، لذلك أوجب عليهم ذلك، وأرسل أيضا إلى القاضي أحمد بن سودة كتابا (رسالة) أخرى يحثه فيها على مجموعة من المبادئ التوثيقية المتعلقة بالعقارات التي يجب أن يستحضرها العدول من بينها "أنهم لا يكتبون وثيقة بيع الأصول إلا بعد ثبوت الملك لبائعه وكذا التحبيس والعنق..."⁴⁴⁶

ثانيا: تفادي بيع ملك الغير

إن رسوم الأشرية يمكن أن تكون من البائع وغيره⁴⁴⁷، لذلك وجب على البائع أن يكون مالكا للمبيع ملكية شرعية تامة، حتى يتمكن من نقلها بأمان إلى

⁴⁴⁵ ضابط عدلي وجهه السلطان الحسن الأول إلى قاضي مكناس أحمد بن سودة في 3 جمادى الأولى عام 1299 هجرية ،أشار إليه عبد الرحمان بن زيدان : العز و الصولة في معالم نظم أهل الدولة ، الجزء الثاني ، المطبعة الملكية الرباط 1962 ص 46

⁴⁴⁶ ضابط عدلي آخر وجهه السلطان الحسن الأول للقاضي أحمد بن سودة في 20 حجة الحرام عام 1306 هجرية ، أشار إليه عبد الرحمان بن زيدان في مرجع سابق ص 49

⁴⁴⁷ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : التدريب على تحرير الوثائق العدلية ، الجزء الأول ، مطبعة الأمانة الرباط ، الطبعة الثانية 1995 ص 171

المشتري⁴⁴⁸، لقصد ضبطها وإثبات صحة التملك و التعاقد عند الاحتياج إلى الإثبات⁴⁴⁹، وإلا ما جازله أن يظهر بصورة المالك ولا أن يلتزم ببيع شيء لا يملكه.⁴⁵⁰ ذلك أن البيع يجب أن يكون صادرا من مالكة أو من فوض له ذلك، وإذا نصت عليه أحكام خاصة كبيع الصفقة⁴⁵¹ بحيث إنه في هذه الصورة يمكن للشريك أن يبيع مالا يملكه، وأن يبيع ملك غيره من غير إذنه⁴⁵² أما ما عدا ذلك فلا يجوز لأي أحد أن يبيع ملك الغير.

ثالثا (تسلسل انتقال الملكية العقارية عبر عقود التفويت

إن انتقال الملكية العقارية عبر العقود يجب أن يكون من مالك إلى خلف خاص إلى أن يقع الملك بيد المفوت له الأخير، وبذلك يتم التثبت من شرعية انتقال الملكية العقارية، وصحة ملكية الأشخاص الذين تواتروا على تملك ذلك العقار، ولعل هذا النظام شبيه بتسلسل التقييدات في ظل نظام التحفيظ العقاري، حيث أن ملكية العقارية التي تنتقل من مالك إلى آخر يجب أن تقيد بترتيب العقود ولا يتم تسلم العقد إلا من آخر من اسمه مقيد بالرسم العقاري.

ويختلف نظام تسلسل التقييدات على الرسوم العقارية عن تسلسل مستندات تملك المفوتين في العقود العقارية الناقلة للملكية، فهذا النظام الأخير لا يكفل حقا

⁴⁴⁸ عبد الرحمان بلعكيد : مرجع سابق ، ص 177

⁴⁴⁹ أحمد إدريس عبده : فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل و عيونها ، شركة دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع ، عين مليلية ، الجزائر ، ط 2000 ص 31

⁴⁵⁰ عبد الرحمان بلعكيد : مرجع سابق ، ص 177

⁴⁵¹ بشرط إمضاء الشركاء للبيع ، و عدم رد البيع من أساسه .

⁴⁵² ابن معجوز : الحقوق العينية ص 246

للغير حسن النية الذي تسلم العقار بعقود لحقها التزوير أو غير متوفرة على شروطها القانونية ، حيث يجرد عقده من كل قيمة إثباتيه إذا كانت أحد التفويطات السابقة تمت بشكل غير صحيح ، فقد جاء في حكم لمجلس الاستئناف الشرعي :

" ادعى بمقال مؤرخ في 23 صفر 1337 الجلالي بن محمد السحيمي الرباطي قائلاً إن له بلدا رملية تعرف بكدية سيدي محمد ابن منصور، حدودها بالمقابل ، وهي في حوزة و ملكه يتصرف فيها بالحرث و الانتفاع و المنع و العطاء هذه مدة ، تملكها بالشراء الصحيح إلى أن ترامى عليها بلعباس محمد المنصوري بن التهامي و من معه زاعمين أن لهم الثلث في البلدة المذكورة و يطلب رفع اليد عنها أو يبينوا سبب تراميهم عليها ، و أجاب بلعباس المدعى عليه بأن البلدة المذكورة حوزهم و ملكهم و هم يتصرفون فيها بما ذكر، و أدلى المدعي بشراءه البلدة المذكورة من سيدي العسال بن يحيى المنصوري العسالي و شراء العسال المذكور مبني على تملك المرأة زهراء بنت مولاي أحمد بن الفقيه السيد الجيلالي المنصوري للأرض المذكورة ، صيرها له في صداقها سيدي محمد بن جافي المنصوري و الزوج المذكور شهد له بتملكه لها مدة من أربعين عاما لفيف 12 مستفسر، غير أن الشهود بالملكية لم يؤدوا شهادتهم ، لا عند القاضي في وقته ولا عند نائبه و أعتذر المدعى عليهم في الملكية المذكورة و ما انبنى عليها من التصيير و الأشربة ، فأدلى بفتويين في الخدش في الملكية من حيث عدم أداء شهودها و عدم الإشهاد في التصيير للمصير..... "

و حيث كانت الملكية التي أدلى بها المدعي في هذه القضية المبني عليها شراء من اشترى من عنده مخدوشا فيها بعدم أداء شهودها لشهادتهم ومعلوم أن روح الشهادة هو أدائها ، ومتى لم ترد فهي كالعدم ... ، وبقي بيده الشراء مجردا ، ومن المقرر المعلوم أن رسوم الأشرية لا تفيد المستظهر بها في باب الاستحقاق إذا كان الشراء من غير المقوم عليه .⁴⁵³

ويتجلى من مقتضيات الحكم أعلاه أنه لم يعترف القضاء برسم شراء استند إلى تصيير مخدوش في أداء شهودها ، بما ضاع به حق صاحب رسم الشراء ولو كان غير حسن النية ، حيث إنه لا حماية للمتملك لعقار غير محفظ بواسطة العقود الناقلة الملكية إذا كان أحدهما مشوبا بعيوب ، أما تسلسل التقييدات في نظام العقار المحفظ فقد كفل المشرع حماية المقيد حسن النية ، بمقتضى الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري الذي ينص على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده في الرسم العقاري و ابتداء من يوم التسجيل ، وأضاف في فقرته بأنه لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهه الغير المقيد عن حسن نية .

⁴⁵³ حكم مجلس الاستئناف الشرعي عدد 8 بتاريخ 27 ربيع الثاني 1339 هجرية في القضية رقم 267

وهذه الفقرة تفيد بأنه إذا كانت الأولوية تعطى للأسبق تقييدا فإنه يشترط أن يكون المشتري الذي يبادر إلى تقييد حقه حسن النية أي جاهلا بالتصرف السابق التقييد وغير متواطئ مع المتصرف.⁴⁵⁴

رابعاً (ضمان إجراء التصرفات القانونية والمساطر الإدارية

إن ما ينبغي التأكيد عليه أن المالك الراغب في التفويت سواء كان التفويت كلياً لحق الملكية أو جزئياً فقط كما هو الشأن بخصوص تفويت حق الرقبة دون حق الانتفاع أو العكس ، سواء تم ذلك التفويت على وجه البيع أو المعاوضة أو التصيير ... إلخ ، فإنه يشترط فيه أن يكون متوفراً على مستندات التملك كالشراء أو الهبة ، وإلا لن يستفيد من سلطات الحق العيني التي تمنحها له حق الملكية العقارية المثبت بواسطة الرسم المذكور ، لأنه يؤثر بشكل مهم في عمليات التعاقد في الميدان العقاري وذلك بالنظر إلى التدخل التشريعي في مجال التصرفات العقارية وجعلها تصرفات شكلية بامتياز ، وذلك بإلزام البيانات الخاصة بأصول الوثائق والمستندات التي تبنى عليها العملية التعاقدية في المجال العقاري.⁴⁵⁵

بل إن صاحب العقد المجرد من أصل التملك لا يمكنه إجراء بعض المساطر الإدارية كالتحفيظ العقاري دون إرفاق مستندات التملك بها وعليه فلا يمكنه أن

454 محمد خيري : مرجع سابق ، ص 620
455 سليمان أدخول : التوثيق العدلي و أثره على حق الملكية العقارية من خلال رسم رسم إثبات الملكية ، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى 2018 ص 167 وما يليها

يطلب تحفيظ العقاردون أن تكون مستندة إلى أصول التملك ، وهذا ما نلاحظه عند أغلب المحافظين العقاري⁴⁵⁶ ، الذي يحتاطون في هذه المسألة .

ولا يتصور فتح مطلب للتحفيظ دون وثائق أو حجج تؤيد المطلب ، وعلى طالب التحفيظ أن يعزز طلبه بجميع الوثائق وسندات التملك التي تؤيد طلبه ، وذلك في حالة وجودها أما في حالة عدم وجودها أو كانت توجد في حوزة شخص آخر فيكتفي طالب التحفيظ بالإشارة الى ذلك مع بيان سبب تملكه ، وعند الاقتضاء الإشارة إلى الشخص الذي توجد في حوزته الوثائق أو المستندات .⁴⁵⁷

إن التوجه التشريعي نحو فرض إرفاق طلبات التحفيظ بالوثائق والمستندات المؤيدة والمثبتة للملك أو للحق العيني العقاري المزمع تحفيظه هو توجه محمود و ينطوي على جانب مهم من الاحتراز والإيجابية ، غير أنه في مقابل ذلك غالبا ما تصطدم الرغبة في تحفيظ العقارات بإشكالية أصل التملك الذي يفتقر إليه عادة أغلب الأشخاص الراغبين في سلوك مسطرة التحفيظ ، وإن كانوا ملاكا حقيقيين ، فكثيرة هي العقارات العارية منها والمبنية التي يتصرف فيها أصحابها وتوافر لديهم كافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالحيازة ، توارثها أب عن جد بدون سند يثبت تملكهم لها مما يتعذر عليهم تقديم طلبات التحفيظ .⁴⁵⁸

456 من حوار أجريناه مع المحافظ اعلى الأملاك العقارية بمدينة برشيد سنة 2017 في محاضرة خاصة ألقاها على طلبية الإجازة بكلية الحقوق بسطات في مادة التحفيظ العقاري .

457 محمد خيرى : مرجع سابق ، ص 179

458 سليمان أنخول : مرجع سابق، ص 207

المطلب الثاني : المقاربة القانونية لاستحضار أصل التملك في عقود التفويت

أوجب المشرع المغربي في عقود التفويت أن تكون مصحوبة بمراجع أصل التملك ، وبذكر المستندات التي على أساسها تملك المفوت للعقار من يده ، لذلك سنتحدث عن إلزامية استحضار أصل التملك أثناء تفويت العقار (الفقرة الأولى) ، و موقف القانون المغربي من عقود التفويت المجردة من أصل التملك (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : إلزامية استحضار أصل التملك أثناء تفويت العقار

تعتبر عملية التعاقد بين المفوت والمفوت إليه ، مرحلة مهمة بالنسبة لكل من الطرفين ، لأن آثارها لا تنحصر في الآثار المباشرة للعقد ، بل إن آثارها تمتد إلى مرحلة المنازعة العقارية حول الملك ، فإما أن يكون العقد مستكملاً لشروطه القانونية ، فيكون أداة ووسيلة للإثبات يظفر عن طريقها من يتمسك بملكه ، وإما أن يخسر دعواه فتضيع بذلك حقوقه ، وأهم الشروط القانونية لاستكمال العقد حجته في الإثبات هو توافره على مستندات تملك البائع .

لذلك جعل المشرع المغربي من التزامات البائع في قانون الالتزامات والعقود أن يسلم للمشتري الحجج والوثائق المتعلقة بالملكية ، فقد جاء في الفصل 519 من قانون الالتزامات والعقود أنه:

"يشمل بيع العقار كذلك الخرائط و تقدير المصروفات و الحجج و الوثائق المتعلقة بملكيته ، وإذا تعلق حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي تدخل في البيع، لم يكن البائع ملتزماً إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المبيعة".

يظهر من خلال هذا النص أن تسليم العقار المبيع يشمل أيضاً توابعه ، ومن توابعه حجج الملكية المتعلقة بالعقار ، حيث يجب على البائع تسليم نسخة عقد التملك السابق للمشتري للحاجة إليها عند التنازع، و ظهور أصحاب الحقوق المحتملين مستقبلاً⁴⁵⁹، حيث يقول أبي الشتاء الغازي الصنهاجي بأنه كان العمل عند المتقدمين أنه يجب على البائع أن يدفع جميع رسوم المبيع إلى المشتري إن لم تبق له فيها منفعة وإلا أعطاه نسخة منها ، فإذا امتنع البائع من ذلك أجبره القاضي عليه.⁴⁶⁰

وقد جرى العمل أن يأخذ المشتري نسخة من شراء البائع أو ملكيتها له إن لم يشتره لتكون له حجة على بائعه وغيره إن قام عليه فيه ، حيث يقول صاحب العمل الفاسي:

ونسخة خذ من شراء البائع لمشتريه في التنازع⁴⁶¹

⁴⁵⁹ محمد سكمال المجاجي: أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 2001 ، ص 307

⁴⁶⁰ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : مرجع سابق ، ص 171

⁴⁶¹ المهدي الوزاني : مرجع سابق ، ص 333 وما يليها

وإذا ادعى البائع عدم حيازته لأصول الملكية ، كأن يدفع بضياها منه ، أو تأكلها بفعل الزمن ، فإنه يقوم بإنجاز وثيقة استمرار الملك التي تثبت الملكية في العقار غير المحفظ عن طريق الحيازة العلنية الهادئة المستمرة⁴⁶² ، بشرط أن يرضى به المشتري ، أما إن لم يعلم بذلك المشتري إلا بعد العقد ولم يرض به لم يلزمه البيع⁴⁶³ ، ويعلل ذلك أبي الشتاء الصنهاجي بكون الرسوم أقوى من استمرار الملك وحده .

ولا يقل دور العدول أهمية في إلزام البائع والمفوت عموما لاستحضار أصول ومستندات تملكه للمبيع ، فالعدل والموثق يقوم بدور مهم في ذلك إلا أن قوانين التوثيق قبل التعديلات الحديثة كانت لا تلزم الموثقين بذلك، حيث كان ينص الفصل 21 من ظهير 7 فبراير 1944 على ما يلي :

" فإن اختار المتعاقدان الاقتصار على الإشهاد عليهما من غير إطلاع على رسوم الملك ، فإن القاضي يأذن العدول لتلقي شهادة البيع أو غيره ، ويجب على العدول في هذه الصورة أن ينصوا على أن الرسم وقع تحريره على الكيفية التي هو عليها بطلب من المتعاقدين " .

وتتلخص مقتضيات هذا الفصل في منح الأطراف الحق في إبرام البيع دون الإدلاء بما يثبت ملكية البائع حيث يقوم العدل هنا بتلقي تصريحات الأطراف و

⁴⁶² عبد الرحمان بلعكيد : مرجع سابق ، ص 180

⁴⁶³ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : مرجع سابق ، ص 171

الإشارة في متن العقد إلى أن التعاقد تم طبقا للفصل الواحد والعشرين بناء على إرادة الأطراف.

ذلك أن المشرع جعل الأطراف مخيرين أثناء تحرير العقد بين سلوك مسطرة هذا الفصل التي لا تحتتم على الأطراف تحرير عقودهم استحضار ملكية البائع ، وبين مقتضيات الفصل عشرين من نفس الظهير التي كانت تنص على الطريقة العادية لتوثيق عقود العقارات ، وهي استحضار البائع لأصل التملك ، لذلك كان المشرع يعفي العدول من أخطر التزام يقع على عاتقهم ، وهو الوقوف على صحة الرسوم والتأكد من أصل الملكية .⁴⁶⁴

إلا أن المشرع أثناء التعديلات التي أجراها على قوانين التوثيق ، ألزم العدول والموثقين باستحضار أصول التملك أثناء تحرير العقود العقارية ، فقد جاء في الفقرة السابعة من المادة 19 من مرسوم تطبيق خطة العدالة أن العدل " ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها والدائرة التي أقيمت فيها ومراجع التسجيل" ، ونص على ذلك أيضا قانون مهنة التوثيق رقم 32.09 في المادة 46 منه ، ورد فيها " يجب أن تلحق بالعقد الوثائق التي استند عليها الموثقين لإبرامه للعقد".

⁴⁶⁴ محمد الربيعي : الأحكام الخاصة ب الموثقين و المحررات الصادرة عنهم ، الطبعة الثالثة 2017 ص 129

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من عقود التفويت المجردة من أصل التملك

إن موقف المشرع المغربي من حجية عقود التفويت المجردة من مستندات تملك البائع ، يظهر جليا من إقراره عدم ترتيبها أي أثر في إثبات الملكية العقارية ، حيث جعلها المشرع مجردة من أي قيمة في الإثبات، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على ما يلي :

" لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفوظة إلا إذا استندت على أصل التملك

وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية " .

إن هذه المادة تعتبر قاعدة أساسية وجوهرية في ترتيب أخطر أثر من آثار عقود التفويت التي لا تستند على أصول التملك، إذ أن المتمسك لا يستطيع أن يثبت ملكية عقاره رغم اعتبارها سببا من أسباب الملكية، بل هي أهم أداة لاكتساب الملكية العقارية⁴⁶⁵، إذ أن صاحبها سواء كان مدعي أو مدعى عليه في دعوى الاستحقاق وحب عليه أن يدلي بما يفيد تملكه للعقار، إلا أن العقد الذي يتمسك به والمجرد من أصل التملك لا يفيد في الإثبات .

⁴⁶⁵ علي كحلون، القانون العقاري الخاص ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، الطبعة الثانية 2010 ص 319

لذلك ألزم المشرع المغربي في الفصل 18 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة رقم 16.03 العدول باستحضار المستندات اللازمة ، وكذلك الموثقين في المادة 37 من القانون 32.09 بمطابقة الوثائق المدلى بها للقانون .

ويستفاد من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية أن وجوب استحضار أصل التملك محصور نطاقه على العقارات غير المحفظة ، لأن الرسم العقاري يشهد على المالك الأخير، ويظهر العقار من أي ادعاء غير مقيد ، ويغني عن الإدلاء بالأصول السابقة ، ويكتفي العدل أو الموثق بتدوين ملخص الأصل الذي تملك به البائع و بياناته و مراجع التسجيل فيه و رقم الرسم العقاري لإثبات الأصل و مراقبة الجبايات .⁴⁶⁶ وبذلك يكتفي الموثق بذكر رقم الرسم العقاري في السجل العقاري ،⁴⁶⁷ ذلك أنه من مزايا نظام السجل العقاري أن العقار الذي قيد بصفة نظامية يؤمن عليه من عوارض الافتعال في رسمه المسجل طبق الأصل ولو ضاعت النسخة التي بيد صاحب الحق لتقرر الرجوع إلى السجل العقاري .⁴⁶⁸

وقد يختلط هذا الأمر بالزامية المشرع في ظهير التحفيظ العقاري الذي صدر بتنفيذه القانون 14.07 ، والذي ألزم من بين بيانات طلب التقييد بان أصل التملك ونوع وتاريخ العقد الذي يثبته ، حيث جاء في الفصل 69 من القانون المذكور ما يلي:

⁴⁶⁶ عبد الرحمان بلعكيد : مرجع سابق ، ص 179

⁴⁶⁷ زنتار الأمراني الحسن: محاضرات في فقه الوثيقة، ألفت على طلبه ماستر الدراسات العقارية، السداسي الثاني، السنة الجامعية 2011 – 2012 ، كلية الحقوق بسطات . منشورة صوتيا على موقع الحسن الأمراني زنتار باليوتيوب.

⁴⁶⁸ أحمد دريوش : الثقافة و القانون ، دراسات حول دور العامل الثقافي في تلقي القوانين المدنية العصرية المقتبسة ، الجزء الأول ، مطبعة الأمنية الرباط ، الطبعة الأولى 2014 ص 159

"يجب على كل شخص يطلب تقييدا أو بيانا أو تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري أن يقدم للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا مؤرخا وموقعا من طرفه أو من طرف المحافظ في حالة جهله أو عجزه عن التوقيع ، يجب أن يتضمن هذا الطلب بيان و تعيين ما يلي :

1 - العقار الذي يعنيه التقييد وذلك ببيان رسمه العقاري

2 - نوع الحق المطلوب تقييده

3 - أصل التملك وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبته..."

حيث يلاحظ أن المشرع ألزم ذكر بيان أصل التملك ، إلا أن المشرع هنا لم يقصد أصل تملك البائع أو مستندات تملك المفوت عموما ، بل قصد به أصل السند المدلى به لتأييد التسجيل أو نسخة منه⁴⁶⁹ ، بمعنى الرسم الذي يستند إليه المفوت إليه لتقييد حقه ، الذي تملكه إما عن طريق الشراء أو الهبة أو غير ذلك .

و بالرجوع إلى المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية ، نجد أن المشرع لم يكتف بالزامية اقتران عقود التفويت بأصول التملك حتى تصير حجة في الإثبات ، بل ألزم كذلك أن يتوفر في صاحبها شروط الحيابة القانونية ، قد يظهر أن الأمر مرهقا لصعوبة أن يكون صاحب عقد التفويت حائزا بشروط الحيابة القانونية التي يطول أمدها . إلا أن هذا ليس مقصود المشرع في جميع عقود التفويت، بل يقصد

⁴⁶⁹ محمد بن أحمد بونبات : نظام التحفيظ العقاري في المغرب تونس و الجزائر ، المطبعة و الوراقة الوطنية مراكش ، الطبعة الأولى 2009 ص 69

من ذلك العقود التي تكون بغير عوض ، كعقود الهبات والصدقات...، التي يستلزم فيها المشرع الحوز القانوني . لأن عقود التفويت المبنية على عوض يكتفي صاحبها على العقد وتقييده بالرسم العقاري إن كان محفظا لتنتقل إليه الملكية .

المبحث الثاني : موقف الفقه والقضاء من حجية عقود التفويت المجردة

إن قاعدة عدم إفادة عقود التفويت المجردة من أصول التملك في الدعوى العقارية المتعلقة بالاستحقاق ، هي من إبداع فقهاء المالكية ، وطورها القضاء في أحكامه وقراراته ، بشكل يسهل حسم المنازعة أثناء وقوعها ، وبالمقابل فإن القضاء المغربي يعترف بإنتاج عقود التفويت المستندة إلى أصل التملك في الدعوى ، ويعتبر البيت الشهير الذي وضعه عبد الرحمان الفاسي الذي ذكرناه سابقا والذي يفيد بأنه لا توجب الملك عقود الأشربة بل ترفع النزاع عند التسوية ، يكون بذلك قد شق الطريق للفقهاء كي يفصلوا في هذه المسألة ، لذلك نجد كثيرا من كتب الفقهاء تتناول جانبا من هذه المسألة في باب الاستحقاق لذلك سنتحدث عن موقف الفقه من حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك (المطلب الأول) ، لننتحدث إثر ذلك عن موقف القضاء من حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك (المطلب الثاني).

المطلب الأول : موقف الفقه من حجية عقود التفويت المجردة

اتفق الفقهاء المالكية على أن عقد التفويت المجرد من أصل التملك لا يفيد عقود التفويت ولا يوجبه ، ويعللون ذلك بكون الملك يمكن أن يكون المالك أو غيره

، لذلك وجب النص في عقود التفويت على مستندات ومراجع ملكية البائع في عقد التفويت، لذلك سنتحدث عن التعليل الفقهي لاشتراط أصل التملك في عقود التفويت (الفقرة الأولى) و الاشتراطات الفقهية لصحة أصل التملك (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: التعليل الفقهي لاشتراط أصل التملك في عقود التفويت

إن الفقهاء قد اتفقوا على قاعدة في ميدان الإثبات ، وهي أن رسوم الأشرية و الهبات و غيرها من العقود الناقلة للملكية لا تثبت الملك ولا تفيدده ، حيث إن التعامل استنادا إلى الوثائق قد يشوبه تحايل وتدليس من طرف بعض الأشخاص ، فلا يتورع عن التصرف في الملك الواحد أكثر من مرة ، وفي كل مرة يستند فيها إلى شكل معين من الرسوم المذكورة لذلك يقول الطاهر السنوسي أنه " لا يتورع عن بيع ملك غيره إذا وجد من يشتري منه بالذکر ، يوجد من المظللين من يدعي ضياع الصك (الرسم) ويقيم وثيقة وربما عددها ويبيع لمن يرضى بذلك ، وربما جرى هذا التصرف في أحباس أخفيت صكوك حبيستها ووقع فيها التصرف بالوثيقة أو رسم الذکر ثم ظهرت مع المدلسين فتلفت بسبب ذلك أموال المساهمين والمشتريين " ⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ الطاهر السنوسي : "مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي الى القانون العقاري " ، المطبعة الرسمية التونسية ، 1887 ص 28

ويقول أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي أن عقد التفويت " لا يكتب مجردا عنها لأن الشراء المجرد لا يثبت به الملك للمشتري ، وسببه أن الشراء يكون من المالك وغيره فالشهادة به لا توجب الملك للمشتري " .⁴⁷¹

ويقول المهدي الوزاني أن " عقود الأشرية لا تفيد الملك ولا تدل عليه لكونه أعم والأعم لا يشعر بالأخص ، فمن ادعى ملكية شيء وكلف بها فأتى برسم الشراء فلا يفيد لاحتتمال أن هذا الشراء من غير ماله ... وكون المبيع بيده وقت البيع لا يدل على أنه ملكه لأن كون بيده أعم من كونه ملكا له والأعم لا يشعر بالأخص " ⁴⁷²

إن المدقق بالنظر في هذه التعليقات التي ذكرها الفقهاء أعلاه ، يتبين أن من أهم مسببات اشتراطهم لأصول التملك في عقود التفويت ، يعزى إلى سببين ، السبب الأول هو كون العقار يمكن أن يباع من المالك أو من الغير ، وفي ذلك ثغرة كبيرة يستغلها الغير في الاستيلاء على العقار وتسهيل تفويته ، والسبب الثاني هو كون عقد التفويت الذي لا ينص فيه على مستندات تملك البائع هي أعم من كونه ملكا له ، فهي لا تخص بكون الملك العقاري لفلان ابن فلان ، ولا تحدده تحديدا كافيا .

فكثيرة هي النوازل التي تثير موضوع الغصب والاستحقاق ، ذلك أن بعض الأملاك كانت تسقط في يد غير مالكيها بالقهر والغلبة أحيانا ، وبوضع اليد والحيازة أحيانا أخرى وقد تنتقل بعد ذلك إلى آخرين بالبيع وهذا ما يعقد الأمور من الناحية

⁴⁷¹ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : مرجع سابق ، ص 171

⁴⁷² المهدي الوزاني : مرجع سابق ، ص 332

الشرعية.⁴⁷³ حتى أن بعض الفقهاء ألزموا كاتبوا الوثائق أن يتثبتوا من هوية البائع وصحة مستنداته حتى لا يفوت عقارات غيره ، حيث يقول صاحب كتاب المنهج الفائق " وينبغي الموثق إذا أتاه رجل لا يعرفه يزعم أن اسمه كذا ويسأله أن يكتب عليه لفلان ، أن يتوقف فإنه قد يسمى له باسم غيره ، ثم بعد مضي زمان يخرج المكتوب ويدعي به على صاحب الاسم ، ولعل الكاتب قد نسيه ، أو مات الشهود فيثبت ذلك بخطه ، فيحكم على ذلك المدعو باسمه وهو بريء ، فلا يكتب إلا لمن عرف اسمه وعينه معرفة تامة ، وكذلك الحكم في كل مبايعة أو تمليك " ⁴⁷⁴

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعة من قبل الفقهاء لصحة أصل التملك

إن أصل التملك ليس على نمط واحد بل يتخذ صوراً متعددة، فيمكن أن يكون أصل التملك رسم ملكية أو شراء ولكل منها وضع الفقهاء شروطاً تحملها كالاتي .

أولاً (شروط رسم الملكية كأصل للتملك

يشترط الفقهاء باعتبار رسوم الملكية المبنية على الحياة ، حتى تكون من مستندا لثبوت ملكية البائع أن يقبلها المشتري ، حيث يقول أبي الشتاء الصنهاجي أن الملكية وحدها غير كافية إلا إذا قبلها المشتري ، فإذا امتنع البائع أجبره القاضي على ذلك ... قال ابن عريضون ، الذي جرى عليه العمل بفاس أن تنسخ رسوم الأصول فوق عقد الشراء فإن لم تكن رسوم للأصول فاستمرار الملك ويكتب في ذلك ما نصه

⁴⁷³ محمد فتحة : مرجع سابق ، ص 341

⁴⁷⁴ أحمد بن يحيى الوئشريسي : المنهج الفائق و المنهل الرائق و المعنى اللائق بأداب الموثق و أحكام الوثائق ، ص 168 و ما يليها

: "وبأن علم المشتري أن لا أصول إلا استمرار الملك فدخل على ذلك " ثم قال ولولم يعلم بذلك المشتري إلا بعد العقد ولم يرض به لم يلزمه البيع ، فالرسوم على هذا أقوى من استمرار الملك وحده.⁴⁷⁵

ويتبين من ذلك أن من شروط استنادا البائع الى رسم الملكية التي يقدمها على أساس الحياة والاستمرار، أن يقبلها البائع ويرضى بها وإلا فلا لزوم عليه.⁴⁷⁶

ثانياً (شروط رسوم الشراء و الهبات كأصل للملك

يقول أبي الشتاء الصنهاجي " والذي جرى عليه العمل بفاس منذ أواسط القرن الحادي عشر الهجري حتى الآن هو الاكتفاء بثلاث شهادات للأصل المبيع ليطالب البائع بدفعها للمشتري أو إعطائه نسخة منها مسجلة على القاضي ، وقال ابن حمدون بناني في جواب له ما نصه : والذي جرى به العرف أنه لا بد في الأصول من ثلاث شهادات أو ما يقوم مقامه من كون ذلك الأصل معلوم البائع لسنين متطاولة و أنه ورثه من أسلافه و أسلاف أسلافه و معلوم لهم و منسوب إليهم ".⁴⁷⁷

ويتبين من ذلك أن الاعتماد على رسم شراء واحد لا يثبت به الملك⁴⁷⁸ ، بل لا بد من وجود على الأقل ثلاث شهادات حتى تقوم مقام أصل التملك ، وهو عرف جعل الفقهاء شرطاً ، ومعلوم أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

⁴⁷⁵ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : مرجع سابق ، ص 171

⁴⁷⁶ عبد الرحمان للعديد : مرجع سابق ، ص 180

⁴⁷⁷ أبي الشتاء الغازي الحسيني الصنهاجي : مرجع سابق ، ص 172

⁴⁷⁸ جاء ضمن حيثيات قرار لمحكمة النقض " إن عقد الشراء مؤسس على عقد شراء البائع و القائم على مجرد رسم مخارجة لا يفيد الملك و لا ينتزع هذا الأخير من حائزه " قرار محكمة النقض عدد 818 مورخ في : 03 / 07 / 2007
ملف مدني عدد 2267/1/1/2006

ويعارض بعض الفقهاء هذا الشرط ، حيث يقول الإمام الأبار أن كلام العلماء الذين تعرضوا للنازلة صريح في أن المشتري للملك له مطالبة البائع بعقد شراءه فقط ولم يؤيدوا على هذا شيئاً وعللوا ذلك بترتب العهدة بالاستحقاق إذا البائع الثاني رجع على المشتري الأول ، لأن غريم الغريم غريم ثم قال وأما العرف الجاري على الألسنة من اشتراط ثلاث بيوعات فلم أعثر فيه على مستند من نص أو جريان عمل.⁴⁷⁹

المطلب الثاني: موقف القضاء من حجية عقود التفويت المجردة

إن القضاء المغربي لم يحد في أحكامه وقراراته عن المبدأ الذي سار عليه الفقهاء سواء محكمة النقض أو محاكم الموضوع ، لذلك سنتحدث اجتهاد محكمة النقض في مركزية عقود التفويت المجردة من أصل التملك (الفقرة الأولى) ، واجتهاد محاكم الموضوع في مركزية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في الإثبات (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: اجتهاد محكمة النقض في مركزية عقود التفويت المجردة في الإثبات

باطلاعنا على قرارات محكمة النقض ، سواء في ظل المجلس الأعلى سابقا أو في محكمة النقض حاليا ، استقر على ما سار عليه الفقهاء وأقروه ، فقد جاء في قرار

⁴⁷⁹ عبد الرحمان بلعكيد : مرجع سابق ، ص 336

المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا)⁴⁸⁰ : " إن الأثرية المستدل بها من طرف المستأنف عليه لتعزيز تعرضه علاوة على كونها جاءت مجملة و غير محددة للبيع موضوعا بشكل يرفع عنها الجهالة ، وأنها غير مستندة الى ما يثبت أصل الملك لبائعين بها ، ومن ثم لا تلزم المستأنفين في شيء لكونهما غير طرف فيها ، لقول صاحب العمل الفاسي لا تفيد الملك رسوم الأثرية ، بل ترفع النزاع عند التسوية " .

ويفيد هذا القرار الصادر عن المجلس الاعلى أن عقود التفويت المجردة من أصل التملك لا تنتج أثرا في الدعوى ، ولا تفيد شيئا في ذلك ، وهو نفس ما أشار إليه المشرع في مدونة الحقوق العينية في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية ،

واعتبرت أيضا في إحدى قراراتها أن رسم الشراء إذا كان نفسه يستند بائع الملك فيه على رسم الشراء فهو غير كاف لإثبات الملك حيث جاء في قرار المجلس الاعلى⁴⁸¹ :
" وأنه يتجلى من مستندات الملف أن حجة الطاعنين إنما هي مجرد عقدي شراء مؤسس على عقد شراء البائع و ثانيهما مؤسس على مجرد رسم المخارجة وكل ذلك لا يفيد الملك ولا ينتزع هذا الأخير من حائزه " .

و بالتدقيق ضمن حيثية هذا القرار فإن محكمة النقض تسير مع الاتجاه الفقهي القائل بكون رسم الشراء المستند إلى رسم شراء واحد لا يفيد التملك إذا لم

⁴⁸⁰ قرار محكمة النقض عدد : 434 المؤرخ في 2010/01/27 ملف مدني عدد : 1-1-2008-3666 مجلة المحاكم المغربية العدد المزدوج 135-136 ط 2012 ص 248
⁴⁸¹ قرار محكمة النقض عدد 818 المؤرخ في 2007-03-07 ملف مدني عدد 2006-1-1-2267 مجلة محكمة النقض المغربية نفس المرجع السابق ص 276

يكن ثلاث شهادات فأكثر، وأيضا أقرت بأن عقود التفويت المجردة من أصل التملك لا ينتزع بها من يد الحائز، إذ أن الأصل هو الحياة . ومن قواعدها أيضا أن رسوم الأثرية إذا كان مشارفها لأصل التملك ، فإن المحاكم لا يجب أن تستبعدوها إلا بمقبول ، فقد جاء في قرارها⁴⁸² :

"... في حين أن رسوم الأثرية المؤسسة على ملكية البائع والمشار إليها بمراجعتها في الرسوم المذكورة تعد حجة على الملك ومستندة إلى أصل الملك ولا يمكن استبعاد الرسم المذكور إلا بعد إنذار المحكمة للطاعن للإدلاء بالملكية المذكورة أو بنسخة منها وعدم الادلاء بها وإن انطبق رسوم الطرفين على المدعى فيه لا يتأتى إلا بوقوف المحكمة على عين المكان ولا يكفي الاستبعاد الرسم المذكور القول بأنها مجردة من أصل الملك بالأمر الذي يكون معه القرار ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه وغير مرتكزة على أساس قانوني ومعرضا للنقض " .

لذلك فإن المحكمة يمكن أن تمهل الطرف ليدخل البائع الذي يستند على أصل تملكه في الدعوى⁴⁸³ ، وينضم إلى جهة المشتري لتدعيمه وتعزيز إثباته . إذا كان العقار غير محفظا⁴⁸⁴ ، أما إن كان في طور التحفيظ أو محفظا فلا يجوز إدخاله في الدعوى بل إن المحكمة تنذره ليحضر أصل تملك البائع منه .

⁴⁸² قرار محكمة النقض عدد : 4380 المؤرخ في 19-10-2004 ملف مدني عدد 2739-1-1-2008 مجلة محكمة النقض مرجع سابق ص 184

⁴⁸³ الفصل 103 من قانون المسطرة المدنية

⁴⁸⁴ جاء في قرار لمحكمة النقض " ... إن التدخل الإرادي غير جائز في مسطرة التحفيظ العقاري " قرار عدد 432 مؤرخ في 27-01-2010 ملف مدني عدد 3873-1-1-2008 مجلة محكمة النقض المشار إليها سابقا

الفقرة الثانية : اجتهاد محاكم الموضوع في مركزية عقود التفويت المجردة في الإثبات

إن محاكم الموضوع سارت على هدي الفقه واجتهادات محكمة التقض ، حيث اعتبرت كذلك أن عقود التفويت المجردة من أصل الملك لا تفيد التفويت ، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لبولمان⁴⁸⁵ قضت فيه أن " عقد الشراء المجرد عن أصل التملك لا يفيد الملك ولا ينهض حجة كافية فيه لما جرى عليه الفقه عملاً بقول صاحب العمل لا توجب الملك عقود الأثرية ، إذ البيع قد يعقد ممن ليس مالكا ".

ونرى هنا مدى تشبث المحكمة بالتعليل الفقهي الذي ذكره واضعو هذه القاعدة من أن علة اشتراط أصل التملك في عقد التفويت هو احتمال أن يكون من البائع وغيره، وجاء ضمن قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط بأن " عقد البيع لا تكون له أي قيمة من وجهة إثبات حق الملكية إذا لم يكن يتضمن أصل ملك البائع " .⁴⁸⁶

ونفس الأمر في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بمراكش جاء في إحدى حيثياته :

" وحيث إنه باستقراء الرسم المذكور يتضح أنه لا تتوافر فيه كافة الشروط المتطابقة فقها وقضاء لإثبات الملكية لكونه :

⁴⁸⁵ المحكمة الابتدائية ببولمان ملف رقم 03.82 ، حكم رقم 168-2003 بتاريخ 2003/7/9 منشور بمجلة المعيار العدد السادس و الثلاثون ، دجنبر 2006 ص 338

⁴⁸⁶ قرار محكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 28 ابريل 1925 منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1925 ، ص 174

1 - غير معرف به

2 - لا يشير إلى المساحة الحقيقية التي يشملها ثلث جنان تغراست ولا حدودها

ولا موقعها

3 - لا يتضمن أصل تملك البائع

وحيث إنه واعتبارا لما تقدم تكون محكمة الدرجة الأولى حينما اعتمدت الرسم

المذكور على علاته للقول بثبوت صفة المدعين قد جانبت الصواب وهو ما يستوجب

إلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى. " 487

⁴⁸⁷ قرار محكمة استئناف مراكش رقم 189 صدر بتاريخ 23-04-2008 ملف عدد 368 / 2004 منشور بالموقع الإلكتروني " موقع الشؤون القانونية المنازعات " .

خاتمة:

يمكننا القول أن قاعدة عدم إفادة عقود التفويت المجردة من أصل التملك و عدم ترتيبها أي أثر في الدعوى ، قاعدة أساسية من قواعد ترسيخ مصداقية العقود العقارية ، وإزالة الثغرات التي يستغلها من تسول له نفسه الاستيلاء على عقارات الغير، لكن كي لا تضيع حقوق الملاك الأصليين الذين لم يستطيعوا أن يتوفروا على أصول التملك لأشريتهم و هباتهم قبل صدور قوانين التوثيق التي تلزم ذلك أثناء تحرير العقود ، أن يبادروا إلى إقامة رسوم الاستمرار أو رسوم الملكية إذا استكملوا شروط الحيازة القانونية .

وكذلك من أراد تفويت عقاره و لا يحوز أصول تملكه للعقار إما لضياها أو صارت بالية قد محى مدادها طول الدهر ، أن يبادروا أيضا إلى إقامة رسوم ثبوت الملكية المستجمعة لشروط الحيازة القانونية . فهذا الأخير يعوض عدم توفر أي أصل من أصول تملك صاحب العقار ، و يعتبر مدخل لإدماج العقار في نظام التحفيظ العقاري ، ليعتبر الرسم العقاري هي الحجة الحاسمة النزاع لما تتمتع به من قوة ثبوتية تجاه الأطراف والاعيار.



السيدة خديجة خليلي
باحثة بـمـاسـتـر المنازعات القانونية
والقضائية



السيد جاد المصطفى
باحث بـمـاسـتـر المنازعات القانونية
والقضائية

مؤسسة الفسخ في التشريع المغربي

مقدمة:

يعتبر العقد الركيزة الأساسية التي تقوم عليها جل المعاملات بين الناس، وهو مؤسسة قانونية تهدف إلى استقرار المعاملات وتنظيم العلاقات التعاقدية. فإذا نشأ العقد صحيحاً، ومستجمعاً لكافة أركانه وشروطه، تترتب عنه آثار، وأهمها القوة الملزمة للعقد، وهي التي عبر عنها بعض الفقهاء بقولهم: "من قال عقداً قال عدلاً". وبمقتضى هذا المبدأ، يصبح كل طرف ملزم بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه. غير أنه في بعض الحالات قد يتماطل ويخل أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام، إما من تلقاء نفسه، أو نتيجة ظروف تجعل التزمه بالتنفيذ أمراً مستحيلاً، مما يستعصي على الطرف الآخر الاستمرار في العقد. فيلجأ الدائن إلى بعض الآليات لدفع المدين لتنفيذ

التزامه، كالدفع بعدم التنفيذ باعتباره وسيلة دفاعية للضغط على المدين لتنفيذ التزامه. وقد لا تنتج هذه الآلية آثارها المرجوة مما يدفع بالدائن الى اعتماد وسيلة أخرى المتمثلة في مؤسسة الفسخ، هذه الأخيرة تعتبر مؤسسة قانونية هجومية تهدف إلى حل العلاقة العقدية،

ويعتبر الفسخ مؤسسة عريقة أقرتها كل القوانين المدنية المقارنة، وهو ثمرة تطور طويل، فالقانون الروماني لم يأخذ بها إلا في مراحل متأخرة عندما فتح الباب أمام العقود الرضائية، وفي الفقه الاسلامي أعطى الشارع للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن. وكذلك سار القانون الفرنسي على هذا الدرب، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح، ولكن الفسخ لا يتم إلا بحكم قضائي. وقد تبلور الفسخ جيداً في القانون الكنسي⁴⁸⁸ باعتباره يولي أهمية كبرى لمبدأ الرضائية، إلى أن اكتسب أساسه القانوني في العقود الملزمة لجانبين في القرن 19.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم ينص على نظرية عامة للفسخ عكس بعض التشريعات الأخرى، وإنما أورد تطبيقات لهذا النظام القانوني في فصول متفرقة من قانون الالتزامات والعقود، فقد نظم المشرع في باب تنفيذ الالتزامات، كما تحدث عنه في آثار البيع بوجه عام حينما تحدث عن عيوب الشيء المبيع.

⁴⁸⁸ القانوني الكنسي: هو النظام الأساسي القانوني لمجموعة القوانين والأنظمة الصادرة أو التي تعتمد السلطة الكنسية والمنظمات المسيحية وأعضائها. وهي عبارة عن قوانين تحكم علاقات الأفراد ومعاملاتهم والتي تخضع للمصادر الكنسية المسيحية.

وتكمن أهمية مؤسسة الفسخ في صيانة حقوق الدائن الذي يستطيع بموجبها التحلل من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه. وتمكن أيضا في كون مؤسسة الفسخ من أهم الآليات التي قررها المشرع تحقيقا لمبدأ التوازن العقدي.

على هذا الأساس تطفو مجموعة من الإشكالات على السطح، ومن أهمها: كيف نظم المشرع المغربي مقتضيات المتعلقة بالفسخ في ظهير الالتزامات والعقود؟ وكيف ساهمت التطورات الاقتصادية والاجتماعية في ابراز خصوصية الفسخ في المجال التجاري بخلاف الفسخ في العلاقات المدنية؟

من أجل بسط هذا الموضوع، وسبر أغواره، ارتأينا معالجته وفق التقسيم التالي: المبحث الأول: الأحكام العامة للفسخ. المبحث الثاني: خصوصية الفسخ بين المادة المدنية والمادة التجارية.

المبحث الأول: الأحكام العامة للفسخ

تعتبر الالتزامات التبادلية على رأس الالتزامات التي تربط الأفراد في معاملاتهم مع غيرهم، فإذا وقعت صحيحة مستجمعه لكافة أركانها وشروطها، وجب على طرفي العقد الالتزام بتنفيذها طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، من قبل أحد أطراف العقد، خول المشرع للطرف الآخر إمكانية التحلل من التزامه عن طريق الفسخ، وهذا الأخير باعتباره طريقاً من طرق انقضاء الالتزام كان لزاماً علينا الوقوف عليه بالدراسة وذلك بتبيان ماهيته وتعداد أنواعه (المطلب الأول)، مع التطرق للآثار التي ترتب على الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الفسخ وأنواعه

يعتبر الفسخ من أهم الآليات التي قررها المشرع لانحلال الرابطة التعاقدية، فهو استثناء على القوة الملزمة التي أحاط بها المشرع العقد، ولما للفسخ من أهمية، فلا بد لنا من معرفة ماهيته من خلال الوقوف على أساسه وشروطه وكذا أنواعه، وكذا الوقوف على أنواع الفسخ. وهو من أعرق المؤسسات القانونية وأكثرها استعمالاً عندما يتعلق الأمر بانحلال الرابطة العقدية، لذلك فلا بد لنا من الوقوف على حقيقة هذا المفهوم وأساسه. فلا شك أن تحديد المفهوم في أي قضية يتبوأ مكانة هامة، إذ يعتبر بمثابة الأساس من البناء. فلا يتصور مناقشة إشكالات دون تحديد وضبط المفهوم.

والفسخ لغة هو النقص، فقد قال ابن منظور، فسخ الشيء يفسخه فسخا فانفسخ: نقضه فانقض، وتفاسخت الأقاويل: تناقضت⁴⁸⁹. وعلى مستوى الاصطلاح، فقد تعددت الزوايا التي تم من خلالها معالجة الفسخ وتعريفه، فهناك من نظر اليه من زاوية كونه نظاما، فعرفه بأنه نظام قانوني استثنائي قائم الى جانب نظام التنفيذ، وهناك من نظر اليه من زاوية كونه جزاء، فعرفه بأنه جزاء قانوني يترتب عند الاخلال بواجب تنفيذ العقد، وقد ذهب مع هذا الاتجاه الأستاذ عبد القادر العرعاري بتعريفه للفسخ بكونه "جزاء مدني يهدف الى وضع حد للعلاقة التعاقدية عندما يحصل الاخلال بمقتضيات الاتفاق الرابط بين المتعاقدين"⁴⁹⁰. وهناك أيضا اتجاه آخر نظر اليه من زاوية أنه طريق، فعرفه بأنه طريق من طرق حل الرابطة العقدية وازالتها⁴⁹¹.

غير أن هناك اتجاه آخر دون هؤلاء عرف الفسخ بكونه حق، بحيث عرفه الفسخ بأنه "حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزاماته الناشئ عن العقد، أن يطلب بحل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزاماته"⁴⁹².

489 ابن منظور، لسان العرب (دار صادر، سنة النشر 2003)، الجزء 11.
490 العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد، (ط 6، سنة 2018) ص 398 فقرة 478.
491 حنيت عمار، "التعسف في استعمال حق الفسخ" (رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق سعيد حمدين) ص 9 وما يليها.
492 موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، ص 214.

وبهذا فالفسخ حق قانوني يخول صاحبه إمكانية حل الرابطة التعاقدية متى أخل المدين بواجب التنفيذ، بمعنى أن حق الفسخ مقترن وجودا وعدما بعدم تنفيذ المدين. وبما أن الفسخ حق قانوني، لابد لكل حق من أساس يقوم عليه.

ولقد دب الخلاف بين الفقهاء حول الأساس الذي يقوم عليه الفسخ، وتعددت النظريات التي تأسس لهذا الحق. فمن ذهب إلى أن الفسخ أسس على فكرة وجود شرط فاسخ ضمني. وهي فكرة وجدت أساسها في القانون الكنسي، لكنها تبلورت إلى أن استقرت في القانون الفرنسي القديم في مادته 1184 والتي تقضي بـ "أن جميع العقود الملزمة للجانبين يجوز فسخها عندما يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه على أساس وجود شرط فاسخ مفترض محله عدم التنفيذ، فإذا تحقق الشرط بأن تخلف أحد المتعاقدين عن التنفيذ كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد"⁴⁹³. ولقد أثارت فكرة الشرط الفاسخ الضمني خلافا فقهاء، ولقد أقرب بعض الفقهاء بعدم جدواها، وعلى رأسهم الفقيه عبد الرزاق السنهوري حيث يقول: "لو صح هذا (أي التأسيس للفسخ على الشرط الفاسخ الضمني) لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزاماته يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق، وللقاضي حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم

493 أورده حنيت عمر، مرجع سابق، ص 11.

بالفسخ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد الى المطالبة بتنفيذه"⁴⁹⁴. وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن أصل الفسخ مبني على أساس السبب 495، واحتج أنصار هذا الطرح بأن "السبب يعتبر عنصرا فنيا في الالتزام ؛ والسبب الفني يؤدي وظيفتين، فهو عنصر في نشوء الالتزام وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت نشوء الالتزام وإلا كان باطلا، وهو كذلك عنصرا في نفاذ الالتزام وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت تنفيذ الالتزام، فإن لم ينفذ الالتزام يجب أن يفسخ العقد المنشئ لذلك الالتزام ويزول الالتزام تبعا لذلك"⁴⁹⁶. ولقد تعرضت فكرة السبب هذه لكثير من الانتقادات منها أن انعدام السبب في الالتزامات المتقابلة يؤدي الى بطلان العقد وليس قابليته للفسخ لكون أن السبب يرتبط أساسا بمرحلة تكوين العقد وليس بمرحلة تنفيذه⁴⁹⁷. وهناك من الفقه من أسس الفسخ على فكرة الارتباط بين الالتزامات، ومن بين القائلين بها العلامة السنيهوري في كتابه الوسيط ، إذ قال: "...نؤثر.. أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالالتزام المتعاقد الآخر، فيبدو أمرا طبيعيا عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ

494 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص 700.

495 المقصود بالسبب كأساس لحق الفسخ ويعني الغاية المباشرة التي يتوخاها كل متعاقد من إبرامه العقد، وليس السبب الباعث أو الدافع الذي يختلف من متعاقد إلى آخر.

496 حنيت عمر، مرجع سابق، ص 12.

497 العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 400 فقرة 476.

ما في ذمته من التزام، وهو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ⁴⁹⁸.

والذي يبدو أن تأسيس الفسخ على أساس الالتزامات التبادلية أقرب إلى الصواب منه من غيره من النظريات، ذلك أن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه هو الذي يدفع المتعاقد الآخر إلى فسخ هذا العقد.

1 - تمييز الفسخ عن المؤسسات المشابهة

كثيرا ما تختلط بعض المفاهيم مع بعضها البعض، اما لتشابهها من حيث أساس قيامها أو أركانها أو آثارها، ونفس الأمر بالنسبة للفسخ فهو يشابه الكثير من المفاهيم من حيث الغاية المتوخاة من هذه المؤسسة، ألا وهي حماية القوة الملزمة للعقد، ولما كان الفسخ ليس هو الوحيد لحل الرابطة التعاقدية لأنه توجد أنظمة أخرى تؤدي نفس إلى نفس الطريق، لذلك ارتأينا تمييز الفسخ عن باقي الأنظمة المشابهة مثل البطلان، والدفع بعدم التنفيذ، والمسؤولية العقدية، درء لأي خلط بين هذه المفاهيم.

تمييز الفسخ عن البطلان: يجب التمييز بين البطلان والفسخ لكونهما يتفقان في الأثر المترتب على كل منهما، والمتمثل في انعدام الرابطة التعاقدية، بل إن زوال العقد الباطل والعقد القابل للفسخ يتم بأثر رجعي. غير أن هناك اختلاف واضح بينهما،

498 السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 696.

حيث إن البطلان هو بمثابة جزاء قانوني نتيجة عدم توفر أحد أركان العقد أو شرط من شروط الصحة؛ في حين أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته المحددة في العقد القائم بينهما. ومن جهة ثانية، فإن هناك فارق مهم بين البطلان والفسخ، وذلك على مستوى نطاق كل منهما؛ فإذا كان يتصور تحقق البطلان سواء تعلق الأمر بالعقود الملزمة لجانب واحد أو العقود الملزمة لجانبين، فإن جزاء الفسخ لا يمكن المطالبة به إلا في نطاق العقود الملزمة لجانبين⁴⁹⁹. ويتميز البطلان عن الفسخ في كون الأول يرجع إلى خلل في تكوين العقد، بينما الفسخ ينشأ العقد سليماً مستوفياً لأركان انعقاده، ثم يحصل أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فيلجأ الطرف الآخر إلى طلب فسخ العقد ليتحلل هو أيضاً من الالتزام المترتب عليه⁵⁰⁰.

تميز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ: يتمثل الدفع بعدم التنفيذ⁵⁰¹ في أن المتعاقد له الحق في الامتناع عن تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الآخر حتى يقوم هذا الأخير بتنفيذ ما التزم به إزاء الطرف الأول. في العقود الملزمة لجانبين⁵⁰². نميز بين نظام الدفع بعدم التنفيذ والفسخ من حيث الغاية، فهذا الأخير يهدف إلى إزالة الرابطة التعاقدية من الوجود، وإرجاع الأطراف إلى حالة ما قبل التعاقد على

499 الشرقاوي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 203 فقرة 379 و 380 .
500 الكزبري مأمون: نظرية الالتزامات ، المجلد الأول مصادر الالتزامات ، ص 196 فقرة 155.
501 نص المشرع على هذا المبدأ في الفصل 235 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزماً حسب الاتفاق أو العرف بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولاً...".
502 العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 388 فقرة 461.

العكس من هذا فنظام الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة لحث المتعاقد الآخر على إتمام العقد، بمعنى أن هدفه هو ضمان تنفيذ العقد. كما نميز بينهم من حيث الإجراءات فنظام الدفع بعدم التنفيذ تتم إثارته من غير الحاجة الى التقيد بالإجراءات التمهيدية التي تسبق دعوى الفسخ كالإنذار وغيرها.

تميز الفسخ عن المسؤولية العقدية: هناك تشابه بين نظام الفسخ والمسؤولية العقدية من حيث أن كل منها جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، لكن هناك فوارق تفصل بينهما؛ فالمسؤولية العقدية تترتب عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية عامة يستوي في ذلك أن يكون التصرف ملزما لجانبين أو ملزم لجانب واحد، في حين أن الفسخ لا يمكن تصوره إلا في التصرفات التبادلية، كما أن هناك فارق آخر يتجلى في التعويض المستحق للطرف المضرور في إطار قواعد المسؤولية العقدية قد يتحقق في غير الحالات التي يتقرر فيها الفسخ، ثم إن الفسخ يهدف إلى إزالة الرابطة التعاقدية وحلها، أما التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية فهو يهدف إلى جبر الضرر الناشئ عن الاخلال بالالتزامات العقدية مع احتفاظ العقد بوجوده من الناحية القانونية⁵⁰³.

503 العرعاري عبد القادر ، مرجع سابق ، 398 فقرة 473.

2 - شروط الفسخ

يلزم للحديث عن الفسخ، توافر الشروط التي وضعها المشرع لقيام الفسخ، وهي التي ذكرها المشرع المغربي في الفصل 559 من ق.ل.ع، ومن أهمها:

أن مجال الفسخ ينحصر في العقود التبادلية: مجال الفسخ في العقود التبادلية، بما فيها العقود الملزمة لجانب واحد إذا كانت بمقابل كما هو الشأن بالنسبة للقرض والعارية وأيضا الهبة بعوض.. وبهذا تخرج تصرفات الإرادة المنفردة والعقود الملزمة لجانب واحد، ما لم تكن مثقلة بالتزامات، فلا يمكن أن تكون قابلة للفسخ. فالالتزامات في العقود التبادلية تقوم على ارتباط الالتزامات المتقابلة بشكل لا يتصور معه قيام أحدهما دون قيام الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى أنه إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزاماته، فإنه يكون من مصلحة الطرف الآخر إما طلب التنفيذ الذي كان سبب في إبرامه للعقد، وإما طلب الفسخ لإنهاء العقد وإعادة الوضع إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرامه⁵⁰⁴.

أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته: يشترط أن يخل المدين بالتزامه التعاقدي شريطة أن يكون الاخلال راجع لخطأ المدين ذاته، أما إذا كان عدم التنفيذ راجعا لسبب أجنبي، وأدى ذلك لاستحالة التنفيذ، فإن التزام المدين ينقضي وينقضي معه التزام الدائن. والاخلال بالتنفيذ في ميدان العقود يتخذ أكثر من مظهر

504 الشرقاوي عبد الرحمان ، القانون المدني، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، (ط 5 مطبعة المعارف الجديدة، الرباط) ، ص 316.

قانوني، فهو قد يكون إيجابيا أو سلبيا وقد يكون كلياً أو جزئياً، ويعتبر مجرد التأخر في تنفيذ الالتزام سبباً كافياً للفسخ⁵⁰⁵.

عدم تقصير طالب الفسخ في تنفيذ التزاماته: يشترط أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه، فإن هو لم ينفذه وليس له استعداد، فلا يحق له المطالبة بفسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام، إذا ليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطالب بالفسخ بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزامه⁵⁰⁶.

أن يكون طالب الفسخ قادراً على إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد: ومعناه أن تكون للمدين إمكانية للعودة إلى الحالة ما قبل التعاقد عن طريق إرجاع الحال إلى ما كانت عليه. فإن تعذر الوصول إلى هذه الوضعية بسبب من الأسباب التي تعوق إرجاع الأطراف إلى وضعية ما قبل التعاقد إن أمكن ذلك. كهلاك المعقود عليه أو تعيبه أو صعوبة رده إلى صاحبه، فإن المحكمة لها من الحلول في إطار سلطتها التقديرية ما يمكنها من إعادة التوازن للمراكز الاقتصادية لأطراف العقد كالحكم بالتعويض⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 403 فقرة 481.

⁵⁰⁶ حنيت عمر، مرجع سابق، ص 16.

⁵⁰⁷ العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 415 فقرة 493.

ولا تعدو أن تكون هذه الشروط شروطا موضوعية فقط، وهي لا تختلف بين أنواع الفسخ كافة، وتوجد الى جانبها شروط إجرائية تتمثل في ضرورة الاعذار وصدور حكم قضائي في الفسخ القضائي، وتمسك الدائن بالفسخ في الفسخ الاتفاقي.

3- أنواع الفسخ

يتخذ فسخ العقد من الناحية العملية أحد المظاهر التالية، وهو ثلاثة أنواع:

الفسخ القضائي: وهو الذي توقعه المحكمة إذا توفرت شروطه، ومن أهم شروطه: أن يتعلق الأمر بعقد ملزم بجانبين وأن يحصل الإخلال أو التماطل في تنفيذ الالتزامات المتقابلة كما أسلفنا سابقا فيما يتعلق بشروط الفسخ⁵⁰⁸ بالإضافة لضرورة توفر شرط مهم وهو:

❖ ضرورة التقيد بالإندار اللازم لتحقيق المصل:

يشترط لقبول دعوى المطالبة بالفسخ، أن تسبق بالإخطار اللازم لجعل المدين أو الدائن في حالة مصل. وتظهر أهمية هذا الإندار في الأحوال التي يكون فيها الالتزام غير محدد المدة.⁵⁰⁹ وهو ما أشار إليه المشرع المغربي في الفصل 255 من ق.ل.ع، إذ قال: "يصبح المدين في حالة مصل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام.

⁵⁰⁸ أنظر شروط الفسخ ص 7.

⁵⁰⁹ -عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، ص 381.

فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء المدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار:

- طلبا موجهها إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول
- تصريحاً بأنه إذا انقضى هذا الأجل، فإن الدائن يكون حراً في أن يتخذ ما يراه مناسباً إزاء المدين.
- ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولورفعت من قاضي غير مختص.

وتجدر الإشارة إلى مجموعة من الملاحظات:

- أولها: أن الإنذار المشار له في المادة 255 من ق.ل.ع يشكل القاعدة العامة في ميدان المداينات والالتزامات الشخصية التي لم يحدد أجلاً للوفاء بها، أما بالنسبة للالتزامات المحددة الأجل، فإن مجرد انتهاء المدة دليل على ثبوت المطل في جانب الطرف الذي يتعين عليه المبادرة بالتنفيذ أولاً.⁵¹⁰

- أن مضمون الإنذار الوارد النص عليه في الفصل 255 من ق.ل.ع قد لا يكون صالحاً للتطبيق في بعض الميادين الخاصة التي تستوجب إنذاراً من نوع خاص، وهذا ما ينطبق مثلاً على إشعار الإفراغ اللازم في ميدان الكراء المدني حيث إن الفصل 9 من ظهير 1980/12/25 ينص على أنه يجب أن يتضمن الإشعار

⁵¹⁰ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، نظرية العقد، ص 384.

بالإفراغ تحت طائلة البطلان: شموله مجموع المحلات المكررة بكافة مرافقها،
بيانه للأسباب المثارة من طرف المكري، الإشارة إلى أجل ثلاثة أشهر على الأقل.
وما قيل عن الإفراغ في ميدان الكراء المدني يقال عن الإفراغ في ميدان المحلات
التجارية والحرفية، إذ أن الفصل 6 من ظهير 1955 يؤكد على أن الإنذار بالإفراغ
يتعين فيه أن يكون مستجمعا لشكليات من نوع خاص، تحت طائلة البطلان ومن
خلال الاطلاع على مقتضيات الفصل 27 من الظهير، يتبين أن الشكليات تتمثل في
أن يتم توجيه الإنذار من المكري إلى المكثري قبل انقضاء العقدة بستة أشهر على
الأقل، وأن يتضمن الإعلام عبارة تشير إلى الأسباب الموجبة للإفراغ.

النوع الثاني: الفسخ القانوني: يتحقق الفسخ بقوة القانون أو الانفساخ عند
ثبوت الأسباب الموجبة له، ومن أهم الأسباب هو استحالة تنفيذ الالتزام بفعل سبب
أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ صادر عن الدائن أو الغير.⁵¹¹ ومن
ذلك ما دل عليه الفصل 659 من ق.ل.ع الذي ورد فيه: "إذا هلك العين المكتراة أو
تعيبت أو تغيرت كلياً أو جزئياً بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال في الغرض الذي
اكتريت من أجله وذلك دون خطأ أي واحد من المتعاقدين، فإن عقد الكراء يفسخ
من غير أن يكون لأحدهما على الآخر أي حق في التعويض ولا يلزم المكثري من الكراء
إلا بقدر انتفاعه".

⁵¹¹ -عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 384.

ومن خلال التمعن في صيغة الفصل، يتبين أنه يتضمن الإشارة إلى بعض الأسباب الموجبة لانفساخ عقد الكراء، وهي هلاك العين المكتراة بأفة سماوية كالزلازل أو بتدخل من الإنسان كالحريق، وكذلك تعيب العين المكتراة أو تغيير شكلها، فهذه الأسباب الثلاثة إذا جعلت العقار غير صالح للاستعمال المتفق عليه بين الأطراف، فإن عقدة الكراء تنفسخ بقوة القانون. وهو ما اتضح من خلال الحكم الذي صدر عن محكمة الاستئناف، فقد اعتبرت تهدم العين المكتراة نتيجة لاندلاع الحريق سببا لإقرار انفساخ العقد، وبموجب ذلك فإنه يتعين على المكتري الامتناع عن أداء وجيبة الكراء للمالك.⁵¹²

ومما سبق اتضح أن الانفساخ جزاء قانوني يقرره القانون بسبب تعذر الوفاء بالالتزامات المتقابلة، ويشترط لانفساخ العقد بقوة القانون توافر الشروط التالية:

- أن يتعلق الأمر بعقد ملزم لجانبين
- أن تصبح التزامات أحد الأطراف مستحيلة استحالة مطلقة كهلاك موضوع الالتزام أو تعيبه نتيجة لفعل طارئ جعله غير صالح لما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد.
- أن تكون الاستحالة ناشئة بعد إبرام العقد أو على الأقل أثناء تنفيذه كهلاك الشيء أو تعيبه بالشكل الذي يحول دون الحصول على منفعته.⁵¹³

⁵¹² - قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1926/4/21، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 225، ص 476
⁵¹³ - عبد القادر العراري، مرجع سابق، ص 390.

- يتوجب أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه،⁵¹⁴ ويتحقق ذلك في حالة القوة القاهرة والاستحالة التي يتسبب فيها الدائن أو الغير، أو الاستحالة التي يتسبب فيها الدائن لا تؤدي إلى الانفساخ، وإنما إلى يتعين استصدار حكم الفسخ القضائي، وقد يلجأ القاضي إلى إرغام المدين على الوفاء متى كان ذلك ممكناً.

النوع الثالث: الفسخ الاتفاقي: يتقرر هذا الفسخ بناء على اتفاق الأطراف على إدراج شرط فاسخ صريح في العقد،⁵¹⁵ ولقد أشار قانون الالتزامات والعقود المغربي إلى جواز مثل هذا الاتفاق في الفصل 260 الذي جاء فيه: "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

ومن تطبيقات هذه القاعدة في ميدان عقد البيع، نجد حالة ما نص عليه ق.ل.ع الذي جاء فيه بأنه إذا اشترط بمقتضى العقد أو العرف المحلي أن البيع يفسخ إذا لم يؤد الثمن، فإن العقد يفسخ بقوة القانون بمجرد عدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه"⁵¹⁶.

⁵¹⁴ - ينص الفصل 335 من ق.ل.ع على أنه: "ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً استحالة طبيعية أو قانونية، بغير فعل المدين أو خطأه، وقبل أن يصير في حالة مطل".

⁵¹⁵ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 391.

⁵¹⁶ - الفصل 581 من قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: آثار مؤسسة الفسخ

مما لا شك فيه أن فسخ العقد يؤدي حتما إلى زواله، سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي أو القانوني أو الاتفاق، وذلك بأثر رجعي أي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من قبل، بمعنى أن العقد من الناحية القانونية يعتبر كأنه لم يكن، وذلك لأن الرابطة التعاقدية بين الأطراف لم تعد قائمة، إلا أن الإشكال المطروح هنا هو أنه: هل أثر الفسخ واحد في جميع العقود؟

الفقرة الأولى: آثار الفسخ بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية

يترتب على فسخ العقد بين المتعاقدين انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن من قبل، إلا أنه يجب التمييز بين العقود الفورية والعقود الزمنية. ففي العقود الفورية يكون الفسخ بأثر رجعي، فيزول العقد في المستقبل وفي الماضي. وهذا هو الأثر الحقيقي للفسخ (أولا). أما في العقود الزمنية فالفسخ ينحصر أثره على محو أثره في المستقبل وحده ويبقى العقد بالنسبة للماضي، ويسمى الفسخ في هذه الحالة إنهاء (ثانيا) ⁵¹⁷.

أولا: آثار مؤسسة الفسخ في العقود الفورية بالنسبة للمتعاقدين : إذا كان العقد الذي تقرر فسخه أو انفساخه من صنف العقود الفورية، فإن أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين لا يسري على المستقبل فحسب، وإنما يمتد إلى الماضي

⁵¹⁷ الترجمان زيد قدرتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، نظرية الالتزام، (سنة 1992) ص 205.

كذلك⁵¹⁸. وهذا ما يعرف بمبدأ رجعية آثار الفسخ على أساس زوال العقد، ويستوجب مع هذا إعادة الأطراف إلى وضعية ما قبل التعاقد. فإذا استحال ذلك في بعض الحالات، فإن المحكمة تحكم بالتعويض المناسب لقيمة الشيء الذي تعذر استرداده، وتتمتع في ذلك بسلطة تقديرية واسعة شرط أن يكون التقدير والتقييم مبنيا على العناصر والمواصفات المميزة للشيء أثناء إبرام العقد، وليس عند إصدار الحكم⁵¹⁹، كما أن هناك أسباب تجعل الاسترداد مستحيلا سواء كان إضافة إلى ما سبق ثمة عدة قواعد أخرى تطبق نتيجة زوال العقد وانحلاله منها:

(1) قاعدة تبعية الفرع للأصل: يترتب على فسخ الالتزام الأصلي، فسخ الالتزامات الفرعية الملحقة به، ومثال ذلك أن فسخ عقد بيع العقار يستتبع زوال الرهن الحيازي الذي أبرمه المشتري عليه لضمان الوفاء بدين يلتزم به في مواجهة الغير⁵²⁰ وذلك بمقتضى الفصل 1234 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "...وينقضي الرهن بقطع النظر عن انقضاء الالتزام الأصلي ..."⁵²¹.

⁵¹⁸ العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 416 فقرة 495.

⁵¹⁹ مالك أيت سعيد، بحث نهاية التكوين الملحقين القضائيين، آثار عدم تنفيذ الالتزام - مطل المدين نموذجا- سنة 2015/2017، ص 34.

⁵²⁰ الصافي عبد الحق، الوحي في القانون المدني، الجزء الأول، سنة 2016، ص 316.

⁵²¹ ينص الفصل 1234 من ق.ل.ع المغربي على أنه : " وينقضي الرهن بقطع النظر عن انقضاء الالتزام الأصلي :

أولا- بتنازل المرتهن عن الرهن ؛

ثانيا - بهلاك الشيء المرهون هلاكا كلياً؛

رابعا- بفسخ حق الطرف الذي أنشأ الرهن؛

خامسا- بانقضاء الأجل الذي عقد الرهن إلى نهايته ، أو بتحقيق الشرط الفاسخ الذي علق الرهن عليه؛

سادسا- في حالة حوالة الدين بدون اشتراط الرهن؛

سابعا- ببيع المرهون بيعا صحيحا بناء على طلب دائن سابق في التاريخ.

(2) قاعدة ارتباط الفسخ بالتعويض: إن الحكم بالفسخ كجزاء لعدم تنفيذ العقد الملزم لجانبين قد ينتج عنه إضرار بأحد المتعاقدين، ومثل هذه الفرضيات لا يكفي الفسخ فقط، بل يجب أن يكون مصحوباً بالتعويض عن الضرر عندما يطلبه الدائن بالالتزام غير المنفذ. وبالتالي فإنه نجد المشرع في الفصل 259 من ق.ل.ع خول للدائن إمكانية الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة فسخ العقد. وهذا التعويض لن يكون له محل إلا إذا توفرت شروطه، وهي الخطأ، الضرر ثم العلاقة السببية بينهما. وفي هذا الإطار للمحكمة سلطتها التقديرية في تحديد التعويض حسب حجم الضرر وخطورة الخطأ الصادر عن المدين أو تدليسه ولحسن أو سوء نيته دور فعال في الرفع أو التخفيف من مبلغ هذا الضرر.⁵²²

(3) قاعدة احترام تطبيق الشروط الجزائية: إذا كان العقد يتضمن شرطاً جزائياً يتحمل المدين بمقتضاه أداء تعويض اتفاقي للدائن في حالة الإخلال بالالتزام أو التأخر في تنفيذه، فهذا الشرط في العقد لا يعني أن المستفيد منه يكون قد تنازل عن دعوى الفسخ القضائية، بل من حقه رفع دعوى الفسخ حتى ولو لم يتحقق بعد مضمون الشرط الجزائي، ويسوغ للدائن أن يطلب في نفس الوقت فسخ العقد وأداء التعويضات التي يقضي بها الشرط الجزائي.⁵²³

⁵²² العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 418.
⁵²³ الصافي عبد الحق، مرجع سابق، ص 317.

ثانياً: أثر الفسخ في العقود المستمرة بالنسبة للمتعاقدين: إن امتداد أثر الفسخ إلى الماضي يقتصر نطاقه على العقود الفورية دون العقود الزمنية التي لا يترتب عن فسخها أثر رجعي، نظراً لتعذر إرجاع المتعاقدين إلى الوضعية السابقة عن التعاقد، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الكراء، الذي تكون فيه الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ بمثابة أجرة لا تعويض، أي أنها تعتبر كمقابل للمنفعة التي حصل عليها المكثري. ومن ثم فإن القاضي لا يملك أي سلطة تقديرية، تسمح له بالزيادة في تلك الأجرة أو الإنقاص منها. 524 وهذا ما نستشفه من الفصل 659 من ق.ل.ع.

ومن ثم فإن أثر الفسخ على العقد الزمني ينحصر في إنهاء العقد أي محو آثاره المستقبلية والإبقاء على الروابط القانونية التي تمت في الماضي. فعقد الكراء مثلاً إذا تقرر فسخه لا يعود المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل العقد، بل يزول أثر العقد بالنسبة للمستقبل ليس إلا وكذلك عقد العمل والعقود الزمنية الأخرى.⁵²⁵

الفقرة الثانية: آثار الفسخ بالنسبة للأغيار

لا يقتصر أثر الفسخ المتمثل في انحلال العقد بأثر رجعي على أطرافه، بل يمتد إلى الغير مع ما يترتب عن ذلك من ضرورة استرداد الأشياء التي انتقلت إليه متى كان ذلك ممكناً، ففي عقد البيع على سبيل المثال، فإذا قام المشتري ببيع الشيء الذي

⁵²⁴ الشرقاوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 319.
⁵²⁵ الترجمان زيد قدري، مرجع سابق ص 206.

اشتراه إلى مشتر آخر أو رتب عليه حقا عينيا معيناً، وبعد ذلك حكمت المحكمة بالفسخ بناء على إرجاع محل البيع خالياً من جميع الحقوق التي أثقلت به⁵²⁶.

غير أن سريان آثار الفسخ بأثر رجعي على الغير قد يتعارض في بعض الحالات مع بعض القواعد القانونية التي تقضي بعدم امتداد هذا الأثر إلى الغير من قبيل:

- ضرورة مراعاة قاعدة اكتساب الحقوق بحسن النية في مجال المنقول المحكوم بقاعدة "الحيازة في المنقول سند للملكية"⁵²⁷.

- الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار وشهره وفقاً للقانون وبحسن نية لا يؤثر فسخ عقد سلفه على حقوقه، لأن الغير في مثل هذه الحالة يعد حسن النية بمجرد قيامه بتقييده حقه على الرسم.

- الغير الذي تمسك بالتقادم الطويل، للغير أن يتمسك بالتقادم الطويل كالحالة التي يشتري فيها شخص عينا ويبيعها إلى آخر، ويبقى المشتري الثاني واضعاً يده على العين 15 سنة، وبعد ذلك يطلب البائع فسخ البيع الأول لسبب من أسباب الفسخ، في هذه الحالة لا يؤثر الفسخ في حق الغير أي المشتري الثاني إذ يستطيع أن يتمسك بالتقادم.

⁵²⁶ الشرقاوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 319 و 320.

⁵²⁷ نص الفصل 456 من ق.ل.ع المغربي على: "يفترض في الحائز بحسن النية شيئاً منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل عليه. ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه".

وبعد هذه الجولة مع مفهوم الفسخ وأحكامه وآثاره في المجال المدني، والتي اتضحت من خلالها أهمية هذه المؤسسة في صيانة حقوق الدائن الذي تضرر مصلحته نتيجة عدم وفاء المدين، وهو بذلك يضمن التوازن بين أطراف العقد. غير أن انتقال هذه المؤسسة إلى المجال التجاري لا شك سيصبغ عليه خصوصيات، تجعلها متميزة بتميز المجال التجاري، وهو محل الحديث في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: خصوصية الفسخ بين المادة المدنية والمادة التجارية

نشأت مؤسسة الفسخ في أحضان القانون المدني، ذلك أن ظهور الالتزامات والعقود نظمها ضمن الباب المتعلق بتنفيذ الالتزامات وآثاره. لكن هذا لا يعني أن تبقى هذه المؤسسة حكرا على هذا المجال، وإنما انتقلت إلى مجموعة من القوانين خاصة منها المرتبطة بالحياة الاقتصادية، وعلى رأسها القانون التجاري بشتى فروعها. غير أن انتقال هذه المؤسسة للقانون التجاري جعل لها خصوصية تنفرد بها عن المجال المدني. ولأجل بيان خصوصيات هذه المؤسسة بين المجال المدني، ونظيره التجاري، نقتصر على دراسة نموذجين. إذ تم تناول فسخ العقود الجارية في إطار صعوبات المقابلة كنموذج للفسخ في المادة التجارية (المطلب الأول)، وتم تناول الفسخ الجزئي الذي يكون محله العقود المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فسخ العقود الجارية في إطار المادة التجارية

نشأ الفسخ بداية في المجال التعاقدي لضمان استقرار المعاملات، وتحقيق التوازن العقدي. وانتقل إلى القانون التجاري بشتى فروعِهِ. فقد نهل هذا الأخير مقتضيات عديدة من القانون المدني، بل إن المشرع في بعض العقود لم يبين كيفية فسخها، ففتح المجال أمام القواعد العامة لتتولى ذلك، وخير مثال هو عقد التسيير الحر، حيث يكون القاضي ملزماً للرجوع للقواعد العامة، وتحديد الفصول المنظمة لفسخ عقد الكراء في قانون الالتزامات والعقود.

ويمثل العقود الجارية في إطار صعوبات المقابلة نموذجاً مهماً في المجال التجاري، دفعت إليه الرغبة في صيانة المصلحة الاقتصادية العامة، التي تحاول إنقاذ المقابلة من شبح التصفية، والحفاظ على مصالحها، وكذا مصالح مختلف المتعاملين معها. ويقصد بالعقود الجارية العقود المتعلقة بتقديم خدمة أو توريد أو تزويد أو غيرها، والتي تكون سارية التنفيذ عند صدور مقرر حكم فتح مسطرة معالجة صعوبات المقابلة.⁵²⁸

ولا بد من التمييز بين القاعدة العامة التي تمنح للسنديك السلطة التقديرية في اتخاذ قرار استمرار العقود الجارية أو عدمه، (وهو ما سنعالجه في هذا المطلب)،

⁵²⁸ - مساطر معالجة صعوبات المقابلة، علال فالي، ط 2 (الرباط، 2015) ص 146.

وبين الحالة التي نظمها المشرع بمقتضيات خاصة، وهي حالات الكراء وعقد الشغل وعقد التأمين.

ويقوم هذا التمييز على مستوى أسباب الفسخ، وآثاره وإجراءاته لبيان أثر التطورات الاقتصادية على مؤسسة الفسخ.

أولاً: على مستوى أسباب الفسخ: يحكم العقد بين الأطراف مبدأ القوة الملزمة للعقود الذي يجسد الطابع الإجباري للعقد، ذلك أن كل طرف يلزمه الوفاء بما وعد القيام به، وإذا حدثت أسباب تحول دون تطبيق هذا المبدأ، ومن بينها حالة تحقق الشرط الفاسخ المتفق عليه مسبقاً بين الأطراف أو الحالة التي يخل فيها أحد المتعاقدين بالتزاماته المتقابلة، يحق للمتعاقد المتضرر طلب فسخ العقد. 529

ولقد عطل المشرع التجاري هذين الفصلين من خلال الباب الخامس من مدونة التجارة، والمتعلق بإجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاول، وتحديدًا في المادة 573 المنظمة للعقود الجارية، وذلك استجابة للمصلحة الاقتصادية للمقاول كوحدة داخل الاقتصاد الوطني تؤدي تصفيتها إلى إلحاق أضرار بالعديد من الفاعلين. وحين راهن المشرع على استمرارية المقاول في أفق إسعافها، كان من الطبيعي أن يستند ذلك على ضمان استمرار العقود الجارية التي تربط المقاول مع

529 - نص المشرع المغربي في الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكناً. فإن لم يمكنه جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين...." ونص الفصل 260: إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء.

المتعاقدين معها، إذ أصبح ينظر إلى العقد ليس كرابطة بين إرادتين بل كأحد أموال
المقاول، يتعين حمايته وتحصينه وتوظيفه في الحل المرتقب للمقاول.

وبالرجوع إلى المادة 573 نجدها تنص على أنه: "يجب على المتعاقد أن يفي
بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة". ولا شك أن هذا
المقتضى يشكل قطيعة مع القواعد العامة التي تعتبر إخلال المدين بالتزاماته يعد
سببا لطلب فسخ الرابطة التعاقدية.

وبالرغم من قسوة وحدة ما جاءت به المادة 573 فإنها تعتبر منطقية بشكل جلي،
إذ كيف يمكن تسوية المقاول إذا توقفت العقود الجارية عن تزيدها بالسلع
والخدمات،⁵³⁰ وذلك وهو ما تجسد في قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس
أنه: "طبقاً لأحكام الفصل 573 من مدونة التجارة، فإنه لا يحق للمتعاقد مع المقاول
الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية فسخ العقد الذي يربط في حالة عدم الوفاء
بالتزاماتها إلا بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل بدون جواب لمدة تفوق شهراً"⁵³¹

إن تعطيل المادة 573 لأسباب الفسخ اعتبر تراجعاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد،
فالمشرع أعفى المقاول الخاضعة لمسطرة المعالجة من التقيد بمبدأ القوة الملزمة

⁵³⁰ -مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية- العقود الجارية في إطار نظام معالجة
صعوبات المقاول نموذجاً- إمان النيس، مجلة الأبحاث في القانون والاقتصاد والتدبير، ع 2، 2016، ص 147.
⁵³¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1025 الصادر بتاريخ 2004/09/23، ملف عدد
2004/560 قرار منشور بقرص مدمج أصدرته وزارة العدل تحت عنوان: اجتهادات محاكم الاستئناف التجارية.

للعقد، في الوقت الذي ألزم به الطرف الآخر المتعاقد معها رغم عدم وفاء المقاوله بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة.

ولقد انقسمت تفسيرات تجميد أثر الفسخ الوارد في المادة 573 إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: أعزت تعطيل المادة 573 لأسباب الفسخ العامة لكون هذه الأخيرة تتعارض مع مبدأ استمرار المقاوله، وبالتالي كبج النمو الاقتصادي من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأسباب العامة تتعارض مع ما جاءت به المادة 653 من مدونة التجارة التي تمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت فتح المسطرة ترمي إلى فسخ العقد لعدم أداء مبلغ من المال.⁵³²

الطائفة الثانية: استند هذا الرأي على بيان طبيعة الفسخ الذي يبقى ذو طابع احتياطي بما أن الدائن في الأصل يمكنه في حالة تماطل المدين أن يجبره على التنفيذ، ما دام أن الهدف من تعاقد هو الحصول على أداء الطرف الآخر أي المدين. وقد عضد هذا التفسير توجهه بما ورد في المادة 259 من ق.ل.ع التي منحت للدائن والمحكمة خيار سلوك الطريق الأصلي وهو دعوى التنفيذ أو سلوك الطريق الاحتياطي الذي يتجسد في الفسخ.⁵³³

⁵³² -مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية-، مرجع سابق ، ص 147.
⁵³³ - نص الفصل 259 على ما يلي: إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكناً. فإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين:

ولا شك أن هذان التفسيرين يكملان بعضهما البعض، إذ يشكلان وحدة يمكن من خلالها فهم وتفسير الغاية التي كانت وراء تعطيل أسباب الفسخ في المادة 573. والمتمثلة في حماية المصلحة الاقتصادية للمقاول.

ثانياً: الاختصاص في اتخاذ قرار فسخ العقد: تعد مسألة منح اختصاص البت في مصير العقود الجارية للسنديك ميزة من مميزات الفسخ التجاري، تجعله يتميز عن القواعد العامة، فبالرجوع إلى المادة 573 من مدونة التجارة، نجدها تمنح صلاحية الاختيار للسنديك وحده، فهو الجهاز الوحيد في نظام معالجة صعوبات المقاول الذي يملك الكلمة الفصل، وذلك بتقريره مواصلة العقد أو فسخه. إن السنديك عندما يمارس مهامه لا يقاسمه هذه الصلاحية لا القاضي المنتدب ولا أي جهاز آخر من أجهزة المسطرة الجماعية بل حتى المدين لا يملك سلطة تحديد مصير العقد الجاري، فهذه الإمكانية مخولة للسنديك فقط ولا يزاحمه فيها لا المقاول ولا الطرف المتعاقد. فهذه السلطة من النظام العام ولا تخضع لأي استثناء اتفاقي أو قضائي أو قانوني، ويترتب على تجاوزها البطلان.⁵³⁴

ويلاحظ أن المشرع أعطى للسنديك هذا الحق نظراً لتفضيل وضعية المقاول على أوضاع أخرى، لأنها في حاجة إلى ضمان استمرارية استغلالها على أمل إنقاذها من جهة. ومن جهة أخرى يفترض في السنديك، ممثل جهة القضاء، أن يتحلى

⁵³⁴ - مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقاول المكترية، محمد العروصي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ص21.

بالحياد والموضوعية الأمر الذي يجعله يراعي موقفه من مواصلة تنفيذ العقود من عدمه بدرجة أساسية وضعية المفاوضة.⁵³⁵

ثالثا: على مستوى إجراءات الفسخ: لكي يتمكن الدائن من فسخ العقد الذي ربطه بمدين مماطل، يتعين عليه إتباع مجموعة من الإجراءات التي تختلف تنظيمها بين القانون المدني والقانون التجاري. فأما الفسخ المدني، تختلف إجراءاته بحسب نوع الفسخ. ففي الفسخ القضائي، فإن إجراءات الفسخ تتمثل في الاعذار، وفي طلب الفسخ من المحكمة. أما عندما يتعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي، فإن إجراءاته تخضع بالأساس لإرادة الأطراف، لكن فيما يخص العقود الجارية نجد أن الأمر مختلف تماما، حيث يجب أن نميز بين الفسخ الذي يتم بمبادرة من السنديك، والفسخ الذي يتم بمبادرة من المتعاقد.

1- فسخ العقد الجاري بمبادرة من السنديك: لم يقيد المشرع المغربي بشكليات أو آجال معينة.⁵³⁶

2- الفسخ الذي يكون بمبادرة من المتعاقد، فقد قيده المشرع بإجراءات وآجال محددة يجب احترامها، وعليه فإذا كانت إرادة المتعاقد تنسحب نحو فسخ العقد

⁵³⁵ - شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المفاوضة في ضوء القانون 73.17، عبد الرحيم شميعة، ص 209.
⁵³⁶ - مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية- العقود الجارية في إطار نظام معالجة صعوبات المفاوضة نموذجاً- إيمان النيس، ص149.

الجاري، ففي هذه الحالة يتعين عليه أن يوجه إنذارا إلى السنديك، فإن ظل دون

جواب لمدة تفوق شهرا فسخ العقد بقوة القانون.⁵³⁷

ولقد أثارت الإجراءات التي يجب على المتعاقد أن يتبناها من أجل فسخ العقد

الجاري الذي يجمعه مع المقابلة موضوع الصعوبات مجموعة من الإشكالات سواء

في التشريع المغربي أو الفرنسي.⁵³⁸ ومن أهم الإشكالات ما يتعلق بكيفية احتساب

أجل الشهر المنصوص عليه في المادة 573، هل يبدأ احتسابه من تاريخ توجيه الإنذار

أو من تاريخ التوصل به من طرف السنديك. ولقد اعتبر جانب من الفقه بأن حساب

الأجل يبدأ من تاريخ إرسال الإنذار. في حين يرى جانب آخر من الفقه أن أجل الشهر

يجب احتسابه من تاريخ التوصل لا من تاريخ الإرسال، وإن كان التوصل صعب

الإثبات، ويعطل المسطرة في بعض الأحيان إلا أنه يعد أكثر عدالة وإنصافا. وقد تم

تأييد هذا الرأي الأخير لاعتبار آخر يكمن في كون المشرع المغربي لم ينص على إمكانية

التمديد، فالأنسب أن يحتسب الأجل كاملا لا ناقصا، لأن الاعتداد بتاريخ الإرسال

قد يؤدي إلى التقليل من أجل الشهر حيث أن الفقرة الفاصلة بين تاريخ الإرسال

وتاريخ التوصل قد تستغرق بضعة أيام.⁵³⁹

إن تنظيم المشرع لكيفية فسخ العقد الجاري قد أثار إشكالا آخر، ففي الحالة

التي يظل فيها الإنذار بدون جواب بعد مرور أجل الشهر، فإن العقد يفسخ بقوة

⁵³⁷ -مسااطر معالجة صعوبات المقابلة، علال فالي، ص 227.

⁵³⁸ - مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 150.

⁵³⁹ - مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية، ص 150.

القانون كدليل عن تنازل السنديك على استمرارية العقد الجاري⁵⁴⁰، إن الخلاف الذي أثير يتمحور حول قرينة هذا التنازل هل هي قرينة قاطعة أم قرينة بسيطة. في هذا الإطار هناك من يرى أن القرينة المقررة في العقود الجارية قرينة بسيطة يمكن إثباتها عكسها، بمعنى أن التنازل عن طريق السكوت لا يعتبر قاطعا ينتفي معه استمرار العقد.⁵⁴¹ إلا أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 11 دجنبر 1990 أكدت الخاصية القطعية لقرينة الأجل المنصوص عليه في المادة 37 من قانون المساطر الجماعية (والمطابقة للمادة 573 من مدونة التجارة المغربية) وأصبحت هذه القاعدة قاعدة موضوع، وقد تم تأييد هذا التوجه على اعتبار أن الاستناد إلى القرينة البسيطة يحتمل تفسيرين، والحال أن وضعية المقابلة تستوجب بيان وضعيتها بشكل قاطع.⁵⁴²

رابعا: على مستوى آثار الفسخ: يرتب الفسخ في المجال المدني مجموعة من الآثار، وتتمثل أساسا في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بالإضافة للتعويض. وهو ما اتضح من خلال الفقرة الأولى من الفصل 259 التي جاء فيها: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين...." فقد نص المشرع على الحق في التعويض، واعتبره ثابتا في حالة إجبار المدين على

⁵⁴⁰ - مساطر معالجة صعوبات المقابلة، علال فالي، ص 228.

⁵⁴¹ - مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقابلة المكترية، محمد العروصي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع 4، 2004، ص 22.

⁵⁴² - مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقابلة المكترية، مرجع سابق، ص 22.

تنفيذ العقد، وفي حالة فسخ العقد. ولا شك أن المشرع في المادة المدنية يراعي مصلحة الدائن، ويحيطها بمجموعة من الضمانات، كما أنه يسهم في الإعلاء من شأن القوة الملزمة للعقد.

ويتميز فسخ العقود الجارية في إطار نظام معالجة صعوبات المقاولات بمجموعة من الخصوصيات، فالمادة 573 من مدونة التجارة تمنح للمتعاقد الذي لا يختار السنديك متابعة تنفيذ عقده، إمكانية رفع دعوى للتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء فسخ العقد الذي كان يربطه بالمقاول موضوع المسطرة القضائية، إلا أن هذا التعويض تطبعه مجموعة من الخصوصيات جعلته يتميز عن ذلك المنظم في إطار القواعد العامة، فإذا تأملنا المادة 573 من مدونة التجارة نجدها تستعمل كلمة "يمكن"، فهذه العبارة لا تسمح بالحسم النهائي في أحقية التعويض الذي قد يطالب به المتعاقد المتضرر من جراء عدم مواصلة تنفيذ العقد⁵⁴³

تمثل مؤسسة الفسخ في المجال المدني تجسيدا حقيقيا لمبدأ القوة الملزمة الذي يحكم العقد، فهي الآلية التي خولها القانون للدائن في مواجهة مطل المدين في إطار مبادئ العدالة والتوازن العقدي بين الأطراف. ولقد لحقتها مجموعة من التغيرات في المجال التجاري، ومن أهمها تكسير حدة القوة الملزمة للعقد. ولا شك أن

⁵⁴³ الفقرة الثالثة من المادة 573: عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد، يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى للتعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم"

خصوصية المجال التجاري الذي يتسم بديمومة الحركة والتطور كان لها الأثر الكبير في تميزه عن نظيره المدني.

المطلب الثاني: الفسخ الجزئي في العقود المدنية

ما شرعت العقود إلا لتلبية حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم، غير أنه قد يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، كأن يقتصر المدين على تنفيذ العقد في جزء منه فقط أو ينفذ العقد تنفيذا معيبا مخالفا للشروط والمواصفات المتفق عليها، فيكون من حق الدائن المطالبة بفسخ العقد. وإذا كان عدم تنفيذ العقد في شموليته، أو مخالفة التزامات جوهرية في العقد، يعد خطأ جسيما يبرر الحكم بالفسخ الكلي للعقد، فإن تنفيذ جزء منه يثير إشكالا حول مصير العلاقة التعاقدية. ومن أجل إعادة التوازن العقدي للالتزامات المتقابلة، فتح المجال للقاضي لبسط سلطته التقديرية في إيقاع الفسخ الجزئي للعقد كآلية لضمان ملائمة الجزاء مع عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب للعقد، كلما تكونت لديه قناعة بعدم جدوى محو العلاقة التعاقدية كليا، وتوافرت شروط الحكم بفسخ العقد جزئيا. ولقد تضمن قانون الالتزامات والعقود مقتضيات تخص الفسخ الجزئي في الفصل 558 حيث أجاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع بالنسبة للجزء المعيب وحده من الأشياء

التي اشتراها صفقة واحدة وبثمن إجمالي،⁵⁴⁴ وكذا الفصل 336 من نفس القانون

حيث نص على أن الفسخ لا يقع إلا في جزء من العقد الذي لم ينفذ⁵⁴⁵.

ولمعالجة إشكالية الفسخ الجزئي كآلية لضمان استمرار العلاقة التعاقدية،
وضمان استمرار المعاملات، نقسمها إلى نقطتين، يتحدث في الأولى عن شرط إيقاع
الفسخ الجزئي (الفقرة الأولى) وفي الثانية عن عدم التنفيذ كواقعة تبرر الحكم
بالفسخ الجزئي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قابلية العقد للتجزئة كشرط لإيقاع الفسخ الجزئي

يشترط للحديث عن الفسخ الجزئي أن يكون العقد قابلاً للتجزئة. ويطلق عليه
تسميات أخرى من قبيل قابلية العقد للانقسام أو قابليته للانفصال أو ما يطلق
عليه لدى فقهاء الفقه الإسلامي بقابلية الصفقة للتفريق أو التبعض، وترد هذه
التسميات في إطار معنى واحد ألا وهو "الفصل بين شقي العقد، إذا كان العقد في
ذاته قابلاً للانقسام، بحيث يكون صحيحاً في الشق المتبقي منه"⁵⁴⁶. وينصب معيار
القابلية للتجزئة أو عدمها على الالتزامات المكونة للعقد، وهو ما يفسر اقتصر
الاجتهاد القضائي أساساً على العقود التي موضوعها الأموال. أما في عقد الشغل

⁵⁴⁴ - نص المشرع في الفصل 558 من ق.ل.ع على ما يلي: "إذا بيعت عدة أشياء مختلفة صفقة واحدة بثمن إجمالي واحد، كان للمشتري ولو بعد التسليم، أن يطلب فسخ البيع بالنسبة إلى الجزء المتعيب وحده من هذه الأشياء ورد ما يقابله من الثمن..."

⁵⁴⁵ - نص المشرع في الفصل 336 من ق.ل.ع: "إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئياً. فإذا كان من طبيعة هذا الالتزام أن لا يقبل الانقسام إلا مع ضرر للدائن، كان له الخيار بين أن يقبل الوفاء الجزئي وبين أن يفسخ الالتزام في مجموعه".

⁵⁴⁶ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية- دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن-، رشيد خواصي، مجلة القضاء المدني، ع 13، 2016، ص 32.

الذي ينصب على استثمار عمل الأجير، فإن قابلية الالتزام للتجزئة غير متاحة دائما.

⁵⁴⁷ ويشترط ليكون العقد قابلا للتجزئة ما يلي:

أولاً: استقرار الطبيعة القانونية للعقد بعد إنقاصه: ويراد بذلك أن يتضمن الجزء المتبقي من العقد الأركان اللازمة لوجوده، أي يجب ألا يؤدي إزالة بعض الأجزاء من العقد إلى تغيير وصفه القانوني. وبالمفهوم المخالف، إذا كان العقد بعد بتر جزء منه، قد أصبح نموذجا قانونيا آخر غير الأول، فعندها نكون أمام تحول العقد. ذلك أن أحد المتعاقدين قد يرتكب مخالفة للعقد، كأن يمتنع عن تنفيذ جزء من العقد أو ينفذ جزءا من العقد لكن على نحو معيب، فإذا حقق تنفيذ العقد المنفعة التي قصدها المتعاقد منه، رغم ما اعتراه من قصور، فإن المخالفة المرتكبة في هذه الحالة لا تجيز الفسخ الكلي للعقد. ومع ذلك قد يسمح بفسخ العقد جزئيا بالنسبة للجزء الذي لحقه العيب أو الذي لم يتم تنفيذه وحده، بينما يظل الجزء الآخر منه قائما منتجا لآثاره بين طرفيه.⁵⁴⁸

ثانياً: بقاء الجزء الآخر من العقد صالحا لإعمال حكمه: لا يثير عدم تنفيذ العقد بصورة إجمالية أي إشكال، إذ يمكن للمتعاقد الآخر طلب الفسخ الكلي للعقد، فيما يجسد التنفيذ الجزئي للعقد الفرق بين الالتزامات التي تعهد بها المدين، وتلك التي قام بتنفيذها.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ - رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 32.

⁵⁴⁸ - رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 33.

⁵⁴⁹ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية- دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن-، رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 33.

ولقد أورد المشرع المغربي تطبيقات للفسخ الجزئي للعقد وقابلية العقد للتجزئة في إطار فصول قانون الالتزامات والعقود، كالفصل 558 الذي تحدث عن حالة ظهور عيب في المبيع، حيث يمكن للمشتري أن يفسخ البيع بالنسبة إلى الجزء المعيب وحده، ورد ما يقابله من الثمن، إذا كان بالإمكان تجزئة العقد، أو الفسخ الكلي للبيع. وفي نفس الإطار جاء الفصل 560 من نفس القانون ليبين طريقة إنقاص الثمن لعيب شاب الشيء المبيع، إذ يتم تقويم هذا الأخير عند البيع خاليا من العيب، ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها. ويتحدد المقدار الذي ينبغي إنقاصه من خلال الفرق بين ثمن المبيع في الحالة الأولى، وثمانه في الحالة الثانية.

ثالثا: عدم تنفيذ جزء من العقد أو تعييبه مع إمكانية الاستغناء عن ذلك الجزء: يشترط لتطبيق قابلية التجزئة أن يكون الجزء المتبقي من العقد مما يشكل بقاءه عقدا مستقلا، إذ تتوافر فيه أركان وشروط أي عقد، لكن دون أن يتحول بهذه الأركان لنوع آخر من العقود مغايرا للعقد الأصلي.⁵⁵⁰

ويستند العقد القابل للتجزئة على العديد من الأسس، منها ما هو قانوني، ومنها ما هو موضوعي، ومنها ما شخصي. أما الأساس القانوني، فيراد به تلك النصوص القانونية التي يضعها المشرع ويجبر الأفراد على احترامها، والمتعلقة بحالات فصل جزء من العقد بصورة حتمية، كآلية لضمان التوازن العقدي وحماية لحقوق الدائن، ونذكر من هذه الحالات ما نص عليه المشرع المغربي في قانون الالتزامات

⁵⁵⁰ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية- دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن، رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 34.

والعقود في الفصل (542)⁵⁵¹ بخصوص حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع، حيث كفل المشرع للمشتري حقه في الخيار بين استرداد الجزء الذي حصل استحقاقه، والاحتفاظ بالعقد بالنسبة للباقي، وبين فسخ البيع فسخا كلياً واسترداد مجموع الثمن. أما إذا كان الجزء المستحق لم يبلغ من الأهمية الحد الكافي لتبرير الفسخ الكلي لعقد البيع، فإنه ليس للمشتري إلا إنقاص الثمن بقدر ما استحق، وهو أحد تطبيقات الفسخ الجزئي للعقد. أما الأساس الشخصي، فيقصد بذلك أن يكون الجزء المتبقي من العقد بعد تجزئته مما اتفق عليه الأطراف، أي أن هذا الجزء قابل للوجود الذاتي المستقل في نظر المتعاقدين، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان الجزء المنفصل من العقد لا يشكل مسألة جوهرية في قصدهما، أو كما يطلق عليه بالشرط أو الشق الدافع إلى التعاقد. فلوتبين أن العقد كان يشكل وحدة متكاملة في نظر أحد المتعاقدين، لما كان هناك إمكانية إعمال فكرة الانتقاص، وهذا ينطبق على العقود المركبة، حيث يتم التعاقد على أساس القبول بكافة الجوانب التي تشكل الصفقة.⁵⁵² في حين أن الأساس الموضوعي يركز على طبيعة محل العقد، فإذا كانت الأشياء قابلة للانقسام والتجزئة فهو كذلك، وإلا فلا تتحقق هذه القابلية، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من

⁵⁵¹ - ينص الفصل 542 من ق.ل.ع في فقرته الأولى: في حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ من الأهمية حدا بحيث يعيب الشيء المبيع، وبحيث أن المشتري كان يمتنع عن الشراء لو علم به، يثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن.
⁵⁵² - مصادر الالتزامات، مرجع سابق، ص 309.

الفصل 181 من ق.ل.ع حيث يتضح من خلال استقراءها أن عدم القابلية للانقسام أو التجزئة ترجع إلى طبيعة الأشياء دون تدخل القانون أو إرادة الطرفين.⁵⁵³

الفقرة الثانية: أثر واقعة عدم التنفيذ الجزئي في الحكم بالفسخ الجزئي للعقد

يشترط لكي يمارس الدائن المتعاقد حقه في طلب الفسخ، توفر واقعة عدم التنفيذ الجزئي. ومن أجل النظر في طلب الفسخ، ينبغي على القاضي تقدير جسامة عدم التنفيذ للعقد كأرضية يؤسس عليها حكمه بقبول أو رفض الفسخ. ولقد اختلف الفقه حول المعيار الذي يطبقه القاضي لتقدير جسامة الإخلال بالالتزام التعاقدي، فذهب اتجاه إلى اعتماد المعيار الموضوعي في تقدير واقعة عدم التنفيذ، ذلك أن محور اهتمامهم ينصب على طبيعة الالتزام. فالإخلال بتنفيذ التزام أصلي يعد إخلالا جسيما لمساسه بجوهر العقد من ناحية، ولتأثيره في توازنه من جهة أخرى، الشيء الذي يبرر الاستجابة لطلب الفسخ الكلي. أما الالتزام التبعي، فلا يعد عدم تنفيذه جسيما.⁵⁵⁴ وهو ما تجسد من خلال قرار لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 1976، والذي بموجبه رفض الحكم بفسخ عقد بيع آلة بعلّة أن العيب الذي شابهها لا يعتبر جسيما ولا مؤثرا إذ يمكن تصحيحه. ويتضح أن القضاء الفرنسي قد

⁵⁵³ - جاء في الفصل 181 من ق.ل.ع: يكون الالتزام غير قابل للانقسام:
- بمقتضى طبيعة محله، إذا كان هذا المحل شيئا أو عملا لا يقبل القسمة سواء كانت مادية أو معنوية،..
⁵⁵⁴ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية- دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن-، رشيد خوازي، ص 36.

تبنى معيارا موضوعيا، ذلك أن القاضي عند نظره في الدعوى، يبحث عما إذا كان موضوع العقد لازال قائما أم لا.⁵⁵⁵

بينما استند اتجاه آخر على التقدير الذاتي لجسامة عدم التنفيذ، والذي يركز على الوقوف عند الإرادة الحقيقية للطرفين، إذ يمكن أن تتجه إرادة المتعاقدين عند إبرام العقد إلى وجوب التنفيذ الكامل للعقد. ولا يتوقف القاضي عند هذا الحد، وإنما يهتم بمرحلة تنفيذ العقد، إذ يتوجب عليه أن يقيم سلوكات ونية المخل بالالتزام، ذلك أن جسامة عدم التنفيذ تتمثل في الفرق بين الإرادة المعلنة في العقد وحدود ترجمتها إلى أفعال عند التنفيذ. فإذا كان الجزء غير المنفذ مما يمكن تجاوزه دون أن يؤثر على الهدف من العقد، فإنه يمكن إيقاع الفسخ الجزئي، فعلى القاضي إذن التحقق من قدرة الأطراف على تحقيق الأهداف المنتظرة من إبرام العقد، والفسخ الجزئي لا يمكن إيقاعه إلا في حالة نقص في العقد لعيب في التنفيذ أو عدم تنفيذ جزئي، مع إمكانية جني الأطراف المتعاقدة للفائدة المنتظرة عند إبرام العقد.

556

ويعتد القاضي بسلوك الطرفين، فإذا طالب الدائن بفسخ العقد بسبب إخلال المدين بالتزامه، فإن القاضي يعتد بسلوك المدين كوسيلة لتقدير جسامة عدم التنفيذ. كما أنه ينظر في طلب الدائن بناء على ما توصل إليه من معطيات حول جسامة الإخلال بالالتزام، حيث يستجيب لطلب الفسخ كلما كان المدين مسؤولا عن

⁵⁵⁵ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية، دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن، رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 37.
⁵⁵⁶ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية، دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن، رشيد خواصي، مرجع سابق، ص 39.

التنفيذ مسؤولية كاملة من أجل إلحاق الضرر بمصلحة الدائن، أي أن المدين سيء النية في التنفيذ. أما إذا كان سلوك المدين خالياً من أي خطأ، فإن الأمر يستدعي إعادة التوازن بين الالتزامات العقدية من خلال تشطير المخاطر، دونما حاجة للجوء للفسخ.⁵⁵⁷

عندما ينظر القاضي في العقد، ويتبين له أن ما لم ينفذ من العقد قليل الأهمية بالمقارنة بما نفذ، أو أن المدين حسن النية بإمكانه التنفيذ إذا خوله مهلة، فإنه يرفض طلب الفسخ ويقضي بالإمهال،⁵⁵⁸ وهو ما نص عليه المشرع في الفصل 234 من ق.ل.ع.⁵⁵⁹ ولا شك أن القاضي وهو ينظر في طلب الفسخ، فإنه يأخذ بعين الاعتبار كافة العناصر والظروف المتدخلة في الموضوع إلى غاية إصدار الحكم أو القرار، وذلك لتقدير مدى جسامته إخلال المدين بالتزاماته العقدية. وفي هذا الإطار صدر حكم للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 29 دجنبر 2009، رفضت بموجبه المحكمة الاستجابة لطلب الفسخ وذلك بعلّة أنه: "لم يستند على أسباب قانونية واضحة، خاصة وأن عقد البيع تام بقبض الثمن بكامله وتسليم المبيع، وأن المدعي لم يثبت واقعة عدم توفر نظير الرسم العقاري ولم يحدد بدقة باقي الوثائق الأخرى، ويتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبول طلب الفسخ"⁵⁶⁰، وقد تستجيب المحكمة لقرار الفسخ، فيتقرر بمقتضى حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة،

⁵⁵⁷ - الفسخ الجزئي للعقود المدنية- دراسة في ضوء القانون المغربي والمقارن-، رشيد خواصي، ص 40.

⁵⁵⁸ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 387.

⁵⁵⁹ - الفقرة الثانية من الفصل 243 من ق.ل.ع: " ومع ذلك يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها"

⁵⁶⁰ - حكم للمحكمة الابتدائية للدار البيضاء، ملف رقم 76-21-09 صادر بتاريخ 2009/12/29.

وللقاضي في هذا الميدان سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ أو الإبقاء على العقد.⁵⁶¹ ويتوجب عليه أن يقدر إذا كان يقضي بفسخ العقد كله أم أن يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر.

وعلى العموم يعد الفسخ الجزئي للعقد وسيلة قانونية يلجأ إليها القاضي لإيجاد حل لإشكالية التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب. ورغم أن الفسخ الجزئي يعتبر في نظر البعض خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد وخرقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الواقع العملي أثبت مدى استجابته لغايات اقتصادية واجتماعية تتمثل في الحفاظ على العلاقة التعاقدية وضمان استقرار المعاملات، وذلك من خلال تصحيح الخلل الحاصل أثناء تنفيذ العقد وبالتالي إعادة التوازن بين التزامات طرفي العقد.

⁵⁶¹ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 387.

خاتمة:

تأسيساً على ما سبق، يعتبر الفسخ جزاء مدنيا للمتعاقد الذي أخل بالتزام من التزاماته التعاقدية، وهذا الفسخ تترتب عنه آثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الأغيار كما سبق الذكر، غير أن الفسخ كمؤسسة قانونية وظيفتها حل الالتزامات التعاقدية في العقود التبادلية لم تبقى لها نفس القوة التي كانت عليها، بحيث أصبح التوجه الآن نحو الفسخ بالإرادة المنفردة وهو ما أقرته مجموعة من التشريعات من قبيل القانون الألماني والقانون الصيني وغيرها من القوانين، فإلى أي حد يمكن القول بالفسخ بالإرادة المنفرد في التشريع المغربي؟



الأستاذ اشرف ركرافي

باحث في سلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس

السويسي الرباط

الاشعار بالافراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12

مقدمة:

يعتبر عقد الكراء⁵⁶² من أبرز العقود المسماة التي حظيت باهتمام المشرع المغربي، نظرا للأهمية التي يكتسبها في حل أزمة السكن. ولعل هذه الأخيرة بكل ما لها من انعكاسات على الحياة الاجتماعية والاقتصادية تعد من أصعب وأدق الأزمات التي سالت لها مداد الباحثين وخصصت لها نقاشات ودراسات مطولة من قبل الهيئات المعنية وغير المعنية. لما تشكله من اهتمام كبير لدى طبقة عريضة من المواطنين، فكل فرد يأمل في الحصول على المسكن الملائم وبالأجرة المتناسبة، ولذلك

⁵⁶² ينص الفصل 627 من ق.ل.ع، والذي نص على أنه "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه لأخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة مقابل أجره محددة يلزم الطرف الآخر بدفعها له".

قليل وبحق أن أزمة السكن هي أزمة التي تجعل الإنسان وهو داخل وطنه بأنه غريب عن هذا الوطن.

ونظرا لما أصبح يفرضه واقع الحال من صعوبة امتلاك جميع الأشخاص لمحل في المكان الذي يجدون أنفسهم مضطرين لسكن فيه أو يرونه مناسبا لتلبية احتياجاتهم، فإنه لا يبقى أما هؤلاء بذا من اللجوء إلى إبرام عقد الكراء.

ولم يستقر عقد الكراء على تنظيم تشريعي واحد بل تعاقبت على تنظيمه مجموعة من القوانين⁵⁶³ عبر فترات زمنية معينة، لكن ما يلاحظ على جل هذه القوانين أنها تنساق وراء حماية المكثري باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية. ورغم أن هذه الفكرة قد عمرت طويلا إلى أنها أصبحت متجاوزة بفعل عزوف المكثري عن كرات محلاتهم خوفا من فقدانها بدعوى أن قانون الكراء⁵⁶⁴ لم يوفر لهم الحماية اللازمة، وهذا الأمر قد ترتب عنه مجموعة من المشاكل الاقتصادية واجتماعية. دفعت بالمشروع المغربي إلى إصدار قانون رقم 67.12⁵⁶⁵ إيمانا منه في تخفيف من وطأة هذه المشاكل وإيجاد أكبر قدر من التوازن، وذلك بمنح بعض

⁵⁶³ بالإضافة إلى مقتضيات العامة في قانون الالتزامات والعقود عرف عقد الكراء زخم هائل من النصوص القانونية الخاصة التي تعاقبت على تنظيمه بدءا من ظهير 5 ماي 1928 ومرورا بظهير 25 دجنبر 1980 وإنهاء بقانون رقم 67.12.

⁵⁶⁴ المقصود بقانون الكراء هنا هو ظهير 25 دجنبر 1980.

⁵⁶⁵ يتعلق الأمر بالظهير الشريف، رقم 1.13.111 الصادر في 15 محرم 1435 الموافق ل 19 نوفمبر 2013، بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني.

الحماية للمكتريين لاسيما في ما يتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ، حتى يكونوا على بينة من أمرهم أنهم لن يفقدوا محلاتهم وذلك من أجل تشجيعهم على كرائها.

وبعد طول الانتظار دام لحوالي 33 سنة جاء المشرع المغربي بقانون رقم 67.12 المنظم للعلاقة التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن للسكنى والاستعمال المهني، والذي تضمن مجموعة من المستجدات همت كل أطوار عقد الكراء أهمها الجانب المتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ، والذي يعد أبرز مرحلة في عقد الكراء لأنه مهما طال إلا وينتهي لأنه من عقود المدة.

وحتى يمارس المكري هذا الحق الأصيل ألا وهو توجيه الإشعار بالإفراغ فلا بد وأن يسلك مجموعة من الإجراءات الشكلية التي تعد التزام يلقي على عاتقه.

ومن ثم يمكن طرح السؤال التالي ما مدى توقف المشرع المغربي من خلال القانون رقم 67.12 في توفير الحماية للمكثري من أجل ممارسة الحق وتقيد بالالتزام في توجيه الإشعار بالإفراغ وذلك من أجل الحد من التخوفات التي كانت تنتابه من جراء فقدده لمحله المكثري؟

وسعيا وراء الإجابة على هذا السؤال ارتأيت تقسيم هذا الموضوع الى مطلبين:
المطلب الأول: حق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12
المطلب الثاني: التزام المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

المطلب الأول: حق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

لقد تناول المشرع المغربي بمقتضى الباب السابع من القانون رقم 67.12 كل ما يتعلق بحق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ، وذلك في المواد من 44 إلى 54 بحيث أنه أكد من خلال المادة 45 على ضرورة توجيه إشعار المكثري بالإفراغ بنصه على أنه "رغم كل شرط أو مقتضى مخالف" وهو ما يفيد أن هذه القاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام.

وقد أردف بمقتضى المادة 48⁵⁶⁶ من نفس القانون مؤكدا على أسباب الإفراغ التي تتطلب ضرورة توجيه الإشعار بالإفراغ. وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع ذكر التماطل في الأداء ضمن الأسباب التي تلزم المكري الراغب في الإفراغ بسببها أن يوجه الإشعار بالإفراغ إلى المكثري، وأكد كذلك على نفس المقتضى في المادة 56 هذه الأخيرة التي جاءت في الباب المتعلق بفسخ الكراء والتي لا تلزم المكري بسلوك مسطرة الإشعار بالإفراغ، والتي تنص على أنه "يمكن للمكري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكثري ومن يقوم مقامه، دون توجيه إشعار بالإفراغ"، وذلك في الحالات الآتية:

⁵⁶⁶ تنص المادة 45 من القانون رقم 67.12 "يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل:

-استرداد المحل المكثري لسكنه الشخصي أو لسكن زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين من الوصية الواجبة المؤسسة بمقتضى المادة 369 وما يليها من مدونة الأسرة أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002).

-ضرورة هدم المحل المكثري إعادة البناء، أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ،

-التماطل في الأداء".

-عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء"

من خلال المقارنة بين المادتين 45 و56 يتضح أن المشرع وقع في تناقض، لأن عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصل المكثري بالإنذار هو ذاته التماطل في الأداء⁵⁶⁷. وبالتالي وجب حذف التماطل في الأداء حتى يكون هناك انسجام بين النصوص القانونية. ولن تناول التماطل في ضمن الأسباب التي تخول للمكثري توجيه الإشعار بالإفراغ لأن مكانه هو فسخ عقد الكراء وليس إنجائه.

وعلاوة على ذلك هناك تناقض آخر لا يقل أهمية عن سابقه ومرده هل أسباب توجيه الإشعار بالإفراغ جاءت في قانون رقم 67.12 على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، وبالرجوع الى الصياغة الواردة بمقتضى المادة 45 من نفس القانون وهي كتالي "يجب على المكثري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل" والتي توحي ظاهريا أن أسباب توجيه الإشعار بالإفراغ على سبيل المثال وبإمكان اعتماد أسباب أخرى غير واردة في هذه المادة، لكن عندما تصل بنا القراءة إلى المادة 48⁵⁶⁸ سرعان ما يتبدد هذا الفهم، والتي تسير في اتجاه المعاكس.

⁵⁶⁷ حياة البراقي: الانهاء والفسخ في ظل القانون رقم 67.12، المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، مقال منشور بالمجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد الثالث، السنة 2016، ص 81.

⁵⁶⁸ تنص المادة 48 من القانون رقم 67.12 على أنه "لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه"

وإذا كان المشرع المغربي قد خول للمالك حق في توجيه الإشعار بالإفراغ وذلك من أجل المطالبة باسترداد محله المكترى، فإن هذا الاسترداد لا يعدوا أن يكون إما استرداداً نهائياً (الفقرة الأولى) أو استرداداً مؤقتاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق المالك في الاسترداد النهائي للاحتياج

يمكن القول بداية إلى كلمة الاحتياج⁵⁶⁹ أو الحاجة لم يستعملها المشرع سواء في ظل القانون القديم وحتى القانون الجديد رقم 67.12 وإنما هي من ابتداع الفقه والقضاء⁵⁷⁰.

ويعتبر ما يعرف بالاحتياج من الأسباب التي يتم الاعتماد عليها بشكل كبير في دعاوي إنهاء عقود الكراء الواردة على محل سكني أو مهني، ومرد ذلك يرجع إلى أن المكري إن لم يثبت حاجته الشخصية للسكن في المحل المراد استرداده، فكثير ما يكون له أحد الأقارب ممن لهم بمقتضى القانون حق الاستفادة من المحل يمكن إثبات حاجته للسكن فيه.

569 يقصد الاحتياج تلك الحالة التي يكون فيها المالك أو من يعيش في كنفه أحوج إلى المحل المأجور بسبب تغيير ظروفه العائلية أو ممارسته لحق من الحقوق الطبيعية كالزواج أو تغيير طبيعة العمل وما يترتب عن ذلك من تحول في الحياة الاجتماعية لطالب الاحتياج.

- عبد القادر العرعاري: النظرية العامة للعقود المسماة، عقد الكراء المدني، الطبعة الثالثة، مطبعة الكرامة، سنة 1434_2013، ص 166.

570 حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في الظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدا الرباط، السنة الجامعية 2005.2006، ص 221.

إضافة إلى ذلك فهذا السبب يترجم ترجيح كفة المالك على المكثري حين يصبح كل منهما في حاجة إلى ذات العقار وذلك انطلاقاً من أن "صاحب الملك أولى وأحق باستعماله من غيره"⁵⁷¹.

ولم يجعل المشرع المغربي رخصة الإفراغ للاحتياج حكراً على المكري فحسب بل وسع من دائرة المستفيدين من توجيه الإشعار بالإفراغ لهذا السبب (أولاً) وفي المقابل ذلك قلص من شروط توجيهه (ثانياً).

أولاً: توسيع دائرة المستفيدين من توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج

كان الفصل 13 من ظهير 23.12.1980 ينص على أنه يمكن للقاضي تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان المقصود سكنى المكري بنفسه بالمحل أو أصوله أو فروعها المباشرين أو المستفيدين إن كانوا من الوصية المؤسسة بمقتضى الفصل 266 من قانون الأحوال الشخصية، ولعل أهم مستجد جاء به المشرع في قانون رقم 67.12 هو أنه أضاف المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

1- المكري

لقد وقع خلاف بادئ الأمر حول مفهوم المكري الوارد في النص القديم والذي احتفظ به المشرع حتى في النص الجديد وذلك حول ما إذا كان لازماً أن يكون هو

⁵⁷¹ حياة البراقي: الانهاء والفسخ في ظل القانون رقم 67.12، المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، مرجع سابق، ص 166.

المالك للمحل الذي ينبغي إفراغه أم لا، وبمعنى آخر هل الإفراغ للاحتياج مرتبط بحق الملكية أم بعنصر المنفعة؟

اختلفت توجهات الفقه في الإجابة على هذا السؤال بحيث ذهب الاتجاه الأول إلى أن استرداد المحل للسكنى مكفول للمالك ولغيره ممن يكون مكرباً كالمستفيد والمكرب من الباطن. لأن إجازة الإفراغ للاحتياج مرتبطة بحق المنفعة وليس بحق الملكية ولذلك فإن حرمان المؤجر من الباطن المالك تحكم لا مبرر له⁵⁷².

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى أن حق الإفراغ من أجل السكنى مرتبط بالملكية، ولا صلة له بالمكرب غير المالك. ويقوم هذا على أساس المفاضلة بين حق المالك في الانتفاع بملكه وحق المكرب في البقاء في العين إذ يرجح في هذه الحالة حق الأول على الثاني أما إذا كان المكرب غير المالك فلا سبيل إلى تغليب مصلحته على مصلحة المكرب⁵⁷³.

ويبدو أن الاتجاه الثاني أقرب إلى الصواب لأن المشرع قصد بالمكرب "المالك" وليس المنتفع وهو ما يفهم من سياق المادة 49 من قانون رقم 67.12 التي تنص على أن "يكون المحل المطلوب إفراغه ملكاً للمكرب منذ 18 شهراً على الأقل من تاريخ

⁵⁷² عبد الرزاق أحمد السنهاوري: شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد، 2، ص 1173.

⁵⁷³ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكرب المحلات السكنية، موجبات الإفراغ، مطبعة الأحمدية، الطبعة الثالثة، 1422.2001، ص 87.

الإشعار بالإفراغ". وقد أكدت على ذلك عدة قرارات لمحكمة النقض تؤكد على أحقية المالك في استرداد محله ليسكن فيه⁵⁷⁴.

وفي هذا الصدد يمكن القول بأن لفظ المكري الوارد في المادة 45 من القانون رقم 67.12 ينصرف للرجل والمرأة على حد سواء، ولا يسوغ تمييز بينهما⁵⁷⁵. وبالتالي يحق للمرأة المتزوجة استرداد محلها لسكن به شخصيا رفقة عائلتها.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض والذي اعتبرت على أنه يحق للمرأة المتزوجة المكرية إفراغ المكثري قصد السكنى وهي زوجها وفروعها، وليس في ذلك أي تعارض مع مدونة الأسرة التي تلزم الزوج بالإنفاق⁵⁷⁶.

وباعتبار أن الاحتياج مسألة واقعية لذلك فإن إثبات هذا العنصر يلقي في الأصل على مدعيه ألا وهو المكري⁵⁷⁷. مادام أثبت أنه اضطر للمطالبة بإفراغ مسكنه

⁵⁷⁴ قرار لمحكمة النقض، رقم 2053 الصادر بتاريخ 21.6.2006 ملف مدني، عدد 1980/1/6/2005، غير منشور، أورده مصطفى لزرق، الإفراغ للسكن وفقا مقتضيات ظهير 25 دجنبر 1980 وتوجهات مجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى لمجلس الأعلى، حول قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية، من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، سنة 2007، ص393.

⁵⁷⁵ محمد بونيات: تنظيم العلاقات بين المكري والمكثري، (القانون 79.6 المنظم بظهير 1980)، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الكتب، العدد 16 مراكش، سنة 1998، ص 88.

⁵⁷⁶ قرار محكمة النقض عدد 96 في الملف عدد: 07.1648 تحت عدد 96 الصادر بتاريخ 14.01.2009.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض "وإن كانت نفقة زوجة على زوجها طبقا لمدونة الأحوال الشخصية فإن لها الحق كمالكة مكربة أن تطلب إفراغ المكثري من محلها قصد السكن زوجها وأولادها وأن سكناها في سكنة إدارية منحت لزوجها لا يسقط حقها المنصوص عليه في الفصل 13 من ظهير 25.12.1980" قرار محكمة النقض، عدد 3462 الصادر بتاريخ، 2005/12/28 في الملف المدني، عدد 2004/6/1/1/1843، أورده محمد العبادي، بعض توجهات المجلس الأعلى في قضايا الإكربة، مقال منشور بملحق بأهم مبادئ قرارات المجلس الأعلى، المائدة المستديرة الخامسة حول موقف التشريع والقضاء من المنازعات المتعلقة بعقود الكراء، العدد الخامس، سنة 2011، ص45.

⁵⁷⁷ عبد القادر العراري، عقد الكراء، مرجع سابق، ص 178.

ويستطيع الإثبات بشتى الطرق ويدخل في ذلك حتى القرائن لأن الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية⁵⁷⁸.

2- أقارب المكري

بالإضافة إلى المكري الذي خول له المشرع المغربي بمقتضى المادة 45 من القانون رقم 67.12 حق توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج للسكنى فإنه في بعض الأحيان قد لا يكون هو المحتاج مما يتطلب منه الأمر تضمينه أحد أقاربه.

أ- أصول وفروع المكري

لقد أكدت المادة 45 من القانون رقم 67.12 على أن أصول المكري أو فروع المباشرين يعتبرون من بين المستفيدين من رخصة المطالبة بالإفراغ للاحتياج. وقد أثارت كلمة المباشرين الواردة في المادة 45 خلاف من بين الأوساط الباحثين حيث جنح رأي الأول إلى أن الاستفادة من رخصة الإفراغ محصورة في الأصول المباشرين أي الأبوين دون الأجداد⁵⁷⁹. أما الرأي الثاني فقد اعتبر أن الاستفادة تسري على الأصول بصفة عامة سواء كانوا أباء أو أجداد لأن صفة المباشرين تنسحب في النص على الفروع دون الأصول⁵⁸⁰.

578 عبد العالي مجبر: الأسباب المشروعة للحكم بإفراغ المحلات المعدة للسكنى بين النصوص القانونية وموقف المجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى للمجلس الأعلى، حول موضوع قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية من 22 و 23 فبراير، 2007 ص 33.

579 أحمد عاصم: الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، دراسة تحليلية للنصوص على ضوء أحكام القضاء وقرارات المجلس الأعلى، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر المغربية، سنة، 1996 ص 117.

580 ادريس اليعقوبي: إشكالية إفراغ محلات السكنى بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، سنة 1989، ص 85.

ويعتبر من وجهة نظرنا أن الاتجاه الثاني مجانباً للصواب ويقتضيه مبدأ العدالة والإنصاف على اعتبار أن الأجداد هما أكبر سناً من أولادهم وبلوغهم من السن عتياً يفرض العناية بهم من جهة وأن المشرع لو كان يقصد الأصول والفروع لاستعمل "واو" العطف بدل "أو" من جهة أخرى.

ب- المستفيدين من الوصية الواجبة

الوصية الواجبة هي جزء من التركة يستحقه أبناء الابن وأبناء البنت المتوفي أو المتوفاة قبل أبيه أو أبيها أو معه إذا لم يكونوا وارثين⁵⁸¹.

وقد كانت الوصية الواجبة حق لأولاد الابن دون البنت في قانون الأحوال الشخصية القديم، لكن مدونة الأسرة التي حلت محله قد سوت في استحقاق الوصية الواجبة بين الأولاد الابن وأولاد البنت إذا توفي أحدهما أو كلاهما قبل والده أو معه⁵⁸². وبالتالي أصبح من حق ولد البنت المطالبة بتوجيه الإشعار بالإفراغ إسوة بولد الابن.

ويبقى الاستناد إلى الاحتياج ذوي الوصية الواجبة استثناء من قاعدة الاعتداد باحتياج الفروع المباشرين فقط لأنهم أحفاد وفروع من الدرجة الثانية في نفس الوقت، إلا أن الاستناد على احتياج أبناء البنت المتوفاة قبل والدها يثير بدوره مسألة

⁵⁸¹ تنص المادة 369 من مدونة الأسرة على ما يلي "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب على لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بمقدار و الشروط الآتية"

⁵⁸² حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات والحدود في الظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 136.

التوفيق بين مقتضيات قانون الكراء ومدونة الأسرة لأن أحفاد أبناء البنت غير
الرشداء يقع على والدهم تكليف إسكانهم⁵⁸³.

ج- المكفول

فالكفالة عمل إنساني بالأساس يرمي الى توفير حياة عادية وسليمة للطفل
المتخلى عنه سواء كان معروف الأبوين أو كان مولود من السفاح. وذلك من أجل
تربيته وتنشئته والإنفاق عليه كما يفعل الأب مع ولده دون أن يترتب على هذه
الكفالة حق في النسب ولا في الإرث⁵⁸⁴.

ولقد راعى المشرع المغربي وضعية المكفول رأفة به لإيجاد سكت يأويه ولو على
حساب المكثري لأنه غالبا ما يكون أحوج الى ذلك لاسيما أنه ليس لديه ما يعينه سوى
المكثري الكفيل.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن هذه الرعاية همت الأشخاص المكفولين طبقا
للقانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين دون المكفولين خارج هذا
القانون، وهذا التمييز لم نجد له أي مبرر من قبل المشرع المغربي.

⁵⁸³ حساين أعبود: قراءة في القانون 67. 12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني،
مقال منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 15 سنة 2014، ص 176.

⁵⁸⁴ محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2003، ص 13.

ثانيا: تلطيف من شروط توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج

لقد نصت المادة 49 من القانون رقم 67.12 على شروط اللازم توفرها لصحة توجيه الإشعار بالإفراغ بسبب الاحتياج لسكن وهما شرط المدة (أ) وعدم شغل الغير المستفيد محلا في ملكه وكافيا لحاجياته العادية (ب).

1- شرط المدة

من خلال مقتضيات المادة 49⁵⁸⁵ من القانون رقم 67.12 يتضح أنها جاءت بمستجد مفاده تخفيض مدة التملك بالنسبة للمالك المحتاج الراغب في توجيه الإشعار بالإفراغ إلى ثمانية عشرة شهرا من تاريخ الإشعار، بدل ثلاثة سنوات التي كانت في ظل القانون القديم مخفضا درجة الحرص على مصلحة المكثري بتخفيض مدة التملك الى نصفها.

ولعل الغاية من اشتراط هذه المدة هو محاربة المضاربات العقارية الكيدية الهادفة إلى إخلاء المكثرين بعد فترات وجيزة من تملك العقار المأجور، وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث أنها اعتبرت بأن الإنذار بالإفراغ يكتسي طابع المضاربة في حالة توجيهه بعد تاريخ الشراء بقليل⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ تنص المادة 49 من القانون رقم 67.12 أنه "لا يقبل طلب تصحيح الإشعار بالإفراغ لسبب المشار إليه أعلاه في البند الأول من المادة 45 أعلاه إلا بتوفر الشرطين التاليين:

1- أن يكون المحل المطلوب إفراغه ملكا للمكثري منذ 18 شهرا من تاريخ الإشعار بالإفراغ..."

⁵⁸⁶ قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 1956/12/3 إبراهيم زعيم ومحمد فركت الكراء نصوص والاجتهاد (1913.1985)، السلسلة الجديدة في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص86.

وبالإضافة إلى هذا المستجد أضافت نفس المادة مستجد آخر يتجلى في أنها سمحت للوارث والموصى له والمكفول حق الاستفادة من احتساب المدة التي كان يملك خلالها المالك السابق، وبهذا وضعت حد للإشكالات التي كانت تطرح سابقا حول إمكانية استفادة الأشخاص المذكورين أعلاه من المدة التي كان يملك خلالها المكري المحل المكترى⁵⁸⁷.

ويعتبر إقحام المشرع المغربي للمكفول في الاستثناء المنصوص عليه في المادة 49 من القانون رقم 67.12 إلى جانب الوارث والموصى له، له ما يبرره لأن الكفالة لا تنقل أموال الكافل إلى المكفول وذلك خلافا للإرث والوصية، فالمكفول ليس خلفا عاما⁵⁸⁸، وبهذا يكون المشرع قد منح للمكفول ما لم يمنحه لباقي المستفيدين من زوج وفروع وأصول بأن جعله يتمتع بامتيازات لا يتمتعون بها⁵⁸⁹.

وأن ذكر المكفول بمقتضى البند الأول من المادة 49 من القانون رقم 67.12 دون الإشارة إلى القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين عكس ما نص عليه في المادة 45 هل هو سهو من المشرع أم ترك الباب مفتوح على مصراعيه للمكفول سواء المهمل أو الغير المهمل؟.

2- عدم شغل المستفيد محلا في ملكه وكافيا لحاجياته العادية

587 وسيلة حرنان: الإشكالات المتعلقة بالإندثار، في ضوء القانون رقم 67.12، المتعلق بالكراء السكني أو المهني، مقال منشور بسلسلة الندوات والأيام الدراسية، قراءة في مستجدات القانون رقم 67.12، المتعلق بالكراء السكني والمهني، سنة 2014، ص 7.

588 تنص المادة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين، في فقرتها الأخيرة على أنه "لا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

589 حياة البراقي: إنهاء وفسخ عقد الكراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، في ظل قانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 115.

لقد نصت على هذا الشرط الفقرة الثانية المادة 49 من قانون رقم 67.12⁵⁹⁰ وعلى ما يبدو من صياغتها أن هذا الشرط يخص الأماكن المعدة للسكنى دون تلك المعدة للاستعمال المهني على اعتبار أن المادة استعملت مصطلح "سكنا". ولا يجب أن يفهم من وراء ذلك أن توفر المكري على محل في ملكه يعد قرينة قاطعة على أنه غير محتاج، إذ قد قضت محكمة النقض بنقض قرار استئنائي رفض دعوى الإفراغ بعلّة أن المكري يسكن في جزء من العقار الذي يملكه وقد اشترى جزء ثاني وهو مسكون وأن هدفه بالتالي هو التوسع في السكن فقط⁵⁹¹.

فالحاجة إلى التوسع في السكن مثل الحاجة إلى السكن سواء بسواء، فالمشروع بإضافته لعبارة كافيا لحاجياتهم العادية يفيد أن المكري أودويه الذين لهم سكن في ملكهم ولكن غير كاف لحاجياتهم يعتبرون في حكم من ليس له سكن في ملكه في مجال الاحتياج⁵⁹².

وقد يدعي طالب الإفراغ عدم ملائمة السكن الذي يشغله لوضعيته الصحية إذ أن جعل السكن مناسباً للحالة الصحية هي من أهم الحاجيات العادية التي يرغب الإنسان توفرها في المنزل الذي يأويه، خاصة إذا كان الأمر مقروناً بتقرير طبي

590 نص الفقرة الثانية من المادة 49 من القانون رقم 67.12 على ما يلي ".... أن يكون المكري أو زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرون من الدرجة الأولى أو المستفيدين من الوصية الواجبة حسب الحالات أو المكفول طبقاً لمقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين لا يشغلون سكناً في ملكيتهم أو كافياً لحاجياتهم العادية".

591 قرار محكمة النقض رقم 525 بتاريخ 16 يوليوز 1982، ملف مدني عدد 84586 منشور بمجلة القضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص.

592 أحمد عاصم: الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 118.

يبرر رغبته في استبدال المحل الذي يشغله بمحل آخر متوفر على مواصفات تلائم حالة الصحية ومتوفرة في سكن يملكه والذي يؤجره للغير⁵⁹³.

وما تجدر إليه الإشارة أخيرا أنه لا يشترط توفر هذين الشرطين المشار إليهم أنفا إذا عرض المكري على المكثري سكنا مماثلا للمحل المطلوب إفراغه بنفس المواصفات ونفس الوجيبة الكرائية، لكن قد يعترض المكثري على اقتراح المالك للمحل الجديد بحجة أن المحل لا يراعي الشروط المنصوص عليها في المادة 49 هذه الفرضية لم يشر لها المشرع المغربي ولا لإجراءاتها، وهو ما يعتبر فراغا تشريعيا يجب سده وذلك باحتكام إلى المنطق الذي يفرض لجوء المكري إلى المحكمة لتحسم في النزاع إذا تبين لها أن الشروط المتطلبة في المادة 49 من القانون رقم 67.12 متوفرة حكمت بالإفراغ لأن رفض المكثري في هذه الحالة لا يعدوا أن يكون تعسفا وتعننا من جانبه⁵⁹⁴.

593 لقد قضت محكمة النفوس في قرار لها بأنه "يكون غير مرتكز على أساس ومعرض للنقض والإبطال القرار الذي اعتبر أن حالة المرض المحتج بها من طرف طالب المصادقة على الإشعار بالإفراغ للاحتياج لا يمكن أن تكون سببا للمصادقة عليه دون أن تبحث المحكمة مصدرته في واقعة الاحتياج وتقدرها على ضوء الحالة المرضية للينت المراد إسكانها لاسيما وقد تمسك الطاعنون بأنه يتعذر عليها الصعود إلى الطابق الرابع الذي تسكن فيه معهم بناء تعليمات طبيبها الذي أجرى لها عملية جراحية على القلب".

قرار رقم 2886 بتاريخ 6-9-2006 عدد 3026 1-6-2004 أورده مصطفى لزرق، الإفراغ للسكن وفقا مقتضيات ظهير 25 دجنبر 1980، وتوجهات مجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى لمجلس الأعلى، حول قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية، من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، سنة 2007، ص 404.

594 الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية، موجبات الإفراغ، مرجع سابق، ص 366.

الفقرة الثانية: حق المالك في الاسترجاع المؤقت للهدم وإدخال

التغيير على البناء

لقد منح المشرع المغربي بمقتضى المادة 45⁵⁹⁵ من قانون رقم 67.12 للمكثري حق في الاسترجاع المؤقت لمحله المكثري وذلك لضرورة الهدم وإعادة البناء، وإدخال الإصلاحات ضرورية عليه.

وعكس السبب الأول المتعلق بالاسترجاع للاحتياج الذي يقوم على الاسترجاع النهائي فإن هذا السبب يقوم على الاسترجاع المؤقت، في حالة توفر حالاته، وينتهي هذا الحق بممارسة المكثري لحقه في الرجوع إلى المحل إذا ما تحقق الغرض من إفراغه.

أولاً: حالات الاسترجاع المؤقت للهدم وإدخال التغيير على البناء

يقصد بالهدم هو إزالة البناء برمته وتحويله إلى أنقاض بحيث تصبح الأرض مجردة منه كله⁵⁹⁶. أما إدخال التغييرات فهي كل الأعمال والإصلاحات الهادفة إلى ترميم البناء أو تدعيمه أو توسيعه أو الزيادة فيه لا فرق في ذلك بين الإصلاحات الضرورية أو تلك التي تملئها ظروف الاستعجال القصوى التي لا تحتل التأخير⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ تنص المادة 45 من القانون رقم 67.12 على أنه "يجب على المكثري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعار بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل:

- ضرورة الهدم المحل المكثري وإعادة بناء وإدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ".

⁵⁹⁶ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات، والحدود في ظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 173.

⁵⁹⁷ عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 187.

ويعتبر الإفراغ لضرورة الهدم وإدخال التغييرات على البناء من الأسباب التي أكد عليها المشرع المغربي في إطار القانونين القديم وكذا الجديد بحيث أكد هذا الأخير في المادة 50 منه على أنه " يتعين تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان هدم المحل أو إدخال تغييرات هامة عليه ضروريا ويستوجب إفراغ المكثري من المحل المكثري" وبمفهوم المخالفة إذا كان الهدم وإدخال التغييرات على المحل لا يستوجب إفراغ المكثري فلا داعي لتصحيح الإشعار بالإفراغ، وسيان في ذلك إذا كان الهدم جزئيا. أما إذا كان كليا وتستدعيه الضرورة فلا مناص من إفراغ المكثري.

لكن إذا كانت الضرورة شرطا لازما لنشوء حق المكثري في طلب الاسترجاع المؤقت لمحلّه من أجل هدمه أو إدخال تغييرات عليه، فيتوجب علينا الوقوف على معناها حتى يزال الغموض وتتضح الصورة بمكان.

لقد انقسمت الآراء حول معنى الضرورة إلى رأيين، فالرأي الأول يحصر معناها في نطاق ضيق بحيث أنها تتحقق في حالة ما إذا كان المحل مهددا بالسقوط أو الانهيار مما يفرض في هذه الحالة أن يتدخل المكثري لتفادي هذا الخطر إما بترميم المبنى وإصلاحه وإما بهدمه كليا أو جزئيا بحسب الأحوال وما تقتضيه وضعية البناء⁵⁹⁸. أما الاتجاه الثاني فقد توسع في معنى الضرورة مؤكدا أن المشرع لم يحدد حالات الهدم بل اشترط فقط توفر حالات الضرورة تاركا أمر تقديرها للقضاء، بحيث تستوعب

⁵⁹⁸ سين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية، موجبات الإفراغ، مرجع سابق، ص 358.

كافة الصور التي يكون فيها الهدم ضروريا لدواعي الأمن أو الصحة أو للضرورة الاقتصادية أو العمرانية⁵⁹⁹. وما يميز هذا الاتجاه هو أنه مؤيد من طرف القضاء⁶⁰⁰.

ويتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة 50⁶⁰¹ أن المشرع المغربي اعتنق الرأي الثاني الذي يتوسع في معنى الضرورة. وهو ما يكرس في نظرنا حماية الأطراف العلاقة التعاقدية وذلك في الحفاظ على المحل المكترى من الانهيار من جهة والحفاظ على المحل المكترى من جهة أخرى.

وعلاوة على ذلك فإذا كانت معنى الضرورة عرفت اختلاف في الرأي فإن حالاتها لن تخلو بدورها من خلاف بحيث أن البعض قد جنح إلى أن حالات الضرورة جاءت على سبيل الحصر لأن المشرع المغربي لا يترك مجال لاعتبار حالات الضرورة أخرى غير المنصوص عليها مثل الهدم امتثالا لقرار إداري أو قضائي لا علاقة له بانعدام الشروط الصحية والأمنية⁶⁰²

أما الاتجاه الآخر فقد أكد على أن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال وسندهم في ذلك أنه يمكن للقضاء الحكم بالإفراغ للهدم وإعادة البناء وإدخال

⁵⁹⁹ أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراسي السكني والمهني، مرجع سابق، ص 70.

⁶⁰⁰ حيث قضت محكمة النقض إلى أن "الهدم يكون ضروريا لكي يقام بناء جديد مكان بناء المهدم كما يكون ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية أو الأمنية لسكانه".

__ قرار محكمة النقض، عدد 1978 بتاريخ 1987/9/23، في الملف المدني عدد 83/815، قضاء مجلس الأعلى، العدد 41 نونبر 1988، ص 29.

⁶⁰¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 50 من القانون رقم 67.12 "...يكون الهدم وإدخال التغييرات ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية وأمنية به أو إذا رغب المكري في إقامة بناء جديد مكان البناء المهدم أو ظهرت مستجدات بمقتضى وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها أن تثنى العقار".

⁶⁰² حياة البراقي: إنهاء وفسخ عقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني في ظل قانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 77.

إصلاحات متى كان السبب الذي يستند عليه المكري جدياً وأدلى رفقة طلبه برخصة البناء وتصميم مصادق عليه⁶⁰³، لذلك يمكن إضافة بعض الأسباب الجدية الأخرى المبررة للهدم وإعادة البناء من قبيل تنفيذ قرار إداري أو حكم قضائي أمر بالهدم. وفي اعتقادنا المتواضع أن الرأي الثاني يبقى مجانباً للصواب وسندنا في ذلك صياغة المادة 50 من القانون رقم 67.12 التي استعملت عبارة "أظهرت مستجدات بمقتضى وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها تهمين العقار" وهذه العبارة توضح بشكل لا يدع مجالاً للشك على أنه يمكن أن تظهر في أي وقت وحين حالات الهدم بمقتضى وثائق التعمير وهو ما يجعل حالات الهدم وإعادة البناء وإدخال إصلاحات واردة على سبيل المثال لا الحصر.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الرابعة من المادة 50 من قانون رقم 67.12 قد منحت للمكثري إمكانية أن يطلب من المحكمة تحديد أجل للمكثري يتعين خلاله تنفيذ سبب الإفراغ. وعلى كل حال لا يسري هذا الأجل إلا من تاريخ استعادة العين وبسط المكثري يده عليها لا من تاريخ صدور الحكم وصيرورته نهائياً، إذ يتعذر الشروع في الأشغال وللعين تحت يد المكثري ولاحتمال تأثير امتناع المكثري المحكوم عليه وتملصه من التنفيذ بافتعال الأعذار كدعوى الصعوبة في التنفيذ مثلاً، ومن ناحية

603 نزهة الخالدي، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع عقد الكراء وفقاً للقانون الالتزامات والعقود، والقوانين المقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة تطوان، سنة 2016، ص 255.

أخرى يبقى سريان ذات الأجل رهن مشيئة المكري المحكوم له مادام التنفيذ مرتبط بمبادرته⁶⁰⁴.

ثانيا: أحقية المكثري في الرجوع إلى المحل بعد إصلاحه وإعادة بنائه

لقد أكد المشرع المغربي في المادة 50 من القانون رقم 67.12 في شقها الثاني على أحقية المكثري للرجوع إلى المحل بعد إصلاحه أو الإعادة بنائه بشرط أن يستعمل هذا الحق داخل الشهرين المواليين للإشعار الصادر عن المكري وفقا للفقرة الموالية وإلى سقط حقه.

ويعتبر أبرز مستجد جاء به المشرع هو تقليص مدة إخبار المكثري من قبل المكري على 15 يوما من تاريخ الحصول على رخصة السكن وشهادة المطابقة بدل شهرين من نهاية الأشغال التي كانت منصوصا عليها في ظل القانون القديم. وكذلك استعماله لعبارة "الإشعار الصادر عن المكري وفقا للفقرة الموالية" تمييزا له عن الإشعار في حالة الاسترجاع المحل المكثري بصفة نهائية.

أما ممارسة حق المكثري في الأسبقية للرجوع إلى المحل لم يلحقها أي تغيير حيث أبقى المشرع على المدة التي كانت واردة في الفصل 15 من القانون القديم وهي شهرين من تاريخ الإشعار الموجه له.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ حساين أعبود. مرجع سابق ص 177.

⁶⁰⁵ حياة البراقي: إنهاء وفسخ عقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، في ظل القانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 78.

ومدة شهرين هاته فيها تعطيل للانتفاع بالعين فالمالك يحرم من الثمار المدنية ولا يستطيع الكراء للغير ولا يلتزم المكثري السابق بأداء الوجيبة الكرائية عنها حتى في حالة تمسكه بأسبقية وعودته فعلا الى ذات العين. لأن الأمر هنا لا يتعلق باستئناف للعلاقة الكرائية القديمة وإنما بإنشاء علاقة جديدة متفاوض عليها بدليل إنهاء العلاقة السابقة بموجب الحكم القضائي المصحح للإشعار بالإفراغ وتنصيب القانون على أن السومة الكرائية تراعى فيها التغييرات المدخلة على العين والرأسمال المستثمر فيها⁶⁰⁶.

المطلب الثاني: التزام المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

لما كان عقد الكراء وفقا للقواعد العامة عقدا عاديا فإنه كان بالإمكان إنهاء هذا العقد بمجرد انقضاء المدة طبقا للفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود⁶⁰⁷. غير أن هذا المبدأ عرف تطورا نظرا لعدة مستجدات اجتماعية جعلت إنهاء عقد الكراء لمجرد انقضاء المدة المتفق عليها ضارا بمصالح المكثري بتعويضه لعدم الاستقرار النفسي والمادي، فكان حتما أن يتدخل المشرع لتنظيم إفراغ المكثري

⁶⁰⁶ حسان أعيود. مرجع سابق ص 178.179.

⁶⁰⁷ ينص الفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود على أنه " كراء لأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية".

بضوابط خاصة، منها واجب إشعاره من طرف المكري بالإفراغ⁶⁰⁸ وتضمن الإشعار لجميع البيانات وتبليغه وإثباته بصفة قانوني.

وقد عرف الفقه الإشعار "بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يعبر عن طريقه أحد طرفي العلاقة الكرائية عن رغبته في وضع حد لعقد الكراء، بعد مرور أجل معين يطلق عليه الإخطار"⁶⁰⁹.

ويعد الإشعار بالإفراغ بمثابة قيد شكلي الذي يلقي على عاتق المالك المكري التزام بسلوك الإجراءات الشكلية الواردة في الفصل 46 من قانون رقم 67.12 حتى يعتد به قانونا.

الفقرة الأولى: التزام المالك بتضمن الإشعار بالإفراغ لجميع البيانات

خلافًا للقواعد العامة⁶¹⁰ التي تعتبر الإشعار بالإفراغ تصرفًا قانونيًا ينشأ سليما صحيحا بمجرد توفره على الأركان اللازمة لقيام التصرفات الرضائية بصفة عامة⁶¹¹. عكس ما هو عليه الحال في ظل قانون رقم 67.12 الذي يلزم المالك بإفراغه

608 محمد بونبات: العقود المسماة، البيع الكراء، مطبعة الوراق مراكش، سنة 1997، ص 98.

609 أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 45.

610 بالرجوع إلى القواعد العامة، يتضح بأنها لا تشترط في الإشعار بالإفراغ شكل معين بل تركت الأمر إلى محض إرادة الأطراف، وبالتالي يمكن أن يكون كتابيا أو شفويا.

611 الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكتري المحلات السكنية، دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص 57.

وفق الشكل الذي رسمه المشرع في هذا القانون بحيث أصبح شكل الإشعار ركن صحة لا يرتب أي أثر إلا إذا جاء وفق ما هو محدد قانوناً⁶¹².

وترتيباً على ذلك نستطيع القول أن المكري مقيد في مطالبته بإفراغ محل سكني أو مهني بقيد ثلاثي الوجوه يحد من حريته في ممارسة هذا الحق⁶¹³، ويتجلى في بيان الأسباب التي يستند عليها وشمول الإشعار لمجموع المحل المكترى بكافة مرافقه تم تحديده لأجل شهرين على أقل.

أولاً: وجوب بيان الأسباب المثارة من قبل المكري

فكما هو واضح من خلال المادة 46 من القانون رقم 67.12 فإن المكري ملزم بتضمين الإشعار الذي يوجهه إلى المكترى قصد إنهاء العلاقة الكرائية التي تربطه به، الأسباب التي يستند عليها من أجل تبرير طلب الإفراغ.

ولا شك أن هذا البيان يكتسي أهمية قصوى، ذلك أن المحكمة لا يجوز لها أن تصح إشعاراً غير مسبب بأسباب تبرر وضع حد لعقد الكراء⁶¹⁴.

إذ أن إلزام المكري ببيان السبب هو شرط لازم وضروري لصحة الإنذار، كما أن عدم تضمين الإنذار لأي سبب يجعله باطلاً، ولا يعتد به من طرف المحكمة، وقد

⁶¹² لقد نصت المادة 46 من قانون رقم 67.12 على شكل الإشعار بالإفراغ بقولها "يتضمن الإشعار بالإفراغ تحت طائلة البطلان،

-الأسباب التي يستند عليها المكري،

-شموله مجموع المحل المكترى بكافة مرافقه،

-أجل شهرين على الأقل".

⁶¹³ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في ظل ظهير 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 267.

⁶¹⁴ أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 38.

يتضمن الإنذار سبب أو مجموعة من الأسباب، ومن المؤكد أن المحكمة إذا ما تأكدت من جدية أحد الأسباب فإنها تبحث في السبب الثاني المضمن بالإشعار بالإفراغ⁶¹⁵. وهذا ما صارت عليه محكمة النقض مؤكدة على أنه "حيث أن الثابت من وثائق الملف المعروضة على القضاة الموضوع خصوصاً الإنذار الموجه للطالبة أنه أسس على ثلاثة أسباب للإفراغ أولها المطل في أداء واجبات الكراء وثانيهما إحداث تغييرات بمحل النزاع دون إذن المكربة وثالثها رغبة هذه الأخيرة في استرجاع محلها لاستغلاله شخصياً، ولما تبين لها أن السببين الأول والثاني غير قائمين كانت على حق لما بتت في السبب الثالث المبني على الاستعمال الشخصي"⁶¹⁶.

والحقيقة أن تسبب الإشعار بالإفراغ⁶¹⁷ يكتسي أهمية بالغة إذ لا يمكن للمكربي الموجه إليه هذا الإشعار أن يقرر قبوله أو رفضه ولا أن يبرئ دفاعه في حال عرض النزاع على القضاء إلى على ضوء السبب المبين فيه⁶¹⁸.

ويعتبر استلزام بيان الأسباب المثارة من المستجدات التي جاء بها ظهير 1980 وتبناها المشرع كذلك في قانون رقم 67.12 ذلك أنه في إطار القواعد العامة لم يكن المكربي ملزماً بشرح الأسباب والمبررات التي استدعت إقدامه على إفراغ المكربي، إذ

⁶¹⁵ وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 2.

⁶¹⁶ قرار محكمة النقض، عدد 181 المؤرخ في 2012/02/16، ملف تجاري عدد 2011/2/3/1242، منشور بمجلة الحاكم المغربية، عدد 139، الصفحة 21 ومايليها.

⁶¹⁷ محمد الكحل: التطور التشريعي والقضائي لشكلية المطالبة بإفراغ المحلات السكنية والمهنية، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد المزدوج، 12-13، سنة 2015، ص 227.

⁶¹⁸ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات والحدود في ظل ظهير 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 274.

كان يكفيه أن يحمل الى المكثري رغبته وعزمه على هذا الإفراغ ولم يشترط في ذلك سوى أن يعبر عن هذه الرغبة بوضوح أكيد لا يكتنفه أي غموض⁶¹⁹.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هل أسباب التي يستند عليها المكثري للمطالبة بالإفراغ واردة على سبيل الحصر أم المثال؟

ودون الدخول في الاختلاف الفقهي يمكن القول بأن أسباب الإفراغ واردة على سبيل المثال⁶²⁰ وليس الحصر وسندنا في ذلك فلسفة المشرع المغربي في القانون الجديد التي تميل إلى حماية المكثري.

ثانيا: وجوب تضمين الإشعار بالإفراغ لجموع المحل بكافة مرافقه

لقد تمخض عن هذا الشرط الذي كان منصوبا عليه في الفصل التاسع من ظهير 1980 الملغى، الذي تقابله المادة 46 من القانون رقم 67.12 خلاف في أوساط الفقه والقضاء، إذ اعتبره البعض بيانا شكليا إلزاميا، حين اعتبره البعض الآخر بيانا موضوعيا منقسمين إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يتمسك بحرفية النص ويعتقد أن هذا البيان المشترط في الإشعار يقتضي ذكر باعته لكل أجزاء المحل المكثري ووصفه من حيث الموقع وحصر عدد

619 الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية دعوى الإفراغ، م س، ص 64.

620 لقد أكدته المحكمة الابتدائية "الاتفاق الواقع بين المكثري والمكثري لمحل سكني على انتهاء عقد الكراء بعد مضي مدة معينة اتفاق صحيح ينهي الكراء لان أسباب انتهاء عقد كراء المحلات السكنية أو المهنية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر"

__ حكم لمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 10/1/20 تحت عدد 243، في الملف عدد 09/4600، منشور بالمجلة المغربية لدراسات القانونية والقضائية، عدد 3، ص 355 وما يليها.

غرفه وملحقاته⁶²¹. وذلك بتعيينه تعيينا نافيا لكل جهالة، بذكر عدد البيوت، والمطبخ والحمام، وما إلى ذلك من ملحقات كالحديقة المحيطة بالمنزل مثلا، ذلك أن هذا الإشعار له طابع شكلي ويترتب على عدم الالتزام به بشكل حرفي جزاء البطلان الذي استهل به المشرع صياغته للفصل التاسع المقابل للمادة 49 من القانون رقم 67.12.

أما الاتجاه الثاني: فيذهب إلى أن هذا البيان موضوعي يستهدف التأكيد على أن الإشعار بالإفراغ ينبغي أن يراعى فيه عدم قابليته للتجزئة بحيث يجب أن يرد على مجموع المحل المكترى وليس فقط على جزء منه حفاظا على وحدة عقد الكراء⁶²². وذلك أن هذا البيان غير متصل مباشرة بمسطرة الفسخ، وإنما هو تكريس لمبدأ عدم تجزئة العقد الذي كان معمولا به في القانون السابق لظهير 1980، وهو مبدأ عام من المبادئ المنظمة للكراء⁶²³.

أما محكمة النقض فقد نحت منحى الاتجاه الموضوعي حيث أكدت على أن الغاية من اشتراط التنصيص في الإشعار بالإفراغ للعين المؤجرة على مجموع المحلات المكتراة بكافة مرافقها هو ضمان المحافظة على وحدة عقد الكراء إذ أن عبارة مجموع المحلات بصيغة الجمع لا تعني التنصيص عن كل جزء من أجزاء المحل

⁶²¹ Omar Mounir introduction a l'étude du bail d'habitation au mémoire du diplôme des études supérieures université Hassan 2 faculté des sciences juridiques économique et sociales Casablanca 1984 p158.

⁶²² عبد القادر الرفاعي: موضوعية اشتغال الإشعار بالإفراغ على مجموع المحلات والمرافق أم شكلية؟ مجلة رابطة القضاء، السنة 21، العدد 15_14، سبتمبر 1985، ص25.

⁶²³ Rachid fillal meknassi remarque a propos de la loi n 6.79 revue juridique politique et n 13_14 1983 p71.c d'économie du Maroc n 13_14 1983 p7.

الواحد كوحدة سكنية لا تقيل التجزئة وأن ما يعنيه المشرع هو تلك المحالات العكسية التي تكون فيها تجزئة العقد واردة إما بحكم الطبيعة العقار المكري في حالة اشتغال العقد على أكثر من المحل الواحد أو بمقتضى شرط وارد في العقد⁶²⁴.

إن مرد الخلاف في الحقيقة الأمر يرجع إلى عدم تحري الدقة من قبل المشرع ظل القانون الملغى، في استعمال الألفاظ المناسبة والمعبرة بتحديد الغرض المقصود فلا شك أن المشرع كان يقصد الملحقات حين عبر عنها بالمرافق.

ولأجل وضع حد لكل هذه الخلافات الحادة ولقطع دابر كل فهم خاطئ وتطبيق منحرف جاء المشرع في المادة 46 رقم 67.12 بمصطلحات أكثر دقة بحيث أنه استبدل كلمة "المحلات" التي كانت واردة في الفصل التاسع الملغى "بالمحل" من أجل تجاوز كل خلاف فقهي أو تضارب قضائي.

ثالثاً: الإشارة إلى أجل شهرين على الأقل

لقد ألزمت المادة 46 من قانون رقم 67.12 المالك المكري تضمين الإشعار الإشارة إلى منح المكثري أجل شهرين على الأقل، والملاحظ أن المشرع المغربي قلص من هذا الأجل ليصبح شهرين بدل ثلاثة أشهر التي كانت مضمنة في ظل الفصل 9 من القانون 6.79 الملغى⁶²⁵.

⁶²⁴ قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2010/08/24 أوردته وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 4-5.

⁶²⁵ ندوة بموضوع، مستجدات قانون كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، مرجع سابق، ص 7.

وغني عن البيان أن قصد المشرع من اشتراط ضرورة تقييد المكري بهذا الأجل، وهو تفادي مفاجأة المكثري بانتهاء الكراء⁶²⁶ وإعطائه مهلة كافية يتدبر فيها أمر البحث عن مكان جديد إن رضي بإفراغ المحل استجابة لرغبة المكري بصورة تلقائية لاقتناعه⁶²⁷ بصحة السبب الذي يحتج عليه به المكري دون ضرورة لإقامة الدعوى ضده⁶²⁸ وإلا فلإعداد دفاعه أمام المحكمة التي ستنتظر في عوى تصحيح الإشعار بالإفراغ⁶²⁹.

وإذا كان اشتراط المشرع الإشارة إلى أجل شهرين على أقل في الإشعار بالإفراغ من قبل المكري، فقد لا يضمن عمليا المكري هذا الأجل بالإشعار وينتظر مروراً أجلاً شهرين ثم يتقدم بطلب الإفراغ فهل يكون الإشعار هنا صحيحاً أم لا؟

للإجابة عن هذا السؤال نستدل إلى ما ذهبته محكمة النقض في ظل القانون القديم إلى اعتبار أن الإنذار المتنازع فيه والذي لا يتضمن مدة أجل الثلاثة أشهر المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل 9 من ظهير 1980/12/25 التي تنص على وجوب تضمين الإشعار بالإفراغ تحت طائلة البطلان الإشارة إلى أجل الثلاثة

⁶²⁶ Filali meknassi (Rachid) op cit p71.

⁶²⁷ محمد أحمد بونبات: الجديد في كراء الأماكن المعدة للسكن والاستعمال المهني، دراسة شاملة للقوانين، 64/63.99/6.79.94، مع ربطها بالقواعد العامة المنظمة للكراء، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2001 ص50.

⁶²⁸ محي الدين سماعيل: نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط سنة 1989، ص20.

⁶²⁹ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في ظهير 1980، مرجع سابق، ص289.

أشهر ولا يسوغ للمحكمة الاستعاضة عن هذا الإجراء بأي استنتاج أو اجتهاد إذ لا اجتهاد مع وجود النص⁶³⁰.

من خلال هذا القرار يتضح أن عدم الإشارة إلى أجل شهرين على الأقل بالإشعار بالإفراغ يجعله باطلا، وعلى هذا الأساس إذا كان المشرع المغربي قد رتب البطلان عند عدم احترام البيانات الواردة في المادة 46 من قانون رقم 67.12. لكن هل هذا البطلان له علاقة بالنظام وبالتالي يحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها أم لا بد أن يتيره المكثري لوحده؟.

لقد أجابت محكمة النقض في ظل القانون السابق حين قضت بأن "الإشعار بالإفراغ الذي وأن نظمه القانون رقم 6.79 المتعلق بالكراء السكني والمهني تنظيما دقيقا، فهو ليس من النظام العام حتى تكون المحكمة ملزمة بإثارته من تلقاء نفسها⁶³¹.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن أجل الإشعار المحدد في شهرين هو الأجل الأدنى الذي لا يمكن للمكري النزول عنه، وليس هناك أي مانع في الرفع منه تماشيا مع نية المشرع في تمتيع المكثري بالأجل الأطول.

⁶³⁰ قرار محكمة النقض، الصادر بتاريخ 2007/04/04، تحت عدد 1147 في الملف عدد، 05/2826، منشور بكتاب قوانين الكراء والعمل المغربي، محمد بفقير، ص 212، أوردته وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 114.

⁶³¹ قرار محكمة النقض، بتاريخ 25 يناير 1989 تحت عدد 190 الملف المدني، عدد 3238، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 42.43 نونبر 1989، ص 23.

الفقرة الثانية: التزام المالك بتبليغ الإشعار بالإفراغ وإثباته

من الضمانات التي أحاط بها قانون رقم 67.12 المكثري حتى لا يفاجأ بدعوى الإفراغ، ضرورة توصله بالإشعار بطريقة قانونية. وفي غياب إثبات هذا التوصل، فإن مآل دعوى الإفراغ عدم القبول.

بخلاف ما هو عليه الحال في ظل القواعد العامة فإن قانون رقم 67.12 لم يترك العنان للإرادة في مجال التبليغ بل تبني الشكلية التي أصبحت لازمة لتعلقها بالنظام العام ويترتب على انتفاءها بطلان الإشعار بالإفراغ.

وتعتبر هذه الشكلية التزام على المكثري في ممارسة الإفراغ، وذلك باتباع طرق بعينها لإعلام المكثري بنيته، حددها المشرع في الفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية (أولا) ورغم حرصه كل الحرص على أن يكون التبليغ الإشعار بالإفراغ صحيحا فإنه مازال يثير مجموعة من المشاكل في ما يتعلق بالإثباته (ثانيا).

أولا: تبليغ الإشعار بالإفراغ

انطلاقا من المادة 46⁶³² من القانون رقم 67.12 يتضح بأن المشرع المغربي قد أحال على قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بطرق التبليغ. ضمان لحقوق الأطراف

⁶³² تنص الفقرة الأخيرة من المادة 46 من القانون رقم 67.12 على ما يلي "يبلغ الإشعار بالإفراغ بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و38 و39 من القانون المسطرة المدنية".

على اعتبار أن موضوع التبليغ⁶³³ يكتسي أهمية بالغة لاسيما أنه يحدد بداية حساب أجل الشهرين المحدد في الإشعار بالإفراغ.

إلا أن الإحالة الواردة في المادة 46 من قانون رقم 67.12 على قانون المسطرة المدنية لا تعني اتباع المكري لترتيب الوارد في هذا القانون بل له الخيار في توجيه الإشعار بالإفراغ بأي طريقة تبدوا له ملائمة وناجعة.

ورغم التفاتة المشرع إلى موضوع تبليغ الإشعار ونصه على الطرق التي يجب أن يتم بها في فصل خاص فإن هذا لا يعني أنه أوجد حلا للمشاكل المرتبطة بالتبليغ بشكل عام⁶³⁴.

فبرغم من أن التبليغ عن طريق أعوان كتابة الضبط يشكل الطريقة الأساسية والأصلية، كما يتضح من قراءة أحكام الفصل 37 من قانون المسطرة المدنية⁶³⁵، إلا أنه على مستوى الممارسة العملية، تثير مجموعة المشاكل، أهمها البطء وقلة الأعوان المكلفين بالتبليغ إذ لا يقومون في الغالب الأعم بملاء شواهد التسليم

⁶³³ ويقصد بالتبليغ إيصال أمر أو واقعة ثابتة إلى علم شخص معين على يد أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين، أو عن طريق البريد برسالة مضمونة بالإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية والهدف من ذلك هو ضمان علم المبلغ إليه الأمر المراد تبليغ.

- عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي القانون المسطرة المدنية"، طبعة 2013، المطبعة والوراقة الوطنية، ص 165.

⁶³⁴ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات والحدود في ظهير 25 دجنبر، 1980 مرجع سابق، ص 291.

⁶³⁵ تنص المادة 37 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي "يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.

إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقية الدولية تقضي بغير ذلك".

بالطريقة القانونية اللازمة، الأمر الذي يجعل كثير من التبليغات التي يبلغونها تتعرض للبطلان⁶³⁶.

هذا ناهيك عن التبليغ بالطرق الإدارية التي لا تخلو بدورها من مشاكل بحيث أن غالبا ما لا يتم ملئ شواهد التسليم بالطريقة والدقة اللتين يتطلبهما القانون. إضافة إلى عدم تحملهم أي مسؤولية في حالة عدم التبليغ وكذلك جهلهم بالقواعد الأساسية لتبليغ وضعف التأطير خاصة بالنسبة للمقدمين والشيوخ وكثرة المهام الموكولة إليهم وعدم التنسيق مع السلطات القضائية⁶³⁷.

فكهذا فإذا كانت طريقة التبليغ برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تبذروا الوسيلة الأنسب للمكثري من الناحية العملية باعتبارها أقل تعقيدا وتكلفة، فإنها ومع ذلك لا توفر لديه الاطمئنان كافيا الى أن الإشعار الذي يوجهه سيرتب فعلا أثاره⁶³⁸.

ومرد ذلك يرجع إلى ادعاء المكثري لعدم التوصل أصلا بالرسالة الحاملة للإنذار بالإفراغ أو ادعاء فراغ الرسالة من الإشعار في الأحوال التي يكون المكثري على علم مسبق بالرسالة فإنه قد يراوغ أو يتأخر في تسلمها⁶³⁹.

⁶³⁶ عبد الكريم الطالب: مرجع سابق، ص 291.

⁶³⁷ جواد أمهمول: الرجز في المسطرة المدنية، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2015 ص 47.

⁶³⁸ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص 151.

⁶³⁹ عبد القادر العراري: عقد الكراء، مرجع سابق، ص 223.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه رغم إحالة المشرع على قانون المسطرة المدنية في ما يتعلق بتبليغ الإشعار بالإفراغ إلا أنه مازالت تطفوا على السطح مجموعة من المشاكل. وبالتالي وجب إعادة النظر في المادة 46 من قانون رقم 67.12 حتى تستجيب أكثر لمصالح المكري من جهة في استرجاع محله في أقرب وقت والمكري حتى يكون على بيئة تجعله يتدبر أمره من جهة أخرى.

ثانيا : إثبات التوصل بإشعار بالإفراغ

يكتسي التبليغ أهمية بالغة تكمن في عدم جواز احتجاج المكري بجهله لما تم تبليغه به، قياسا على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون⁶⁴⁰، لاسيما أن المشرع في قانون رقم 67.12 اعتبر بأن الإشعار بالإفراغ الموجه من قبل المكري لا يرتب آثاره القانونية إلا من يوم تبليغه⁶⁴¹ وهو ما يجعل مسألة الإثبات ذات أهمية قصوى في هذا المجال .

وبما أن المكري هو الملزم بتوجيه الإشعار بالإفراغ، فإنه هو الملزم بتحمل عبء إثبات حصول التبليغ، ولا يكفيه إثبات قيامه بالمطلوب من أجل توجيه الإشعار⁶⁴². وإنما عليه بالإضافة الى ذلك أن يبرهن أن الإشعار قد وصل إلى علم من وجه إليه

⁶⁴⁰ حسن البكري: الطبيعة القانونية لشهادة التسليم في الإثبات، مجلة القضاء والقانون العدد 150، السنة 2002، ص63.

⁶⁴¹ قرار لمحكمة النقض، رقم 219 ملف مدني رقم 78354 بتاريخ، 1983.02.09، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، رقم 32 سنة 200، ص14.

⁶⁴² الحسين بلحساني: الحماية القانونية للمكثري المحلات السكنية، دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص76.

فعلا⁶⁴³. لأن التزامه ليس التزاما ببذل عناية، وإنما بتحقيق غاية هي وصول مضمون الإشعار إلى علم من وجه إليه.

وهذه مسألة تثير بعض الصعوبات، إذ قد يحدث في العمل ألا يعتمد المكثري إلى سحب الرسالة من إدارة البريد رغم توصله من لدنها بإشعار يفيد وضعه للرسالة المتضمنة للتنبيه رهن إشارته، فتعاد هذه الرسالة إلى الجهة المرسله وعليها عبارات تفيد أن المعني بالأمر لم يتقدم إلى سحبها.

لقد درج القضاء المغربي على أن الإشعار بالإفراغ ليكون قانونيا لابد من توصل المكثري به أو رفضه⁶⁴⁴. أما إذا أرجعت الرسالة المضمونة مؤشرا عليها بعبارة "غير مطلوب" فإنه لا يصح اعتبارها بمثابة توصل كما هو الحال بالنسبة لرفض التسليم لأن عدم سحب التنبيه من إدارة البريد لا يقوم مقام رفض التسليم ولا يمكن أن يحل محل التبليغ⁶⁴⁵.

وفي حالة وفاة المكثري يتعين توجيه الإشعار بالإفراغ إلى ورثته دون تعيين إذا تعذر معرفتهم⁶⁴⁶. وبمفهوم المخالفة إذا كان يعلم المكثري أسماءهم جميعا فإنه

⁶⁴³ Jean m.la mouette l acte juridique unilatéral essai sur sa notion et sa technique en droit civil thèse –Toulouse 1949 d320 n 169 et 181.

⁶⁴⁴ قرار محكمة الاستئناف، بالدار البيضاء، المؤرخ في 30 أبريل 1969، مجلة المحاكم المغربية العدد الرابع، ص35.

⁶⁴⁵ قرار لمحكمة النقض، عدد 29 المؤرخ في 17 دجنبر 1978، في ملف مدني، عدد 67701 منشور بمجلة المحاماة، العدد الخامس، سنة 1979، ص35.

⁶⁴⁶ لقد أكدت محكمة النقض في قرار لها على أنه "يتعين على المكثري أن يوجه الإنذار إلى المكثري وفي حالة وفاته يوجه إلى ورثته دون تعيين إذا تعذر معرفتهم".

- قرار محكمة النقض، عدد 1699 المؤرخ في 2008/12/31، في الملف التجاري، عدد 2006/02/03/1026، منشور بمجلة منازعات الكراء من خلال قضاء محكمة النقض، ص20.

يتعين عليه أن يعدد جميع أسمائهم تحت طائلة بطلان الإنذار، إذ في حالة تعدد الورثة وتعيين أحدهم وتخصيصه بالإنذار يجعل أثاره محصورة فيمن ذكر ولا يشمل غيرهم وإلا اقتصر فقط إلى الإشارة إلى ورثة الهالك دون تخصيص⁶⁴⁷.

أما في حالة وجود محل مكتري مملوك على الشياخ من قبل المكترين فهل يتم في هذه الحالة توجيه الإشعار بالإفراغ من جميع المالكين أم يكفي أن يوجه من قبل البعض فحسب؟

جوابا على هذا سؤال نستحضر قرار محكمة النقض أكدت فيه إلى أنه لا محل للدفع بعدم التوجيه الإنذار من جميع المالكين على الشياخ إذا ما ثبت للمحكمة قيام العلاقة الكرائية بين المكترى وأحد الورثة فقط⁶⁴⁸.

خاتمة:

صفوة القول أن قانون رقم 67.12 يشكل ظفيرة نوعية في المنظومة القانونية للكراء من شأنها أن تحل مجموعة من المشاكل كانت تطفوا على السطح في ظل القانون الملغى. لاسيما في ما يتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ إيماننا منه في تشجيع المكترين على كراء محلاتهم، وذلك اعتبارا إلى أن المناداة بحماية هذه الشريحة

⁶⁴⁷ وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص4.

⁶⁴⁸ قرار محكمة النقض، عدد 171 المؤرخ في 201/02/16 ملف تجاري، عدد 234/3/2/2011، منشور بمجلة مجلس الأعلى، ص20.

-وفي قرار آخر للمحكمة الابتدائية بالصويرة يصب في نفس الاتجاه حيث نحت إلى أنه: إذا كان موجهي الإنذار لا يتوفرون على الأغلبية، فإنه يكون للإنذار أثر في حق الجميع لما يؤدي ذلك إلى جلب النفع للعين المكترة وكون أن الأمر يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به، وأنه من الحق الشريك المطالبة بإنهاء لعقد ورفض تجديده تبعا لما يقتضيه الحق المعترف به لكل شريك من الشركاء في المحافظة على المال الشائع، حتى ولو لم تكن هناك أغلبية حسب النسبة المقررة قانونا في الفصل 971 من القانون الالتزامات والعقود وعلى اعتبار أن هذه القاعدة تنظم فقط العلاقة بين المالكين على الشياخ مع بعضهم البعض في الحالة النزاع بينهم في إدارة المال المشاع ولا يمكن لغيرهم الاستفادة من مقتضياتها أو التمسك بها".

- الحكم لمحكمة الابتدائية، بالصويرة ملف الكرية، عدد 202.12 بتاريخ 2013.03.06، أوردته وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص45.

أصبحت ضرورة ملحة ، وهذا ما دفع المشرع إلى إقرار قانون رقم 67.12 وذلك لتخفيف من معضلة السكن، لأنه في ظل القانون المنسوخ كانت نية المشرع منصبة بالدرجة إلى حماية المكترين وقد ترتب على ذلك عزوف المكترين عن كراء محلاتهم مما ترتب عن هذه الحماية مشاكل اقتصادية اجتماعية عويصة جدا، جعلت المشرع يدخل سنة 2013 بعد مغاض عسير لإقرار قانون رقم 67.12. إلا أن هذا الأخير وبعد سبع سنوات من دخوله حيز التطبيق أظهرت الممارسة العملية أنه لم يرقى إلى مستوى التطلعات ولم يحقق بعد ذلك التوازن المنشود والمطلوب مما قد نتنبأ بتعديل بعض جوانبه في الأيام القليلة القادمة.



الأستاذة فاطمة الزهراء أخانة

باحثة بسلك الدكتوراه - كلية العلوم

القانونية والسياسية - فاس

ميزانية النوع الاجتماعي بين واقع التحديات والآفاق المستقبلية

مقدمة:

تعتبر الميزانية الركنية الأساسية للدولة والعمود الفقري في بنائها وتكوينها وتشكل في مختلف النظم المالية الحديثة التطبيق العملي للسياسة العامة للبلاد، فهي تلعب دورا كبيرا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أنها الإطار الذي تنعكس فيه اختيارات الدولة لأهدافها وأداتها إلى تحقيقها، هي المرآة العاكسة لحالة الاقتصاد، وللحالة السياسية في دولة من الدول، وفي فترة زمنية معينة، ويكفي للتدليل، أن نقف على الدور الذي تلعبه كل من الإيرادات العامة والنفقات العامة

وذلك باعتبارهما أهم عناصر المالية العامة، في الكشف عن الظروف الاقتصادية والسياسية لدولة معينة⁶⁴⁹.

شكلت ميزانية الدولة التي يصدر بربطها قانون مالية السنة، أداة أساسية لتنفيذ السياسات العمومية وتنزيل الاستراتيجيات القطاعية وإنجاز برامج العمل الحكومي الموضوعة في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والمجالية و ضبط التوازنات المالية⁶⁵⁰. بحيث تحظى السياسة المالية بأهمية كبيرة إلى جانب باقي السياسات العمومية نظرا للدور الذي تلعبه في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي ينشدها المجتمع وتتطلع إليها فئات واسعة منه.

وقد برز مفهوم ميزانية الجندر أو المبنية على النوع الاجتماعي لإبراز تبعات مختلف القرارات المتعلقة بالميزانية، على كل من الرجال والنساء في مراحل العمر المختلفة والفئات الاجتماعية المختلفة والتوزيع الجغرافي في مناطق الدولة المختلفة، وعملا على إعادة بناء الميزانية المعتمدة حاليا بعد الأخذ بعين الاعتبار احتياجات النوع الاجتماعي⁶⁵¹.

649 - زهيرة الإدريسي، مقال المالية العمومية المغربية بين هاجس مواجهة وباء كوفيد 19 المستجد وواقع الأزمة، مجلة القانون والأعمال.

650 - عسو منصور، قانون الميزانية العامة و رهان الحكامة المالية الجيدة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى أكتوبر 2017 ص 7.

651 - إبراهيم أوجامع، " إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في ميزانية الدولة"، بحث لنيل الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، أبي بكر بلقايد (تلمسان الجزائر)، 2010-2011 ص 5، زيارة الموقع الإلكتروني، <http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/442/1/OUJAMAa-IBRAHIM.mag.pdf> زيارة الموقع 05/01/2018 على الساعة 14:57.

وتركز الميزانية المستندة للنوع الاجتماعي على تقييم آثار تلك الموازنات على أوضاع المرأة والرجل والشباب والأشخاص في وضعية إعاقة وظروفهم المعيشية طيلة دورة عمر الميزانية، بداية من الإعداد إلى التنفيذ وحتى المراقبة والختم⁶⁵².

وتهدف هذه الآلية بالأساس إلى بيان الفرق الشاسع بين السياسات العمومية المقترحة ضمن الميزانيات والموارد، التي يتم تخصيصها لتنفيذ المشاريع والخطط التنموية، كما تعمل كذلك على ضمان إنفاق الموارد العمومية بشكل يراعي العدالة الاجتماعية والمساواة حسب النوع الاجتماعي⁶⁵³.

من هنا يمكن التساؤل: ما هي التحديات والعراقيل التي تقف في طريق إدماج النوع الاجتماعي في المغرب؟ ما هي الآفاق المفتوحة لمعالجة مختلف هذه التحديات؟

سنجيب على السؤالين من خلال: المطلب الأول: نجاعة ميزانية النوع الاجتماعي في المجال المالي العمومي. المطلب الثاني: الآفاق المستقبلية للميزانية باعتماد مقارنة النوع الاجتماعي.

652 - نفس المرجع السابق.

653 - نفس المرجع السابق.

المطلب الأول: نجاعة ميزانية النوع الاجتماعي في المجال المالي العمومي.

تعتبر مقارنة النوع الاجتماعي أداة لتحليل وتخطيط وتقييم المعرفة الدقيقة للواقع السوسيو اقتصادي، وتستهدف تنمية عادلة، منصفة ومستدامة للرجال والنساء والأولاد والبنات، باعتبار قيمهم الإنسانية المتساوية واحتياجاتهم المتباينة، ويأتي إدراج هذه المقاربة في مسلسل وضع وتنفيذ الميزانية في سياق مجموعة من الإصلاحات والإنجازات التي عرفها المغرب خلال السنوات الأخيرة في اتجاه تكريس مبدأي الإنصاف والمساواة بين الجنسين في مجالات متعددة⁶⁵⁴. إلا أن الميزانية التي تدمج مقارنة النوع تواجه مجموعة من الصعوبات (الفقرة الأولى)، ولتجاوز هذه العراقيل يجب رفع رهانات كبرى لتحقيق الهدف من إدماج النوع الاجتماعي، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصعوبات والتحديات التي تواجه ميزانية النوع الاجتماعي.

إن ميزانية النوع الاجتماعي تعترضها مجموعة من الصعوبات والتحديات، من أهمها:

- 1- بطء الترسخ المؤسسي للنوع الاجتماعي: فرغم أن المغرب بلور مبكراً استراتيجيات ومخططات عمل وطنية للنهوض بالمساواة ومحاربة كافة أشكال التمييز ضد النساء، إلا أن الترسخ المؤسسي للنوع الاجتماعي

⁶⁵⁴ - من هذه الإجراءات صدور مدونة الأسرة، المصادقة على اتفاقيات دولية في مجال حقوق الإنسان، خاصة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و اتفاقية حقوق الطفل، و إصلاح مدونة الشغل مع اعتماد مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، و دخول النساء إلى مجلس النواب، و تحديد نسبة تمثيلهن في 100/10 .

عرف بطء في مساراته على مستوى بعض القطاعات الحكومية. كما يسجل أيضا ضعف الإدماج العرضاني لبعد النوع الاجتماعي في المشاريع الاقتصادية والتنموية الكبرى، فالمغرب، الذي تميز بإطلاق دينامية تنموية رائدة، لم يطور آليات ومناهج لاستحضار الحاجيات المختلفة للنساء والرجال بشكل كاف في هذه المشاريع الكبرى⁶⁵⁵.

2- ضعف القدرات البشرية المؤهلة والموارد المالية الكافية لإدماج النوع في السياسات الوطنية: حيث تتجاوز عدد المبادرات والإجراءات الحكومية المبرمجة والمرتبطة بإدماج النوع في السياسات الوطنية أحيانا القدرات والطاقات البشرية المتخصصة والمؤهلة المتوفرة، مما يصعب معه التحكم في تعثرات التنفيذ المرتبطة بغياب أو قلة القدرات البشرية. كما أن بلادنا بذلت مجهودا مهما من أجل إعادة الاعتبار للقطاعات الاجتماعية، وخصصت لها موارد مالية مهمة، إلا أن ما يصرف من اعتمادات، على أهميته، لا يصل حجمه إلى المستوى المطلوب، نظرا لحجم الخصاص الموجود أمام محدودية الموارد. لذلك، هناك حاجة لتعزيز قدرات الموارد البشرية بمختلف الآليات والمؤسسات الوطنية المعنية بقضايا المرأة، وأيضا تخصيص الموارد المالية الكافية.

655 - تقييم عمل بكين +20، "تقرير المملكة المغربية"، ص 19.

3- نقص على مستوى توفر بعض البيانات والإحصاءات حسب النوع الاجتماعي وعدم انتظاميتها : حيث أن غياب أو ضعف توفر بعض الأنواع من البيانات والإحصاءات حسب النوع أو عدم القدرة على توفيرها بشكل منتظم، يضعف الوعي بالفوارق المنتظمة الموجودة بين الجنسين، والتمكن من فهم أسبابها وعواقبها، ويجعل من الصعب التحكم فيها والقدرة على معالجتها. كما أن صعوبة القيام بقياسات إحصائية على امتداد فترات زمنية متقاربة (خريطة فوارق النوع الاجتماعي السنوية نموذجاً)، أو على مستويات جغرافية مختلفة يؤثر على مستوى تفاعل السياسات الوطنية مع إشكالات المساواة والتمييز.

4- ضعف آليات التدقيق المؤسسي في إدماج النوع الاجتماعي: حيث يسجل ضعف على مستوى متابعة وتقييم السياسة الحكومية المرتبطة بالنوع الاجتماعي، فتغيب آليات التقييم والتدقيق المؤسسي اتجاه إدماج النوع الاجتماعي في السياسات العمومية، وتوجد ندرة في ما يخص الكفاءات البشرية المتخصصة في تدقيق النوع الاجتماعي⁶⁵⁶.

5- ضعف الالتقائية في السياسات والبرامج التنموية: تشمل السياسات الحكومية المرتبطة بالنهوض بأوضاع المرأة جميع جوانب العمل الحكومي، فرغم عمودية آلية اشتغال القطاع الحكومي الخاص بقضايا المرأة إلا أن

656 - نفس المرجع السابق، ص 20.

التدخلات المرتبط أثرها بالنساء نجدها متضمنة في مختلف الاستراتيجيات القطاعية الحكومية والتي في بعض الأحيان تقوم فيها وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية بالدور التنسيقي، مرتبهة بتدخل متعدد الأطراف متوافق عليه ومتفاوض حوله. ويشكل ضعف إطار العمل الحكومي التنسيقي عائقا أمام تحقيق الالتقاء بين السياسات، وأمام تحسين العديد من مؤشرات النوع الاجتماعي التي ترتبط بعدة متدخلين حكوميين ومحليين، مما يؤكد أهمية إحداث انسجام شامل بين المخططات والسياسات التنموية وضمان التقائتها عند تشخيص الوضع، وعند تحديد السياسات وتنفيذها وأيضا تقييمها⁶⁵⁷.

6- ضعف تفعيل بعض الإصلاحات التشريعية: فرغم بلورة المغرب لقوانين ومقتضيات قانونية مهمة في مجال تعزيز المساواة بين الجنسين، إلا أن تفعيل بعضها لا يزال يشكل تحديا مطروحا، يراهن على تجاوزه عند انطلاق العمل بميثاق العدالة، الذي توج مساراً من المشاورات بين مختلف الفاعلين في موضوع إصلاح العدالة.

الفقرة الثانية: رهانات اعتماد مقاربة النوع الاجتماعي

يجب رفع رهانات كبرى لتحقيق إدماج النوع الاجتماعي منها :

⁶⁵⁷ - نفس المرجع السابق ، ص 20.

1- تقوية البعد المجالي في وضع وتتريل السياسات العمومية والبرامج التنموية، باعتبار المجال المحلي أصبح اليوم الإطار الأنجع لطرح القضايا الأساسية للتنمية، ومجال للتعبير الأمثل عن الإشكاليات البارزة في علاقاتها مع خصوصية الجهات، بما يؤهله ليكون إطارا لبلورة استراتيجية بديلة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والمجالية في إطار الجهوية الموسعة التي تقلص من التفاوتات الترابية وتدعم خدمات القرب .

2- تطوير المنظومة الإحصائية والمعرفية المتعلقة بمختلف مؤشرات النوع، بما سيساعد على رصد وضعية المساواة بمختلف مستوياتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، حيث تشكل المؤشرات آليات قوية للتشخيص وتحديد المجالات ذات الأولوية، وتقييم اتجاهات التطور والتقدم. مع التأكيد على أهمية المعطيات المحلية وضرورة تطوير المعلومات الإحصائية على المستويات الجغرافية المحلية الأساسية، بما يمكن من إعداد تقارير جهوية تمكن من ملائمة السياسات الوطنية مع الحاجيات المحلية⁶⁵⁸.

3- تفعيل المقاربة التشاركية وتوطيد مسار الديمقراطية التشاركية من أجل بناء شراكة وطنية ينخرط في تفعيلها كل الشركاء المؤسساتيين والقطاع الخاص والمجتمع المدني.

⁶⁵⁸ - نفس المرجع السابق ، ص 20.

- 4- تحسين الحكامة ومستوى نجاعة التدبير الحكومي على كل مستويات التخطيط وصياغة البرامج وتدير الموارد ومحاربة الفساد من أجل فعالية ومردودية أكبر للفعل العمومي.
- 5- اعتماد المنهج الاستهدافي الذي يقوم على إعطاء الأولوية في السياسات والبرامج التنموية للنساء الأكثر تضررا، وأيضا للمناطق والجماعات الترابية المهمشة من أجل تقليص الفوارق بين النساء جغرافيا.
- 6- العمل على تشجيع إشراك الرجال في العمل على تحقيق هدف المساواة بين الجنسين، لأن تغيير مواقف الرجل يساهم في تغيير أوضاع المرأة والقضاء على حالات التفاوت بين الجنسين بالضرورة.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ - نفس المرجع السابق ، ص 21.

المطلب الثاني: الآفاق المستقبلية للميزانية باعتماد مقارنة النوع الاجتماعي

إن ميزانية النوع الاجتماعي لها خصوصية في المجال المالي العمومي، (الفقرة الأولى) مما تنفتح معه آفاق جديدة لهذه الميزانية، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصوصيات ميزانية النوع الاجتماعي

إن الدراسة التي أعدها وزارة المالية بتعاون مع البنك الدولي سنة 2002 حول "جدوى المنهجية لاعتماد الميزانية الخاصة بالنوع الاجتماعي و الطفولة بالمغرب" دورهم في إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في إعداد وتحليل الميزانيات.

ومن خصوصيات الميزانية المدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي كونها:

. تراعي المساهمة المختلفة للرجال والنساء بمختلف الشرائح التي ينتمون إليها
وتقترح حلولاً لجعل الميزانية تعترف بالارتباط الموجودة مثلاً بين الاقتصاد المنظم وغير المنظم⁶⁶⁰.

. تدرس آثار توزيع المداخل و النفقات على الرجال و النساء ليس فقط على المدى القريب بل على المتوسط و البعيد، أي على دور حياتهم بكاملها.

. تحرص على استجابة الميزانية بشكل منصف للحاجيات الآنية و الاستراتيجية للنساء و الرجال و البنات و الأولاد من مختلف الشرائح السوسيو اقتصادية و كل

⁶⁶⁰ - وزارة الاقتصاد و المالية، " دليل إصلاح الميزانية، المراقبة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج المدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي"، 2005، ص 22

الأوساط تسعى إلى الحد من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية القائمة بين هذه الشرائح ومبدأ الإنصاف والمساواة.

ولهذا فقد أصبحت الميزانية المتعلقة بالنوع الاجتماعي أداة دائمة لكل ميزانية تعتمد على الفعالية والنجاعة، ويعتبر النوع الاجتماعي من الوسائل الداعمة للمنهجية التي تركز على النتائج في التدبير العمومي، لأنها تندرج في إطار تحليل وتقييم دقيقين لآثار الميزانية على جميع السكان، أي الرجال والنساء والأولاد والبنات من جميع الشرائح الاجتماعية باختلاف حاجياتهم. فهي تمكن من رصد الفوارق بين المواطن والخصاص من أجل توجيه دقيق للتدخل⁶⁶¹.

الفقرة الثانية: أفق اعتماد مقارنة النوع الاجتماعي في الميزانية

إن ميزانية النوع الاجتماعي، تهدف إلى إعادة توظيف أو اصر الصلة بين الموارد المرصودة وتحقيق الأهداف التنموية والاقتصادية والاجتماعية المتوخاة، والتي يتم قياسها بواسطة مؤشرات أداء رقمية، فمن المفروض أن تقدم أجوبة واضحة لسلسلة من الأسئلة المتعلقة بوضع هذه السياسات التي تفرضها الحكامة الرشيدة والإنصاف والمساواة، فالميزانية التي تدمج مقارنة النوع هي ميزانية: ⁶⁶²

⁶⁶¹ - التقرير الاقتصادي والمالي المصاحب لمشروع قانون المالية لسنة 2007.

⁶⁶² - دليل إصلاح الميزانية ، مرجع سابق، ص 48.

1- تراعي المساهمة المختلفة للرجال والنساء وبمختلف الشرائح التي ينتمون إليها، وتقتراح حلولاً لجعل الميزانية تعترف بالارتباط الموجود مثلاً بالاقتصاد المنظم وغير المنظم.

2- تدرس آثار توزيع المداخل والنفقات على الرجال والنساء، ليس فقط على المدى القريب بل على المدى المتوسط والبعيد، أي على دورة حياتهم بأكملها.

3- تحرص على الاستجابة بشكل منصف للحاجيات الأنثى والاستراتيجية للنساء والرجال، والبنات والأولاد من مختلف الشرائح السوسيو اقتصادية والأوساط.

4- تسعى للتخفيف من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية المتواجدة بين هذه الشرائح وتفعيل مبدأي الإنصاف والمساواة.

وللميزانية حسب مقارنة النوع الاجتماعي بعد هيكل استراتيجي لكونها تجمع بين أهداف اجتماعية واقتصادية وسياسية لكون المقاربة:

_ من الأدوات السياسية لضمان نجاعة وشفافية الميزانية.

_ من آليات تحقيق الإنصاف والمساواة والعدالة الاجتماعية.

ولهذا، يأتي مقارنة النوع الاجتماعي في مسلسل تحضير وتنفيذ الميزانية، تتويجا لمجموعة من الإنجازات والإصلاحات التي شهدتها المغرب في السنتين الأخيرتين، يهدف إرساء مبادئ المساواة والعدالة. فهذه المقاربة قد تم التأكيد عليها في المبادرة الوطنية

للتنمية البشرية، التي سلطت الضوء على ضرورة إدماج مختلف فئات المجتمع كمحور استراتيجي لإنجاز وتحقيق أهداف التنمية البشرية للدولة⁶⁶³.

وفي هذا الإطار حقق المغرب قفزة نوعية في مجال التنمية البشرية لتبنيه مقارنة النوع الاجتماعي، وذلك بعد مجهودات مثمرة بذلت منذ سنة 2002، والتي توجت بنشر تقرير النوع سنة 2005، ضمن التقرير الاقتصادي والمالي المرافق لقانون المالية.

وهذا مكن مسلسل ميزانية النوع الاجتماعي من تحقيق إنجازات مهمة على مستوى انخراط واكتساب أدوات وآليات مقارنة النوع الاجتماعي، حيث تمت هذه الانجازات في إطار مندمجة وتدرجية تركز على الإرادية وتأخذ بعين الاعتبار قدرات الوزارات المنخرطة.

وفي هذا الاتجاه، تم تهيئ تقرير النوع الاجتماعي لسنة 2020 بمشاركة مختلف القطاعات المنخرطة في مسلسل إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في الميزانية، ويهدف التقرير إلى تحليل أثر أهم البرامج القطاعية التي تتضمن مجموعة من المكونات المشتركة من أجل استكشاف الكفيلة بضمان تدخلات أنجع للسلطات العمومية عند بلورة السياسات العمومية مع الأخذ بعين الاعتبار مقارنة النوع الاجتماعي.

⁶⁶³ - سعيد جعفري وآخرون، "المبادرة الوطنية للتنمية البشرية: السياق العام، الأسس والآليات"، مكتبة الرشاد، سطات، طبعة 2006، ص 3.

وللإشارة، فإن تقييم السياسات العمومية من زاوية النوع الاجتماعي، ثم إغناؤه بدليل المؤشرات النجاعة سواء على مستوى ميزانية التسيير أو الاستثمار، كما تم تقديم مقترحات لجندرة المؤشرات من أجل قياس آثار السياسات العمومية على الساكنة المستهدفة⁶⁶⁴.

بيد أن هذه المقاربة لن تتمكن من كسب رهان تحقيق طموحاتها، إلا إذا التزمت بقدر الإمكان بمتطلبات النظرة الأفقية بين القطاعات التي توفر أسس التنمية البرية وتضمن فعالية أكبر وانسجاما أفضل للسياسات العمومية⁶⁶⁵.

خاتمة:

على الرغم من جميع الفوائد التي جرى ذكرها، لا ينبغي الاستهانة بالعبء التي تتضمنه المبادرات من هذا النوع والتي عادة ما تلاقي ممانعة أو رفضا من الأطراف المختلفة التي تجد فيها تحديدا لمصالحها أو تدخلا في شؤونها. كما تتطلب هذه المبادرات تخصيصا وفهما عميقا لمجالي النوع الاجتماعي والاقتصاد الكلي، وهما مجالان لا يتوفر العديد من المتخصصين فيهما معا: مما يتطلب شراكة من نوع خاص، تقوم على الفهم المشترك المجالي التخصص من جهة وبين قطاعات المجتمع المختلفة من جهة أخرى.

⁶⁶⁴ - مشروع قانون المالية لسنة 2011، تقرير حول ميزانية النوع الاجتماعي، ص 6.

⁶⁶⁵ - إن النتائج المشجعة التي بلغتها المخططات القطاعية، لا يعني أن تحجب عنا كونها ستظل محدودة النجاعة، بدون إزاحة ثلاثة عوائق رئيسية، وفي مقدمتها ضعف التنافسية، مؤكدين على ضرورة التفعيل الأمثل للاستراتيجية الوطنية للمناطق اللوجستية، أما العائق الثاني فيتعلق باختلاف تناسق حكمة هذه المخططات، الذي يجب إزاحته باعتماد الآليات اللازمة لتفاعلها، ضمن منظور استراتيجي مندمج، لا مجال معه للنظرة القطاعية الضيقة، "انظر خطاب العرش بتاريخ 2010/06/30".

فميزانية النوع الاجتماعي التي تركز على أدوات تحليلية وعلى مقارنة نوعية لتقويم أثر السياسات العمومية على الجندر (النوع الاجتماعي)، كما يعتبر إدراج بعد النوع الاجتماعي في الميزانية تمرينا للتقييم الأولي للسياسات العمومية من حيث تحقيق المساواة والإنصاف التي تشكل ركائز للحدثة والديمقراطية ولتحقيق نتائج مهمة من هذا التمرين لا بد من رفع العديد من التحديات المطروحة أمام الآفاق المستقبلية لمشروع لإنجاز ميزانية حساسة بالنوع الاجتماعي حيث يتطلب تعزيز مقارنة الميزانية حسب النوع الاجتماعي انخراطا واسعا لكل من القطاعات الوزارية والبرلمانيين والفاعلين المجتمع المدني وكذا الأخذ اللازم بعين الاعتبار هذا البعد في أفق بلورة القانون التنظيمي للمالية مع ضرورة مواصلة الجهود وتوفير الوسائل الكفيلة بترسيخ مقارنة النوع ضمن الميزانية في ممارسات إعداد الميزانية للوصول إلى النتائج المرتقبة.



السيدة ازويني جميلة

حاصلة على ماستر قانون الأعمال بتطوان

الضمانات الحمائية للحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية

مقدمة:

ترتكز دولة القانون على مبدأ المشروعية، الذي يعني خضوع كل من الدولة من
حكام ومحكومين إلى القانون. ما يفرض على الإدارة أن تلتزم بقواعد القانون في كل
تصرفاتها، والذي يعتبر ضماناً أساسية للحقوق والحريات في الظروف العادية.

لكن هذه الظروف لا يمكن أن تتميز بالثبات والدوام، تنعم من خلالها البلدان
بالسلام والأمن والاستقرار على وثيرة واحدة مضطربة، فقد يتعرض أمن البلاد إلى
تهديد ناتج من ظروف استثنائية تضطر معها الدولة إلى تطبيق حالة من الحالات
الاستثناء المنصوص عليها في الدستور كحالة استثناء وحالة الحصار... ولمعالجة
الوضع بطريقة حاسمة وسريعة، تضطر الدولة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية عن
طريق تحليلها من بعض قواعد القانون العادي إلى قوانين استثنائية تستطيع

بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور والحفاظ على كيانها وأمنها. لكن من شأن هذه التدابير الاستثنائية تعطيل العمل ببعض ضمانات حقوق الإنسان، حيث ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة هذه الظروف على حساب الحقوق والحريات التي يتم التضييق منها بهدف المحافظة على النظام العام وضمان السير المنتظم لمرافق الدولة.

وفي سبيل منع الاستبداد والتسلط وصيانة حقوق الأفراد، كان لابد من توزيع هذه السلطة بين هيئات متعددة وإلزام كل هيئة حدودها، وهو ما يعرف بمبدأ الفصل بين السلطات، وانطلاقاً منه كان لابد من فرض رقابة مجدية على نشاط الإدارة لإلزامها باحترام القانون، وعليه خص المؤسس الدستوري القضاء بمهمة مراقبة أعمال الإدارة باعتباره أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن حقوق والحريات، حيث تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة واحدة من أقوى وأهم الضمانات الحرية الأساسية مقابل ما تقوم به الإدارة عموماً، وفي سبيل ما تصبوا إليه من تحقيق النظام العام على وجه الخصوص لاسيما أمام عدم كفاية وفعالية الرقابة الإدارية الذاتية، ذلك كونها تعد الوسيلة فعالة في حماية الحرية الأساسية إزاء ما يصدر عن الإدارة من أعمال، لأن الغرض الأساسي من الرقابة القضائية هو حماية الأفراد، وذلك بإلغاء قرارات الإدارة

المخالفة للقانون والتي تكون قد سببت ضرارا للأفراد، والحكم بالتعويض عن الضرر الذي يمس الأفراد من جراء سير المرافق العامة.

ومن هنا نطرح التساؤلات التالية: ما مدى ضمان حماية الحقوق والحريات من قبل السلطات المتدخلة في ظل حالة الطوارئ الصحية؟ ما هو دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية؟ لمعالجة هذه التساؤلات سوف أقسم الموضوع إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الضمانات التي أقرتها الدولة المغربية لحماية الحقوق والحريات في ظل حالة الطوارئ الصحية

تتحقق حالة الطوارئ أو ما يسمى بالظروف الاستثنائية إذا ما نشأت في دولة معينة ظروف تجعل السلطة التنفيذية مضطرة لاتخاذ تدابير وإجراءات لحماية الأمن العام لمواطنيها في ظرف استثنائي غير عادي، تفرضه الدولة عندما يهدد أمنها ونظامها العام .

فحالة الطوارئ تخول الحكومة القيام بأعمال أو فرض سياسات لا يسمح لها عادة القيام بها في الظروف العادية. وتستطيع الحكومة إعلان هذه الحالة أثناء الكوارث، أو حالة العصيان المدني، وحالة ظهور الأوبئة خطيرة، بحيث تنبه المواطنين إلى تغيير سلوكهم الطبيعي وتأمير الجهات الحكومية بتنفيذ خطط الطوارئ. وتحيل أيضا حالات الطوارئ على فرض أحكام استثنائية بموجب قانون طوارئ أو قوانين مؤقتة تتخذها السلطة التنفيذية. وتشمل هذه الحالة فرض قوانين تقيّد حرية

الحركة، وتحد من مجال التمتع بمجموعة من الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور والنصوص التشريعية والتنظيمية، تماشيا مع ما تفرضه الضرورة والظروف الاستثنائية كما هو الشأن بالنسبة لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب.

وتظل تدابير الشرطة الإدارية نظاما وقائيا تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما من شأنه أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفرادهم وسكينتهم، بحيث يقتصر دور السلطات الإدارية على تنظيم مجموع الحقوق والحريات، وضبط كفاءات ممارستها دون أن تصل سلطاتها إلى منعها أو تحريمها. فالقاعدة تظل متمثلة في أن الحرية في نطاق الشرطة الإدارية هي الأصل، وتحديدًا بإجراءات وقرارات ضبطية هي الاستثناء. مع ما يترتب عن ذلك من خضوع الإدارة لرقابة القضاء الإداري، إلغاء أو تعويضًا.

نعتقد بأن مفهوم حالة الطوارئ الصحية أصبح من المصطلحات أكثر دقة في الوضع الحالي من المفاهيم أخرى كمفهوم حالة استثنائية المنصوص عليه في دستور.

ونظرا لهذه الظروف الاستثنائية التي يشهدها بلدنا، عملت السلطات المتدخلة في هذه الظروف على توفير الحماية للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، حيث صدر المرسوم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية والإجراءات

الإعلان عنها، والمرسوم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب في

23 مارس 2020 بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا⁶⁶⁶.

إلا أنه رغم إعلان عن حالات الطوارئ فالسلطة التقديرية للدولة ليست مطلقة، بل تظل مقيدة بالتزامها باحترام بعض الحقوق والحريات الأساسية حتى في حالة الطوارئ. وذلك تكريسا لما جاء في الدستور " أن الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا لا يمكن تقييدها إلا بقانون".

لذلك فمن واجب على السلطات المتدخلة في ظل الظروف الاستثنائية توفير مجموعة من الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات.

لمعالجة هذه النقاط نقسم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: الإطار القانوني لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب

بالرجوع إلى الوثيقة الدستورية لسنة 2011 لا نجد التشريع المغربي ينظم لنا "حالة الطوارئ" أو ما يسمى "بحالة الطوارئ الصحية"، ولكن يتطرق لبعض الحالات الاستثنائية المشابهة وهي حالة الحصار المنصوص عليها في الفصلين 49 و 74 من دستور، وإلى حالة الاستثناء المنصوص عليها في الفصل 59 من الدستور. وهذه الحالات تختلف عن حالة الطوارئ الصحية من ناحية الشروط الموضوعية

⁶⁶⁶ - مرسومين منشورين بالجريدة الرسمية، العدد 6867 مكرر، بتاريخ 29 من رجب 1441 الموافق ل 24 مارس 2020.

والشروط الشكلية، على رغم من أنها تشترك مع هذه الأخيرة في التأثير على الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا.

وفي غياب نصوص دستورية تنظم لنا حالة الطوارئ الصحية، يمنح المشرع للحكومة آليات قانونية يمكن من خلالها التشريع عوض عن البرلمان، من أجل المحافظة على السير العادي لمراق الدولة التي لا تقبل التوقف مهما كانت الظروف. إن الحالات التي تتعلق بحلول الحكومة محل البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية تكون ناتجة عن:

❖ تفويض التشريع بمقتضى القانون أثناء دورات انعقاد البرلمان، وهو ما يعرف بالمراسيم التفويضية (الفصل 70 من الدستور 2011).

❖ التشريع في الفترة الفاصلة بين انعقاد الدورات البرلمانية، وهو ما يعرف بمراسيم الضرورية (الفصل 81 من الدستور).

إن الفرق بين التفويض في إطار الفصل 70 من الدستور، والتفويض في إطار الفصل 81 من الدستور، هو أن الأول تفويض إرادي بحيث يمكن للبرلمان أن يأذن للحكومة بالتشريع في مجال من مجالات القانون، كما يمكن له أن يمتنع عن ذلك. في حين أن التفويض في إطار الفصل 81 هو تفويض بحكم الدستور أثناء عطلة البرلمان.

لذلك استندت الحكومة على الفصل 81 من الدستور لإصدار مرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر في 23 مارس 2020 الذي يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الذي تزامن مع الفترة الفاصلة بين الدورات.

إذ لابد من توافر أربعة شروط لإصدار مثل هذه المراسيم:

- وجود ضرورة ملحة تفرض إصدارها؛
 - أن يكون ذلك خلال الفترة الفاصلة بين دورات البرلمان، أي بين دورة أكتوبر ودورة أبريل؛
 - أن يقع بالاتفاق مع اللجنة التي يعينها الأمر؛
 - أن يتم عرض المراسيم المتخذة على مصادقة البرلمان في أقرب دورة عادية؛
- فإذا أقر البرلمان هذه المراسيم استمر سريان مفعولها، أما إذا رفض المصادقة عليها، فإنه يزول ما كان لها من قوة القانون، ويتوقف سريان مفعولها، إلا أن هذا الرفض لا يسري بأثر رجعي احتراماً للمراكز القانونية والحقوق المكتسبة.
- فالفصل 81 من الدستور يعتبر الإطار الدستوري لإصدار هذا المرسوم بقانون، لكي يكون هذا المرسوم مطابقاً لمبدأ المشروعية وملزماً للأفراد ومرضياً لهم، استندت الحكومة إلى الفصل 21 و24 من الدستور.

حيث يجب أن تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار الاحترام الحريات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع (الفصل 21 من الدستور)، ما يمكن ملاحظته بشأن الفصل 21 أنه لم يذكر كلمة "قانون" التي يمكن للحكومة أن تعتمد لتقييد حق المواطن في سلامته، فهو حق مطلق لا يمكن التصرف فيه.

لكن تجد الحكومة سندها في الفصل 24 من الدستور بقراءة الفقرة الرابعة منه بمفهوم المخالفة للتدخل وفق القانون قصد تقييد حرية التنقل، عبر التراب الوطني والخروج منه والعودة إليه، وما يترتب عن خرق هذه المقتضيات من تدابير. والهدف من إتباع هذه التراتبية القانونية هو إعطاء المشروعية لمرسوم قانون حالة الطوارئ الصحية رقم 2.20.292.

واستنادا إلى الفصلين 90 و 92 من الدستور بالإضافة إلى المرسوم قانون حالة الطوارئ السالف الذكر... تم إعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا كوفيد-19 بمرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020⁶⁶⁷.

وبعد إصدار المرسوم رقم 2.20.292، وكذا المرسوم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا

⁶⁶⁷ - مراد فارسي، حالة الطوارئ الصحية بالمغرب: التنزيل القانوني والإجراءات الموكبة، مقال منشور بالمجلة الباحث، ملف خاص 3 جائحة كورونا "الطوارئ الصحية"، العدد 19- يونيو 2020، ص 32.

ضمن الجريدة الرسمية لتاريخ 24 مارس 2020، مع العلم أن بداية تطبيق حالة الطوارئ بدأ العمل به على اثر صدور بلاغ وزير الداخلية بشأن إعلان " حالة الطوارئ الصحية" ابتداء من يوم 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء. مما يطرح مدى شرعية التدابير المتخذة قبل 24 مارس 2020، وما يمكن أن يترتب عن ذلك من مسؤولية في حالة حصول ضرر للأفراد.

ولأن المرسوم المذكور لم ينشر في الجريدة الرسمية إلا بعد 24 مارس 2020، فإن هذا التاريخ هو المعتمد به قانونا لبداية العمل بالتدابير التي جاء بها، رغم أن الحكومة استندت في سنّها للأحكام الطوارئ الصحية على مقتضيات الفصل 81 من دستور، حيث تم اتخاذ المرسوم في الفترة الفاصلة بين الدورتين التشريعتين. فإن تمامه من الناحية القانونية يتوقف على المصادقة عليه من طرف البرلمان خلال دورته العادية الموالية.

و ابتداء من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية يحق للحكومة، أن تتخذ جميع التدابير اللازمة للحد من تفاقم الحالة الوبائية للمرض، خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني، والتي تمنع التجمع أو التجمهر أو مجرد الاجتماع غير مبرر، أو مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم، أو تنقلهم خارجه، باستثناء حالات الضرورة القصوى للعمل حينما تقتضيه حيوية المرفق المعني بقرار من السلطة الحكومية

المختصة، أو التنقل لاقتناء حاجيات المعيشية اليومية أو التطبيب، أو لأسباب عائلية ملحة تستدعي مساعدة أشخاص في وضعية صعبة، أو في حاجة إلى إغاثة.

الفقرة الثانية: واقع الحقوق والحريات في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب

فإذا طرأت ظروف غير عادية على الدولة: مثل الحروب الأهلية أو الدولية، أو فيضانات أو الزلازل أو غيرها من الكوارث الطبيعية، أو حالات الانقلاب أو الانقلاب الأمني أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين، تجد الدولة نفسها وفي سبيل المحافظة على النظام العام تتخذ تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانون المقررة في الظروف العادية، فهي تضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة في القوانين المنظمة للحرية لكي تفسح المجال أمام قواعد أخرى أكثر تقييدا وتضييقا للحرية⁶⁶⁸.

وبالرجوع لمقتضيات الواردة في الدستور المغربي لسنة 2011 لا نجده يقن لنا حالة الطوارئ الصحية كما هو الشأن بالنسبة لحالة الاستثناء وحالة الحصار، كما أشرنا إلى ذلك سابقا. ومع ذلك فإن التدابير والإجراءات المتخذة من طرف السلطات المختصة في هذه الحالة، قد تؤدي إلى المساس بالحقوق والحريات المدنية والسياسية للأفراد المقررة في الدستور من قبيل تقييد حق التنقل، والتجمع والتجمع، وممارسة الرقابة على حرية التعبير وغير ذلك من الحريات أخرى.

668 - مديحة الفحلة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، مقال منشور بمجلة الفكر، العدد الرابع عشر، ص 222.

وعلى اثر الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية بالمغرب صدرت مجموعة من القرارات والتدابير الإدارية تمس بحقوق وحریات الأفراد، وهي التي غالبا ما يحرص عليها الفرد ويدافع عنها في كل وقت ورغم كل الظروف المحيطة به، لكن الظروف التي يعيشها البلاد تفرض على السلطة تقييد ممارسة بعض هذه الحقوق والحریات. وتتمثل هذه الحریات في: تقييد حرية التنقل، وحرية التجمع والاجتماع، وحرية الرأي والتعبير.

أولا: تقييد حرية التنقل في حالة الطوارئ الصحية

فحرية التنقل من الحقوق الأساسية للإنسان، بحيث يؤدي ضمانها إلى تمتيع الفرد بباقي حقوقه وحرياته الأخرى ولازما لممارستها، ولهذا نجد المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، تنص على أن " لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة"، وتؤكد أيضا أنه " يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه".

وباستقراءنا الفصل 21 من الدستور المغربي الفقرة الثانية منه نجدها تنص على أنه "تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار احترام الحریات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع".

وتماشيا مع الفقرة الرابعة من الفصل 24 من الدستور على أن "حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون".

ولا شك أن حرية التنقل ليست حرية مطلقة وإنما هي مقيدة ويأتي هذا التقييد في عدة جوانب يكون هدفها تحقيق التوازن بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد ومن ثم تغليب الأولى على الثانية عند تعارضها، وهذه القيود إما أن ينص عليها الدستور صراحة أو في أغلب الأحيان يحيل في تنظيمها إلى القوانين العادية.

وبالرجوع إلى تقييد حرية التنقل في المغرب نجد أن السبب في ذلك غايته الحفاظ على الصحة العامة من خلال الحد من انتشار الفيروس داخل تراب الدولة خاصة أن هذا الانتشار يكون بطريقة سريعة وغير مكشوفة مما يؤدي إلى تفشي العدوى بكثرة ويهدد حياة الأشخاص في ظل غياب لقاح أو علاج لهذا الفيروس⁶⁶⁹.

وهذا التقييد تجلى في المادة الثانية من المرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ بالمغرب نجدها تنص على: "... عدم مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم مع اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة، طبقا لتوجيهات السلطات الصحية،... منع أي تنقل لكل شخص خارج محل سكنه، إلا في حالات الضرورة القصوى...". مما يتبين من خلال هذه المادة الأثر المباشر للإجراءات المتخذة أثناء حالة الطوارئ على حرية التنقل. ويمكن القول أنها جاءت متوافقة إلى حد ما نصت عليه نصوص

669 - إدريس بنشطاب، الدولة وحقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، مقال منشور بمجلة الباحث، ملف خاص جائحة كورونا " الطوارئ الصحية"، العدد 20-يوليوز 2020، ص249.

اللوائح الصحية الدولية، التي سمحت هي الأخرى بوضع قيود على هذه الحرية متى كانت ضرورية لحماية الأمن الصحي الوطني والدولي.

ثانياً: تقييد حرية الاجتماع والتجمع في حالة الطوارئ الصحية

لم تسلم حرية الاجتماع والتجمع بدورها من تأثير الظروف الاستثنائية على ممارستها، فقد أشارت عدة نصوص داخلية ودولية إلى إمكانية فرض القيود على ممارستها بشكل يجعلها لا تمس بالنظام العام أو الصحة العامة، أو تعرقل سير مؤسسات الدولة، وهو استثناء على الأصل.

فيجب أن نسلم نتيجة لذلك أن اتساع سلطة الضبط الإداري أثناء فرض حالة الطوارئ الصحية تحد بشكل كبير من الحرية، ومن ذلك حرية الاجتماع التي أصبحت تعطي لها أهمية قصوى في التشريعات المتعلقة بالظروف الاستثنائية، لأن التساهل أو عدم القدرة على ممارسة هذه الحرية لا شك أنه يهدد النظام العام والصحة العامة.

ويتمثل تضيق حرية الاجتماع والتجمع غالباً في منع التجمعات التي تمس بالنظام العام أو الصحة العامة، أو تعرقل سير مؤسسات الدولة الذي على الدولة أن تضمنه. وبصرف النظر عن مدى هذا القيد فإن حرية الاجتماع والتجمع لن تلقى أثناء حالة الطوارئ ما تلقاه في الظروف العادية من جانب السلطة التنفيذية.

وبالرجوع إلى المادة الثانية من المرسوم رقم 2.20.293 نجدها تنص على: "في إطار حالة الطوارئ الصحية المعلنة طبقاً للمادة الأولى أعلاه، تتخذ السلطات

العمومية المعنية التدابير اللازمة من أجل: "... منع أي تجمع أو تجمهر أو اجتماع لمجموعة من الأشخاص مهما كانت الأسباب الداعية إلى ذلك، ويستثنى من هذا المنع الاجتماعات التي تعقد لأغراض مهنية مع مراعاة التدابير الوقائية المقررة"⁶⁷⁰.

نستخلص مما سبق بأن المشرع منع كل تجمع أو تجمهر خلال فترة الحجر الصحي بهدف منع انتشار فيروس كورونا، إلا أنه استثنى منها التجمعات المهنية مع ضرورة التزام بالتدابير الوقائية، وهذا استثناء غايته الحيلولة دون توقف عجلة الاقتصاد.

ثالثاً: تقييد حرية الرأي والتعبير في حالة الطوارئ الصحية

بالإطلاع على المقتضيات الدستورية نجد الفصل 25 من الدستور يضمن لنا حرية الرأي والتعبير بكل أشكالها⁶⁷¹، لذلك تعالت مجموعة من الأصوات الحقوقية بالمغرب، التي نهت إلى الانزلاقات التي تتم بمناسبة هذه الحالة الوبائية، والتي تؤدي إلى مزيد من التضييق على الحقوق والحريات، ومطالبة الدولة بضرورة احترام القانون، الذي يفرض نوعاً من تلاؤم الحدود، التي تفرضها السلط العمومية على ممارسة الحقوق والحريات، مع الظروف والملابسات التي فرضت تلك التدابير، والغاية التي دفعها لذلك، أي أن يكون وضع الضوابط التي قد تحد من ممارسة الحقوق والحريات، يتسم بنوع من العقلانية بمعنى أن تكون متناسبة مع الظروف

⁶⁷⁰ - محمد امجاهدي، حالة الطوارئ الصحية بين مقتضيات الحفاظ على الصحة العامة والتزام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، على الرابط التالي: www.droitentreprise.com، تاريخ الاطلاع: 2020/08/23 على الساعة 12:35.

⁶⁷¹ - الفصل 25 من الدستور 2011: "حرية الرأي والفكر والتعبير مكفولة بكل أشكالها...".

التي فرضت ذلك، خاصة وأن هذه الفقرة شهدت حملة واسعة على المدونين تحت طائلة عقوبات مفرطة، مما يعتبر إجهازا على حرية الرأي والتعبير، التي تعرف تراجعا كبيرا بالمغرب.

وارتباطا بموضوع حرية الرأي والتعبير، التي نص عليها دستور 2011 من خلال الفصل 25 "حرية الفكر والرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها"، فإن محاكمة العديد من المدونين بسبب التعبير عن رأيهم يعتبر مسا بعلوية القواعد الدستورية، التي من المفروض احترامها بصيانة حقوق المواطنين مهما كانت الظروف، وإلا أصبح الدستور مجرد برنامج سياسي، في أقصى الحالات ملزم على المستوى الأخلاقي أو مجرد مجموعة من النصائح التي يتلقاها المشرع، والتي يكون حرا في الأخذ أو عدم الأخذ بها⁶⁷².

المطلب الثاني: القضاء الإداري كضامن للحقوق والحريات في ظل حالة الطوارئ الصحية

وفي ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية فإن المشرع منح للإدارة صلاحيات واسعة لمواجهة تلك الظروف بما يهدف لحماية النظام العام وتحقيق المصلحة العامة في المجتمع، لذلك قد تستخدم الإدارة وسائل غير عادية قد تضر بالحريات العامة، التي ضمنت حمايتها الدساتير والمواثيق الدولية، خاصة في حالة إعلان حالة الحصار وحالة الطوارئ والحالة الاستثنائية.

⁶⁷² - علي المغراوي، الحقوق والحريات في ظل حالة الطوارئ، مقال منشور في موقع "لكم"، على الرابط التالي: <https://lakome2.com/opinion/179865>، تاريخ الاطلاع: 2020/08/23 على الساعة 13:01.

وأهم ضمانات لحماية الحريات في هذه الحالة هو مسؤولية الإدارة عن جميع أعمالها، وخضوعها للرقابة القضائية التي تقف في صف حماية هذه الحريات⁶⁷³.
بوجود ظرف استثنائي أيا كانت صورته لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعا لقواعد المشروعية، فالإدارة تبقى مسؤولة في الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بميزان آخر غير ذلك الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية.

فالإشكالية المطروحة في هذا المطلب هي: ما مدى حدود بسط رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المتخذة خلال هذه الفترة مع إبراز طبيعتها القانونية؟
وللإجابة عن هذه الإشكالية نقسم هذا المطلب إلى فقرتين أساسيتين:

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية المتخذة في حالة الطوارئ الصحية

لا يخفى أنه قد ينشأ عن بعض القرارات أو الأعمال الإدارية المتخذة تطبيقا لقرار الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية إضرار بحق أو مصلحة مشروعة، وتبعاً لذلك، فهل تكون تلك القرارات والأعمال محصنة من أي رقابة قضائية بعلة أنها سيادية؟ وهل وصف "السيادي" ينطبق على جميع القرارات المتخذة بمناسبة

⁶⁷³ - صالح الدين شرقي، حماية الحريات العامة للأفراد في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مقال منشور في دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر جافي 2016، ص 89.

الطوارئ الصحية-منها قرار تعليق الرحلات الجوية- وما هي حدود الرقابة القضائية عليها؟

قليلة هي المناسبات التي تعرض فيها القضاء المغربي للقرارات السيادية محددا إياها بهذه الصفة، وقد شكل القرار الصادر بتاريخ 26 مارس 2020 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط واحدا من هذه القلة حيث وصف قرار الحظر الجوي بالقرار السيادي بامتياز.

إن وصف قرار ما بـ "السيادي" ينبغي أن يؤسس على المفهوم القانوني الدقيق له، لا أن يكون وصفا لحال، فكل قرار لا شك أنه يعبر عن سيادة الدولة من زاوية أنها مالكة لزام قرارها، مستقلة في تحديد مصلحتها، واتخاذ ما يجنبها أي ضرر ويجلب لها مصلحة. لكن ليس معنى ذلك أن هذا القرار سيادي بالمفهوم القانوني لنظرية الأعمال والقرارات السيادية كما وضع أسسها الفقه والقضاء المقارن، فالقرارات الإدارية التي تصدر عن الدولة بمختلف إدارتها تخضع للرقابة القضائية، وهي قاعدة تقرها الدساتير ومنها الدستور المغربي، أما تلك التي تتجاوز الطابع الإداري والتنظيمي. وتتصف بالسيادية فهي وحدها مستثناة من هذه الرقابة ولتبسيط الفكرة وتقريبها للأذهان يمكن تحديد ماهية القرارات السيادية باعتبارها القرارات الصادرة عن السلطات العليا في البلاد بوصفها سلطة حكم لا إدارة، في موضوع يهم علاقة السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية أو العلاقات الدولية والدبلوماسية، ومن ذلك قرار الدعوة إلى الانتخاب أو إيداع مشروع قانون بالبرلمان،

أو حل البرلمان أو تعيين أعضاء الحكومة أو إقالتهم، وكذا قرار قطع العلاقات الدبلوماسية مع إحدى الدول، وما إلى ذلك من القرارات التي تعبر فعلا عن سيادة الدولة فتخرج عن رقابة القضاء الإداري الذي يحكم مجال تدخله الدستوري وقصره على رقابة القرارات المتخذة في هذا المجال فقط. وهذا النوع من القرارات تم استثناءه، باجتهاد قضائي قار، من الخضوع لرقابة القضاء الإداري وفق ما كرسه قضاء مجلس الدولة الفرنسية الذي استحضرو وجود نوع آخر من الرقابة على هذه القرارات السيادية هي رقابة السلطة التشريعية ورقابة القضاء الدستوري.

وقد استخلص الفقه معايير لتمييز القرار الإداري عن القرار السيادي منها معيار الباعث السياسي، وإن كان القضاء الفرنسي قد تخطى عنه، في مقابل تطبيق المعيارين العضوي والموضوعي.

وسيكون من المناسب لو يتبنى القضاء الإداري المغربي نظرية القرار المنفصل- القابل للطعن فيه بالإلغاء- أسوة بنظيره الفرنسي على مستوى مجلس الدولة، بحيث لا يتردد في تقدير شرعية القرارات الإدارية المتخذة في إطار قرار الطوارئ الصحية المعتبر قرارا سياديا، أي ولو في الظروف الاستثنائية، كما تحقق من انفصالها عن القرار السيادي، أي متى كانت رقابته في حال إلغاء القرار المطعون فيه ليس من شأنها المساس بالقرار المعلن عن الطوارئ الصحية وسريانه.

فمن خلال تفحص "قرار الحظر الجوي" من حيث الجهة المصدرة له وموضوعه، يتبين أن الأمر يتعلق ببيان صادر عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون

الإفريقي والمغاربة المقيمين بالخارج يتضمن الإعلان عن قرار تعليق الرحلات الجوية المتوجهة والقادمة من وإلى عدد من الدول، وكان قرار تعليق الرحلات الجوية (وحتى غلق الحدود البحرية مع اسبانيا) قد صدر في 13 مارس 2020 وعلى إثره تم تعليق الرحلات من أربع دول هي الصين وإيطاليا وكوريا الجنوبية واسبانيا، وفي 14 مارس 2020 تم تعليق الرحلات مع ألمانيا هولندا بلجيكا والبرتغال ومع عدد من الدول الإفريقية والعربية منها تونس. وقد أشار البيان إلى أن هذا الإجراء الشؤون الخارجية والتعاون الإفريقي والمغاربة المقيمين بالخارج وفق ما هو واضح من بلاغها المنشور في موقع الوزارة على الانترنت، وبالتالي صدر عن سلطة عمومية في إطار تدابير الضبط الإداري (الشرطة الإدارية) الذي يمكن للوزارات ممارسته لحفظ النظام العام المتمثل في الصحة العامة على اعتبار أن خطر تفشي الوباء مرتبط بحالات و افدة من الخارج.

ثم انه بالتدقيق في تاريخ إصدار قرارات تعليق الرحلات الجوية سيتبين أنها سابقة عن تاريخ اتخاذ قرار الإعلان عن الطوارئ الصحية، سواء الذي صدر في شكل بلاغ لوزارة الداخلية الصادرة في 19 مارس 2020 الذي حدد بداية المجال الجوي والبحري اتخذ في إطار تدابير إدارية محضة وفق ما تسمح به السلطات الضبط الإداري وليس خلال فترة الطوارئ الصحية.

كما أن القانون المنظم للطيران المدني يسمح للدولة، من خلال السلطات الجوية إذا كان في الأمر مساس بالنظام العام أو تهديد لسلامة الممتلكات والأشخاص.

ومبرر تعليق الرحلات الجوية كان بداعي الحفاظ على الصحة العامة أي سلامة الأشخاص، وهو التزام دستوري أيضا.

وتأسيسا على ما ذكر يكون قرار الحظر الجوي، أو تعليق الرحلات الجوية، قرارا إداريا من حيث طبيعته القانونية، وغير متصل بقرار سيادي لصدوره قبل تاريخ القرار المعلن عن الطوارئ الصحية بمرسوم، وبالتالي لا يندرج بهذا الشكل ضمن القرارات المتخذة تنفيذا لقرار سيادي حتى يمكن اعتباره قرارا متصلا به، لأن ذلك يقتضي أن يكون لاحقا لصدوره القرار السيادي أي بعده لا قبله، ولا يسوغ قانونا إضفاء اثر قانوني لقرار إداري على أوضاع قانونية سابقة عنه.⁶⁷⁴

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في زمن كورونا

إن رقابة القضاء على مدى احترام الحقوق والحريات الفردية والعامة تعد أنجع وسيلة رقابة على المستوى الوطني، كون أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات⁶⁷⁵. حيث تتنوع أوجه الرقابة على تدابير الشرطة الإدارية بين رقابة قاضي الإلغاء والقضاء الشامل والقضاء الاستعجالي. وباعتبار هذا الأخير حاميا للحريات، كقضاء الإلغاء والقضاء الشامل، من خلال تخويل المتضرر إمكانية رفع الدعوى

⁶⁷⁴ - صالح لمزوغ، تأملات حول بعض إشكاليات القضاء الإداري في زمن كورونا كوفيد-19، مقال منشور على موقع العلوم القانونية، على الرابط التالي:

https://www.marocdroit.com/%D8%AA%D8%A3%D9%85%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A8%D8%B9%D8%B6-%D8%A5%D8%B4%D9%83%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%81%D9%8A-%D8%B2%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%88%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%A7-%D9%83%D9%88%D9%81%D9%8A%D8%AF-19_a8612.html

⁶⁷⁵ - سمية لعسل، سلطات القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماستر في القانون العام المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015، ص 27.

الاستعجالية أمام قاضي المستعجلات الإداري على وجه السرعة، فإن القاضي في إعماله لهذه الإجراءات يتوفر على سلطات واسعة، بحيث يمكنه تعليق قرار الإدارة أو يأمره باتخاذ إجراءات محددة. ولذلك يتعين عليه أن يثبت، من جهة، أن هناك ضرورة ملحة للحكم. ومن ناحية أخرى، أن الإدارة-من خلال أفعالها أوتقاعسها- قد انتهكت بشكل غير قانوني حرية أساسية. ويقوم القاضي بتقييمه لهذه النقطة، مراعاة للتدابير التي اتخذتها الإدارة بالفعل والوسائل المتاحة لها. وبالتالي فالقضاء الاستعجالي غير مشمول بتعليق العمل بالمحاكم إبان حلة الطوارئ بل ينبغي الدفاع عن دور القضاء الإداري كضامن للحقوق والحريات حتى في الظروف الاستثنائية. إذ لا يقبل أن تتعطل هذه الوظيفة بداعي هذه الظروف فتصبح الدولة ممثلة في السلطة التنفيذية في حل من أي رقابة قضائية.

إن رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الإدارة يمثل ضماناً مهمة من ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم لما في ذلك من تبني لشرعية دولة القانون، والقاضي هو مفتاح الالتزام بسيادة القانون ويتوقف عليه احترام مضمون القانون من حيث وجوب حمايته لحقوق وحريات.

وتعد مراقبة السلطة القضائية للأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية أثناء قيامها بالمهام المنوطة بها، من أقوى نفوذ مبدأ المشروعية وضمان حقوق وحريات الأفراد، لأن القضاء هو حصن الحريات وحاميها لذا كانت أنجع

وسيلة لرقابة الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية في حالة الطوارئ، هي رقابة القاضي الإداري على جميع الإجراءات والتدابير المتخذة من قبلها.

وعليه فإن أغلب التشريعات اتفقوا على خضوع الإجراءات والتدابير المتخذة أثناء حالة الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء الإداري، حيث استقر كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري في مجموعة من قراراتهما، على أن ما تمارسه السلطة التنفيذية من أعمال في ظل حالة الطوارئ المعلن عنها، تعد من قبيل الأعمال الإدارية تنبسط عليها رقابة القضاء الإداري إلغاء وتعويضاً⁶⁷⁶.

وارتباطاً بدراسة الموضوع فقد قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في 23 مارس 2020 " بأحقية مواطن ليبي قادم من مالطا بالدخول إلى التراب الوطني، بعد التأكد من عدم إصابته بفيروس كورونا، وذلك طيلة فترة الحظر الجوي مع تحديد مكان إقامته بالدار البيضاء⁶⁷⁷. فوجود هذا المواطن نفسه محبوساً داخل المطار منذ 16 مارس 2020 بسبب فرض حالة الطوارئ الصحية ومنع الرحلات الجوية.

وقد استند القرار إلى أن مقتضيات القانون رقم 02.03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية والهجرة غير الشرعية، لم تتطرق لحالة بقاء المسافرين الأجانب العابرين لتراب المملكة عالقين بالمطارات الدولية المغربية نتيجة أي منع اضطراري للطيران. إلا أن ذلك لا يحول دون تدخل قاضي المستعجلات لرفع أي ضرر

⁶⁷⁶ - محمد امجاهدي، حالة الطوارئ الصحية بين مقتضيات الحفاظ على الصحة العامة والتزام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مرجع سابق.

⁶⁷⁷ - المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، أمر استعجالي رقم 239 ملف 358/7101/2020 بتاريخ 23 مارس 2020.

يتظلم منه الشخص العالق بالمطار، في إطار تطبيق القواعد العامة ومبادئ العدالة، والتي تراعي من طرف قاضي المستعجلات تحقيق دوره الايجابي في حماية الحريات العامة للأفراد ومراكزهم القانونية.

واستئنفا لهذا الأمر الذي أصدره رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء قضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بإلغاء الحكم الابتدائي. وعللت المحكمة حكمها بكون الملف خال مما يفيد أن المواطن الليبي يتوفر على سند قانوني، في إشارة إلى تأشيرة الدخول إلى المغرب. وكان الوكيل القضائي للمملكة بصفته نائبا عن وزير الخارجية والتعاون الدولي، و المدير العام للأمن الوطني قد أدلى في مذكرته الاستئنافية، بأن قرار الحظر الجوي الذي تقرر نتيجة الحظر الصحي، قرره السلطات العليا للبلاد، لتفادي انتشار فيروس كورونا، والذي يندرج ضمن القرارات السيادية الواجبة التطبيق.

وأوضح الوكيل القضائي أن الحكم الابتدائي خرق قواعد الاختصاص على اعتبار أن مصدر الأمر قضى بالإذن بالدخول للتراب الوطني، وهو ما لا يندرج ضمن اختصاص القضاء، وإنما من اختصاص السلطة التنظيمية، بالإضافة إلى خرق مبدأي فصل السلط المكرس دستوريا، وكون القاضي الإداري يحكم ولا يواجه أوامر للإدارة، فضلا على عدم الارتكاز على أساس قانوني، وانعدام التعليل من خلال انتفاء حالة الاستعجال القصوى، والاستناد إلى وجهة نظر أحادية، وترجيح وثائق عن الإجراءات السيادية التي اتخذتها السلطات العليا. وأبرز الوكيل القضائي من

جهة أخرى، أن تنفيذ الأمر يقتضي التأكد من عدم إصابة المستأنف عليه من فيروس كورونا، والذي تتولاه إدارة أخرى ليست طرفا في الدعوى وهي وزارة الصحة، كما أنه إذا ثبت إصابته بهذا الفيروس تكون المحكمة قد أمرت بإدخال شخص مصاب، وهو ما يعد خرقا للحظر الجوي. وقد خلصت المحكمة إلى أن القرار المتخذ يدخل ضمن أعمال السيادة بامتياز ولا يمكن تعليق آثاره القانونية إلا في حالات التي يقررها قرار الحظر نفسه أو الأعمال اللاحقة التي اتخذتها نفس السلطة المختصة.

وجاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط⁶⁷⁸: " أن حالة الحظر الجوي والبحري مجرد تدبير تنظيمي مؤقت لا يخل بمبدأ حرية الدخول والخروج من وإلى التراب الوطني كأصل عام، خاصة أن سنده الفصل 24 من الدستور الذي يحدد ضوابط لتنظيم هذا الحق يؤسسها القانون نفسه".

ويتعلق هذا الأمر بقرار رفض طلب مواطن مغربي وزوجته الدخول إلى التراب المغربي، بعدما ظل عالقين بميناء الجزيرة الخضراء في اسبانيا، على اثر إعلان حالة الطوارئ الصحية. وقد عللت السلطات الإدارية قرارها بإجراءات الحجر الصحي، رغم أن هذه السلطات نظمت عدة رحلات جوية لإجلاء رعايا بلدان أجنبية عالقين بالمغرب.

لقد رفض رئيس المحكمة طلب المدعين باعتباره غير مؤسس، نظرا إلى أن قرار إغلاق الحدود الجوية والبحرية تم طبقا لقانون الطوارئ الصحية الذي نشر

678 - أمر عدد 955 ملف رقم 2020/7101/667 صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالنيابة بالرباط بتاريخ 31 مارس 2020.

بالجريدة الرسمية، معتبرا أنه: "لا يمكن خرق حالة الطوارئ الصحية عن طريق الإذن للمطالبين بالدخول إلى التراب الوطني"، خاصة أن ما قامت به السلطات المغربية يمثل الشرعية الأنية في ظل الوضع الحالي، وأن القاضي يحمي الشرعية في كل الأحوال.

وقد علل رفضه بأن المدعين وإن كان يحملان الجنسية المغربية وقيمان بالمغرب ولهما حق الخروج والدخول من وإلى التراب الوطني طبقا لأحكام الدستور، غير أن ذلك يبقى في الأحوال العادية. أما في نازلة الحال فإن استمرار وجودهما في منطقة العبور بالجريدة الخضراء بعدما كانا قادمين إلى المغرب من إسبانيا، إنما يرجع إلى تدابير احترازية سريعة وحاسمة اتخذتها السلطات المغربية بفرض حظر جوي وبحري، استنادا إلى السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لها في هذا المجال لحماية الصحة العامة⁶⁷⁹.

خاتمة:

وفي ختام يمكننا القول أن تخويل الإدارة نوع من التحرر في ظل الظروف الاستثنائية التي فرضتها حالة الطوارئ الصحية لا تبيح إلى منح سلطة مطلقة للسلطات المتدخلة في حالات الطوارئ الصحية، وتعسف الإدارة عن طريق المساس بحقوق الأفراد وحياتهم تحت شعار الإجراءات الاستثنائية، مما دفع إلى تخويل

⁶⁷⁹ - حسن صهيبي، الشرطة الإدارية في حالات الطوارئ: الطوارئ الصحية بالمغرب؛ مقال منشور على الرابط التالي: <https://participer.ma/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B7%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%AD%D8%A7%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%88%D8%A7%D8%B1%D8%A6-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%AD%D9%8A/>، تاريخ الاطلاع 26 مارس 2020، على الساعة 18:15، ص 355.

القضاء حق الرقابة القضائية على القرارات الإدارية باعتباره الضامن الأساسي للحقوق والحريات حتى في ظل الظروف الاستثنائية.

وباعتبار أن الرقابة القضائية تعد من أهم أنواع الرقابة فاعلية من ناحية حماية الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية، فهذه الرقابة تعد مسالة ضرورية لخلق التوازن المطلوب بين ما للسلطة من امتيازات، وبين ما يصبو إليه المواطنون من حقوق وحريات.



السيد رضوان سند

حاصل على شهادة الماستر في العلوم الجنائية
بكلية الحقوق مراكش

قراءة نقدية لمشروع القانون 20-22 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي

مقدمة:

في الوقت الذي تسعى فيه الدولة المغربية - في شخص قائدها الهمام والشعب المغربي التواق الى الحرية المهدبة الغيور على وطنه و المكرس لمواطنته الانتاجية الفاعلة- الى منافسة الركبان ومواصلة الخط التحرري لتكريس دعائم الديمقراطية المغربية المنشودة في مختلف الميادين سواء ديمقراطية اجتماعية او اقتصادية أو سياسية، سواء من خلال الاتفاقيات التي وقعها المغرب، ومن خلال اللحظة الدستورية التاريخية الحاسمة التي تشكل نقطة تحول مفصلية بين ماض قاتم الصورة متقلص فيه هامش الديمقراطية الى حد الغياب، و حاضري رجي له التغيير بعيدا عن تلكم الاوضاع المأساوية نحو مستقبل يؤمن باستحضار الانسان في جميع المشاريع من حيث حقوقه المدنية والسياسية من جهة وحقوقه الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من جهة أخرى ، بحيث كل خطوة عملية اجرائية او قانونية نظرية يتعين أن تتخذ من هذا الانسان المكرم، منطلقا ومنهجيا وغاية لها.

فتبعاً لذلك كله ، تفاجؤنا جهات أو أعمال تخطط لهدم تلك المكتسبات، بحيث ما يعطيه الدستور باليد اليمنى يؤخذ عبر اليات تشريعية باليد اليسرى، تحت ذريعة مبررات عرجاء أو منقوصة ضمانات الإقناع، كما هو الشأن بالنسبة لمشروع قانون 20-22 مارس 2020، الذي أتى المجلس الحكومي ساعياً من خلاله إلى احتواء الأوضاع التي أفرزتها كورونا، عبر توحيد الأصوات والتعبيرات بخصوص مكافحتها الأكيدة المرجوة، ولكن- وللأسف- على حساب هدم حرية التعبير المكفولة دستوريا والمستمدة من جميع الشرائع والاتفاقيات الدولية والمعايير الحقوقية المتعارف عليها عالمياً، بالمعاقبة عليها جنائياً، وهنا قد يصدق علينا تنبؤ الأمين العام للأمم المتحدة أنطونيو غوتيريش، الذي عبر عن تخوفه من التدرع بفيروس كورونا لإضفاء الشرعية على وسائل قمعية، وإلا فإن حرية التعبير ستكون من ضحايا الكورونا.

هذا، بالرغم من تحفظنا على العقوبات الغليظة جداً بالمقارنة مع حجم الخطورة الاجرامية للمختلفين -والذين سماهم القانون قيد الذكر مخالفين - مع بعض التوجهات التي قد لا تخدم الصالح العام، أو أنها تشكل خطراً على الصحة العامة، مثلاً المستهلك الذي يتضرر من مشروب غازي معين فيعبر على أنه مضر أو مدمر بعيداً عن أي خلفية سياسية معينة، علماً أنه حرفي ذلك، ما لم يتعد ضوابط الدستور والتوابث العامة للبلاد، فهنا يمكن أن تتقرر المساءلة.

لذا سوف أعمل جاهداً على تبيان ملابسات المشروع من خلال نقطتين موزعتين على شكل فقرتين كالتالي:- الفقرة الأولى : مشروع قانون رقم 20-22 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي : السياقات والتداعيات. - الفقرة الثانية: عيوب تخللت المقتضيات الزجرية لمشروع قانون 20-22 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي

وتبعاً لمنهجية التحليل أعلاه نورد مايلي :

الفقرة الأولى: مشروع قانون رقم 22-20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي: السياقات والتداعيات

لم يكن هذا المشروع قانون جديدًا على المجتمع المغربي إذ خاض معظم أفراداه احتجاجًا واسعًا على مواقع التواصل الاجتماعي الإلكتروني ضد مشروع قانون "المدونة الرقمية" الذي طرحته الحكومة المغربية علنا قبل طرحه على البرلمان للمصادقة عليه، مما دفع الحكومة إلى التراجع عن طرح المدونة.

وذلك بعد مجهودات متواصلية مضنية تحمل عنوانا واحد وهو رفضهم القاطع لأية ممارسة رقابية على أنشطتهم داخل الفضاء الإلكتروني، حيث تكثيفهم من تعليقاتهم وانتقاداتهم لنصوص المدونة، وإطلاقهم لحملة إلكترونية على غرار "المدونة الإلكترونية لن تمر"، والتي دامت طويلا رغم الإعلان عن سحب المدونة بشكلها الذي خرجت به، إلى الأنة الأخيرة التي بدت فيها الحملات الاحتجاجية الرافضة بصورة باهتة.

ومن جملة ما تم الكشف عنه من عيوب، والتي هي مناط الرفض، هو أنه في نص المدونة جمل فضفاضة وعبارات تحتمل تأويلات عديدة، من قبيل "كل ما من شأنه" أو "النظام العام" الذي لطالما يعيد واضع المشروع تكراره في مواطن عدة على امتداد المدونة، دون أن يكلف الساهر على وضع مشروع المدونة نفسه عناء التأطير المفاهيمي وتدقيق المصطلحات الواردة فيها التي تعد كثرة التباساتها أشد وطأة على المشهد الديمقراطي والأمن القانوني والقضائي والمحاكمة العادلة، وفتحها للاستعمال سلطات تقديرية واسعة من الإدارة والخاضعة تماما لتأويلاتها. ولعلي استحضرها المادة 24 من المدونة الإلكترونية التي تشير إلى أنه "لا يمكن أن تقيد هذه الحرية إلا بما يقتضيه، من جهة احترام كرامة الفرد وحياته الخاصة وحرية ملكية الغير والطابع التعددي لتيارات الفكر والتعبير والرأي ومن جهة أخرى احترام الدين الإسلامي والوحدة الترابية والاحترام الواجب لشخص الملك والنظام الملكي والنظام العام ولحاجيات الدفاع الوطني ومتطلبات المرفق العمومي وللأكراهات التقنية المرتبطة بوسائل الاتصال الرقمية عبر الخط".

فضلا عن مصطلحي "المعتقد السياسي" و"الأخلاق الحميدة" المضمنين في المادة 73 من قانون المدونة الرقمية.

إلى جانب انتقادهم للعقوبات الزجرية، التي قد تصل المدة السجينة فيها إلى 5 سنوات وغرامات مالية قد تبلغ 100 ألف درهم.

ناهيك، عن أن من أسباب الرفض للمدونة، هو عدم إشراكهم أثناء صياغتها، بالرغم من تبرير الوزارة الوصية لذلك، بكونها لجأت إلى خدمات مكتب فرنسي للاستشارات القانونية، و الذي كان تبريرا غير مقنع للمواطن الشديد الوعي بقضاياها، مما دفعه إلى الدعوة الى ضرورة فتح نقاش مجتمعي و خاصة آراء مستعملي الإنترنت، بل و إشراكهم في صياغة المدونة الرقمية، لطالما و أن هذه المدونة تعد بحق موضوعا حساسا ويراهن عليه مستقبل الاقتصاد الرقمي في المغرب، وما رافقه من السعي الحثيث المنشود نحو هيكلة قطاع التجارة الرقمية وحماية القاصرين والحد من الجريمة الإلكترونية، على أمل أن يكون إعداد المدونة يوازن بين احترام حرية التعبير وحقوق الإنسان وضمان الأمن الداخلي.

وبمجيء هذا الوباء العالمي كورونا لسنة 2019-2020، أتانا هذا المشروع القانوني الجديد حاملا معه عقوبات زجرية بخصوص المخالفين، لكن هذه المرة تم إعداده خفية تحت مبررين :

- إما حاجة الوضعية الحرجة اليه ذات الطابع الاستعجالي بما يفرضه واقع الفراغ التشريعي الحاصل .

- وإما لعدة سياسية مفادها التضيق على الحريات ومنع المقاطعات، ضمانا لنتائج انتخابية محسوبة.

وإن المتأمل في مشروع القانون 22.20 خاصة في كيفية إعداده - قبل مضمونه- يجد نفسه أمام عمل ينطوي على خرق سافر للدستور

وذلك الخرق يأتي متمثلا فيما يلي :

- غياب كلي للنسخة المصادق عليها بالمجلس الحكومي - المنعقد في 24 رجب 1441 الموافق ل 19 مارس 2020 - اللازم بثه على الدعامة الالكترونية لموقع الأمانة العامة للحكومة ، وهذا الغياب يعكس مايلي:

➤ عمل ينافي بشكل واضح مقتضيات الوثيقة الدستورية ولاسيما الفصل 27 منها على وجه الدقة والذي ينص على أنه: "للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات الموجودة بحوزة الادارة العمومية و المؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام".

➤ كما انه ينافي ما جاءت به المادة 10 من القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات، التي تنص بوضوح على ضرورة نشر المعلومات التي تكون بحوزة المؤسسات والهيئات المعنية بواسطة جميع وسائل النشر المتاحة خاصة الالكترونية منها، بما فيها البوابات الوطنية للبيانات العمومية سيما المعلومات المتعلقة بمشاريع القوانين.

- عدم تخصيص الوقت الكافي لتدارسه بين كافة الأطياف المعنية به لاسيما الهيئات الحقوقية والفئات الشبابية التي تنشط في الوسائط الاجتماعية لتخرج النسخة سليمة شكلا ومضمونا ولا يتم التمرد او الانقلاب عليها وإنما يتم الانضباط لها تمام الانضباط.

ومفاد هذا الكلام، هو نهج الساهرين على إخراج القانون قيد الدراسة لكل من السرعة والاستعجال غير العاديين اللذان لا يؤديان بهم إلا إلى اللخبطة والتردد والعشوائية، بحيث فعلا لجأت الحكومة الى المصادقة على مشروع القانون الذي تزامن و المراحل الأولى لحالة الطوارئ الصحية، التي لا زالت مستمرة للحد من انتشار و باء كوفيد-19 ، إذ ما فتئت أن صدرت مذكرة الامين العام للحكومة إلى وزير الدولة والوزراء والوزراء المنتدبين بتاريخ 18 مارس 2020 يو افهم نسخة من مشروع القانون رقم 22.20 تهيئنا لعرضه على مجلس الحكومة في وقت ضيق جدا، أي في اليوم الموالي فقط، أي 19 مارس 2020 ، وبالفعل تمت المصادقة عليه يوم 19 مارس، في سرعة مريبة مادامت كورونا فرصة سانحة لاجراج هذا القانون، أضف إلى أن الحكومة لها رغبة ملحة في تمرير مشروع القانون 22.20 في هذه الظرفية،

بحضور رؤساء الفرق والمجموعات النيابية أو من ينوب عنهم، بالإضافة إلى عضوين عن كل فريق ومجموعة نيابية فقط، و الحال أن هذا فيه خرق لشكلية قانونية و دستورية وهو ضرورة حضور جميع ممثلي الأمة.

ومهما بررت في المذكرة التقديمية للقانون رقم 22.20 بأنها تستهدف سد الفراغ التشريعي التي تعاني منه المنظومة القانونية الوطنية لردع كافة السلوكات المرتكبة عبر شبكات التواصل الاجتماعي والشبكات المماثلة، خاصة في هذه الظرفية الحالية التي يعرفها العالم ويعيشها المغرب والمرتبطة بتفشي فيروس كورونا،

- الفقرة الثانية: عيوب تخللت المقتضيات الزجرية لمشروع قانون 22-20 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي

عندما تأملت المقتضيات التشريعية في مشروع القانون قيد الدراسة تبادر إلى ذهني بأن المشروع ليس شاذاً في مسار التشريعات المقارنة وإنما سبقه كلام من المشرع الروسي والصيني والإيراني في تنظيم حريات التواصل والتعبير في الوسائط الاجتماعية بالفضاء الافتراضي، وهي دول لم تكن أبداً يوماً ما مرجعاً للمغرب في مجال تنظيم الحقوق والحريات، علماً أنها دول اختارت بكل وضوح عزل أنترنت بلادها عن العالم، كما هو الحال بالنسبة إلى التجربة الصينية، التي أغرت روسيا بالسير في الاتجاه نفسه منذ تبنيها قانون «الأنترنت السيادي» قبل عام تقريباً، خارج كل مرتكزات الصرح الديمقراطي الذي لطالما لوحته به عبر أجهزتها التمثيلية، وهذا العزل الإلكتروني له شروطه و ضماناته الكمبيوترية وغيرها.

فيما المغرب لا يتوفر -على ما أعتقد- على القدرات التي تسمح له بعزل الأنترنت عن العالم، فهو لا يملك القدرات التقنية والتكنولوجية اللازمة لذلك.

فضلاً عن أن تنظيم الأنترنت يتطلب امتلاك القدرة والإرادة السياسية لكبح جماح الشركات، من مزودي خدمات الأنترنت، بغرض حماية المصالح الوطنية وحماية المواطنين كذلك من شرورها المفترضة، بطريقة عقلانية متوازنة بين الصالح العام والخاص، وهو الأمر الذي لم يحدث أن حصل، بحيث انبثق عن مجهود أعضاء الحكومة توجهها جزئياً ضد مصلحة المواطن/المستهلك فقط، حاملاً بين

طياته تضيقا على الحرية الافتراضية المكفولة دستوريا، لا لشيء إلا لأنه بات المواطن المستهلك قادرا على استخدام الأنترنت للدفاع عن حقوقه وحياته التي تهدر، أحيانا، وهذا لا يتلاءم وروح الدستور ومقتضيات القانون.

ومن تجليات هذا التضيق، هو التجريم لأفعال تدخل في أصلها ضمن الحقوق المدنية و السياسية و الطبيعية من جهة أو الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية من جهة أخرى، بل تخصيصه عقوبات للمخالفين بشكل غير عقلاني و لا مدروس إثر العجلة و التسريع في إصدار القانون أعلاه الذي لا علاقة له بالاهداف التي وضع من أجلها القانون كما هو في ديباجته ، بحيث نوضح مايلي:

- عدم انسجام المشروع القانون مع اتفاقية بودابست المكرسة كما كياج في الديباجة :

تشير الديباجة الى اهداف ثلاث او اربع ويبدو من ضمنها توخي تحقيق أهداف اتفاقية بودابست التي صادق عليها المغرب في 29 يونيو 2018 لمكافحة الجريمة الإلكترونية، في حين عند الرجوع إلى مضامين الاتفاقية لا يوجد أي منع أو حد لحرية التعبير عبر وسائل التواصل الاجتماعي ، بل تخص الاتفاقية جرائم التزوير والنصب والصور الفاضحة للأطفال وانتهاكات حقوق الملكية و الحقوق المجاورة فقط.

ونود الإشارة لتعميق التوضيح إلى مايلي:

➤ المادة 14 من المشروع:

التي تعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 5000 إلى 50000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط من قام عمدا عبر شبكات التواصل الاجتماعي أو عبر شبكات البث المفتوح أو عبر الشبكات المماثلة بالدعوة إلى مقاطعة بعض المنتوجات أو البضائع أو الخدمات أو القيام بالتحريض علانية على ذلك.

إذ لا يفهم سبب لتمرير هذه المادة بالذات إلا ما ناقشناه بمقدمة المقال وهو حماية الشركات من حملات المقاطعة التي أصبحت حملات راقية يعاقب بها المواطنون الشركات التي يرون نقصا في خدماتها أو سوءا في منتجاتها أو غلاء في أسعارها .

➤ المادة 18 من ذات المشروع:

إذ تجرم المادة كل محتوى يتضمن خبرا زائفا من شأنه التشكيك في جودة وسلامة بعض المنتوجات والبضائع وتقديمها على أنها تشكل تهديدا وخطرا على الصحة العامة والأمن البيئي، مقتضى يزر أي محاولة للتعبير عن الرأي في بعض المنتجات المعينة ويضع الشخص تحت المتابعة.

- الخرق لفلسفة الدستور بشأن مساواة الجميع أمام القانون :

وذلك يتجلى في تجريم نفس الافعال بعقوبات مختلفة بين مجاء من عقوبات حبسية بالمادة 17 من مشروع القانون تتراوح بين سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 2000 إلى 20.000 درهم وبين الإكتفاء بغرامات مالية فقط في المادة 72 من القانون 88.13 المتعلق بقانون الصحافة والنشر، إذ من غير المستساغ هذه التفرقة لمجرد أنه بالحالة الثانية ينتهي مرتكبها لجسم الصحافة ، مما يشكل خرقا واضحا للنص الدستوري ومبدأ المساواة أمام القانون.

- عدم تناسب الفعل الجرمي مع العقوبات المقررة :

تعد العقوبات المقررة بالمواد 14-15-18 غير منطقية وفي غير انسجام مع الفعل المرتكب ، حتى عبرها عنها بعض الاساتذة المحامين المهتمين أن العقوبة المقررة للتحريض ضد منتج معين تفوق في حدها الأقصى القذف والسب في حق جلاله الملك الوارد بالفصل 179 من القانون الجنائي بل تفوق في حدها الأقصى عقوبة اهانة العلم الوطني ورموزها الواردة بالفصل 1-267 من القانون الجنائي، فأين هي المعايير المعتمدة في تقرير العقاب المناسب للتجريم.

- التعارض الصارخ الصريح بين مشروع القانون 22.20 المتعلق بوسائل التواصل الافتراضي الاجتماعي ومعاهدات المغرب الدولية، المصادق عليها و المنشورة بالجريدة الرسمية:

ونحبذ هنا ذكر الفقرة الثانية من المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تؤكد حرية التعبير في التماس مختلف أنماط المعلومات و الأفكار وتلقيها ونقلها وبأي وسيلة كانت ، ولكن وللأسف نجد مشروع القانون

قيد التحليل يرمي إلى جعل الأفراد تحت طائلة متابعات زجرية ثقيلة لمجرد ابداء آرائهم حول منتج معين.

- عدم تحري الدقة وانتهاج اللخبطة واللبس فيما بين بعض المصطلحات التي تعرقل سعي الجهات المعنية به نحو ضمان تحقيق الأمن الافتراضي :

وهنا نقدم المواد 19 و 20 و 21 و 22 من مشروع القانون، والتي تؤكد على تجريم نشر وتقاسم وترويج محتوى الكتروني يتضمن أخبارا زائفة و معاقب عليها بنفس العقوبة، دون تمييز بين صانع الخبر المزيّف بسوء نية في المقام الأول وبين الذي قام بتلقيها وتصديقها وأعاد نشرها بحسن نية أو أعاد نشرها فقط عن طريق الخطأ ليصبح في نفس خانة صانع الخبر الزائف.

- التساهل في حصول الشطط بمنح مزود الخدمة سلطة التحقق بعيدا عن اختصاص أصيل للقضاء به

و ذلك أن المادة 8 من مشروع القانون قيّد الذكّرتعطى لمزود الخدمة سلطة التحقق من عدم مشروعية محتوى معين وحذفه أو توقيفه أو تعطيل الولوجية إليه مما يفتح الباب لسلطات واسعة لمزودي الخدمة قد تكون مشوبة بالتعسف و الشطط ولا يجب أن تخول لهم بالأصل، وإنما هي من اختصاص القضاء.

- وفي ختام هاته الورقة:

نشير إلى ان مشروع القانون يضم 25 مادة بها 22 مادة تخص الجانب الجزائي اداريا وعقابيا في ما يخص العقوبات السالبة للحرية الحبسية الضبطية والتأديبية والعقوبات المالية القاسية جدا. مما يجعل اي متمعن لها يلجأ إلى وصفها بكونها مدونة للعقاب لا للتأهيل والتهذيب. وهنا يكون مشروع القانون المسرب خارج عن الأهداف الراهنية للسياسة العقابية الحديثة المرسومة توجهاتها ضمن توصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة .



الأستاذ إبراهيم الدريف

خريج ماستر العدالة الجنائية والعلوم الجنائية

بكلية الحقوق بفاس

المدارس الفكرية التي أسست لعلم العقاب الحديث

تقدم:

إذا كانت السياسة العقابية تقوم على حق الدولة في العقاب أي السند الشرعي الذي تعتمد عليه السلطة في إنزال العقاب على المجرم، فإن هذا الحق أسست له مجموعة من المذاهب الفكرية التي أسست إلى على العقاب الحديث، لكن قبل الحديث عن هذه المذاهب لابد من الحديث عن السياسة العقابية في الفكر القديم.

ففي المجتمعات البدائية القديمة التي كان يطبعها نظام القبلية كان الانتقام وردة الفعل المتمثلة في مقابلة العدوان بالعدوان هو قانون القبائل وأسلوب حياتها، فكان الانتصار دائما للطرف القوي، وفي المجتمع الإقطاعي تطور مفهوم العقوبة مع سيطرة النفوذ الديني مع الكنيسة التي جمع رهبانها بين السلطتين الدينية والدنيوية، فكانت الجريمة تعتبر بمثابة خطيئة دينية، فاتسمت العقوبة بالقسوة والشدة.

ومع نشوء وتطور الدولة كتنظيم سياسي خلال القرون الوسطى، حيث انتقل نتيجة لذلك حق العقاب إليها، فانفردت به ومارسته نيابة عن الجماعة، إلا أن ممارستها لهذا الحق اتسم خلال تلك القرون بالظلم والاستبداد والتجاوز في سلطة القضاة، وقسوة النظام العقابي الذي كان في مجمله يعتمد على العقوبات البدنية، كالشنق وقطع الرأس والإلقاء من مكان مرتفع وربط أرجل وأيدي الجاني بأربعة أحصنة كلها تأخذ اتجاهات مختلفة حتى تقطع أوصاله، وما إلى ذلك من طرق التنكيل.

وفي ظل الظلم والاستبداد وعدم المساواة بين الجناة في العقوبة، والقسوة في العقوبة التي كانت تتسم بعدم التناسب والتلازم بين الجريمة والعقوبة التي كانت تحكمها المزاكية وهوى الحاكم الذي كان سائدا في أوروبا، انبثقت ثورة فكرية قادها مفكرون مثال "جون جاك روسو" و"فولتير" و"مونتيسكيو" و"جون لوك".

فكما يقول مونتيسكيو في مؤلفه "عن روح القوانين" *"l'esprit des lois"* أنه من قبيل المبدأ الأبدي أن كل إنسان يحوز سلطة يسعى إلى إساءة استخدامها إلى أن يجد حدود تحده" وتبعه روسو في كتابه "العقد الاجتماعي" *contrat social* "مناديا بوجوب رد العقوبات إلى الحد الأدنى الذي به تتحقق حماية المجتمع من المجرم ومنعه من إيذاء غيره، أما فولتير فكان من رأيه أن الغاية من العقاب ليس الانتقام من المجرم بل الدفاع عن الصالح العام.

وانطلاقا من آراء هؤلاء الفلاسفة، الذين مهدوا الطريق إلى ظهور ثورة فكرية أخرى التي حاولت التأسيس والتأصيل للعقوبة خلال القرن الثامن عشر من خلال ظهور المدرسة التقليدية أو مدرسة الردع العام (المطلب الأول) وظهور مدارس اهتمت بشخصية المجرم أو ما سمي بالمدارس العلمية (المطلب الثاني) وكذا ظهور المدارس التوفيقية التي حاولت التوفيق بين المدارس السابقة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مدارس الردع العام

شكلت مذاهب الردع العام إطارا مرجعيا لعلم العقاب *"la pénologie"*، وقد جاءت لمواجهة الفكر العقابي السائد في أوروبا خلال القرن الثامن والذي تميز بالظلم والاستبداد والتجاوز في سلطة القضاة، وقسوة العقوبة، فكانت المدرسة التقليدية

(الفقرة الأولى) والمدرسة التقليدية الحديثة (الفقرة الثانية) من أبرز أقطاب مذاهب الردع العام القائم على الاهتمام بالجريمة، وإهمال شخص المجرم، وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية.

الفقرة الأولى: المدرسة التقليدية

ظهرت المدرسة التقليدية على يد مؤسسها "بيكاريا" الذي جاء بمجموعة من المبادئ الجوهرية ضمنها في كتابه الشهير "في الجرائم والعقوبات" *des délits et peines* خلال القرن الثامن عشر و نادى بسلب القضاة تحكمهم في تحديد العقوبات وضرورة إسناد ذلك لجهات تشريعية وهو من أسس لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁶⁸⁰.

وقد قادت نقاشات هذه المدرسة إلا أن أساس حق المجتمع في العقاب يقوم على فكرتين، تبناهما فريقان:

- فريق يرى بأن أساس العقاب يقوم على فكرة العقد الاجتماعي التي جاء بها جون جاك روس، وانطلاقا من هذه الفكرة يذهب بيكاريا إلى أن الجريمة تمثل خرقا للعقد الاجتماعي يجبر الدولة اللجوء إلى العقاب فأمام تنازل الأفراد عن حقهم في الدفاع عن أنفسهم وأموالهم، مقابل قيام الدولة بهذه المهمة نيابة عنهم، وبالتالي يصبح هدف الدولة في توقيع العقوبة هو تحقيق المصلحة الاجتماعية، ولهذا يجب أن يتحدد مقدار العقوبة بمقدار جسارة الضرر الذي أحدثته الجريمة⁶⁸¹.

- في حين يستند فريق آخر إلى المنفعة الاجتماعية إلا أنهم لا يرجعون ذلك إلى فكرة العقد الاجتماعي كما هو الأمر عند بيكاريا، حيث يرى بنتام أنه لا معنى لأي إجراء بدون مصلحة، هذه المصلحة هي التي تحدد العقاب وأسلوبه، فلا معنى للقسوة حيث لا توجد فيها مصلحة، كما يجد في عقوبة الحبس الأكثر تجاوبا مع المصلحة الاجتماعية.... وقد قدم بنتام النموذج الأمثل لما يجب أن

680 اسحق ابراهيم منصور: موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ط 2، ديوان المطبوعات الجزائرية 1991، ص134

681 علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، علم الإجرام وعلم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص14.

تكون عليه هذه المؤسسات، حيث تأخذ شكل دائري يتوسطها مقر مرتفع يقيم به المدير مشرف منه على كافة ما يجري في زناياتها⁶⁸². كما يرى أنه لا مانع من تشديد العقوبة متى كان ذلك محققاً للمنفعة الاجتماعية.

رغم الخلاف حول أساس العقاب إلا أن أنصار هذه المدرسة يتفقون فيما بينهم على أن غرض العقوبة هو الردع العام. وأن أساس المسؤولية الجنائية هو حرية الاختيار وأن جميع الناس متساوون في قدر هذه الحرية، ومن ثم يجب التساوي بينهم في قدر هذه العقوبة.

• فكرة العدالة المطلقة لدى كانط

في حين ذهب كانط إلى أن غرض العقوبة هو تحقيق العدالة المطلقة وغايتها هو إرضاء الشعور بالعدالة وأعطى كانط مثل مشهور أطلق عليه اسم " الجزيرة المهجورة" انطلق فيه من فرضية أن جماعة من البشر تعيش على جزيرة اتفقت على إنهاء معيشتها المشتركة في تلك الجزيرة فيجب عليها أن تنفذ آخر حكم بالإعدام صدر فيها لأن العدالة توجب ذلك بالرغم أن تنفيذ هذا الحكم أصبح عديم الجدوى لهذه الجماعة وهي على وشك المغادرة.

الفقرة الثانية: المدرسة التقليدية الحديثة

تعتبر المدرسة التقليدية الحديثة امتداداً للمدرسة التقليدية في تصورهما للسياسة العقابية فهي تأخذ بمبدأ حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، وقد أرست هذه المدرسة مبدأ جديد يعتمد تناسب العقوبة مع درجة مسؤولية المجرم فنادت على عكس المدرسة التقليدية بالمسؤولية المخففة رافضة مبدأ العقوبة الموحدة على جميع الجناة. لأن حرية الاختيار ليست لدى كافة سواء، إذ من المؤكد أن كل إنسان يختلف عن غيره في كثير من الظروف والميول⁶⁸³، وبذلك حاولت إيجاد نوع من التوازن العلمي بين الجبرية والحرية.

⁶⁸² رمسيس بهنام، النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف الإسكندرية، دت ص 88.

⁶⁸³ سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجرائم الجنائي، نظرية الجرائم الجنائي، فلسفة الجرائم الجنائي، أصول المعاملة العقابية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2001 ص 170.

وكان لهذه المدرسة فضل كبير في انتشار العديد من القواعد الفقهية الجنائية العقابية أهمها: مبدأ التفريد العقابي، التخفيف العقابي، الظروف القضائية المخففة، وقف التنفيذ.

إلا أنه ما يعاب على هذه المدرسة أنها أغفلت الاهتمام بشخص المجرم، وصعوبة قياسها لدرجة حرية الاختيار.

المطلب الثاني: مدارس الردع الخاص

أمام فشل النظام الجنائي التقليدي المبني على فكرة القانون الطبيعي، فعلى الرغم من الأفكار التي جاءت بها ظلت معدلات الجريمة وحالات العود مرتفعة، ظهرت المدرسة الوضعية (الفقرة الأولى) وحركة الدفاع الاجتماعي (الفقرة الثانية) التي ركزت اهتمامها على شخص المجرم واعتبروا أن غرض العقوبة هو الردع الخاص.

الفقرة الأولى: المدرسة الوضعية

ظهرت المدرسة الوضعية بين القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر بفعل مجهودات الطبيب الشرعي " سيزار لومبروزو " صاحب كتاب "الإنسان المجرم" " l'homme criminel " والعالم الاجتماعي انريكو فيري صاحب كتاب "السوسيولوجيا الجنائية" "la sociologie criminelle" ومن مؤلفاته أيضا " نظرية تقييد ورفض حرية الاختيار" والقاضي رافايل جارو فالو صاحب كتاب "علم الإجرام" "la criminologie"⁶⁸⁴. وقد جاءت هذه المدرسة بعد فشل المدرسة التقليدية في مكافحة الظاهرة الإجرامية ولاعتبارات علمية تتجلى أساسا في القفزة الكبرى الذي حدث في القرن التاسع عشر في الأخذ بالمنهج العلمي القائم على المشاهدة والتجربة ونبت التفكير العقائدي والميتافيزيقي لمواجهة الظاهرة الإجرامية، ويقوم فكرها الفلسفي على عدة عناصر أولها استعمال المنهج التجريبي في الظاهرة الإجرامية الذي يقوم على أساس البحث العلمي، ثانيا أن هذه المدرسة رفضت مبدأ حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية واعتناق مبدأ جديد هو مبدأ الحتمية أو

⁶⁸⁴ منصور رحمانى : علم الإجرام والسياسة الجنائية ط1 دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2006 ص158

الجبرية في التصرف، فلومبروزو يرجع حتمية الجريمة إلى عوامل ترجع إلى التكوين العضوي والنفسي للجاني، حيث خلص من خلال دراسته إلى نماذج من المجرمين العتاة أثناء عمله في ثكنات الجنود والسجون والمستشفيات إلى أن أسباب الجريمة ذاتية وداخلية لأنها كائنة في شخص المجرم أي في تركيبته العضوية، وقال بأن تو افر صفات تكوينية أي خلقية في الشخص تعود به إلى الإنسان البدائي يصبح حتما مجرما وتبعاً لذلك يمكن التعرف على الشخص المجرم من خلال التحقق من هذه الصفات البدائية وهذا يكون لومبروزو قد ربط بين سلوك الفرد وملامحه وصفاته العضوية- التكوينية أو الخلقية- وفسر ارتكاب الجريمة تفسيراً عضوياً بأن اعتبر وقوع الجريمة يرجع إلى الصفات العضوية التي يتصف بها المجرمون فمن تو افرت فيه هذه الصفات سيرتكب حتما جريمة.

* أما انريكوفيري وإن كان قد أيد أستاذه لومبروزو في حتمية الجريمة بتو افر صفات عضوية ونفسية في المجرمين فإنه يرى أن الإنسان يكون مدفوعاً إلى الجريمة تحت وطأة ظروف خارجية، وقد قسم فيري العوامل التي تفسر حتمية الجريمة إلى ثلاثة أنواع:

- عوامل انتربولوجية تتصل بالتكوين العضوي والجثماني للإنسان المجرم
 - عوامل طبيعية (المناخ+الظروف الاقتصادية)
 - عوامل اجتماعية: أي أن الإنسان ككائن اجتماعي يتواجد منذ ولادته في مجتمع إنساني ويثأثر بسلوك من يحيطون به (المدرسة + الأسرة)
- وبالتالي فقد نجحت هذه المدرسة في الاهتمام بشخصية المجرم وأعطت تصوراً جديداً للمسؤولية الجنائية بتأسيسها على مفهوم الخطورة الإجرامية وضرورة وضع تدابير جزائية كأساس جديد للعقاب ونادت بوضع خطة للوقاية من الجريمة من خلال مكافحة الأسباب المؤدية لها كالفقروالجهل والمرض .
- ورغم الأفكار الجديدة التي جاءت بها هذه المدرسة والتي تمثلت أساساً في استخدام منهج علمي وطرح فكرة التدابير ومكافحة العوامل المؤدية للإجرام، إلا أنها تعرضت لانتقادات عدة خصوصاً في الجانب المتعلق بإنكار حرية الاختيار والتسليم

بالحتمية الإجرامية، حيث بالغت في ذلك لدرجة أنها اعتبرت أن الإنسان مجرد آلة تتأثروا تأثر⁶⁸⁵.

الفقرة الثانية: السياسة العقابية عند حركة الدفاع الاجتماعي.

ظهرت حركة الدفاع الاجتماعي على يد مؤسسها الفقيه الايطالي "جراماتيكا" والمستشار الفرنسي "مارك أنسل" وقد اعتبر جراماتيكا الاتجاه المتطرف في حركة الدفاع الاجتماعي، بحيث نادى بوضع نظام جنائي جديد تختفي منه المصطلحات التقليدية من قبيل المجرم، الجريمة، المسؤولية الجنائية، واستبدالها بتدابير الدفاع الاجتماعي، الفرد المضاد للمجتمع، المسؤولية الاجتماعية، وتدابير الدفاع الاجتماعي.

وقد اعتمد مجموعة من المبادئ والركائز كأساس للدفاع الاجتماعي باعتبار أن خدمة الفرد وتحقيق صالحه، هو أصل المجتمع وغايته، لذلك يجب تعويض المسؤولية الشخصية والخطورة الإجرامية بمفهوم الانحراف الاجتماعي⁶⁸⁶.

كما يرى جراماتيكا ضرورة بناء سياسة عامة شاملة للإصلاح الاجتماعي، تتناول النظام العائلي والاقتصادي والتثقيفي والصحي. وأن المجتمع هو المسؤول عن سلوك الجاني.

وهذا الطابع الإنساني الخاص جعل أفكار "جراماتيكا" عرضة للنقض. لأن المطالبة بإلغاء القانون الجنائي والاستعاضة عنه بتشريع الدفاع الاجتماعي وإلغاء مفهوم الجريمة والعقوبة والمسؤولية الجنائية، تعتبر مناهضة لمبدأ الشرعية الذي يعد من أهم الضمانات الأساسية للحرية الفردية، بدعوى الفعل الاجتماعي أو المناهض للمجتمع⁶⁸⁷.

أمام هذا الاتجاه المتطرف، ظهرت اتجاه معتدل على يد "أنسل مارك" وهو من ساهم في تصحيح مسار حركة الدفاع الاجتماعي من خلال كتابه "الدفاع الاجتماعي

⁶⁸⁵ منصور رحمانى: المرجع السابق، ص 159

⁶⁸⁶ J.PINATEL . traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale.lib.du recueil

sirey ;1950 p 430

⁶⁸⁷ عبد القادر الكيحل: المعاملة العقابية بالمغرب: دراسة تحليلية نقدية للقانون 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، نوقشت سنة 2013. 2014 ص 197

الجديد "688 La défense sociale nouvelle" الذي نشر لأول مرة سنة 1954، والذي تضمن العديد من الأفكار أساسها أن القانون الجنائي غايته حماية المجتمع من السلوك الإجرامي، وبذلك فهو خلافا لجراماتيكا لا يرفض أنسل القانون الجنائي ولا ينكر مبدأ الشرعية ولا يلغي المسؤولية الجنائية، ونادى بضرورة تناسب الجزاء مع الفعل الإجرامي مع اتفاقه مع مؤسس هذه المدرسة في أن يكون العقاب هدفه هو إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة إدماجه في المجتمع باعتماد التدابير الحماية كوسائل علاجية ومناهج تهييية أو تربوية، وبالتالي إضفاء الروح الاجتماعية السامية على القانون الجنائي الحديث، كما أنه يجب على القاضي أن يكون ملف خاص بالمجرم تدون فيه نتائج فحص شخصيته حتى يتمكن من تقدير المسؤولية على أسس واقعية.

وبالرغم من الانتقادات الموجهة لحركة الدفاع الاجتماعي فقد كان لها صدى كبير في التشريعات الجنائية الحديثة، ويعود لها الفضل في العديد من الإصلاحات التي عرفتها السياسة العقابية المعاصرة، وخاصة في تنفيذ العقوبة كمرحلة من أهم المراحل تأثيرا على حقوق الجاني الأساسية.

المطلب الثالث: المدارس التوفيقية

تعتبر هذه المدرسة نتاج للجدال الفكري والفلسفي الذي صاحب مختلف المدارس الفقهية السابقة، وهي تحاول في كل ذلك إيجاد صيغة توفيقية تجمع بين محاسن تلك المدارس بطبيعة الحال، وما يمكن قوله أيضا عن هذه المدرسة أنها ولدت من رحم علماء القانون الجنائي وعلم العقاب لذلك حاولت أن لا تهمل شخص المجرم ولا تغفل الجريمة والعقوبة.

1- الاتجاه الفرنسي: جاء بفكرة أن حرية الاختيار أساس المسؤولية الجنائية وبذلك استبعد فكرة الجبرية وأشار إلى وجوب توقيع العقوبة الملائمة، إلا أن معيار التلازم لا يحدد بحجم الضرر إنما يحدد من خلال شخصية المجرم،

V/M ANCEL. la défense sociale nouvelle , un mouvement de politique criminelle humaine, édition 688 cujas, paris 1954

ووجوب تفريد العقاب لذلك المعيار، وقد اعتمد رواد هذا الاتجاه على أسلوب البحث العلمي في تحليل ودراسة أسباب الظواهر الإجرامية⁶⁸⁹.

2- المدرسة الوضعية الإيطالية الثالثة

أفكار هذا الاتجاه جاءت متأثرة بالفكر الخاص الذي ساد المدرسة الوضعية وفكرة الجبرية في ارتكاب الجريمة، وبحث أنصار هذا الاتجاه في أسباب وعوامل السلوك الإجرامي عن طريق البحث العلمي والتجربة واعتمدوا كذلك فكرة الحماية والتدابير وإصلاح الجاني، تركز هدف العقوبة لديهم على فكرة الردع العام، واقترحوا أن توقع العقوبة على الجاني الكامل الأهلية، أما الجاني الذي لم تكتمل أهليته تتخذ إزاءه التدابير الاحترازية التي تحول دون قيامه بالفعل⁶⁹⁰.

3- الاتحاد الدولي لقانون العقوبات

يعتبر الاتحاد الدولي لقانون العقوبات من الاتجاهات الوسطية التي عملت على التوفيق بين أفكار ومبادئ المدارس السابقة، وقد تأسس على يد ثلاثة من كبار أساتذة القانون الجنائي، وهم فون ليست، وفان هامل، وأدولف برنز.

وقد تم تكوين هذا الاتحاد بهدف توجيه السياسة العقابية إلى الحياة العملية، بغض النظر عن الأساس الفلسفي الذي ترتد إليه هذه السياسة، حيث تبنوا المنهج التجريبي في البحث والإحصاء، كما سلموا لكل من العقوبة والتدابير الاحترازية معا بدور معقول في مكافحة الجريمة، وبذلك تتلخص وجهة نظرهم في أن العقوبة لها دور أساسي في صيانة المصالح التي قرر المشرع أن يحميها بنصوص التجريم، وبذلك اعترفوا بأن العقوبة كجزء جنائي تحقق وتكفل الردع العام، أما بالنسبة للتدبير فإن قيمته تظهر في الحالة التي تكون فيها العقوبة قاصرة أو عاجزة عن تحقيق الأغراض المنوطة بها.

4- الجمعية الدولية للقانون الجنائي:

⁶⁸⁹ عماد محمد ربيع، فتحي توفيق الفاعوري، محمد عبد الكريم العفيف، أصول علم الإجرام والعقاب، ط 1 دار وائل للنشر والتوزيع الأردن. 2010 ص 180
⁶⁹⁰ عماد محمد ربيع، فتحي توفيق الفاعوري، محمد عبد الكريم العفيف، المرجع السابق، ص 180.

توقف نشاط الاتحاد الدولي للقانون الجنائي بسبب الحرب العالمية الأولى وبذلك تم حله بعد وفاة مؤسسيه، وظهرت الجمعية الدولية للقانون الجنائي لتحل محله منذ عام 1924، وهي تعمل لغاية الآن ومقرها في مدينة سيراكوزا بإيطاليا، وقد جاءت لثرت أنشطة وأفكار الاتحاد، مع التركيز على فكرة الجمع بين العقوبة والتدابير الاحترازية على الجاني لتحقيق الردع العام والخاص⁶⁹¹.

❖ الاتفاقيات الدولية:

- مما لا شك فيه أن "علم العقاب" la pénologie " كعلم قائم بذاته يستمد مصادره الأساسية من الاتفاقيات الدولية المتخصصة في حماية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحماية حقوق السجناء بصفة خاصة ومن هذه الاتفاقيات نجد:
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الأمم المتحدة سنة 1948.
 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .
 - اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية والمهينة المعتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1984.
 - المؤتمر المعتمد من طرف الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد بجنيف عام 1955.

⁶⁹¹ المرجع نفسه، ص 181

خاتمة:

من كل ما سبق ذكره يمكن القول بأن أفكار هذه المدارس الفقهية كان لها أثر بشكل إيجابي على التشريعات الجنائية المعاصرة وعلى السياسة العقابية في مختلف دول العالم ومن بينها التشريع الجنائي المغربي، حيث أحدثت تغييرا جذريا في الممارسات العقابية والتجريمية، ولعل فهم أي تشريع عقابي لابد أن يمر من دراسة الخلفيات التي استند إليها المشرع في وضعه، لاسيما وقد اتضح لنا جليا تأثير هذه الاتجاهات الفقهية والفكرية على العديد من التشريعات.

ولقد أدى التطور الكبير في الفكر العقابي إلى تغيير النظرة إلى العقوبة، فبعدما كان غرضها إيلام الجاني والقصاص منه، أصبحت تهدف بشكل أساسي إلى إصلاح الجاني وإعادة تأهيله، فكان نتيجة لذلك ظهور العقوبة السالبة للحرية لتحل محل العقوبات البدنية.





الدكتور أنس سعدون

حاصل على الدكتوراه في الحقوق

عضو نادي قضاة المغرب

عنوان الندوة:

من أجل منظومة جنائية تقضي على التمييز والعنف ضد النساء وتؤصل لمقاربة النوع

تقرير تركيبي لأشغال الندوة التي نظمتها فدرالية رابطة حقوق النساء بالرباط لتقديم مذكرتها حول مشروع تعديل القانون الجنائي ومسودة مشروع المسطرة الجنائية، تحت شعار: "من أجل منظومة جنائية تقضي على التمييز والعنف ضد النساء وتؤصل مقاربة النوع الاجتماعي".

وسط حضور اعلامي وحقوقى واسع، قدمت فدرالية رابطة حقوق النساء صبيحة يوم الجمعة 19 يوليوز 2019 مذكرتها حول مشروع تعديل القانون الجنائي ومسودة قانون المسطرة الجنائية.

وقالت لطيفة بوشوى رئيسة الفدرالية أن الأمر لا يتعلق بمراجعة شاملة وجذرية للقانون الجنائي في شقيه الموضوعي والاجرائي، وإنما مجرد تعديل جزئي لمقتضيات متفرقة من هذا القانون، لا يربط بينها أي سياق منطقي، وهو ما يبرز في هيمنة الطابع الانتقائي للمشروع، وخلوه من أي ديباجة.

وأضافت أن المشروع لم يتمكن من اختراق البنية المفاهيمية للقانون الجنائي الحالي، حيث حافظ على تكريس نفس الفلسفة الجنائية القائمة على التمييز والذكورية المنافية للالتزامات المغرب الدولية بشأن حماية الحقوق الإنسانية للنساء سواء على مستوى المقتضيات الموضوعية أو الإجرائية، وأبقى على نفس الإطار المرجعي في شقه الإيديولوجي والثقافي والقانوني مع اعتماد نفس البنية للقانون الجنائي الحالي المحكوم بالهاجس الأمني التي تعتبر النظام العام أولوية على حساب حقوق المواطنين والمواطنات وحياتهم الفردية والجماعية وتشعر بخلفية تراعي المفهوم التقليدي للأخلاق والأسرة والمجتمع على حساب المرأة الفرد وحقوقها وحياتها. وهو ما يبرز أيضا على مستوى استمرار نفس التبويب المنتقد : بإدراج جريمة الاغتصاب وهتك العرض ضمن الجرائم المتعلقة بانتهاك الآداب والأخلاق العامة، وإدراج جريمة التمييز بسبب الجنس ضمن جرائم "الاستغلال الجنسي وإفساد الشباب"، والاستمرار في معالجة جرائم العنف القائم على النوع الاجتماعي ضمن جرائم العنف بصفة عامة، وليس باعتبارها جرائم تستهدف الحقوق الإنسانية للمرأة، وإغفال تخصيص تبويب مستقل لجرائم النوع مما يعني

الاستمرار في تغييب مقارنة النوع الاجتماعي بمختلف تجلياتها على مستوى مشروع القانون الجديد.

من جهة ثانية اعتبرت رئيسة الفدرالية أن مسودة قانون المسطرة الجنائية، تشكل تراجعاً عن المكتسبات التي راكمتها الحركة الحقوقية بالمغرب منذ عقود، والتي تم الإعلان عن دسترتها سنة 2011، كما تشكل خرقاً للمواثيق والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب؛ وتنكراً للتوصيات الصادرة عن ميثاق إصلاح العدالة، خاصة المتعلقة منها بنهج سياسة جنائية جديدة تستحضر مقارنة النوع الاجتماعي، وتعزز الحماية القانونية للنساء، حيث جاءت المسودة خالية من أي إجراء من إجراءات التمييز الإيجابي، كما هو منصوص عليه في القوانين الإجرائية المقارنة انسجاماً مع المادة 4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وفي قراءته لمضامين المذكرة قال الدكتور أنس سعدون أن المشروع تضمن عدداً من المقترضات الإيجابية من قبيل إقرار عقوبات بديلة، وتجريم التعذيب، والاختفاء القسري، والإثراء غير المشروع، والإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وذلك استجابة للالتزامات المغرب الدولية، لكن هذا لا يمنع من تسجيل عدة ملاحظات حول محدودية بعض التعديلات في علاقتها بمطالب الحركة النسائية على وجه الخصوص.

فبالنسبة للتعريف اعتبر المتحدث أن المشروع لم يراجع الإطار المفاهيمي لعدد من الجرائم وعلى رأسها الاغتصاب حيث ما يزال التعريف الوارد في صلب القانون

الجنائي بعيدا عن ما تفرضه المعايير الدولية، من ضرورة أن يكون شاملا دون تحديد للنوع الاجتماعي، ومتضمنا لجميع أشكال الاعتداء الجنسي بالاكراه على أي جزء من جسد الضحية، بما في ذلك الإيلاج باستخدام أدوات، وأن يشمل أيضا الاغتصاب الزوجي. كما أن المشروع لم يتطرق لمفهوم جريمة "هتك العرض" الواردة في القانون الجنائي وهو وصف غير دقيق وواسع يتراوح بين مجرد القبلية والعلاقة الجنسية التي تتم دون الإيلاج المهبل، كما أن المشروع لم يجرم العنف السياسي.

وبخصوص جريمة الرشوة اعتبر المتحدث أنه رغم ما جاء به المشروع من تشديد لعقوبة جريمة الرشوة، وذلك بالرفع من عقوبتها السجنية والمالية، فإن الإبقاء على الصيغة الحالية للفصل 248 من القانون الجنائي، يجعله غير متلائم مع المعايير الدولية، والتي تعتمد مفهوم الفائدة أو المزية غير المستحقة كعبارة تستوعب مختلف الفوائد أو المزايا المادية أو غير المادية التي قد يحصل عليها أو يطلبها الموظف للقيام بعمل أو الامتناع عنه. كما أن المشروع أبقى على اعتماد مفهوم ضيق "للفائدة الأخرى" بحيث لا يستوعب إلا الفوائد المادية، ولم ينص بشكل واضح على إمكانية تجريم الفوائد غير المادية والمعنوية وعلى رأسها الخدمات الجنسية، التي قد يطلب أو يقبل الموظف بها للقيام بعمل أو الامتناع عنه. مطالبا في هذا السياق بضرورة تجريم الرشوة الجنسية، و افراد نص جديد يعتبر الرشوة التي تقع على امرأة بسبب جنسها ظرف تشديد مواكبة لفلسفة قانون العنف ضد النساء؛

وبخصوص العقوبات البديلة قال أنس سعدون أن المقترحات الجديدة الواردة في المشروع ورغم أهميتها إلا أنها "جاءت محدودة حيث لم تتضمن التنصيص على آلية الوضع تحت المراقبة الالكترونية كإجراء يمكن استعماله في جرائم العنف ضد النساء".

في نفس السياق تطرق أنس سعدون لعدة مقترحات تضمنتها مذكرة الفدرالية بخصوص مسودة قانون المسطرة الجنائية، ومن أهمها :

- تقوية الاشراف القضائي على جهاز الشرطة القضائية من خلال جعلها تابعة بشكل مباشر للنيابة العامة وقضاء التحقيق وإلغاء تبعيتها للشرطة الإدارية، لضمان التفرغ والتخصص، وهو ما ينسجم أيضا مع التأويل الديمقراطي للدستور الجديد خاصة الفصل 128 منه.

- أن تقوم الشرطة القضائية بالانتقال الفوري في جميع شكاوى العنف ضد النساء، وأن تكون لها الصلاحية تحت اشراف السلطة القضائية المختصة بتفتيش الأماكن والدخول الى المباني ومباشرة جميع الاجراءات الكفيلة بجمع الأدلة وتوثيقها في قضايا العنف ضد المرأة.

-التنصيص على أن المسؤولية الرئيسية في مباشرة الدعاوى العمومية في قضايا العنف القائم على أساس النوع يقع على عاتق السلطات المكلفة بانفاذ القانون؛ وليس على المرأة التي تعرضت للعنف، واعتبار المتابعة تتم بشكل تلقائي

بغض النظر عن رغبة الضحية لتجنيبها مختلف الضغوطات التي تتعرض من طرف محيطها لحملها على التنازل؛

-تحويل ضحايا العنف القائم على اساس النوع فرصة الادلاء بشهادتهم دون تحميلهم عبء المواجهة مع المشتبه فيهم، واثاحة تدابير تكفل الادلاء بالشهادة مع حماية الحياة الخاصة؛

-إدراج مقتضى يقضي بالزامية التحقيق في جرائم العنف ضد المرأة، ومن شأن ذلك تعميق الأبحاث القضائية، وإمكانية استعانة قاضي التحقيق بالمراقبة القضائية في هذا النوع من القضايا.

تمديد نطاق قانون حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، ليشمل جرائم العنف ضد النساء.

-إدراج مقتضى يقضي بتمتع الضحايا والناجيات من العنف بالمساعدة القضائية بقوة القانون، بما في ذلك الحق في تنصيب محامي ومجانية مصاريف الدعوى والتي تشمل نفقات التبليغ والخبرات التي تأمر بها المحكمة.

-إحداث صندوق ائتماني لصرف معونات ومساعدات مالية للضحايا والناجيات من العنف اللواتي لا يتوفرن على دخل قارويوجدن في وضعية صعبة.

-التنصيب على مقتضى يلزم الشرطة بضرورة إشعار الضحايا/الناجيات من العنف بحقوقهن بما فيها الحق في الحصول على محام.

من جهته تطرق الناشط الحقوقي علي عمار الى المؤيدات الدستورية والدولية للمذكرة وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو، فضلا عن الملاحظات والتعليقات الختامية والتوصيات ذات الصلة بمكافحة العنف ضد النساء الموجهة إلى المغرب من طرف اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، لجنة مناهضة التعذيب، لجنة حقوق الطفل، اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مجموعة العمل حول التمييز ضد المرأة في التشريع والممارسة، وكذا التوصيات الموجهة في إطار الاستعراض الدوري الشامل.

وتحدث علي عمار، عن أهمية التربية على حقوق الإنسان، ومناديا بضرورة وضع برامج تعليمية تتضمن مبادئ حقوق الإنسان والتربية عليها منذ الصغر "كمبادئ لا يمكن التراجع عنها".

وقال عمار إنه "حينما لا تقوم الآليات الجزرية بمهامها يتم التماذي"؛ وهو ما يؤدي إلى "تعثر النتائج المتوخاة في التعاطي معها".

من جهتها اعتبرت المحامية فتيحة شتاتورئيسة شبكة انجاد أن منهجية اعداد المشروع لم تحترم المقاربة التشاركية، حيث انفردت الحكومة بوصفها صاحبة المبادرة بالقرار التشريعي من خلال استئثارها باختيار المواضيع التي شملتها المراجعة، اذ ركزت على مواضيع معينة، وأقصت مواضيع أخرى رغم راهنتها في أجندا الحركة الحقوقية النسائية، وأبعدت عملية اعداد مشروع هذا القانون من

دائرة النقاش العمومي، كما تم التنكر لمطالب الحركة الحقوقية النسائية المعبر عنها في مناسبات سابقة، وهي ذات الممارسة التي تم نهجها عند اعداد مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية.

وأضافت فتيحة شتاتو أن الاحصائيات الرسمية تؤكد تزايد حالات العنف ضد النساء بمختلف أنواعه، أمام محدودية تدابير الوقاية والحماية التي أقرها القانون، فالنساء "تعاني في صمت"، والقانون يعرف قصورا واضحا.

وبخصوص موضوع الاجهاض أكدت فتيحة شتاتو على أهمية معالجة هذه القضية في إطار مقارنة النوع الاجتماعي ومحاربة العنف المبني عليه بما يستحضر كرامة المرأة وحريتها واستقلالها ككيان إنساني وإرادتها الحرة في شخصها ومدى استعدادها للحمل والأمومة، واستبعاد الصورة النمطية التمييزية والدونية للمرأة باعتبارها أداة للإنجاب. وأوصت في نهاية مداخلتها بضرورة التعامل مع صحة الحامل بمفهومها الشامل والعميق الجسدي والنفسي والإنجابي واستعدادها وإمكاناتها وظروفها الاجتماعية ككل متكامل غير قابل للتجزئ والتبعيض. مع وضع حد للنفاق التشريعي الذي يقوم على منطق حماية الحمل في الرحم والتنكر له بعد الازدياد (وتركه هو والأم) للمجهول دون ضمانات او حماية قانونية أو حقوق.

أشغال اللقاء عرف مشاركة الرئيسة الشرفية للفدرالية المناضلة فوزية العسولي والتي قالت إن "القانون الجنائي، الذي يعود إلى عام 1962، تم وضعه في

ظروف تختلف اختلافا تاما عن مغرب اليوم إلا أن المشرع لا يزال يتشبث به ولا يقوم سوى بترقيعه".

وتابعت المتحدثة قائلة: "اختياراتنا يجب أن تكون واضحة؛ فهدفنا ليس التجريم أو العقوبات، ولكن وضع حد لسلوكات وتغييرها... سلوك ينظر إلى المرأة على أنها بضاعة، سواء في البيت أو في الشارع". وفي هذا السياق تطرقت فوزية العسولي الى مطلب حظر فحوص العذرية والذي تضمنته مذكرة الفدرالية، مؤكدة أن هذه الفحوص ما تزال موجودة على نطاق واسع بالمغرب، ورغم أن القانون لا ينظمها، إلا أنه لا يحظرها، مما يجعلها منتشرة بحكم بعض العادات والتقاليد والذهنيات"، وأضافت أن "فدرالية رابطة حقوق النساء استمعت لشهادات صادمة لنساء أجريت لهن فحوص العذرية، وأن هذه الممارسات التي لا يمنعها القانون، تشكل انتهاكا لكرامة النساء ولحرمة أجسادهن، ولحقهن في احترام خصوصيتهن، وهي انتهاكات تبقى راسخة في أذهانهن ولا يستطعن أبدا نسيانها، حيث تسبب ألما ومعاناة كبيرين من الناحية الجسدية والمعنوية، كما تشكل انتهاكا لآخلاقيات المهنة حينما تمارس من قبل مهنيين، وقد تشكل بدورها اعتداء جنسيا حينما ترتكب قسرا، كما قد يرقى هذا الفعل لدرجة تعذيب أو معاملة قاسية أو لانسانية أو مهينة حينما ترتكب قسرا".

واعتبرت فوزية العسولي أن مراجعة القانون الجنائي فرصة لحظر فحوص العذرية ومنعها بنص واضح في القانون، لأنها تشكل عنفا يمارس ضد الفتيات وضد

النساء، وأن الأوان لوضع حد لهذه الممارسة التي يطبع معها المجتمع وتتغاضى عنها الأجهزة المكلفة بانفاذ القانون.

وتجدر الإشارة في الأخير الى أن مذكرة فدرالية رابطة حقوق النساء تضمنت عدة توصيات حول مشروع تعديل القانون الجنائي، من بينها :

-تعريف العنف السياسي، ليشمل كل تهديد أو فعل أو ممارسة أو هم معا ، يستهدف حرمان أو تقييد و/أو عرقلة مشاركة النساء وتمثيليتهن في مواقع القرار ودوائر المسؤولية وفي اي نشاط سياسي أو حزبي أو مؤسساتي او مدني ويكون قائما على أساس التمييز بين الجنسين.

- تجريم أفعال العنف السياسي ضد النساء باعتبارها تمييزا وانتهاكا للحقوق الإنسانية للنساء، وتعطيلا للمساواة والمناصفة الدستوريتين، مع الاستناد على الفصل 431 من القانون الجنائي الذي يجرم التمييز ويعرفه في الفقرة الأولى "تكون تمييزا كل تفرقة بين الأشخاص الطبيعيين بسبب الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي أو اللون أو الجنس أو الوضعية العائلية أو الحالة الصحية أو الإعاقة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو بسبب الانتماء أو عدم الانتماء الحقيقي أو المفترض لعرق أو لأمة أو لسلالة أو لدين معين".

-مراجعة التعاريف الواردة في القانون الجنائي خاصة تعريف العنف الذي أقره قانون العنف ضد النساء، ليشمل الاغتصاب الزوجي، والممارسات الضارة بما فيها

الزواج المبكر، وجرائم الشرف وإساءة معاملة الأرامل (القانون يضاعف العقوبة في حالة العنف ضد الأصول لكن مصطلح الأصول لا يشمل الأرامل زوجات الأب).

-أن يشمل التعريف العنف الممارس ضد المرأة في سياقات محددة خاصة في حالات النزاع، أو الذي تتغاضى عنه الدولة، بما في ذلك العنف عند الاحتجاز لدى الشرطة والعنف الذي ترتكبه قوات الأمن.

-تجريم تشويه الأعضاء التناسلية باعتباره جريمة تشمل جميع الممارسات التي تنطوي على ائتلاف كلي أو جزئي للأعضاء التناسلية أو الحاق ضررها لدواعي غير طبية.

-إعادة تعريف التحرش الجنسي باعتباره شكلا من أشكال التمييز وانتهاكا لحقوق الإنسان للمرأة، وتعريفه باعتباره سلوكا غير مقبول تحدده الرغبة الجنسية في العلاقات الأفقية والرأسية بما في ذلك أماكن العمل والتعليم والخدمات والترفيه، والنص على أن السلوك غير المقبول ذو الدوافع الجنسية يشمل السلوك البدني والإغراءات الجنسية، وطلب أو التماس مجاملات جنسية، والملاحظات ذات الطابع الجنسي، وعرض صور أو ملصقات أو رسوم أو كتابات صريحة جنسية، وكل سلوك آخر غير مرغوب فيه جسديا أو لفظيا أو غير لفظي ذو طابع جنسي. (دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة).

-توسيع نطاق دائرة تجريم العنف الاقتصادي الذي تتعرض له المرأة بسبب الأعراف والتقاليد والنظرة الدونية ولا سيما في حالات حرمان النساء من الارث أو التصرف في ممتلكاتهن المملوكة على الشيعاء وهي ممارسات منتشرة داخل العديد من الاوساط الاجتماعية.

-فرض إلزامية التبليغ على جرائم العنف ضد المرأة، لأن القانون الحالي لا يعاقب على عدم التبليغ عن الجريمة إلا إذا تعلق الأمر بجناية.

-إدراج مقتضى يمنع المحكمة من تمتيع المحكوم عليهم في قضايا الاغتصاب من ظروف التخفيف خاصة في الحالة التي يتم فيها زواجهم من الضحايا الناجيات من العنف.

-تجريم سرقة الوثائق الشخصية باعتبارها من أحد أشكال العنف الجنسي الجندري.

تم بحمد الله



الباحثة حليلة عبد الرومي

خريجة ماستر العلوم الجنائية والأمنية

بكلية الحقوق مراكش

تقرير رسالة لنيل الماستر في القانون الجنائي بعنوان:

الحماية الجنائية للوثيقة الالكترونية - دراسة مقارنة -

بسم لله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي حتى نبغ اليقين، والصلاة

والسلام على أشرف المرسلين، نهر الهدى وبحر الندى وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

بادئ ذي بدء أود أن أتقدم بالشكروالعرفان وعظيم الامتنان لأستاذي وقدوتي

في دربي، الدكتور مصطفى مالك، الذي تعهد على الإشراف على هذا البحث وأوفى

بذلك بكل ما تحمله الكلمة من معنى، حيث كان دائما ما يفتأ يرشدني بملاحظاته

القيمة وتصويباته السديدة التي أضفت على هذه الرسالة رونقا واتساقا، فبارك
لله في عمره.

الشكر والتقدير والعرفان للجنة العلمية المناقشة، المكونة من الأساتذة
الدكتور عبد الرحيم بن بوعيدة والدكتور محمد كرام والدكتور ضياء علي أحمد
نعمان، اللذين كانوا نبراسا للعلم في الكلية، حيث كثيرا ما يقدمون يد العون للطلبة
الباحثين دون كلل أو ملل، فامتناني لهم على المجهود الجبار الذي بذلوه في قراءة
بحثي هذا وإبداء ملاحظاتهم القيمة التي بلا شك أوريب ستكون دفعة كبيرة للرفي به
حتى يكون جديرا بأن ينضاف إلى المكتبة القانونية الزاخرة.

كما أعتنم الفرصة في هذا المنبر كذلك لأوجه شكري لكل صروح العلم في كليتنا،
وبالأخص الأساتذة الذين أشرفوا على تكويننا في العلوم الجنائية والأمنية، وأنوه
بكل التضحيات التي تقدموا بها قربانا لأجل الرفي بنا علما وأخلاقا. وأقر في هذا
المقام أن جهدهم ولله الحمد لم يذهب سدا فبارك لله فيهم جميعا.

الشكر والامتنان لأصدقائي في التكوين، كل باسمه وصفته مع الاحتفاظ
بالألقاب.

سيدي الرئيس، السادة أعضاء اللجنة العلمية المحترمة

أولا: فيما يخص الإطار العام للبحث:

فما مما لا شك فيه أن التطور التكنولوجي المعاصر والمتمثل في انتشار التقنية العالية من حاسبات آلية، وبرامج متقدمة، وشبكات اتصال، عمل على تقريب ملايين البشر بعضهم ببعض، وأتاح طرقاً وفرصاً جديدة، للاطلاع على المعلومات وتبادلها حتى وصف عصرنا بعصر المعلومات، إلا أن هذه التقنية جلبت معها آثار سلبية تمثلت في التحديات الماسة بأغلب قيمنا الأساسية، الأمر الذي قد يقتضي سن تشريعات جديدة من أجل حماية وصيانة القيم.

وتعد شبكة المعلومات ونظم التبادل الرقمي من أهم الاستعمالات الحديثة للتكنولوجيا المعاصرة، مما أدى إلى ظهور وسائل وتقنيات معاصرة حديثة في مجال التعاملات التجارية والقانونية على حد سواء، تقوم في أغلب الأحيان محل الوسائل التقليدية التي أصبحت متجاوزة في عصر يمكن أن نطلق عليه عصر السرعة، ومن أهم هذه الوسائل وأبرزها الوثيقة الإلكترونية.

وتعتبر الوثيقة الإلكترونية من بين الوسائل المهمة لتنفيذ فكرة الحكومة الإلكترونية التي تقدم خدماتها إلى الأفراد والمؤسسات العامة والخاصة بالدولة، لتفادي الانتظار ومشقة الانتقال للمرافق العمومية من أجل توفير وترشيد النفقات والوقت والمجهود، والحد من الأنظمة البيروقراطية في تسيير شؤون الدولة والمواطنين.

كما تتجلى أهمية الوثيقة الإلكترونية في كونها وسيلة فعالة، في تحقيق التجارة الدولية، نظراً لسهولة ويسر إبرام الصفقات بواسطتها، سواء فيما بين الأفراد أو

المؤسسات، أو الدول، ناهيك عن دور الوثائق الرقمية في الإثبات أمام المحاكم الجزرية والمدنية.

ولهذا كان من الواجب على التشريعات الدولية والوطنية، العمل على سن تشريعات وقوانين، تساوي من خلالها الوثائق الرقمية بالوثائق التقليدية، توفر لها الحماية اللازمة من كل الأفعال التي يمكن أن تمس بسلامتها، بما يكفل للأفراد الطمأنينة والاستقرار في المعاملات.

وقد تطرق الفقه إلى أهمية الوثيقة الإلكترونية قبل صدور أي قوانين في هذا المجال، وقد كان له الفضل في توجيه التشريعات من أجل وضع قوانين تحمي وتنظم هذا النوع من الوثائق المستحدثة.

وكان السبق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي وضعت قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية يشكل نقطة محورية للتشريعات سواء الأجنبية أو العربية، في وضع تشريعاتها، والأخذ بنصوصه القانونية، وفي هذا الشأن عرفها قانون اليونيسترال الدولي بمقتضى مادته الأولى التي نصت على أن الوثيقة الإلكترونية هي: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي".

كما عملت هذه المنظمة من خلال هذا القانون على مساواة الوثيقة الإلكترونية بالوثيقة الورقية، إذا ما استوفت الشروط الضرورية لتماमितها.

ومن أجل حماية زجرية كفيلة بتعزيز ثقة الأفراد والمؤسسات بالوثائق الإلكترونية سلكت التشريعات المقارنة مسلكين لتحقيق هذه الغاية :

الاتجاه الأول عمل على سن قوانين خاصة تعاقب على الأفعال الماسة بالوثائق الرقمية ومن أهم هذه التشريعات، التشريع الأمريكي، والتشريعي البلجيكي.

الاتجاه الثاني اكتفى بتعديل قوانينه القائمة على نحو يؤدي إلى استيعاب صور الجرائم الماسة بالوثائق الإلكترونية، ومن أهم هذه التشريعات، التشريع الفرنسي والتشريع الألماني.

هذا فيما يتعلق بالتشريعات الأجنبية أما فيما يتعلق بالتشريعات العربية فقد قامت مجموعة من الدول العربية بسن قوانين خاصة في هذا الشأن منها، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، والقانون التونسي رقم 13 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، والقانون المصري رقم 15 لسنة 2004 والخاص بالتوقيع الإلكتروني.

ويعد التشريع المغربي من بين تشريعات الدول المواكبة، للتطور الرقمي التكنولوجي ، فقد أصدر هذا الأخير مجموعة من القوانين في هذا المجال، وقد كان أول قانون يشير إلى الإجرام الرقمي، هو القانون 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب

وتدخل المشرع المغربي بعد ذلك سنة 2007 لإصدار القانون 03-07 المتعلق بالمس
بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، والذي يشكل النص العام لمكافحة الجرائم
الإلكترونية عامة، جرم من خلاله المشرع مجموعة من الأفعال الماسة بسلامة
الوثيقة الإلكترونية أهمها جريمة تزوير واستعمال وثائق رقمية مزورة مع العلم
بذلك.

بالإضافة إلى مجموعة من القوانين ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية أهمها
القانون 05-53 والمتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والقانون 08-09
المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.
وباعتبار قانون المسطرة الجنائية يبقى النص العام الإجرائي المطبق على جميع
الجرائم، بما فيها الإلكترونية تدخل المشرع المغربي من خلال مشروع ق.م.ج ووضع
مجموعة من التعديلات الجوهرية التي تنسجم وآليات البحث والتحري في الجرائم
المرتبطة بالوثيقة الإلكترونية، محاولا قدر الإمكان الانسجام والتناغم مع
التشريعات والمواثيق الدولية في هذا المجال، من أجل تكريس حماية جنائية فعالة
لهذا النوع من الوثائق.

أما بخصوص الأهمية التي يتمحور حولها الموضوع

فيكتسي موضوع الحماية الجنائية للوثيقة الإلكترونية أهمية متزايدة وذلك
راجع إلى انتشار وتوسع التعامل الرقمي في إطار التجارة الإلكترونية، والتي تبرم غالبا

عن طريق وثائق إلكترونية، وهو ما استغله مجرمو المعلوماتية في ارتكاب جرائمهم، وعلى الخصوص جرائم المس بسلامة الوثائق الإلكترونية، الشيء الذي يهدد ويزعزع ثقة الأفراد بهذه الوثائق ويجعلهم ينفرون من استعمالها والتعامل بواسطتها.

كما تتمثل أهمية الموضوع في إبراز الجدل والنقاش حول مفهوم الوثيقة الإلكترونية، وأيضا مدى حجيتها في الإثبات، والقواعد المنظمة لها ومدى اعتبارها مساوية للوثائق أو المحررات العادية، ومدى كفاية النصوص الجزرية الموضوعية والإجرائية لحمايتها، كما لا تخفى أهمية موضوعنا سواء من الناحية الاجتماعية والاقتصادية القانونية أيضا.

فمن الناحية الاجتماعية، فإن البشرية عرفت الكتابة منذ زمن بعيد، وكانت تتم بطرق مختلفة وبسيطة، من أجل حفظ ما ينشأ بين أفرادها من علاقات وروابط حقوقية، حتى لا يطالها النسيان أو التحريف، وكل ما يمكن أن يغير الحقيقة.

أما من الناحية الاقتصادية، فإن الجرائم التي تقع على الوثيقة الإلكترونية قد تخلف خسائر مالية كبيرة سواء بالنسبة للأفراد أو المؤسسات، وهذا ما ينعكس سلبا على خزينة الدولة ويضر بمالياتها.

ومن الناحية السياسية فتتجلى هذه الأهمية في لجوء العصابات الإجرامية الإرهابية إلى جرائم المس بالوثيقة الإلكترونية، ليتأتى لهم تنفيذ مخططاتهم العدوانية في الدول المستهدفة.

وأخيرا من الناحية القانونية، فالمشرع المغربي قد أعطى أهمية كبيرة للوثيقة الإلكترونية، ونظمها بموجب مجموعة من القوانين، سواء العامة كالقانوني الجنائي أو النصوص ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية وذلك حتى يضيف عليها الحجية الكاملة، ويكافح الأفعال والسلوكات التي من شأنها أن تطلها وتسبب أضرار لأصحابها.

أما بخصوص الدوافع التي جعلتني اختار هذا الموضوع:

اخترنا موضوع الحماية الجنائية للوثيقة الإلكترونية كمحور لهذه الدراسة اعتبارا لما لهذه الوثائق من مكانة متميزة في مجال التجارة الإلكترونية والإثبات في عصرنا الحالي، فهو من مواضيع الساعة المطروحة أمام المنظمات الدولية والتشريعات الداخلية بهدف وضع منظومة جديدة من القوانين التي تناسب التطورات الحديثة.

بالإضافة إلى ندرة الكتابات التي تناولته خصوصا المغربية منها، ومعظم الأبحاث المتوفرة لم تتطرق للموضوع بشكل دقيق وكامل.

أما فيما يتعلق بإشكالية البحث:

فحتى وقت قريب كانت جل معاملاتنا سواء التجارية أو القضائية تتم عبر وثائق ورقية كلاسيكية ملموسة، تتسم بالوضوح وعدم التعقيد، يسهل الرجوع إليها والاطلاع على محتواها في كل وقت وحين.

أما في وقتنا الراهن ومع بروز الثورة التكنولوجية التي اكتسحت العالم أصبحت جل تعاملاتها تتم إلكترونياً بواسطة جهاز الحاسوب، والذي أثار معه مجموعة من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بالتعامل بواسطة الوثائق الإلكترونية وعلى وجه التحديد الجرائم الماسة بسريتها ومحتواها.

وإذا كانت الجرائم التي تقع على الوثيقة الورقية العادية أمراً يمكن كشفه بسهولة، فإن الأمر بخلاف ذلك فيما يتعلق بالوثائق الرقمية كون الجرائم الواقعة عليها تقع في عالم معنوي افتراضي يصعب معه ترك الأثر على وقوعه.

ويثير موضوع الحماية الجنائية للوثيقة الإلكترونية إشكالية تطرح نفسها على اعتبار الأهمية التي أصبحت تحظى بها الوثائق الإلكترونية في وقتنا الحاضر، وبالتالي فما هي السياسة التشريعية الجنائية التي اعتمدها المشرع المغربي لحماية الوثيقة الإلكترونية؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية منها:

ما هي الوثيقة الإلكترونية؟ وما هي الحماية التي وفرتها لها التشريعات؟

وما هي القيمة القانونية للوثيقة الرقمية ؟

أليست النصوص التشريعية الحالية غير قادرة على مجابهة الجرائم الماسة
بالوثيقة الإلكترونية ؟

وكيف عمل المشرع المغربي على حماية الوثيقة الإلكترونية من خلال النصوص
ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية ؟

وما هي أهم القواعد الإجرائية الوطنية والدولية المتبعة في مجال مكافحة
الجرائم التي تستهدف النيل من سلامة الوثيقة الإلكترونية ؟

ولمعالجة الاشكال المطروح أعلاه، فكما هو معلوم فهناك العديد من مناهج
البحث في العلوم الاجتماعية عامة، وفيما يتعلق بموضوع الحماية الجنائية للوثيقة
الإلكترونية، وانطلاقا من الإشكالات المطروحة أعلاه، ارتأينا في دراسته اعتماد
المنهج التحليلي المقارن، وذلك للاستفادة من تجارب القوانين الدولية، والوقوف
عند نقط الضعف والاختلالات في التشريع المغربي مقارنة مع هذه التشريعات
والقوانين.

وبناء على ما سبق وتبعاً للخط المنهجي الذي رسمنا معالمه وحددنا إطاره
وانطلاقاً من إشكالية الموضوع، سنقسم دراستنا لموضوع الحماية الجنائية للوثيقة
الإلكترونية إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: مظاهر الحماية الموضوعية للوثيقة الإلكترونية. الفرع الأول: ماهية الوثيقة الإلكترونية. الفرع الثاني: تجريم الأفعال الماسة بالوثيقة الإلكترونية

الفصل الثاني: الآليات الإجرائية المرصودة لحماية الوثيقة الإلكترونية: الفرع الأول: الإطار الإجرائي الوطني في مجال البحث عن الجرائم المرتبطة بالوثيقة الإلكترونية، الفرع الثاني: الآليات الإجرائية الدولية لحماية الوثيقة الإلكترونية.

وفي ختام هذا البحث، فقد خلصنا للعديد من الاستنتاجات والاقتراحات

لعل أهمها:

أولاً: الاستنتاجات

- إن ظهور الوثيقة الإلكترونية واستخدامها كأداة لتوثيق مختلف المعاملات الإلكترونية، أدى إلى إحداث تراجع في مفهوم الوثيقة العادية، وذلك لأن الوثيقة الإلكترونية تعد وسيلة حديثة وتؤدي ذات الوظائف التي تؤديها الوثيقة العادية، إلا أنها تنشأ عبر وسيط إلكتروني، وذلك استجابة لنوعية المعاملات التي تتم إلكترونياً.
- لقد منح المشرع المغربي الوثيقة الإلكترونية نفس القوة الثبوتية للوثيقة العادية، إلا أن هناك مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الوثيقة الإلكترونية لكي يتم منحها قوة ثبوتية معادلة للقوة الثبوتية التي تتمتع بها الوثيقة التقليدية وتتنجلى هذه الشروط:

1) كشف هوية الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة الإلكترونية بشكل واضح وقاطع.

2) قراءة بيانات الوثيقة الإلكترونية.

3) عدم قابلية تعديل البيانات الواردة في الوثيقة الإلكترونية.

• إمكانية إثبات جميع الجرائم بواسطة الوثائق الإلكترونية، تبعاً لخاصية أوقاعدة الإثبات الحرفي المادة الجنائية.

• تأثير وسائل الإثبات الجديدة التي أفرزتها التجارة الإلكترونية، على نظرية الالتزام ومدى القيمة القانونية لهذه الوسائل، وقصور النصوص القانونية الحالية عن استيعاب وسائل الإثبات الجديدة التي أفرزتها المعاملات المدنية والتجارية، إضافة إلى أن هذه الوسائل تواجه مجموعة من الصعوبات والتحديات تكمن في صعوبة إضفاء الصفة الثبوتية على بعض الوسائل الحديثة كالمراسلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني حيث تبقى واردة دون وجود دليل على إحداث ذلك، ما يطرح تحديات في اعتماد الوسائل الحديثة عامة في إثبات أمام المحكمة.

• من خلال استقرائنا لمجموعة من النصوص القانونية ومنها القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية تبين لنا أن هذه المعاملات والعقود لا تختلف في أركانها عن المعاملات والعقود العادية التقليدية غير أن ما يميز تلك المعاملات والوثائق الرقمية أنها تبرم دون الحاجة للتواجد المادي للأطراف، كما أن تدخل مقدمو المصادقة الإلكترونية في عملية إبرام العقد الإلكتروني، وذلك

لإضفاء الثقة والأمان على المعاملات الإلكترونية يجعل هذا النوع من العقود يتميز بخصوصية لا تتوفر عليها العقود التقليدية.

- استثناء بعض التصرفات من إمكانية التوثيق الإلكتروني ويتعلق الأمر بالعقود في المادة الأسرية على سبيل المثال.

- عدم نجاعة النصوص الجزرية في الإحاطة بمختلف الجرائم التي قد تطل الوثيقة الإلكترونية، بالإضافة إلى أن العقوبات الواردة بها تبقى غير كافية لتحقيق الردع في هذا المجال.

- ومن أهم الاستنتاجات كذلك، مساهمة جل التشريعات سواء العربية أو الأجنبية ملائمة قوانينها وفق المواثيق والمعاهدات الدولية من أجل مكافحة الجرائم الرقمية والجرائم التي تمس بسلامة الوثيقة الإلكترونية.

- كما أن المشرع المغربي عمل على وضع قواعد جنائية من أجل استقرار المعاملات الإلكترونية من خلال إقرار وسائل الحماية الجنائية لكل من التوقيع والتشفير الإلكتروني، وبالإضافة إلى تقرير مسؤولية مقدمي خدمات والمصادقة الإلكترونية عن الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه.

- هذا ولا تنسى دور القضاء في مواجهة الجرائم الماسة بالوثائق الرقمية، حيث أن هذا النوع من الجرائم لا يخلوا من الخصوصية ذات طابع فني والتقني، والذي يؤثر

بشكل كبير على السلطة التقديرية للقاضي من حيث أدلة الإثبات وغموض بعض النصوص لحدائتها، وعدم تخصص القضاة في مجالها.

- ونظرا لطبيعة الجرائم المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية بصفة عامة والجرائم الماسة بالوثيقة الإلكترونية خاصة، كون خاصيتها غير المحسوسة تظهر صعوبة مهام السلطات شبه القضائية والسلطات القضائية في أداء دورها للكشف عن الجريمة والبحث عن أدلتها ومن بين هذه الصعوبات قلة الآثار المادية التي تتركها وكثرة الأشخاص الذين يترددون على مسرحها بين فترة ارتكابها وفترة اكتشافها.

ثانيا: اقتراحات

✓ وضع قانون خاص بمكافحة جرائم الإنترنت والجرائم الواقعة على الوثيقة الإلكترونية على وجه الخصوص.

✓ وضع مدونة خاصة تنظم الوثيقة الإلكترونية وتحيط بجميع جوانبها لفصلها عن الوثيقة الورقية التقليدية.

✓ إنشاء جهاز متخصص في المجال المعلوماتي من أجل حماية مستعملي الحاسوب.

✓ استحداث محاكم خاصة بهذا النوع من الجرائم (الجرائم الإلكترونية) وتكون محتلة لمرتبة معينة في سلم المحاكم شأنها شأن محاكم الجرائم العادية.

✓ تكوين القضاة، سواء القضاء الواقف أو القضاء الجالس، وعناصر الشرطة القضائية تكويننا إلكترونيا يمكنهم من مواكبة تطور التقنيات الخاصة بهذه الجرائم المستحدثة.

✓ إيجاد طرق معالجة استباقية تمنع من وقوع الجرائم المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، كالإلزام مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي بدخول بأسمائهم الحقيقية وهوياتهم عند فتح حسابهم على هذه الشبكات، وإلزام مسؤولي المواقع الإلكترونية المستخدمة للبروكسيات للاحتفاظ بالبيانات الأساسية والحقيقية لمستخدمي مواقعها على الشبكة.

✓ تشديد العقوبة على مرتكبي جرائم المس بالوثائق الإلكترونية، للحد من هذا النوع من الجرائم.

✓ دعوة الآباء لمراقبة أبنائهم أثناء استخدام شبكة (الإنترنت) ومختلف الوسائط الإلكترونية الحديثة.

✓ العمل على نشر الوعي الرقمي في المجتمع المغربي، ونجاعة التوثيق الرقمي.

✓ إضافة مادة في كليات الحقوق لتدريس مادة المعاملات الإلكترونية وصور الجرائم الواقعة عليها.

انتهى بحمد الله وفؤونه

فهرس العدد

08	كلمة افتتاحية للعدد.....
	ذ. محمد القاسمي

مقالات وأبحاث قانونية باللغة العربية

10	تغيير المركز القانوني للمشغل وأثره على استقرار عقود الشغل.....
	الدكتورة أمينة رضوان
28	ركن المحل في القرار الإداري - دراسة مقارنة -.....
	الدكتور زهير مصطفى صالح
47	ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.....
	الدكتور إبراهيم والعيز
69	شروط اختصاص قاضي المستعجلات في المادة الضريبية في ضوء.....
	الأستاذ مستور عبد الغني
117	الإثبات في المرض المهني وإشكالته.....
	الأستاذة فاطنة النوحى
138	جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية.....
	الأستاذة. بلملياني أسماء

169	الحماية القانونية للعمال المنزليين على ضوء التشريع المغربي والفرنسي.....
	الأستاذة هاجر أهل الدويرة
196	بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي وفقا لقانون المسطرة الجنائية المغربية.....
	الأستاذ محمد القاسمي
209	مدى ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط.....
	الأستاذ عمر عباس خضير العبيدي
235	قراءة في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء.....
	الباحث وائل العياط
252	حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية.....
	الباحث رضوان الريشي
286	مؤسسة الفسخ في التشريع المغربي.....
	السيد جاد المصطفى والسيدة خديجة خليلي
328	الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12.....
	الأستاذ اشرف ركراكي

365	ميزانية النوع الاجتماعي بين واقع التحديات والآفاق المستقبلية.....
	الأستاذ فاطمة الزهراء أخانة
380	الضمانات الحمائية للحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية.....
	الباحثة ازويني جميلة
406	قراءة نقدية لمشروع القانون 20-22 المتعلق بشبكات التواصل الاجتماعي.....
	الباحث رضوان سند
415	المدارس الفكرية التي أسست لعلم العقاب الحديث.....
	الأستاذ ابراهيم الدريف

تقارير قانونية لورشات علمية وبحوث أكاديمية معمقة

427	ورشة تكوينية لفائدة المتمرّنين والمتمرّنين في خطة العدالة.....
	الدكتور أنس سعدون
439	الحماية الجنائية للوثيقة الإلكترونية - دراسة مقارنة -.....
	الباحثة حليلة عبد الرومي

دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

- تغيير المركز القانوني للمشغل وأثره على استقرار عقود الشغل..... أمينة رضوان
- ركن المحل في القرار الإداري - دراسة مقارنة -..... زهير مصطفى صالح
- ما جرى به العمل وأثره في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي..... إبراهيم والعيز
- شروط اختصاص قاضي المستعجلات في المادة الضريبية في ضوء العمل القضائي..... عبد الغني مستور
- الإثبات في المرض المهني وإشكاليته..... فاطمة النوح
- جرائم العنف الجنسي في ضوء المحكمة الجنائية الدولية..... بليلاني أسماء
- الحماية القانونية للعمال المنزليين على ضوء التشريع المغربي والفرنسي..... هاجر أهل الدويرة
- بطلان إجراءات التحقيق الإعدادي وفقا لقانون المسطرة الجنائية المغربية..... محمد القاسمي
- مدى ملائمة النظام القانوني للدولة في عقود استثمار النفط..... عمر عباس خضير العبيدي
- قراءة في قانون 12.66 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء..... وائل العياط
- حجية عقود التفويت المجردة من أصل التملك في إثبات الملكية العقارية..... رضوان الريش
- مؤسسة الفسخ في التشريع المغربي..... جاد المصطفى وخديجة خليل
- الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12..... اشرف ركراكي
- ميزانية النوع الاجتماعي بين واقع التحديات والآفاق المستقبلية..... فاطمة الزهراء أخانة
- الضمانات الحمائية للحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية..... ازويني جميلة
- قراءة نقدية لمشروع القانون 20-22 المتعلق باستعمال شبكات التواصل الاجتماعي..... رضوان سند
- المدارس الفكرية التي أسست لعلم العقاب الحديث..... إبراهيم الدريف

تقارير قانونية لورشات علمية وبحوث أكاديمية معمقة

- من أجل منظومة جنائية تقضي على التمييز والعنف ضد النساء وتوصل لمقاربة النوع..... أنس سعدون
- الحماية الجنائية للوثيقة الالكترونية - دراسة مقارنة -..... حليلة عبد الروم