

Revue Adala

Pour les études juridiques & judiciaires



مجلة عدالة

للدراسات القانونية والقضائية

مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

مدير المجلة

د. مصطفى الغشام الشعبي : أستاذ القانون الخاص بالكلية المتعددة
التخصصات بالناظور

رئيس تحرير المجلة

ذ. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق

محاور المجلة

*محور القانون الخاص

*محور القانون العام

*محور القانون المقارن

*قراءات قانونية

*مقالات باللغة الفرنسية

مجلة عدالة لدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 2019PE0031

ردمك : 2665-8232

الطبعة : الأولى 2019

توزيع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط
الهاتف : 05.37.72.58.23 / الفاكس : 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي : www.darassalam.ma

البريد الإلكتروني : Contact@darassalam.ma

lib.darassalm@yahoo.fr

الطبع : Edition Dar Assalam- Rabat

Rue Siam n°6 Diour Jamaa - Rabat

محمودة
عبد الحفيظ

اللجنة العلمية

- د. محمد الكشور : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء (القانون الخاص)
- د. عبد السلام فيغو : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
- د. ادريس الفاخوري : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة (القانون الخاص)
- د. محمد يحييا : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
- د. واد العيدوني : أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. محمد العمراني بوخبزة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
- د. عبد الرحمان الشرقاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
- د. عبد الله أشركي أفقيير : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. رشيدة أحفوض : قاضية وأستاذة زائرة بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. محمد بوزلافة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (القانون الخاص)
- د. حسن فتوخ : مستشار بمحكمة النقض (القانون الخاص)
- د. أحمد خرطة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق المتعددة التخصصات بالناظور (القانون الخاص)
- د. أمين أعزان : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. كريم الصبونجي : أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق سطات (القانون الخاص)

قواعد النشر

1. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية أكاديمية محكمة تهتم بالأبحاث والدراسات القانونية والقضائية بأسلوب علمي أكاديمي موثق.
2. يجب ان ترسل المقالات وجوبا في شكل مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF (نوع الخط بالعربية Traditional Arabic مقاسه: 15 ، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Romain مقاسه: 12)، ويجب ان ترقم الصفحات ترقيما تسلسليا.

3. ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة أسمه باللغة العربية وبالحروف اللاتينية.
4. يجب أن توثق مادة النشر كما يلي:
 - بالنسبة للكتب: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر (الناشر)، مكان النشر- وسنة النشر، ورقم الصفحة.
 - بالنسبة للمجلات: اسم المؤلف، عنوان المقال، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر- وسنة النشر، ورقم الصفحة.
 - بالنسبة لمراجع الأنترنت: اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف)
5. يجب ألا يكون البحث المراد نشره قد سبق نشره في مجلة أخرى وأن يتميز بالجدة والأصالة واحترامه لمنهجية البحث العلمي الأكاديمي وأصوله العلمية المتعارف عليها
6. الاهتمام بالمقال المراد نشره وذلك بتصحيح الأخطاء الإملائية واللغوية والتقنية تحت طائلة عدم قبول المادة المقدمة للنشر.
7. ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة وكل مقال وردت هوامشه في آخره يعد غير مقبول للنشر.
8. يمكن للمجلة إذا رأت ضرورة لذلك إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة دون المساس بجوهرها، والمجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
9. تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
10. تخضع جميع المقالات المرسلة للمجلة للتقييم والتحكيم مع التنبيه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
11. ترسل جميع المقالات والمواد القانونية والقضائية العلمية المراد نشرها وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة revueadala@gmail.com

الكلمة الافتتاحية

للدكتور محمد الكشور

أستاذ جامعي متقاعد

محامي بهيئة الدار البيضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد

اتصل بي، وأنا بمدينة طنجة بقصد المساهمة في مناقشة أطروحة دكتوراه، كل من د. المصطفى الغشام الشعبي مدير مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، ود. ابراهيم اشويعر رئيس تحرير ذات مجلة، وقد طلبا مني أن أضع تقديمًا للعدد الثاني من المجلة التي يسهران على إدارتها.

تساءلت مع نفسي في البداية عما سأتناوله في هذا التقديم. وقد قررت أن أتصفح العدد الأول من المجلة علني أجد ضالتي بخصوص ما سأتناوله.

لقد لاحظت أن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية قد اختير لها عنوان معبر عن مضامينها، وقد جاءت في حلة جميلة مزركشة بألوان جد متناسقة، وهي مجلة محكمة بها لجنة علمية وازنة ذات حضور قوي على الساحة المغربية الأكاديمية.

ولأول مرة أضع يدي على مجلة قانونية شاملة لكل فروع القانون، من خاص وعام ومقارن، بالإضافة إلى فرع يخص التقارير العلمية والندوات.

وقد استنتجت من كل ما سبق، شكلا ومضمونا، أن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية قد وضعت لكي تستمر، وهي بالتأكيد لن تستمر إلا بتناولها لمواضيع راهنة تطرح على كل الساحة القانونية، بواسطة أقلام رصينة، دون أن تفتح على كل من هب ودب.

لقد لاحظت أن بعض المجالات القانونية تقبل على مواضيع تبدوا جد براقية على مستوى العنوان، لكنها هزيلة المحتوى تتكون من ثلاث صفحات أو أربع، دون مرجعية تذكر بل وهناك أحيانا من لا يهتمش إلا بكتاب تافه له، أو أطروحة أو محاضرة له، وكأنه قد حمل العلم من أطرافه دون غيره.

وأحبذ لو أن هذه المجلة الفتية تنفتح على العمل القضائي والاجتهاد القضائي، وخصوصا ذلك الصادرة عن محكمة النقض، خدمة لمرفق العدالة داخل الوطن، إما عن طريق النشر أو التعليق المفيد إن أمكن. فالعمل القضائي عموما، والاجتهاد القضائي على وجه الخصوص، هما بالنسبة للمادة القانونية بمثابة الملح بالنسبة لمادة الطعام.

وأقر بمناسبة هذا التقديم، أنني تعلمت الشيء الكثير وأنا أتابع وأطلع على عمل المحاكم واجتهاداتها، وخاصة ذلك الصادرة عن غرف محكمة النقض حيث بها مستشارون فضلاء يحملون في صدورهم علما غزيرا لا يتضح إلا من خلال القرارات التي تصدر عنهم.

وفي ختام هذا التقديم، أتمنى للمجلة الإشعاع والاستمرار.
والسلام

محمد الكشور

الدار البيضاء في 23 أكتوبر 2019.

فهرس المحتويات

5 الكلمة الافتتاحية للدكتور محمد الكشور

محور القانون الخاص

13 إشكالية بيع ملك الغير في التشريع المغربي
المصطفى الغشام الشعبي

31 القوة الشبوتية للشهادة أمام القضاء الجنائي
زكرياء بوشوروة

43 محدودية العقوبة السالبة للحرية القصيرة المددة وإشكالية العود الجنائي
ابراهيم اشويعر

65 الحماية القضائية لمستهلك العلامة ما بين إجحاف النص ومتطلبات الممارسة
كمال الفاسي

83 التعرضات على مسطرة التحفيظ.
عبد الصادق دكير

101 الضرر القابل للتعويض أم القضاء الجنائي
البشير ازميزم

113 قراءة في مذكرة نادي قضاة المغرب حول مشروع قانون التنظيم القضائي
أنس سعدون

123 سلطات المحافظ بشأن التقييدات والاكراهات التي تواجهه
حميد اليسسفي

157 ضوابط الاجتهاد في تطوير نظرية العقد
محمد الطيبي

181 أثر نظام الإثبات في حماية الأموال الوقفية العامة
يسيرة الشنواني

دور التشريع والقضاء في تشجيع الاستثمارات بأراضي الجموع بالمغرب

215 حميدة الشلوشي

محور القانون العام

أزمة الإصلاح الإداري بالمغرب بين مفارقات الإصلاح ورهان التحديث

233 نجيب جيري

الحق في الحصول على المعلومة بين التأصيل الدستوري والتأطير القانوني

253 خليل النواح

حكمة تدبير الشأن الترابي في ضوء القانون التنظيمي للجماعات

263 عبد الاله طلوع

التعويض في المسؤولية الإدارية وحماية المال العام دراسة في إشكالية العلاقة بين المسؤولية

الإدارية والمالية العامة

277 هشام العقراوي

محور القانون المقارن

الهجرة السرية في المواثيق الدولية: الأطفال القاصرين نموذجا.

293 علاء الدين تكتري

ما ينتقل إلى الورثة من الحقوق وما لا ينتقل عند فقهاء الإسلام

315 عبد السلام العمراني

أثر الطلاق على نظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين في القانون التونسي

327 محمد زيتونة

قراءات قانونية

وجهة نظر بشأن مصادقة المغرب على اتفاقية الجريمة الالكترونية لسنة 2001

341 أمين اعزان

قراءة في القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء

359 عائشة بورشان

عمالة الأطفال في الجزائر: أي مسؤولية؟

367 بن قوأمال

إعداد أطروحة جامعية: لماذا؟ وكيف؟

377 يونس مليح

محور القانون الخاص

إشكالية بيع ملك الغير في التشريع المغربي

د. المصطفى الغشام الشعيبي

أستاذ التعليم العالي مساعد

بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور

مقدمة:

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المدنية وأكثرها شيوعا في المعاملات المالية، لما ينتج عنه من نقل للملكية من البائع إلى المشتري لذلك أحاطته مختلف التشريعات بمجموعة من النصوص القانونية لتنظيمه بهدف حماية حق الملكية وضمان تصرف المالك فيما يملك بكل حرية إما باستغلاله أو بيعه أو رهنه إلى غير ذلك من التصرف القانونية، لكن قد يحدث أحيانا يبيع شخصا آخر غير المالك ملك غيره كما إذا باع الأب ملك ولده باعتباره أصيلا لا نائبا، أو ما إذا باع الزوج ملك زوجته أصيلا لا نائبا، وكثير ما يحصل بيع الحاضرين لأموال الغائبين، فهذه الأنواع من البيوع كلها تدخل ضمن نطاق بيع ملك الغير، وهو ما يعرف في القه الإسلامي ببيع الفضولي.

وللبحث في هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية بيع ملك الغير وطبيعته القانونية، في حين سنخصص المبحث الثاني للتطرق إلى أحكامه.

المبحث الأول: ماهية بيع ملك الغير وطبيعته القانونية

يعتبر بيع ملك الغير من البيوع التي يكتنفها الكثير من الغموض، لذا كان من الضروري تعريف هذا التصرف، ثم بسط شروطه (المطلب الأول) والجواب على إشكالية طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية بيع ملك الغير وشروطه

سنتطرق في هذا المطلب لماهية بيع ملك الغير في الفقرة الأولى في حين سنخصص الفقرة الثانية للحديث عن شروطه.

الفقرة الأولى: ماهية بيع ملك الغير

تناولت الشريعة الإسلامية بيع ملك الغير تحت عنوان الفضالة والفضولي في اللّغة من الفضل وهو الزيادة وجمعه فضول، وقد غلب استعماله على من لا خير فيه، ومن ثمة أطلق الفضولي على من يشتغل بما لا يعنيه،¹ إذن بائع ملك غيره يعد فضولياً.² أما اصطلاحاً فقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الفضولي بأنه: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي" وعرف الفقهاء المحدثون الفضولي بأنه: "من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع"³ أو هو "من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة".⁴ وعلى غرار مختلف التشريعات لم يعرف المشرع المغربي بيع ملك الغير وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء، وبالرجوع للفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود نجده ينص على أنه: "بيع ملك الغير يقع صحيحاً:

1 - إذا أقره المالك؛

2 - إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير، ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك ببطان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".⁵

¹ - عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دس ن، ص. 116.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005، ص. 16.

³ - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي؛ أطروحة دكتوراه كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص: 5.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط؛ 1 مؤسسة التاريخ العربي، لبنان، 1953-1954 ص: 129.

⁵ - وتقابلها المادة 466 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "إذا باع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل أو لم يسجل العقد، وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد"، وتضيف المادة 467 من ذات القانون على أنه "إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري، وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

أما فقهيًا فقد تعددت الاجتهادات الفقهية بشأن تعريف بيع ملك الغير فهناك من عرفه بأنه "تلك الأحوال التي يقبل فيها البائع على بيع شيء معين بالذات مملوكا لغيره دون أن يكون مرخصا له ببيعه"¹ وهناك أيضا من يعرفه بكونه "عقد يبيع الشخص بمقتضاه مالا معيناً بالذات مملوكا للغير دون سابق توكيل ممن له الحق الشرعي في ذلك، ويقصد من هذا البيع نقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري"² وهناك من يعرفه بأنه "بيع شيء معين بذاته ليس مملوكاً للبائع إذا قصد بالبيع نقل ملكية هذا الشيء في الحال"³.

بناء على ما سبق نستنتج ان بيع ملك الغير هو "قيام شخص ببيع شيء غير مملوك له ومعين بالذات إلى شخص آخر يسمى الغير".

الفقرة الثانية: شروط بيع ملك الغير

انطلاقاً من النصوص القانونية والتعاريف الفقهية السالفة الذكر يتضح لنا أن بيع ملك الغير يشترط فيه وجود ثلاث شروط وهي:

أولاً: أن يكون العقد بيعاً

من الشروط الأساسية التي ينبغ توفرها حتى نكون بصدد بيع ملك الغير ضرورة أن يكون هذا التصرف يهدف إلى نقل الملكية في الحال، إذ أن العلة في تقرير بطلان بيع ملك الغير هي استحالة تحقيق انتقال الملكية بمجرد العقد في هذا البيع، فإذا زالت العلة امتنع البطلان ونكون أمام بيع صحيح لا تشوبه علة البطلان.

ثانياً: أن يكون المبيع معيناً بالذات

وهذا الشرط مستمد من طبيعة الحق العيني الذي ينتقل إلى المشتري فالحقوق العينية بصفة عامة تتميز بأنها واردة على شيء معين بالذات والأشياء المعينة بالذات هي التي يتميز كل منها بصفات لا توجد في غيرها ولا يمكن لغيرها ان يقوم مقامها في

¹ - الصراف، عباس: شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، د.ط، الكويت، دار البحوث العلمية، د.ت، فقرة، ص: 387

² - جمعة، عبد الرحمن: بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، ط، 1 عمان، دار وائل للطباعة والنشر، 1998، ص 78.

³ - فضلى، جعفر: الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، د.ط، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، فقرة، 389 ص. 178.

الآداء كالعقارات بوجه عام، أما الأشياء المثلية والتي يقوم بعضها مقام بعض فبيعها لا يعتبر بيعاً لملك الغير، كما لا يعتبر بيعاً لملك الغير بيع الأشياء المستقبلية التي هي غير موجودة حالاً لكن ممكن وجودها مستقبلاً.

ثالثاً: عدم ملكية البائع أو المشتري للمبيع

يجب ألا يكون البائع مالكاً لشيء المبيع إلى جانب ألا يكون المشتري مالكاً، ففي الحالة الأولى إن كان البائع مالكاً كان البيع صحيحاً، أما في الحالة الثانية فإن كان المشتري مالكاً، ويجهل وقت التعاقد أنه مالكاً للشيء المبيع، فهنا يقع مثل هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، لاستحالة المحل استحالة مطلقة، إذ يستحيل على الكافة نقل ملكية شيء إلى من هو مالكة فعلاً.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير ونطاقه

ستتطرق في هذا المطلب للطبيعة القانونية لبيع ملك الغير في الفقرة الأولى في حين سنخصص الفقرة الثانية للحديث عن نطاق هذا البيع

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

اعتبر القانون المدني الفرنسي والمصري، ومن نحا نحوهما أن عقد بيع ملك الغير هو عقد باطل، دون أن تحدد هذه القوانين طبيعة هذا البطلان، مما أحدث خلافاً كبيراً بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا البطلان، والذي ساعد على هذا الاختلاف هو الغموض في تلك النصوص حول طبيعة هذا البطلان، والتي اكتفت بتقرر أن هذا البيع باطل فقط أو قابلاً للإبطال، فظهرت العديد من وجهات النظر بشأن تكييف طبيعة بيع ملك الغير، مما ينبغي معه أن نعرض لأهم النظريات التي قيلت بهذا الشأن (أولاً) ثم نعرض لموقف المشرع المغربي منها (ثانياً).

أولاً أهم النظريات التي تحدد الطبيعة القانونية لبيع ملك الغير

1 - نظرية دعوى الضمان: يذهب الفقهاء الذي يؤيدون هذه النظرية إلى أن بيع ملك الغير ليس سوى دعوى لضمان استحقاق يسارع المشتري لرفعها، قبل أن ترفع عليه من المالك الحقيقي، غير أن هذه النظرية أخذ عليها كونها تخالف أحكام القانون التي تعتبر أن جزاء بيع ملك الغير البطلان لا الضمان فضلاً على أنها تؤدي إلى الخلط بين أحكام البطلان وأحكام الضمان رغم تمييز القانون بينهما.¹

¹ - عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع، مرجع سابق، ص: 235

2 - نظرية البطلان المطلق: ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول أن القانون نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يترتب عليه أي حكم الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن هذا البطلان يعتبر بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل والسبب وقد أخذ على هذه النظرية أن القول باستحالة تنفيذ البائع لالتزام بنقل ملكية المبيع، وأنه غير مالك، يترتب الفسخ لهذا العقد لعدم إمكانية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، وليس بطلان هذا العقد بطلاناً مطلقاً، كما يؤخذ على هذا الرأي اختلاف الآثار التي ينتجها بيع ملك الغير، إذ أن بيع ملك الغير ينتج آثاراً قانونية متعددة، بخلاف العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يترتب عليه أي أثر قانوني، ويكون لأي شخص له مصلحة في طلب البطلان، أن يتمسك به، وكذلك يكون للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها إذا ما طرح أمامها، بينما في بيع ملك الغير، لا يستطيع أن يتمسك بهذا البطلان سوى المشتري.¹

3 - نظرية الفسخ: نجد أن المدافعين عن هذه النظرية أخذوا بالمبادئ العامة في عقد البيع في معرض بيانهم للطبيعة القانونية لبيع ملك الغير، مستنديين في رأيهم إلى أنه عندما يكون البائع غير قادر على نقل الملكية، وهو في الأصل غير مالك مما يتعذر معه الوفاء بالتزام، ومن ثم فيكون للمشتري أن يطلب فسخ البيع، ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها: أنه يجوز للمشتري بالإضافة إلى حقه في فسخ العقد، الحق في المطالبة بالتعويض، ولا يجوز ذلك للبائع، لأنه هو المقصر، ولا يجوز أن يستفيد من تقصيره، كما يترتب على ذلك أنه إذا رفض المشتري دعوى الفسخ، وقبل أن تنطق المحكمة بالفسخ، زال المانع، وانتقل الملك إلى المشتري، أو أقر المالك الحقيقي البيع، فهنا لا يبقى للمشتري الحق في الإصرار على طلب الفسخ، ولا يجوز للمحكمة الحكم بالفسخ، ولا لا يفسخ هذا العقد إلا إذا قضت المحكمة بفسخه، ويكون للمحكمة الحق في إعطاء فرصة للبائع لتنفيذ العقد، أي يجوز تصحيح العقد بعد طلب الفسخ وأثناءه إلى ما قبل الحكم.²

¹ - السنهوري، الوسيط، ج 4 - نفس المرجع - ص: 155

² - رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير فقها وقضاء، ط3؛ مكتبة الألفي القانونية، د ب ن 1997

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد من عدة نواحي، أهمها أن الأخذ بهذه النظرية سيؤدي إلى الخلط ما بين نظرية البطلان ونظرية الفسخ على الرغم من الاختلاف الحاصل بينهم، حيث أن سلطة القاضي في الحكم بالبطلان مقيدة ولا يحكم إلى متى توفرت شروطه، في حين أن سلطته هي سلطة تقديرية عند الحكم بالفسخ، كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تجاهل نص القانون الذي يعتبر جزاء بيع ملك الغير البطلان لا الفسخ حيث أن كلا من التقنينين المدني المصري، والفرنسي قد نصا على البطلان لا على الفسخ، وهذا يتعارض مع صريح النصوص.¹

4 - نظرية العقد الموقوف: تذهب هذه النظرية؛ إلى الأخذ بأن عقد البيع هو عقد موقوف، على اعتبار أن بيع ملك الغير غير نافذ فحق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية، يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه؛ أن العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو نسبياً، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً، والعقد الموقوف، يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك، أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان.²

وقد أخذ كل من القانون المدني العراقي والأردني بنظرية العقد الموقوف وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي غير أن هذه النظرية تعرضت لعدة انتقادات فلو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، لكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه شأن أي عقد قابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله، ثم أن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف لا يجيزه إلا المالك الحقيقي، كما أنه وفي ظل وجود نص تشريعي صريح، يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح.³

¹ - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص: 65

² - سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط4؛ عالم الكتب، القاهرة، ص: 52

³ - العقد الموقوف هو "التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره على الإجازة ممن يملكها شرعاً وتعرف مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المادة 112 البيع الموقوف بأنه "بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي.

ثانيا: موقف المشروع المغربي من النظريات السالفة الذكر

أما بخصوص الموقف الذي تبناه المشرع المغربي في الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود فإننا نلاحظ اختلافه عن المواقف السابقة، حيث نص على أن هذا العقد قابل للفسخ لصالح المشتري دون البائع، وجعله صحيحا في حالة إقرار المالك أو إذا كسب البائع الشيء محل العقد فيما بعد، الأمر الذي دفع بتعدد قراءات هذا الفصل من قبل الفقهاء، فبالرغم من أن المشرع قد استعمل مصطلح الفسخ كجزء لبيع ملك الغير في حالة عدم إقرار المالك لهذا البيع

إلا أن الاتجاه الغالب من الفقه يرى أن هذا الحكم لا يتناسب مع طبيعة هذا البيع الذي تتعارض فيه المصالح بين عدة أطراف، فنظام الفسخ المنصوص عليه في الفصل 485 الذي تقرر أصلا لحماية المشتري لا يحقق نفس الحماية بالنسبة للمالك، لذلك يرى جانب من الفقه أن هذا البيع غير مسبب تطبيقا لأحكام الفصلين 64 و65 من قانون الالتزامات والعقود لافتتقار التزام البائع إلى محل موجود ولافتقار التزام المشتري إلى سبب مشروع طبقا للفصل 62 من نفس القانون، بالإضافة لاتجاه آخر يساير اتجاه الفقه الإسلامي يرى بأن هذا العقد يندرج ضمن قائمة العقود الموقوفة على إقرار المالك الأصلي.¹

الفقرة الثانية: ما يخرج من نطاق بيع ملك الغير

يخرج عن نطاق بيع ملك الغير عدة أنواع من التصرفات القانونية مثل التعهد عن الغير والوعد بالبيع (أولا) وبيع الشيء المستقبلي والبيع المعلق على شرط التملك والبيع المعلق على شرط (ثانيا).

أولا: التعهد عن الغير والوعد بالبيع

1 - التعهد عن الغير: تنص مقتضيات الفصل 36 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يجوز الالتزام عن الغير على شرط إقراره إياه، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق. ولا يبقى هذا

¹ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع الطبعة الثانية 2009 توزيع مكتبة دار الأمان الرباط، ص 112

الطرف ملتزما إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول، على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوما بعد الإعلام بالعقد".

فانطلاقا من هذا النص نستنتج أن التعهد عن الغير يتوقف على شرط إقرار المالك فهو لا ينقل ملكية الشيء إلى بعد صدور إقرار صريح بخلاف بيع ملك الغير الذي تنتقل بموجبه الملكية إلى المشتري في الحال.

2.- الوعد بالبيع: الوعد بالبيع لا يرتب حكم عقد البيع في انتقال ملكية المبيع، وإنما يرتب على الواعد التزاما بالقيام بالعمل، وبالتالي نكون أمام وعد بالبيع، فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء الموعد به تم البيع وأخذ حكمه، وخرجنا عن نطاق بيع ملك الغير وحكمه.

أما إن كان الواعد غير مالك وبقي غير مالك حتى بعد أن أظهر الموعد له المشتري رغبته في الشراء فإننا في هذه الحالة نكون أمام بيع ملك الغير ويأخذ حكمه.

ثانيا: بيع الشيء المستقبلي والبيع المعلق على شرط التملك

1 - بيع الشيء المستقبلي: اشترط المشرع المغربي في المادة 486 من ق ل ع لبيع ملك الغير، أن يكون محل هذا البيع شيئا معيناً بالذات، فالبيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو المقياس والصفة وذلك من أجل نقل الملكية من البائع إلى المشتري، أما الحالة التي نحن بصددتها، أي بيع شيء غير موجود وقت العقد، لا يجعلنا نتحدث عن بيع ملك الغير. إذ لا يعرف إن كان البائع مالك أو غير مالك، فثمة فرق في الحكم القانوني بين بيع الشخص لملك غيره، وبين بيع الشخص لما لا يملكه إذا كان حكم بيع ملك الغير قد نص عليه القانون، فإن حكم بيع الشيء المستقبلي يتوقف على ملكية الشيء، أي معرفة إن كان البائع مالك أو غير مالك.

وكما نعلم فإن ملكية البائع للشيء المبيع تتوقف على تعيين المبيع بذاته، وأن البيع نفسه ينقل ملكية المبيع، والبيع لشيء مستقبلي يتطلب من البائع إيجاد المبيع، حينها فقط يتم الحديث عن نقل الملكية للمشتري فإذا استطاع البائع إيجاد الشيء المبيع المستقبلي فإننا نكون أمام بيع صادر من مالك، وهو بيع صحيح، أما إن لم

يستطيع إيجاد المبيع، فإننا لا نكون أمام بيع صحيح لانعدام المحل، وبالتالي لا كلام عن بيع ملك الغير، وإنما عن بيع الشخص لغير ما يملك.

2 - البيع المعلق على شرط التملك: البيع في هذه الحالة يكون معلق على شرط واقف هو ملكية البائع للشيء المبيع، إن تحقق الشرط نكون أمام بيع ناقل للملكية، وإن لم يتحقق يسقط البيع، وهذا القول لا يصدق على بيع ملك الغير، إذ في الفرض الأخير يبيع الشخص ملك غيره، أما الحالة التي نحن في صدها، فقد يبيع الشخص ملكه في حال تحقق الشرط، وقد يفشل في تملك الشيء المبيع، وبالتالي يسقط البيع لتخلف المحل، ولكن في كل الأحوال لا يبيع الشخص ملك غيره، ذلك أن البائع والمشتري يتفقان منذ البداية على أن البيع غير بات وإنما معلق على شرط كسب البائع للملكية، فإن أصبح المالك تصرف تصرف المالك، وإلا سقط البيع ويعود كل طرف للحالة التي كان عليها.

المبحث الثاني: أحكام بيع ملك الغير

اختلف الفقه في تأصيل أحكام بيع ملك الغير اختلافا كبيرا ويرجع ذلك إلى المحاولات التي قام بها لإرجاع أحكام هذا النوع من البيع إلى الأحكام العامة في القانون، وتقضي تلك الأحكام بأن آثار هذا البيع لا تقتصر على المتعاقدين وهما البائع والمشتري (المطلب الأول) بل تتعداهما إلى المالك الحقيقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

يرتب كل عقد على أطرافه حقوق والتزامات، فالتزامات كل طرف هي حقوق بالنسبة للطرف الآخر، والأطراف هنا هما البائع والمشتري، فالقانون أعطى للمشتري حق فسخ البيع إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض متى أصابه ضرر، وبما أنه يملك بنص القانون الحق في فسخ البيع، فإنه يملك حتما الحق في تصحيح هذا البيع لينتج آثاره العادية، لذلك سنتعرض إلى قابلية بيع ملك الغير للفسخ (الفقرة الأولى) ثم إلى ما يترتب على ذلك من تعويض (الفقرة الثانية)، في الأخير سنتطرق إلى حالة تصحيح بيع ملك الغير (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: قابلية بيع ملك الغير للفسخ

يعتبر المشتري هو المتضرر من إبرام العقد لعدم إمكانية البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية، لذا أعطى له القانون الحق وحده في طلب فسخ العقد، فيرفع دعوى يطالب

فيها بفسخ البيع واسترداد الثمن، أو في صورة الدعوى المقابلة وذلك عندما يرفع عليه البائع دعوى أصلية يطالبه فيها بالثمن، فيرفع الدعوى على أن المبيع غير مملوك له. كما يثبت حق المشتري في فسخ بيع ملك الغير بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للمبيع، كان البائع عند إبرامه لعقد البيع حسن النية أو سيئها، إلا أنه إذا كان حسن النية فإنه يتقرر بالإضافة إلى طلب الإبطال التعويض عن الضرر الذي أصابه.¹

وهناك رأي آخر يقول بحق البائع في المطالبة بإبطال البيع إلى جانب المشتري، على أساس القواعد العامة في الغلط، وهذا متى كان البائع قد وقع في غلط جوهري، وكان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد، فالبائع لا يطلب الفسخ على أساس بيع ملك الغير وإنما على أساس الغلط الجوهري وهذا القول لا يمكن الإعمال به إلا إذا توفر شرط اشتراك البائع والمشتري في الغلط، بأن كان المشتري يعلم بوقوع البائع في الغلط أو يستطيع أن يعلم ذلك أو كان هو واقعا في نفس الغلط حيث يحق للبائع ولو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري، لأن إجباره على التسليم وهو ليس مالك يتضمن إكراها له للاعتداء على مال الغير.²

الفقرة الثانية: حق المشتري في التعويض

تنص الفقرة الثانية من الفصل 458 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه: "وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير".

ويتضح من خلال هذه الفقرة، على أن المشتري إلى جانب طلبه فسخ البيع، له أن يطالب البائع بالتعويض إذا كان حسن النية، ولقد وضع المشرع شرطين للاستفادة من هذا التعويض هما:

- أن يكون قد قضي له بفسخ البيع، أما إذا لم يحكم له بالفسخ، سواء لأنه لم يطالب به أو لأن هذا الحق سقط بالتقادم، فلا يجوز في هذه الحالة المطالبة بالتعويض

¹ - عبد القادر العرعاري، الوجيز في العقود المسماة الكتاب الأول، مرجع سابق، ص: 115

² - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير، مرجع سابق، ص: 114

- أن يكون المشتري حسن النية وقت التعاقد، أي يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، أما إذا كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع فليس له إلا استرداد الثمن دون أي تعويض، بل دون مصروفات البيع التي أنفقها، ذلك أنه يتحمل تبعه إقدامه على البيع مع علمه بعدم ملكية البائع للمبيع.

الفقرة الثالثة: تصحيح بيع ملك الغير

يتسم بيع ملك الغير بطبيعة خاصة جعلت منه بيعا قابلا للفسخ أو الإبطال لمصلحة المشتري وحده وبعد أن رأينا كيفية تحقق ذلك، سنتطرق في هذه الفقرة إلى الآثار الأخرى لبيع ملك الغير، وذلك عندما يصبح هذا البيع صحيحا مرتبا لجميع آثاره والتزاماته.

وحالات تصحيح بيع ملك الغير هي خمسة سنبحثها على التوالي:

1 - التقادم: لم تتضمن القوانين المدنية نصا خاصا يحدد مدة معينة لسقوط حق

المشتري في رفع دعوى فسخ بيع ملك الغير، مما جعل شرح القانون المدني ينقسمون على أنفسهم مترددين في جعل تقادم هذه الدعوى ضمن التقادم القصير أو التقادم الطويل حسب القواعد العامة، غير أن رأي الأغلبية ينتجه إلى قياس مدة التقادم في دعوى فسخ بيع ملك الغير على دعاوى الإبطال وهي ثلاث سنوات، وهذه المدة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المشتري بعدم ملكية البائع للمبيع، وفي جميع الأحوال يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي أبرم فيه العقد.

وبخلاف الأحكام السابقة والتي أخذ بها المشرع المصري اتجه المشرع المغربي إلى النص في الفصل 536 من قانون الالتزامات والعقود على أن "دعوى فسخ العقد ودعوى إنقاص الثمن أو تكملته، يلزم رفعها خلال السنة التي تبدأ من التاريخ المحدد بمقتضى العقد لبدء انتفاع المشتري أو للتسليم، أو من تاريخ العقد إن لم يحدد فيه تاريخ لبدء الانتفاع أو للتسليم. وإذا لم ترفع تلك الدعاوى في الأجل المذكور، سقطت".

2 - إقرار المالك الحقيقي: ينص الفصل 318 من ق ل ع على أنه " إذا لم تحصل

الإجازة أو التصديق صراحة، يكفي أن ينفذ طوعا كليا أو جزئيا الالتزام القابل للإبطال

ممن كان على بينة من عيوبه، بعد الوقت الذي كان يمكن له فيه إجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح.

الإجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال. أما بالنسبة إلى الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسني النية قبل التصديق أو التنفيذ فتطبق القاعدة المقررة في آخر الفصل 316".

وينص الفصل 485 من ق ل ع على أنه: "بيع ملك الغير يقع صحيحا:

1 - إذا أقره المالك؛

2 - إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير."

انطلاقا من النصوص القانونية السالفة الذكر نستنتج بأن الإقرار هو التنازل عن حق طلب فسخ العقد، فيزول الخطر عن العقد الذي يتهدده بالزوال، والإقرار أو التصديق يرد فقط على العقود القابلة للفسخ، كما أنها تصدر بإرادة منفردة، أي بإرادة صاحب الحق في طالب الفسخ ومن ثمة لا تحتاج لقبول الطرف الثاني، وبما أن الإقرار عمل قانوني، فيشترط لقبوله أن يكون المقر متمتعا بالأهلية الكاملة، كما يشترط خلو إرادته من كل عيوب الرضا من غلط، إكراه، تدليس واستغلال.¹

3 - تملك المشتري المبيع: نظرا لتعدد طرق اكتساب الملكية من بيع وتقادم،

حيازة... فإنه إذا حدث وأن اكتسب المشتري ملكية المبيع بطريقة قانونية غير البيع،

¹ - وتختلف الإجازة عن الإقرار في كون الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، وترد على العقد القابل للإبطال وتصدر من طرف العاقد الذي تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزليل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان، أما الإقرار فيرد على عقد صحيح ويكون من شخص غير طرف في العقد وهو المالك الحقيقي في بيع ملك الغير ويهدف من ورائه جعل العقد ساريا في حقه، فبيع ملك الغير قابل للإبطال أو الفسخ وفي نفس الوقت لا يسري في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، ومن ثمة يستطيع المشتري أن يجيز العقد ليزيل البطلان ويقره المالك الحقيقي لكي يكون ساريا في حقه.

فإنه يستقط حقه في طلب الفسخ أو الإبطال لانعدام السبب، وهناك طريقتين لاكتساب المشتري ملكية المبيع وهما اكتساب المشتري المبيع بالحيازة، واكتساب المشتري المبيع بالتقادم المسقط طبقاً للقواعد العامة.

4 - تملك البائع المبيع: ينص البند الثاني من الفصل 485 من ق ل ع على انه: " 2 -

إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء" فوفق هذا النص يحرم المشتري من حقه في طلب فسخ العقد إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد العقد، كما إذا ورث البائع الشيء المبيع من مالكة الحقيقي أو اكتسب ملكيته بالشرء أو الوصية أو عن طريق التقادم المكسب إذا كان عقاراً، ووفق قاعدة الحيازة إذا كان منقولاً، ففي هذه الحالة يمنع على المشتري طلب فسخ البيع لأن العائق الذي كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية قد زال وأصبح هو المالك، وبالتالي بإمكانه الوفاء بالتزام نقل الملكية الملقى على عاتقه.¹

المطلب الثاني: آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

يعتبر المالك الحقيقي من الغير بالنسبة لعقد البيع الذي يتم بين البائع والمشتري، ولما كان الأصل هو عدم تأثر المالك بالتصرفات الصادرة من الغير على ملكه استناداً إلى مبدأ نسبية آثار العقود فإن آثار العقد الذي أجراه الغير على ملكه تنتوقف، بمعنى أنه لا يستطيع أي طرف في العقد أن يرتب في ذمته حقوق أو يحمله بأية التزامات، وفي حالة وقوع هذا البيع للمالك الحقيقي أن يقر البيع وإما رفض إقراره.

¹ - ويختلف حكم اكتساب البائع ملكية المبيع باختلاف سببه، فإذا كان سبب اكتساب البائع الملكية هو تحقق الشرط الواقف، أخذ المشتري المبيع سالماً من كل الحقوق التي رتبها عليه المالك القديم خلال المدة التي علق فيها الشرط، ذلك لأن الشرط إذا تحقق كان له أثر رجعي واستند مفعوله إلى وقت التعاقد، أما إذا اكتسب البائع ملكيته عن طريق الشرء أو الإرث أو الوصية أو اكتسبه بموجب أحكام الحيازة في المنقول والتقادم في العقار، فإنه لا يكون لتصحيح البيع أثر رجعي، أي أن البيع يعتبر صحيحاً من وقت امتلاك البائع للمبيع فقط، بمعنى أن ملكية الحقوق التي يربتها المالك الأصلي على المبيع في الفترة بين حصول البيع وانتقال ملكية المبيع للبائع تبقى نافذة، أي ينتقل المبيع إلى المشتري مثقلاً بما عليه من أعباء، وإذا أنقصت هذه الأعباء من قيمة المبيع فحكمها يكون حكم ضمان التعرض والاستحقاق وفقاً للفصل 498 من ق ل ع

الفقرة الأولى : عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

تنص الفقرة الثانية من الفصل 485 من قانون الإلتزامات والعقود: "...وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير"¹

يتضح هذه الفقرة أن المالك بالنسبة للبيع الوارد على ملكه يعد بمثابة الغير، فلا تنصرف إليه آثاره ولا يلزم بأي التزام، ذلك أن العقد حسب القواعد العامة لا يلزم سوى طرفيه، والأطراف في هذا البيع هما البائع والمشتري، وبما أن المالك يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الوارد على ملكه، فإنه لا يحق له رفع دعوى الفسخ، لأن الفسخ في بيع ملك الغير مقرر للمشتري وحده، وكل ما في الأمر أن المالك لا يتأثر بهذا البيع، ولا يسري في حقه.

أولاً: علاقة المالك بالمشتري

يبقى المالك طرفاً أجنبياً عن عقد بيع ملك الغير، وبما أن المشرع لم يرد أي نصوص خاص من شأنها أن تنظم علاقة المالك بالمشتري، فإننا نستعين بالقواعد العامة في هذه المسألة، والقواعد العامة تقتضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقيه، وبالتالي لا تضاف للمالك أي حقوق أو التزامات من تلك التي ينشئها البائع أو المشتري على ملكه، فسواء أجاز المشتري البيع أو أبطله يبقى المالك على ملكه، فإذا وقع تسليم المبيع من البائع للمشتري وحازه هذا الأخير، فللمالك في هذه الحالة الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وبدعوى التعويض، فهو يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع فيسترده من تحت يده ولا يسقط حقه في ذلك إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ علمه بالبيع ويرجع على المشتري بالتعويض إذا كان هذا الأخير سيئ النية.¹

وفي حالة فسخ البيع وطبقاً لمقتضيات الفصل 561 من ق ل ع، يلتزم المشتري بأن يرد:

¹ - ولكن قد يحدث أن يتملك المشتري المبيع على أساس قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية إذا كان منقولاً، أو على أساس التقادم المكسب الطويل أو القصير إذا كان عقاراً، فيدفع المشتري دعوى المالك بتملكه المبيع على أساس الحيابة أو التقادم المقترن بالحيابة.

أولا - الشيء المشوب بالعييب الموجب للضمان، بالحالة التي تسلمه عليها وتوابعه وما كان يعتبر جزءا منه وكذلك الزيادات التي اندمجت فيه بعد البيع؛
 ثانيا - ثمار الشيء، من وقت الفسخ بالتراضي، أو من وقت الحكم بالفسخ، وكذلك الثمار السابقة على هذا التاريخ. إلا أنه إذا كانت الثمار غير معقودة فإن المشتري يملكها إذا كان قد جناها ولو قبل نضجها، كما يملك أيضا الثمار الناضجة ولو لم يجنها.

ومن ناحية أخرى يلتزم البائع:

أولا - أن يدفع للمشتري مصروفات الزراعة والري والصيانة ومصروفات الثمار التي ردها إليه؛

ثانيا - أن يرد الثمن الذي قبضه ومصروفات العقد؛

ثالثا - أن يعرض للمشتري الخسائر التي قد يسببها له الشيء المبيع إذا كان وقع تدليس من البائع.

ثانيا: علاقة المالك بالبائع

في علاقة المالك بالبائع يختلف الحكم فيما إذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري أم لا، فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري فيكون للمالك الحق في استرداده عن طريق دعوى استحقاق يرفعها عليه، أما إذا دفع البائع دعوى المالك بتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو التقادم المكسب في العقار، فإنه لا يكون للمالك سوى الرجوع على البائع بالتعويض، ويكون سبب التعويض في هذه الحالة هو خطأ البائع لأن البائع ببيعه لملك غيره تسبب بضرر للمالك وعلى الأخص إذا كان سيئ النية، حيث يعتبر في هذه الحالة مغتصبا، أما إذا ثبت أن البائع حسن النية ولم يرتكب أي خطأ، كأن وجد المبيع في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محلا للرجوع عليه بالتعويض فكل ما يمكن للمالك القيام به هو استرداد ملكه إن أمكن وإلا استرد قيمته، وأساس رجوع المالك في هذه الحالة على البائع هو الإثراء بلا سبب، إذ لا يجوز أن يثرى البائع على حساب المالك بلا سبب شرعي.

الفقرة الثانية: إقرار المالك الحقيقي للبيع

تنص الفقرة الأولى من الفصل 485 من ق ل ع على أنه: " بيع ملك الغير يقع صحيحا: 1- إذا أقره المالك..."

ويتضح من هذا النص أن المالك وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكه دون إذنه، ويترتب على هذا الإقرار عدة نتائج أهمها سريان البيع في حق المالك (أولا) ثم سقوط حق المشتري في طلب الفسخ أو الإبطال (ثانيا).

أولا: سريان البيع في حق المالك

أول ما يترتب على إقرار المالك للبيع، سريان هذا البيع في حقه، لأنه لم يعد هناك مانع من انتقال ملكية الشيء المبوع إلى المشتري، وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ الإقرار إذا كان المبوع منقولاً، ومن تاريخ التسجيل إذا كان عقاراً، فأقرار المالك ليس له أثر رجعي يعود به إلى تاريخ إبرام العقد لأن البائع حينها لم يكن بائعاً وإنما أصبح كذلك بالإقرار الصادر من المالك.

ويترتب على إقرار المالك انتقال الملكية إلى المشتري من تاريخ الإقرار لا من تاريخ إبرام العقد كما أن الحقوق التي رتبها المالك للغير في الفترة ما بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ إقراره تنتقل مع المبوع إلى المشتري، لأنها بالإقرار تعتبر صادرة ممن يملك الحق في تقريرها، كما لو كان المالك قد رهن العقار المبوع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل إقرار البيع الصادر من الغير، وكان الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل الإقرار، فهنا تنتقل الملكية إلى المشتري مثقلة بالرهن أو الارتفاق ولا يكون أمام المشتري في هذه الحالة سوى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي.

ثانياً: سقوط حق المشتري في طلب الإبطال

يترتب على إقرار المالك للبيع الصادر على ملكه من الغير، تأكيد صحة هذا البيع، وبالتالي سقوط حق المشتري في طلب إبطال هذا البيع وذلك لزوال العقبة التي كانت تمنع انتقال الملكية، ومن ثمة ليس هناك أي حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد. ويشترط لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال عند إقرار المالك للبيع، أن يصدر هذا الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال، أما إذا كان الإقرار لاحقاً لرفع الدعوى فليس للإقرار أي أثر، حتى لو لم يفصل القاضي في دعوى الإبطال، ذلك أن القاضي ينظر في الدعوى كما هي يوم رفعها، لأنه في ذلك الوقت كان المشتري صاحب الحق الوحيد في طلب الإبطال، لذا يتوجب على

القاضي أن ينظر في الدعوى بالرغم من صدور الإقرار من المالك في وقت لاحق إذ لا يجوز أن يضار المشتري بسبب تأخر المحكمة في الفصل في الدعوى.

الخاتمة:

يعتبر بيع ملك الغير حسب قانون الإلتزامات والعقود المغربي من البيوع الخاصة وأساس ذلك أن هذا البيع لا يقع صحيحا ولا يترتب عليه الأثر القانوني المترتب على عقد البيع وهو انتقال ملكية الشيء المبيع، إلا إذا أقره المالك، فإذا تم هذا الإقرار أو إذا ملك البائع الشيء المبيع فيما بعد بأي سبب من أسباب انتقال الملكية كالإرث أو الوصية أو الحيازة في المنقول أو التقادم المكسب في العقار، ففي هاتين الحالتين نكون أمام بيع صحيح مكتمل الأركان، عكس ذلك يعتبر بيعا لملك الغير بدون وجه حق، والمالك يبقى غير ملتزم تجاه طرفي عقد بيع ملك الغير لأن القاعدة القانونية تقول أن العقد لا يلزم إلا من كان طرفا فيه.

القوة الثبوتية للشهادة أمام القضاء الجنائي

الدكتور زكرياء بوشوروة

أستاذ باحث في القانون الجنائي والعلوم الجنائية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة شعيب الدكالي بالجديدة

مقدمة :

تحتل الشهادة مكانة أساسية ضمن مختلف الأدلة الجنائية المعروضة علي القاضي الجنائي من قبل أطراف الخصومة الجنائية، وذلك بهدف تفعيل سلطته في تقدير أدلة الإثبات الجنائية وإصدار حكمه القضائي في النزاع المعروض عليه. والشهادة *Témoignage* في الميدان الجنائي هي كل تصريح بما رآه شخص بنفسه أو سمعه مباشرة من طرف أشخاص آخرين بخصوص الوقائع الجرمية ونسبتها إلى المتهم. وعرفها جانب من الفقه بأنها تقرير شفوي يصدر عن شخص بشأن واقعة أو وقائع تمت معاينتها عن طريق سمعه أو يدلي به أمام هيئة المحكمة أو أمام الضابطة القضائية أو قاضي التحقيق، لأن الإدلاء بالشهادة كما هو معلوم لا يقتصر على مرحلة المحاكمة وحدها وإنما قد يسبقها فيدلي بها في مرحلة البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي¹، وتأخذ الشهادة شكل تصريح يدلي به صاحبه ويدون بمحضر ويعتمد عليه في الإثبات بعد أداء اليمين وتوفر الشروط القانونية².

¹ عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2009، ص 410.

² لقد حضي موضوع تعريف الشهادة باهتمام جميع المختصين والفقهاء في المادة الجنائية :
- فقد عرفها الأستاذ محمود نجيب حسني بأنها تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحاسة من حواسه. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، الجزء الثاني، بدون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، سنة 2013، ص 881.
- وعرفها الأستاذ جندي عبد الملك في موسوعته الجنائية، بأنها تقرير المرء لما يعلمه شخصيا إما لأنه رآه أو لأنه سمعه. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 124.
- وعرفت الأستاذة لطيفة الداودي المقصود بالشهادة بأنها واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهدته أو سمعه أو أدركه بحاسة من حواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة. لطيفة الداودي، دراسة في قانون المسطرة الجنائية وفق آخر التعديلات، الطبعة الخامسة، المطبعة والوراقة الوطنية، سنة 2012، ص 398.

والشهادة عماد الإثبات لأنها تقع في أكثر الأوقات على وقائع مادية لا تثبت في مستندات وليس الأمر في المسائل الجنائية كما هو الشأن في المسائل المدنية التي تحصل غالبا ما يحتاج في مقام وزن الأدلة إلى من رأى الواقعة أو تسمع عنها إدراكها بحواسه ولهذا قيل بأن الشهود هما عيون المحكمة وأذانها.

وفقد خص المشرع المغربي الشهادة في قانون المسطرة الجنائية¹ بأكثر من عشرين مادة قانونية² تطرق من خلالها لجوانب مختلفة منها وذلك منذ استدعاء الشهود وتعريفهم بأنفسهم أمام القاضي وانسحابهم من الجلسة، وأدائهم اليمين القانونية إلى غاية تحديد الطرف الذي يتحمل مصاريف استدعائهم.

أما المشرع الفرنسي في إطار قانون الإجراءات الجنائية فقد سلك نفس مسار القانون المغربي في تنظيم القواعد المنظمة للشهادة دون تحديد أي تعريف لها وذلك من خلال توضيح الآليات القانونية للنداء على الشهود من طرف النيابة العامة أو المتهم³، أو وسائل إحضار الشهود⁴، وشروط حضورهم للمحكمة وكيفية أدائهم لليمين القانونية⁵،

¹- القانون رقم 22-01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1-02-225 بتاريخ 25 رجب 1423، الموافق 3 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية عدد 5078، بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315.

²- من المادة 325 إلى المادة 347 من ق م ج.

³- Article 324 "Le président ordonne à l'huissier de faire l'appel des témoins cités par le ministère public, par l'accusé et la partie civile dont les noms ont été signifiés conformément aux prescriptions de l'article 281." www.Legifrance.gouv.fr

⁴- Article 326 "Lorsqu'un témoin cité ne comparait pas, la cour peut, sur réquisitions du ministère public ou même d'office, ordonner que ce témoin soit immédiatement amené par la force publique devant la cour pour y être entendu, ou renvoyer l'affaire à la prochaine session.

Dans tous les cas, le témoin qui ne comparait pas ou qui refuse soit de prêter serment, soit de faire sa déposition peut, sur réquisitions du ministère public, être condamné par la cour à une amende de 3 750 euros. L'obligation de déposer s'applique sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal et de la faculté, pour tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, de ne pas en révéler l'origine.

La voie de l'opposition est ouverte au condamné qui n'a pas comparu. L'opposition s'exerce dans les cinq jours de la signification de l'arrêt faite à sa personne ou à son domicile. La cour statue sur cette opposition soit pendant la session en cours, soit au cours d'une session ultérieure." www.Legifrance.gouv.fr

⁵- Article 331 " Les témoins déposent séparément l'un de l'autre, dans l'ordre établi par le président.

Les témoins doivent, sur la demande du président, faire connaître leurs nom, prénoms, âge, profession, leur domicile ou résidence, s'ils connaissent l'accusé avant le fait mentionné dans l'arrêt de renvoi, s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile, et à quel degré. Le président leur demande encore s'ils ne sont pas attachés au service de l'un ou de l'autre.

Avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment " de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité ". Cela fait, les témoins déposent oralement. Le président peut autoriser les témoins à s'aider de documents au cours de leur audition.

Sous réserve des dispositions de l'article 309, les témoins ne sont pas interrompus dans leur déposition.

Les témoins déposent uniquement, soit sur les faits reprochés à l'accusé, soit sur sa personnalité et sur sa moralité."www.Legifrance.gouv.fr

وصولا لمناقشة مختلف الشهادات أمام المحكمة، وبحضور جميع أطراف الخصومة الجنائية¹.

إذن ماهي الإجراءات القانونية المتبعة لتنفيذ هذه الوسيلة الإثباتية أمام القضاء الجزري؟

وأين تتجلى الحجية القانونية لشهادة الشهود مقارنة بالأدلة الأخرى؟ وماهي ضوابط تقدير الشهادة من طرف قضاء النقض؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذه الدراسة وفق التقسيم الآتي :

الفقرة الأولى: ضوابط تقدير القضاء الجنائي للشهادة

الفقرة الثانية: تقدير الشهادة من خلال اجتهاد محكمة النقض

الفقرة الأولى: ضوابط تقدير القضاء الجنائي للشهادة

من المسلمات أن تقدير قيمة الشهادة كدليل في الدعوى الجنائية يعتمد على المنهج الاستدلالي والاستقصائي الذي يتبعه القاضي الجنائي وصولا إلى الحكم النهائي. وهذا المنهج يتطلب جهدا عقليا من القاضي وصولا إلى تقدير الشهادة، لأن الحرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي لا تحول دون التزامه بضرورة التحقق من سلامة المنهج في التقدير الذي يستخلص من وجوب تبيان العناصر الضرورية للتقدير سواء من حيث القانون أم تطبيق النصوص على الوقائع بدلالة خضوع نشاطه الذهني والعقلي في التقدير لرقابة محكمة النقض، وذلك من خلال مراقبتها لعناصر التقدير القانونية والواقعية بدعوى ضوابط التسبيب، والتي من خلالها يتم التحقق من أن التقدير جاء كثمرة معقولة لفحص جدي ودقيق لعناصر الشهادة.

وهناك عدة ضوابط تقيد القاضي الجنائي أثناء تقديره للشهادة وهي :

¹ - Article 342 " Si, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fautive, le président, soit d'office, soit à la requête du ministère public ou d'une des parties peut ordonner spécialement à ce témoin d'être présent aux débats jusqu'à leur clôture et en outre de demeurer dans la salle d'audience jusqu'au prononcé de l'arrêt de la cour d'assises. En cas d'infraction à cet ordre, le président fait mettre le témoin en état d'arrestation provisoire.

Après lecture de l'arrêt de la cour d'assises, ou, dans le cas de renvoi à une autre session, le président ordonne que le témoin soit, par la force publique, conduit sans délai devant le procureur de la République lui requiert l'ouverture d'une information.

Le greffier transmet à ce magistrat une expédition du procès-verbal qui a pu être dressé par application de l'article 333. " www.Legifrance.gouv.fr

أولاً: يجب أن تبنى القناعة على الجزم واليقين وليس على الشك والتخمين
 فلما كان الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، فإن الشك ينبغي أن يفسر لصالحه، وهذا يقتضي بناء الأحكام الصادرة بالتجريم على الجزم واليقين لا على مجرد الظن والتخمين، فإذا لم تنته المحكمة من الأدلة التي ساقتها إلى الجزم بوقوع الجريمة من المتهم بل رجحت وقوعها منه، فإن حكمها بإدانته يكون خاطئاً واجبا نقضه وتطبيقاً لذلك إذا كان المتهم قد تمسك في دفاعه بأنه لم يحضر الحادث الذي أصيب فيه المجني عليه، إذ كان وقتئذ فيه وأشهد على ذلك شاهداً فلم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع دون أن تقطع برأي في صحة شهادة هذا الشاهد أو كذبها، مع ما لهذه الشهادة من أثر في ثبوت التهمة المسندة إلى المتهم لتعلقها بما إذا كان موجوداً بمكان الحادث وقت وقوعه أو لم يكن فإن حكمها يكون معيباً.

ثانياً: يجب على المحكمة بيان مؤدى الشهادة

يجب على المحكمة أن تبين بوضوح مضمون كل دليل من أدلة الإثبات التي اعتمدت عليها ومؤدى هذا الدليل، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "بيان الحكم لواقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمة التي دان الطاعن بها وإيراد مؤدى أقوال شهود الإثبات وتقرير المعامل الكيماوية لا قصور"¹.
 والشهادة من أهم طرق الإثبات في القضايا الجنائية، ولذلك خول القانون للمحكمة سلطة تقديرية واسعة إعمالاً لمبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، وليس ما يمنع أن يحيل الحكم في بيان شهادة معين إلى ما أورده من أقوال شاهد آخر، لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "حق محكمة الموضوع في تجزئة أقوال الشاهد والأخذ بها بما تطمئن إليه وإطراح ما عداها وإحالة الحكم في بيان أقوال الشاهدين الثاني والثالث إلى ما أورده من أقوال الشاهد الأول، مادامت متفقة مع ما استند إليه الحكم منها"².

¹- قرار محكمة النقض المصرية، رقم 46 مؤرخ في 20 مارس 2005، منشور بمجموعة أحكام النقض، سنة 2005، ص 207.

²- قرار محكمة النقض المصرية رقم 153، مؤرخ في 5 يناير 2008، منشور بمجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 2009، ص 1031.

لهذا فلمحكمة الموضوع الحق في الأخذ بأقوال الشهود في أي مرحلة من مراحل البحث والتحقيق أو المحاكمة مادمت قد اطمأنت واقتنعت بشهادتهم.

ثالثاً: يجب أن يكون للدليل أصله في الأوراق وأن يكون قد طرح بالجلسة لا يجوز للقاضي أن يبيني حكمه إلا على دليل له أصله في ملف الدعوى، وذلك لأن كل دليل لا أصل له في أوراق الدعوى لا يكون له وجود في نظر القانون عملاً بالأصل العام الذي يقضي بوجود تدوين جميع معاملات التحقيق وإجراءات الاستقصاء فيكون الحكم باطلاً إذا اعتمدت في قضائه على ما لا أصل له في الأوراق كإفادة شاهد سمعته المحكمة دون تدوين إفادته بمحضر الجلسة، ولا يقدم في ذلك القول بأن الحكم يكمل محضر الجلسة بحيث يغني إثبات الدليل في الحكم عن إثباته في المحضر، ذلك لأن الحكم لا يكمل محضر الجلسة إلا بخصوص إجراءات المحاكمة دون أدلة الدعوى التي ينبغي أن يكون لها مصدر ثابت من الأوراق.

فإذا كانت المحكمة قد أقامت حكمها بالإدانة في جريمة قتل الخطأ مثلاً على ما ذكرته من أن الشهود بأنهم وجدوا السيارة التي كان يقودها المتهم عقب الحادث في منتصف الطريق، مع أن أحداً من هؤلاء الشهود لم يذكر ذلك في مرحلة البحث والتحقيق ولا في جلسة المحاكمة فهذا الحكم يكون قد أخطأ في الإسناد ويتعين نقضه.

رابعاً: لا يجوز للمحكمة تعديل أو تحريف الشهادة

إن سلطة المحكمة في تقدير الشهادة وتجزئتها لا تصل إلى حد تعديل الشهادة وتحريفها وصرافها عن معناها الذي قصده منها الشاهد. لأن حق محكمة الموضوع في تحصيل أقوال الشاهد وتفهمها واستخلاص مراميها، غير مقيدة في ذلك بالأخذ بالأقوال الصريحة أو بمدلولها الظاهر، مادامت أنها لم تعدلها أو تحرفها عن موضعها أو بتر فحواها.

خامساً: لا يجوز للمحكمة تقدير الشهادة دون أن تسمعها

إذا كان من المقرر أن للمحكمة كامل الحرية في تقدير شهادة الشهود وتنزلها من المنزلة التي تراها دون معقب عليها من محكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المحكمة سمعت الشهادة بنفسها، فلا يجوز للمحكمة أن تقدر الدليل قبل أن تسمعه، ومن ثم فإن التفتات المحكمة عن طلب سماع ومناقشة المجني عليه كشاهد إثبات على

أساس أنها تعول على أقوالها يعد إخلالا منها بمبدأ شفوية المرافعة وبحق الدفاع، فإذا سمعتها لا يشترط ورود الشهادة على الحقيقة المراد إثباتها بأكملها وبجميع تفاصيلها.

الفقرة الثانية: تقدير الشهادة من خلال اجتهاد محكمة النقض

أوجب المشرع الجنائي على القاضي أن يضمن المقرر ما يبرر اقتناعه وذلك من خلال ذكره الأسباب الواقعية والقانونية التي ينبني عليها الحكم أو القرار ولو في حالة البراءة.

ومحكمة النقض تعطي الحق للقاضي الجنائي بأن يؤسس اقتناعه في أي واقعة في الدعوى الجنائية سواء في حالة الإثبات أو النفي على الدليل الذي يطمئن إليه وجدانه وتستريح إليه عقيدته.

ومن خلال تتبع اجتهادات محكمة النقض المغربية، يلاحظ أن هناك توسيعا في حالات معينة، وتضييقا في أخرى لسلطة القاضي في تكوين اقتناعه الصميم.

فهناك حالات تعتبر فيها محكمة النقض أن حجية الشهادة كدليل يثبت في صميم السلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع وبالتالي لا رقابة عليهم في الأخذ بها أو استبعادها بحيث يكونوا غير ملزمين بتعليل قراراتهم.

بينما توجد حالات أخرى تفرض فيها محكمة النقض الرقابة بطريقة مدققة، ولاسيما عندما ينقض قرار النقض الموضوع بسبب انعدام التعليل في مضمون الشهادة وشرح أسباب استبعادها أو الأخذ بها¹.

وسنعرض لأهم القرارات القضائية على كل حالة من الحالات المذكورة أعلاه.

الحالة الأولى: نماذج من قرارات لا تفرض فيها محكمة النقض رقابة على سلطة

القاضي الجنائي في تقدير الشهادة.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض المغربية جاء فيه أنه "حيث من جهة فإن الوسيلة على النحو الوارد عليه إنها تهدف إلى المجادلة في قيمة حجج الإثبات التي

¹ - أحمد الخلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، سنة 2001، ص 144.

حظيت بالقبول من لدن قضاة الزجر في نطاق سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا فيما يخص التعليل¹.

وفي قرار آخر أكدت نفس المحكمة أن "تقييم شهادة الشهود والأخذ بها، أو استبعادها مسألة تتعلق بالموضوع ويخضع تقييمها للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض"².

وأكدت محكمة النقض أن "الاستماع إلى شهود يتكلمون بالأمازيغية بدون حضور مترجم مسألة يستقل بتقديرها لقضاة الموضوع ولا رقابة للمجلس عليها إلا فيما يخص التعليل"³.

واعتبرت محكمة النقض أن "المجادلة في قيمة كل الحجج بما فيها الشهادة التي حظيت بالقبول من لدن قضاة الموضوع في حدود سلطتهم التقديرية التي لا تمتد إليها رقابة محكمة النقض"⁴.

وفي قرار آخر أكدت محكمة النقض أنه "يمكن لقاضي الموضوع أن يدعم شهادة الشهود بالقرائن، وأن ذلك يدخل ضمن سلطته التقديرية التي لا تمتد إليها رقابة المجلي الأعلى"⁵.

وجاء في قرار آخر أن "استنتاج ثبوت الجرائم يكون من أقوال الأطراف وإفادات الشهود والقرائن الثابتة والكل في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة للمجلس الأعلى عليها في ذلك"⁶.

¹- قرار عدد 6/6، مؤرخ في 2012/1/4، ملف جنحي عدد 11/3736، (قرار غير منشور).

²- قرار عدد 1/599، مؤرخ في 2012/6/27، ملف جنحي عدد 2011/13622، (قرار غير منشور).

³- قرار عدد 878، مؤرخ في 2011/11/24، ملف جنحي عدد 2010/1/4/224 منشور بمجلة الرقيب، عدد 2، سنة 2012، ص 111.

⁴- قرار عدد 5/583، مؤرخ في 2012/9/5، ملف جنائي عدد 2012/5/6/7937، (قرار غير منشور).

⁵- قرار عدد 5/1729، مؤرخ في 2009/10/21، ملف جنحي عدد 07/5/6/7154، منشور ب الحسن هوداية، وسائل الإثبات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم بالرباط، سنة 2012، ص 63.

⁶- قرار عدد 5/1480، مؤرخ في 2009/9/16، ملف جنحي عدد 09/5/6/86، منشور ب الحسن هوداية، م س، ص 48.

ونص قرار آخر أن "تقدير قيمة شهادة الشهود يرجع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع...، أما باقي ما جاء في الوسيلة فهو إنما يشكل مجادلة في قيمة حجج الإثبات التي حظيت بقبول قضاة الزجر في حدود سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى"¹.

وجاء في قرار آخر أن "للمحكمة سلطة تقدير الشهادة ومدى دلالتها على الحقيقة باعتبارها من جملة الأدلة المعروضة عليها، وهو ما يحمل على القول، بأن المحكمة أن تأخذ بشهادة شهود النفي، متى اعتبرتها معبرة عن الحقيقة من غير أن تكون ملزمة بتعليل ذلك بوجه خاص، الأمر الذي تكون معه المحكمة، لما استندت في قضائها على شهادة شهود الإثبات، قد ألزمت نفسها ما لا يلزمها أصلاً فجاء تبعاً لذلك مشوباً بسوء التعليل الموازي لانعدامه"².

الحالة الثانية: نماذج من القرارات التي تفرض فيها محكمة النقض الرقابة على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الشهادة.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض المغربية في هذا الشأن أكدت فيه أنه "حيث أن مقتضيات المسطرة الجنائية لم تجعل من الرقابة مع الخصوم مانعاً من موانع الشهادة وأن المحكمة مصدر القرار المطعون فيه لما استغنت عن شهود الطاعن بعلّة أن لهم رقابة مع هذا الأخير ولم تستمع إليهم لتتمكن من تكوين قناعتها على باقي الحجج بالملف، علماً أن المحكمة الابتدائية وإن سبق لها أن استمعت إليهم فإنها لم تحدد موقفها من شهادتهم إن سلباً أو إيجاباً، تكون المحكمة بذلك قد أضفت على قرارها القصور في التعليل الموازي لانعدامه مما يعرضه للنقض والإبطال"³.

¹ - قرار عدد 1/38، مؤرخ في 2005/01/12، ملف جنحي عدد 03/12928، منشور ب محمد لفروجي، الإثبات العام أمام المحاكم من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005 في القضايا التجارية والجنائية والاجتماعية والإدارية، سلسلة دلائل علمية، عدد 2، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، سنة 2005، ص 129.

² - قرار عدد 2/80، مؤرخ في 2005/01/19، ملف جنحي عدد 04/23297، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، سنة 2007، ص 366.

³ - قرار عدد 6/759، مؤرخ في 2013/05/08، ملف جنحي عدد 2013/2675، (قرار غير منشور).

وفي نفس السياق وفي قرار صادر عن نفس المحكمة جاء فيه أنه "على ضوء الحكمين المذكورين واللذين اعتمدتهما وما إذا كان قد أمرا بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وتم تنفيذها ومقارنة ذلك بشهادة الشهود وباقي الحجج كما أنها لم تناقش محضر النواب المؤرخ سنة 1978 ومحضر النواب المؤرخ في 2012/1/2 وذلك بإبداء رأيها بشأنها إيجابا أو سلبا تكون قد عللت في قرارها تعليلا ناقصا موازيا لانعدامه وعرضته للنقض والإبطال"¹.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض جاء فيه أنه "لئن كان من حق المحكمة تقييم الأدلة المعروضة عليها والأخذ بما اطمأنت إليه وطرح ما دون ذلك، فإنه يتعين عليها تبني مقررها بشأن ذلك على تعليل سليم من غير تأويل أو سوء تقدير، وعليه فإنهما لما استبعدت ما عرض عليها من شهادة بعلّة أن الذي أداها محكوم عليه من أجل المشاركة في الاتجار بالمخدرات رغم أن إدانة الشاهد من أجل جنحة ليس من موانع أداء الشهادة، كما أنها لما أضافت في ذات السياق بأن شهادة متهم على متهم لا تجوز مما إذا كان الشاهد يرمي من وراء شهادته إلى نفي التهمة عليه وإصاقها بالمطلوب في النقض أم أن الأمر لا يعدو أن يكون اعترافا منه على نفسه وعلى الشهود ضده، لما كان ذلك تكون عللت قرارها تعليلا فاسدا وعرضته للنقض"².

وفي نفس السياق أكدت نفس المحكمة أنه "لا يكفي استبعاد المحكمة لشهود الإثبات والاكتفاء بشهود النفي، بل يتوجب أن تعلق منحها بالقبول"³. وجاء في قرار آخر أن "حضور الشاهد بالجلسة وإشعاره من طرف المحكمة بالحضور تم الاستغناء عن الاستماع إليه في الجلسة الموالية رغم حضوره وتمسك المتهم بشهادته يعد نقصانا في التعليل ويعرض القرار للاستئناف للنقض"⁴.

¹- قرار عدد 6/244، مؤرخ في 2013/02/06، ملف جنحي عدد 2012/18777، (قرار غير منشور).

²- قرار عدد 7/900، مؤرخ في 2010/03/17، ملف جنحي عدد 2009/17440، منشور بمجلة الملف عدد 18، سنة 2011، ص 298.

³- قرار عدد 6/2515، مؤرخ في 2008/9/10، ملف جنحي عدد 2008/9080، منشور ب عمر ازوكار، قضاء محكمة النقض في المادة الجنائية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2012، ص 97.

⁴- قرار عدد 5/1245، مؤرخ في 2006/04/19، ملف جنحي عدد 2005/5/6/13335، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 32، ص 234.

وتتلخص وقائع قرار صادر عن أعلى هيئة قضائية في المغرب في "كون محكمة الموضوع قد اقتنعت بما جاء في شهادة أحد الأشخاص، الذي شهد بأن العارض قد اقتلع أشجار مملوكة للغير، فقامت محكمة النقض بنقض القرار بعلّة أن شهادة الشاهد كانت ناقصة وليس فيها ما يثبت أن تلك الأشجار هي في ملك المشتكي وحيث أنه إذا كان للمحكمة سلطة تقييم الحجج المعروضة عليها فليس لها أن تستند إلى مرجع غير صحيح، مما يكون معه القرار قد جاء ناقص التعليل ومعرضا للنقض"¹.

ولهذا ومن خلال مختلف هذه القرارات القضائية يتبين أنه ليس هناك رأي موحد حول معايير رقابة محكمة النقض للقاضي الجنائي أثناء تقديره للشهادة. وتزداد الأمور غموضا عند تناقض خضوع الشهادة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي مع خضوعها لواجب تعليل الأحكام الذي يدخل ضمن اختصاص رقابة محكمة النقض.

وفي حالة وجود هذا التناقض يرى بعض الفقهاء أن القاضي الجنائي يصبح ملزما باحترام شرطين أساسيين:

- الشرط الأول: وجوب إيراد مضمون الشهادة في الحكم بصفة مباشرة، أو عن طريق حيثيات يتم من خلالها استبعادها أو الأخذ بها، وعلى هذا الأساس لا يعتبر تعليل الحكم كاملا إذا استعملت المحكمة في إدانتها للمتهم العبارات التالية بناء على "شهادة الشهود" أو بناء "على استبعاد شهادة الشهود" الذين استدعوا من طرف المتهم، وكذلك تعليل البراءة بمجرد القول حيث استبعدت المحكمة "أو" لم تقتنع المحكمة بشهادة شهود النيابة العامة".

- الشرط الثاني: يتعلق بالتعليل الخاص في حالة استبعاد الشهادة على اعتبار أن تعليل ذلك يبعد القاضي عن التحكم، وعلى العكس من ذلك فإنه في حالة الأخذ بالشهادة، يصبح التعليل الخاص غير لازم، إذ بإمكان القاضي إيراد مضمون تلك الشهادة في الحكم فقط، أما إذا قرر القاضي استبعادها وعدم الاعتماد عليها، كان ملزما بتعليل ذلك القرار

¹- قرار عدد 6/1504، مؤرخ في 2003/10/07، ملف جنائي 2000/2209، منشور بمجلة القرارات الجنائية الصادرة بغرفتين أو بجميع الغرف، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 53.

تعليلًا خاصًا، لأن المطلوب ليس فقط اقتناع قاضي الموضوع بالحكم الذي يصدره لكي يرضى ضميره، بل أيضا لأن يقنع قارئ الحكم وذلك عن طريق التعليل الذي يوضح فيه الوقائع التي اعتمدها في استخلاصه للحقيقة¹.

خاتمة :

تأسيسًا على ما سبق يمكن القول أن الشهادة مكون أساسي وجوهري في منظومة الإثبات الجنائي، ومن أهم الآليات القانونية المعتمدة من طرف النظم الإجرائية الحديثة والتي من خلالها يستخلص القاضي اقتناعه الصميم.

فأدلة الدعوى المطروحة على القاضي الجنائي وما تحدثه من انطباعات ذات طبيعة إيجابية أو سلبية في ضمير القاضي الجنائي، مرتبطة بخبرة القاضي وقدراته على استيعاب مختلف الأدلة بما فيها الشهادة واستنباط كافة ما تحويه من انطباعات قادرة على خلق حالة اليقين لديه، ومن ثم فاليقين المطلوب هو اليقين القضائي القريب أو بالأحرى المعبر عن الحقيقة والذي يختلف من قاضي لآخر ومن دعوى إلى أخرى حسب ظروف القضية.

نظرا لأن هذا الأخير محاط بالعديد من الشروط والضمانات التي أملتها قواعد المحاكمة العادلة وحسن سير الإجراءات الجنائية، وتشمل هذه الشروط ضرورة أن يستمد القاضي الجنائي سلطته من أدلة صحيحة، وأن تكون وليدة إجراءات مشروعة قابلة للمناقشة بالجلسة أمام جميع الأطراف، وأن تكون سلطته مبنية على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال أو الترجيح.

¹ - أحمد الخمليشي، م س، ص 146.

محدودية العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة وإشكالية العود الجنائي

ابراهيم اشويعر
دكتوراه في القانون الخاص

ترتبط ظاهرة العود للجريمة ارتباطاً بالمؤسسة السجنية وبسلبيات العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وتتأثر بها، فالعود للجريمة مرتبط أيضاً بظاهرة الاكتظاظ وبمعيقات الدور الإصلاحية للمؤسسة العقابية التي ينتج عنها عدم تصنيف السجناء حسب وضعيتهم الجنائية، ويتجلى عدم إصلاح السجنين وتأهيله في احتكاك المجرمين المبتدئين بمحترفي الإجرام وبالتالي تطور حس الجريمة لديه، بحيث يصبح بمؤهلات إجرامية أعلى ويكتسب خبرات لم تكن موجودة لديه من قبل، وبالتالي تطوير الاستعداد الإجرامي لديه، الذي يؤدي إلى ظاهرة العودة إلى الجريمة، مما يتطلب البحث عن الأسباب الحقيقية وراء ظاهرة العود إلى الجريمة، وعن الدوافع التي تؤدي بالفرد إلى العودة لارتكاب الجريمة مرة أخرى بعد أن يكون قد مر بعقوبة سالبة للحرية بالمؤسسة السجنية، لأن العقوبات القصيرة المدة أثبتت سلبياتها وتعارضها مع أهداف السياسة الجنائية ككل والسياسة العقابية خاصة، حيث أن الإفراط في اللجوء إليها ساهم بنسبة كبيرة في اكتظاظ السجون وبالتالي عدم قدرتها على مواكبة المعاملة العقابية وفق قواعد الإنسانية وتوفير البرامج الإصلاحية اللازمة لإعادة التأهيل والإصلاح، بالإضافة إلى آثارها السلبية التي تمس مختلف نواحي حياة المحكوم عليه سواء الاجتماعية والاقتصادية والنفسية، بالإضافة إلى أن الإفراط في اللجوء إليها لا يتناسب والإمكانات المادية والبشرية المعدة للتعامل مع نوعية المحكوم عليه، والمشروع المغربي في إطار التزاماته الحقوقية والاجتماعية الجديدة تجاه المجتمع الدولي، يتطلب منه العمل على تبني توجهات فكرية جنائية حديثة والعمل أيضاً على تغيير أسس المعاملة العقابية في الفكر العقابي من خلال تكريس أولويات جديدة للتخفيف من أزمة منظومة العدالة الجنائية، ومن هنا يبرز الإشكال التالي حول التوجهات التشريعية الحديثة للتخفيف من الظاهرة الإجرامية والحد من معضلة العود الجنائي؟

وهو ما سوف نعمل على التطرق له على مستوى قصور الخيارات التشريعية في تكريس أزمة العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة (المبحث الأول)، فيما سوف نتطرق

لإشكالية العود الجنائي كمؤشر لمحدودية الدور الإصلاحي للمؤسسة العقابية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : قصور الخيارات التشريعية في تكريس أزمة العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة
إن التوجه التقليدي في السياسة العقابية التي تعتبر العقوبات السالبة للحرية هي محور دراسات علم العقاب باعتبارها تحتل الصدارة ضمن قائمة العقوبات الجنائية، بحيث يعتبر مؤشر معدل الجريمة أحد المؤشرات القوية حول مدى فعالية السياسة العقابية الراهنة، بالإضافة إلى المعطيات الإحصائية حول عدد المعتقلين ووضعية السجون تجسد الوضع العقابي القائم ومقياسا عمليا لرصد مدى انسجام الخيارات التشريعية الراهنة مع متطلبات السياسة العقابية.

المطلب الأول : الهيمنة التشريعية للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة
إن الارتفاع الذي تعرفه الظاهرة الاجرامية وحالات العود الجنائي، وارتفاع عدد السجناء بالسجون المغربية دليل على أن السياسة العقابية المتبعة حاليا بالمغرب تنم عن القصور، رغم أن التشريع متمثلا في القانون الجنائي المغربي كمؤطر للعمل القضائي يعتبر كذلك من الأسباب المباشرة لتكريس هذه الأزمة، باعتماده قيما وأفكارا تابعة للمدرسة النيوكلاسيكية التي طغى عليها هاجس العقاب والتجريم.

الفقرة الأولى : تكريس الفاعل التشريعي للعقوبة السالبة للحرية
إن الهاجس الأمني المعتمد في السياسات العمومية أفرغ القانون الجنائي من هدفه الأسمى وحصره في مجموعة نصوص عقابية ذات هاجس زجري وتضخم المقتضيات الجنائية الذي أثر بشكل مباشر على حالة المحاكم والسجون وتعدد المساطر وبطنها من جهة، وعدم تفعيل مقتضيات كثيرة في القانون الجنائي رغم أهميتها، ويمكن إجمال دور الفاعل التشريعي في أزمة السياسة العقابية في أربع مستويات وهي تضخم النظام العقابي، وغياب الانسجام في تحديد العقوبات، ثم هيمنة العقوبة السالبة للحرية، هذا ويعرف النظام العقابي المغربي تضخما على مستوى النصوص التشريعية فكلما ظهرت أفعال جديدة تشكل خطورة على حقوق الأفراد وقيم المجتمع،

إلا وأحاطها المشرع بنصوص قانونية تجرمها وتعاقب عليها كمحاولة منه لمواكبة تطور الجريمة، لكن هذا الحرص أدى إلى تضخم المادة الجنائية وبالتالي النصوص الجزرية.¹ وبالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي الذي يتضمن 612 فصلا بالإضافة إلى تدخل المشرع بمقتضيات جزرية مما يحيلنا على إشكالية غياب وحدة القانون الجنائي وتشنت النصوص الجزرية نذكر بعضا منها كالقانون 103.13 المتعلق بالعنف ضد النساء، وقانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، والقانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، وقانون رقم 05-17 المتعلق بزجر إهانة علم المملكة ورموزها، والقانون رقم 09-09 المتعلق بالعنف المرتكب أثناء المباريات...

ولا يمكن أن ينتج عن هذا الزخم إلا صعوبة العثور على النصوص الملثمة وصعوبة التكييف القانوني السليم للأفعال الجرمية، كما يمكن أن ينتج عنه تصادم النصوص التشريعية² وموازة مع تضخم النصوص الجنائية يعرف النظام العقابي المغربي تضخما على مستوى العقوبات أو إفراطا في التجريم أحيانا لنفس الجريمة، كالجمع بين عقوبة سالبة للحرية وغرامة وعقوبات إضافية، كالفصل 241 "يعاقب بالسجن من 5 إلى 20 سنة وبغرامة مالية من 5000 إلى 100.000 درهم كل قاض أو موظف عمومي بدد أو اختلس أو احتجز بدون حق أو أخفى أموالا عامة أو خاصة..."

بالإضافة إلى إقرار عقوبات قاسية لجرائم لا تتصف بالخطورة كالفصل 532 ق.ج الذي ينص "من طلب طعاما أو شرابا وتناوله كله أو بعضه في أحد المحلات المعدة لذلك، حتى ولو كان من نزلائه وكان يعلم أنه يستحيل عليه مطلقا دفع ثمنه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى 6 أشهر وغرامة من 200 إلى 250 درهم.

وبالرجوع إلى دور المشرع في تكريس أزمة السياسة العقابية نجد هيمنة العقوبة السالبة للحرية، فالتشريع الجنائي المغربي يتضمن أكثر من 132 فصل ينص فيها على العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة (بين شهر إلى 6 أشهر) - رغم أن العديد من

¹ - معاذ البحديدي: رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تحت عنوان "السياسة العقابية بالمغرب واقع وآفاق، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية - تطوان، 2014/2015، ص 68.

² - كريمة هرهار، تطور السياسة العقابية على ضوء مشروع القانون الجنائي، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية 2016-2017، ص 101.

التيارات الحديثة للسياسة الجنائية المعاصرة تدعو اليوم إلى تبني سياسة الحد من العقاب لتفادي مساوئ النظام العقابي التقليدي المرتكز على سلب الحرية والعزل عن المجتمع والذي أبان عن قصوره في تحقيق أهدافه المرتبطة بالإصلاح والإدماج، ورغم تبني المشرع المغربي لبعض بدائل العقوبات في ق.ج. وكذلك في مشروع ق.ج. إلا أن هيمنة العقوبات السالبة للحرية تبقى حاضرة في كليهما مؤشرة على عدم رغبة المشرع في التخلي عن النظرة التقليدية للعقوبة - التي كرست الأزمة التي تعرفها السياسة العقابية والسجون على حد سواء رغم أن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لا تستوعب الهدف الأساسي من العقاب وهو إصلاح الجناة وتأهيلهم بحكم قصر مدتها.

نوع الجرائم	ذكور	إناث	المجموع	النسبة المئوية
الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص	14 428	381	14 809	13,15%
الجرائم المتعلقة بالأموال	32 784	1 042	33 826	30,05%
جرائم ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة	10 306	1 197	11 503	10,22%
الجرائم المرتكبة ضد الأمن العام والنظام العام	9 148	423	9 571	8,50%
جرائم القوانين الخاصة	31 792	974	32 766	29,10%
جرائم أخرى	9 706	399	10 105	8,98%
المجموع	108 164	4 416	112 580	100%

جدول يوضح تصنيف الوافدين على المؤسسات السجنية في حالة سراح حسب نوع الجريمة، والملاحظ حسب الجدول ارتفاع نسبة الجرائم المتعلقة بالأموال بحيث وصلت النسبة 30% كمجموع الساكنة السجنية، فيما يليها 29% نسبة الوافدين المتابعين في جرائم القوانين الخاصة¹. وبالعودة إلى الأسباب التشريعية التي ساهمت في

¹ تقرير الأنشطة 2018، المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، ص: 142.

تفاقم أزمة السياسة العقابية نجد مؤسسة قاضي تطبيق العقوبة كمؤسسة متدخلة في تنفيذ السياسة العقابية.¹

ومع دخول مقتضيات المواد 596 إلى 644 من قانون المسطرة الجنائية المنظمة لمهام قاضي تنفيذ العقوبات حيز التنفيذ، حتى أصبحت محل تساؤلات ومثار عدة إشكالات بسبب وجود تشابه بين صلاحياته وصلاحيات جهات أخرى عهد إليها المشرع بمراقبة قانونية الاعتقال والمؤسسات السجنية، كالنيابة العامة وقاضي التحقيق وقاضي الأحداث ورئيس الغرفة الجنحية، الأمر الذي جعل مهمة قاضي تطبيق العقوبات مهمة إدارية بحثة تنعدم فيها سلطة القاضي في اتخاذ القرار والتدخل لتعديل العقوبة وفي فلسفة تفريدها وبالتالي فإن مهمته تبقى مقيدة ومحصورة بشكل عام في الإشراف على تنفيذ العقوبة والمراقبة والاقتراح بحيث لا يتم تفعيل صلاحياته بالشكل المطلوب.²

الفقرة الثانية : تكريس العمل القضائي لازمة السياسة العقابية

لقد أصبحت المؤسسة القضائية المغربية في سياق محاربة الظاهرة الإجرامية في الآونة الأخيرة تعيش إكراهات متضاربة أثرت سلبا على حصيلة عملها وانحاز بها في الكثير من الأحيان عن تجسيد المضامين العامة للتوجه الجنائي الجديد عن طريق تفعيل أسلوب الاعتقال كآلية محورية منفردة لمجابهة المد الإجرامي.³

ويقصد بالاعتقال الاحتياطي في معناه الواسع فترة الاعتقال التي يقضيها المتهم على ذمة التحقيق بسبب جنائية أو جنحة منسوبة إليه أو خلال فترة محاكمته قبل صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، هذا ولأخذ فكرة عن تصنيف نسبة اللجوء إلى

¹ - خالد بامو: "مؤسسة قاضي تطبيق العقوبات في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، ماستر القانون والممارسة القضائية، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، السويبي - الرباط. ص 38

² - هرهار كريمة، تطور السياسة العقابية على ضوء مشروع القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 104.

³ - يوسف بناصر : أزمة السياسة الجنائية بالمغرب، ظاهرة الجنوح البسيط نموذجا، مجلة الواحة القانونية العدد الثاني، سنة 2004، ص 67

الاعتقال الاحتياطي لابد من الاطلاع على نسب الاعتقال الاحتياطي في العالم والتي تم تقسيمها إلى 4 درجات¹.

المستوى الأول منخفض حيث لا تتجاوز فيه نسبة المعتقلين الاحتياطين من ساكنة السجون 20%، والمستوى الثاني متوسط حيث تتراوح فيه نسبة المعتقلين الاحتياطي بين 20% و 40% ثم المستوى الثالث حيث تتراوح النسبة المئوية بين 40% و 60%، وأخيرا المستوى الرابع نسبة جد مرتفعة تتجاوز فيه نسبة المعتقلين الاحتياطين 60%. ونجد أن المغرب يتمركز في خانة المستوى المرتفع حيث بلغت خلال 2014 نسبة الاعتقال الاحتياطي 42,47%.

وترجع هذه النسبة المرتفعة إلى كون النيابة العامة وقضاء التحقيق يلجان لهذه الوسيلة معتمدين على نصوص تستعمل مصطلحات فضفاضة بحيث يتسع مفهومها لدرجة لا تجد معها النيابة العامة وقضاء التحقيق أي عناء في تبرير اعتمادها وفق ما تقتضيه العبارات التي تمت صياغة النص بها، كما أن التحقيق في الجرح يؤدي إلى إطالة مدة الاعتقال، بالإضافة لضعف النجاعة القضائية المتجسد في البطء في البت في القضايا وتصريف ملفات المعتقلين كذلك عدم ترشيد وعقلنة الطعون المقدمة من طرف النيابة العامة يؤدي إلى إطالة مسطرة المحاكمة وارتفاع نسبة المعتقلين الاحتياطين. كما يمكن أن يندرج ضمن الأسباب التي تساهم في ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي الأيديولوجية المغربية التي ترى أن لا عدالة بدون اعتقال فوري، الشيء الذي يشكل ضغطا معنوياً على النيابة العامة وقضاء التحقيق في اللجوء إلى الاعتقال. من ناحية أخرى نجد أن النيابة العامة على صعيد المحاكم الابتدائية لا زالت متشبثة بدورها المؤسساتي في تحريك الدعوى العمومية ولم تستطع التأقلم مع الدور الجديد كمؤسسة لإجراء الصلح بين أطراف الخصومة الجنائية المخولة لها بمقتضى المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية متجهة بذلك إلى تهميش أعمال هذه التقنية

¹ - د. يوسف بناصر: "أزمة السياسة الجنائية الجديدة"، منشورات الواحة، مرجع سابق ص 76

البديلة للاعتقال بشكل غير مبرر مما يؤدي إلى ارتفاع عدد المتابعات القضائية في الجرائم البسيطة ويزيد من تأزيم وضعية السياسة العقابية ببلادنا.¹ إن إفراط القضاة في اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي جعل هذا الأخير من أكثر النظم القانونية والقضائية مساهمة في تكريس أزمة السياسة العقابية لما يخلفه من آثار سيئة سواء على المستوى الوظيفي للمؤسسة السجنية من خلال تعطيل مشروعها الإصلاحي بتزايد عدد السجناء أو على الاقتصادي من خلال تكليف خزينة الدولة ميزانية لتغطية حاجيات المعتقلين أو على المستوى الاجتماعي والنفسي للمعتقلين بحشرهم مع المتمرسين من المجرمين ووصمهم بوصم الجاني قبل أن يصدر حكم بات في شأنهم، لهذا كان من باب أولى تدخل المشرع لتقنين اللجوء إلى هذه التقنية للتخفيف من اكتظاظ السجون.

المطلب الثاني: محدودية تفعيل بدائل الدعوى العمومية

في إطار التوجهات الحديثة للسياسة العقابية والهادفة إلى تبني سياسة عقابية ناجعة وفعالة للحد من اكتظاظ المؤسسة السجنية خصوصا بعد عجز الآليات المطبقة في التصدي للظاهرة الإجرامية، والوقاية منها في مقابل ذلك عملت العديد من التشريعات المقارنة على تبني آليات يمكن اعتمادها في حل المنازعات بمشاركة أطراف الخصومة الجنائية وموافقتهم.

الفقرة الأولى: فلسفة الصلح الجنائي في فض المنازعات

من أجل توافق النص الجنائي مع أهداف السياسة الجنائية وتصحيح مضمونه لجعله أكثر متانة من ناحية الصياغة، ليكون توازنا مع بقية نصوص القانون الجنائي الخاصة.² وإذا كانت إيجابيات مسطرة الصلح مجمع على نجاعتها لدى الأوساط الحقوقية ومهتممي الشأن القانوني، باعتبارها الآلية القانونية الناجعة لمجابهة الكم غير المبرر للقضايا الجزرية البسيطة المعروضة على أنظار المحاكم المغربية، في أفق تحقيق عدالة تصالحية تساهم في تخفيف العبء على مؤسسة القضاء، وبالرجوع لنص الفقرة

¹ - معاذ البحديدي: "السياسة العقابية واقع وافق" مرجع سابق، ص: 92

² - رجاء الحرشي، مؤسسة الصلح على ضوء المستجدات الحديثة للسياسة الجنائية المغربية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 127.

الأخيرة من المادة 41 من ق.م.ج التي تنص على أن يتأكد وكيل الملك من تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها الرئيس، فكيف يتأتى لوكيل الملك مراقبة وتتبع تنفيذ الالتزامات المصادق عليها، فهذه المراقبة اللاحقة لصدور أمر بالتصديق، من شأنها أن تثقل كاهل النيابة العامة بعدة متاعب وأشغال إضافية، تتجلى في تعقب المشتكى به أو المشبوه فيه واستدعائه لمعرفة مآل الالتزام المصادق عليه ولتفادي مثل هذه الإشكالية ذهب رأي إلى القول بأنه كان من الأجدر على المشرع أن يقدم التنفيذ على مرحلة التصديق¹. خصوصا أن الصلح لا يباشر بالفرض والإجبار بل بناء على توافق إرادة المشتكى والمشتكى به ووكيل الملك، بحيث يحرص هذا الأخير وبعده المحكمة في جميع الأحوال على حماية النظام العام والأخلاق الحميدة، إذ لا يمكن أبدا تصور انسياق جهاز العدالة مع رغبة الطرفين في حالة ما إذا كانت الجريمة خطيرة، ذلك أن المشرع قيد الصلح بالجرائم التي تقل عقوبتها عن سنتين مع توفر ضمانات أساسية تتمثل في ضرورة حضور الأطراف شخصا بمفردهم أو بمؤازرة دفاعهم بناء على رغبتهم.

وبخصوص إسناد الاختصاص للمحكمة للمصادقة على مقرر الصلح ذهب البعض إلى القول أنه بهذا الإجراء لم يتم تخفيف العبء على المحاكم لكون القاضي الذي سيبيت في النزاع ويصدر حكما بالإدانة أو بالبراءة سوف يكلف بالمصادقة على محضر المصالحة وفق ما انتهت إليه إرادة الأطراف.

ومن بين الحلول المقترحة لمراجعة وتعديل نص المادة في محاولة لسد الثغرات التي كشف عنها التطبيق العملي لها وجوب التركيز على النقاط الرئيسية التالية:²

- جعل الصلح من النظام العام ومنحه صفة الإلزامية على اللجوء المباشر لتحريك الدعوى العمومية حيث أن الإلزامية هي التي ستساعد في تفعيله على أرض الواقع.³

¹ - محمد أعراب، العدالة التصالحية في منظومة المسطرة الجنائية، مجلة الملف العدد 9، نونبر 2006، مطبعة الفضالة المحمدية، ص 93.

² - يوسف بناصر، أزمة مسطرة الصلح في القانون والقضاء المغربي، رصد ميداني لحصيلة التطبيق، وقراءة في أسباب الأزمة والحلول المقترحة لمعالجتها، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 49، طبعة 2006، ص 126.

³ - الحسن بويعسى، قراءة نقدية لبعض مقتضيات مشروع قانون المسطرة الجنائية، مجلة القصر، العدد الأول، ص 52-53.

- توسيع نطاق الصلح ليشمل الجنح التأديبية والضبطية
 - تقليص الإجراءات المسطرية لمباشرة آلية التصالح الجنائي، وتجنب
 الإجراءات المعقدة والطويلة التي يتم سلوكها، خاصة وأنه على مستوى العنصر البشري
 تعاني أغلب محاكم المملكة من قلة عدد نواب وكيل الملك.
 - تجريد قضاء الحكم من صلاحية المصادقة على محضر الصلح. ومنح ذات
 الصلاحية للنيابة العامة كسبا للوقت وفي سبيل تقليص إجراءات الصلح، مع منح
 المحضر المنجز من طرف وكيل الملك في هذه الحالة قوة ثبوتية كاملة، كتوثيق تقاعدي
 رسمي يتعذر الطعن في مضمونه إلا باعتماد تقنية الزور.
 - كما يجب على المشرع أن يتدخل لجعل مسطرة الصلح سارية في حق الأصناف
 دون قواعد الاختصاص الاستثنائية (قضاة، ضباط الشرطة بالنسبة للجنح الخاضعة
 لمسطرة الصلح) وأنه يترتب عن ذلك إيقاف إجراءات التحقيق إذا أجري بين صاحب
 الاختصاص الاستثنائي والمشتكي أو المتضرر وذلك مساواة لهم مع باقي المتقاضين
 العاديين. فضلا عن ذلك فإن مسطرة الصلح وإن كانت تضع حدا للخصومة الجنائية
 فإنها في المقابل تعدم أي فرصة لإعادة تأهيل الجاني بشكل ايجابي ونموذجي داخل
 الحياة اليومية وتشجعه على اقرار المزيد من الأفعال الجرمية مستقبلاً¹ وفي هذا الصدد
 نذكر أن المشرع الفرنسي كان أكثر حكمة عندما قيد الصلح بمجموعة من التدابير
 الحمائية والوقائية الموازية كالزام المستفيد منه بانجاز عمل غير مأجور لفائدة مؤسسة
 تكتسي صبغة المنفعة العامة لمدة قصوى محددة وداخل أجل زمني محدد أيضا، أو إلزامه
 لمتابعة تدريب مرحلي وتكوين مهني في مصلحة أو هيئة صحية أو اجتماعية لفترة زمنية
 معينة وفي أجل محدد، على غرار ما سنه المشرع الفرنسي، إذ أتاح النائب العام أن يقترح
 على الشخص الطبيعي البالغ الذي يعترف بارتكابه واحدة أو أكثر من الجنح أو
 المخالفات التي حددها القانون في المادتين (2-41) و(3-41) من قانون الإجراءات
 الجنائية الفرنسية بأن ينفذ تدابير معينة بعد اعتماده من قبل المحكمة الجنائية
 المختصة حيث يترتب على تنفيذ تلك التدابير انقضاء الدعوى الجنائية.

¹ - رشيد مشقاقة، دليل النيابة العامة في مسطرة الصلح الجزري، مكتبة دار السلام الطبعة الأولى، مارس
 2004، ص 46.

الفقرة الثانية : تفعيل آلية الصلح لخدمة أهداف المؤسسة العقابية

مما لاشك فيه أن الوضع العقابي القائم بالمغرب يقتضي تفعيل مسطرة الصلح للحد من ظاهرة الاكتظاظ التي تعاني منها جل المؤسسات السجنية، لغاية فسح المجال أمام هذه الأخيرة للقيام بدورها الإصلاحية والتربوي على أتم وجه بالنسبة للجرائم التي تكتسبي صبغة خطيرة، والتخفيف من نفقات إيواء نزلائها لتصرف فيما هو أهم.

ولهذه الغاية فإن تحديد المشرع لنطاق الصلح في الجرائم المعاقب عليها بسنتين حيسا أو أقل أو المعاقب عليها بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم أو هما معا، لم يأت اعتباريا وإنما نتيجة الإحساس بالوضع العقابي القائم، حيث أنه بقراءة إحصائية بسيطة للقانون الجنائي نجد ما يقارب 68.35% من الجرائم المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس بأقل من سنتين من المجموع العام للجرائم، في حين تشكل نسبة الجرائم التي يمكن وصفها بالخطيرة التي يتراوح حدها الأقصى ما بين ثلاث سنوات والإعدام - حوالي 32.64%، الأمر الذي يؤكد هيمنة العقوبات القصيرة المدة على التشريع الجنائي، وهذا ما انعكس سلبا على مستوى الوضع العقابي حسب ما يؤكد واقع السياسة العقابية القائمة على الإفراط في اللجوء إلى الاعتقال، ودليلنا في ذلك الإحصائيات المتعلقة برصد ظاهرة الجريمة سواء تلك المتعلقة بعدد المتابعين أو بعدد القضايا الرأجة أمام المحاكم، والتي يتضح من خلالها بشكل ملموس هيمنة القضايا البسيطة، حيث سجلت نسبة 41.61% من عدد قضايا الإجرام البسيط من المجموع العام للقضايا المسجلة أمام محاكم المملكة، في حين بلغت نسبة المتابعين في جرائم الانحراف البسيط ما يعادل 74.41%¹.

فأمام هذه المعطيات الإحصائية لا يسعنا إلا تنبيه القضاء إلى خطورة هذا الوضع، قصد اعتماد استراتيجيات عملية تنبني على مقاربة التفعيل بدل الفتور الذي انتاب تطبيق مسطرة الصلح، وذلك تحقيقا لأهداف المؤسسة السجنية.

وتبعا لذلك فإن القيام بعملية تقييمية بسيطة للوضع العقابي القائم يتيح لنا الفرصة لتلمس مزايا مسطرة الصلح، إذ لوتم اعتمادها كما سطر لها تشريعيلاستطعن

¹ - جمال المجاطي : بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي والمقارن، الطبعة الأولى 2015، مكتبة الرشاد سطات ص 148.

تفاديا للزج بعدد مهم من المعتقلين المحكوم عليهم بأقل من سنتين والذين يشكلون نسبة 40% من مجموع المعتقلين¹.

النسبة المئوية	العدد		
1,36%	1 536	عقوبة سالبة للحرية نافذة	الوافدين من حالة سراح
2,71%	3 051	الإكراه البدني	
60,49%	68 099	عقوبة سالبة للحرية نافذة	الوافدين الاحتياطيين من حالة سراح
23,94%	26 951	أحكام وقرارات موجبة للإفراج	
11,50%	12 943	الاحتياطيون الذين لم يبت بعد في قضاياهم	
100%	112 580	المجموع	

جدول تصنيف الوافدين على المؤسسات السجنية من حالة سراح حسب نوعية العقوبات والقرارات الصادرة في حقهم فضلا عن كونها لا تؤدي إلى عدم اللجوء إلى الاعتقال فحسب بل إنها تجنب أصلا متابعة المتهم، لذلك يمكن القول أن آلية الصلح² تعد من أهم بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، في إطار المقاربة الحديثة للسياسة الجنائية المعاصرة.

¹ تقرير الأنشطة 2018، المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، ص: 141.

² - رغبة في الحفاظ على الروابط الاجتماعية وفضائل التعايش والتسامح وتخفيف الضغط على المؤسسة السجنية، أحدثت المشرع المغربي آلية لإيقاف سير الدعوى العمومية بمقتضى المادة 372 من ق.م.ج - إلى جانب مؤسسة الصلح - وأسند أمر اقتراحها إلى جهاز النيابة العامة، على اعتبار أن بعض النزاعات التي تقع فيما بين الأفراد وترفع إلى المحاكم يكون من شأن استمرار عرضها على القضاء التأثير على الروابط والعلاقات الإنسانية القائمة بين طرفي النزاع خاصة حين لا يكون الضرر الاجتماعي ذا أهمية بالغة. ولا شك أن الأثر الموقف لسريان الدعوى العمومية من طرف هذه الآلية، الأهمية البالغة في خدمة أهداف المؤسسة السجنية، من خلال وضع حد لاعتقال العديد من المتهمين، لاسيما وأن الإحصائيات المنجزة خلال سنة 2003 أسفرت على أن ما يقارب 24% من مجموع المعتقلين الاحتياطيين يتم الإفراج عنهم إما بأحكام وقرارات موجبة للإفراج كالبراءة، أو العقوبة الموقوفة التنفيذ... وهو ما يشكل حوالي 17607 معتقل.

وتجدر الإشارة إلى أن مسطرة الصلح آلية حضارية لتربية النفس على التسامح وتجاوز شائبة الخطأ، ودافع الانتقام، وما من شك انه إذا ما أحسن تطبيقها وتفعيلها بشكل سديد¹، سوف يكون لها الأثر الإيجابي تجاه المجتمع أولاً وتجاه المجني عليه ثانياً وتجاه الجاني ثالثاً، أما الآثار العكسية لهذه الآلية فتبدو شبه منعدمة مقارنة مع نجاعتها في رأب الصدع الاجتماعي، من خلال الحفاظ على الروابط الاجتماعية وإذكاء فضائل التعايش والتسامح داخل المجتمع وجبر الضرر الحاصل للضحية.

المبحث الثاني : العود الجنائي كمؤشر لمحدودية الدور الإصلاحى للمؤسسة العقابية.

إن الرغبة في تعزيز حقوق الإنسان ومسايرة التطور الحاصل في السياسة العقابية فرضت على المغرب تحديث المنظومة العقابية، وإعادة النظر في النصوص التي تعاقب بالحبس خاصة أن العقوبة السالبة للحرية وخصوصاً القصيرة المدة التي تحتل مكانة متميزة في النظام العقابي، مما يؤثر سلباً على الدور الإصلاحى للمؤسسة العقابية. إن المقاربة الوقائية وبدائل السجن وإعادة الإدماج هذا هو الثالوث الذي يجب أن يقود كل سياسة لمعالجة الانحراف ومعضلة العود الجنائي²، إذ أن التجارب التي اتبعت بتواضع في كل مكان تبين أن هذا هو الاتجاه الذي ينبغي اتباعه³.

¹ - محمد عبد النبوي، تأملات في السياسة الجنائية بالمغرب، السياسة الجنائية بالمغرب : واقع وأفاق، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة فضالة، 2004، ص 133.

² - لم تضع التشريعات المختلفة تعريفاً محدداً للعود لذلك يرجع إلى الفقه والقضاء استخلاص السمات المميزة للعود ووضع تعريف له لذلك يعرف الفقه العود بأنه "حالة خاصة للجاني الذي سبق الحكم عليه بحكم بات في جريمة وارتكب بعد ذلك جريمة أخرى وفقاً للشروط المحددة في القانون" كما يعرفه بعض الفقه بأنه "معاودة سقوط الشخص في وهدة الإجرام بعد الحكم عليه نهائياً"، وعلى ذلك فإذا كان حجر الزاوية في التعريف العقابي للعود هو سبق الإيداع في السجن ويتبين لنا من التعريف السابق أنه يجب توافر شرطين حتى تقوم حالة العود وترتب آثارها، وهما سبق وجود حكم بات وارتكاب العائد لجريمة جديدة.

³ عادل كهيدة : سياسة إصلاح السجون بالمغرب على ضوء موثيق حقوق الإنسان الوطنية والدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، أكادال - الرباط، السنة الجامعية : 2015 - 2016، ص : 105.

المطلب الأول : فشل السياسة الجنائية في تجاوز أزمة المعاملة العقابية

تتجلى أغراض العقاب وهدفه الأسمى في إصلاح المحكوم عليه من جهة، ووقاية المجتمع وحمايته بتقليل قدرة الجاني على المس من جديد بمصالح الجماعة من جهة ثانية، وتحمل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بين طياتها العديد من آثار السلبية التي تنعكس على السياسة الإصلاحية والتربوية المتوخاة من المعاملة العقابية، فهي لا تقتف عند مصادرة الحرية وإنما تنصرف إلى العديد من الحقوق بطريقة خفية، مما تمس بالمحكوم عليه في بعض الجوانب الأخرى.

الفقرة الأولى : تداعيات العقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليه

هناك آثار اجتماعية للعقوبة السالبة للحرية عديدة ومتنوعة لا ينحصر نطاقها على فترة التنفيذ فقط، بل تمتد إلى ما بعد السجن، فيبقى المحكوم عليه بعقوبات سالبة للحرية مرفوض ومنبوذ داخل المجتمع، حيث تصبح النظرة إليه نظرة سخط واشمزاز، والعقوبة تصبح وصمة عار لا تفارق المحكوم عليه طوال حياته مما يعيق مستقبله وبالتالي إعادة إدماجه في المجتمع، بالإضافة لصعوبة توفر اختصاصيين اجتماعيين بالمؤسسة السجنية.¹

فالزج بالمحكوم عليه بعقوبة قصيرة في السجن يعد نبذا اجتماعيا وفصلا له من النسيج الاجتماعي للمجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم حمله على التشيع بقيم وثقافة ونمط مجتمعي مختلف، له نظم وقواعد متباينة مع ما هو سائد خارج السجن، إنه صراع بين ثقافتين متعارضتين يتخبط في محيطها النزول المبتدئ الذي يكون مطالبا في ظل هذا الوضع بإنشاء علاقات اجتماعية جديدة بينه وبين مجتمعه الجديد، هذا الصراع الذي تبدأ حدته تتلاشى تدريجيا نتيجة احتضانه من طرف هذا المجتمع الجديد الذي رحب به، وهو الإحساس الذي لم يلق له صدى في مجتمعه الكبير، مجتمع أبعد من حضنه لاقترافه جرما بسيطا، يحمل مساسا هامشيا فتتحول نظرته إليه نظرة عدا و سخط.

¹ - رياضي عبد الغاني: تنفيذ العقوبات على مستوى المؤسسات السجنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2009، مطبعة دار السلام، ص 245.

كما أن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة هي مناسبة لتبادل الخبرات الإجرامية وصقل مواهب المبتدئين الذين تنتزع منهم صفة الخوف والعار من العقوبة، فتصبح الجريمة عندهم شيئاً اعتيادياً ويتباهون به، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي "فرانسوا فوكار" إن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة تعتبر عاملاً من شأنه تعميق السلوك الإجرامي¹.

فهذه التبعات التي تلازم المفرج عنه في المجتمع، يزيد من عبئها ذكر العقوبة في السجل العدلي الذي يتحول هو الآخر إلى عقوبة إضافية، قد تكون أكثر قساوة على مستقبل المحكوم عليه من العقوبة الأصلية ذاتها، فهو وسيلة لحرمانه من ولوج عالم الشغل الأمر الذي يؤدي به إلى الوقوع في مثالب البطالة التي تعد حسب علماء علم الاجتماع الجنائي من مسببات الجريمة.

وهكذا تجمع العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بين النتيجة والسبب، فهي نتيجة الارتكاب جرم بسيط وهي سبب لإعادة ارتكاب هذا الجرم الذي يكون غالباً أشد وقعا من سابقه.

- على المستوى النفسي فالمحكوم عليه بعقوبة قصيرة المدة ينتابه شعور بالتحقير والاعتراب النفسي والاجتماعي وذلك نتيجة هجره وإبعاده عن محيطه الاجتماعي، فيسيطر عليه إحساس بالإحباط والمهانة وفقدان الاعتزاز بالذات أمام أسرته، وعائلته والمجتمع مما يجعله عرضة للإصابة بالعديد من الاضطرابات النفسية مثل الاكتئاب والقلق... كما أن العقد النفسية التي يعاني منها السجين أثناء فترة عقوبة قد تولد ضغطاً سرعان ما ينفجر بعد خروجه، وبهذه البدائل يستعيد المحكوم عليه الاستقرار النفسي، وإفراج ظواهر الكبت التي يعاني منها، أما من الناحية الأمنية أيضاً فإن تطبيق العقوبات البديلة يقلص من ظاهرة الاكتظاظ مما يسهل على موظفي السجون التحكم في الفئات الأخرى من المساجين الأكثر خطورة، والذي يتطلب إدماجهم

¹ - الحسين زين الاسم: إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العلوم الجنائية، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، الموسم الجامعي 2005-2006، ص 59.

وإصلاحهم جهدا ووقتنا طويلا، ذلك أن السجن بطبيعته يجمع في مكان واحد أفرادا مرتكبين مختلف الجرائم، فيتعلم الواحد منهم من الآخر تقنيات لجرائم أكثر خطورة¹. كما لهذه الاضطرابات تأثير على الصحة البدنية للمحكوم عليه، فصدمة السجن والانفعالات النفسية والعصبية الناتجة عنها من شأنها أن تحول العقوبة الحبسية إلى عقوبة جسدية².

أما على المستوى الاقتصادي، يترتب كذلك على توقيع العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة العديد من الآثار الاقتصادية السلبية، والتي لا تقتصر على المحكوم عليه وإنما تحمل عبئها أسرته وأفراد عائلته، فالكل يتأثر من جراء تنفيذها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وفي هذا الإطار يقول "ميشيل فوكو" إن السجن هو خطأ اقتصادي مزدوج: بصورة مباشرة من جراء الكلفة الضمنية، وبصورة غير مباشرة من جراء الجنوح الذي لا يقيمه³، وتظهر هذه الآثار على مستوى إرهاب خزينة الدولة إذا تشكلت تكلفة السجن أعباء متزايدة على الاقتصاد في سبيل بناء السجون وهيكلتها وتجهيزها، إضافة إلى توفير متطلبات عيش المحكوم عليهم خلال تنفيذ العقوبة السالبة للحرية من مأكّل ورعاية صحية واجتماعية.

الفقرة الثانية: ارتفاع مؤشر العود للجريمة

لقد تطرق المشرع الجنائي المغربي لحالة العود في الفرع الرابع من القانون الجنائي، وذلك من الفصل 154 إلى 160 منه، حيث نص الفصل 154 على ما يلي: "يعتبر في حالة العود، طبقا للشروط المقررة في الفصول التالية: من يرتكب جريمة بعد أن حكم عليه بحكم حائز لقوة الشيء المحكوم عليه به، من أجل جريمة سابقة⁴.

¹ بحرى نبيل: العقوبات السالبة للحرية وبدائلها، رسالة لنيل الماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، 2011 - 2012، ص: 110.

² - الحسين زين الاسم، " إشكالية العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة والبدائل المقترحة، مرجع سابق، ص 46

³ - ميلودة مسلم " بدائل العقوبات السالبة للحرية بين المكانة القانونية والإكراهات العملية - دراسة ميدانية"، ص 36

⁴ - أيمن رمضان الزيني " العقوبات السالبة للحرية القصيرة وبدائلها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة، 2003، ص 99.

ونظرا لما للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة من آثار سواء على المحكوم عليه أو على أفراد أسرته أو على أفراد عائلته، ولا تتقف تلك الآثار عند فترة تنفيذ العقوبة، بل تنتخطها إلى مرحلة ما بعد انتهاء تنفيذ العقوبة، والإفراج عن المحكوم عليه فعند خروج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة من السجن بعد فترة انعزال عن المجتمع - وعودته مرة أخرى إلى المجتمع، يكون محملا بالكثير من مشاعر القلق والتوتر، عن كيفية استقبال أفراد مجتمعه له، ومدى تقبلهم له وقدرته على الاندماج بينهم، واندماجه داخل النسيج الاجتماعي، هذا بالإضافة لما يكون محملا به من مشاعر الإحباط والحزن، وخبرات إجرامية، وقيم فاسدة يكون قد اكتسبها خلال فترة العقوبة، فإذا لم يجد من المجتمع الاستعداد الكافي لتحقيق الاندماج والتواصل، فإن ما اكتسبه من خبرات إجرامية وقيم فاسدة سيتفاعل مع ما قد يكون لديه من استعداد ونقص في الوازع الديني والخلقي، لنتزايد احتمالات عودته مرة أخرى إلى درب الجريمة، وفي هذه الحالة قد تنسم جريمته الجديدة، بسمات لم تتوفر في جريمته السابقة، وذلك راجع للخبرات الإجرامية التي اكتسبها خلال فترة العقوبة، حيث تصبح جريمته الجديدة أكثر خطورة سواء في أسلوب ارتكابها، أو في الآثار التي تترتب عليها.

وتتخفظ المصالح المركزية للمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج عن إعطاء النسبة الحقيقية لحالة العود وسط السجناء، على اعتبار أن نشر تلك النسبة قد يكون مؤشرا على «فشل محتمل» للسياسة العقابية التي حولت المؤسسات السجنية من فضاء لإعادة التربية والتأهيل إلى أشبه بـ «معاهد عليا» يلقت فيها السجين دروسا تكميلية في العمل الإجرامي، حتى أن حالة العود أصبحت إحدى السمات الأساسية التي تميز وضعية السجون في المغرب. فعلى الرغم من الوسائل البشرية الهامة والاعتمادات اللوجيستكية التي وضعت رهن إشارة قطاع السجون منذ وإخراجه من جبة وزارة العدل وإحداث المندوبية العامة للسجون، ورغم البرامج والمشاريع والإمكانيات المالية التي تصرفها مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء سنويا لتأهيل النزلاء أخلاقيا ومعرفيا ومهنيا ليندمجوا في المجتمع من جديد، وبشكل سليم بعد انقضاء مددهم الحبسية فإن كل المؤشرات تفيد بأن نسبة حالة العود في ارتفاع، وهو ما يفرض إعادة النظر في السياسة المعتمدة بشكل قادر على أن يحقق الدور المنوط

بالسجون، حيث مازلنا نرصد حالات عود السجناء للجريمة. فالحد من الجريمة يقول متخصصون في المجال يقضي قبل كل شيء التصدي للأسباب العميقة والبنوية التي تنتج الجريمة كالتهميش والفقر والبطالة- الأمر الذي جعل هؤلاء المتخصصين يتساءلون عن نجاعة العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي، وهل هي قادرة بالفعل على ردع المجرمين حتى لا يعودوا إليه مرة أخرى.

المطلب الثاني: معوقات الدور الإصلاحية للمؤسسة العقابية

إن استشراف مظاهر أزمة العقوبة السالبة للحرية بالمغرب وكذا تأثيرها على السجناء، يتطلب منا الوقوف على أهم أسباب الاختلال الذي تعيشه المؤسسات السجنية.

كما يترتب على تطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، نتائج سلبية تؤدي إلى عرقلة عمل الإدارة السجنية خصوصا عندما تجد هذه الأخيرة نفسها في مواجهة معضلة اكتظاظ السجون، مما يجعلها عاجزة عن توفير المتطلبات اللازمة لإدارتها، بالإضافة إلى عجز القائمين على وضع وتنفيذ البرامج الإصلاحية، وهو ما يحيد بها عن طريق الفعالية والنجاح ويتجه بها صوب طريق الفشل.¹

الفقرة الأولى: إشكالية الاكتظاظ بالمؤسسة العقابية

إن احتلال العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة مركز الصدارة من حيث الأهمية في النظم العقابية الحديثة، وإسراف القضاء في النطق بهذه العقوبات طرح أزمة الاكتظاظ التي تعتبر أولى الإشكاليات التي تعاني منها المؤسسات السجنية بالنظر إلى محدودية الطاقة الإيوائية المخصصة للسكانة السجنية.² ويقصد باكتظاظ السجون زيادة عدد النزلاء عن الطاقة الاستيعابية للسجن، ويترتب على ذلك اختلال في توازنها ووظيفتها³ وتكدس السجون بالنزلاء مشكلة ليست مقتصرة على بلادنا وإنما هي ظاهرة

¹ - سكيته ابن صبيح، أنسنة العقوبة الجنائية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2015/2016، ص 52.

² - الحسين زين الاسم " إشكالية العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة والبدائل المقترحة، مرجع سابق، ص 60.

³ - بشرى رضا راضي سعد : بدائل العقوبات السالبة للحرية في الحد من الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر - عمان 2013، ص 60.

عالمية تعاني منها جل المؤسسات السجنية بالعالم¹، وهو ما سوف نبرزه من خلا الجدول أسفله المرتبط بتطور عدد المعتقلين حسب الجنس خلال الفترة ما بين 2014 و2018

السنوات	ذكور	إناث	المجموع	نسبة الإناث
2014	73 222	1 719	74 941	2,29%
2015	72 288	1 751	74 039	2,36%
2016	76 827	1 889	78 716	2,40%
2017	81 141	1 961	83 102	2,36%
2018	81 850	1 907	83 757	2,28%

وحسب الإحصائيات الصادرة في هذا الإطار والمشار إليها أعلاه، فالساكنة السجنية عرفت ارتفاعا متزايدا حيث قفزت من 74941 سنة 2014 إلى 78716 خلال سنة 2016 لتصل سنة 2018 إلى 83757، وحسب تقرير المندوبية العامة لإدارة السجون بلغ عدد السجناء 83757 وأن 39,08% من الساكنة السجنية هي في حالة اعتقال احتياطي، ذلك أن نسبة الساكنة السجنية عرفت ارتفاعا في السنوات الأخيرة وهو ما يطرح مشكل الاكتظاظ بالمؤسسة العقابية²، ولعل من المؤشرات الإحصائية الدالة هي الأخرى على حجم الاكتظاظ السجني هو مؤشر المساحة المخصصة لكل نزيل مؤسسة سجنية، حيث يبلغ المعدل الوطني حسب إحصائيات المندوبية العامة للسجون وإعادة الإدماج 1,68 متر مربع لكل نزيل، لكن مع 0.70 تفاوتات حادة حسب المؤسسات السجنية تتراوح بين سنتيمتر مربع لكل نزيل و13.49 متر مربع لكل نزيل، والجدير بالذكر أن المعدل الوطني يقل عن المعيار الدولي الذي حددته اللجنة الدولية الصليب الأحمر والذي هو 3.4 متر مربع لكل نزيل بحوالي النصف، وإذا ما تم إعمال هذا المعيار الدولي في احتسابا لاكتظاظ السجني في بلادنا فإن نسبة ملء مؤسساتنا السجنية تبلغ 202 %، بفائض ساكنة سجنية يبلغ 36482 نزيلا.

¹ - أيمن رمضان الزيني، العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها - دراسة مقارنة، ص 112

² تقرير الأنشطة لسنة 2018 الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، ص، 140.

وهكذا نلاحظ إن هذه المعطيات الإحصائية المقلقة والتي لا تحتاج إلى تعليق، تؤكد أكثر من أي وقت مضى ضرورة إصدار الإطار القانوني للعقوبات البديلة، ومراجعة الإطار القانوني للعفو، بما يتواءم مع التوجهات الأساسية الواردة في ميثاق إصلاح منظومة العدالة، ومن هنا فالمؤسسة السجنية في حاجة إلى الإصلاح وإعادة هيكلتها كما أن وضعية السجناء في حاجة كذلك إلى العناية، بغية النهوض بحالة السجناء (الأكل، الشرب، ظروف العيش...)¹، وقد تضمنت العديد من المؤتمرات الدولية والعربية² جملة من التوصيات الداعية إلى التخفيض من حدة اكتظاظ السجون من خلال العمل على تطبيق مبدأ التفريد التنفيذي للمعاملة العقابية، إن مشكل الاكتظاظ وكثرة المعتقلين حال دون ظهور نتائج ملموسة لهذه النقلة النوعية في معاملة نزلاء السجون ببلادنا"، فالأكتظاظ هو أزمة السجون الحالية ولا مفر منها سوى باللجوء إلى إيجاد حلول أنية مستعجلة، ورسم أهداف إنسانية مستقبلية على المدى القصير أو المتوسط أو الطويل.

الفقرة الثانية : معوقات تنزيل البرامج الإصلاحية والتأهيلية

إن تطبيق البرامج الإصلاحية والتأهيلية من أجل تأهيل السجناء للاندماج في المجتمع بعد قضائهم لفترة داخل هذه المؤسسات، وذلك بتكوينهم حتى يحصلوا على شواهد تمكنهم من الانخراط في الحياة العملية، الأمر الذي يبعدهم عن عالم الإجرام والانحراف والعود للجريمة، وذلك لكون السجنين يخرج من السجن من أجل البحث عن عمل، وقد تهيأ له ذلك، ودون أن يجد أي صعوبة في تكيفه مع المجتمع.

¹ علي الكاسمي : حقوق الإنسان في المغرب على ضوء الإقرار الدولي والتطبيق الوطني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، ظهر المهرز - فاس، السنة الجامعية : 2008 - 2009، ص : 276.

² - مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد بميلانو ما بين 26 غشت إلى 6 شتنبر 1985

- الاجتماع الثاني لمديري المؤسسات الإصلاحية العقابية العربية المنعقد في الرباط في الفترة ما بين 21 إلى 23 يوليوز 1983

- الاجتماع الثالث لمديري المؤسسات العقابية في الدول العربية المنعقد في الجمهورية التونسية في الفترة ما بين 15 إلى 20 أكتوبر 1985

وهذا يتطلب من هذه السجون أن تطبق البرامج الإصلاحية والتأهيلية تطبيقاً جيداً، ولكن الملاحظ أنه رغم الرغبة القوية لدى المؤسسات السجنية من أجل تطبيق هذه البرامج حتى تعيد الأفراد إلى المجتمع وهم أسوياء صالحون¹، فإنها تصطدم بمشاكل الاكتظاظ الناتج عن اللجوء المضطرب والآلي إلى العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والتي غالباً ما تحول دون تحقيق التأهيل الذي يستهدف إصلاح المحكوم عليه، لأن المدة عنصر أساسي في هذا الإصلاح، ذلك أن المحكوم عليه بعقوبة قصيرة المدة تقل عن ستة أشهر يقضى من برامج التأهيل، لا سيما أن التسجيل في إحدى شعب التكوين المهني يتطلب من المحكوم عليه أن يكون محكوماً عليه بمدة لا تقل عن سنة سجناً حتى يمكنه أن يستفيد من برامج التكوين المهني بالتدرج لموسم دراسي، وهذا ما لا توفره العقوبة قصيرة المدة له، نظراً لعدم كفاية المدة الزمنية المحكوم بها من أجل الاستفادة من مختلف برامج التأهيل لأجل الاندماج، الأمر الذي يحول دون تحقيق الهدف الأسمى المنشود من العقوبة الحبسية والتمثل في إعادة إدماج السجين في حظيرة المجتمع من جديد.

كما أن عدم استفادة المحكوم عليه بعقوبة قصيرة المدة من برامج التكوين المهني ومختلف الأنشطة يعتبر فعلاً من عوائق تأهيل السجناء للاندماج في المجتمع من جديد، وهذا ما جعلها تتعرض لانتقادات بسبب ذلك أنها عاجزة عن تحقيق برنامج إصلاحية وتأهيلية متكامل، نظراً لقصر مدتها، وهذا العجز يبدو من جانبيين هما: سلطة تنفيذها من ناحية والمحكوم عليه بها من ناحية أخرى، فالجهة المنفذة لا يمكنها أن تستثمر نتائج البرنامج التأهيلي خلال فترة قصيرة، كما أنها لا تحقق الردع بنوعيه الخاص والعام، فهي لا يمكن أن تحقق الردع الخاص لعدم إمكانية تأهيل المحكوم عليه خلال هذه المدة الوجيزة.

¹ - محمد أغربي "تأثير اكتظاظ السجون على برامج الإصلاح والتأهيل دراسة النطاق وكيفية المعالجة"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية "قراءات في المادة الجنائية"، الجزء الأول، مطبعة دار النشر المعرفة. الطبعة الأولى 2013، ص 130

وفي الختام فإن الحد من الارتفاع المهول لمعدل الجريمة وحالات العود في صفوف السجناء، يقتضي من المؤسسة التشريعية المبادرة والإسراع إلى بلورة مقاربة عمل واضحة وشاملة من خلال سن تشريعات قانونية تعطي للرعاية اللاحقة المكانة والأهمية التي تستحقها، وجعل المؤسسات الحكومية الأخرى تتحمل مسؤولياتها إلى جانب المندوبية العامة للسجون، كوزارة التشغيل، ووزارة الأسرة والتضامن، وذلك بإلزامها بنصوص واضحة وصريحة بضرورة تقديم الدعم والمساعدة للمفرج عنهم، وتمتعهم بامتيازات خاصة تساعدهم وتشجعهم على الاندماج في سوق الشغل والمجتمع من جديد، ومن جهة أخرى الاعتماد أيضا على أهمية المقاربة الحقوقية في معالجة ظاهرة العود، من خلال التوجه نحو بدائل جديدة في مجالي الزجر والعقاب، في ظل عدم فعالية السياسة الجنائية الحالية في شقيها العقابي والوقائي، عن إيجاد حلول وأجوبة لمعالجة إشكالية العود الجنائي.

الحماية القضائية لمستهلك العلامة ما بين إجحاف النص ومتطلبات الممارسة

كمال الفاسي

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال - الرباط

عرفت العلاقة الاستهلاكية مجموعة من التغيرات على مستوى التواصل بين أطرافها، فبعدما كان الاتصال بينهما مباشرا، أصبح في زمن اقتصاد السوق يتصف بالتباعد وبتعدد المتدخلين مما فرض ظهور آليات جديدة تهدف إلى تحقيق التواصل بينهما.

في سياق هذا التحول، ظهرت علاقة جديدة بين طرفين من طبيعتين مختلفتين: العلامة والمستهلك، الأول - العلامة - ينتمي في أغلب الأحيان إلى حقل الملكية الصناعية الذي يهدف إلى حماية الحق الاستثنائي لأصحاب الحقوق كأولوية، والثاني " المستهلك " يشكل الأساس الذي يبتغي قانون الاستهلاك حمايته، مما جعل النظرة إلى الأولى تختلف حسب موقع طرفي العلاقة الاستهلاكية إذ يعتبرها المستهلك رمزا لالتزام المقاوله بادعاءاتها، في مقابل اعتبار حملتها الدلالية من قبل المقاوله تشكل رمزا لكسب ثقة المستهلك¹.

ووجب التنبيه إلى أن العلامة إن كانت مفهوما يندرج ضمن حقل الملكية الصناعية باعتبارها حسب تعريف أحد الفقهاء²: "كل شارة تحملها المنتجات تهدف إلى تمييزها ولضمان مصدرها لصالح المستهلكين"، فإنه سيتم في هذه الدراسة اعتماد مفهوم أكثر اتساعا عبر توسيعه ليشمل العلامات الواردة في قوانين الاستهلاك، المتمثلة في

¹ BORDENAVE (R), Marque & Consommateur: Le divorce, Edition EMS, Paris, 2004, p17.

² ROUBIER (P) : Le droit de la propriété industrielle, T2, Recueil Sirey, 1954, p 483.

وعرفها الفقيه GUYON على أنها: "الشارة أو الاسم التي يضعها التاجر على البضاعة التي تمكن المشتري من معرفة أصلها".

- GUYON (Y) : Droit des affaires, Tome 1 : Droit commercial général et Sociétés, 8^{ème} édition, Economica, paris, 1994, p741.

علامة المطابقة المنظمة بموجب قانون سلامة المنتجات والخدمات¹، والعلامة الصحية المنصوص عليها في الظهير الشريف بمثابة القانون المتعلق بتدابير التفتيش من حيث السلامة والجودة بالنسبة للحيوانات الحية والمواد الحيوانية أو ذات الأصل الحيواني²، التي يتم وضعها من قبل صاحب المنتج أو الخدمة بعد فحصه من الجهات المختصة ضمانا للجودة والسلامة.

تأسيسا على ما سبق، فإن العمل على الضبط القانوني لدور العلامة تجاه المستهلك كان ضروريا خصوصا على الصعيد الوقائي بوضع آليات تهدف لتفعيل هذا الطابع من أجل التناغم مع توجهات السياسة التشريعية الحديثة، سواء من خلال منظومة قوانين الاستهلاك التي تعتبر الحقل الأصيل لحماية المستهلك، أو عبر قانون حماية الملكية الصناعية³ الذي هو مجال لحماية الحق الاستشاري لمالك الحق.

إلا أنه في حالة عدم تحقيق التدابير الوقائية لغايتها، يكون من اللازم البحث عن تدابير قضائية قصد إعادة التوازن إلى العلاقة الاستهلاكية وحماية مستهلك العلامة من كل الأفعال التي تهدف إلى المساس بمصالحه الإقتصادية والصحية، هذه التدابير تتنوع بتعدد النصوص التشريعية المرتبطة بها بسبب تلاقي مجالين قانونيين: قانون الاستهلاك وقانون حماية حقوق الملكية الصناعية.

¹ القانون رقم: 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 16 رمضان 1432 الموافق 17 أغسطس 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 الموافق 22 سبتمبر 2011، ص: 4678.

² ظهير الشريف بمثابة قانون رقم: 291.75.1 الصادر بتاريخ 24 شوال 1397 الموافق 8 أكتوبر 1977 المتعلق بتدابير التفتيش من حيث السلامة والجودة بالنسبة للحيوانات الحية والمواد الحيوانية وذات الأصل الحيواني، الجريدة الرسمية عدد 3388 مكرر بتاريخ 26 شوال 1397 الموافق 10 أكتوبر 1977، ص: 2857.

³ القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1-00-19 الصادر في 15 فبراير 2000، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص: 366، المغير والمتمم بقانون 31-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-05-190 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص: 453، وكذلك المعدل والمغير بقانون 23-13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-14-188 بتاريخ 21 نونبر 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6318، بتاريخ 18 دجنبر 2014، ص: 8465.

في هذا الصدد يثار التساؤل عن مدى نجاح المشرع في وضع آليات قضائية ناجعة تحقق حماية حقيقية لمستهلك العلامة في ظل الأدوار الهامة التي أصبحت تلعبها هذه الأخيرة على مستوى العلاقة الاستهلاكية؟
من أجل معالجة التساؤل السالف الذكر يجب في البداية مناقشة دور التدابير القضائية لقوانين الاستهلاك في حماية مستهلك العلامة (المطلب الأول)، قبل تحليل مسألة استحضار التدابير القضائية لقانون حقوق الملكية الصناعية لحماية مستهلك العلامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: محدودية التدابير القضائية لقوانين الاستهلاك في حماية مستهلك العلامة
تعتبر الحقوق القضائية جزءا رئيسيا من المنظومة القانونية المتعلقة بحماية المستهلك¹، مما جعل المشرع يعمل على خلق مجموعة من السبل لصالح المستهلك للدفاع عن حقوقه ضد أي مساس بها، غير أنه عندما يتعلق الأمر بمستهلك العلامة فلا بد من تطويع مجموع القواعد القانونية لتلائم هذه الوظيفة.

من هذا المنطلق، سنعمل على مناقشة الحماية القانونية الممنوحة لمستهلك العلامة وفق أحكام القانون رقم 31.08 بمثابة تدابير لحماية المستهلك² (الفقرة الأولى)، ثم مناقشة هذه الحماية من خلال قانون الزجر الغش في البضائع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحماية القضائية لمستهلك العلامة من خلال قانون 31.08 "أية نجاعة"
يتجلى الهدف المركزي لقانون حماية المستهلك في تحصين الحقوق الأساسية للمستهلك وحمايتها من أي مساس محتمل عبر خلق مجموعة من التدابير القانونية الكفيلة بذلك كما هو الحال بالنسبة للحق في الإعلام الذي سعى المشرع إلى حمايته. وعلى اعتبار أن العلامة من بين الوسائل التي يمكن للمهني بواسطتها تجسيد الحق في الإعلام، فإن التدابير القانونية الكفيلة بحماية هذا الحق تقوم كذلك بحماية

¹ أخريف عبد الحميد: الحقوق القضائية للمستهلك، مقال منشور بمجلة المعيار، عدد 38، سنة 2007، ص 20.

² القانون رقم 31-08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 03.11.1 بتاريخ 14 ربيع الأول 1432 الموافق ل 18 فبراير 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق ل 7 أبريل 2011، ص 1073.

مستهلك العلامة، ومفاد ذلك أن أي إخلال في طبيعة العلامة يؤدي إلى إخلال في الالتزام بالإعلام الممنوح للمستهلك بالتبعية على أساس أن هذه الأخيرة وسيلة لتجسيده، مما يجعل المنتج مسؤول عن الإخلال ويكون مهدداً بجزاء جنائي يتمثل في غرامة تتراوح بين ألفي إلى خمسة آلاف درهم¹.

بالإضافة إلى أن الالتزام بإعلام المستهلك من طرف المهني قبل إبرام العقد لا يستند في وجوده على عقد يربط بينهما، وإنما هو التزام يفرضه واجب الإعلام، وفي حالة الإخلال به يمكن للمستهلك مطالبة المهني بالتعويض إستناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية².

إن الفعل الضار المشكل للخطأ يتجلى إما في الكذب أو المغالطة إنطلاقاً من تزييف العلامة، بما يجعل المستهلك في موقع يصعب معه تحديد محل التعاقد، هذه الصعوبات تتنافى والحق في الإعلام وبالتالي تشكل الضرر. وتقوم العلاقة السببية عندما يكون الإخلال بالالتزام بالإعلام هو السبب في تحقق صعوبات لدى المستهلك في تحقيق الحق في الاختيار لديه.

وكما تعتبر المقتضيات القانونية للحماية من الإشهار الكاذب والمضلل صورة من صور الحماية القانونية لمستهلك العلامة على اعتبار أن العلامة يمكن أن تكون هي الإشهار نفسه أو جزء منه، وفي هذا الصدد منع المشرع المغربي الإشهار الكاذب أو المضلل بموجب القانون رقم 31.08 بمثابة تدابير لحماية المستهلك³.

¹ المادة 183 من قانون تدابير حماية المستهلك:

"دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب على مخالفات أحكام المادة 58 بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 40000 درهم.

علاوة على ذلك، يمكن الحكم على مرتكب المخالفة بإرجاع المبالغ التي تم دفعها من قبل الزبناء غير الراضين دون أن يكون له حق الرجوع على الذين توصلوا بالسلعة.

يمكن للمحكمة أن تأمر بتعليق حكمها أو نشره على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررها."

² الخلدني نزهة: الالتزام بالإعلام ودوره في تنوير إرادة المستهلك، مقال منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث"، حماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2014، ص 166.

³ المواد 21 و22 من قانون 31.08 بمثابة تدابير لحماية المستهلك.

ولقد رتب المشرع على هذا النوع من الإشهار جزاء يتمثل في غرامة تتراوح ما بين 50 ألف درهم و250 ألف درهم مع رفع حدها الأقصى إلى مليون درهم في حالة كون المخالف شخصا معنويا، وإعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة في الرفع من هذه الغرامة إلى نصف نفقات الإشهار المشكل للجنة في حالة إذا كانت قيمة الإشهار تفوق الغرامات المحددة قانوناً¹.

وبناء على المقتضيات القانونية السالفة الذكر، وجود قنوات قانونية تتيح للمستهلك المتضرر من العلامة في العلاقة الاستهلاكية المطالبة بجبر الضرر ومعاقبة المهني المخالف، لكنها تظل غير ناجعة في تحقيق الحماية المنشودة لعدم الاعتراف الصريح بالحماية الواجبة على هذا المستوى لمستهلك العلامة.

الفقرة الثانية: الحماية القضائية للمستهلك العلامة من الخداع في ظل قانون زجر الغش في البضائع "أية ملائمة"
يعتبر القانون رقم 13.83 المتعلق بزجر الغش في البضائع² من النصوص التشريعية التي تحقق نوعاً من الحماية للمستهلك، خصوصاً مستهلك العلامة الخاصة بالسلع في ظل محدودية الحماية القانونية على مستوى قانون حماية الملكية الصناعية، والقانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك.

إذ نص الفصل الأول من قانون زجر الغش في البضائع على أنه: "يعد مرتكباً الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتناقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به أو قام خرقاً لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافاً للأعراف المهنية والتجارية بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما"، وبما

¹ أيت احمد ياسين : الضوابط القانونية لحماية المستهلك في مجال الإشهار، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، سنة 2014، ص193.

² القانون 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 108.83.1 الصادر بتاريخ 9 محرم 1405 الموافق 5 أكتوبر 1984 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3777، الصادرة بتاريخ 20 مارس 1985 ص402، والمعدل بقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 18 فبراير 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق لـ 7 أبريل 2011.

أنمدلول الغش في الفصل السابق جاء بصيغة عامة¹، يثار التساؤل عن إمكانية اعتبار هذا القانون يتيح إمكانية قانونية من أجل حماية المستهلك المخدوع بالعلامة؟ ولمحاولة مناقشة شمول فعل الخداع عبر العلامة بالعقاب الجنائي وفق مقتضيات ظهير 1984 المتعلق بزجر الغش في البضائع يجب عمليا مناقشة توفر أركان الجريمة في هذا الفعل. ومن الثابت تشريعا وفقها أن قيام جريمة الغش في البضائع تتطلب قيام ركنيها المادي والمعنوي بالإضافة إلى شرطها المفترض.

فالنسبة للشرط المفترض² في جريمة الغش في البضائع فيتمثل في طبيعة البضائع التي يقع الخداع بشأنها، إذ يشترط أن تكون داخل عملية التعامل التجاري، وأن تكون شيئا أو بضاعة³، مما يمكن القول معه أنه لا يمكن تطبيق هذه المقتضيات على الخدمات وعلامتها، وأما السلع وعلامتها تظل قائمة كمحل للشرط المفترض. بينما الفعل المادي أو الركن المادي للجريمة⁴، فإنه يتحقق عند الخداع أو محاولته في نوع البضاعة إذ إشتراط المشرع لقيامه أن يعتبر تعيين النوع المنسوب زورا للبضاعة هو السبب الأساسي لالتزام المتعاقد بناء على الاتفاق أو الأعراف، حيث مما قد تأخذ به البضاعة نوعها أو تسمية معينة في شكل علامة مميزة⁵.

وإن هذا النوع من الخداع يرى فيه البعض عدم إمكانية شموله بالزجر في ظل مقتضيات ظهير 1984 على اعتبار أنه يرد في شكل تقليد ويعاقب عليه في ظل قانون

¹ - بلمحجوب إدريس: جرائم زجر الغش في البضائع على ضوء قرارات المجلس الأعلى، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 156، سنة 2008، ص 128.

² - للمزيد من التعمق حول مفهوم الشرط المفترض أنظر:

- بلقاضي عبد الحفيظ: القانون الجنائي المغربي، القسم العام، الطبعة الثالثة، دون ذكر المطبعة ومكان النشر، سنة 2011، ص 161.

³ - الغماري جواد: جرائم الغش في البضائع، الطبعة الأولى، المجموعة المغربية لصحافة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، سنة 1988، ص 82.

⁴ - لتعمق في مفهوم الركن المادي للجريمة أنظر:

- SEGONDS (M): Droit penal général, sans édition, Ellipses, 2004, p145.

⁵ - الغماري جواد: جرائم الغش في البضائع، المرجع السابق، ص 77.

الملكية الصناعية¹، غير أنه أمام عدم إمكانية تحريك المستهلك لدعوى التزيف، فإننا نعتقد بأحقية اعتبار هذا الفعل مشكلاً للفعل المادي لجريمة الغش في البضائع. أما بالنسبة للركن الأخير لقيام الجريمة أي الركن المعنوي²، فإن المشرع يشترط في ظل مقتضيات القانون رقم 18.83 وجود نية الخداع التي تتحقق بمجرد علم الجاني بأن الوسيلة التي يستخدمها من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك بهدف الوصول إلى التعاقد حول بضاعة تحمل علامة مقلدة³.

وبتحقق هذه الأركان يصبح المهني معرض للعقاب الجنائي استناداً إلى الفصل 4 من القانون رقم 13.83 الذي يحيل فيما يخص الحالة المذكورة على الفصل الأول من نفس القانون إذ يعاقب الجاني بالحبس من ستة أشهر إلى خمسة سنوات، وبغرامة ما بين ألف ومائتي درهم إلى أربعة وعشرون ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. ويمكن كذلك الأمر بنشر الحكم بالعقوبة في جريدة أو بتعليقه في باب المؤسسة وفقاً لأحكام مجموعة القانون الجنائي المتعلقة بنشر الأحكام القضائية وتعليقها⁴، ومنه يصح القول أن هذا النشر يشكل نوعاً من الإعلام للمستهلك لأخذ الحيطة والحذر بخصوص هذا النوع من الخداع، بالإضافة إلى ذلك فإنه بغرض تطهير السوق من هذه المنتجات وحماية المستهلك يتم مصادرتها⁵ استناداً إلى الفصل 11 من قانون زجر الغش في البضائع⁶.

¹ - الغماري جواد: جرائم الغش في البضائع، المرجع السابق، ص 88.

² - بخصوص الركن المعنوي عد إلى:

- الخمليشي أحمد: شرح القانون الجنائي، القسم العام، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، سنة: 1989، ص 219.

³ - بوفادي محمد: حماية المستهلك في ضوء قانون زجر الغش في البضائع، مقال منشور بمجلة محكمة، عدد 1، سنة 2003، ص 85.

⁴ - بوفادي محمد: حماية المستهلك في ضوء قانون الغش في البضائع، م.س، ص 94.

⁵ - الحديثي فخري عبد الرزاق، الزعبي خالد حميدي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون ذكر مكان النشر، سنة 2010، ص 383.

⁶ - الفصل 11 من ظهير زجر الغش في البضائع:

وبخصوص تفعيل هذه الحماية فإنه لا يوجد أي قيد قانوني يمنع المستهلك بوصفه متضررا من إمكانية تحريك المتابعة عن طريق شكاية مباشرة مع المطالبة بالحق المدني ومتابعة الدعوى أمام محكمة الإحالة¹.

وعليه يمكن الجزم بنسب هذه المسطرة مع حماية مستهلك العلامة في حالة استعمالها للخداع، ولكن ذلك يظل محل غموض على مستوى التنزيل مما يقتضي اعتبار العلامة وسيلة لخداع المستهلك في صلب قانون الاستهلاك.

المطلب الثاني: محدودية استحضار التدابير القضائية لقانون حقوق الملكية الصناعية لحماية مستهلك العلامة
إن الحماية القضائية من التزييف والتشويش الممنوحة للعلامة كوسيلة للتخاطب بين المنتج غير المعروف والمجهول وبين زبائنه المرتقبين هي حماية لهذه العلاقة بالأساس²، ومما يشكل بعد حمائي للمستهلك سواء تعلق الأمر بدعوى التزييف (الفقرة الأولى) أو بدعوى المنافسة غير المشروعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حماية مستهلك العلامة عبر دعوى التزييف "سؤال الإستيعاب"
تعتبر دعوى التزييف³ من بين الدعاوى التي وضعها المشرع لحماية صاحب الحق في العلامة من تزييف علامته، أي قيام المزييف بإدخال التحويرات والتعديلات

"تحكم المحاكم وفقا للفصلين 89 و610 من مجموعة القانون الجنائي بالمصادرة النهائية للبضائع والمنتجات المرتكبة بشأنها جنحة الخداع أو التزييف أو التدليس أو الحيازة المنصوص عليها في الفصول 4 و5 و6 من هذا القانون وبوجه عام لجميع الأدوات التي استعملت في ارتكاب أو محاولة ارتكاب الخداع أو التزييف أو التدليس كما تأمر بإتلاف المنتجات والبضائع المذكورة عندما يكون فيها خطر على صحة الإنسان أو الحيوان أو بإتلاف الأدوات المصادرة عند الاقتضاء."

¹ - بلمحجوب إدريس: جرائم زجر الغش في البضائع على ضوء قرارات المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص 130

² برانبوا عدنان غسان: التنظيم القانوني للعلامة التجارية، م، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة: 2012، ص 55.

³ للاطلاع بتفصيل على هذه الدعوى انظر:

- محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة: 2015، ص 165 وما بعدها.

- معلال فؤاد: الملكية الصناعية والتجارية، دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، مطبعة الامنية، الرباط، سنة 2009، ص 552، وما بعدها.

على حقوق الملكية الصناعية حتى تتشابه في مظهرها مع الحقوق الأصلية، أو قيامه بصنع مبتكرات جديدة أو وضع علامات فارقة غير حقيقية تشبه في شكلها المبتكرات الجديدة أو العلامات الفارقة الصحيحة ولكنها تختلف عنها في حقيقتها إختلافاً كلياً¹. وإن كان الهدف الأساسي لهذه الدعوى هو حماية أصحاب الحقوق، فإنها تحمل أيضاً في طياتها نوعاً من الحماية للمستهلك، إذ عندما يسعى صاحب العلامة إلى حماية حقه عليها عن طريق ممارسة دعوى التزييف ضد من يعتدي عليها عن طريق تزيفها أو تقليدها فهو يحمي بصورة غير مباشرة المستهلكين الذين جرى تضليلهم من قبل المزيف².

وبما أن العلامة وسيلة للتخاطب والاستقبال بين المنتج غير المعروف وبين زبائنه المرتقبين، فإنه كان من الواجب التدخل من أجل حمايتها من التزييف لكونهذه الحماية هي بالأساس حماية للعلاقة الرابطة بين المهني والمستهلك³، بما يعكس كذلك مظهراً من مظاهر التحصين للحق في الاختيار لدى المستهلك، وضمن حقه في الحصول على السلعة بأفضل المواصفات⁴.

- قليل صلاح الدين: دعوى التزييف الجنحية على ضوء قانون حماية الملكية الصناعية، رسالة لنيل ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي: 2009/2008.

- علي يعقوب مصطفى الطويل: الحماية القانونية للعلامة التجارية في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي 2013/2012، ص 70 وما بعدها.

- LEGAIS (D): Droit commercial et des affaires, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris; 2007, p102.
¹ - محبوبي محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 146.

² - فؤاد معلال: بعض مظاهر حماية المستهلك في القانون الجديد للملكية الصناعية، المرجع السابق، ص 12.

³ - برابوعدنان غسان: التنظيم القانوني للعلامات التجارية، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - كيموش نوال: حماية المستهلك في إطار قانون الممارسة التجارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر العاصمة، سنة الجامعية: 2010-2011، ص 42.

ويعتبر من التدابير العاكسة لحماية المستهلك عبر دعوى التزييف اعتماد تقدير وجود فعل التزييف على معيار مدى إمكانية إحداث لبس في ذهن المستهلك العادي¹، إذ أن الاجتهاد القضائي في الغالب ما يعتمد في تقدير التزييف مدى إمكانية مغالطة المستهلك بواسطة العلامة المزيفة من خلال خلق اللبس والتشويش في ذهنه بخصوص صورة المنتج أو الصانع حيث أنه سبق وصرح ب: "إن استعمال علامة تجارية مماثلة لعلامة أخرى وتوظيفها في منتجات، من شأنه أن يخلق في ذهن المستهلك لبسا وتشويشا بخصوص شخصية الصانع وصور المنتج، وأن التزييف وإن كان ينصب أساسا على العلامة ومدى تشابهها بعلامة أخرى، فإنه يتجسد أيضا في مجال استعمالها وموقع توزيعها وترويجها الموحد"².

وفي نفس الإتجاه السابق صرحت المحكمة التجارية بالرباط ب: "أن استعمال علامة... والتي هي ملك المدعية واستغلالها في البيع وعرض المنتجات من طرف المدعى عليه يشكل تقليدا أو تزييفا ومن شأنه إلحاق الضرر مباشرة بالمدعية من جراء خلق وهم في ذهن الزبناء يفيد كون المدعى عليه هو نفسه المنتج والموزع للعلامة المذكورة"³، وهو ما أكدته المحكمة التجارية بمراكش في حكم لها صادر سنة 2010⁴، مما يعكس أهمية تصورات المستهلك في تحديد فعل التزييف ويجسد مظهرا من مظاهر غير مباشرة للحماية للمستهلك من خلال دعوى التزييف.

وأن ممارسة الدعوى في الشق المدني من قبل صاحب الحق المزيف يؤدي في حالة ثبوت التزييف إلى الحكم بالتعويض مع مصادرة الأشياء التي تثبت أنها مزيفة

¹VOGEL (L): Droit européen des affaires, 1ème édition, Dalloz, Paris, 2012, p371.

²-قرار عدد 402 صادر عن محكمة النقض، ملف تجاري عدد 2011/1/3/632، بتاريخ 12 أبريل 2012، منشور بمجلة القضاء التجاري، العدد الثاني، سنة 2013، ص242.

³ حكم عدد 4215 الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط، ملف عدد 2015/8232/2568، بتاريخ 02 دجنبر 2015، (حكم غير منشور).

⁴ حكم رقم 63 صادر عن محكمة التجارية بمراكش، ملف رقم 09/12/1307 بتاريخ 18 يناير 2010، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد الخامس، سنة 2011، ص363.

والوسائل والأجهزة المعدة خصيصا لإنجاز التزيف، والمنع من مواصلة فعل التزيف¹، مما يمكن القول معه بأن الجزاءات الثلاث الأخيرة من شأنها تحقيق نوع من الحماية للمستهلك عبر وقف الأعمال التي كان ضحية لها.

أما على صعيد الشق الجنائي، فمظاهر الحماية تتجلى على صعيد العقوبات الإضافية المتمثلة في إتلاف الأشياء المزيفة والمقلدة وإتلاف الأجهزة والوسائل المعدة خصيصا لإنجاز التزيف²، هذه التدابير تشكل حماية للمستهلك من الوقوع في الخلط بين السلع الأصلية والمزيفة من جديد في المستقبل.

كما أن المشرع في القانون 17.97 المتعلق بحماية حقوق الملكية الصناعية³ جعل من نشر الحكم عقوبة إلزامية شريطة أن يكون الحكم نهائيا⁴، بما يساهم في التشهير بالمزيفين ونشر تحذير لجمهور المستهلكين من اقتناء السلع والمنتجات المزيفة⁵.

غير أنه إذا كانت هذه العقوبات السابقة تعكس تجليات الحماية غير المباشرة للمستهلك من خلال دعوى التزيف، فإن الأمر يظل محدودا في ظل حصر الجهات التي يمكن لها تحريك دعوى التزيف الجنحية حيث نجد القانون 97-17 المغير والمتمم بالقانون 31.05 وبالقانون 23.13 المتعلق بحماية الملكية الصناعية قد حصر الأمر في

¹ محبوبى محمد: حماية حقوق الملكية الصناعية من التزيف، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 12، سنة 2007، ص 51.

² حلامي بدر: دعوى تزيف العلامة التجارية بين التشريع والقضاء، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، سنة 2014، ص 209.

³ القانون رقم 17-97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-00-19 الصادر في 15 فبراير 2000، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص 366، المغير والمتمم بقانون 31-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-05-190 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص 453، وكذلك المعدل والمغير بقانون 23-13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-14-188 بتاريخ 21 نونبر 2014، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6318، بتاريخ 18 دجنبر 2014، ص 8465.

⁴ الراضى سعيدة : حماية العلامة من خلال دعوى التزيف ودعوى المنافسة غير المشروعة، بحث نهاية التدريب للملحقين القضائيين، فوج 35، المعهد العالي للقضاء، سنة 2010/2008، ص 53.

⁵ الحلامي بدر: دعوى تزيف العلامة التجارية بين التشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 136.

أصحاب الحقوق بشرط أن يكون بحوزتهم حكم مدني بات، وكذلك النيابة العامة التي أعطى لها المشرع حق تحريك الدعوى تلقائيا في حالة إنتهاك حقوق صاحب العلامة التجارية أو الصناعية أو الخدماتية المسجلة كما هي على التوالي في المواد 154 و155 و225 و226 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية¹.

رغم إعطاء المشرع الصلاحية للنيابة العامة لتحريك الدعوى، فهو لم يحترم المنطق السليم إذ منح لأصحاب الحقوق في العلامة الحق في تحريك الدعوى العمومية الخاصة بالتزيف بوصفهم ضحية له، ولكن لم يعطي هذه الإمكانية للمستهلكين من خلال جمعيات حماية المستهلك رغم كونهم بدورهم من ضحايا فعل التزيف، إذ يشكل مسا بالحق في الاختيار لديهم، بل وقد يتعداه في الكثير من الأحيان إلى المساس بسلامتهم الجسدية نظرا لما تتصف به بعض المنتجات المقلدة من خطورة، مما كان على المشرع أن يمنحها هذه الإمكانية² على غرار التشريع الفرنسي الذي يخولها بشكل صريح هذا الحق بموجب قانون الاستهلاك³.

وفي ظل الحظر القانوني على جمعيات حماية المستهلك من مباشرة دعوى التزيف الجنحية فإننا نرى بأنه يمكن لها تقديم ملتمساتها في حالة وجود أفعال تشكل تزيفا الى النيابة العامة المختصة قصد تحريك هذه الأخيرة للدعوى تلقائيا. إذا كانت دعوى التزيف تحمل في عمقها بعد حمائي لصالح مستهلك العلامة من خلال ما يمكن أن يترتب عن الجزاءات المتولدة عنها من تحصين للحق في الاختيار، إلا أنها في ظل النصوص القانونية الحالية لا تستوعب وضعية مستهلك العلامة بشكل صريح من خلال تمكينه من ممارستها كما هو الأمر في بعض التجارب المقارنة من منطلق تضرر مصالحه كذلك بسبب التزيف.

¹ محبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 190.

² علاوش فهد: دور الملكية الصناعية في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 43.

³ CHAVANNE (A)/ BRUST(J):Droit de la propriété industrielle, 5ème édition, Dalloz, paris,1998, p 474.

الفقرة الثمانية: حماية مستملك العلامة عبر دعوى المنافسة غير المشروعة "سؤال المساهمة"
تعتبر المنافسة غير المشروعة حسب الفقيه أحمد شكري السباعي¹ هي كل تزاحم على الزبناء عن طريق استخدام وسائل منافية للقانون أو الدين أو العرف أو العادات أو الاستقامة التجارية أو الشرف المهني، ونظم المشرع المغربي الدعوى الناتجة عنها² في المادتين 184 و185 من قانون الملكية الصناعية.

ويمكن حصر تجليات الحماية الخاصة بمستملك العلامة على صعيد دعوى المنافسة غير المشروعة ثلاث نقاط أساسية تتعلق الأولى بصاحب الحق في إقامة الدعوى، والثانية بصورة الخطأ المشكل لفعل المنافسة غير المشروعة، وثالث التجليات يمكن رصدها على مستوى الجزاءات.

إن المدعي في دعوى المنافسة غير المشروعة هو كل شخص لحقه ضرر من جرائمها³، ذلك أن صياغة المادة 185 من قانون الملكية الصناعية جاءت عامة، مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية إثارة الدعوى من طرف المستهلكين؟

إن الفعل المشكل للخطأ جاء مدلوله في المادة 184 من القانون 17.97 بشكل موسع ويتصف بالعمومية⁴ من خلال اعتبار كل عمل يتنافى وأعراف الشرف في الميدان

¹ السباعي أحمد شكري: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، دراسة عميقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2011، ص 476.

² لتعمق في هذه الدعوى أنظر:

- السباعي أحمد شكري: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، المرجع السابق، ص 468 وما بعدها.

- مجبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 197 وما بعدها.

- مجبوبي محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها.

- معلال فؤاد: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثالثة، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2009، ص 250.

- RIPERT(G) / ROBLOT (R): Trait2 de droit commercial, Tome 1, Volume 1, 18ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence; Paris; 2001, P 590 -599.

³ مجبوبي محمد: مظاهر حماية حقوق الملكية الفكرية في ضوء التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 216.

⁴ السباعي أحمد شكري: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، المرجع السابق، ص 489.

الصناعي والتجاري عملاً مشكلاً للمنافسة غير المشروعة، مما يكمن معه القول بأن هذا التوجه يتماشى مع نظرة العميد RIPERT القائلة بوجود جعل غاية الدعوى هي تهذيب العلاقات بين المهنيين مراعاة للأعراف السائدة بينهم ويحدد الخطأ عندئذ بشكل واسع حسب الطابع القمعي أو التعويضي، بما من شأنه تحقيق نوع من الحماية للمتنافسين المغبونين وكذلك المستهلكين¹.

ولكن لقيام ركن الخطأ رغم مفهومه الموسع لأبد من ضرورة وجود منافسة²، مما يتنافى في العلاقة بين المهني والمستهلك بما يمكن الجزم معه بعدم أحقية المستهلك في ممارسة هذه الدعوى.

ومن جهة ثانية فالمادة 162 من القانون رقم 31.08 أعطت الحق للجامعة الوطنية للمستهلكين ولجمعيات حماية المستهلك أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة³.

وفي ظل كون أن الفعل المشكل للمنافسة غير المشروعة يكون في حد ذاته فعلاً غير مشروع، فإنه يكمن القول بأن جمعيات حماية المستهلك لها فقط الحق في طلب إيقاف الأفعال المشكلة للمنافسة غير المشروعة في الدعاوى الجارية دون الحق في إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفكر القانوني الألماني متطور بخصوص هذه النقطة حيث منح للمستهلكين والنقابات في قانون 21 يوليوز 1965 حق رفع دعوى وقف الأعمال المخلة بالمنافسة⁴.

¹RIPERT (G) /ROBLOT (R): Trait2 de droit commercial, Tome 1, Volume 1, op cit, p 592.

² محبوبي محمد: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية ولاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص 179.

³الفقرة الأولى من المادة 162 من قانون 31.08 بمثابة تدابير لحماية المستهلك التي تنص على:

" يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157، أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في عقد أو نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك."

⁴ السباعي أحمد شكري: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، المرجع السابق، ص 489.

وأما فيما يخص النقطة الثانية التي تعكس هذه التجليات، فنتجلى في كون أهم صور المنافسة غير المشروعة تتمثل في إحداث الخلط في أذهان الزبناء إذ يعتقد هؤلاء أنهم يقتنون العلامة التي يرغبون فيها، ويقع ذلك عندما يلجأ المنافس إلى استعمال وسائل تضليلية تؤدي إلى خلط علامة بعلامة أخرى¹، حيث أن المشرع في البند الأول من المادة 184 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية اعتمد مدى إمكانية إحداث خلط في ذهن المستهلك كمعيار² لقيام فعل المنافسة غير المشروعة، وهو ما كرسته محكمة النقض حين صرحت بأنه: "ولما كان القول بوجود منافسة غير مشروعة من عدمها يعد من مسائل الواقع، الذي للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في التثبت من قيامه، فإنها باعتبارها "أن تحدد وجود تشابه بينهما من شأنه أن يخلق لبسا لدى المستهلك العادي ويجعله يخلط بينهما إذا أن المقارنة التي أجرتها بين العلامتين أفضى فعلا لوجود هذا التشابه من خلال تضمنهما معا لحرف W وهو العنصر المميز لهما معا لدرجة تؤدي إلى الخلط بينهما، ومن ثم فلا عبرة بالفوارق الجزئية وأوجه الاختلاف الثانوية بينهما الناتجة عن إضافة كلمة... إلى علامة المستأنفة، خاصة وأن الشركتين معا تقومان بنشاط تجاري واحد وروادهما من السياح الأجانب الذين يخلطون أحيانا بين مصدر المنتوجين السياحيين بسبب حرف W المشترك بينهما"، أبرزت عناصر التشابه بين العلامة المستعملة من طرف الطاعنة وتلك المستعملة من طرف المطبوعة التي من شأنها إحداث

¹ معال فؤاد: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، المرجع السابق، ص 254.

² تظل مسألة التقدير خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهذا ما أكدته محكمة النقض بالتصريح بأن: "إن القول بوجود العناصر المكونة للمنافسة غير المشروعة من عدمها يعتبر من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ولها سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ولا رقابة عليها من طرف محكمة النقض كان تعليلها مستساغا ومبررا قرارها".

-قرار محكمة النقض عدد 1/19 ملف تجاري، عدد 2014/1/3/6، بتاريخ 14 يناير 2016 (قرار غير منشور).

نفس التوجه في قرار محكمة النقض عدد 1/237، ملف تجاري عدد 2012/1/3/1439، بتاريخ 7 ماي 2015 (قرار غير منشور).

ليس في ذهن الجمهور يبرر قيام منافسة غير المشروعة من لدن هذه الاخيرة"¹، مما يعبر على نوع من الحماية غير المباشرة للمستهلك عبر هذه الدعوى.

وكذلك عندما يسعى صاحب الحق في العلامة لحماية حقوقه عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة تساهم خصوصية الجزاء المقرر في تحقيق حماية للمستهلك، سواء على مستوى وقف الأعمال أو على مستوى نشر الحكم.

إن المحكمة عند ثبوت فعل المنافسة غير المشروعة ترتب عن الدعوى الحكم بوقف الأفعال المشكلة لها²، حيث أن هذا الوقف إذ كان يهدف بالأساس إلى حماية المصالح الاقتصادية لصاحب الحق، فهو يشكل كذلك حماية للمستهلك إذ كون استمرار الوضع المختل في السوق قد يؤثر على الحق في الاختيار لديه.

ومن جهة ثانية فالمشرع في المادة 209 من قانون حماية الملكية الصناعية نص على وجوب نشر جميع الأحكام الصادرة في الدعوى خاصة لهذا القانون³، وبالتالي شمول الأحكام المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة بهذا المقتضى بما يشكل نوعاً من الحماية للمستهلك من خلال تنبيهه إلى أخذ المزيد من الحيطة والحذر في المعاملات التي يقبل عليها.

وعليه يمكن القول بمساهمة دعوى المنافسة غير المشروعة في تحقيق حماية لمستهلك العلامة من خلال الجزاءات المترتبة عنها، لكن هذه المساهمة تنتصف بالمحدودية لإنعدام إمكانية ممارستها من طرف المستهلك أو جمعيات حماية المستهلك بالرغم من كل الأفعال المشكلة للمنافسة غير المشروعة التي تمس بحقه في الاختيار، مما يقتضي ضرورة العمل على التفكير في خلق وسائل قانونية لتجاوز ذلك.

¹ قرار محكمة النقض، عدد 1/149، ملف تجاري عدد 2012 /3/1713، بتاريخ 19 مارس 2015 (قرار غير منشور).

² محرر كمال: الحماية القانونية لحقوق الملكية الصناعية بالمغرب، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 151، سنة 2005، ص 257.

³ المادة 209 من قانون حماية حقوق الملكية الصناعية:

"تأمر المحكمة بنشر الأحكام القضائية التي صارت نهائية والتي صدرت طبقاً لأحكام هذا القانون."

خاتمة:

إن المقاربة القضائية لحماية المستهلك العلامة تتصف بتعدد المنافذ المسطرية المباشرة وغير المباشرة سواء على صعيد قوانين الإستهلاك التي لا تستوعب دور العلامة في العلاقة الإستهلاكية بشكل المطلوب، مما يجعلها لا تنسجم مع متطلبات الواقع بشكل المرغوب فيه، وعلى صعيد آخر فقانون حماية حقوق الملكية الصناعية إذ كان يوفر مجموعة من الدعاوى التي تحمل بعد حمائي فإنه بدوره لا يمنح لمستهلك العلامة دورا إيجابيا في تفعيل الآليات القضائية.

وفي ظل إجحاف النصوص بما يجعلها لا تساير متطلبات الواقع فإنه يكون من الضروري إستحضار في الأفق المنشود العلامة كوسيلة لتفعيل التواصل داخل السوق الإستهلاكية ضمن صلب قانون الإستهلاك مع ربط دورها بحصانة قضائية، وكذلك العمل على إعطاء جمعيات حماية المستهلك بشكل صريح الحق في إثارة الدعاوى ذات البعد الحمائي الواردة في قانون حماية حقوق الملكية الصناعية.

التعرضات على مسطرة التحفيظ.

ذ/ عبد الصادق دكير
دكتور في القانون الخاص

التحفيظ العقاري هو إخضاع العقار لنظام خاص، أي لظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون 14-07، الذي يترتب عليه تأسيس رسم عقاري نهائي وبطلان ما عداه من الرسوم الأخرى، وتطهير الملك من جميع الحقوق الغير منظمة بالسجل العقاري.¹ و ملل كانت مرحلة ما قبل اتخاذ قرار التحفيظ، مرحلة غير يقينية وتجعل السندات المدعمة لمطلب التحفيظ بداية حجة، فإنه يبقى من حق كل من ادعى بأن مطلب التحفيظ الذي تقدم به غيره، سيؤدي إلى المساس بمصلحه العينية أن يتقدم بتعرض على هذا المطلب داخل الأجل المحدد قانونا².

إن مسطرة التعرض خلال المرحلة الإدارية تعد ذات أهمية بالغة في المحافظة على الحقوق العقارية لأنها قد تنتهي أحيانا بتحفيظ العقار من طرف المحافظ، فهذا الأخير يقوم قبل إرسال الملف إلى المحكمة بالمبادرة إلى إقامة الصلح بين الأطراف، أي طالب التحفيظ والمتعرض إذا سمحت طبيعة النزاع بذلك.

ولكي يكون التعرض صحيحا ومنتجا لكافة أثاره، يجب أن يستجمع طلب التعرض شروطه الشكلية والجوهرية، لأن أي تعرض لا يخضع لهذه الشروط ز الأجل المنصوص عليها قانونا يخول للمحافظ الحق في اتخاذ قرار برفضه أو إلغائه.

ولقد حدد المشرع المغربي أجل التعرض العادي في الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 07-14 في شهرين ابتداء من نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية³، لكن إذا انصرم هذا الأجل يسقط الحق في التعرض، إلا أن

¹-محمد خيربي التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء 1980 ص 30

²- بشرى عليوش، التعرضات على مطلب التحفيظ العقاري بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم شهادة الماستر كلية الحقوق بمراكش برسم سنتي 2010/2011 ص 14

³-تنص الفقرة الأولى من الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 14-07 على ما يلي: " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقارات مطلب تحفيظه ان يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين بيتدى من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل."

المشروع كان أكثر مرونا حين أوجد استثناءات تمكن طالب التعرض من تقديمه خارج الأجل.

ونظرا لأهمية التعرض فقد أولاه المشرع عناية خاصة وتعرض لأحكامه ضمن الفصول من 24 إلى 51 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بقانون 14-07. وتجدر الإشارة إلى كون مسطرة التعرضات تتميز بخصوصيات معينة وأجال محددة.

ولذلك وجب علينا الحديث عن القواعد المسطرية للتعرضات (المطلب الأول)، ثم قرار المحافظ بشأنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد المسطرية للتعرضات.

إذا كان المشرع قد منح لكل شخص الحق في التعرض على مطلب تحفيظ مس أحد من حقوقه، فإنه في مقابل ذلك أوجب عليه احترام مجموعة من الإجراءات، لذا يجب تقديم التعرض من طرف الأشخاص الذين يثبت لهم الحق في ذلك (الفقرة الأولى) تم تقديمه وفقا للشكل المنصوص عليه قانونا، وله وجهات محددة (الفقرة الثانية)، وإلى جانب ذلك احترام الشخص المتعرض الأجل الممنوح له (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: نطاق التعرض.

1- نطاق التعرض من حيث الأشخاص.

من خلال الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري نجد أن المشرع لم يحدد الأشخاص الذين يحق لهم التعرض على مطلب التحفيظ، بل نص على ذلك بصفة مطلقة قد جاء على الشكل التالي: "يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض..."

يستنتج من خلال هذا الفصل أنه يحق لأي كان أن يتدخل في أعمال التحفيظ عن طريق التعرض إما أصالة أو نيابة شريطة الإثبات في حالة النيابة.

وفي نفس السياق نجد أن الفصل 26 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه يمكن تقديم التعرض نيابة عن القاصرين وفاقدي الأهلية وناقصيها وعن المفقودين وذلك من طرف ممثلهم القانونيين شريطة إثبات نيابتهم القانونية أو وكالتهم¹.

ولما كان التعرض بمثابة إدعاء، حيث أن الدعاوى في قضايا التحفيظ لا ترفع بمقال افتتاحي للدعوى، وإنما عن طريق تقديم تعرض أمام المحافظ على الأملاك العقارية، فإنه يجب توفر الشروط الثلاثة المنصوص عليها في الفصل 1 من ق.م.م.²

والملاحظ أن تقديم التعرض أمام المحافظ لا يستلزم توفر شرط الصفة عندما أتاح تقديمه عن طريق النيابة فسلطة المحافظ تتف عند حد مراقبة هوية النائب وكذلك من خلال تقديمه عن طريق الأصالة وما دام المحافظ يقبل التعرض بناء على التصريحات وكذلك من خلال تعرضهم أمام المساح الطبوغرافي.

أما بخصوص شرط المصلحة فهي أمر خارج عن نطاق اختصاص المحافظ لاعتباره سلطة إدارية. ففي فرض تقديم التعرض من قبل أشخاص لا مصلحة لهم وهو ما يسمى بالتعرض الكيدي والذي يمكن تعريفه بأنه كل تعرض يكون المتعرض مبطلاً في دعواه لم يقصد بها إلا مضارة خصمه والنيل منه³.

وقد أتى الفصل 48 من ق.م.م. رقم 14-07 بمستجد بخصوص هذه النقطة حيث شدد من الجزاء الذي قد يطال المتعرض عن سوء النية للحد من التصرفات التي تمس بالحقوق وبمصادقية نظام التحفيظ العقاري الذي يلجأ إليه المواطنون للحفاظ على حقوقهم⁴.

¹-محمد خيربي : التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، رسالة ماستر الطبعة الأولى 1983 مطبعة النجاح الجديدة البيضاء.

²-الفصل 1 من ق.م.م. ينص على ما يلي: «لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه...»

³- الفصل 48 منق 14-07

⁴- مذكرة رقم 5829 الصادر بتاريخ 2001/12/25، بشأن التعرضات أنظر الملحق.

والتعرض ليس وقفًا على الأشخاص الطبيعية بل يمكن مباشرته حتى من طرف الأشخاص المعنوية، فالدولة لها حق التعرض على مطلب تحفيظ يمس بأحد أملاكها ويمكن للغير أيضا التعرض عليها.

وإذا كان الأصل هو قيام بكل شخص بمباشرة التعرض بالأصالة عن نفسه، فيمكن تقديمه باسم الغير بواسطة نيابة اتفاقيه او نيابة قانونية، تلك التي تكون عن القاصرين وفاقدي الأهلية زو الغائبين والمفقودين وذلك الأوصياء والممثلين الشرعيين، وكيل الملك والقاضي المكلف بشؤون القاصرين واليتم على أموال الغائبين والمفقودين. وهكذا فالمرشع المغربي فتح باب التعرض على مصراعيه رغبة منه في منح أكبر قدر من الضمانات لمن يمكن أن يكون فحوى مطلب التحفيظ ضار بحقوقه العينية العقارية.

وتكمن أهمية اتساع نطاق الأشخاص الذين بإمكانهم تقديم التعرض في حماية حقوق الغير من تأسيس رسوم عقارية عن طريق التحفيظ غير قابلة للطعن إلا ان المرشع اشترط من خلال الفصل 26 من ق 14-07 في أي شخص يقدم تعرضا باسم الغير أن يثبت هويته وإن كان يتعرض بصفته نائبا قانونيا ووكيل أن يبرز ذلك بالإدلاء بوثائق صحيحة وأن يعطي البيانات المقررة في الفصل 25 من القانون 07-14¹ وأن يدلي برسوم الارائة عندما يتعلق الأمر بشركاء على الشيعاء.

وقد يرى البعض من الباحثين أن التعرض باسم الغير قد يكون فيه إجحاف وضرر بالمتعرض باسمه، كما لو طالب يكون فيه إجحاف وضرر بالمعترض باسمه، كما لو طالب النائب بحقوق أقل مما كان سيطلب بها للأصل أو تعرض بشخصه ولا يتماشي ذلك مع قاعدة التطهير حسب قولهم.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن المرشع قد وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم تقديم تعرض، وهذا ما يشكل ما بين كل ضمانات لأصحاب الحقوق العينية العقارية وتأسيس رسوم عقارية على بيانات واضحة.

¹ - الفصل 26 من ظ.ت.ع والفصل 25 من ظهير التحفيظ العقاري.

2 نطاق التعرض من حيث الحقوق.

إن الغاية من وضع قانون التحفيظ العقاري هو حماية حق الملكية وضمان استقرار هذا الحق الذي يعتبر من أهم الحقوق العينية، وهكذا فإن حق التعرض مسموح به فقط لمن يدعي ملكية حق من الحقوق العينية التي قد تترتب على عقار دون الأشخاص الذين قد يدعون ملكية حق شخص، وهذا يعني أن التعرض لا يقبل إلا من أصحاب الحقوق العينية انسجاماً مع نظام الشهر العيني الذي قد أخذ به المشرع المغربي.

لا يمارس التعرض مبدئياً إلا في مواجهة طالب التحفيظ في حدود نطاق العقار المزمع تحفيظه، وعليه فلا يمكن للمتعرض المطالبة بحقوق ليست موضوع مطلب التحفيظ كما أنه لا يمكن أن يمارس التعرض في مواجهة متعرض آخر وذلك إذا انقسمت مجموعة من المتعرضين إلى قسمين كأن تقوم مجموعة من الورثة بتعرض على مطلب تحفيظ خلفه مورثهم ثم يقوم أحد الورثة ينازع حق وارث آخر متعرض¹ وبالرجوع إلى الفصل 24 من ظ.ت.ع فإن المشرع المغربي حدد الحقوق التي تمكن التعرض عليها وهي كالتالي:

1-2: إما في حالة نزاع بشأن وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار.

2-2: وإما في حالة الادعاء في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه.

3-2: في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقاً للفصل 84 من القانون 07-14. بالنسبة للحالة الأولى أي حالة المنازعة في شأن وجود حق ملكية العقار موضوع مطلب التحفيظ يمكنه أن يقدم تعرضاً شاملاً كل الوعاء العقاري.

ويسمى بالتعرض الكلي ويمكن أن يشمل فقط جزء من العقار ويسمى تعرض جزئي والذي يستلزم وعاءه إما أثناء أداء عملية التحديد أو عن طريق تحديد تكميلي لاحق.

¹- محمد خيربي م.س ص 171.

أما بخصوص النزاع بشأن الحدود فإن المتعرض يهدف إلى تعديل حدود عقار طالب التحفيظ الذي قد يكون مطلبه جزء من عقار المتعرض.

أما بخصوص علاقة التعرض بدعوى الاستحقاق (فيعتبر التعرض على مطلب التحفيظ دعوى استحقاق بامتياز يطالب من خلالها المتعرض بحق من الحقوق العينية القابلة للتقييد بالرسم العقاري سواء كانت أصلية أو متفرعة عن حق الملكية أو تكاليف عقارية ويمكن أن يقدم التعرض بصفة شخصية أو بواسطة وكيل¹.

وبالتالي لا يمارس التعرض إلا في مواجهة طالب التحفيظ وفي حدود نطاق العقار المزمع تحفيظه.

والملاحظ بخصوص الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري في حدود الفقرتين الأولى والثانية، أن الفقرة الثانية شاملة للفقرة الأولى، فعندما ينازع المتعرض في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار فهو يدعي استحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه وهو حق الملكية، إذا لا يمكن أن يكفي المنازعة في الحق المدعى به دون أن يطالب باستحقاق لهذا الحق.

أما بخصوص الحالة الثالثة وهي في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84 من القانون 07-14 فهي أهم مستجد أتى به هذا القانون وتتمثل في أن المحافظ على الأملاك العقارية كان يعمل على تضمين الإيداع في مطلب التحفيظ متى تلقى المودع الحق من طالب التحفيظ أو من احد طلاب التحفيظ إن تعددوا.

ويبقى الإيداع على الإيداع متى تخلى المودع لفائدة خلفه عن حق وقع إيداعه² ولعل هذه الحالة أو الصورة من صور التعرض من أهم المستجدات التي أتى بها القانون 07-14 فيما يخص التعرضات على مطالب التحفيظ، رغم أنه كان لها وجود عملي في غياب النص القانوني، وذلك بالخصوص عند المطالبة باستحقاق المبيع بالشفعة حيث

¹- عمر أزوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14/07 ومدونة الحقوق العينية ص 19 الطبعة الأولى 2012، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء.

²- عمر أزوكار... " قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 07-07.

كانت تسجل هذه المطالبة على شكل تعرض على البيع المودع طبقا للفصل 84 من ظ3ت.ع.

إلا أن هذا المستجد سي طرح إشكالات عديدة من الناحية العملية من شأنها تعقيد المسطرة ذلك أن الإيداع تبعا للفصل 84 من ظ.ت.ع ليس مقرونا بأجل خلاف للتعرض¹. هنا هل سنقول بفرضية قبول التعرض خارج الأجل، وإن أجبنا بنعم هل سيكون قبول التعرض أو رفضه من طرف المحافظ على الأملاك العقارية على نفس أسس ومقتضيات الفصلين 27 و29، أليس ذلك إجحافا للمقدم على التعرض الذي لم يبدأ حقه إلا بعد انتهاء الأجل العادي للتعرض.

أليس من شأنه كذلك ان يطيل أمد مسطرة التحفيظ، وماذا لو اتخذ المحافظ قراره بالتحفيظ بعد إيداع ما طبقا للفصل 84 من نفس اليوم، خاصة وأنه ليس من مقتضى قانوني يمنعه من ذلك، بل هو مقيد بأجل قصير تبعا للفصل 30 من ظهير التحفيظ العقاري في حال عدم وقوع أي تعرض وسلامة الإجراءات شرعية الطلب وكفاية الحجج.

فما مآل الشخص المقدم على التعرض على هذا الإيداع بعد التحفيظ هل سيواجه بمبدأ التطهير؟ نعم، كما نتساءل عن مدى جدوى التعرض على إيداع بعد إرسال المطلب إلى المحكمة لبحث في تعرض سابق.

فإن كان هدف المشرع هو الموازنة بين عدم إطالة المسطرة وحماية الحقوق بما في ذلك حقوق الغير المتضرر من إيداع طبقا للفصل 84 من ظ3ت.ع كان من الأولى أن يعمل على تعديل كيفية شهر الحقوق المكتسبة أثناء عملية التحفيظ ويُلغى الازدواجية باقتصارها على الفصلين 83 و84 والعمل على إيجاد طرق أخرى لشهر الحقوق العينية تكون أكثر تيسرا وتتيح إمكانية التعرض الذي هو آلية لحماية حقوق الغير.

الفقرة الثانية : شكل التعرض والجهات التي يقدم إليها.

14 - منشور في مجلة المنبر القانوني، أمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع

القضاء المدني يوم 2012/05/05 بتنزييت العدد 1، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012. تنمة ل ص.8.

يعتبر الشكل الذي يقدم به التعرض من أهم ما يستند عليه المحافظ أثناء البحث في التعرض بالقبول أو الرفض، فهل استطاع المشرع المغربي أن يقدم ضمانات لحماية حق الملكية من خلال تنظيمه لشكل التعرض.

أولاً: شكل التعرض

فالمشرع المغربي من خلال مقتضيات الفصل 25 من ظ.ت.ع¹ لم يلزم تقديم التعرض كتابة بل يمكنه حتى مشافهة من قبل المتعرض امام المحافظ على الأملاك العقارية وكما يقدم إلى المهندس الطبوغرافي أثناء عملية التحديد. وسواء تم التصريح بالتعرض كتابة أو مشافهة فإنه يخضع لنفس الإجراءات ويشتمل على نفس البيانات حيث يحرر محضر بحضور المتعرض على نسختين تسلم له نسخة منها.

وإذا تم التعرض لدى المحافظ على الأملاك العقارية يسجل بسجل الإيداعات² مع الوثائق والحجج ووسائل الإثبات التي يعتمد عليها في إثبات ادعائه. وهذا يدل على أن المشرع المغربي بسط هذا الإجراء وذلك تماشياً مع انتشار ظاهرة الأمية بالمغرب خاصة في العالم القروي، حيث إن تقديم التعرض بشكل شفوي يسهل مأمورية الموظف في التواصل مع المتعرض. فالتعرض سواء قدم كتابة أو شفاهة، فإنه جب بيان الحقوق المطالب بها أو المتعارض عليها، وذكر الرسوم والوثائق التي تؤيد تعارضه بشكل دقيق لان من شأن إعطاء بيانات مغلوبة أن توقع المتعرض في تناقض مع الحجج والمستندات التي سيقدمها تأييداً لتعرضه، مما سينعكس سلباً أثناء المرحلة القضائية.

ثانياً: الجهات التي يقدم إليها التعرض.

المستجدات التي تضمنها القانون 14-07 أنه حصر الجهات التي يمكنها تلقي التعرضات، فبعدما

¹ - الفصل 25 من ظ.ت.ع.

² - المختار بن احمد عطار، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي الطبعة الأولى 2008 مطبعة النجاح الجديدة البيضاء.

أصبح المتعرض ملزم بتقديم تعرضه فقط أمام المحافظ على الأملاك العقارية أو أمام المساح المنتدب أثناء قيامه بعملية التحديد للملك موضوع مطلب التحفيظ. وهذا تماشيا مع تعديل آخر حيث تم الاستغناء عن شواهد التعليق وتعويضها بمجرد الإشعار بالتوصل فقط.

وبالفعل فمن خلال الممارسة العملية نلاحظ أن هناك ندرة للتعرضات المقدمة لدى القائد أو رئيس المحكمة رغم أن المحافظ كان ملزما بانتظار توصله بشواهد التعليق من السلطتين (أي القائد ورئيس المحكمة) حتى يتمكن من مواصلة إجراءات المسطرة. وعليه فالمشرع المغربي كان أكثر تنبها بحصره للجهات التي تتولى التعرض في المحافظ والمهندس المساح أثناء عملية التحديد، هذا الأخير الذي اشترط فيه كذلك أن يكون مهندسا مساحا طبوغرافيا مقيدا في جدول الهيئة الوطنية للمساحين الطبوغرافيين.

وبالتالي فمهمة المهندس المساح ليست بالهينة وإنما تستدعي مهارات قانونية محكمة بالإضافة إلى إنجاز عملية التحديد¹ وتماشيا مع ذلك نجد مذكرة المحافظ العام ومدير المسح العقاري تحت عدد 014712 الصادر بتاريخ 2010/12/20، والتي تمنع على المهندس المساح تلقي أي تعرض في حال كون محضر التحديد سلبيا. لذلك يتعين تكوين المهندسين المساحين بالإضافة للتكوين التقني تكوينيا قانونيا.

الفقرة الثالثة : أجل التعرض وصوره

أولا : أجل التعرض.

إن الأجال من الناحية الفقهية هي الفترة الزمنية المحددة قانونا لممارسة الحق أو المطالبة به، ويؤدي انقضاؤها إلى بطلان ملك الممارسة أو عدم قبول المطالبة بها.

¹ - نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14-07 سلسلة 4 أنظمة المنازعت العقارية منشورات مجلسة الحقوق، العدد 6 ماي 20/2، ص 45-46-47 مطبعة المعارف الجديدة الرباط.

ومن الناحية القانونية هي مدد حددها المشرع بنص وأوجب القيام بالإجراء داخلها أو بعد نهايتها، ويترتب عن ممارسة الإجراء داخل الأجل القانوني سقوط الحق¹. وطبقا للفقرة القانونية الأولى من الفصل 24 من ظ.ت.ع التي تنص على أنه :

"يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل..."

الأصل أن التعرضات تقبل ابتداء من تاريخ تقديم مطلب التحفيظ لكن إذا تم التحديد وقام المحافظ بنشره، فإن المتعرض يصبح مقيد بتقديم تعرضه داخل أجل شهرين، ابتداء من نشر الإعلان بانتهاء التحديد بالجريدة الرسمية.

المشرع المغربي حدد آجالا عادية للتعرضات، وهي شهرين من يوم نشر إعلان بانتهاء التحديد بالجريدة الرسمية، وأن أي تعرض لا يقبل بعد انقضاء هذه المدة ما عدا في الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في الفصل 29 من ظ.ت.ع. المعدل والمتمم بالقانون 14-07.

فكل شخص تعذر عليه تسجيل تعرضه لسبب معقول داخل الآجال العادية المنصوص عليها في الفصل 24 المذكور آنفا، يرخص له بتسجيل تعرض داخل الأجل القانوني بصفة استثنائية شريطة توافر مجموعة من الشروط كما سيأتي بيانها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ولقد خصصنا المبحث الثاني للتعرض خارج الأجل، لكونه يطرح مجموعة من إشكالات التي تحتاج إلى الشرح والتفسير.

عموما فالتعرض سواء تعلق بتعرض عادي أو بتعرض خارج الأجل، فهو تعرض واحد يختلف فقط في الآجال المقررة.

¹- التعرضات على مطلب التحفيظ العقاري بين النظرية والتطبيق، رسالة ماستر من انجاز الطالبة بشرى عليوش، كلية الحقوق بمراكش برسم سنة 2010/2011 ص 22.

ثانيا: صور التعرض.

فمن خلال تعريف التعرض الذي هو ادعاء يتقدم به أحد من الغير ضد طالب التحفيظ بمقتضاه ينازع المتعرض في أصل حق ملكية طالب التحفيظ، أو في مدى هذا الحق، أو في حدود العقار المطلوب تحفيظه، أو يطالب بحق عيني مترتب له على هذا العقار وينكره عليه طالب التحفيظ الذي لم يشير إليه في مطلبه¹.

و بالرجوع لإلى الفصل 24 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14-07 أنه لم يضع موانع وقيود في مواجهة من يرغب في ممارسة التعرض بل جاء بصيغة عامة كما أنه حدد موضوع التعرض في المطالبة بالحقوق العينية متى كانت قابلة للتقييد في الرسم العقاري².

وبالتالي فالمنازع في شأن وجود حق ملكية العقار موضوع مطلب التحفيظ يمكنه أن يقدم تعرضا شاملا كل الوعاء العقاري لمطلب التحفيظ ويسمى بالتعرض الكلي ويمكن للمحكمة أن تقضي بصحة التعرض في مجموعه، أو في جزء منه أو بعدم صحته حيث جاء قرار لمحكمة النقض عدد 647 المؤرخ في 21-02-2007 ملف مدني عدد 1-1-953 غير منشور

كما يمكن أن يشمل فقط العقار ويسمى بالتعرض الجزئي والذي يستلزم تحديد وعائه إما أثناء إجراء عملية التحديد أو عن طريق التحديد التكميلي، ويكون النزاع بشأن مدى حق الملكية كما لو كان الأمر يتعلق بعقار مملوك على الشياخ وطالب أحد الملاك تحفيظ العقار المشترك بنسبة تتجاوز حصته الحقيقية حيث قد يكون طالب التحفيظ ادعى لنفسه نصيبا أكبر من نصيبه، فيحق لشريكه رفع تعرض يطالب فيه بتصحيح نصيب طالب التحفيظ بهذا الملك ويسمى هذا التعرض بالتعرض على حقوق مشاعة.

أم فيما يخص النزاع بشأن الحدود فإن المتعرض يهدف من خلال تعرضه إلى تعديل حدود عقار طالب التحفيظ الذي قد يكون مطلبه شاملا جزء من عقار المتعرض.

¹- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتمعننية في ضوء التشريع المغربي الجزء الأول التحفيظ العقاري ص 47 الطبعة الثانية مطبعة النجاح الجديدة البيضاء.

²- أزوكار عمر، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون 14-07 ومدونة الحقوق العينية ط الأولى 2012 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص116.

وقد يكون موضوع التعرض الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسوم العقارية الذي سيقع إنشاؤه هنا يجب تحديد الوعاء العقاري الذي ينصب عليه الحق العيني المدعى به إما أثناء إجراء عملية التحديد أو عن طريق تحديد تكميلي. وبالتالي لا يمارس التعرض مبدئياً إلا في مواجهة طالب التحفيظ وفي حدود نطاق العقار المراد تحفيظه، فلا يمكن أن يقدم التعرض في مواجهة متعرض آخر لكن يمكن للمتعرض أن يتجاوز المطلب الذي حدده المتعرض كما لو انصب تعرض كلي على مطلب وكان أو أصبح هذا الأخير في تعرض متبادل كلي أو جزئي مع مطلب آخر، حين يمتد هذا التعرض على كلا المطلبين وهو ما يسمى بالتعرض الانعكاسي.

كما أن التعرض قد يتم بطريقة تلقائية وذلك في حالة تراكب كما لو تم تقديم مطلبين على نفس العقار فيحدث تراكب كلي أو جزئي فنكون أمام تعرض كلي أو جزئي متبادل، وإمكانية فتح مطلبين على نفس الوعاء العقاري تكون مقبولة مادام لم ينشر بعد إعلان انتماء التحديد للمطلب الأول للجريدة الرسمية.

كما ينبغي تحديد وعاء التعرض، هذا التحديد لا يثير إشكالا في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابلا للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه، بخلاف لو أن المنازعة تطال جزء من العقار حيث يستتبع ذلك وجوب تحديد وعاء التعرض أثناء عملية التحديد أو تبعا لتحديد تكميلي والملاحظ بخصوص الفصل 24 من ظ.ت.ع أنه عندما ينازع المتعرض في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار أو في حالة التعرض على إيداع كما تم التطرق إليه في الفقرة الخاص بنطاق التعرض من حيث الحقوق فإنه يدعي استحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه وهو حق الملكية إذ لا يمكنه أن يكتفي بالمنازعة في الحق المدعى به دون أن يطالب باستحقاقه لهذا الحق وما العقار في هذا الطرح إلا موضوع مباشر لحق الملكية، وما حق الملكية إلا احد الحقوق العينية القابلة للتقييد بالرسم العقاري الذي سيتم تأسيسه.

المطلب الثاني:، قرارات المحافظ بشأن التعرضات.

إن تقديم طلب التعرض إلى المحافظة العقارية يفرض على المحافظ اتخاذ قرار بشنه وذلك أما بقبوله أو برفضه أو بالغاءه.

الفقرة الأولى: قبول التعرض.

إن قبول التعرض من قبل المحافظ يعني أن طلب التعرض استوفى لجميع الشروط الشكلية والجوهرية، الشئ والذي يفرض على المحافظ على الأملاك العقار الشروع في مسطرة التبليغ المنصوص عليها في الفصل 31 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14-07 ففي حالة التعرضات يلزم على المحافظ على الأملاك العقارية أن يبلغ فوراً طالب التحفيظ بنسخة من محتويات ذلك الطلب وذلك من أجل الموافقة على التعرض خلال أجل شهر من تقديم التعرض، بحيث يكن لطالب التحفيظ الإطلاع على الوثائق والمستندات المؤيدة لطلب التعرض بالمحافظة العقارية وموقف طالب التحفيظ من التعرض لا يخرج عن حالتين.

الحالة الأولى: إثبات رفع التعرض

إن رفع التعرض هي أن يتقدم المتعرضون بطلب خطي إلى السيد المحافظ على الأملاك العقارية يفيد إلغاء التعرض، حيث يقوم المحافظ بإثبات ذلك في محضر تقرير الحضور بعد التأكد من هويتهم.

وفي حالة رفع التعرض من قبل المتعرضين فإن المحافظ يقوم بإتمام إجراءات التحفيظ وتأسيس رسم عقاري لكن هناك حالات يصعب فيها إزالة التعرض وذلك سواء من طرف طالب التحفيظ أو من طرف المتعرض كما في حالة تقديم التعرض من طرف الوصي أو النائب القانوني أو الوكيل الذين يلزمون بعد إثبات صفتهم عند إقامة التعرض من خلال الحصول على إذن من الجهات المأخوذ لها وذلك بإزالة التعرض.

— ثم ماهو الحل إذا تقدم الوصي أو المقدم بالتعرض ثم بعد ذلك أراد رفعه فهل يوضع هذا الرفع بدوره لأن القاضي وفقاً للمادة 271 من مدونة الأسرة¹ وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تمنع على الوصي أو المقدم القيام بتصرفات حددتها على سبيل الحصر مالم يحصل على إذن من القاضي.

¹ - المادة 271 من مدونة الأسرة « لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين...» (2) المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، التدخل من طرف ذة ابتسام فهيم ذ حميد كمال قاضيان بالمحكمة الابتدائية ببني ملال ص 167-168 بتاريخ 20 - 27 أبريل 2007 مطبعة الأمنية الرباط.

الحالة الثانية : التصريح بقبول التعرض

إذا كان المتعرض محققا في تعرضه ورأى طالب التحفيظ أن من مصالحته إلا القبول وأن الحجج التي أدلى بها المتعرض مؤيدة لتعرضه فعلي طالب التحفيظ أن يصرح بقبول التعرض في غضون شهر من تاريخ توصله بنسخة من محتوى التعرض حيث يدون المحافظ ذلك في محضر من خلال تقرير الحضور ويوقعه طالب التحفيظ بإيداع تبعا لهذا التصريح وإذا انقضت مدة الشهر دون أن يدلي بتصريح يثبت صحة التعرض وقبوله فإن المحافظ يعتمد إلى محاولة الصلح بين الطرفين وذلك قبل توجيه الملف إلى المحكمة.

الفقرة الثانية : رفض التعرض

ينص الفصل 27 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 14-07 على أن التعرض لا يقبل إلا بعد انصرام شهرين من تاريخ نشر انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية إلا على سبيل الاستثناء المنصوص عليه في الفصل 29 من نفس القانون، ومن خلال هذا الفصل نجد أن المشرع حدد مجموعة من العناصر الواجب توفرها لأخذ قرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل وهي كالآتي:

العناصر التي يبني عليها قرار المحافظ بشأن التعرض المقدم خارج الأجل

بقراءة للفصل 29 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14-07 يتضح أن للمحافظ السلطة التقديرية في اتخاذ قراره بقبول التعرض المقدم خارج الأجل أو رفضه، لكن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بمجموعة من الضوابط التي إذا ما عملنا على محاولة فهمها في ضوء الفصل 27 الذي يجعل قبول التعرض حالة استثناء تصير باعتماد مفهوم المخالفة للفصل 29 مؤشرات يتخذها المحافظ على الأملاك العقارية قرار الرفض في ضوءها. وعليه فقرار رفض التعرض يمكن أن يتحقق في حالة توجيه الملف إلى المحكمة.

أولا: كما يبني على عدم إدلاء المتعرض بالوثائق التي شهد على الأسباب المبررة لتخلفه عن تقديم تعرضه داخل الأجل ثانيا: أو عدم الإدلاء بالوثائق المؤيدة للتعرض.

أولا توجيه الملف إلى المحكمة.

من بين التعديلات التي أتى بها القانون 14-07 هي حصر الجهة الوحيدة التي تختص بالنظر في التعرض الاستثنائي بعد أن اعتبر قبوله لا يتم إلا بتوفر شرط عدم

توجيه الملف إلى المحكمة مما يعني سحب الاختصاص للنياحة العامة، فباعتماد جد مفهوم المخالفة للفصل 29 من ظ.ت.ع المعدل والمتمم بالقانون 14-07 يتضح أن المحافظ على الأملاك العقارية لا يبقى له خيار بشأن التعرض إلا اتخاذ قرار برفضه وفي هذه الحالة يتقرر الرفض بغض النظر عن توفر التعرض على السندات والعقود المؤيدة لدعائه أو إدلائه بالوثائق الدالة على الأسباب التي منعت من تقديم التعرض خلال الأجل.

وإذا كان الهدف من التعديل المذكور هو تسريع مسطرة التحفيظ من خلال التضييق من نطاق قبول التعرضات الاستثنائية، فإنه يقلص من الضمانات الممنوحة للأفراد من الأجل الدفاع عن حقوقهم التي فتضيع بسبب تأسيس الرسم العقاري ذي القوة التظهرية المطلقة، بعد تفويت إمكانية التعرض عليهم عند توجيه الملف إلى المحكمة فكان من الأحرى أن يتاح التعرض حتى في هذه الحالة خاصة وأن بعث الملف إلى المحكمة يفيد أن تعرضات سابقة قد تمت على مطلب التحفيظ مادام أن انتقال المسطرة إلى المرحلة القضائية قد أبح واقعا بعد عرض الملف أمام المحكمة¹.

ثانيا : عدم إداء المتعرض بالوثائق المبينة للأسباب المانعة من تقديم التعرض داخل الأجل.

ومن بين التعديلات الواردة كذلك بالقانون 14-07 هي التنصيص على إلزامية المتعرض خارج الأجل ببيان الأسباب التي منعت من تقديمه لتعرضه داخل الأجل القانوني ولا يكفي أن يتم ذكر هذه الأسباب مشافهة بلا ينبغي الإدلاء بالوثائق المبينة لها وهو أمر صعب التحقق من الناحية العملية إذا غالبا ما لن يتييسر للمتعرض الحصول على وثائق مكتوبة تشهد على الأسباب المبررة لتخلفه عن القيم بهذا التعرض داخلا الأجل.

إن اعتبار قبول التعرض خارج الأجل ينتهي من المحافظ أن يرفض التعرض في كل الأحوال التي لا يبرر فيها المتعرض تخلفه عن تقديمه خلال الأجل بالرغم من توفره على الوثائق المؤيدة لتعرضه، لكن فهم هذا المقتضى في إطار مراعاة وحماية حقوق المتعرضين حري بالمحافظ على الأملاك العقارية توفى المرونة عند تقديره للوثائق المدلى

¹ - مجلة القضاء المدني، إلغاء التعرض ورفضه في ضوء القانون رقم 14-07 دفتح الله الحمداني ص 76-77 العدد السابع السنة الرابعة 2013 مطبعة المعارف الجديدة - الرباط.

بها لتبرير أسباب التأخر المتنازع بها من قبل صاحب التعرض الاستثنائي، بل حري به أن يوجه تركيزه على السندات والعقود المدعمة للحقوق الموضوعية المدعى تبعا في التعرض فهي الجديرة بالاعتبار عند اتخاذ لقراره بالقبول أو الرفض.

بحيث لا يعقل أن يحرم صاحب الحق من إمكانية الدفاع عن مصالحه أمام القضاء في مواجهة طالب التحفيظ لمجرد أن أسباب حالت دون تقديمه لتعرضه داخل الأجل الشئ الذي يتنا في مع قواعد العدالة¹.

الفقرة الثالثة: إلغاء التعرض.

تتحدد حالات إلغاء التعرض من طرف المحافظ على الأملاك العقارية في حالتين اثنتين وهي عدم تقديم الوثائق والرسوم المؤيدة للتعرض، أو عدم أداء الرسوم القضائية ورسم المرافعة، أو عدم الإدلاء بها يفييد المساعدة القضائية².

بقراءة للفصلين 25 و32 من ظهير التحفيظ العقاري والمعدل والمتمم بالقانون 14-07 نجد أن المشرع ألزام المتعرض بأجل أقصاه انصرام الشهر الموالي لانتهاء اجل التعرضات قصد أداء صائر التعرض بالإضافة إلى الإدلاء بالحجج المدعمة لطلبه وقد رتب المشرع جزاء في حالة عدم قيام المستعرض بالإجراءات السابقة خلال الأجل القانوني بحين اعتبر تعرضه لاغيا وعديم الأثر، يعتبر هذا الإلغاء بقوة القانون دون توجيه اندار للمستعرض، فقد توخى المشرع من وراء ذلك تحقيق غاية وهي ردع المتعرضين سيئى النية وبالتالي محاربة التعرضات الكيدية.

الأستاذ بصري هشام من خلال كتابه مسطرة التحفيظ وإشكالاتها لأنها العملية مجموعة من المواخذات على الفصل من ظع المعدل والمتمم ما يلي:

❖ أن هناك لبس بخصوص موجبات إلغاء التعرض هل ينفي الجمع بينهما لتحقيق الأثر القانوني، أم لمجرد توفر احدهما؟

¹- نفس المرجع السابق مجلة القضاء المدني ص 78.

²- عمر أزوكار مستجدات التحفيظ في ضوء قانون 14-07 ومدونة الحقوق العينية ص142، الطبعة الأولى 2012 مطبعة النجاح الجديدة.

❖ بخصوص الفصل 32 أُلزم توافر شرطي عدم تحقق أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة ولحدا الإدلاء بالحجج لأجل ترتيب الأثر القانوني وهو إلغاء التعرض الشئ الذي اعتبره محرجا من الناحية التشريعية.

❖ قصر مدة شهر الممنوحة كأجل للمتعرض بعد انصرام أجل التعرض قصد استكمال إيداع تعرضه مع استحضاره الإمكانية التي يخولها المشرع للمتعرض وطالب التحفيظ للدخول في مرحلة تفاوض من أجل الصلح داخل نفس الأجل، أي قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاه اجل التعرض.

ويرى الأستاذ كذلك من بين المآخذ عدم حسم المشرع بخصوص مالكة المتعرض الذي يدلي بوثائق يرفقها بطلب تعرضه إلا أنها لا تنطبق على أرض الملك محل المنازعة لا موقعا ولا حدودا أولا تدل على التملك مطلقا.

وهكذا يصبح المتعرض مقيدا بأجل شهرين من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية، وإذا انصرام هذا الأجل يمكن أن يسقط حقه في التعرض وبالتالي يبقى له حق التعويض عن الضرر فقط دون الاستفادة أو الاعتراف بحقه في العقار موضوع مطلب التحفيظ.

الضرر القابل للتعويض أم القضاء الجنائي

الدكتور: البشير أزميم.

-أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية بتطوان.

-إطار سابق بوزارة الداخلية.

يعتبر موضوع: "الضرر القابل للتعويض أمام المحاكم الجنائية" من أهم المواضيع المهمة التي أثارت نقاشا فقها وقانونيا على مدار السنوات الأخيرة، وذلك لما يثيره الموضوع من إشكالات قانونية وعملية، سنحاول من خلال هذه الدراسة العملية المقتضبة أن نقف عن أبرز الإشكالات التي يثيرها الموضوع سواء تعلق الأمر بالشق القانوني أو القضائي، أو الواقع العملي. ومن تم، ارتأينا في مقدمة هذا البحث المقتضب أن تكون مناقشتنا لهذا الموضوع وفق الشكل الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالضرر في الفقه والقانون.

لقد حول المشرع المغربي الحق لكل من تضرر شخصيا لضرر مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة سواء كانت جنائية، أو جنحة أو مخالفة أن يقيم الدعوى المدنية التابعة أمام المحاكم الجزئية للمطالبة بالتعويض، إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانونا.

الفقرة الأولى: مفهوم الضرر في الفقه

يعتبر الضرر- إلى جانب الخطأ والعلاقة السببية- من الأركان الأساسية لقيام المسؤولية المدنية، سواء كانت تقصيرية أم عقدية، فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض.

ومن تم، فإنه لا مجال للحديث عن مسؤولية الشخص إلا بإثباته لعنصر الضرر.

والضرر عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة سنجملها على الشكل التالي:

- الضرر هو: «الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو

عاطفته، أو ماله، أو حريته، أو شرفه أو غير ذلك»⁽¹⁾.

• وعرف الضرر أيضا بأنه: «الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه، سواء كانت تلك المساءلة وفقا لقواعد المسؤولية الشيعية، أو وفقا لقواعد المسؤولية الشخصية»⁽²⁾.

• وعرفه الأستاذ مصطفى مرعي بقوله: «الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، أو ماله، أو شرفه أو عواطفه، وهو ثاني الأركان الثلاثة التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، فلا يكفي لوجود هذه المسؤولية المدنية أن يقع من المسؤول فعل خاطئ، وإنما يجب أن يترتب على هذا ضرر يصيب الغير، فإذا انتفى الضرر، فلا مسؤولية ولا تعويض»⁽³⁾.

• وعرفه أيضا الدكتور عبد القادر العرغاري بقوله: «الضرر هو كل ما يلحق المتعاقد من خسارات مالية وتفويت لفرص الربح بشرط أن يتصل ذلك اتصالا مباشرا بالفعل الموجب لهذه المسؤولية»⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: مفهوم الضرر في القانون.

لقد أعطى المشرع الحق لكل من تعرض شخصا لجريمة سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة أن يقيم الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض.

وعرف المشرع المغربي الضرر بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل: 264 من ق.ل.ع، بما يلي: «الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية، وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ

¹ - سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني"، دار الكتب القانونية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1998، ص: 133.

² - انظر: أحمد الفقيه التطواني: "نظرية المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء غير الحية في ضوء الفقه الإسلامي"، مكتبة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2004، ص: 317.

³ - انظر: مصطفى مرعي "المسؤولية المدنية في القانون المصري"، الطبعة الأولى، سنة 1936، ص: 118.

⁴ - عبد القادر العرغاري: "مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الخامسة، ص: 50.

المدين أو تدليسه».

وعرف الفصل:77 من ق.ل.ع على ما يلي:"كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

ونصت المادة:7 من ق.م.ج على ما يلي:" يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنائية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصيا لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة المباشرة...".
الفقرة الثانية: أنواع الضرر القابل للتعويض.
الضرر الذي يستوجب التعويض قد يكون ماديا، أو معنويا.

1- الضرر المادي:

الضرر المادي هو: «الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية»⁽¹⁾، فكل ضرر يمس بمصلحة مالية للشخص، أو يخل بها، ويسفر ذلك المساس أو الإخلال عن خسران مالي يصاب به ذلك الشخص يعتبر ضررا ماديا صرفا.

وإلى ذلك أشار الفصل: 98 من ق.ل.ع. المغربي الذي جاء فيه:

«الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا، والمصروفات الضرورية التي اضطر، أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل...».

وبالنسبة لضرب أمثلة على الضرر المادي في الميدان التطبيقي، فهي كثيرة ومتعددة، نذكر منها على سبيل المثال الإتلانف الذي يصيب الأموال على اختلاف أنواعها، وكالأذى الذي يلحق بالأبدان مما يصيب الجسم الإنساني بإصابات تكبده مصاريف ونفقات العلاج، وكالمشترى الذي يتسلم الشيء المبيع معيبا، ومخالفا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها، وكالمسافر الذي يصاب في جسمه أثناء النقل،

¹ - انظر عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1973، ص: 855.

ويشمل أيضا ضياع الفرصة، أو الخدمة التي كان ينتظرها. وقد يتسع أيضا الضرر المادي الذي يتسبب في تشويه الخلقة في مجال الأخطاء الطبية الناتجة عن إجراء عملية تجميلية فاشلة من قبل الطبيب نحو زبونه المرتبط معه بمقتضى عقد طبي.

2- الضرر المعنوي أو الأدبي:

يعرف الفقه الضرر المعنوي هو: «ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في مصلحة مشروعة غير مالية كالشعور، والعاطفة، أو الكرامة، أو الشرف أو السمعة من قبيل الألم الذي ينتج عن إصابة، أو إهانة أو تحقير، أو قذف أو تشهير جراء الإخلال بالعقد»¹. ويستقر أغلب الفقه⁽²⁾ على ضرورة التعويض عن الضرر الأدبي، وكذلك جل التشريعات المقارنة⁽³⁾، ومن بينها التشريع المغربي⁽⁴⁾.

ومن الأمثلة على الضرر الأدبي في الميدان التطبيقي، فهي كثيرة ومتعددة؛ نذكر منها على سبيل المثال: كالقذف، والسب، والإهانة، والضرب والجرح وانتهاك الحرمات والألم والحزن...

ومن تم، فإن الضرر المعنوي بوجه عام هو: «كل اعتداء أو مساس بحق من حقوق الشخص، ما دام أن ذلك الاعتداء لا يتمخض عن خسارة مالية». وعلى كل حال فإن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا، فإنه يتعين عليه أن يكون شخصا، ومباشرا، ومحققا، ومتوقعا وأن يصيب مصلحة مشروعة للمتضرر. وهذه أبرز الشروط التي يجب توفرها في الضرر القابل للتعويض (المحور الثاني)

¹ - عبد الرحمان الشرفاوي: "القانون المدني"، دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام على ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2016، ص: 325.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 982.

³ - ينص المشرع المصري على ذلك صراحة في المادة: 222 مدني جديد، التي جاء فيها: "يشتمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء".

⁴ - انظر الفصلين: 77 و78 من ق.ل.ع المغربي.

المبحث الثاني: الضرر القابل للتعويض في الدعوى المدنية، وأسباب انقضائها.
لقد سبق أن ذكرنا سابقاً أن المشرع خول الحق لكل من تعرض شخصياً لضرر مادي، أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة، سواء كانت جنائية، أو جنحة، أو مخالفة أن يقيم الدعوى المدنية التابعة أمام المحاكم الجزئية للمطالبة بالتعويض، إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً (الفقرة الأولى)، وأن الدعوى المدنية التابعة لم تستقط بأي سبب من أسباب انقضائها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط الضرر القابل للتعويض أمام المحاكم الجنائية:
لكي يكون الضرر القابل للتعويض أمام المحاكم الجنائية يجب أن تتوفر فيه عدة شروط ولعل أبرزها ما يلي:

أولاً: أن يكون الضرر شخصياً:
من المعلوم أن طلب التعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته طبقاً لقاعدة « لا دعوى بلا مصلحة»، إذ كما هو معلوم أن المصلحة هي مناط الدعوى، فلا يشترط في المضرور أن يكون شخصاً طبيعياً بل قد يكون شخصاً اعتبارياً كالشركات والنقابات والجمعيات والمنظمات⁽¹⁾ أن تنتصب كطرف مدني في مواجهة الجاني إذا توافرت الشروط التالية:

- أن تكون هذه الجمعية ذات منفعة عامة.
- أن تكون هذه الجمعية قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي.
- أن تكون الدعوى العمومية المقامة من طرف النيابة العامة، أو المطالب بالحق المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي.

¹ - منذر الفضل: "الوسيط في شرح القانون المدني"، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، دار تاراس للطباعة والنشر العراق، بدون ذكر المطبعة، ص: 303

وتجدر الإشارة إلى أنه للدولة والجماعات الترابية الانتصاب كطرف مدني في مواجهة مرتكب الجريمة، ومطالبته برد المبالغ التي طلب منها دفعها لموظفين، أو لذوي حقوقهم طبقا للقانون الجاري به العمل⁽¹⁾.

وإلى ذلك أشارت المادة: 7 من قانون المسطرة الجنائية التي جاءت صريحة بالتنصيص على الضرر الذي يمكن المطالبة به أمام القضاء الجزري، وهو الضرر الذي يصيب الطرف المدني شخصا إما في ماله، أو في جسمه تسببت فيه الجريمة مباشرة. فإذا كانت القاعدة هي اقتصار التعويض على الشخص المضرور بكيفية شخصية كما أشارت المادة السابعة من ق.م.ج.

إلا أن ذلك، لا يمنع من تمديد نطاق التعويض ليشمل أشخاص آخرين يرتبطون بالمصاب المباشر بمقتضى علاقات قانونية كالقربة، أو المصاهرة، أو الإلتزام بالنفقة على شخص معين⁽²⁾.

ثانيا: الضرر المباشر:

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للجريمة التي أحدثته. وهذا يستلزم ضرورة ثبوت الجريمة، بحث لا يمكن للمحكمة أن تحكم بالتعويض ما لم يتحقق ذلك. فوجود الدعوى على هذا، مرتبط بوجود فعل يكون في آن واحد جريمة، ويسبب ضرا مباشرا للجهة المعنية، وبالتالي فإن التصريح بقبول الدعوى المدنية من طرف المحكمة الجزرية يفرض على هذه الأخيرة، أن تبين في الحكم الأفعال المكونة للجريمة، والتي تسمح بمنح التعويض، ولا يكفي أن يكون الفعل الذي كان أساس الدعوى مرتبطا بالجريمة فقط، فإذا ادعى شخص أن الضرر نتج مباشرة عن الجريمة، ولم تقتنع المحكمة بهذا الإدعاء، فإن الدعوى المدنية لا تكون تابعة لعدم وجود الرابطة السببية، وإلى ذلك أشارت المادة السابعة من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي:

¹- راجع: د- أحمد أبو العلا "دليل الباحث في قانون المسطرة الجنائية المغربي"، مطبعة الهداية - تطوان- الطبعة الثانية، 2016، ص: 39

²- راجع في هذا الصدد: عبد القادر العراري: "مصادر الإلتزام الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية"، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الخامسة، ص: 124

"يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة لكل من تعرض شخصيا لضرر جسماني، أو مادي، أو معنوي تسببت فيه الجريمة المباشرة".

أما الأضرار غير المباشرة، فلا تعويض عنها، وهذا هو الرأي الراجح الذي يذهب إليه الإتجاه العام، والساند فقها، وقضاء، وتشريعا إلى عدم الحكم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة، والتي لا تكون نتيجة طبيعية لفعل المدعى عليه لاعتبارات نسبت إلى قواعد العدالة⁽¹⁾.

ثالثا: أن يكون الضرر محققا (مؤكدًا) وحالا:

إن المقصود بالضرر المحقق هو "الضرر الذي يكون ثابتا على وجه اليقين والتأكد، واقعا ولو في المستقبل". وألا يكون افتراضيا، ولا احتماليا بمعنى آخر، أن يكون قد وقع فعلا، أو وقعت أسبابه، وترامت آثاره إلى المستقبل. وهذا الوصف يشمل الضرر الحال والضرر المستقبل.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى سابقا في قرار صادر عنه بتاريخ: 1976/01/21 م.⁽²⁾ الذي جاء فيه: "الضرر الذي يحق للشخص أن يطالب برفعه إذا توافرت إحدى حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها قانونا هو الضرر المحقق، بأن يكون قد وقع فعلا، أو وقعت أسبابه وترامت آثاره إلى المستقبل، ولا عبرة لدى القاضي بالضرر الاحتمالي المبني على الوقائع التي تقع وقد لا تقع".

رابعا: أن يكون الضرر ضرا ذاتيا، أو ماديا أو معنويا:

إن الضرر القابل للتعويض أن يكون ضرا ذاتيا، أو ماديا، أو معنويا، كما أشارت إلى ذلك المادة: 7 من ق.م.ج. لا مجرد ضرر عاطفي.

ومثال للضرر الذاتي: "الإعتداء على سلامة الجسد، أو التسبب في بعض الآلام الجسيمة للمصاب بالضرر".

والضرر المادي يكون واضحا أيضا كالإبن الذي يتضرر ماديا من موت أبيه.

¹- انظر: منذر الفضل: "الوسيط في شرح القانون المدني"، مرجع سابق، ص: 296 وما بعدها.

²- المجلس الأعلى سابقا: قرار عدد: 21 الصادر بتاريخ 1976/01/21، مجلة القضاء والقانون عدد: 127: يناير 1978، ص: 71 وما يليها.

أما الضرر المعنوي فيراد به هو: "ما يصيب الشرف، والإعتبار مثل القذف، والإهانة، والسب..."، وإن كان الناس لا يرضون عادة بالمطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر، لأن الكرامة الإنسانية تنتفي مع الإتجار بها.

خامسا: أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر:

إن المصلحة المشروعة هي: "رابطة لا تخالف قواعد النظام العام، والآداب وهي مصلحة يحميها القانون".

وأما المصلحة غير المشروعة، فلا يعتد بها قانونا. لذلك، فإن المشرع المغربي حينما نص على الضرر المادي والمعنوي يكون قد أخرج الضرر العاطفي الذي لا يمكن الإعتماد عليه على اعتبار أن الضرر الذي يستحق صاحبه التعويض، هو الذي يكون منصبا على مصلحة يحميها القانون.

لذلك، لا تسمع دعوى الخلية نتيجة موت خليلها في حادثة سير، لأن العلاقة بينهما لا يحميها القانون، وبالتالي فأساس طلب دعوى التعويض غير أخلاقي، أو غير مشروع.

وكذلك الحال بالنسبة لشخص حرر شيكا بدون رصيد ودفع في قمار⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير أن نصوص قانون المسطرة الجنائية سمحت للشخص الذي تعرض للضرر المادي، أو المعنوي من الجريمة أن يختار بين الطريق الجنائي، والطريق المدني قصد الحصول على التعويض.

الفقرة الثانية: انقضاء الدعوى المدنية التابعة:

تعتبر الدعوى العمومية هي الأصل، وأما الدعوى المدنية التابعة إلا وسيلة استثنائية أقرها المشرع المغربي للمتضرر حتى يستفيد من التعويض أمام القضاء الجزري.

¹- انظر: عبد السلام بنحدو، "الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، مطبعة اسبارطيل طنجة. 2003،

ولذلك، فإن سقوط الدعوى العمومية بأي سبب من أسباب السقوط المنصوص عليها في المادة الرابعة من قانون المسطرة الجنائية لا يؤثر على سير إجراءات الدعوى المدنية، بل يبقئها قائمة وخاضعة لاختصاص المحكمة الجزرية، كما أشارت إلى ذلك المادة: 12 من قانون المسطرة الجنائية التي نصت على ما يلي:

" إذا كانت المحكمة الجزرية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا، فإن وقوع سبب مسقط للدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الجزرية".

ولذلك، فإن أسباب انقضاء الدعوى المدنية تتعلق بأسباب انقضاء الإلتزام المدني بصفة عامة التي تعرض لها قانون الإلتزامات والعقود في الفصل: 319 منه⁽¹⁾.

وعليه، فإن أسباب انقضاء الدعوى المدنية تكون بما يلي:

(1) التنازل عن الدعوى:

يجوز للطرف المتضرر أن ينهي الدعوى المدنية التابعة في جميع مراحل الدعوى، سواء أمام المحكمة الابتدائية، أو أمام محكمة الإستئناف، أو أمام محكمة النقض بالتخلي عنها، أو التصالح بشأنها، أو بالتنازل عنها دون أن يترتب عن ذلك انقطاع سير الدعوى العمومية، أو توقفها، إلا إذا كانت شكايته شرطا ضروريا للمتابعة، ففي هذه الحالة تسقط الدعوى العمومية.

وإذا كان الأمر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجرح المنصوص عليها في المادة: 41 من ق.م.ج.، فإنه يمكن للمحكمة المعروضة عليها القضية بناء على ملتصم النيابة العامة في حالة تنازل الطرف المتضرر من الفعل الجرمي عن شكايته، أن توقف سير إجراءات الدعوى العمومية ما لم تكن قد بثت فيها بحكم نهائي.

وإلى ذلك أشارت المادة: 372 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: " إذا كان الامر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجرح المنصوص عليها في المادة: 41 من هذا القانون، فإنه يمكن للمحكمة المعروضة عليها القضية بناء على ملتصم النيابة

¹ - ينص الفصل: 319 من ق.ل.ع. على ما يلي: "تنقضي الإلتزامات بما يأتي: 1- الوفاء-2- استحالة التنفيذ-3- الإبراء الاختياري-4- التجديد-5- المقاصة-6- اتحاد الذمة-7- التقادم-8- الإقالة الاختيارية".

العامة في حالة تنازل الطرف المتضرر من الفعل الجرمي عن شكايته، أن توقف سير إجراءات الدعوى العمومية ما لم تكن قد بثت فيها بحكم نهائي. يمكن مواصلة النظر في الدعوى العمومية بطلب من النيابة العامة، إذا ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية، ما لم تكن قد سقطت بالتقادم أو بسبب آخر".

2- التقادم:

إن لكل من الدعوى العمومية والدعوى المدنية تقادما مستقلا يختلف من حالة إلى أخرى.

فبالنسبة للدعوى العمومية، فإن تقادمها نصت عليه المادة الخامسة من قانون المسطرة الجنائية، والتي جاء فيها ما يلي: "تتقادم الدعوى العمومية، ما لم تنص قوانين خاصة على خلاف ذلك بمرور:

✓ خمس عشرة سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة.

✓ أربع سنوات ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب الجريمة.

✓ سنة ميلادية كاملة تبتدئ من يوم ارتكاب المخالفة..."

وأما بالنسبة للدعوى المدنية، فإن تقادمها يخضع طبقا للقواعد المعمول بها في القانون المدني، كما أشارت إلى ذلك المادة: 14 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "تتقادم الدعوى المدنية طبقا للقواعد المعمول بها في القانون المدني. إذا تقادمت الدعوى العمومية، فلا يمكن إقامة الدعوى المدنية إلا أمام المحكمة المدنية".

ومن تم، فإن تقادم الدعوى المدنية إذن يخضع لقواعد وأحكام قانون الإلتزامات والعقود، وإلى ذلك أشار الفصل: 106 من ق.ل.ع. على ما يلي: "إن دعوى التعويض من جراء جريمة، أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر، ومن هو المسؤول عنه، وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر".

فالعبرة إذن، بسريان مدة التقادم، فيما أن تكون بعلم المتضرر من حدوث الضرر، ومن هو المسؤول عنه. ومدة التقادم هنا خمس سنوات.

وإما أن تكون هي وقت حدوث الضرر، فمدة التقادم في هذه الحالة هي عشرون

سنة.

3- الحكم البات:

إن الحكم البات هو: "الحكم النهائي الذي تنتهي به الدعوى المدنية"، فيجب أن يكون نهائياً، وأن يكون قد فصل في موضوع الدعوى، وهو التعويض.

فإذا فصلت المحكمة المدنية في دعوى المتضرر، تعذر عليه رفعها مرة أخرى إلى المحكمة الجنائية التي تحاكم المتهم⁽¹⁾.

والحكم الصادر في مواجهة مرتكب الجريمة، يقيّد الورثة، والمسؤول عنه مدنياً، ولكن الذي يصدر في مواجهة أحد المساهمين، أو أحد الشركاء لا يحتج به المساهمون والشركاء الآخرون.

والحكم النهائي الذي فصل في الدعوى المدنية سواء صدر عن المحكمة المدنية، أو المحكمة الجنائية تنقضي به الدعوى وحدها.

ولا تكون له حجية الشيء المحكوم به أمام المحكمة الجنائية بالنسبة لفصلها في الدعوى العمومية. ونشير إلى أن الفصل: 452 من ق.ل.ع. نص على ما يلي:

" لا يعتبر الدفع بقوة الأمر المقضي، إلا إذا تمسك به من له مصلحة في إثارته، ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه"

فإذا لم يتمسك المتهم، أو المسؤول المدني بالدفع بسبق الحكم في الموضوع، كان على المحكمة الجنائية أن تفصل في الدعوى المدنية، ولا تعتبرها حينذاك منتهية.

¹- انظر كل من:

- "دراسة في قانون المسطرة الجنائية وفق آخر التعديلات"، م.س.، ص: 97.

- "شرح المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، م.س.، ص: 243

قراءة في مذكرة نادي قضاة المغرب حول مشروع قانون التنظيم القضائي

أنس سعدون

دكتور في الحقوق

عضو نادي قضاة المغرب

عضو الاتحاد العربي للقضاة

تفعيلا للدور الاقتراحي للجمعيات المهنية القضائية، قدم نادي قضاة المغرب مؤخرا مذكرة جديدة حول مشروع قانون التنظيم القضائي. وقد اشتملت المذكرة على أربعة محاور تتعلق بالأهداف الموجهة لرؤية النادي؛ الملاحظات المنهجية بخصوص الصياغة التشريعية لمشروع القانون؛ الانتقادات؛ والخطوط العريضة للبدائل المقترحة.

أولا-السياق العام لتقديم المذكرة

يتزامن تقديم مذكرة نادي قضاة المغرب مع الانتقال الذي تعيشه الساحة القضائية المغربية مؤخرا مند المصادقة على دستور 2011¹، والذي يمهّد لانسحاب تدريجي لوزارة العدل، لصالح ترسيخ دور المؤسسات القضائية وعلى رأسها المجلس الأعلى للسلطة القضائية بعد تنصيبه²، ومؤسسة رئاسة النيابة العامة التي أصبحت تحت الاشراف الفعلي للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ابتداء من السابع من أكتوبر 2017³.

¹- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور منشور بـج.ر.ع 5964 مكر بتاريخ 30 يوليوز 2011.

²- أنظر لمزيد من التفاصيل:

-القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.40 بتاريخ 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437 (14 أبريل 2016)، ص 3143.

القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.41 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6456 بتاريخ 6 رجب 1437 (14 أبريل 2016)، ص 3160.

³- ظهير رقم 1.17.45 صادر بتاريخ 30/08/2017 بتنفيذ القانون رقم 33.17 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل الى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد تنظيم النيابة العامة. منشور بالجريدة الرسمية عدد 6605 بتاريخ 18/09/2017، ص 5155.

وانطلاقاً من هذا السياق العام¹ حددت المذكرة مجموعة من الأهداف التي تُوَطر هذه المبادرة، تتجلى فيما يلي:

1- ضمان احترام المبادئ والقواعد الدستورية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية تنظيمًا وممارسة؛

2- تجسيد التزام المغرب اتجاه المنتظم الدولي بشأن التنزيل الأمثل لمختلف التوصيات الأممية والدولية بشأن استقلال السلطة القضائية بشقيها القضاء الجالس والقضاء الواقف؛

3- ضمان انسجام تشريعي بين مختلف أجزاء المنظومة التشريعية المتعلقة بمنظومة العدالة؛

4- تبليغ رؤية قاعدة النادي إلى الجهات المسؤولة عن وضع المشروع والدفاع عنها وفق الآليات الممكنة والمتاحة، تجسيدا لروح المسؤولية الملقاة على عاتق الأجهزة المنتخبة.

ثانيا- المرجعيات المعتمدة

ظلت المذكرة وفيه للنهج الديمقراطي الذي يعتمده نادي قضاة المغرب في بناء تصوراتها في مختلف المذكرات التي سبق وأن قدمها، حيث اعتمدت أساساً على المبادئ والقواعد الدولية والدستورية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية²؛ كما أنها ركزت على المواضيع التي شكلت جوهر الحراك القضائي الذي عرفه المغرب منذ المصادقة على دستور 2011، وعلى رأسها المطالبة بتفعيل المقاربة التشاركية على مستوى الجمعيات العامة للقضاة بالمحاكم، وإصلاح الإدارة القضائية.

¹-أنظر لمزيد من التفاصيل:

-أنس سعدون: الحراك القضائي بالمغرب، من أجل سلطة قضائية مستقلة، المفكرة القانونية (بيروت)، 2013.

-عبد اللطيف الشنتوف: مسار الإصلاح القضائي بالمغرب بعد دستور 2011، المعهد المغربي لتحليل السياسات، يونيو 2018.

²-أنظر لمزيد من التفاصيل: دليل حول معايير استقلال القضاء، المفكرة القانونية، الطبعة الأولى 2016، ص 91.

ثالثاً- مضامين المذكرة

يمكن تقسيم الملاحظات التي تضمنتها مذكرة نادي قضاة المغرب الى قسمين، ملاحظات تخص الشكل، وأخرى تخص المضمون.

1- ملاحظات على مستوى الشكل :

سجلت مذكرة نادي قضاة المغرب عدة ملاحظات شكلية على المشروع أهمها: اعتماده أسلوباً فضفاضاً في التعبير على مستوى الصياغة التشريعية في عدد من المقتضيات، وهو ما سيؤدي لا محالة إلى فتح الباب للتأويلات والتأويلات المضادة عند تنزيل مضامين هذا القانون، بالشكل الذي سيؤثر لا محالة على استقلال السلطة القضائية واستقلال الرأي القضائي، ويمكن التمثيل لذلك بما يلي:

المادة 7 : " تمارس المحاكم أشغالها، تحت إشراف مسؤوليها، بما يؤمن انتظام واستمرارية الخدمة القضائية "، هنا يثار التساؤل حول المقصود بممارسة الأعمال تحت إشراف المسؤولين، وهل هذا يعني أن المسؤول القضائي يمكن له أن يتدخل، بداعي تأمين انتظام الجلسات واستمرارية الخدمات وغيرها، بتغيير القاضي بآخر أو التدخل في تدبير وضعيات الملفات وإدراجها بالجلسات أو تحديد نوع وطبيعة الملفات التي يجب النظر فيها على وجه السرعة مما هو غير ذلك...؛ وهو ما يجعل مثل هذه العبارة تضرب في الصميم عمق مفهوم الاستقلالية، مما يتعين معه إعادة النظر في مثل هذه الصياغة.

المادة 17 : " ... لا يحضر قضاة النيابة العامة مداوات قضاة الأحكام"، هل المقصود هنا قضاة النيابة العامة بمحاكم الموضوع أم المقصود جميع قضاة النيابة العامة بمن فيهم قضاة النيابة العامة بمحكمة النقض؛ فبقاء هذا المقتضى بهذا الشكل من شأنه المساس بالدور الوظيفي للنيابة العامة لمحكمة النقض ونقلها من مركزها الحالي إلى مركز جديد.

المادة 21 : " تتولى السلطة الحكومية المكلفة بالعدل الإشراف الإداري والمالي على المحاكم بتنسيق مع المسؤولين القضائيين بما لا يتنافى واستقلال السلطة القضائية ... يخضع الكاتب العام للمحكمة إدارياً لسلطة ومراقبة الوزير المكلف بالعدل، ويمارس مهامه تحت السلطة المباشرة للمسؤولين القضائيين بالمحكمة"، مثل هذه

الصياغة من شأنها التشويش على فكرة الاستقلال المالي والإداري للسلطة القضائية من جهة، ومن أخرى إمكانية تحكم السلطة الحكومية المكلفة بالعدل في تمكين المحاكم من الموارد والتجهيزات اللازمة لحسن سير العدالة، وهو ما سيؤثر لا محالة على مضمون مبدأ الاستقلال.

كما أن هذه الصياغة جاءت معيبة من حيث تنظيم مركز " الكاتب العام " إذ أبقت وضعيته المهنية رهينة بإرادتين الأولى للسلطة الحكومية المكلفة بالعدل والثانية بالمسؤول القضائي ومن هنا يثور السؤال حول مسؤولية هذا المسير من جهة، وعن الجهة المكلفة بالحاسبة وعن ضابط الترجيح في حالة المنازعة بين الجهتين أو تصادم الرؤيتين من جهة أخرى.

المادة 22 : " تعتمد المحاكم الإدارة الإلكترونية للإجراءات والمساطر القضائية ؛ هذا المقتضى جاء فضفاضاً، وغير مقرون بأية آلية إجرائية الشيء الذي يجعل المحكمة ملزمة بالخضوع لهذا المقتضى ومسؤولة عنه في الوقت الذي لا تتحمل أية جهة أخرى مسؤولية البنية التحتية الإلكترونية للمحكمة والمساهمة في إيجاد السبل الكفيلة لتنزيل هذا المحتوى على أرض الواقع، وخاصة ضرورة التزام جميع المتعاملين مع المحكمة من ادارات عامة وهيئات مهنية خاصة من سلوك الاجراءات الالكترونية حتى يكون لهذا المقتضى أهمية على العمل القضائي، اما التزام المحكمة به وحدها فإنه يأتي بنتائج عكسية وفق تجربة الواقع بالمحاكم، إذ عوض أن يسهم التحديث في وصل المتقاضي إلى نسخ الاحكام في وقت معقول فإنه بسبب التعقيد الالكتروني والتعاطي التجزيئي مع هذا الموضوع فإنه يؤدي إلى تعطيل حصول المتقاضين على نسخ احكام وشهادتهم امام المحاكم..

أما على مستوى النصوص مجملة فإن مشروع قانون التنظيم القضائي جاء مشوباً بنوع من التضخم، إذ أنه جمع بين مقتضيات تتعلق بالتنظيم القضائي بأخرى متعلقة بالقواعد والمقتضيات المنظمة للإجراءات أمام المحاكم وثالثة موضوعية، ومن ذلك ما تضمنه الفصل الثاني المعنون ب: " تجريح ومخاصمة القضاة " ويتعلق الأمر بالمواد من 38 إلى 40 فهذه المواد في مجموعها يجب أن تدرج في القوانين الإجرائية وليس قانون التنظيم القضائي الذي يهتم فقط بأنواع المحاكم هيكلتها واختصاصاتها ؛

أما بخصوص المقترضات الموضوعية التي لا يلبق بقانون متعلق بالتنظيم القضائي أن يتضمنها، فإنه تكفي الإشارة إلى ما تطرقت له مشروع القانون من مقترضات متعلقة بالخطأ القضائي وهو ما ورد بالمادة 37.

ولهذا فإن موضوع الخطأ القضائي يجب أن يفرد له تنظيم خاص يحدد معنى الخطأ القضائي ومن يتحمل مسؤوليته وما هي الجهة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالخطأ القضائي وشروط تلك المنازعة ومسؤولية الدولة في تنفيذ الأحكام المتعلقة بالخطأ القضائي وغير ذلك ...

وكذا المادة 20 التي تتحدث عن ارتداء القضاة للبدلة أثناء الجلسات فقط.. فكلمة "فقط" لا معنى لها وتحمل خلفية معروفة تهم التحجير على القضاة في ممارسة اشكال احتجاجية وهي بمثابة رد على وقفة نادي قضاة المغرب يوم 08-02-2014 عندما لم تجد وزارة العدل في شخص الوزير السابق ما تبرر به منع القضاة من الاحتجاج وهم مرتدين لبدلهم لرسمية تميزا لهم عما قد يختلط بهم من عموم المواطنين بالشارع العام.

الى جانب المواد من 100 إلى 105 التي تبدو وكأنها "غير لائقة في صياغتها" بحيث يفهم منها أن القضاة هم موظفين لدى المسؤولين القضائيين بشكل كلي، لذلك يقترح نادي قضاة المغرب اضافة عبارة "الاداري" لكلمة " الاشراف "، لكون العمل القضائي له طرق محددة قانونا للطعن ولا يخضع لأي اشراف...ويقترح الحذف الكلي للمادة 105 لكونها ماسة بكرامة المسؤولين والقضاة والقضاء بشكل عام، وكون المسؤولية والمحاسبة لها مجالات قانونية أخرى ولا مكان لها هنا.

2- ملاحظات على مستوى المضمون:

فضلا عن الملاحظات الشكلية والتي ركزت على ضرورة تجويد الصياغة القانونية لعدد من المواد لضمان تطبيقها الأمثل، تضمنت مذكرة نادي قضاة المغرب حول مشروع قانون التنظيم القضائي ملاحظات على مستوى مضمونه، همت الجوانب التالية:

-المساس بالاستقلال المالي والإداري للسلطة القضائية، وذلك عن طريق إحداث منصب كاتب عام للمحكمة تابع لوزارة العدل تحت غطاء التسيير والتدبير الإداري

للمحكمة حيث تنص المادة 21 من المشروع على أنه: "يتولى الكاتب العام للمحكمة مهام التسيير والتدبير الإداري بالمحكمة، وضبط عمل مختلف مصالح كتابة الضبط والمصالح المحاسبية بها، والإشراف على موظفي هيئة كتابة الضبط العاملين بها، ويساعده في ذلك رؤساء مصالح كتابة الضبط بالمحكمة.

يخضع الكاتب العام للمحكمة إداريا لسلطة ومراقبة وزير العدل، ويمارس مهامه تحت السلطة المباشرة للمسؤولين القضائيين بالمحكمة".

- توسيع صلاحيات وزارة العدل في خرق للمقتضيات الدستورية، وهو ما يظهر من خلال جعل الخريطة القضائية من اختصاص السلطة الحكومية المكلفة بالعدل، حيث تنص المادة 2 من المشروع على أنه: "تحدد الخريطة القضائية بمرسوم.."، وتضيف المادة 3 "يمكن إحداث غرف ملحقة بمحاكم ثاني درجة داخل دائرة نفودها بمرسوم..". فضلا عن الاكتفاء بدور استشاري محدود للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، في خرق للفصل 71 من الدستور الذي يجعل التنظيم القضائي وإحداث المحاكم اختصاصا تشريعيا؛

- التراجع عن القضاء المتخصص من خلال إحداث غرف متخصصة إدارية وتجارية عوض محاكم متخصصة (المادة 5 من المشروع).

- تقزيم دور الجمعيات العمومية للمحاكم: رغم أهمية الاستجابة لمطلب نادي قضاة المغرب بإحداث جمعية عامة للقضاة على مستوى محكمة النقض، اعتبرت المذكورة أن المشروع لم يكن موفقا في تنظيمه لموضوع الجمعيات العامة للقضاة على مستوى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف من خلال تقليص دورها التقريري والاكتفاء بدور استشاري لها وتوسيع صلاحية المسؤول القضائي ومكتب المحكمة كآلية جديدة تحد من المقاربة التشاركية المطلوبة كآلية للتنظيم الداخلي للمحاكم، حيث تنص المادة 23 من المشروع على أنه: "يحدث بكل محكمة من محاكم أول درجة ومحاكم ثاني درجة مكتب، يتولى وضع مشروع برنامج تنظيم العمل بالمحكمة، وذلك بتحديد الأقسام والغرف والهيئات وتأليفها، وتوزيع القضايا والمهام على قضاة المحكمة، وضبط عدد الجلسات وأيام وساعات انعقادها".

-الخطوط العريضة للبدائل المقترحة من طرف النادي: ركزت مقترحات نادي قضاة المغرب على مجالات خمسة ذات الأولوية، ينبغي مراجعتها في مشروع التنظيم القضائي الجديد، تتعلق بالجمعيات العمومية،

على مستوى الجمعيات العمومية للمحاكم

اعتبرت مذكرة نادي قضاة المغرب أن الشكل الذي نظمت به الجمعيات العمومية وفق المشروع عمل على تضخيم دور المسؤول القضائي بشكل يتنافى مع معايير استقلال القضاء، لذلك اقترحت:

- اعتماد الجمعية العمومية كنواة أساسية في تنظيم العمل داخل المحاكم، وجعلها المقررة في ذلك بمشاركة جميع قضاة المحكمة، وجعل المسؤول القضائي سواء بالرئاسة أو النيابة مشرفاً على حسن تنزيل ما أقرته الجمعية العمومية.

-اقرار مبدأ التشاركية في التحضير لجدول أعمال الجمعية العمومية باشتراك جميع القضاة دون الاكتفاء فقط بقضاة بحكم مهامهم أو صفتهم؛

-جعل الجمعية العمومية بمحكمة النقض النواة الأولى لدمقرطة العمل القضائي بتلك المحكمة، ولها أن تقرر في المسائل الكبرى لحسن سير تلك الهيئة القضائية؛

-جعل الجمعية العمومية بمحكمة النقض المرجع في إسناد المسؤولية للمستشارين، وكذلك من خلال انتخاب رؤساء الغرف بما في ذلك الغرفة الأولى التي يعتبر رئيسها عضواً بقوة القانون في المجلس الأعلى للسلطة القضائية،

-جعل الجمعية العمومية بمحكمة النقض هي صاحبة القرارات في تعيين الغرفة الإدارية بذات المحكمة باعتبارها الجهة القضائية المختصة حالياً بالنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

-جعل مكتب المحكمة تحت إشراف المسؤولين القضائيين جهة تسهر على تنفيذ قرارات الجمعية العمومية للمحكمة بدل أن تكون هي الجهة المقررة، وتمديد هذا النظام إلى محكمة النقض.

-تغيير موعد انعقاد الجمعية العمومية من شهر كانون الأول إلى شهر تشرين من أجل إقرار برنامج جلسات خاص بالسنة الموالية، يتهياً للقضاة والمحامون والمتقاضون له بدل الإبقاء على التاريخ الحالي وهو ما يجعل تنظيم الجلسات والهيئات الجديدة في

اضطراب مع بداية كل سنة قضائية بين تصريف القضايا المؤخرة وفق برنامج السنة الفارطة وتصريفها وفق برنامج السنة الجديدة.

على مستوى التعيين بالمناصب داخل المحكمة :

أوصت المذكرة بضرورة جعل الاختيار بالمناصب المنصوص عليها بمشروع قانون التنظيم القضائي يخضع لآلية الانتخاب والمباراة تشجيعاً لجميع الطاقات على تحمل المسؤولية. وهو ما يتطلب:

- اخضاع اختيار أعضاء مكتب المحكمة لمنطق الانتخاب لمدة محددة يتعين خلالها على فريق المكتب أن يسهر على تدبير الوضعيات الملائمة للتنزيل الأمثل لمقررات الجمعيات العمومية بتعاون مع المسؤول القضائي الذي يعتبر المسؤول الأول على هذه العملية، عوض ما ورد في المشروع من أن مكتب المحكمة يتكون من أعضاء بحكم صفاتهم أو مهامهم، حيث تنص المادة 24 من المشروع: "يرأس مكتب محكمة أول درجة رئيس المحكمة، ويضم في عضويته:

-نائب رئيس المحكمة، ورؤساء الأقسام، ورؤساء الغرف، وأقدم القضاة بالمحكمة وأصغرهم سناً بها، ووكيل الملك ونائبه المعين من قبله..".

-اخضاع اختيار نواب المسؤولين القضائيين ورؤساء الغرف والأقسام بالمحاكم لآلية المباراة عوض ما ورد في المشروع من اخضاع ذلك للتعيين من طرف المسؤول القضائي.

-ضرورة مأسسة الوضعية القانونية للقضاة المقيمين بالمراكز بالشكل الذي يوازي جسامته المهام الملقاة على عاتقهم، وذلك بإعادة النظر في طريقة اختيارهم وجعلها من اختصاص الجمعية العمومية عن طريق الانتخاب، وإقرار تعويض مناسب لهم عن المهام القضائية والإدارية التي يقومون بها بمراكزهم.

على مستوى سلطات المسؤول القضائي

اقترحت المذكرة تدقيق صياغة بعض المواد التي جاءت واسعة وفضفاضة والتي تتعلق بصلاحيات المسؤول القضائي والتي قد يتم تأويلها بشكل يمس باستقلال القضاة، ومن بينها المادة 7 من المشروع والتي تنص على أن المحاكم "تمارس أعمالها تحت إشراف

مسؤوليها، بما يؤمن انتظام واستمرارية الخدمات " وما ورد بالمواد 102 وما يليها والتي تمكن المسؤول القضائي من بسط سلطان رقابته على القضاة العاملين معه.

على مستوى الحقوق والحريات :

لاحظت المذكرة أن بعض مواد المشروع حاولت أن تقيد من حقوق وحريات القضاة بشكل يتجاوز الحدود التي رسمتها القواعد المنصوص عليها في الدستور والقوانين التنظيمية للسلطة القضائية، ومن بينها المادة 7 عندما أشارت بصفة ضمنية إلى منع توقف وتأجيل الجلسات، حيث تنص على أنه: " تمارس المحاكم أشغالها، تحت إشراف مسؤوليها، بما يؤمن انتظام واستمرارية الخدمة القضائية، (...)، وتعقد المحاكم جلساتها دون انقطاع وتنظم بكيفية لا يترتب عنها توقفها أو تأجيلها".

والمادة 20 التي نصت على قواعد لباس البذلة وعدم جواز ارتدائها خارج الجلسات، وهي مقتضيات هدفها التضييق على حق القضاة في التعبير الذي كفلته كافة المعايير الدولية. وتنص على أنه: " يرتدي القضاة بذلة أثناء الجلسات فقط، وتحدد أوصافها بقرار للرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية".

على مستوى العلاقة مع باقي مكونات منظومة العدالة :

اعتبرت مذكرة نادي قضاة المغرب أن ما ورد في الفصل 18 من مشروع القانون من مقتضيات محدثة للجنة منتظمة يرأسها رئيس المحكمة بعضوية رئيس النيابة العامة ونقيب هيئة المحامين هو "إشراك لهيئة المحامين في تسيير شؤون القضاة وإن بطريقة غير مباشرة"، ففي الوقت الذي ناضل فيه المحامون على ضرورة الدفاع عن استقلال مهنتهم وهو المطلب الذي دعمه نادي القضاة، سار واضع مشروع قانون التنظيم القضائي عمل في الاتجاه المعاكس بخصوص القضاء ويمكن المحامين من وضع لا يوجد في أية منظومة قضائية. ولذلك فإن نادي قضاة المغرب وهو يدعم كل أشكال التعاون والتنسيق بين المحامين ممثلين في هيئاتهم التمثيلية والقضاة، يرى أن آليات التعاون والتنسيق هاته يجب أن يحدد لها إطارها الخاص خارج نطاق هذا القانون وأن تكون محل توافق بين جناحي العدالة والدفاع، وينادي في الوقت ذاته بضرورة إشراك جميع مكونات منظومة العدالة في إطار آلية مشتركة دائمة مهمتها تدارس الإشكالات العملية التي تعترض السير السليم للعدالة والبحث عن الحلول

المناسبة لتجاوزها بل واقتراح كل الحلول حتى التشريعية منها لتجاوز المستجدات التي قد تعترض السير العادي للمحاكم والعدالة بصفة عامة، دون ان يصل الأمر الى خرق القانون والتدخل في توزيع المهام.

سلطات المحافظ بشأن التقييدات والإكراهات التي تواجهه

حميد اليسفي

أستاذ التعليم العالي مساعد بالكلية المتعددة التخصصات بالراشدية

كان العقار ولا يزال يشكل أهم الدعائم الأساسية في البناء الاقتصادي حيث يعتبر الوعاء الذي لا يمكن تصور أي تطور اقتصادي بدونه، مما يجعل الاعتناء به وضبط أحكامه في غاية الأهمية لضمان ثباته واستقراره، ولأجل ذلك عملت مختلف التشريعات على صياغة نظام يكفل حمايته، ويقوي دوره في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فتم ابتكار نظام التحفيظ العقاري كنظام فعال، يساهم بشكل كبير في تقوية الثقة بين المتدخلين في العمليات العقارية بل والمساهمة الفعالة في تنمية وازدهار مختلف الركائز الاقتصادية التي تقوم عليها الدولة من فلاحية وصناعة وسياحة، حيث يظل الأساس القاعدي لإعداد مختلف برامج التنمية بجميع تنظيماتها وأشكالها، عن طريق خلق أرضية قانونية صلبة للملكية العقارية. بإنشاء رسوم عقارية تحدد لنا مختلف الحقوق العينية والشخصية التي تتعلق بكل وعاء عقاري على حدة. ولن نتحقق هذه العمليات الا من خلال مؤسسة المحافظ العقاري التي لها خصوصية خاصة سواء تعلق الامر بمسطرة التطهير العقاري¹ او بمسطرة التقييدات، فهو يمارس اختصاصات

¹ - حسب ذ. محمد الكشور، فإن التحفيظ العقاري يعني "إخراج العقار من نظام العقارات غير المحفوظة حيث يخضع مبدئياً لأحكام الفقه المالكي والأعراف المحلية وإدراجه في نظام العقارات المحفوظة التي يحكمها كل من ظهير 12 غشت 1913 وظهير 2 يونيو 1915 (قبل إلغاء هذا الأخير وتعويضه بالقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية التي جمعت في دفتيها أحكاماً موحدة تؤطر العقارات بصنيفها المحفوظة وغير المحفوظة) بشأن التشريع المطبق على العقار المحفوظ...".

- محمد الكشور، التطهير الناتج عن التحفيظ العقاري. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، س 2005، ص 13-14.

وحسب ذ. محمد أحمد بونبات، فإنه يراد بالتحفيظ "إخضاع العقار للنظام المحدث بظهير 9 رمضان 1331 هـ وذلك بإنشاء رسم للملكية يتم تسجيله في السجل العقاري - الكناش العقاري - قصد تثبيت وضعية العقار وتطهيره من كل حق سابق لم تقع الإشارة إليه في السجل العقاري حيث يصبح العقار متحرراً منه مهما ضرب هذا الحق في القدم...".

- محمد أحمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري في المغرب وتونس والجزائر - سلسلة آفاق القانون رقم 18 سنة 2009. المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط 1، س 2009، 15.

تدخل عادة في اختصاص القضاء¹، وقد يتخذ قرارات خطيرة، بحيث خول له المشرع سلطات واسعة، منها ما هو سابق لتأسيس الرسوم العقارية والمرتبط أساساً بمطالب التحفيظ التي يمكنه قبولها أو رفضها وحتى الغائها، ومنها ما هو لاحق لتأسيس هذه الرسوم والتي تتعلق بالتقييدات والتنشيطات الواردة عليها.

لكن على الرغم من السلطات الواسعة والمهمة التي منحها له المشرع، إلا أن المحافظ وهو في صدد القيام بمهامه المتعلقة بتقييد الحقوق العينية العقارية الواردة على عقار محفظ، تعترضه صعوبات عدة، خاصة على مستوى تقييد الأحكام العقارية ومراقبة المستندات المؤيدة لتقييد الحقوق العينية. فماهی الاكراهات والصعوبات

¹ - أناط المشرع العقاري إدراكاً منه بأهمية مؤسسة المحافظ العقاري مجموعة من المهام والاختصاصات بهذا الأخير، فبالإضافة إلى كونه يسهر إدارياً على ضمان السير العادي لمرفق الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية وتسيير المصالح التابعة له، والخاضعة لإشرافه، فإنه يختص أيضاً طبقاً لمقتضيات الفصل 4 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915 بما يلي:

- النظر في جميع طلبات التحفيظ بالقيام بالإجراءات اللازمة بشأنها.
- إظهار الوثائق المودعة لديه تدعيماً لمطلب التحفيظ بطرق وسائل الإظهار المحددة.
- الإشراف على عمليات التحديد المؤقت والتحديد التكميلي.
- فحص طلبات التعرض المرفوعة ضد طالب التحفيظ وقبولها أو رفضها.
- إرسال الملف إلى المحكمة في حالة وجود تعرضات لم يتم تسويتها.
- اتخاذ قرار التحفيظ بعد انتهاء جميع المراحل والتأكد من سلامتها.
- القيام بإجراءات سائر القيود الواجب قيدها في السجلات العقارية والمتعلقة بالحقوق العينية والتكاليف العقارية المترتبة على العقارات المحفظة وكذا مختلف التقييدات المطلوبة تحت مسؤوليته.
- إدخال كافة التصحيحات حالة ارتكابه أخطاء مادية في الرسم العقاري أو التضمينات الملحقة به من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف.
- المحافظة على السندات والوثائق المتعلقة بالعقارات المحفظة.
- تسليم الشهادات لذوي الحقوق أو لمن له مصلحة فيها وإطلاع الجمهور على كل المعلومات التي يطلبونها والمستمدة من السجلات الموجودة بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية.
- السهر على تنظيم المحاسبة وذلك باستخلاص وقبض الرسوم المتطلبة قانوناً عن سائر المعاملات التي يطلب من المحافظ القيام بها.

التي تواجهه؟ المبحث الثاني وماهي السلطات التي منحها المشرع للمحافظ العقاري بشأن التقييدات؟ المبحث الاول.

المبحث الأول: قرارات المحافظ بشأن التقييدات ومسؤوليته

يتقدم طالب التقييد الى قسم العموم بالمحافظة العقارية مصحوبا بالوثائق والمستندات اللازمة لتقييد حق عيني معين حيث، يقوم المحافظ تحت مسؤوليته من التحقق من هوية وأهلية الأطراف، وسلامة المستندات والوثائق من أي عيب شكلي أو موضوعي، إضافة إلى عدم ما يمنع التقييد، ثم بعدها يتخذ قراره حول طلب التقييد أو التشطيب المقدم إليه، والذي يمكن أن يكون إيجابيا عبر قبول التقييد، أو سلبيا برفض طلب التقييد أو التشطيب، مع إمكانية المتضرر من هذا القرار السلبى الطعن فيه أمام الجهة المختصة.

فما هي انواع القرارات التي يصدرها المحافظ بشأن التقييدات؟ المطلب الأول وماهي المسؤولية الملقاة على عاتقه بهذا الشأن؟ المطلب الثاني

المطلب الاول : قرارات المحافظ بشأن التقييدات

المحافظ على الأملاك العقارية ليس مجرد عون للتنفيذ، يكتفي بتلقي الوثائق والسندات وتقييدها، بل يجب عليه أن يتحقق تحت مسؤوليته من أن الحقوق التي يقيدها مستوفية للشروط القانونية، فيحق له أن يرفض التقييد إذا تبين له عيب قانوني في طلب التقييد (الفقرة الأولى)، كما قد يرفض كذلك إبطال حق مقيد بشكل قانوني بالرسم العقاري عبر التشطيب عليه (الفقرة الثانية)، مع حق المتضرر من قراره، الطعن فيها أمام الجهة القضائية المختصة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التقييد

المشرع لم يحدد الحالات التي يمكن فيها للمحافظ على الأملاك العقارية رفض التقييد، بل ترك لهذا الأخير سلطة واسعة لرفض التقييد عبر ما يمكن أن يجده من مخالفة للنصوص المتعلقة بتقديم طلب التقييد وبياناته والحقوق المضمنة به، أثناء قيامه بعملية التقييد.

ومن بين الحالات المتداولة لرفض التقييد في الواقع العملي نذكر النقاط التالية :

- رفض التقييد لعدم التنصيص على الهوية الكاملة لأطراف التقييد وأهليتهم بشكل لا يشوبه أي نوع من الغموض¹.

- رفض التقييد لعدم تطابق ما هو وارد في الرسم العقاري من بيانات مع ما هو مثبت في العقد موضوع التقييد، كذكر رقم رسم عقاري مخالف لرقم الرسم الحقيقي للعقار موضوع التصرف، أو أن اسم المفوت المذكور في العقد لا يتطابق مع الاسم المقيّد بالرسم العقاري، ونذلي بهذا الصدد بقرار² صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة جاء به : «حيث أنه حتى يتسنى تسجيل البيع لا بد من تطابق البيانات في عقد البيع مع البيانات المتعلقة بالرسم العقاري للتسجيل به».

- رفض التقييد لعدم المصادقة على التوقيع في المحررات العرفية موضوع التقييد وهذا طبعا قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ، إذ نصت بمقتضى مادتها الرابعة على رسمية العقود العقارية، وفي هذا الصدد جاء في قرار³ للمجلس الأعلى ما يلي : « أن رفض المحافظ تقييد عقد عرفي لافتقاره إلى ما يفيد تصحيح إمضاء عاقديه يعتبر قرارا معللا وفقا لما هو مقرر في الفصل 73 من ظهير 12 غشت 1913».

- رفض التقييد لعدم صحة العقد من حيث الشكل أو من حيث الجوهر، مثل عدم ذكر الثمن في ملخص العقد أو مساحة العقار المبيع، أو النسبة المبيعة على الشيع إذا كان العقار مملوكا من طرف مجموعة من الأشخاص وباع أحدهم حصته⁴، أو في حالة عدم التنصيص على حصة كل واحد من الورثة أو الموصى لهم.

- رفض تقييد الأحكام غير الحائزة لقوة الشيء المقضي به، فالمادة 65 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 14/07، تنص على : « يحدد أجل

¹- ينص الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 14/07 على أنه : « يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية تحت مسؤوليته من هوية المفوت وأهليته...».

²- قرار محكمة الاستئناف بوجدة، عدد 365 بتاريخ 20/02/2001، ملف مدني رقم 00/1201 (غير منشور).

³- قرار المجلس الأعلى عدد 1031 بتاريخ 08/03/2000، الملف المدني رقم 199/1/616 (غير منشور).

⁴- ادريس الفاخوري ودنيا مباركة : نظام التحفيظ العقاري وفق القانون 14-07، م س، ص 169.

انجاز التقييد المنصوص عليه في الفصل 65 في ثلاث أشهر - ثلاثة أشهر - ويسري هذا الأجل بالنسبة :

1- للقرارات القضائية ابتداء من تاريخ حيازتها لقوة الشيء المقضي به...».

- رفض التقييد في حالة عدم تسجيل العقد المؤيد لطلب التقييد بإدارة التسجيل والتنبر أو في حالة عدم صحة الوكالة في حالة النيابة في إبرام العقد المدلى به تأييدا لطلب التقييد كذلك.

- رفض التقييد في حالة تعارض التقييد مع بعض القوانين الخاصة¹ أو توقف التقييد على شهادة أو رخصة إدارية تمكن من التقييد كرخصة المطابقة² والإذن بالتقسيم في إطار القانون 25/90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم الأراضي.

- رفض التقييد في حالة وقوع حجز أو صدور قرار ينتزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فقد أكدت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قرار لها: « أن ثبوت تقييد سابق لحجز تنفيذي عقاري على الرسم العقاري يجعل قرار الامتناع عن كل تنفيذ لاحق مشروعاً حسب مقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري³.

وهكذا يتضح لنا أن الأسباب التي تدفع المحافظ على الأملاك العقارية إلى رفض التقييد، لا يمكن حصرها في حالات محددة، فيمكن أن تظهر حالات جديدة من خلال الممارسة العملية للمحافظ فمتى ظهر له أن المنطق القانوني السليم يستوجب رفض التقييد أقدم على ذلك.

الفقرة الثمانية: قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التشطيب

أي حق تم تقييده يمكن أن يكون موضوع تشطيب، فالتقييد اللاحق لتأسيس الرسم العقاري ليس له نفس الحجية المطلقة للتقييد المواكب لعملية تأسيس الرسم في إطار مسطرة التحفيظ، لكن قبل التطرق للحالات التي يلزم فيها على المحافظ رفض طلب التشطيب. (ثانياً)، سنحاول تعريف هذا الإجراء الذي يبطل الحقوق المقيدة في الرسم العقاري (أولاً).

¹- مثلاً القانون رقم 94/34 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة بدوائر الري والاستثمار الفلاحي.

²- تنص هذه الرخصة على مطابقة التجزئة العقارية لمواصفات قانون التعمير 12.90.

³- رشيد غاي: التقييد بالرسم العقاري بين الواقع العملي والعمل القضائي، م س، ص 75.

أولاً: مفهوم التشطيط وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة

كما عاداته المشرع المغربي لم يعرف التشطيط، تاركا التعاريف للفقهاء والاجتهاد القضائي، فعرفه أحد الباحثين¹ بأنه إلغاء ما ضمنه المحافظ بالسجل العقاري بالتشطيط عليه وإبطاله بناء على طلب جديد يقدم إليه لإجراء تسجيل نهائي عليه، لموجب إقضاء القانون، كما يضيف بأنه نوع من التقييد السلبي الغرض منه انقضاء وإبطال حق مقيد أو مفعول أي تقييد آخر على الرسم العقاري.²

أما الأستاذ " محمد بن الحاج السلمي " فعرفه بأنه محو آثار التقييد النهائي بالنسبة للمستقبل وذلك بسبب انعدام أو انقضاء الحق الذي يتعلق به التقييد المراد التشطيط عليه³، إذن يمكن تعريف التشطيط بأنه إجراء إداري يقوم به المحافظ على الأملاك الإدارية في إطار مهامه، ويترتب عليه محو وإبطال كل آثار التقييد موضوع طلب التشطيط.

وفي هذا الإطار يجب الإشارة إلى أنه هناك فرق بين التشطيط على التقييد وإلغائه من جهة، وبين التشطيط وتصحيح التقييد من جهة أخرى.

فالتشطيط يتعلق بالحقوق المقيدة بشكل قانوني، أما الإلغاء فهو متعلق بالحقوق التي تم تقييدها بناء على عقد باطل أو نتيجة تدليس واحتيال، كما أن الإلغاء يسري أثره بأثر رجعي من تاريخ تقييد الحق الباطل.⁴

كما يختلف التشطيط عن تصحيح التقييد، ذلك أن التصحيح يقتصر على الأخطاء المادية الصرفة الواقعة بالرسم العقاري⁵، أو التقييدات اللاحقة عليه، في حين

¹- مازن الجم: الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1990-1991، ص 176.

²- المرجع السابق، ص 103.

³- محمد بن الحاج السلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي، م س، ص 307.

⁴- محمد خيربي: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م س، ص 530.

⁵- كما في حالة تقييد رهن في الرسم العقاري، وإغفال المحافظ ذكر هذا الرهن في نظير الرسم العقاري الذي سلمه للمالك.

التشطيب ينصب على تغيير الحقائق الموضوعية للحق المقيد بالرسم العقاري أو إلغائه بالمرّة¹.

إذن كل من سبق له أن قيد بالرسم العقاري حقا عينيا، يحق له بناء على ما سبق أن يشطب عليه وما عليه سوى أن يتقدم بطلب كتابي موقع من طرفه إلى المحافظة العقارية التي يقع العقار موضوع التشطيب في دائرة نفوذها، مع ضرورة تضمينه للبيانات المنصوص عليها في الفصل 93 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنتميه بالقانون رقم 14/07، والمتمثلة حسب الفصل في تعيين أو بيان :

1- العقار الذي يعنيه التشطيب وذلك ببيان رقم رسمه العقاري.

2- التقييد أو البيان أو التقييد الاحتياطي المطلوب التشطيب عليه.

3- سبب التشطيب ونوع وتاريخ السند المثبت لذلك السبب.

وفي هذا الصدد نلاحظ أن المشرع لم يشر إلى البيانات المتعلقة بتحديد هوية وأهلية المستفيد من التشطيب المطلوب إنجازه لأن بيان هوية طالب التشطيب يتحقق من خلال العقد أو السند المثبت لسبب التشطيب، وبالتالي تكون حالته المدنية المذكورة بالرسم العقاري²، لكن عمليا غالبا ما يطلب المحافظ على الأملاك العقارية ما يثبت هوية طالب التشطيب على غرار طالب التقييد.

ثانيا: حالات رفض المحافظ لطلبات التشطيب

سنحاول من خلال الجزء الثاني من هذه الفقرة استنتاج الحالات التي يحق للمحافظ على الأملاك العقارية رفض التشطيب على الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري وذلك بالاستعانة بقاعدة المخالفة كون المشرع لم ينص صراحة على هذه الحالات، لكن قبل ذلك يجب الإشارة إلى أنه حسب الفصل 91 من ظهير التحفيظ

¹ - فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص 286.

² - عبد العالي دقوقي: الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي، م س، ص 164.

العقاري كما تم تعديله وتنميمه بالقانون رقم 14/07¹ فإن المشرع حصر الحالات التي يجب بمقتضاها قبول إجراء التشطيب، في وجود عقد صحيح²، أو حكم قضائي نهائي³، إضافة إلى حالة لم ينص عليها هذا الفصل وهي التشطيب التلقائي من طرف المحافظ على الأملاك العقارية⁴.

وبالانتقال إلى الحالات التي قد يقدم فيها المحافظ على إصدار قراره الرفض للتشطيب الحق موضوع طلب التشطيب نذكر بإيجاز الحالات التالية:

- رفض التشطيب بسبب نقص في البيانات المنصوص عنها في الفصل 93 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنميمه بالقانون رقم 14/07، كعدم تعيين رقم رسم العقار الذي يعنيه التشطيب أو عدم إيضاح سبب التشطيب أو خلو السند المثبت للتشطيب من التاريخ.

- رفض التشطيب بسبب تعارض البيانات المثبتة بطلب التشطيب مع نظيرتها المضمنة بالرسم العقاري (الفصل 94 من الظهير المذكور أعلاه).

- رفض التشطيب بسبب أن العقد المثبت للتشطيب باطل، أو في حالة التشطيب المبني على حكم يكون هذا الأخير غير نهائي.

- رفض التشطيب على حق غير مقيد أصلا بالرسم العقاري وعلى الرغم من ندرة هذه الحالة فقد جاء في حكم⁵ لابتدائية وجدة: «حيث أن إبطال الأمانة وأمر المحافظ بالتشطيب عليها من الرسم العقاري المذكور في غير محله لعدم وجود الموجبات القانونية

¹- حيث نص الفصل على مايلي: «مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يشبث انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم الأمر».

²- كعقد إبراء قانوني من دين أو تنازل عنه.

³- كالحكم القاضي بالتشطيب على التقييد الاحتياطي التعسفي أو غير الجدي.

⁴- كحالة التشطيب التلقائي على التقييد الاحتياطي بناء على سند بعد انتهاء مدة عشرة أيام المحددة قانونا.

⁵- حكم ابتدائية وجدة رقم 2156، بتاريخ 2008/11/19، ملف رقم 06/992، أورده:

- رشيد غاي: التقييد بالرسم العقاري بين الوقف العملي والعمل القضائي، م، ص، ص 78.

للقول بإبطال الارائة المشار إليها، هذا من جهة أما من جهة أخرى فلا يعقل الحكم بالتشطيب على حق من الحقوق والتي لم يتم تقييدها أصلا بالرسم العقاري، الأمر الذي يتعين معه التصريح برفض الطلب في هذا الشأن».

- رفض التشطيب لانعدام توفر المصلحة في طالبه¹.

وعموما يصعب حصر ووضع لائحة محددة لأسباب رفض التشطيب، نظرا لتشعب وتنوع الطلبات التي ترد على المحافظ على الأملاك العقارية في إطار عمله اليومي، ويبقى للمحافظ متى تبين له أن طلب التشطيب غير مستوفي لشروطه القانونية أو لا يستند إلى سبب مقنع كان له الحق في رفض تشطيب الحق من الرسم العقاري، مع ضرورة تعليل قراره هذا

الفقرة الثالثة: الطعن في قرار المحافظ بشأن التقييدات

يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية رفض تقييد أو تشطيب حق عيني بالرسم العقاري، متى لاحظ أن الطلب المقدم إليه في هذا الإطار غير مستوفي للمقتضيات القانونية المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، لكن سلطته في هذا المجال غير مطلقة، فحماية للمتضرر من قرار رفض التقييد أو التشطيب عليه، منحه المشرع حق الطعن في هذا القرار أمام الجهات القضائية المختصة،

حيث نص صراحة على أن المحاكم الابتدائية هي المختصة لوحدها بالبت في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ، مع الحق في الاستئناف طبعاً²، حسب الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، هذا الفصل الذي هو محل اختلاف فقهي وقضائي لكون

¹ - من بين من لهم مصلحة في التشطيب نذكر على سبيل المثال :

1. المالك الذي صدر حكم لفائدته برفض التقييد الاحتياطي.
 2. مالك عقار مقرر عليه حق، بعد انقضاء هذا الحق كحق الانتفاع أو الكراء
 3. المالك الذي صدر حكم قضائي يرفع الحجز على عقاراته أو توصل وديا مع دائنيه إلى اتفاق، فيشطب حينها على الحجز سواء كان تحفظي أو تنفيذي.
- المدين الراهن بعد انقضاء رهنه الرسمي... الخ.

² - ينص الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتسميمه بالقانون رقم 14/07، على ما يلي : « يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر.

صياغته تثير العديد من التساؤلات، حول مدى انعقاد الاختصاص للمحاكم العادية فقط أم كذلك للمحاكم الادارية. في حالة قرارات رفض المحافظ التي يكون سببها عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم. وبما أن المحافظ يعتر سلطة إدارية فإنه في حالات الرفض المبنية على أسباب غير هذين السببين ينعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية، لكن ماهي الجهة المنعقد لها الاختصاص مبدئيا في مقابل التي ينعقد لها استثناء؟ ومن هذا المنطلق ذهب البعض إلى القول بأن المحافظ على الأملاك العقارية وإن كان سلطة إدارية، وقراراته من المفروض الطعن فيها أمام المحاكم الإدارية وهذا هو الأصل، إلا أن الاستثناء يفهم من مقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري بحيث تكون هذه القرارات غير قابلة للطعن إلا أمام المحاكم الابتدائية¹، كما أن التأمل في الأسباب التي تتأسس عليها القرارات التي يتخذها المحافظ العقاري برفض التقييد أو التشطيب لا تخرج عن السببين المذكورين في الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري (عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم)، فذكر المشرع لهذين السببين هو في حد ذاته ذكر شامل وتدخل ضمنه جميع أسباب الرفض، وبالتالي فإن التفسير الواسع للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، يسمح لنا بالقول أن كل القرارات الصادرة عن المحافظ برفض التقييد أو التشطيب يتم الطعن فيها أمام القضاء العادي لا الإداري². وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في كثير من قراراته، نذكر منها التالي: « إن الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، يتضمن قاعدة مضمونها أنه في حالة رفض المحافظ تحفيظ عقار أو تسجيل حق عيني عليه أو شطبه إما بسبب عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الحجج، يكون قراره قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية... »³، فالملاحظ أن أصحاب هذا

¹ - فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص 263.

² - عبد العالي الدقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ العقاري، مجلة القسطاس، عدد 3، يناير 2004، ص 88.

³ - قرار عدد 831، ملف إداري عدد 2003/1/4/3013، أورده :

الاتجاه يأخذون بالتفسير الضيق للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري قبل تعديله، كما أن يعتبرون أن النص الخاص (ظهير التحفيظ العقاري) يقيّد النص العام (قانون 41/90 المنظم للمحاكم الإدارية)¹.

في حين ذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى تبني التفسير الواسع للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، معتبرين أن المحكمة الإدارية تكون مختصة بالنظر في الطعون ضد قرارات المحافظ على الأملاك العقارية الخارجة عن الاستثناء الوارد في الفصل 96 من الظهير أعلاه، أي عندما يكون قرار الرفض غير مبني على عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم، كما أن المشرع فتح باب الطعن بالإلغاء في قرارات المحافظ العقاري بسبب الشطط في استعمال السلطة، وتكون المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص للنظر في مثل هذه الطعون بصريح المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، فأصبح المبدأ هو قابلية قرارات المحافظ للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري والاستثناء هو اختصاص القضاء العادي²، وفي هذا السياق جاء في حكم³ للمحكمة الإدارية بمراكش ماييلي: « حيث لما قرار المحافظ المذكور غير معلل بعدم صحة الطلب أو بعدم كفاية الرسوم، فإنه لا مجال لتطبيق الاستثناء الوارد على مقتضيات الفصل 96 من ظهير 12

- رشيد فرخي: دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام التعاقدية والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبيد الله بفاس، السنة الجامعية 2007-2008، ص 81.

¹- حيث تنص المادة 8 من قانون 41/90 المنظم للمحاكم الإدارية على أنه: «تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 9 و11 من هذا القانون بالبت ابتدائياً في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوي التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيأ كان نوعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام، وتختص المحاكم الإدارية أيضاً بفحص شرعية القرارات الإدارية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من هذا القانون».

²- رشيد غاي: التقييد بالرسم العقاري بين الوقف العملي والعمل القضائي، م س، ص 86.

³- حكم عدد 39 بتاريخ 2002/04/17، أورده:

- رشيد فرخي: دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، م س، ص 81.

غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وبالتالي يبقى القرار الموماً إليه أعلاه قابلاً للطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء، وهذا ما دأب عليه العمل القضائي في المادة الإدارية وما استقر عليه المجلس الأعلى في العديد من قراراته...».

يبرز من خلال ماسبق أنه متى تعلق الرفض بسبب غير وارد في الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري، يصبح الاختصاص منعقداً للقضاء الإداري، ولإغلاق باب هذا الجدل الفقهي والقضائي حول المحكمة المختصة للنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ تم حصر الاختصاص بدون استثناءات للمحكمة الابتدائية لكونها الحامي التاريخي والتقليدي للملكية العقارية¹.

وما على المتضرر من قرار المحافظ برفض تقييد حق أو التشطيب عليه أو حتى تعديله، سوى اللجوء إلى المحكمة الابتدائية للطعن في هذا القرار طبقاً للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، وقد نظم المشرع على مسطرة الطعن المنصوص عليه في الفصل أعلاه، في الفصل 10 من القرار الوزاري المؤرخ في 3 يونيو 1915 والمعدل بتاريخ 8 دجنبر 1942².

¹ - نشير إلى أن المحاكم الإدارية لم تُحدث بالمغرب إلا سنة 1993 (10 شتنبر 1993)، فكانت المحاكم العادية قبل إحداث الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هي صاحبة الولاية للنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات السلطة الإدارية.

² - ينص الفصل العاشر من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/03 والمعدل بتاريخ 1942/12/8 على مايلي: «في حالة ما إذا رفض المحافظ أن يحفظ عقاراً كلاً أو بعضاً أو أن يسجل حق عينياً أو يشطب عليه بالسجلات العقارية فإن قراره يجب أن يكون معللاً وأن يبلغ للطالب بدون تأخير. ويكون هذا القرار قابلاً للطعن القضائي المنصوص عليه في الفصل 96 من ظهير 9 رمضان 1331 موافق ل 12 غشت 1913 المذكور، وذلك داخل أجل شهر واحد من تبليغه.

وبياشر هذا الطعن بمجرد عريضة كتابية يقدمها الطالب إلى كتابة الضبط لدى المحكمة الإقليمية، وتبين في العريضة بكيفية مختصرة وقائع النزاع والأسباب المستند عليها قصد الحصول على مراجعة القرار المطعون فيه.

ويبلغ رئيس المحكمة للمحافظ عريضة الطعن التي رفعت إليه ويضرب أجلاً لا يقل عن خمسة عشر يوماً ليدلي المحافظ بمذكرة يبين فيها الأسباب المبررة للقرار موضوع الطعن وليوجه لكتابة الضبط ملف القضية أو إن اقتضى الحال الوثائق التي دعت إلى اتخاذ هذا القرار.

لهذا على المحافظ على الأملاك العقارية قبل اتخاذ قراره القاضي برفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه، ان يعلل هذا القرار وويبلغه للمعني بالأمر دون تأخير، لكن من الناحية العملية يكتفي المحافظ في البداية بمطالبة المعني بالأمر بتقديم الوثائق الناقصة أو تصحيح أو تكملة البيانات التي استدعت رفض الطلب، لكن بعد إصرار طالب التقييد على قبول طلبه على حاله، يقوم المحافظ بصياغة قرار الرفض وتعليقه وتبليغه إياه¹.

وعلى المتضرر من قرار رفض التقييد الطعن داخل أجل شهر واحد يحتسب من تاريخ تبليغه بقرار المحافظ بالرفض الملعل.

ويباشر الطعن المذكور بواسطة عريضة كتابية يقدمها الطاعن إلى كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية الواقع ضمن دائرتها العقار موضوع النزاع، ويبين فيها - أي العريضة - بكيفية مختصرة وقائع النزاع والأسباب المستند عليها قصد الحصول على مراجعة القرار المطعون فيه².

وعندما يتوصل رئيس المحكمة بعريضة الطعن، فإنه يبلغها للمحافظ على الأملاك العقارية، ويضرب له أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما ليبدلي بمذكرة يبين فيها الأسباب المبررة للقرار موضوع الطعن، كما يمكنه تقديم الوثائق المدعمة لموقفه لدى

وتبلغ هذه المذكرة إلى الطرف المعني بالأمر، ويمكنه أن يرد عليها داخل خمسة عشر يوما. وتعرض القضية في أول جلسة تلي هذا الأجل، ويعلم كل من المحافظ والطرف الآخر بيوم انعقاد الجلسة بواسطة مجرد إعلام من كتابة الضبط ويمكن تأجيل القضية لجلسة أخرى بسبب تبادل الطرفين لمذكرات جديدة، وتبت المحكمة بعد ذلك في الطعن جون تأجيل آخر مرتكزة فقط على مستندات الملف.

والحكم الصادر في هذه الحالة يمكن استئنافه عند الاقتضاء داخل أجل شهر واحد من تبليغه للمحافظ ولجميع الأطراف ويقوم بذلك التبليغ كاتب الضبط تلقائيا وبدون تأخير. وتجرى نفس المسطرة أمام محكمة الاستئناف...».

¹- أحمد أجمعون : خصوصية الرقابة القضائية على أعمال المحافظ العقاري بعد إحداث المحاكم الإدارية، مجلة الإدارة المحلية والتنمية، عدد 34، أكتوبر 2000، ص 46.

²- انظر الفقرة الأولى، الثانية، الثالثة من الفصل 10 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915.

كتابة الضبط إن اقتضى الحال ذلك، كما تبلغ هذه المذكرة إلى الطاعن الذي يمكنه أن يَرَدَّ عليها داخل خمسة عشر يوماً¹.

وبعد ذلك تعرض القضية على القضية على أقرب جلسة ما لم يكن هناك ما يستدعي تبادل المذكرات من جديد، حيث يتعين إخبار الطرفين بتاريخ الجلسة، وتجدر الإشارة أن الحكم الاستئنائي يمكن استئنافه داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه للمعني بالأمر، والقرار الاستئنائي هو الآخر يكون موضوع طعن بالنقض كذلك داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ².

ونفس المسطرة التي تمت أمام المحكمة الابتدائية تجري أمام محاكم الاستئناف، والتي قرارها بدوره قابلاً للطعن بالنقض طبقاً لمقتضيات الفصل 358³ من قانون المسطرة المدنية، وطبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل العاشر من القرار الوزيري المذكور، يتحمل الطاعن جميع المصاريف القضائية، ما لم تثبت المحكمة وجود خطأ جسيم صادر عن المحافظ، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة قدر الصوائر التي يتحملها المحافظ⁴ وحين استنفاد الأطراف لجميع طرق الطعن، فإن الحكم الصادر في هذا الصدد لا يخرج عن حالتين :

- رفض الطعن متى تبين لمحكمة الموضوع أن قرار المحافظ على الأملاك العقارية لا يشوبه أي خلل قانوني، وبالتالي يبقى قراره المطعون فيه قائماً، مع تحميل الطاعن المصاريف القضائية المترتبة عن الطعن.

- قبول الطعن وإلغاء قرار المحافظ الراض إجراء التقييد أو التشطيب، وفي هذه الحالة يجب على المحافظ على الأملاك العقارية تنفيذ الحكم الصادر في القضية، وذلك

¹- انظر الفقرة الرابعة، الخامسة من الفصل 10 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915.

²- انظر الفقرة السادسة، السابعة من الفصل 10 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915.

³- تنص الفقرة الأولى من الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يحدد بصرف النظر عن المقتضيات الخاصة بأجل رفع الدعوى إلى محكمة النقض في ثلاثين يوماً من تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إسموطنه الحقيقي».

⁴- فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص

داخل أجل ثمانيني وأربعين ساعة من توصله بالنسخة التنفيذية إضافة إلى شهادة تثبت أن الحكم صار نهائياً¹، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بوجدة في أحد أحكامها²، حيث قضت: « وحيث يتعين استناداً إلى ما ذكر أعلاه، أن قرار المحافظ غير مؤسس، ويتعين إلغاؤه، وأمره بتنفيذ مقتضياته بالرسم العقاري المذكور أعلاه...»، لكن هل للمحكمة الحق في أمر المحافظ على الأملاك العقارية بإجراء التقييد موضوع الطعن إذا ثبت أن هذا القرار غير سليم؟ أو أن مسألة التقييد تعود أولاً وأخيراً للمحافظ وبالتالي يجب على المحكمة فقط الحكم بإلغاء القرار وتسليمه للمتضرر، وعلى هذا الأخير أن يطلب من المحافظ تنفيذ مضمون الحكم الذي بحوزته؟

نلاحظ في معرض الجواب عن هذه التساؤلات تضارب واختلاف العمل القضائي في مدى صلاحية المحكمة في إصدار أوامر بالتقييد للمحافظ على الأملاك العقارية، ففي قرار³ للمجلس الأعلى نجد أنه: « لا تكون المحكمة على صواب عندما تأمر المحافظ بتسجيل البيع الذي حكمت بصحته، لأن التسجيل في الرسم العقاري يخضع لسلطة المحافظ وحده في قبوله أو رفضه مع قابلية قراره في حالة الرفض للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية».

وعلى عكس الاجتهاد القضائي أعلاه، جاء في حكم⁴ لابتدائية وجدة قضت ب: « إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية القاضي برفض تقييد الهبة وأمره بتقييد عقد الهبة بالرسم العقاري».

والرأي فيما أعتقد وبناء على مبدأ فصل السلط، لا يحق للمحكمة أمر المحافظ على الأملاك العقارية بإجراء التقييد ولو لم يوجد أي نص قانوني يمنعها من ذلك، لأن قرار التقييد هو قرار إداري وليس قضائي، وعليه فلا يحق للمحكمة سوى الحكم بإلغاء

¹- انظر الفقرة التاسعة، من الفصل 10 من القرار الوزيري 3 يونيو 1915.

²- حكم ابتدائية وجدة، رقم 2461، بتاريخ 2002/06/27، ملف عقاري عدد 02/506 (غير منشور).

³- قرار مدني رقم 47 صادر عن الغرفة الأولى للمجلس الأعلى، بتاريخ 18 يناير 1978، أورده:

- رشيد فرخي: دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، م س، ص 89.

⁴- حكم رقم 12/1271 في الملف عدد 10/574 بتاريخ 04/04/2011 (غير منشور).

القرار المطعون فيه إذا تبين لها ما يؤسس لذلك، ويعمل المحافظ تبعاً لذلك على تنفيذ الأحكام الواردة عليه متى كانت نهائية، دون حاجة لأمره بذلك في منطوق الحكم.

المطلب الثاني: مسؤولية المحافظ في مجال التقييدات

المحافظ باعتباره سلطة إدارية فإنه يتحمل المسؤولية الإدارية عن الأخطاء المصلحية أثناء جريان مسطرة التقييد، والناجمة عن التسيير السيء للمحافظة العقارية، وذلك طبقاً للفصل 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود، إضافة إلى مسؤوليته الشخصية عن الأضرار الناتجة عن تقصيره في مراقبة الوثائق المؤيدة لطلبات التقييد والتشطيب، أو إغفاله التضمين بسجلاته. ومن ثم يحق لكل متضرر من أخطاء المحافظ الشخصية إثارة مسؤوليته ومطالبته بالتعويض وعلى ضوء ما سبق يحق لنا أن نتساءل عن الفصول المؤطرة لمسؤولية المحافظ الشخصية في القانون العقاري؟

للإجابة عن هذا التساؤل، سنخصص الفقرة الأولى لمسؤولية المحافظ في إطار الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري، على أن نورد الفقرة الثانية لمسؤولية المحافظ في إطار الفصل 97 من نفس الظهير.

الفقرة الأولى: مسؤولية المحافظ في إطار الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري

بالرجوع إلى الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، نجد أن المحافظ ملزم قبل اتخاذ قرار التقييد، من التحقق تحت مسؤوليته من هوية وأهلية المفوت (أولاً) وكذلك من وثائق التقييد شكلاً ومضموناً¹ (ثانياً).

أولاً: تحقق المحافظ تحت مسؤوليته من هوية الأطراف وأهليتهم

تعتبر هوية الأطراف هي الوسيلة التي تثبت أن الشخص المفوت في العقد الناقل للملكية موضوع طلب التقييد مثلاً هو نفسه الشخص الوارد اسمه في الرسم العقاري للعقار موضوع التفويت، فيجب أن تكون هذه الهوية متطابقة تلافياً لأي غش، فيجب على المحافظ التأكد من الاسم الكامل للمفوت ورقم بطاقة تعريفه الوطنية وتاريخ ازدياده، وفي هذا الإطار تكون هوية الأطراف محققة من طرف من

¹ - ينص الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، على أنه: « يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية، تحت مسؤوليته، من هوية المفوت وأهليته وكذا من صحة الوثائق المدلى بها تأييداً للطلب شكلاً وجوهراً ».

حررها بالنسبة للمحركات الرسمية¹، أما إذا كانت هذه المحركات عرفية فإن هوية الأطراف تعتبر محققة إذا تمت المصادقة على التوقيعات لدى السلطات المحلية، لكن بعد صدور مدونة الحقوق العينية وبمقتضى مادتها الرابعة، تم التخلي عن العقود العرفية في مجال التصرفات العقارية سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ².

إلا أن المشرع اقتصر على ذكر مراقبة المحافظ للأموال العقارية لهوية المفوت دون المفوت إليه، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه³ أن سبب عدم ذكر المشرع لضرورة مراقبة المحافظ لهوية وأهلية المفوت له، يعود إلى أن المفوت هو الذي سيفقد حقوقه المقيدة في الرسم العقاري، فينتعين أن يكون ذلك برضاه، وأن يكون مؤهلا للتعبير عن هذا الرضا وأن يكون هو صاحب الحق المقيد في الرسم العقاري، تلافيا لإبدال شخص محل شخص بدون سند قانوني صحيح، لكن يبرز من خلال الفصل 73 من ظهير التحفيظ العقاري بالمقابل أن المحافظ يجب أن يراقب هوية كل الأطراف وهو ما استقر عليه عمل المحافظين حرصا على حماية كلا الطرفين.

كما يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية تحت مسؤوليته من أهلية الأطراف بحيث يقوم عمليا بمراقبة أهلية المفوت من خلال التحقق من مطابقة البيانات المتعلقة بالحالة المدنية المضمنة بسند التقييد مع البيانات بالرسم العقاري، غير أنه بالنسبة للمفوت إليه فإن المحافظ يعتمد على العقد والوثائق الأخرى المدلى بها لإثبات هويته وعند خلوها من الإشارة إلى أي عارض من عوارض الأهلية، فهذا يعتبر قرينة بسيطة على كمال الأهلية⁴، وبالتالي فإنه في غياب الوسائل المادية الضرورية لتأكد المحافظ من

¹ - حسب مقتضيات الفصل 73 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، فإنه: « تعتبر هوية الأطراف محققة إذا استند الطلب على محركات رسمية وتعتبر هويته محققة إذا كانت التوقيعات الموضوعة بالطلب وبالعقود المدلى بها مصادق عليها من السلطات المختصة.»

² - راجع المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

³ - محمد مهدي الجم: التحفيظ العقاري في المغرب، م س، ص 231.

⁴ - ياسين ايت احمد: رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتقييدات والتشطيبات على ضوء مستجدات قانون 14/07، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء العقاري، العدد الأول 2013، مطبعة ومكتبة الأمنية، الدار البيضاء، ص 145.

أهلية المفوت إليه فلا يعقل إثارة مسؤولية المحافظ إذا ما قيد حقا باسم مفوت إليه ناقص الأهلية أو فاقدتها - السفيه أو المجنون مثلا -، إذ كيف يمكن للمحافظ إثبات وجود اختلال عقلي بالمفوت إليه؟، أما بخصوص القاصرين والمحجورين فإنه حسب الفصل 78¹ من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنميته بالقانون رقم 14/07، فإن حقوقهم تقييد بطلب من نوابهم الشرعيين أو الأوصياء عليهم وإلا بطلب من القاضي المكلف بالقاصرين أو وكيل الملك.

ثانيا: تحقق المحافظ تحت مسؤوليته من المستندات الداعمة للتقييد

سبق وتحديثنا عن الدور الأساسي الذي يلعبه المحافظ في التحقق من الوثائق المعززة للمطلب للتقييد²، ولا بأس أن نؤكد بعجالة في إطار الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري بمسؤولية المحافظ في حالة إغفاله مراقبة المستندات الداعمة للتقييد من حيث الشكل على أن نترك التطرق لمسؤوليته من حيث مراقبة هذه المستندات من حيث الجوهر للفقرة الثانية من هذا الفرع.

وعليه فإن مراقبة المحافظ على الأملاك العقارية للسندات المرفقة بطلب التقييد تختلف حسب اختلاف نوعية هذه السندات والجهة التي أصدرتها :

- فالنسبة للمحركات الرسمية الصادرة عن الموثقين يجب على المحافظ أن يتأكد تحت مسؤوليته من هوية الموثق وتوقيعه ومحل مخابراته، وأن يشهد بان التصرف كان بمكتبه وأن العقد المسلم للأطراف هو نسخة من العقد الموجود إليه، أما بالنسبة للعدول فإن المحافظ ملزم من التأكد من حمل الوثيقة العدلية لتوقيع العدلين وخطاب القاضي المكلف بالتوثيق والمحكمة الابتدائية التي يزاوون التوثيق بنفوذها.

- أما بالنسبة للمحركات الثابتة التاريخ المنصوص عليها في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فيجب أن يتأكد تحت مسؤوليته من توقيعات الأطراف الذين وقعوا على المحرر وتصحيح إمضاءاتهم من طرف السلطات المحلية المختصة، إضافة إلى

¹- تنص المادة 78 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنميته بالقانون رقم 14/07، على ما يلي :

« تقييد حقوق القاصرين والمحجورين بطلب من نوابهم الشرعيين أو الأوصياء عليهم وإلا بطلب من القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو وكيل الملك.»

²- راجع الصفحة 31 وما بعدها من هذه الرسالة.

تأشير المحامي وتوقيعه على جميع صفحات المحرر والمصادقة على هذا التوقيع بكتابة الضبط المحكمة التي ينتصب بدائرتها.

- أما بخصوص المحررات الأجنبية فيجب أن على المحافظ أن يتحقق من تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية، أما المحررات العبرية فيجب أن يتأكد ما إذا كانت موقعة من طرف الموثق العبري الذي حررها ومتضمنة لهويته وموطنه.

- وفيما يتعلق بالأحكام العقارية، يجب على المحافظ أن ينتبه إلى أن الحكم أصبح حائز لقوة الشيء المقضي به، وأن نسخة الحكم متضمنة للصيغة التنفيذية، وأن تكون النسخة التنفيذية حاملة لخاتم المحكمة التي أصدرت الحكم.

أما فيما يخص المحررات العرفية فقد تنبه المشرع لخطورتها على مجال تداول الملكية واستقرار المعاملات، فقام باستبعادها من التصرفات العقارية لصالح تدعيم المحررات الرسمية لما تتميز به هذه الأخيرة من دقة ووضوح¹.

الفقرة الثانية: مسؤولية المحافظ في إطار الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري

المحافظ على الأملاك العقارية بعد التأكد تحت مسؤوليته الشخصية من هوية الأطراف وأهليتهم ومن أن الوثائق المدلى بها سليمة قانونيا من حيث الجوهر والمضمون، يعمل على تقييد البيانات المتعلقة بهذه الوثائق بشكل موجز بالسجل العقاري الذي يورخه ويمضي عليه، لكن قد يقع في بعض الأحيان أن يَغفل المحافظ عن تضمين هذا التقييد بسجلاته أو يسلم نظير رسم عقاري ينقصه حق مقيد بالرسم الأصلي، كما يمكنه أن يقيد حقا مبني على سند باطل، لم يلاحظ بطلانه أثناء تفحصه للوثائق الداعمة لمطلب التقييد، وعموما فأخطاء المحافظ في هذا المجال يصعب حصرها، لكن نجد المشرع في الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، حاول ذكر بعض الأخطاء التي يحاسب عليها المحافظ شخصيا، وتعطي في حالة إثبات تقصير هذا الأخير، الحق للمتضرر في مطالبة المحافظ بالتعويض عن الضرر الناتج، في الحالات الثلاثة التالية:

¹- ادريس الفاخوري ودنيا مباركة: نظام التحفيظ العقاري وفق القانون 14-07، م س، ص 246.

- إغفال التضمين بسجلاته لكل تقييد أو بيان تقييد احتياطي أو تشطيب طلب منه بصفة قانونية.
- إغفال التضمين بالشهادات أو نظائر الرسوم العقارية المسلمة والموقعة من طرفه لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب مضمن بالرسم العقاري.
- فساد أو بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب¹.

تبعاً لذلك فمسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية تثار عندما يلحق الغير ضرر نتيجة إغفاله التضمين بالرسوم العقارية كل تقييد أو تشطيب أو تقييد احتياطي، سواء كان مطلوباً منه أن يقوم به في إطار سلطته أو مأموراً بالقيام به بمقتضى حكم قضائي، وسواء كان ذلك نتيجة عدم اتخاذه ما هو ضروري من الدراسة لوثيقة معينة، أو عدم مراقبته الكافية لمن يعمل تحت مسؤوليته².

ولا يكفي لقيام مسؤولية المحافظ الشخصية وجود عنصر الخطأ، بل لابد من أن يكون هذا الأخير هو الذي تسبب في الضرر مباشرة، فالخطأ الذي قد يتسبب في إثارة مسؤوليته الشخصية، هو الخطأ الشخصي الذي ينسب مباشرة إلى المحافظ على الأملاك العقارية، وقد أعطى المشرع من خلال الفصل 97 المشار إليه أوصافاً متعددة للخطأ الشخصي - تجلت في الإغفال، الفساد، البطلان³، فيعتبر خطأ شخصياً كل إغفال عن تضمين الشهادات أو النسخ المأخوذة من الرسم العقاري لكل التقييدات الواردة في الرسم العقاري الأصلي، كتسليم نظير عن رسم عقاري أغفل تضمينه رهن مقيد بالرسم الأصلي، فشهادات ونظائر الرسم العقاري، تمكن المتعامل بالعقار موضوع النظر من معرفة

¹- راجع الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنميته بالقانون رقم 14/07.

²- انظر في نفس المعنى :

عبد العلي محمد العبودي : نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالملكة المغربية، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص 181.

³- انظر في نفس المعنى :

- ادريس الفاخوري ودينيا مباركة : نظام التحفيظ العقاري وفق القانون 14-07، م س، ص 250.

الحالة المادية والقانونية للعقار، فإن لم تكن متطابقة مع ما هو وارد بالرسم العقاري، ستؤدي إلى الإضرار بمصالح الغير وتهديد الأمن العقاري.

كما أنه بالرجوع كذلك إلى الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري، نجد أن المحافظ مسؤول شخصيا كذلك عن فسادو بطلان ما ضمن بالرسم العقاري، فيمكن لكل متضرر أثبت بطلان السند موضوع التقييد نتيجة عيب من عيوب الرضا مثلا، أن يثير مسؤولية المحافظ الشخصية، كونه قيد عقدا غير مستوفي شروط صحته، كما تثار مسؤوليته إذا قام بتقييد عقد غير كامل الأركان (ثمن المبيع، تعيينه، محله غير مشروع...)، أو في حالة مخالفته- أي التقييد -لمقتضيات التشريع العقاري، كتقييده لسند يتضمن حقا لم ينقل مباشرة من صاحبه المقيد بالرسم العقاري وهو ما يخالف قاعدة استمرارية التقييد التي تعتبر من أهم ركائز منظومة التقييد، فالحق الذي يكون موضوع عدة تفويتات لا يمكن تقييد آخرها إلا بعد التفويتات السابقة.

كما تجدر الإشارة أنه يعتبر فاسدا كل تقييد مخالف لأحد النصوص العقارية الخاصة، كظهير 30 يونيو 1962 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية¹، أو قانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات².

يبرز من خلال ما سبق أن المشرع قد تشدد في تحميل المحافظ على الأملاك العقارية للمسؤولية الشخصية عن كل خطأ أو إغفال منه يضر المتعاملين مع مؤسسة التقييد، لدى نجد المحافظين يتوخون الكثير من اليقظة والحيطه في مختلف العمليات المتعلقة بالرسم العقاري، كما أنه عمليا يرفضون أي تقييد مشكوك في صحة وثائقه.

¹- تنص الفقرة الاولى من الفصل 4 من ظهير 30 يونيو 1962 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية على أنه: «يمنع كل تصرف إرادي واقع على أراضي تقع داخل منطقة الضم ابتداء من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية لإعلان الإيداع - إيداع مشروع الضم - لدى السلطات المحلية».

²- جاء في الفصل 58 من قانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، ما يلي: «...إذا كان من شأن ذلك أن يحصل أحد المشترين على الأقل على نصيب شائع تكون المساحة المطابقة له دون المساحة التي يجب ألا تقل عنها مساحة البقع الأرضية بمقتضى وثيقة من وثائق التعمير ودون 2500 متر مربع...»

كما يجب أن نشير أخيراً إلى أنه يوجد صندوق للتأمين¹، تؤدي منه التعويضات المحكوم بها لفائدة المتضرر من خطأ المحافظ الشخصي، في حالة إعسار هذا الأخير، حيث يحل الصندوق محله مع إمكانية الرجوع إليه².

المبحث الثاني: الاكراهات والصعوبات التي تواجه المحافظ فيما يخص التقييدات
المحافظ على الأملاك العقارية وهو بصدد تقييد الحقوق بالرسم العقاري، يتلقى العديد من المحررات المختلفة الطبيعة، فهناك المحررات الرسمية والعرفية، إضافة إلى المحررات الثابتة التاريخ والمحررات المبرمة بالخارج، والتي في إطار فحصها شكلاً ومضموناً يواجه الكثير من الصعوبات، لتنوع بنية كل محرر وشروط صحته، كما أنه يعتبر الجهة الساهرة على تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالتقييدات متى اكتسب الحكم قوة الشيء المقضي به، إلا أنه أثناء تقييد هذه الأحكام تواجهه أيضاً صعوبات تحول دون ذلك، وهنا علينا أن نتساءل عن طبيعة الصعوبات التي يواجهها المحافظ على الأملاك العقارية سواء أثناء مراقبته للمحررات (المطلب الأول)، أو تقييده للأحكام في سجلاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صعوبة مراقبة المحررات
تختلف الصعوبات التي يواجهها المحافظ على الأملاك العقارية أثناء تقييده للحقوق بالرسم العقاري، بحسب ما إذا كانت هذه الحقوق مدعمة بمحررات رسمية (الفقرة الأولى)، أو بمحررات عرفية تم تحريرها قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصعوبات التي تطرحها المحررات الرسمية
المشروع المغربي قيد توثيق التصرفات العقارية في قالب شكلي معين، فبعد أن كان الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود، يستوجب فقط كتابة هذه التصرفات في محرر

¹ - ينص الفصل 100 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 14/07 على أنه: « يؤسس صندوق للتأمين الغاية منه أن يضمن، في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظ على الأملاك العقارية، أداء المبالغ التي قد حكم بها عليهم لصالح الطرف المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق...».

² - للتوسع أكثر حول النظام القانوني لصندوق التأمين، يراجع:
- ادريس الفاخوري ودنيا مباركة: نظام التحفيظ العقاري وفق القانون 14-07، م س، ص 162 وما بعدها.
- محمد بن الحاج السلمي: التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري، م س، ص 136-137.

ثابت التاريخ دون تحديد نوع هذا المحرر أو الجهة التي يمكنها تحريره، أصبحت اليوم هذه التصرفات استنادا للمادة الرابعة من المدونة، يجب أن ترد تحت طائلة البطلان، إما في محرر رسمي¹ أو ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، لكن عمليا نجد أن توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية يقتصر على الموثقين العصريين والعدول.

وعلى الرغم من الحجية والضمانات التي تتميز بها المحررات الرسمية باعتبارها صادرة عن موثقين وعدول يعملون في إطار قوانين مهنية² تنظم اختصاصاتهم والتزاماتهم أثناء توثيقهم للتصرفات العقارية، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يجد بعض المحررات الصادرة عنهم يشوب بياناتها بعض الغموض، إذ نقف فيها أحيانا على إجمال ما يستوجب التفصيل وإبهام ما يقتضي التعيين التصريح بما هو حشو أو إغفال ما ينبغي أن يكون من المتن، فكل هذه النواقص يكون لها تأثير على مهمة المحافظ في تقييد الحقوق المضمنة بهذه المحررات³.

كما أن هذه الصعوبات تتباين من حيث المحررات العدلية ونظيرتها المحررة من طرف الموثقين العصريين، وفي هذا الصدد أثبت الواقع العملي أن حوالي 15 % من المحررات العدلية يتم رفضها من قبل المحافظ مقابل 1% بالنسبة للمحررات العصرية⁴، فالعدول غالبا ما لا يلتزمون بالتحقق من وضعية العقار موضوع التفويت من خلال التعرف على مدى قابليته للتفويت أو كونه مثقل برهن أو موضوع تعرضات، أو ربما يكون مثقل بتقييد احتياطي أو بمشروع نزع الملكية...، وإن كانت هذه الأمور مبدئيا لا

¹ - عرفت المادة 418 من قانون الالتزامات والعقود الورقة الرسمية على النحو التالي: «الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون».

² - راجع القانون رقم 32.09، المنظم لمهنة التوثيق، والقانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

³ - فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص 257.

⁴ - محمد الحيايني: عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة الكتاب بفاس، طبعة يناير 1994، ص 200.

تمنع تقييد التفويت، لكنها تصعب من عمل المحافظ على الأملاك العقارية، إذ تكون دائما مهددة بالتشطيب عليها في حالة إجراء تقييد النهائي لفائدة صاحب التقييد الاحتياطي أو لفائدة الجهة التي أجرت مشروع نزع الملكية¹، هذا إضافة إلى الكثير من الأخطاء المادية التي يمكن أن يقعوا فيها نتيجة عدم اطلاعهم على الوضعية القانونية للعقار موضوع التصرف قبل إبرام العقد مباشرة لأن هذه الوضعية قابلة للتغيير من لحظة إلى أخرى، كأن يتحول العقار من وضعية عقار في طور التحفيظ إلى عقار محفظ، وفي هذا الصدد فقد يمكن تفويت عقار بعد تحفيظه بموجب عقد عدلي، لكن مع الإشارة في عقد التفويت إلى رقم مطلب التحفيظ بدل رقم الرسم العقاري الذي أسند للعقار موضوع التصرف بعد تحفيظه، مما يدفع المحافظ إلى رفض تقييده، وطالب التقييد بديها سيرى من جانبه أن طلب تقييده مستوفي لجميع الشروط القانونية طالما استند إلى محرر رسمي كامل البيانات، وأن المحافظ متعسف في قرار رفضه هذا، وبالتالي سيطعن في قرار رفضه، ولتفادي هذه الصعوبات المثارة في مسطرة التقييد يجب فيما نعتقد إلزام الموثقين بالحصول على شهادة من المحافظة العقارية تثبت الوضعية القانونية والمادية للعقار محل التوثيق مباشرة قبل تحريري أي عقد، ونذلي بهذا الصدد بقرار² للمجلس الأعلى جاء فيه: «إذا وقع بيع عقار بعد تحفيظه وأشير ف عقد البيع إلى رقم المطلب بدل رقم الرسم العقاري الذي أصبح العقار المبيع يحمله بعد تحفيظه، فإن ذلك يعد مجرد خلط بين رقم المطلب ورقم الرسم العقاري لا يعفي البائعة من وجوب تنفيذ التزاماتها بتسليم ونقل ملكيته إلى المشتري وذلك بالعمل على تصحيح عقد البيع بتضمينه رقم الرسم العقاري للعقار المبيع وبذلك تكون المحكمة التي ألزمت البائعة بتصحيح الخطأ قد صادفت الصواب».

¹ عبد القادر بوبكري: توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية، على ضوء مستجدات القانون رقم 39.08، من أشغال الندوة العلمية التي نظمتها كلية الشريعة بأكادير يوم 18 أبريل 2012، تحت عنوان " المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة، مطبعة أنفوس- برانت بفاس، ص 24.

² - قرار المجلس الأعلى، عدد 4796، بتاريخ 1999/10/20، بالملف المدني عدد 95/1/1/4626، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 58-85، دجنبر 2004، ص 2.

وكذلك في إطار الصعوبات التي يواجهها المحافظ على الأملاك العقارية أثناء مراقبته للمحركات الداعمة للمطلب التقييد، نجد تعدد التواريخ التي تحملها الوثيقة العدلية، فتنضمن تاريخ الإشهاد من طرف العدلين ويكون بمقدمة الوثيقة وتاريخ التحرير ويكون أسفلها، إضافة إلى تاريخ تضمين الشهادة بكتابة الضبط تمهيدا لخطاب قاضي التوثيق عليها، ثم تاريخ المخاطبة عليها، دون أن ننسى التواريخ الأخرى المتعلقة بالتصرف وبيانات الأطراف والمضمنة بماتن الوثيقة، فتعدد هذه التواريخ المرتبطة بالمراحل التي تمر منها الوثيقة العدلية يخلق كذلك صعوبات على مستوى مطابقتها للوضعية القانونية للعقار موضوع التصرف، وكمثال عن هذه الصعوبات، فإذا فوت شخص عقارا مازال في طور التحفيظ بموجب عقد عدلي تم تحريره قبل تحفيظ العقار، لكن في الفترة ما بين عرضه على قاضي التوثيق للمخاطبة عليه وتحريره، تم إنهاء مسطرة تحفيظه وأسس له رسم عقاري يظهره من كل الحقوق والتحملات التي لم تظهر أثناء مسطرة التحفيظ، فما موقف المحافظ من هذا المحرر هل يعتد بتاريخ التحرير ويرفض تقييده بناء على الأثر التطهيري للتحفيظ، أو يقبل التقييد تأسيسا على تاريخ الخطاب؟ أو بعبارة أخرى ماهو التاريخ المعتد به من طرف المحافظ، هل هو تاريخ تحرير الوثيقة أم تاريخ المخاطبة عليها من قبل قاضي التوثيق؟

كمحاولة للجواب عن هذا الإشكال سنستعين ببعض المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي، فقد جاء في قرار¹ للمجلس الأعلى: «العقود التي يتلقاها العدول تكتسب تاريخا صحيحا، ويمكن أن تكون حجة على الغير منذ تاريخ تسجيلها بدفاتر المحكمة»، كما نصت المادة 35 من القانون المنظم لخطة العدالة على أنه: «... لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينها وثيقة رسمية»، فالملحوظ تبعا لهذه المقتضيات فإن المحافظ على الأملاك العقارية باعتباره غيرا بالنسبة لأطراف الوثيقة، وأن الوثيقة لا تصير رسمية إلا من تاريخ خطاب قاضي التوثيق عليها، فإنه على

¹ - قرار المجلس الأعلى، رقم 54، بتاريخ 24 دجنبر 1958، بالملف عدد 615، أورده :

- رشيد فرخي : دور المحافظ العقاري في مراقبة المحركات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، م س، ص 63.

المحافظ قبول التقييد بناء على تاريخ خطاب القاضي على المحرر العدلي، وإلا سيكون قراره معرضا للطعن، وغالبا كما أشرنا سابقا فإن المحافظين العقاريين غالبا عندما يواجهون مثل هذه الصعوبات يعمدون إلى رفض التقييد تاركين للقضاء الحسم في الموضوع تفاديا لإثارة مسؤوليتهم الشخصية عن الأضرار التي يمكن أن تصيب الأطراف نتيجة تقييدهم لو تأنق يلفها بعض الغموض من حيث قابليتها للتقييد.

الفقرة الثانية : الصعوبات التي تطرحها المحررات العرفية

كانت تطرح المحررات العرفية قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق، الكثير من الصعوبات بالنسبة للمحافظ على الأملاك العقارية وهو في خضم مراقبتها قبل تقييدها بسجلاته، علما أنه كان يتحقق فقط من تلك المحررات المصححة التوقيع من طرف المصالح المختصة، أما الغير المصححة التوقيع فكانت تكون محل رفض من قبل العون المكلف بتلقي طلبات التقييد قبل وصولها للمحافظ، وعليه فإن هذه المحررات قبل النص على رسمية العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية، كانت تحتل الصدارة في توثيق العمليات العقارية، لسهولة وسرعة تحريرها من جهة، وانخفاض تكلفتها من جهة أخرى، إذ يتم تحريرها فقط لدى الكتاب العموميين أو فقط من طرف الأطراف فيما بينهم.

ونظرا لانعدام المؤهلات القانونية في محري الوثيقة العرفية، تأتي هذه المحررات ناقصة في صياغتها وغير دقيقة في مضمونها، وكثيرا ما يعترضها الخلط والالتباس فينتسب ذلك في إثارة نزاعات كثيرة وأحيانا إلى ضياع حقوق بعض الأفراد¹، كما أن حجم المحررات العرفية المزورة التوقيع كان قد بدأ في الارتفاع، حيث أن سهولة والسرعة في إنشاء المحررات العرفية يساهمان بدون شك في تشجيع بعض الأشخاص ذوي النية السيئة إلى تزوير الإماءات وتمرير عمليات عقارية غير مشروعة في بعض

¹ - محمد خيري : الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثالثة 1997، ص 329.

الأحيان حتى ضد مصالح الدولة¹، مما يؤدي إلى فساد وبطلان ما ضمنه المحافظ بسجلاته من حقوق تحت مسؤوليته الشخصية.

فتحرير العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية يحتاج الإلمام بكثير من القوانين، حتى يكون المحرر العرفي خاليا من أي نوع من اللبس أو الغموض الذي يمكن أن يصعب على المحافظ على الأملاك العقارية مهمة مراقبته لهذه المحررات، لكن عمليا نجد أغلب محرري هذه العقود يغفلون عن تحديد العقار موضوع التصرف تحديدا دقيقا، كما أنهم غالبا لا يتأكدون من صحة الوثائق المقدمة لهم كونهم غير منظمين في إطار قانون يحملهم مسؤولية تقصيرهم في هذا الصدد، وعليه فإن أغلب ما يحررونه يكون معيبا بشكل أو بآخر، وهو ما يؤدي حتما إلى زعزعة استقرار المعاملات العقارية وتقييد عمليات تقييد المحافظ للحقوق العقارية، مما دفع المشرع إلى استبعاد العقود العرفية من مجال التصرفات العقارية تلافيا لتدعيم ثبات الملكية العقارية.

المطلب الثاني : صعوبة تقييد الأحكام المتعلقة بالتقييدات

إضافة إلى التصرفات العقارية الموثقة بمحررات رسمية صادرة عن الموثقين العصريين أو العدول، تكون الأحكام القضائية موضوع تقييد، إذا كان موضوع الحكم تأسيس حق عيني عقاري أو نقله أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، بشرط أن يكون مكتسبا لقوة الشيء المقضي به، إلا أن المحافظ قد يمتنع أحيانا عن تقييد هذه الأحكام مثيرا صعوبات تمنعه من ذلك، والتي يمكن تصنيفها إلى صعوبات مادية (الفقرة الأولى)، وصعوبات قانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الصعوبات المادية

إن التنفيذ على العقار بصفة عامة يقوم به أعوان كتابة الضبط وهم موظفون بالمحكمة، إلا أنه عندما يكون العقار مدرجا بالمحافظة العقارية، فإن تنفيذ الحكم يتم بتقبيده من طرف المحافظ العقاري بالسجل العقاري الخاص²، وهكذا يصير المحافظ هو

¹- عبد الخالق أحمدون : نظام التحفيظ العقاري بالمغرب مقتضياته القانونية وإشكالاته الواقعية، م س، ص 207.

²- إبراهيم البحماني : تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة ايناس، الطبعة الأولى، 2001، ص 21.

مأمور التنفيذ بالنسبة للأحكام المتعلقة بعقار محفظ، إلا أنه يمكن أثناء تنفيذه للحكم أن يواجه بعض الصعوبات المادية أثناء التنفيذ، وقد عرف الأستاذ "إبراهيم البحمانى" الصعوبات المادية أو الواقعية بأنها عبارة عن وقائع تحدث بعد صدور الحكم ولم يسبق عرضها على المحكمة أثناء مناقشة الدعوى، أما الوقائع التي عرضت على المحكمة وناقشتها، واتخذت منها موقفاً معيناً، فإنه لا يمكن عرضها من نفس الشخص¹، وحالات الصعوبات الواقعية التي تجعل المحافظ على الأملاك العقارية في وضعية يستحيل معها أن يقوم بتنفيذ - تقييد - الأحكام والقرارات القضائية كثيرة، سأحاول ذكر ما يلي على سبيل المثال:

أولاً: حالة وجود خطأ مادي في الحكم كأن يرد في الحكم مثلاً رقم معين للرسم العقاري، وعند طلب تقييد الحكم من طرف المحافظ على الأملاك العقارية يتبين أن العقار المعني بالأمر يحمل رقم رسم مغاير لما هو وارد في الحكم، وهذا ما حصل فعلاً على مستوى محافظة وجدة حيث رفض المحافظ تقييد قرارين أحدهما لاستئنافية وجدة والآخر للمجلس الأعلى²، وفي نفس الإطار جاء في حكم³ لابتدائية وجدة: «... إلا أنه لما طلب من السيد المحافظ على الأملاك العقارية تسجيل القرار الاستئنافية القاضي بصحة الشراء بعد الإدلاء بأصل الحكمين الابتدائي والاستئنافية أصدر السيد المحافظ مقرره القاضي برفض تقييده بالرسم العقاري 11637 مستنداً في قراره على الأسباب التالية كون اسمه جاء متضارباً ومتناقضاً في الأحكام وكذا في عقد البيع والترجمة.»

¹ - نفس المرجع السابق، ص 162.

² - قرار استئنافية وجدة، عدد 532، بتاريخ 2 مارس 1999، ملف مدني رقم 89/1242.

- قرار المجلس الأعلى رقم 969، بتاريخ 14 مارس 2001، ملف مدني رقم 1999/4/1/1860، أوردهما:

- سلطات المحافظ في مراقبة مستندات التقييد بين المشروعية والرقابة القضائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2003-2004، ص 60.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة رقم 3992، بتاريخ 11/11/97 ملف رقم 97/2716 أوردهته:

- فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص 275.

ومن بين الأخطاء المادية التي يمكن أن تعترى بعض الأحكام كذلك، نجد حالة ذكر رقم مطلب التحفيظ بدل رقم الرسم العقاري، بعدما تم تأسيس رسم عقاري للعقار موضوع الحكم، وهذا ما حدث في حكم¹ صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء جاء فيه : «نأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بعين الشق بالدار البيضاء بإجراء تقييد احتياطي لفائدة بنك الوفاء على الملك موضوع المطلب العقاري عدد 33/1215 إلى أن يتم الفصل بصفة نهائية في دعوى إبطال الهبة المذكورة..».

ثانيا: حالة تناقض منطوق الحكم مع حيثياته

منطوق الحكم ينبغي أن يكون واضحا وصريحا، وكاملا، إلا أن المحكمة قد تصدر أحكاما متناقضة في منطوقها، وتحيلها على المحافظ من أجل تنفيذها وتقييدها في السجلات العقارية²، وقد أورد صاحب المقال كمثال حالة ما إذا كان منطوق الحكم على الشكل التالي : «... قضت المحكمة بإتمام إجراءات البيع مع واعتبار الحكم سندا للملكية»، فما هو الشق من الحكم الواجب التنفيذ؟، هل إتمام البيع أو اعتبار الحكم سندا للملكية وتقييده بالرسم العقاري ن مع العلم أن تنفيذ الشقين معا غير ممكن³، وعموما فمثل هذه الأخطاء يجب أن تصحح من طرف المحكمة مصدرة الحكم أو القرار المطعون فيه بعد أن يكون المحافظ على الأملاك العقارية قد أثار صعوبة تنفيذها، وهنا يمكننا أن نتساءل حول مدى إمكانية إثارة الصعوبة في التنفيذ من قبل المحافظ على

¹ - حكم رقم 2049 بتاريخ 2000/6/26، ملف رقم 6/99/19129 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 84، ص 201، أورده:

- رشيد فرخي : دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، م س، ص 73.

² - محمد صغير : تنفيذ المقررات القضائية في ميدان التحفيظ العقاري، مجلة المناظرة، عدد 7، السنة 2002، ص 64.

³ - انظر في نفس المعنى، المرجع السابق، ص 64.

الأمالك العقارية؟ خاصة وأن الفصل 436¹ من قانون المسطرة المدنية حدد مبدئياً الأطراف التي لها الحق في إثارة الصعوبة في التنفيذ ولم يذكر من بينهم المحافظ صراحة. وفي هذا السياق جاء في حكم² للمحكمة الابتدائية ببركان: «إن الصعوبة في التنفيذ طبقاً للفصل 436 من ق.م.م يثيرها أطراف النزاع وإن المراجعة والطعون تكون فيما بينهما، وأن السيد المحافظ ليس طرفاً في النزاع القائم حتى يستطيع أن يثير صعوبة التنفيذ».

فيما رأت المحكمة الابتدائية بمراكش في أحد أحكامها³ عكس ما ورد في الحكم أعلاه، إذ جاء منطوق حكمها كالتالي: «إنه وإن كان المحافظ على الأملاك العقارية يملك الصفة لإثارة الصعوبة التي تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا العقارية المأمور بتنفيذها، فإن ما يثيره من صعوبة يجب أن تطبق عليه المواصفات القانونية للصعوبة وهي أنها يجب أن تكون وقتية تقتضي عنصر الاستعجال وتشترط عدم المساس بجوهر الحق...».

من خلال هذه الأحكام يبدو أن العمل القضائي غير مستقر في منح الحق للمحافظ في إثارة صعوبة التنفيذ، وذلك عائد لطريقة تفسير كل جهة لمقتضيات الفصل 436 المذكور، فهناك من فسر الفصل تفسيرا واسعا فاعتبر أن كلمة "أطراف" الواردة في الفصل تضم أطراف عملية التنفيذ بمن فيهم الغير الذي لم يكن طرفاً في الدعوى وتبعاً لذلك باعتبار المحافظ غيراً فإن له الحق في إثارة صعوبة التنفيذ، وفي المقابل هناك من فسر الفصل أعلاه، تفسيرا ضيقاً فحصر من لهم الحق بإثارة الصعوبة في المحكوم عليه والمنفذ له والعون المكلف بالتنفيذ، والرأي فيما نعتقد أنه على الرغم من أن المحافظ على

¹ - جاء في الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية ما يلي: «إذا أثار الأطراف صعوبة واقعية أو قانونية لإيقاف تنفيذ الحكم أو تأجيله أحيلت الصعوبة على الرئيس من لدن المنفذ له أو المحكوم عليه أو العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم القضائي ن ويقدر الرئيس إن كانت الإدعاءات...».

² - حكم ابتدائية بركان، رقم 317، بتاريخ 2003/01/28، في الملف رقم 2001/1844 (غير منشور)، أورده:

- رشيد غاي: التقييد بالرسم العقاري بين الوقع العملي والعمل القضائي، م س، ص 93-94.

³ - حكم ابتدائية مراكش، بتاريخ 1995/03/22، ملف عدد 12/94، منشور بمجلة المحامي، سنة 2001، عدد 27، ص 233.

الأملك العقارية لا يملك الصفة في إثارة صعوبة التنفيذ بصريح العبارة طبقاً للفصل 436 من قانون المسطرة المدنية، إلا أنه يمكن أن يثير الصعوبة في التنفيذ استثناء إذا تعلق الأمر بصعوبة تقتضي عنصر الاستعجال، عوض رفض تقييد الحق وما يتبعه من مسطرة الطعن، مما قد يؤخر تقييد الحق والإضرار بصاحبه.

كما تجدر الإشارة أن المحافظ على الأملك العقارية قد يكون طرفاً في الحكم وليس غيراً، كما في حالة الطعن في قراره أمام القضاء، وصدور حكم يجب أن ينفذه هو، ففي هذه الحالة يكون من حقه أن يثير صعوبة التنفيذ طبقاً للفصل 436 من قانون المسطرة المدنية، وفي الأخير نشير إلى أنه إضافة إلى الصعوبات المادية التي تثار أثناء تقييد المقررات القضائية والتي أوردنا بعض حالاتها أعلاه، توجد صعوبات قانونية وهو ما سنعرضه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية : الصعوبات القانونية

الصعوبات القانونية تثار عندما يتعارض الحكم مع نص القانون في قضية معينة، فالمفروض من الأحكام أن تصدر دائماً مطابقة للقانون¹، إلا أنه في بعض الحالات تأتي عكس هذا الأخير، فيمتنع المحافظ على الأملك العقارية عن تنفيذها في إطار مسؤوليته بمراقبة تطابق كل ما يقيده مع مقتضيات القانون العقاري، إضافة إلى بعض القوانين العقارية الخاصة.

ونظراً لتعدد حالات الصعوبات القانونية التي يمكن أن يواجهها المحافظ على الأملك العقارية، سنقتصر على إيراد بعض الحالات على سبيل المثال معززة ببعض العمل القضائي، فمن بين هذه الحالات نجد:

- حالة مخالفة الأحكام القضائية لبعض المقتضيات القانونية المتعلقة بقوانين خاصة، كقانون 94-34 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية، حيث أوجب هذا القانون ألا تقل القطع المجزأة عن مساحة الاستغلال الدنيا والمحددة في خمسة هكتارات، وكل حكم قضى بقسمة عينية لعقار خاضع لهذا الظهير نتج عنه قطع أرضية مساحة كل واحدة

¹- رشيد فرخي : دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، م س، ص 74.

منها تقل عن المساحة المذكورة سيكون مآله رفض التقييد بالسجل العقاري¹، ونفس الأمر للقانون 25/90 المتعلق بالتجزئات العقارية وتنظيم العقارات والمجموعات السكنية، والذي يمنع تقسيم الأرض دون القيام ببعض الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، كعدم الإدلاء بشهادة مطابقة للأصل من محضر التسليم المؤقت، أو شهادة تثبت أن العملية لا تدخل في نطاق هذا القانون²، وبالتالي في مثل هذه الحالات عندما يحال الحكم على المحافظ لتقييده يمتنع عن ذلك لمخالفته لمقتضيات هذه القوانين الخاصة.

ومن الأمثلة على ذلك قرار³ صادر عن استئنافية الرباط قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي على المدعى عليه بإنشاء رسم عقاري مستقل للجزء المفرز للبيع، وتسجيل شرائه به تحت طائلة غرامة تهديدية، على الرغم من أن تنفيذ هذا القرار لا يتوقف على إرادة المحكوم عليه، وإنما له ارتباط بمجموعة من الإجراءات القانونية والتقنية، منصوص عليها في قانون 25/90، والتي يتعين على الطرفين احترامها لإمكانية تأسيس رسم عقاري مستقل وتسجيل عقد البيع عليه، فالملاحظ أن المحاكم كثيرا ما تصدر أحكام تتناقض مع ما هو منصوص عليه في هذه التشريعات الخاصة.

- حالة مخالفة الأحكام القضائية لمبدأ تسلسل أو استمرارية التقييد، والذي مفاده أن تكون التقييدات متلاحقة فيما بعضها بدون انقطاع، فلا يمكن تقييد تفويت جديد قبل تقييد التفويت السابق الذي اكتسب به المَفُوت الحق محل التفويت الجديد، إلا أنه قد يصدر أحيانا أحكام وقرارات قضائية سيؤدي تنفيذها إلى مخالفة هذا المبدأ، فيمتنع كذلك المحافظ على الأملاك العقارية عن تنفيذها.

¹- كمال عون: سلطات المحافظ في مراقبة مستندات التقييد بين المشروعية والرقابة القضائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2003-2004، ص 62.

²- فاطمة الداودي: دور المحافظ العقاري وتدخل القضاء في قضايا التحفيظ بين التعزيز والمحدودية، م س، ص 277.

³- قرار استئنافية الرباط رقم 456، صادر بتاريخ 10 فبراير 1998، في الملف العقاري عدد 97/5068، أشارت إليه:

- فاطمة الداودي: م س، ص 277.

وهذا ما سار عليه المجلس الأعلى في قرار¹ له جاء فيه: «لكن حيث إن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه كانت على صواب ولم تخرق القانون وأسست قضاءها على أساس سليم عندما اعتبرت الحصة المباعة في العقار المحفظ لا تنتقل ملكيتها إلى المشتري بصفة قانونية إلا ابتداء من تاريخ تقييد الشراء بالرسم العقاري وأن الشريك لا يثبت له حق الشفعة إلا ابتداء من تاريخه»، إذن حسب هذا القرار فإنه لا يمكن للشفيع أن يمارس حق الشفعة قبل تقييد المشتري للحصة المشاعة المباعة بالرسم العقاري، تطبيقاً لمبدأ تسلسل التقييدات المنصوص عليه في الفصل 28 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915.

- حالة وفاة الهالك وحلول ورثته محله بالرسم العقاري نتيجة تقييد عقد إرثه أدلوا به لدى المحافظ على الأملاك العقارية، فيتصادف أن يتقدم شخص بطلب تقييد حكم قضائي نهائي، بصفته مشترياً لعقار البائع الهالك المتوفي، فيرفض المحافظ على ضوء ذلك من تقييد مقتضيات الحكم المذكور لوجود استحالة قانونية، تتمثل في أن هناك مالكا جديداً في شخص الورثة الذي أصبح العقار في اسمهم، فيتوجب حينها على الأطراف العودة للجهة التي أصدرت الحكم قصد تصحيحه².

- وعموماً تبقى حالات الصعوبات التي تحول دون قيام المحافظ بتقييد الحقوق بسجلاته، متعددة ومتنوعة حسب كل واقعة قانونية، ومع على السيد المحافظ العقاري سوى اثبات حالة الاستحالة، لتحسين قراره بالرفض إلى حين تجاوز هذه الصعوبات وختاماً يمكننا القول، أن السلطات الواسعة والمهمة التي منحها المشرع للمحافظ، بشأن التقييدات تعترضها عدة مشاكل وصعوبات. الأمر الذي يؤثر سلباً على مردودية المحافظات العقارية بالمملكة المغربية. ويؤدي حتماً إلى عدم المطابقة القانونية للوضعية المادية للعقار. بعدم تحيين الرسوم العقارية بشكل مستمر ودوري. ولتجاوز هذه الاشكالية ولتخفيف الضغط على هذا المرفق، لابد من انشاء قضاء عقاري

¹ - قرار المجلس الأعلى، عدد 2369، بتاريخ 2002/07/03، ملف مدني عدد 2001/4/1/1682، (غير منشور).

² - أشار إلى هذه الحالة، محمد الحيايبي: عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، م س، ص 109.

متخصص للنظر في كافة القضايا التوثيقية المتعلقة بالتقييدات من جهة، والحسم في النزاعات والصعوبات المتعلقة بالمادة العقارية على وجه السرعة من جهة أخرى. إضافة الى تضافر جهود جميع المتدخلين في هذه العملية من هيئة التوثيق، ومصالحة التسجيل والتمبر وغيرها، من اجل تسهيل عملية التقييدات واستمراريتها.

ضوابط الاجتهاد في تطوير نظرية العقد .

محمد الطيبي

طالب باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي.

يعرف الاجتهاد القضائي بأنه «مجموعة من الحلول القانونية المتوصل إليها بمناسبة البت في نازلة معينة، إما بمناسبة تفسير نص قانوني غامض، أو إتمام نص جاءت صياغته ناقصة، أو حتى في معرض المساهمة في خلق القاعدة القانونية عندما لا ينظم المشرع وضعية قانونية معينة»¹.

وبالرغم من تعدد التعاريف التي أعطيت للاجتهاد القضائي إلا أن أسمى مهمة له تتجلى في كونه يخرج القاضي المدني من دائرة تحفظه وانكماشه وتوقعه في النصوص الجافة المنظمة لنظرية العقد إلى دائرة الإنشاء والإبداع والابتكار والخلق، واستخراج المبادئ العامة وتوفيقها مع الحاجات المجتمعية، وهذا ما أكده قرار لمحكمة الاستئناف ببيروت، إذ جاء في إحدى حيثياته: "وحيث أن مهمة الاجتهاد لا تقتصر على الانكماش في نطاق النصوص الجافة، بل تتعدى إلى نطاق حكم المبادئ العامة المستخرجة من هذه النصوص لتوفيقها مع الحاجات الملحة والضرورية الناشئة، بحيث تسخر في سبيل الخير والعدالة الاجتماعية، وتجيئ للقاضي الخروج من دائرة تحفظه

¹ عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ العقاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الثامن، يوليوز 2007 ص 13. للمزيد من التعاريف حول الاجتهاد القضائي يراجع عبد العزيز فتحاوي، هل ولي زمن الاجتهاد؟ مقال منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة، العدد الثاني، 2010 ص: 112.

إن التعاريف المعطاة لهذا المفهوم تعددت وتنوعت، لكنها رغم اختلافها في المبنى إلا أنها متشابهة كثيرا من حيث المعنى. فيعرف كذلك الاجتهاد بأنه عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في الحالات التي يكون فيها النص غامضا، أو في حالة عدم كفايته أو انعدامه، وذلك بهدف إيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك بغض النظر عن درجة المحكمة التي يصدر فيها القرار أو الحكم، يراجع في هذا الشأن عبد الرحمان الممتوني، الاجتهاد القضائي التطوري ودوره في دعم التنافسية المعيارية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والقضائية، العدد لأول سنة 2015، ص: 42.

وانكماشه إلى الإنشاء، فيسبق المشرع ويشق الطريق أمامه منيرا خطاه في حقل التقنين".¹

ولا يخفى علينا أن عملية الاجتهاد² في مجال العقد المدني من أخطر المسائل المتعلقة بعمل القاضي المدني، فهو ليس عملية اعتباطية، بل يجب أن يستند إلى ضوابط محددة، ولا يجوز للقاضي أن يحيد عن تلك الضوابط لكي يكون اجتهاده صائبا وغير معرض للنقض.

إن الاجتهاد القضائي لا يعني حرية القاضي المدني المطلقة في ممارسة الاجتهاد والسير به في أي اتجاه، ولا يعني هذا أن لكل مجتهد أن يقول ما شاء "تميل إليه نفسه وفكره"، بل إن الاجتهاد بمنطق وأثر مع استدلال ونظر "فهو أمانة إن لم نقل أخطر درجات الأمانة.

ومن هنا يمكن القول أن أهمية هذا الموضوع نابع من أهمية العقد³ الذي يعتبر آلية قانونية لإجراء مختلف تصرفات الأفراد والمقاولات في ظل التطورات الاقتصادية

¹ - محكمة استئناف بيروت في قرارها رقم 35 بتاريخ 1958/1/10 حاتم ج 33 ص: 56. اجتهاد منشور بكتاب ل مصطفى العوجي "القاعدة القانونية في القانون المدني"، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية، الطبعة المستحدثة لسنة 2010 ص: 117.

² يعرف الاجتهاد القضائي في تعاطيه للمشاكل التي تعرفها نظرية العقد مجموعة من الصعوبات يمكن اختزالها في:

- غياب اعتراف رسمي بدور الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية في المادة المدنية رغم الوجود الحقيقي والواقعي للقاعدة القضائية في مجال العقد المدني والتي تنظم مصلحة أو حقا من الحقوق.

- غياب نص صريح يعطي للقاضي الحق في الاجتهاد، ويحدد له ضوابط يتبعها، والمصادر التي يستقي منها اجتهاده.

- تهميش دور القضاء في الاستعانة بخبرته في بناء القواعد القانونية المتعلقة بالعقود، والتي تتميز بضعف الصياغة وتضخم النصوص القانونية وتشتتها بين القوانين. كل هذا يحد من الدور الخلاق للاجتهاد القضائي في تطويره لنظرية العقد.

³ - أعاد المشرع الفرنسي صياغة تعريف جديد للعقد بمقتضى الفصل 1101 من المجلة المدنية الفرنسية، كما وقع تنفيذه بمقتضى المرسوم المؤرخ في 10 فبراير 2016 والذي دخل حيز التنفيذ في 01 أكتوبر 2016. ينص الفصل 1101 العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها.

Art. 1101- Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

والاجتماعية، وهذا ما يفرض على الاجتهاد القضائي تطوير هذه النظرية عن طريق تطوير مبادئها حتى تستجيب لمختلف التطورات الحاصلة، والتدخل الايجابي في جميع مراحل العقد، هذا التدخل الذي لا يكون ناجعا إلا بعد حصوله وفق مجموعة من الضوابط التي تحد من سلطة القاضي في حياة العقد.

في ظل غياب نص قانوني يحدد لنا ضوابط الاجتهاد القضائي، يحق لنا أن نتساءل إلى أي حد استطاع الاجتهاد القضائي المدني أن يضع ضوابط لمعالجة مختلف المشاكل التي تعرفها نظرية العقد، وكيف تستطيع هذه الضوابط حماية العقد وأطرافه، والغاية من وجوده وتطويره حتى يؤدي الهدف والمنفعة الاقتصادية منه؟

إن الهدف من الحديث عن ضوابط الاجتهاد القضائي تتجلى بالأساس في التيقن من أن الباعث لإرادة القاضي في التدخل في العقد عن طريق اجتهاده لم ينحرف عن الغاية الموضوعية التي يهدف إليها قانون الالتزامات والعقود في المقتضيات المتعلقة بالعقود. هكذا سنحاول التطرق في (المبحث الأول) إلى شخصية القاضي كأساس للاجتهاد القضائي من خلال الضوابط الذاتية المتصلة بشخصيته، ثم سنتحدث عن الضوابط التي ينبغي مراعاتها أثناء البت في النزاع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضوابط الشخصية والعامة للاجتهاد.

إن أهم مرتكز يقوم عليه الاجتهاد القضائي لتطوير قواعد العقد في ق.ل.ع هو القاضي المدني المجتهد، وهو الذي يكون متمكنا من استنباط الأحكام من أدلتها، وله بطبيعة الحال ملكة الاستنباط، فالذي له دراية بالأحكام من دون أن تكون له ملكة الاستنباط لا يسمى مجتهدا. وحتى لا يتعسف القاضي في استعمال هذا الحق لابد من تقييده ببعض الضوابط الذاتية الخاصة والعامة التي تؤهله للقيام بالاجتهاد (المطلب الثاني)، على أن يتم التطرق قبل هذه الضوابط للوسائل القانونية والفنية التي يستعين بها القاضي في بناء اجتهاده (المطلب الأول).

المطلب الأول: الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين بها القاضي.

يستطيع القاضي من خلال النظرة الأولى للمنازعة ونتيجة لتكوينه القانوني والممارسة العملية للوظيفة القضائية أن يدرك السير الضروري للحكم الواجب الإلتباع، وأن يتعرف على موضوع الحق المتنازع فيه باعتبار النقطة الرئيسية في القضية،

ويتفحص ويتفهم الإثباتات والبراهين بالشهادة والبيئة أو غيرها من طرق الإثبات، ومن بعدها يتوجه إلى السبب الطبيعي، والفصل يكون من استحيائه قبل أن يصدره في ثوب الحكم¹.

ويتعين على القاضي أن يتبع منهجية خاصة عند البحث عن حل للمنازعة، وذلك بالالتجاء إلى وسائل منطقية لفهم وإدراك المنازعة (الفقرة الثانية)، وكذلك لوسائل فنية قانونية (الفقرة الأولى)، وسوف نعرض لهاتين الوسيلتين في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: الوسائل الفنية القانونية.

يساور القاضي في استخدامه لهذه الوسائل تكوينه القانوني وممارسته للعمل القضائي فترة من الوقت، ويستهدف القاضي من استخدامه لهذه الوسائل الوصول إلى الحقيقة والتوصل إلى الحل المناسب للمنازعة، وتتمثل قيمة هذه الوسائل في حسن استخدام القاضي لأي منها وفقاً لظروف وملابسات كل قضية، وتنطوي هذه الوسائل الفنية القانونية على وسائل متعددة نذكر منها:

أ- الصورة الافتراضية المتوقعة: محض افتراض إرادي قد يكون لها علاقة بالواقع، وقد لا يكون لها أدنى علاقة وتنطوي على قدر كبير من التحكم الافتراضي، وتؤدي إلى حل معقول وملائم، حيث تمنح الإرادة أقصى قدرة ممكنة للتأثير على العناصر الموضوعية المقررة²، ورغم ذلك ليس لها أدنى قيمة قانونية خارج الحلول التي تؤدي

¹ انظر في ذلك حسن السيد بسيوني: دور القضاء في المنازعة الإدارية دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، رسالة دكتوراه، الناشر عالم الكتب، القاهرة، ص: 359، وما بعدها، وبشكل موسع في ذات الموضوع انظر عباس مهروك محمد الغزيري: دور القضاء في التوقيف بين الواقع والقانون، دراسة في فلسفة القانون أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس مصر. 2004، ص: 241 وما بعدها.

² انظر في ذلك:

MGAUDEMET Yves :les méthodes des juges administratifs éd 1972 p : 42

وحول ذات الفكرة وبمعنى المنطق القضائي انظر بشكل موسع أحمد محمد حشيش، أساس الوظيفة القضائية، فكرة الخطر، دار النهضة العربية القاهرة 1999، ص: 50 وما بعدها.

إليها، فما هي إلا أداة مجردة تستخدم دائماً في عبارة (كما لو أن)¹، فهي تعتبر نوعاً من النظرة البسيطة للحالة القانونية.

ب- القرائن: يلجأ القاضي عادة إلى القرينة عندما تكون الرؤيا والنظريات والمستخلصات في القضية غير متماسكة وذلك للعمل على تماسكها، فعندما تكون معطيات الوقائع مبهمة أو غامضة يلجأ القاضي إلى القرائن ليستنبط منها وقائع مجهولة من وقائع معلومة له واقتنع بها. والقرائن القضائية يستنتجها القاضي بذكائه واجتهاده، وأما القرائن القانونية فهي من صنع المشرع².

ج- المعايير القضائية: وهي بمثابة محاور للمراجعة ولرد الوقائع إليها، وتنشأ بواسطة القاضي الذي يستخدمها وفقاً لتقديره وحسن قيادته للأدلة والوقائع بغية الوصول إلى حل للمنازعة³، وتقوم هذه المعايير على اعتبارات الملاءمة، فهي تحدد أنماط نموذجية للسلوك القانوني في ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتغيرة، وهي غير ملزمة للقاضي ولها صفة العمومية، وترشد القاضي إلى الحل الواجب التوصل إليه. ويتمتع القاضي بحرية التقدير في نطاق هذه الوسيلة الفنية القانونية ما تميز بها من العقلانية والملاءمة⁴.

الفقرة الثانية: الوسائل المنطقية.

وبجانب الوسائل الفنية القانونية يلجأ القاضي إلى وسائل منطقية ليصل إلى حل النزاع، وتتمثل هذه الوسائل فيما يلي:

أولاً: الاستدلالات المركبة: وتسمى أيضاً الأقيسة المركبة، وتبدو في صورة قضيتين شرطيتين أو أكثر، أو في صورة قضايا متصلة، وأعمال الاستدلال المركب بين القضيتين يؤدي إلى النتيجة، ذلك أن إحدى القضيتين تكون مقدمة كبرى والأخرى

¹ - في تقدير التعويض عن الفعل الضار (يذكر القضاة عبارة كما لو أن الفعل الضار لم يقع لما حصلت النتيجة فهي صورة فرض).

² - انظر في القرائن القضائية والقانونية، توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت طبعة 1988، ص: 179.

³ - انظر مزيداً حول المعايير القضائية نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية ص: 148-153.

⁴ - GAUDEMET Yves : op cit, p 48.

مقدمة صغرى، وتسمى مركبة؛ لأن إحدى المقدمتين تتركب من عدة قضايا تربط بينها روابط منطقية¹.

ثانياً: الاستدلال بالمشابهة: وينتج من وجود بعض المتمثلات بين واقعتين: أحدهما معروف نتيجتها والأخرى نتيجتها غير معروفة، وبالتماثل يمكن نقل نتيجة الواقعة الأولى إلى الواقعة الثانية غير المعروف نتيجتها، وعلى القاضي أن يتمسك بأوجه التماثل الجوهرية بين الوقائع حتى تكون لهذا الاستدلال قيمة واقعية².

ثالثاً: الاستدلال بالمخالفة: ويقوم على التضاد بين قضيتين مختلفتين، ويؤدي استدلال القاضي بهذا النوع إلى اختفاء القاعدة المفسرة من مجال التطبيق بواسطة البرهنة بالمخالفة، ومن ثم يكتشف القاضي القاعدة الجديدة المؤسسة حول سبب قانوني مخالف للواقعة المثارة من حيث الأساس ويوحدها بالمخالفة للقاعدة الموجودة³.

رابعاً: التحليل: ويتمثل برد الشيء إلى عناصره الأولية، ويكون دور القاضي فهم موضوع القضية من محمولها دون أن يضيف إليها شيئاً جديداً، بحيث أن القاضي يستخلص الموضوع بواسطة تحليل بسيط لمضمونه.

خامساً: البرهنة الغائية: وتتمثل بوجود غرض معين يسعى القاضي للوصول إليه عند تتبعه للإجراءات الاستدلالية، بحيث أن القاضي هو الذي يحركها ويدرك النطاق الذي تتسلط فيه ولا تعرض منفصلة بل ضمن مجموعة من الأساليب الاستدلالية

¹- مثاله أن القضية التي تخالف الواقع كاذبة ولكنها تخالف الواقع إذن فهي كاذبة، انظر مزيداً حول الاستدلال أحمد السرياقوسي: المنطق السوري، دار نشر الكتب الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1974، ص: 355، وعبد الحكيم فودة: المرجع السابق، ص: 224-243 حيث قسم الاستدلال إلى نوعين: داخلي وخارجي حسب الوسيلة.

²- أحمد السرياقوسي: المنطق السوري، دار نشر الكتب الجامعية، الإسكندرية 1974 ص: 178 و GAUDEMET Yves : op cit, p 61 ومثاله حصول أضرار جسدية معنية نتيجة استخدام أدوية فاسدة.

³- حسن السيد بسبوني: دور القضاء في المنازعات الإدارية، دراسة تطبيقية بالمقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، عامل الكتب، القاهرة، 1981، ص: 383.

الأخرى، ويكون للقاضي الاختيار في النتائج بين الماثلة والمخالفة ولا يستهدف القاضي في سيره هذا سوى إدراك الغرض الذي يريد الوصول إليه¹.

إن الاعتماد على وسائل البرهنة المنطقية تضمن سلامة الأحكام القضائية وصدقها وعدم تأثرها خاصة بالذاتية، ولا بد من ذكر أن هذه البرهنة تبين مدى فطنة القاضي وذكائه.

يمكن أن نستنتج مما تقدم إلى أن وجود مضمون محدد لسلطة القاضي ووجود مصادر لسلطته ووسائل يستعين بها عند تطبيق أحكام القانون، لا يقصد بها في الواقع إلا السماح للقاضي بأن يجتهد برأيه إذا لم تسعفه النصوص المكتوبة ليحكم بالنزاع المعروض عليه.

ويجب على القاضي أن يفصل بالنزاع مستنبط القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة، والقاضي عند قيامه بهذا الدور يقي المجتمع من ظاهرة الازدواج القانوني التي أخذت تظهر بالمجتمعات المختلفة كلما غاب العدل كقيمة تشريعية²، حيث يظهر إلى جانب النصوص القانونية (القانون الرسمي) نظام آخر فعلي يسود في العلاقات بين الناس، فيصطنع الفقراء قواعد عرفية يحاولون بها تخفيف ظلم النظام القانوني الرسمي، كما يبتدع الأغنياء قواعد عرفية تخدم مصالحهم وتحقق أهدافهم. وهذه الأدوات عموماً تساعد القاضي إذا ما اتخذها فهي في نشاطه الذهني، وتبين أن القاضي يصدر قراره بناء على قناعات شخصية مبنية على أسباب منطقية وقانونية، ولا بد من معرفة صفات القاضي الذي يتمكن من استخدام هذه الوسائل ليصدر قرارات منطقية.

¹ - للمزيد حول البرهنة المنطقية انظر محمد علي أبو زيان وعلي عبد المعطي محمد: أسس المنطق الصوري ومشكلاته، دار الجامعات المصرية، طبعة 1975، ص: 163 وما بعدها.

² إن العدالة كما يقول الفقيه جيني (Gény) هي أشخاص عصر معين في بلد معين يحكمون بالعدل، ولتحقيق مستلزمات ذلك لابد من تحقيق العدالة الحقيقية لا العدالة الشكلية؛ أي أن تكون الحقيقة القضائية أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية، والواقع أن هذا يعتمد على أمرين أولاً: منح القاضي دوراً إيجابياً في عملية تطبيق القانون، وتانياً: الابتعاد عن التطبيق الحرفي الشكلي للقانون.

² François Gény. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif 2 éd L .G.D.J paris 1954 tome 2 p 266.

المطلب الثاني: الضوابط الذاتية المتمثلة بشخصية القاضي المدني

إذا كان المشرع قام بإصدار قانون الالتزامات والعقود وتنظيم النظرية العامة للعقد، فإن القاضي هو من يقوم بتطبيق هذا القانون وأحكامه، بل ويبعث فيها الروح لكي تنسجم مع متطلبات التطور والتحول الاجتماعي والاقتصادية، ويطبعا بطابع العصر الذي وجدت فيه. وهذا لا يعني أن كل قاض مدني هو مجتهد، وإنما يستلزم مجموعة من الصفات في القاضي حتى ينعت حكمه أو قراره بالاجتهاد (الفقرة الأولى)، زيادة على ذلك ضرورة التوفر على مجموعة من العناصر المؤهلة لاجتهاده في إيجاد الحل العادل في المنازعات المدنية المرتبطة بالعقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مستلزمات القاضي المجتهد.

تكلم العلماء قديماً وحديثاً عن الشروط الواجب توافرها في القاضي حتى يكون أهلاً لتولي منصب القضاء، وهذه الشروط في أغلبها مرتبطة بقدرة القاضي على تحقيق العدالة القضائية، وإن تحقيق العدالة بين المتخاصمين - التوازن العقدي - يستلزم من القاضي الذي يقوم بتحقيق هذه الغاية أن يكون مزوداً بجملته من المعطيات، وهذه المعطيات هي:

1- أن يكون القاضي مزوداً بثقافة قانونية شاملة: ذلك أن هذا الشرط يساعده على الاجتهاد في تطبيق النصوص القانونية على القضايا المطروحة عليه، وهذا الأمر يتطلب منه أن يكون له معرفة شاملة باللغة العربية وأساليبها وعباراتها، بحيث يصلح للخلل الذي أصاب النص المغيب إذا ما تضمن أغلاطاً مادية أو لغوية، وكذلك أن يكون قادراً على استنباط الأحكام الفرعية من أدلتها التشريعية التفصيلية²، فقد أوجب

¹- انظر الشروط الواجب توافرها بالقضاة في آراء الفقهاء القدماء (الفقه الإسلامي) والعلماء المعاصرون وبشكل مفصل عادل محمد جبر أحمد.

شريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية وقانون السلطة القضائية وفقاً لأحدث التعديلات بالقانون رقم (142) لسنة (2006)، دار الجامعة للنشر بالإسكندرية، 2008، ص: (70-123) وحسن تيسير شموط: العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى (1926هـ - 2006م)، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص: (72-97) وهي آراء مفصلة في فقه الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

²- وهو ما عبر عنه الفقهاء المسلمون بالقدرة على الاجتهاد، راجع في موضوع قدرة القاضي على الاجتهاد المراجع السابقة مباشرة والتي تحدثت عن الشروط الواجب توافرها بالقاضي.

جمهور الفقهاء ضرورة توافر شروط العلم في القاضي إلى جانب العدالة التي يجب أن يتصف بها¹.

ولذا فعلى القاضي أن يكون متمكنا من العلوم القانونية ومعرفة تطبيقاتها، وأن يكون واسع الاطلاع على العلوم الأخرى لا سيما المنطق القانوني لكي يستطيع أن يعيظ بطلبات الخصوم للوصول إلى الحكم الصحيح، بحيث يحقق الغرض الذي ابتغاه المشرع من وضعه نصوص القانون.

2- أن يستعين القاضي بالتفسير الفقهي للقوانين²: يقدم التفسير الفقهي للقضاة خدمة هامة إذ يساعدهم في تفسير النصوص القانونية تفسيرا سليما، كما أن الفقهاء³ يقومون ببيان الحكمة التي توخاها المشرع من وضع النصوص، وبتوجيه المشرع إلى ما يجب أن يكون عليه التشريع في المستقبل، إضافة إلى أن مؤلفات الفقه تبحت في تأصيل قواعد القانون وأحكامه، وهذا كله يساعد القضاة على فهم النصوص القانونية

¹- انظر في هذا الموضوع وبشكل مفصل أبو الحسن علي بن محمد الماوردي: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، طبع مصطفى الحلبي، ص: (65-66) حيث بين ماهية العلم الذي يجب أن يتوافر بالقاضي وهو علمه بالكتاب والسنة وتأويل السلف وعلمه بالقياس وكل ما يتعلق بها.

²- يقصد بالفقه لغة: العلم بالشيء، وفي الاصطلاح: المؤلفات والأبحاث والدراسات التي يكتبها أساتذة القانون في شرح أحكام القانون.

³- عمل الفقه يتحدد في التفسير النظري والتأصيل المجرد وهو لا يتوجه إلى حل النزاعات بين الأفراد ودراسة القضاة للتفاسير الفقهية تساعدهم في إيجاد حلول للقضايا المتعددة وذلك بإيجاد حل لكل نزاع على حدة، انظر في طرق التفسير وتقسيماتها عند الفقهاء وبشكل موسع عبد الحكيم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن منشأة المعارف الإسكندرية 1985، ويحيى رزق الصرمي: سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليميني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، السنة الجامعية 1995، ومحمد شليح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية (1995-1996)، وأحمد شوقي محمد عبد الرحمان: تفسير العقد ومفهوم الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية قضائية، منشأة المعارف بمصر، 2003، وعن دور القاضي في تفسير العقد في الفقه الإسلامي، انظر فواد معوض: دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري)، مطبعة الحلبي لطباعة، الطبعة الأولى، 1999، دون ذكر دار النشر، ص: (123-180).

بشكل سليم وتطبيقها بما ينطبق على كل حالة من حالات النزاع على حدة، إذ إن عمل القاضي ينحصر في تفسير القانون وتطبيقه على العلاقة القانونية المتعددة¹. ولا جدال أن دور الفقه في العصر الحديث يعد من العوامل المهمة في تطوير القانون، ونشير بهذا الصدد إلى ما ذكره الأستاذ الفرنسي بلانيول "أن التفسير الفقهي يعد من أكثر أنواع التفسير تحريراً لأنه الأكثر عطاءً، وهو ينشأ على مهل ولا يعرض لمسائل جزئية، بل يقدم أفكاراً، وتتميز النتائج التي يتوصل إليها بالعمومية والمنطق وقوة التحليل والتركيب، ولكنه لا يملك سوى قوة الإقناع التي يحاول أن يدخلها إلى عقل القاضي"².

3- أن يستعين القاضي بالمذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية لكل قانون (خاصة القانون المدني): إن تحقيق التوازن بين الأطراف المتخاصمة يستلزم من القاضي أن يأخذ بحكمة النص عند التطبيق وليس بحكمة النص في وقت صدوره، كون المتغيرات التي تحصل اجتماعياً وسياسياً واقتصادياً تتطلب هذا الأمر³، أما إذا كان التشريع جديداً ولم تتحقق هذه المتغيرات فإن على القاضي أن يرجع إلى نية المشرع وقت وضع التشريع، ومما لا جدال فيه أن المذكرات الإيضاحية⁴ أو الأسباب الموجبة

¹- تجدر الإشارة إلى أن الفقه في القانون الروماني كان له مكانة هامة في تفسير القانون، إذ استطاع فقهاؤهم خلق قانون يتميز بقابليته للتطور والتطبيق في حالات وظروف جديدة وسمي (قانون الفقهاء)، وكان القضاة يلجؤون إليه ليأخذوا رأيهم فيما يشكل عليهم من مسائل للوصول إلى حلول قانونية صحيحة، وأصبحت هذه الآراء الفقهية ملزمة فيما بعد للقضاء لاسيما آراء إسبانيوس وسكافولا وشيشرون، انظر في ذلك:

Jolowicz, Historical introduction to the study of Roman Law Cambridge, 1967, p 265.

²- بلانيول: المطول الابتدائي في القانون المدني، الجزء الأول، مقدمة القانون المدني، ط (5)، باريس، 1908، مشار إليه في د عباس الصراف وجورج حزبون: المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص: 80، ويلعب الفقه الإسلامي دوراً مهماً في تفسير القانون، إذ يعد اجتماع الفقهاء المصدر الثالث للتشريع الإسلامي بعد القرآن والسنة، ولذلك ينبغي للقاضي الاستعانة في آراء الفقه الإسلامي الموافقة للنظام العام والقانون.

³- إذا طبق القاضي حكمه ووضع النص عند تشريعه فيما بعد مع وجود المتغيرات الاجتماعية سيجعل تطبيقه لهذه الحكمة منافياً للعدالة بدلاً من طلبها.

⁴ حول الأعمال التحضيرية للقانون المدني المغربي يراجع أحمد أدريوش موسوعة الثقافة والقانون الجزء الثالث: الأعمال التحضيرية لقانون الالتزامات والعقود المجلد الأول مدونة سانتينايا الكتاب الأول المتعلق بالنظرية العامة للالتزامات سلسلة مائة سنة من القانون الخاص بالمغرب 2013.2013 الطبعة الأولى 2013/2014.

لكل قانون أو الأعمال التحضيرية والمناقشات التي أثبتت قبل أن يأخذ القانون صيغته النهائية، هي في الواقع من أفضل الأمور لكي يستطيع القاضي أن يستنبط منها حكمة التشريع وفلسفته، وكذلك تكشف نية المشرع، وهذا قد يساعد القاضي في تحقيق العدالة عند تطبيق النصوص على الحالات المتعددة¹.

4- أن يمنح القاضي دوراً إيجابياً في تفسير القانون: يضطلع القاضي بأهم مشكلة تهم الإنسان في حياته وهي قضية العدل²، وعليه فإن أحكامه يجب أن تكون عادلة، كون تفسير القاضي للقانون من شأنه إلزام الخصوم بهذه الأحكام التي يصدرها، وعليه فإن دور القاضي³ في تفسير نصوص القانون يعمل على تطوير قواعد القانون وتطويرها لتكون أقرب ما يكون لتحقيق العدالة⁴.

ونشير في هذا المجال إلى رأي الأستاذ (هنري كابتان)، وقد جاء فيه: "إن المحاكم أقامت شيئاً فشيئاً بناءً خاصاً من القواعد القانونية وفقها يكمل ويثري العمل التشريعي ويعدله دون أن تخرج عن نطاق اختصاصها التفسيري، وإن غياب هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم سيجعل القوانين تشيخ ويلحقها الذبول والجفاف، حتى إنها لن تنجو حيث تكاد تلفظ النفس الأخير إلا بتأثير هذا الدم المتدفق"⁵.

¹- عادل محمد جبر احمد شريف: حماية القاضي وضمانة نزاهته، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية الطبعة 2008 ص (122-123).

²- انظر في فكرة العدل كأساس للوظيفة القضائية، وبشكل موسع أحمد محمد حشيش: أساس الوظيفة القضائية (فكرة الخطر الذي يهدد قوة القانون وسيادته في الحالات الواقعية الخاصة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص: 97 وما بعدها.

⁴- أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص: (29-31).

⁵- هنري كابتان: دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، ترجمة عباس الصراف، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، مارن ونيسان، 1957، ص: (215).

الفقرة الثانية: العناصر المعتمدة من قبل القاضي في بناء الاجتهاد.

ولعل أهم أسس الاجتهاد هو الإلمام بالنصوص محل التطبيق والعلم بفقته الواقع وعمدته الارتباط بالأصل والاتصال بالعصر ومبناه الثبات في المقاصد والقطعيات والمرونة في الآليات والوسائل.

ويكون من قبل الاجتهاد في فهم النص العمل على تقييد مطلقه، أو تفصيل مجمله أو تخصيص عامه، أو توضيح غامضه، وذلك بخلاف الاجتهاد حال عدم النص أو لتكملة النقص الذي يعتريه، فهي الحالة الثانية تكون بصدد اجتهاد بمعناه الحقيقي، حيث يحل المجتهد محل المشرع معتمداً في ذلك على جملة آليات القياس على نصوص نظيرة، أو لعله كما يقول علماء الأصول قياس حكم لا نص فيه، على حكم منصوص عليه لاتحاد العلة بينهما، وفهم إرادة المشرع المستقاة من خلال منهجه في التشريع، ومراعاة قواعد العدالة والإنصاف والمذكرات الإيضاحية للقوانين والمقاصد العامة للتشريع.

لا يوسم الاجتهاد القضائي باسم الاجتهاد ولا يحل باللفظ المذكور إلا إذا كرس مبدأ قانونياً جديداً لم تسعف في تجلياته نصوص القانون المصاغة، وإلا عد من قبل العمل القضائي¹ الذي تحرص من خلاله المحاكم على تطبيق نصوص القانون.

يعمل الاجتهاد القضائي على مواجهة وضعيات غير متوقعة قانونياً، حيث وجود فراغ في التشريع أو وجود نص مبهم. حيث يضطر القاضي إلى التنظير والتحليل والبحث والتأويل وأعمال القياس وإجراء المفاضلة بين العلل والنتائج، ويتخطى حدود العمل القضائي بمفهومه السابق ليمارس بحق عملاً ذهنياً جديراً بأن يلحق به وصف بالاجتهاد. يتجاوز القائم به دائرة العدل إلى البحث عن تحقيق العدالة التعاقدية²

¹ حول مفهوم العمل القضائي يراجع هشام خالد مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه واحكام القضاء دراسات في قانون المرافعات مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية 1990 ص18.

² يقول ذ عبد المجيد غميحة في هذا الصدد: «تهدف العدالة التعاقدية إلى إيجاد عدالة متبادلة وحماية التوازن الذي كان قائماً قبل العقد ومن هنا ينظر للإنصاف كقيمة يعتد بالغاية المرغوبة من القانون وهي العدالة والتوازن ولكن للإنصاف بهذا المعنى قلما نجد في الميدان التعاقدية لأنه مهما كانت ظروف إنشاء العقد أو نتائجه فإن العقد يبقى دائماً شريعة المتعاقدين تبعاً لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، ومن هنا لم يكن بيد القضاة إلا الامكانيات القليلة للتخفيف من صرامة العقود إلى ان تدخل المشرع بواسطة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، وبذلك فإن العدالة التعاقدية تهدف إلى حماية

والإنصاف. وذلك بخلقه وإبداعه مبادئ وأحكام يبيت بموجبها في المنازعة المطلوب منه الفضل فيها، وفي هذه الحالة لا يقوم القاضي بالتطبيق الآلي والمباشر للنصوص القانونية الجاهزة بحالها على الوقائع المعروضة.

ذلك أن مشرع ق.ل.ع مهما بلغ من دقة في صياغة نصوصه إلا أنه يبقى قاصرا عن الإحاطة بكافة الموضوعات التي كانت سببا لإصداره، ومن هنا فإن الاجتهاد القضائي يشير إلى مواطن النقص والقصور التي أحاطت بالتشريع المدني المنظم لأحكام العقد، مما يكون دافعا للمشرع نحو معالجة هذا النقص والقصور.

وهذا ما يتطلب من القاضي بذل مجهودات مضيئة، وانفتاحا يقظا على ثقافة عصره، إلى جانب الإحاطة بثقافة وطنه وتراث أمتة وذلك استنادا إلى عدة عناصر نذكر منها:

- أولا: التضلع في العلم القانوني، ويقصد به التكوين الرصين النظري والعملية الشامل، الذي يمكنه من الإحاطة بأحكام القانون، والتفقه في الدين والفقه، والتأمل في فلسفة التشريع المدني في أصوله وبواعثه وأهدافه وغاياته، والإحاطة بالمذاهب الأخلاقية.

- ثانيا: القدرة على التأويل، أي القدرة على النفاذ إلى روح التشريع المدني، واستيعاب فلسفته وتحليل الوقائع والأسباب المحيطة بها، واستحضار النوازل، ويتطلب ذلك التمكن من قواعد اللغة وأصول البلاغة والقدرة على ربط المفاهيم اللغوية بمدلولاتها الحقيقية، والمجازية بحسب المعطيات الاقتصادية والاجتماعية.

الإلتزام الوارد بالعقد، وهي في النهاية ليست مضادة لمبدأ الأمن التعاقدية، بل هي شرط لشرعية مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهي واجهة لحسن النية هدفها يتحقق على عدة مستويات مثل إبطال العقد بسبب عيوب التراضي، تحت مراقبة القاضي وتدخّل القضاء في الشروط التعسفية، ومنع التعسف في استعمال الحق وتأويل العقد لفائدة المستهلك وهي توجهات أصبحت تهز المبادئ التقليدية المؤسسة للعقد، وتؤثر بالتالي على مبدأ الأمن التعاقدية».

عبد المجيد غميحة : عرض مقدم في اللقاء الدولي حول «الأمن التعاقدية وتحديات التنمية» المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين الصحيرات 18 و19 أبريل 2004 تحت عنوان: «أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته».

- ثالثاً: التنظير: وهي عملية خلق وإبداع، ورياضة ذهنية تبني على القدرة على الافتراضات والبداهة في استحضار وتصور الحيل القانونية التي بواسطتها يتمكن القاضي من تقمص شخصية المشرع، ووضع نفسه محله ليتصرف كما لو كان في الواقع مشرعاً، وكما لو طلب من أن يسرع للوقائع المطروحة في القضية ذاتها، وللوقائع المماثلة لها كلما خانه نص قانوني مناسب وناجح¹.

وهذه العوامل الثلاثة هي التي تتيح للقاضي الموهبة الخلاقة التي تتمكن من الاجتهاد وتحوله بالتالي إلى القدرة على أن يمهّد الطريق أمام المشرع بالقواعد والمبادئ وبالسوابق القضائية، والحلول التي يرسخها بأحكامه.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالعقد ووقائع النزاع فيه.

ينصب نشاط القاضي المدني أساساً على حل النزاع وهو يتمتع بسلطة اختيار العمل الذهني الذي يقوم به من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه، ولكن حريته تقتيد بمحل النشاط، سواء كان العمل يتمثل في الوقائع أو في القواعد القانونية.

هكذا سنقتصر في هذه الفقرة على دراسة أهم الضوابط على مستوى وقائع النزاع (المطلب الأول) على أن نتطرق لمختلف الضوابط المتعلقة بالعقد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط الاجتهاد على مستوى وقائع النزاع.

سنبحث في هذه الفقرة على أهم الضوابط التي أسس لها الاجتهاد القضائي للبت في النزاع واستخلاص الحل الاجتهادي، حيث سيكون الحديث عن ضابط لا اجتهاد مع وجود نص (الفقرة الأولى) ثم نستتبع ذلك بالتعرض للضابط ضابط حياد القاضي على مستوى وقائع النزاع. (الفقرة الثانية).

¹ - الدكتور أحمد إذ الفقيه، مركز الاجتهاد القضائي، وأسلوب تدخله في تطوير القاعدة القانونية، منشور بمجلة المنتدى ص: 34.

سبق للفقيه عبد الرزاق السنهوري أن أقر على أن أكثر من نصف قواعد التقنين المدنيين الجديد هي من خلق القضاء في ظل التقنين المدني القديم. السنهوري الوسيط الجزء 1 ص: 83، ومعنى ذلك أن الاجتهاد القضائي قد قرر أحكاماً جديدة في ظل التقنين المدني القديم فتلحقها مشروع التقنين المدني الجديد فصاغها قواعد قانوني، ذلك لا يكون من شأنه أن يفقدها صيغتها القضائية الأصلية، على الأقل عند من يتصدى لدراسة أصولها من المحللين القانونيين.

الفقرة الأولى: ضابط لا اعتماد مع وجود نص صريح

لا يمكن للقاضي المدني أن يجتهد إلا في حالة عدم وجود نص قانوني يوطر النزاع، وأصل هذا الضابط هي القاعدة الفقهية الواردة في المادة 40 من مجلة الأحكام العدلية بصيغة "لا مساع للاجتهد مع وجود نص"، فمعنى هذه القاعدة هو وجوب التزام النص عند وجوده وظهور معناه¹. والنص الذي لا مساع للاجتهد فيه هو النص الواضح غير المحتمل، أما إن لم يكن كذلك بأن كانت فيه علة من إجمال أو إبهام أو اشتراك، كان الاجتهاد فيه أمراً مؤكداً، فيجتهد آنذاك لفهم النص.

فإذا كان الاجتهاد هو بذل الجهد العقلي في استنباط الأحكام من أدلتها، وهو ضربان: اجتهاد في فهم النص تماماً، سواء في حال وجوده مع غموضه، أو احتمال وجود تأويلات شتى له، أما إذا كان النص القانوني لعقد واضح غير محتمل للتأويل فلا مسوغ للاجتهد، إذ الاجتهاد ظني والنص قطعي يقيني حاسم لكل تأويل قد يحصل بالاجتهاد المحتمل؛ لأن الاجتهاد - كما تقدم - هو بذل الجهد والوسع لمعرفة الحكم، وقد يصيب المجتهد وقد يخيب، أما وقد توضح الحكم بنص قاطع فلا اجتهاد عندئذ بتأويل يخرج النص عن ظاهره أو بما لا يحتمله من المعاني².

¹ يبقى رجوع الاجتهاد القضائي إلى النصوص القانونية الخاصة في تعارضها مع النص العام في قانون الالتزامات والعقود لازم قبل الاجتهاد، لأن من شأن ذلك تفادي الاجتهاد في حالة وجود النص الواضح خاصة عندما نعلم أن النص الخاص يقيد النص العام، ولعل هذا ما تنبه له المجلس الأعلى عندما فصل في إشكالية تنازع قواعد إثبات أجر الأجير بين مدونة الشغل وقانون الالتزامات والعقود، جاء في هذا القرار: «- المشرع أخرج الإثبات في الأجر عن القواعد العامة في الإثبات وأخضعه لنظام خاص منبثق من منطوق الاستثناء المنصوص عليه بالفصل 401 من ق.ل.ع، فضلاً عن أن مقتضيات مدونة الشغل مقدمة على الاجتهاد القضائي، وفي ذلك فيه تكريس لمبدأ لا اجتهاد مع النص، وبالتالي فإن التنصيص بالمدونة على الإجراءات المطعون في قرارها بعدم تطبيقها مقتضيات المدونة فيما يخص إثبات الأجر، تكون قد أخلت بها وكذا بالفصل 3 من ق.م.م» قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13/04/04، تحت عدد 528 في الملف عدد 12/5/1510، منشور بمجلة العلوم القانونية والقضائية عدد 1، ص: 170 وما يليها.

² - عادل حاميدي "القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي"، دراسة فقهية وقضائية للقواعد الفقهية الذهبية الموضوعية والإجرائية الخاصة بالقاضي العقاري والمدني المقررة من لدن الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، الطبعة الثانية 1436هـ/2015م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ص: 514.

ولعل هذا ما أقره الاجتهاد القضائي في قرار صادر عن المجلس الأعلى¹ «قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه لا يشكل اجتهادا قضائيا، لأن الاجتهاد القضائي يسن في حالة عدم وجود نص قانوني»، وجاء في قرار آخر² «من المعلوم بدهاته أنه حين يكون النص صريحا لا يبقى هناك مجال للاجتهاد والتأويل»، وقال الأستاذ أحمد بن جلون معلقا وموضحا حقيقة المعنى الذي عناه القرار (فمن المعلوم أن الاجتهاد يعتبر أصلا من أصول التشريع، لكن الاجتهاد لا يلجأ إليه القاضي إلا في غيبة أو غموض القانون؛ أي إذا لم يوجد نص قانوني يعالج المشكل المطروح، أو كان النص موجودا لكنه يحتوي من الغموض على ما يرغم القاضي على الاجتهاد والتأويل، فيكون من حق المحكمة - كما جنح إلى ذلك المجلس الأعلى في العديد من قراراته نذكر منها القرار الذي نص على أن - «الحق في تأويل العقود عند الإجمال والإبهام»³، وذلك شريطة احترام إرادة الأطراف المتعاقدة باعتبار ظروف النازلة وملابساتها، وهذا ما يؤكد هذا القرار عندما ينص في إحدى حيشياته على أنه «حين يكون النص صريحا لا يبقى محلا للتأويل والاجتهاد...»⁴.

وهذا يوضح أن سلطة الاجتهاد مقيدة بعدم مخالفة النص القانوني الصريح لأن ذلك يعتبر النص الظاهر الواضح الناطق بحقيقته ملزم للقاضي، ولا يمكن أن يتجاوزه مهما أراد أو هاجت أمانيه في الاجتهاد، وإلا كان حكمه معتلا ومعرضا للإلغاء،

¹ - القرار عدد 1 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1980/01/21، منشور بأطروحة عبد المجيد غميحة "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية ص 379 (يجب الرجوع لاتمام مراجعها).

² - القرار عدد 305 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1981/03/30، ملف عدد 82858، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص: 18.

³ - قرر المجلس الأعلى عدد 108 بتاريخ 1968/1/24، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 1 ص: 692 وما يليها.

⁴ - أحمد بن جلون، تعليق على القرار عدد 305 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1981/03/30، (القرار السابق أعلاه)، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27 ص: 19 وما يليها، ويراجع في نفس الموضوع قرار المجلس عدد 1837 بتاريخ 2003/6/18، ملف عدد 2002/1/1/2355، مجلة المحامي العدد 42، ص: 168 وما يليها.

إذ إن الضابط والمحدد في طبيعة الاجتهاد هو النص لا القاضي المجتهد¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر بمثابة خيانة عظمى لإرادة المشرع، إذ جاء في قرار محكمة بورترية الفرنسية الصادر في 10 فبراير 1958 « خلافا لما تراه مدرسة الشرح على المتون من وجوب تزمّت التفسير القضائي وعبوديته لنص القانون، يرى الفقه الحديث بأنه يتجه هذا التفسير، مستوحيا من الغاية المطلوبة ومن متطلبات المصلحة الاجتماعية إلى تكييف القانون حسب مجرى تطور الأفكار وروح العصر، بشرط عدم مخالفة القاضي نصا واضحا لأنه يخون في ذلك إرادة المشرع»². ويمكن القول إن الاجتهاد في نص واضح من شأنه أن يؤدي إلى نتائج خطيرة لعل أهمها تشويه إرادة الطرفين، وتغيير محتوى العقد وإعطائه معنى مغاير عما أراده الأطراف وهذا بالفعل ما كرسه القرار الشهير الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15/04/1972 والذي جاء فيه ما يلي:

« لا يسمح للقاضي عندما تكون عبارات الاتفاق واضحة ودقيقة تشويه الالتزامات الناتجة عنه وتغيير الاشتراطات التي يحتويها»³، وهذا ما سارت عليه محكمة التعقيب التونسية بدوائرها المجتمعة في القرار رقم 58767، الذي جاء فيه: « تفسير العقد له ضوابط ولا يتناول العبارات الواضحة ولا يجوز للمحكمة إعطاؤها معنى مغاير بحجة أن ذلك يتفق مع النية الحقيقية للطرفين».

الفقرة الثانية: ضابط حياد القاضي على مستوى وقائع النزاع.

يكون القاضي المدني محايدا⁴ بالنسبة لوقائع النزاع التي تعرض عليه من طرف الخصوم، فأطراف النزاع هم الذين يطرحون ما يشاءون ويستبعدون ما يريدون، إذ لا

¹ هذا مع قناعتنا المسبقة بأن وضوح النص لا يعني نقاوة معانيه.

² قرار أورده عبد الحي حجازي - المدخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي "دراسة مقارنة - مطبوعات جامعة الكويت - عام 1972 ص 563".

³ قرار أشار إليه د: بردان رشيد ود: بوراس نجية في مقال بعنوان: القاضي وتفسير العقد، منشور بمجلة القانون والمجتمع والسلطة في المجلد 07 عدد 1 السنة 2018 ص: 12.

⁴ يجب أن يلتزم القاضي الحياد في جميع مراحل الملف المدني المتعلقة بالموضوع وهو ما يوضحه القرار التالي والذي يوضح ويوجه عمل المحكمة بقوله "إن المحكمة لا يجب عليها أن تنبه الخصوم إلى ما في حججهم من عيب، بل الواجب على طالب الحق أن يكون له حجة سالمة، مما يبطلها تلقائيا من غير

يمكن للقاضي أن يتجاوز هذا الإطار لوقائع النزاع وإلا كان متجاوزا لسلطته ومعرضا نفسه للتجريح¹.

والقاضي لا يؤسس حكمه إلا على وقائع مطروحة عليه، على أن طرح الوقائع وشكل ومضمون هذا الطرح هو راجع إلى الخصوم وحدهم، والطرح لوقائع النزاع من طرف الخصوم هو قائم على عنصرين وهما: إدعاء الوقائع المتنازع عليها، وإثبات نفس الوقائع. كما أن تكيف هذه الوقائع يخضع لسلطة القاضي وليس لما يقدمه الأطراف، ويجب على القاضي المدني أن يحكم وفق الإطار الذي حددته طلبات الخصوم، إذ لا يمكن أن يعدل موضوع الطلب أو سببه². جاء في حكم لابتدائية الدار البيضاء «أن العبرة في التحديد القانونية للعقد ليس بما يعطيه له الأطراف وإنما بطبيعة بنوده، ولذلك فالقاضي غير ملزم بالوصف الذي يعطيه الأطراف للعقد، وإنما له أن يكيفه التكييف القانوني السليم، وأن يرتب على ذلك مجموع النتائج الاتفاقية»³

ومن المعلوم بأنه لا يتعين على الخصوم أن يقوموا بوصف وقائع النزاع المعروف من طرفهم، على أن الوصف القانوني للوقائع هو تكييف قانوني لها، وهذا راجع إلى اجتهاد القاضي، وقد استقر المجلس الأعلى على هذا الاتجاه وهو ما يتضح من العديد من قراراته، معتبرا أن القضاء هو المختص بتكييف الوقائع والعقود سواء في المجال المدني أو

توقف إلى إرشاد المحكمة، لأن موقفها موقف حياد. قرار عدد 224 بتاريخ 20 أبريل 1976 أشار إليه: عبد الكريم الزمالك: إقامة الدليل واستكمال البيانات الناقصة بين العمل القضائي والتشريع، مجلة المحقق القضائي ع 21 ص: 54.

¹ جاء في قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 2018/189 الصادر بتاريخ 2018/5/8 في الملف عدد 2018/1121/182 قرار غير منشور ما يلي: « القصد من تجريح القاضي هو ضمان حياد مطلق للقاضي وللمحاكمة وضمن لاستقرار المحاكمة واستمراريتها.

² قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط 4130 بتاريخ 13 يناير 1950، منشور بمجلة المعهد الوطني للدراسات القضائية تحت عنوان: قرارات محكمة الاستئناف بالرباط سنة 1982 ومنشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية الرباط، ص: 33.

³ حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 1957 الصادر بتاريخ 1984/06/05، ملف اجتماعي عدد 8137/2 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 36.

الجنائي. هكذا إذن ذهب في قراره عدد 673 بتاريخ 26 أبريل 2000¹ «أن المحكمة غير ملزمة بالوصف الذي يخلع الأطراف على وقائعهم. جاء في نفس القرار بأن ما ورد في القرار في هذا الشأن إنما هو تزيد يستقيم القرار بدونه متى كان الثابت أن القضاء وليست الإدارة هو المؤهل لتكييف العقود، فالوسيلة على غير أساس».

فالقاضي يلتزم باحترام الأوصاف القانونية الصادرة من الخصوم. وكما لا يعتبر ذلك تعديلا في الوقائع المتصلة بالنزاع من طرف القاضي، وهذا الأخير هو ملزم بإعطاء الوصف القانوني للوقائع المطروحة عليه، وذلك عن طريق التحليل لنفس الوقائع، ثم إنزال التكييف القانوني الملائم عليها وهو ما يستشف من قرار المجلس الأعلى «القاعدة أن المحكمة إنما تلتزم بوقائع الدعوى وطلبات الخصوم باعتبار أن ذلك يدخل في مجال سلطتهم على الوقائع، ويدخل في ذلك تكييف الدعوى والبحث عن النص القانوني الواجب التطبيق، فهو من صميم اختصاص المحكمة التي عليها أن تكيف الدعوى التكييف القانوني السليم، وتخضعها للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق ولو لم يطلبها الأطراف أو طلبوا غيرها»².

وبالنسبة لعنصر إثبات الوقائع، فإن القاعدة هنا هي أنه يجب على القاضي أن يكون عقيدته بناء على وسائل الإثبات التي تقدم له وفقا للقانون، وطبقا للإجراءات المقررة لإقامة الدليل. كما يمنع على القاضي أن يكون عقيدته من خلال معلوماته الشخصية من الوقائع، وإلا كان حكمه معيبا بعبء تجاوز السلطة.

ويبقى القاضي مقيدا بعدم القضاء بعلمه الشخصي، عندما يتعرض لفحص وقائع النزاع فإنه يستند إلى المنهج العلمي، وهذا المنهج يتكون من عنصر عقلي وعنصر مادي، وبناء على هذين العنصرين يفحص القاضي الوقائع ذات الدلالة، ثم يستخلص النتائج التي تترتب على تطابق القانون مع الوقائع وصحتها قبل تكييفها من أجل تطبيق القانون عليها، وكل هذه العمليات يجب أن تنعكس في أسباب الحكم القضائي الذي

¹ القرار عدد 673 في الملف التجاري عدد 93/1191 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 56 ص: 325 وما بعدها.

² قرار عدد 68 بتاريخ 6 يناير 1988 في الملف المدني عدد 833، منشور بمجلة القضاء المدني، عدد 41 ص: 39.

ينبغي أن يبنى على اليقين لا الشك والتخمين، وهو ما كرسه المجلس الأعلى في إحدى حيثيات قراراته «لكن حيث أن المحكمة لها سلطة تقدير الحجج وتقييمها لاستخلاص مبررات قضائها، كما أنه عملاً بمقتضيات الفصلين 334 و336 من ق.م.م فإن للمحكمة سلطة اتخاذ كل الإجراءات لجعل القضية جاهزة لبناء قضائها على اليقين لا مجرد الاحتمال»¹.

المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بالبحث في مضمون العقد.

وتتضمن هذه الضوابط في ضابط العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني (الفقرة الأولى)، ثم والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني

ويقصد بهذه القاعدة التي أقرها الاجتهاد القضائي أن الاعتداد بأحكام الأمور بالمقصد والنية، فالعبرة في العقود ومطلق الأفعال بماهيتها ومقاصدها لا معانيها وألفاظها، فالانسحاق وراء ظواهر الألفاظ قد يفضي إلى الوقوع في محذور مخالف لنصوص المشرع.

فالعبرة في هذه القاعدة تكون بالمعاني المقصودة لا بتغيير الألفاظ الموسومة، فلا تصرف الألفاظ عن المقاصد والمعاني التي وضعت لها في التشريع المنظم للعقد، فإذا كانت الألفاظ تبنى وتدل على المقاصد التي هي قوام المعاملات العقدية، فإنه كان من اللازم البحث عن المقاصد؛ فإذا بدت المقاصد وظهرت من خلال ألفاظ العقد المستعملة، تعين الحكم وفقها دون صدور أو تردد، إذ الألفاظ محض المحامل. لكن ذلك لا يعني إهمال الألفاظ كلية بل تراعى ابتداءً، فإن دلت على المعاني المتبادرة منها، لم يحتج إلى البحث عن المعنى في غيرها، وإن وقع أي تعارض بينها وتعدر رفعه بالجمع بينهما، فالمعول عليه تحكيم المقصد اعتماداً على القرائن وسياقات الاستعمال.

ومن الملاحظ أن كثيراً من العقود تنعقد بألفاظ لا تدل على العقد المراد حقيقة، فيراعى المقصد ولا يوقف عند حدود الألفاظ وعتباته، فالعبرة بما أريد لا بما زعم ودون من ألفاظ². جاء في قرار للمجلس الأعلى "الإعمال للعقد يقتضي من المحكمة أن تقوم

¹- القرار عدد 3/286 المؤرخ في 2014|2/04/29 في الملف المدني عدد 2013/3/1/3486.

²- عادل الحاميدي (القواعد الفقهية) المرجع سابق، ص: 228.

بتأويله، وتبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".¹ ومتى كانت «..... وألفاظ العقود صريحة بهذا الخصوص ومن ثم يمنع البحث عن قصد صاحبها..»².

كما يجب الكشف عن إرادة المتعاقدين³ بكل الطرق التي توضح ما يرمي إليه كل واحد من طرفي العلاقة التعاقدية سواء تعلق الأمر بالتعبير اللفظي أو كل ما يقوم مقامه، ويشكل شرطاً لإظهار الإرادة وتحقيق معنى ومقصد العقد. وهذا ما كرسه المجلس الأعلى باجتهادات لا لبس فيها، جاء في أحدها "لمحكمة الموضوع الحق في أن لا تعتبر في العقود إلا معناها لا مبناها، وأنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين عقد شراء لا عقد شركة تصحح الوضع بالنسبة للتعبيرين الفاسدين⁴، وما قرره المجلس الأعلى لا يعدو أن يكون التزاماً. بنصوص القانون المسنونة إذ نص الفصل 462 من ق.ل.ع "عندما يكون التأويل موجبا يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

¹- قرار عدد 752 بتاريخ 1982/12/01 في الملف المدني عدد: 928553 من قرارات المجلس الأعلى أهم القرارات الصادرة في المادة المدنية الجزء 1 ص: 68.

²- القرار عدد 1837 الصادر بتاريخ 2003/6/18 في الملف المدني عدد 2355 منشور بمجلة المحامي عدد 45 ص: 173 و174.

³ أسند للاجتهاد القضائي مهمة البحث عن إرادة المتعاقدين والقصد الذي يهدفان إلى تحقيقه وتحديد القواعد القانونية التي تحكم التصرف، جاء في اجتهاد قضائي صادر عن غرفتين ما يلي: «العبارة في تفسير العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وعلى المحكمة أن تبحث عن قصد المتعاقدين وأن تبين عند تحديد الآثار التي تترتب على الإرادة المشتركة وتفسير عبارة العقد غير الواضحة الدلالة. العقد المتضمن في بنده الأول التنازل عن حصة النصف من ملكية الحافلتين وعن خمسين في المئة من استغلال رخصتيهما، وفي بنده الثاني قسمة أرباحهما مناصفة بين المتعاقدين وبتحميل كل طرف نصيبه في الخسارة يقتضي من محكمة الاستئناف ألا تعتبر موضوع العقد عقد شركة فقط، وتحدد آثاره وإعطاء الوصف القانوني للعقد وما ورد فيه من لفظ التنازل بل التحري عن إرادة المتعاقدين وتحديد القواعد القانونية التي تحكم التصرف منهم» راجع القرار عدد 673 الصادر بغرفتين بتاريخ 8 يونيو 2005 في الملف التجاري عدد 2004/2/3/443 قرار غير منشور.

⁴- قرار عدد 358 بتاريخ 1966/04/20 مجلة القضاء والقانون، عدد 87/85 يناير/مارس 68 ص: 289.

لم يتوقف هذا النص عند هذا الحد وإنما عمل على وضع ضوابط تمكن القاضي من التوصل إلى قصد المتعاقدين دون تحريف لإرادتهما وهي على الشكل التالي:

- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا تفي بالغرض، ولا توضح المقصد، فإنه يسوغ للقاضي الاجتهاد لمعرفة المقصد الحقيقي من العقد.

- إذا كانت بنود العقد تخلق التباسا في تحديد طبيعة العقد، آنذاك وجب حمله على التكييف الأقرب، إلا أن يكون التقارب في البنود صارخا، لا يتأتى معه حمل العقد على معنى معين، باعتباره الأقرب إلى مقصد المتعاقدين.

- إذا كان المقصد من العقد يتنافى مع الألفاظ المتوسل إليها، وجب الاعتداد بالمقصد للقول بتحديد صيغة العقد، دون اعتداد بالصياغات والتراكيب التي قد يخطئ الأطراف في إعطائها التكييف العقدي الصحيح، كالخلط بين الهبة والصدقة.

- وبناء على هذا يكون القاضي من خلال اجتهاده ملزما باستنطاق النص لمعرفة معانيه الظاهرة الجلية، وتلك المستنيرة الخفية أي المأخوذة من روحه ومعناه.

الفقرة الثانية: ضابط التزام القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

إن دور القاضي ليس هو الوقوف على ما يريده الطرفان، ولكن استعراض مجموعة من المصالح القائمة في الدعوى المدنية والتي تكشف عن ظروف الواقع، كذلك ما تنتج عنه إرادة الحقيقية للوقوف على حقيقة النزاع، وإعطاء الحلول المثلى وأكثر عدالة والمتفقة مع القانون والمنفعة المشتركة.

ومن أجل هذا يجب أن يكون لدى القاضي إحساس بالصواب وينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليس ذاتية.

وقد عبر الفقيه جونو بقوله: "عند تغييب الإرادة الشخصية أو يكون مشكوكا في أمرها، يبحث القاضي عن العدل الموضوعي، فهو ليس جهازا يسجل الكلمات، ولكنه مثل المشرع في الصدد يضع الوسيلة الفعالة لكفالة تطبيق القانون"¹.

¹- عبد السلام سعيد "سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، الطبعة الأولى شبين الكوم ص: 18.

ويقتضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، أو بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

إن البحث عن النية المشتركة للأطراف التزام وضابط يقع على القاضي حتى يحدث تطابق بين العبارات المستعملة وروح العقد، ذلك أن الأثر القانوني في أي بند تعاقدي يقوم على شرعيته من ناحية الشكل والموضوع.

وإذا كانت عبارات العقد واضحة لا يمكن للقاضي اقتحام العقد، لأن من شأن ذلك إزاحة إرادة الأطراف الواضحة النية وإحلال إرادة القاضي بدلها، وتحميل الأطراف التزامات لا رغبة فيها. ولا يشفع للقاضي في ذلك الاعتماد على النظام العام، لأن النظام التعاقدي في حد ذاته جزء من هذا النظام يجب مراعاته، ويتضح ذلك جليا في العقود التوثيقية التي تحرر بعبارات واضحة لا مجال للتأويل فيها، وأن الانحراف عنها إلى مدلول آخر يشوه العقد في مضمونه وطبيعته.

- هذا ويكون القاضي ملزما عند إعمال اجتهاده باحترام إرادة الأطراف المتعاقدين. فالقاضي المدني لا يملك سلطة الحلول محل المتعاقدين في تحديد الالتزامات التعاقدية الجوهرية، وذلك ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها¹ « إن استبدال إرادة القاضي بإرادة المتعاقدين في (ركن جوهرية) في الاتفاق يشكل مخالفة لأحكام القانون، فالقاضي لا يملك سلطة الحلول محل المتعاقدين في تحديد الالتزامات التعاقدية».

وليس للقاضي أن يتولى إعطاء معاني أخرى غير تلك المرادة من لدن الأطراف صراحة، والمعبر عنها في عقودهم بناء على محض الاجتهاد سواء بالزيادة أو النقصان، وهكذا اعتبر المجلس الأعلى «أن بيع الخيار لا يفترض بل وجب التنصيص عليه في عقد البيع، فتكون المحكمة على صواب لما صرحت بأن البيع لا يتضمن أية إشارة إلى بيع الخيار، وأنه لا مجال لإعمال المقتضيات المتعلقة به»². والأكثر من هذا فإن القاضي

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية cass.civil, 7 février 1990, rtd civ. 89 (3) juil. Sept 1990 p 470.

² - قرار عدد 7 الصادر بتاريخ 1982/1/6 ملف مدني عدد 88693 مجلة المجلس الأعلى عدد 30، ص: 23.

يكون ملزما بعدم تحريف تصريحات الأطراف أو تأويلها تأويلا فاسدا، وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه «تحريف تصريحات الخصوم يعد بمثابة عدم التعليل، علما أن المحكمة غير ملزمة بتتبع الخصوم في جميع مناحي أقوالهم»¹.

الخاتمة.

إن جنوح القاضي إلى الاجتهاد بحثا عن روح النص وفلسفته لتطوير نظرية العقد يبقى مقيدا بمجموعة من الضوابط التي تهدف بدرجة أولى إلى منعه من التعسف والشطط في استعمال سلطة الاجتهاد.

كما أن هذه الضوابط هي التي تمكن القاضي من الخضوع الواعي للقانون التعاقدي بدل الخضوع الأعمى له، فهي تعتبر ميزانا للتحكم في سلطة الاجتهاد المخولة للقاضي ولولا الاجتهاد بضوابطه لشاخت نظرية العقد، وهو ما عبر عنه الأستاذ henri capitant عندما قال « إن المحاكم أقامت شيئا فشيئا بناء خاص من القواعد القانونية وفقها يكمل ويثري العمل التشريعي وبغير هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم تشيخ القوانين ويلحقها الدبول²».

¹ - القرار عدد 178 الصادر بتاريخ 27 مارس 1968، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من 1966 إلى 1982 ص: 167، والقرار عدد 229 الصادر بتاريخ 15 ماي 1968، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ص: 591.

² هنري كابيتان « دور القضاء في تطوير القانون، ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، ترجمة الدكتور عباس الصراف. منشور في مجلة القضاء العدد الثاني مارس 1957 ص 215.

أثر نظام الإثبات في حماية الأموال الوقفية العامة

د. يسيرة الشنواني

دكتوراه في القانون الخاص

يتميز الوقف من بين كافة التبرعات التي تشكل منظومة الفعل الخيري، بأنه يمثل الإحسان المستدام والمتجدد، الذي بإمكانه أن يستمر في تغطية حاجيات المرافق والوظائف الاجتماعية التي يرصد لها، بحكم أن التبرع الوقفي هو تبرع بالمنافع دون الأعيان¹، لهذا حرص الفقه الإسلامي على إبراز صبغة الاستمرارية في الوقف، فأفتى بعض الفقهاء بتأييد أصله لاستمرار العين المحبسة في إمداد الأوجه التي وقفت من أجلها². وإذا كان هذا الحرص قويا فإن ذلك لا يعادله إلا حرص آخر وهو أن يتمكن القيم على الوقف من المحافظة عليه من الضياع والإهمال وحمايته من كل أنواع الاعتداءات والتراخي.

ثم إن حماية الوقف مما قد يطاله من اعتداءات لا يمكن أن يتأني إلا من خلال حماية أصل هذا الحق وذلك بتيسير إثباته بكل الوسائل الثبوتية سواء القديمة منها التي تثبت إنشاء الأوقاف القديمة أو ثبت حيازتها والتصرف فيها³، أو الوسائل

¹- مصطفى بن حمزة، "توظيف الوقف، الأسس الفقهية والإمكانات التنموية" منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، الرباط 30 مارس 01 أبريل 2009، ص: 73.

²- أما مدونة الأوقاف فلم تقتصر فقط على صفة التأييد في تعريفها للوقف، بل عرفت الوقف بأنه: "كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة".

³- تشكل الأوقاف القديمة وخاصة ما يتعلق منها بالعقار النسبة المهمة من ما يسمى بالثروة الوقفية حاليا، وللوقوف على نماذج هذا الأوقاف، وتطورها وتنظيماتها بالمغرب.

- راجع:

- محمد المكي الناصري، "الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية" طبعة 1992، طبع بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ص: 45.

- رقية بلمقدم، "أوقاف مكناس في عهد مولاي إسماعيل" الجزء الأول والثاني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1993، ص: 63.

الحديثة التي تثبت الأوقاف الجديدة، خاصة وأن الإثبات له تأثير مباشر على وجود الحق.

فالحق بالنسبة لصاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقيم عليه دليل، وكثيرون من الذين يخسرون دعواهم وبالتالي حقوقهم لا شيء، إلا لأن الدليل يعوزهم، فالدليل هو قوام الحق ومعتد ومعتد النفع به¹.

فالإثبات، وسيلة لإقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني²، فهو نافع للوصول إلى الحقيقة، والاعتماد عليه لتحقيق العدل أمر مسلم به، حتى لا تضيع الحقوق وتتعطل الأحكام والادعاء بدون دليل يعتبر عبثا، وجميع التصرفات العقارية التي تتم بين الأحياء مجانية أو بعوض لا يعتبر لها وجود عند نشوء منازعة بشأنها إلا بقيام الدليل عليها³.

إلا أن مسألة إثبات الوقف قبل صدور مدونة الأوقاف كانت تعرف عدة إشكالات، إذ ظل القضاء المغربي متأرجحا بين التوسع والتضييق في الأخذ بوسائل إثبات الوقف، وهذا راجع بالأساس إلى كون التشريع الحسبي قبل صدور مدونة الأوقاف كان يتسم بالغموض، إذ لم يعمل المشرع على تنظيم وسائل إثبات الوقف ولم يحل بذلك على القواعد العامة، وإنما اكتفى فقط بالإحالة على قواعد الفقه المالكي، غير أن هذه الإحالة لم تكن كافية، الشيء الذي نتج عنه تضارب قضائي بخصوص وسائل إثبات الوقف⁴.

1- إدريس العلوي العبدلاوي، " وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي " الجزء الأول، المطابع الفرنسية المغربية، الطبعة الثانية 1971، ص: 12.

2- إدريس العلوي العبدلاوي، "نفس المرجع، ص: 12.

3 - الطيب النواب، " وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية " مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 87، السنة 2001، ص: 83.

4 - يوسف فريد الإدريسي، " مظاهر حماية الأملاك الوقفية في ضوء مدونة الأوقاف " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية: 2014 - 2015، ص: 67 - 68.

وبالتالي، فإن هذا الفراغ التشريعي انعكس سلبا على العمل القضائي، مما أدى إلى تضارب في المواقف القضائية بين مقيد وموسع لوسائل إثبات الوقف. وعليه، كان التدخل التشريعي ضروريا للحد من هذا الوضع، لذلك جاءت مدونة الأوقاف وأنهت التضارب القضائي، وأقرت بذلك الحرية في إثبات الوقف بجميع الوسائل.

من هنا، يتضح جليا أن مدونة الأوقاف فتحت باب الإثبات على مصراعيه، ووسعت من نطاق الإثبات بجميع الوسائل، ويمكن القول أنها أعادت ربط مجال الوقف بأصله ومنبعه الخصب، وهو الفقه الإسلامي، وخاصة مذهب الإمام مالك، وهو ما يتضح من منطوق المادة 169 من مدونة الأوقاف¹.

لكن التساؤل المطروح هنا، هل استطاعت مدونة الأوقاف أن توفر حماية للوقف من خلال تنظيمها لوسائل إثبات الوقف؟ وبالتالي حل مشكل الفراغ الذي كان يعتبري التشريع المغربي في مسألة إثبات الوقف؟.

للإجابة على ذلك، ارتأيت دراسة هذا المطلب المتعلق بموضوع الإثبات في المادة الوقفية من خلال التطرق إلى توجه القضاء في موضوع إثبات الأموال الوقفية قبل صدور مدونة الأوقاف (المحور الأول)، لأستعرض في (المحور الثاني) لإقرار مدونة الأوقاف الحرية والمرونة في إثبات الأموال الوقفية.

المحور الأول: التوجه القضائي في موضوع إثبات الأوقاف قبل صدور مدونة الأوقاف.

إن قضية إثبات الوقف من أهم المستجدات التي تضمنتها مدونة الأوقاف الجديدة لتجاوز الفراغ التشريعي الذي كان يعاني منه مجال الوقف نظرا للتضارب القضائي الذي عرفه خاصة في مرحلة ما قبل صدور مدونة الأوقاف، إذ ظهر اتجاهان قضائيان، الأول تشدد في وسائل إثبات الوقف وحصرها في رسم التحبيس المستجمع لكافة الأركان والشروط، والاتجاه الثاني تبنى حرية الإثبات معتبرا في ذلك أن رسم التحبيس ليس ضروريا لإثبات الوقف بل يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات².

¹ - تنص المادة 169 من مدونة الأوقاف على انه: " كل ما لم يرد فيه هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعي فيه تحقيق مصلحة الوقف ".

² - يوسف فريد الإدريسي، " مرجع سابق، ص: 69.

وهذا ما سأحاول التطرق إليه من خلال الاعتماد على بعض الأحكام والقرارات القضائية التي تمثل الاتجاه المتشدد في إثبات الوقف (أولاً)، وكذا الاتجاه الميسر في إثباته (ثانياً).

أولاً: الاتجاه القضائي المتشدد في إثبات الوقف.

يتميز هذا الاتجاه بنوع من التشدد في قبول وسائل إثبات الوقف، وأهم ما سار عليه أن الوقف لا يثبت إلا برسم التحبيس، ولم يتوقف عند هذا الحد بل اشترط أيضاً ضرورة توفر هذا الرسم على كافة الأركان والشروط (1)، أما باقي وسائل الإثبات الأخرى تبقى مستبعدة (2).

1 - قصر وسائل إثبات الوقف في رسم التحبيس.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى التشدد في وسائل إثبات الوقف، وذلك بحصره لها في رسم التحبيس¹ معتمداً في ذلك على رأي الفقيه التسولي "الإشهاد رد صحة في التبرعات من حيث هي، وفي كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما، ولا يختص الإشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطاً في الصغير دون الكبير كما قد يتبادر"².

وبناء على هذا القول الذي يؤكد تعلق الإشهاد على الحبس بكون المحبس عليه صغيراً، يصبح وجود الوقف العام مرهوناً بوجود عقد التحبيس الذي يتضمن الإشهاد، إذ لا يعتد بغيره في الحكم بالحبس³.

¹ - رسم التحبيس هو " الوثيقة التي يحررها العدول بناء على طلب المحبس يلتزم بموجبه من العدول الإشهاد على تحبيس أملاكه أو جملة من أملاكه لفائدة جهة من جهات البر والإحسان أو لفائدة عقبه ".
- محمد خير، " وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي " مساهمة ضمن أعمال ندوة " الإثبات في المادة الحبسية " المنظمة من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالرباط يومي 28 و 29 يونيو 2006، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الخامس 2008، ص: 31.

² - أبو الحسن التسولي، " البهجة في شرح التحفة " بحاشية حل المعاصم لفكر بن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي، الجزء الثاني، طبعة الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، سنة 2011، ص: 429 وما بعدها.

³ - عبد الرزاق اصبيحي، " الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب " منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط 2009، ص: 109.

والأكثر من ذلك فإن هذا الاتجاه القضائي لم يتوقف بحصره وسائل إثبات الوقف في رسم التحبيس فقط، بل تعداه إلى ضرورة توفر هذا الرسم على كافة الأركان أو الشروط، التي نص عليها الفقهاء في باب الوقف¹.

وبالتالي، كلما توفر في رسم التحبيس كافة الشروط والأركان فإن القضاء يعتمدها حجة في إثبات الوقف، وفي حالة افتقاده لها، فإن القضاء يرفضه في إثبات الوقف، الشيء الذي نتج عنه ضياع الكثير من الأوقاف التي استحال الإدلاء برسوم تحبيسها

¹ - يجب أن يتضمن رسم التحبيس أمورا تعد أساسية، نظرا لكونها تعتبر فتها أركانا في الوقف وتتجلى فيما يلي:

- ذكر المحبس في وثيقة التحبيس.
 - صيغة التحبيس.
 - ذكر المحبس عليه.
 - ذكر الشيء المحبس.
 - حوز المحبس.
 - معاينة الشاهدين.
 - ذكر المحبس وألفاظه في الوثيقة.
- بالإضافة إلى ذلك، فإن رسم التحبيس باعتباره من الوثائق المدنية يتطلب شروطا أخرى منها:
- تلقي عدلين الإشهاد لها.
 - إدراج الشهادة أولا في مذكرة الحفظ.
 - تضمين العدول في وثيقة التحبيس الفصول الجوهرية.
 - الإشارة في الوثيقة إلى الهوية الكاملة لمحبس.
 - كتابة الوثيقة الحبسية في وثيقة واحدة.
 - توقيع عدلي الإشهاد على الوثيقة الحبسية.
 - خطاب قاضي التوثيق على هذه الوثيقة.
 - عمر لمين، "شروط وثيقة التحبيس" مساهمة ضمن أشغال ندوة "الأملاك الحبسية" مرجع سابق، ص: 276 وما بعدها.

كاملة التوثيق، تامة الأركان والشروط¹، وفي هذا الإطار نورد لبعض القرارات القضائية كأمثلة لهذا الموقف القضائي المتشدد في إثبات الوقف كما يلي:

- قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - عدد 3935²:

" مدعو الحبس ملزمون بإثبات ما يدعونه من تحبیس بوثائق صحيحة، يشترط لصحة وثيقة التحبیس أن تأتي على ذكر اسم الشيء المحبس وموقعه وحدوده لنفي الجهالة عنه، والمحكمة التي عللت قضائها بان رسمي التحبیس والإحصاء المعتمدين من المتعرضين بذكران اسم العرصة التي بالمنزل دون ذكر أوصافها من حيث الحدود والموقع، مما لا يصح معه الاحتجاج بهما، يكون قرارها معللا تعليلا كافيا."

- قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - عدد 2832³:

" لا يقضى للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحبیس، وملكية المحبس لما حبسه يوم التحبیس، لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، فإثبات ملكية المحبس شرط لاستحقاق الحبس، ويتم الإشهاد عليه في رسم التحبیس باعتبار الإشهاد شرط لازم في التبرعات، وفي كل ما كان من غير عوض، فإذا قال المحبس حبسته ولم يقل أشهدوا على ذلك، ولم يفهم حاله انه قصدهم إلى الإشهاد عليه فلا يصح شيء من ذلك والحبس باطل، ولا يسأل من بيده الشيء المدعى فيه، ولا من أين صار له، إلا بعد يثبت القائم بالحبس ملك الحبس."

- قرار محكمة الاستئناف بفاس عدد 429:

1 - عبد الرزاق اصبيحي، "دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف مقارنة مع بعض التشريعات العربية" مقال منشور بمجلة أوقاف إصدارات الأمانة العامة للأوقاف - دولة الكويت، العدد 22، ماي 2012، ص: 33.

2 - قرار المجلس الأعلى عدد 3935 بتاريخ 20/09/2011، ملف مدني، عدد 2009/1/1/1228 (غير منشور).

3 - قرار المجلس الأعلى عدد 2832 بتاريخ 27/09/2006، ملف مدني، عدد 2005/3/1/2217 منشور ب " المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، الجزء الأول، منشورات دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 2001، ص: 136.

4 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس عدد 29 بتاريخ 2006/01/16، في الملف رقم 2000/168، أوردته:

- إيمان أبو عوض، " المنازعات الوقفية بين الفقه والقضاء بالمغرب " رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية: 2010 - 2011، ص: 67.

" الحبس لا يثبت إلا برسم التحبیس أو الإقرار الصريح والمشهود عليه لدى من قدم لذلك، وبالتالي بكل ما من شأنه أن يثبت يقينا واقعة الحبس ".
- قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 1708:

" أن المستأنفة ادعت أن أرض النزاع ملك حبيسي معتمدة على مجرد قائمة إحصاء الأراضي الحبسية وهي لا تعد وثيقة رسمية لافتقادها لعناصر شروط الحبس من ملكية المحبس ما حبس يوم التحبیس وهي أمور غير متوفرة في النازلة ".
الملاحظ إذن أن هذا الاتجاه القضائي تشدد في وسائل إثبات الوقف بحصره لها في رسم التحبیس المستوفي لكافة الشروط والأركان المتطلبة فقها، وهذا أمر غير منطقي على اعتبار أن العديد من الأوقاف تعود إلى عشرات السنين، وبالتالي من الصعب بمكان العثور على وثيقة الوقف المتعلقة بها، مما يعني اشتراط رسم التحبیس لإثبات الوقف صعب، ولا يصب في حماية الأوقاف².

2 - استبعاد وسائل إثبات الوقف الأخرى.

بما أن هذا التوجه القضائي يحصر وسائل إثبات الوقف في رسم التحبیس فهذا يعني أن باقي الوسائل الأخرى مستبعدة وغير عاملة، فالحوالة الحبسية³ مثلا يعتبرها مجرد زمام لا يعتد بها في إثبات الوقف، في هذا الإطار نورد لبعض القرارات والأحكام

¹ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 708 بتاريخ 07/01/2011، ملف عدد 1403/09/103 (غير منشور).

² - عبد الرزاق اصبيحي، " دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف مقارنة مع بعض التشريعات العربية " مرجع سابق، ص: 32.

³ - الحوالة الحبسية عبارة عن سجلات جمعت أو أحصيت فيها الأملاك الوقفية، وتضم توثيقا دقيقا لكل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالواقفين والموقوف عليهم والصيغة والأملاك الموقوفة ومختلف العمليات والتصرفات التي خصصت لها من كراء ومعاوضة ومناقلة وقسمة، كما تتضمن أيضا بعض الحوالات رسوم التحبیس المتعلقة بالأملاك المضمنة فيها، وبعضها مخاطب عليه من طرف القضاة مما يكسبه الصيغة الرسمية.

- عبد الحق ابن المجدوب الحسني، " الحوالات الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية " سلسلة أقرأ، الصادرة في المجلس العلمي الإقليمي بفاس، الكتاب السادس، مطبعة انفويرانت بفاس، الطبعة الأولى 2003، ص: 10 وما بعدها.

القضائية التي استبعدت الحوالة الحبسية في إثبات الوقف، كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً¹ - الذي جاء فيه: " إن من يدعي الحبس في شيء في يد غيره وكان الحائز يدعي التملك فلا يصح الحكم بالحبس إلا بعد إثبات تملك المحبس لما حبسه إلى أن حبسه وثبوت التحبيس وثبوت الحوز وثبوت إراثة المحبس ومناسخته، وأن رسم الحوالة الحبسية لا يثبتته".

نفس الشيء سارت عليه محكمة الاستئناف بطنجة، حيث استبعدت الحوالة الحبسية كوسيلة لإثبات الوقف².

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش³ بأنه: " وحيث بإطلاع المحكمة على الوثيقة التي اعتبرتها طالبة التحفيظ حوالة حبسية تبين لها أنها تفتقد إلى الشروط اللازمة توفرها في الفقه، وهي شروط لم تتوفر في الحوالة المذكورة الأمر الذي يجعلها ساقطة عن درجة الاعتبار ويتعين استبعادها من المناقشة".

وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش⁴ الذي جاء فيه: " وحيث أن الحوالة الحبسية لا تثبت الحبس لمدعيه، إذ لا بد من إظهار رسم التحبيس المتوفر على شروط الحبس لأنها مجرد تقييد لا تغني عن رسم التحبيس وملكية المحبس لما حبس يوم التحبيس، والحياسة على ما تصح به الحياسة، لذلك فمحكمة الاستئناف تعتبرها مجرد تقييدات من صنع المستأنفة لا قيمة لها... وبالتالي فإن سند التملك المذكور على حالته وبمفرده لا يثبت تملك المستأنفة".

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه محكمة الاستئناف بفاس⁵ والتي قضت في قرارها " أن احتجاج إدارة الأحباس بالحوالة الحبسية لا يعتبر حجة على تملكها لكل

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 486/1، بتاريخ 2014/10/14، ملف مدني عدد 5437 /1/1/ 2013 (غير منشور).

² - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 227، بتاريخ 03/04/2014، ملف رقم 1404/2012/226 (غير منشور).

³ - قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 2/2000 بتاريخ 2000/01/13، ملف رقم 96/10، (غير منشور).

⁴ - قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 4، بتاريخ 10/20/2002، ملف رقم 2000/1590 (غير منشور).

⁵ - قرار محكمة الاستئناف بفاس رقم 227 بتاريخ 2001/06/20، ملف رقم 99/87 (غير منشور).

أرض المطلب، وعلى كون المتعرض يعترف بأنها أرض الحبس لأن الحوالة الحبسية ليست حجة على التملك".

كما جاء في حكم صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى¹ إن مجرد الذكر في الحوالة لا يوجب استحقاق الحبس، وأن ما قيد بحوالة القرويين لا ينفع فيها ما كان محوزا بيد من ادعى ملكه، ولا ينزع بمجرد التقييد المذكور، فكما يحتاط للحبس أن لا يضع منه شيء، يحتاط أيضا أن لا يدخل فيه ما ليس منه".

وجاء في حكم آخر صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى سابقا في أحد أحكامه² حيث جاء فيه: "إن ما أدلى به الناظر لا تقوم به الحجة ولا ينزع به من يد الحائز.. وما رأينا أحد اليوم يقضي بمجرد زمام الحوالة، وقد جاء في البهجة، أما إذا كان في الحوالة مجرد زمام فقط كما هو في غالبها فإنه لا يقضي بحال على المعمول به كما قال البرزلي في ما يوجد مكتوب على ظهر الكتب أنها حبس...".

كما جاء في حكم صادر عن ابتدائية تازة³ أن الجهة المدعية - الأوقاف - اتكأت في آليات تمثيلها المدعى فيه على وثيقة هي عبارة عن حوالة حبسية، وهي بذلك لا تفيد تملك المدعية للمدعى فيه...".

وغيرها من الأحكام والقرارات القضائية التي استبعدت الحوالة الحبسية، معتبرة إياها مجرد زمام وتقييد من صنع إدارة الأوقاف.

¹ - حكم عدد 111 بتاريخ 3 شعبان 1343 في القضية رقم 713 منشور بمجلد أحكام الاستئناف الشرعي الأعلى، أورده:

- إدريس بلمحجوب، "مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف" مقال منشور بسلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: "النظام القانوني للأموال الوقفية" الجزء الأول، مطبعة المعاريف الجديدة الرباط، 2012، ص: 94.

² - حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى عدد 143 صادر بتاريخ 23 جمادى الثاني 1336هـ، منشور بكتاب الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، الجزء الأول، المجلس الخامس، ص 440.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بتازة رقم 70/02، بتاريخ 2002/04/01، أورده:
- محمد والغير، "التحفيظ العقاري ودوره في حماية العقارات الموقوفة" رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية: 2013 - 2014، ص: 34.

كما أن هذا الاتجاه لا يعتد بشهادة السماع¹ التي تلجأ إليها إدارة الأوقاف لإثبات الوقف، سندهم في ذلك أنها مبنية على الظن، والشرع لا يثبت الحقوق ولا ينزعها إلا باليقين²، وحتى على المستوى الفقهي فإن هناك اختلاف في قبول شهادة السماع³، والراجح عند المالكية انه يجوز قبول هذه الشهادة في مواضع معينة إذا توفرت شروطها⁴، نظرا للضرورة التي تدعو إلى قبولها⁵.

¹ - شهادة السماع هي " ما يصرح فيه الشاهد باستناد شهادته لسماع من الغير، صيغتها بان يشهد الشاهد بأنه لم يزل يسمع منذ ثلاثين أو عشرين عاما مقدمة لتاريخ شهادته سماعا فاشيا مستفيض من أهل العدل وغيرهم ".
 - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، " الوقف في الفكر الإسلامي " منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، الجزء الأول، مطبعة فضالة، المحمدية، 1996، ص: 407.

² - محمد المهدي، " الوقف المغربي في ثوبه الجديد - تأملات في مدونة الأوقاف - " مقال منشور بمجلة القبس المغربية، العدد الثالث، يوليوز 2012، ص: 88.

³ - محمد جرموني، " إنشاء الوقف وإثباته - قراءة في ظل بعض التطبيقات القضائية " مقال منشور بمجلة القضاء المدني - العدد 9 - شتاء - ربيع 2014، ص: 59.

⁴ - يشترط في شهادة السماع في الوقف ما يلي:
 - أن يشهد عدلان بالسماع فأكثر، فيقولوا لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن الملك الفلاني وقف على حائزه، أو على شخص معين أو على الفقراء.
 - أن يكون الشاهدان بالسماع ذكرين.

- أن يقولوا عند الأداء: سمعنا أو لا نزال نسمع من الثقات وغيرهم، من غير تعيين من سمعوا عنه، وإلا ردت شهادتهم باعتبارها شهادة نقل يجب أن تتوفر على شروطها.

- أن يحلف المشهود له، لأن شهادة السماع ضعيفة فوجب أن يحلف معها المشهود له.

- أن يقول الشاهدان فضلا عما سبق: ما زلنا نسمع منذ زمن طويل، وقدر هذا الطول على ما حدده ابن القاسم وذكره بن عاصم في تحفته عشرون سنة.

- محمد بن معجوز، " وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي " طبعة 1984، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، ص: 77.

⁵ - محمد بن معجوز، نفس المرجع، ص: 73.

وعلى أي فإن شهادة السماع حسب الاتجاه القضائي المتشدد في وسائل إثبات الوقف غير مقبولة، وحتى في حالة قبولهم لها فإنه يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط التي من الصعب أن تتوفر فيها¹.

وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة² يشترط في شهادة السماع لتكون حجة في إثبات الحبس أن تتم الشهادة بأصل الحبس على السماع، وأن يضاف إليها الشهادة بالقطع على أنه يحاز ويحترم بما تحترم به الأحباس والبيئة التي شهدت بالقطع تكون إطلاقاً ناقصة عن درجة الاعتبار، لأن الشهادة بالقطع في إثبات الحبس لا يعمل بها إلا إذا تضمنت الشروط المعتبرة فقها لإثبات الوقف.

كما جاء في حكم عن ابتدائية سلا³ "حيث إنه بعد الاطلاع على ملكية طالبة التحفيظ (الأوقاف).... تبين أن شهودها شهدوا بتملك طالبة التحفيظ وحوزها وتصرفها لمدة 15 سنوات، وان سندهم في الشهادة هو السماع.

¹ - يشترط في شهادة السماع بالوقف ما يلي:

- أن يشهد عدلان بالسماع فأكثر، فيقولان لا نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن الملك الفلاني وقف على حانزه، أو على شخص معين أو على الفقراء، فإن شهد عدل واحد، فإن شهادته لا تقبل، لأن السماع نقل ولا يكفي في شهادة النقل شاهد واحد.

- أن يكون الشاهدان بالسماع ذكرين.

- أن يقول الشاهدان فضلاً عما سبق، ما زلنا نسمع منذ زمن طويل، هذا الطول على ما حدده بن القاسم وذكره بن عاصم في تحفته عشرون سنة.

- أن يحلف المشهود له، لأن شهادة السماع ضعيفة فوجب أن يحلف معها المشهود له.

- أن لا تكون في الشهادة ريبية وإلا بطلت، كأن يشهد شخصان بأن الدار الفلانية وقف، ويوجد أشخاص آخرون متعددون في نفس سن الشاهدين أو أكبر منهما ولم يعلم أحد منهم بذلك ولا سمع به.

² - قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2009/04/07، ملف عقاري عدد 2008/212، منشور ب " المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض " الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 143.

³ - حكم ابتدائية سلا بتاريخ 22/11/1999 ملف رقم 20/99/34 أورده:

- عبد الرزاق اصبيحي، " اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف " منشور بمجلة أوقاف، الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف دولة الكويت، العدد 18، 2012، ص: 51.

وحيث إن الملكية المذكورة لم يشهد شهودها بالحوز (الحيازة) على وجه القطع. وحيث إن السماع المضمن بالملكية المذكورة لم يقطع شهودها بالحوز والحرية المذكورين وورود بها السماع مجردا....

وحيث يتعين لأجله أن ما استندت إليه وزارة الأوقاف باطلا، خصوصا أن السند المذكور خال مما يفيد وجه المدخل في التملك الذي هو سند التحبيس".
كما أن هذا الاتجاه لا يعتد بشهادة اللفي¹ في إثبات الوقف، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور² ".... وحيث انه لا عبرة بشهادة اللفي لإثبات الحبس طالما أن رسم الحبس لم يوجد".

ولم يتوقف هذا الاتجاه القضائي عند هذا الحد إذ يرفض حتى وصولات الكراء في إثبات الأموال الوقفية، ويتعامل معها على أنها من صنع إدارة الأوقاف، وهذا ما ذهب عليه محكمة الاستئناف بالرباط في إحدى قراراتها³ حيث اعتبرت أن " وصولات الكراء من صنع الأوقاف، وبالتالي لا يمكن قبولها لإثبات حيازتها محل النزاع".

وتعليقا عن هذا القرار يرى الأستاذ عبد الرزاق الصبيحي، " أن هذا القرار لم يراعي خصوصية الوقف، ذلك أن حيازة الأوقاف لمحلاتها في الغالب تكون عن طريق الكراء الذي يعتبر أكثر وسيلة يتم بها استثمار الممتلكات الوقفية، وأن إدارة الأوقاف

¹ - شهادة اللفي هي: " شهادة من إماء طائفة من الناس بما لهم من علم بواقعة معينة استنادا للمخالطة أو المحاورة وغيرهما كالمشاهدة وعدد من الطائفة غالبا اثني عشر".

- محمد رياض، " وسائل الإثبات في العقار غير المحفظ " مساهمة ضمن أشغال ندوة " توثيق التصرفات العقارية " المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص: 398.

² - قرار محكمة الاستئناف بالناظور عدد 69 بتاريخ 07/06/2014، ملف مدني عدد 11/583، منشور بالمنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض " الجزء الثاني، منشورات مجلة القضاء المدني، 2014، ص: 121.

³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 69 بتاريخ 2014/04/24، ملف مدني عدد 11/583، أورده عبد الرزاق الصبيحي: " حماية الملكية العقارية على ضوء العمل القضائي " قضاء محكمة الاستئناف بالرباط نموذجا " منشور ب " المستجدات التشريعية في المادة العقارية " الجزء الثاني، منشورات مجلة الحقوق، 2014، ص: 225.

عندما تدلي بوصولات الكراء، فهي لا ترمي من وراء ذلك إلى إثبات الملكية، وإنما بقصد لإقامة الحجة على حيازتها الطويلة، والهادئة للمحل المتنازع فيه، ومن ثم فإن عدم الاعتداد بالحيازة القائمة على الكراء لإثبات الوقف من شأنه أن يفتح المجال للتناول على الأموال الوقفية وادعاء ملكيتها حتى من المكثرين أنفسهم¹.

وخلاصة القول لهذا الاتجاه القضائي، أنه ضيق من وسائل إثبات الوقف بحصرها له في رسم التحبب المستوفي لكافة شروطه وأركانه المتطلبه فقها، مستبعدا في ذلك باقي وسائل الإثبات المعتمدة في الفقه الإسلامي، ولم يراعي خصوصيات الوقف التي تقتضي المرونة في إثباته، كما أنه لم يراع قواعد الفقهاء في هذا المجال كقاعدة "الحبس يحاز ولا يحاز عليه" وقاعدة "لا تعجيز في الحبس"، معتمدا فقط على رأي التسولي، رغم أن رأي التسولي غير مسلم - كما يرى أحد الباحثين².

وعليه، فإنه بإتباع لهذا الاتجاه القضائي سيؤدي في الحقيقة إلى ضياع الكثير من الأوقاف³، لذلك ظهر اتجاه قضائي آخر تساهل في إثبات الوقف بجميع الوسائل إلى جانب رسم التحبب، غايته في ذلك الوصول إلى الحقيقة، وهذا يصب في اتجاه حماية الأوقاف.

ثانيا: الاتجاه القضائي المرن في إثبات الوقف.

في مقابل الاتجاه القضائي المتشدد في إثبات الوقف ظهر اتجاه قضائي يأخذ بالمرونة والتساهل في إثبات الأموال الوقفية بجميع الوسائل إلى جانب رسم التحبب (1)، وفي ذلك سار المحقق سيدي يعيش التساوي، ففي كواكبه اليسار على قول التحفة ما نصه: "يشمل ما كانت (أي البينة) تامة كعدلين أو ناقصة كعدل واحد، حسبما كان أو

¹ - عبد الرزاق اصبيحي، "حماية الملكية العقارية على ضوء العمل القضائي (قضاء محكمة الاستئناف بالرباط نموذجا) مقال منشور ب "المستجدات التشريعية في المادة العقارية" الجزء الثاني، منشورات مجلة الحقوق، 2014، ص:225.

² - محمد جرموني، "الوقف المعقب بالمغرب بين المعيقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مجموعة البحث في الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية: 2013-2014، ص: 179.

³ - يوسف فريد الإدريسي، مرجع سابق، ص:78.

معنويا كالعرف، أو امرأتين في بابهن، والصبيان فيما بينهم من قتل أو جرح في باب الخير¹."

بل ذهب أبعد من ذلك وأضفى على الأوقاف خصوصية من خلال إقراره لقاعدة الحبس يحوز ولا يحاز عليه، وأن ملكية الوقف لا يشترط فيها ما يشترط في سائر الممتلكات الخاصة (2).

1- إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات.

يستند أصحاب هذا الاتجاه القضائي إلى الحرية والتساهل في إثبات الوقف غايته في ذلك تحقيق حماية الأوقاف، فرسم التحبيس الذي يعتبره الاتجاه الأول ضروريا لإثبات الوقف، فإنه حسب هذا الاتجاه ليس ضروريا، بل انه يمكن إثبات الوقف بجميع الوسائل بما في ذلك شهادة السماع، في هذا الإطار جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا² - "القرار المطعون فيه حين أبعد شهادة السماع في الحبس يكون مشوبا بعيب خرف قاعدة فقهية مفادها جواز إثبات الحبس بشهادة السماع الفاشي ما دام مقرونا بالحيازة عملا بقول صاحب التحفة:

واعملت شهادة السماع * في الحمل والنكاح والرضاع.
وحبس ما حاز من السنين * عليه ما يناهز العشرينا.

وفي قرار آخر له³ أكد فيه أن: "حبسية الشيء تثبت حتى بشهادة السماع من شهودها أنهم لا زالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة يحترم بحرمة الأحباس، فتنتم بأن المشهود بما لمن أثبت صفته في التحبيس المذكور...".

¹ - المهدي الوزاني، "النوازل الجديدة الكبرى فيها لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، صفحة عمر بن عباد، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية، الطبعة 1998/1419.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 3828 بتاريخ 28/01/2007، ملف مدني عدد 2005/1/2442 (غير منشور).

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 2747 بتاريخ 20/09/2006، ملف مدني عدد 3781/1/1/2005، منشور ب " المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض " الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 213.

وهذا ما جاء به قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور¹ حيث بالرجوع إلى وثائق الجهة المدعية (السيد ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية)، فإنه وإن كان من أركان الوقف عند المالكية الواقف، والموقوف عليه، والصيغة، بحيث يتعين التحقق منها جميعاً، إلا أنه من جهة لا يوجد عند الفقهاء ما يستوجب الكتابة أو التوثيق لإنشاء الوقف، وبالتالي يبقى جائزاً إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات أو الأدلة المقبولة شعا ومنها شهادة الليف".

وإذا كان الاتجاه المقيد يستبعد الحوالة الحبسية في إثبات الوقف ويعتبرها مجرد زمام وتقييدات من صنع إدارة الأوقاف، فإن الاتجاه الميسر يعتبرها حجة في إثبات الوقف، إذ جاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى² أنه طبقاً لقواعد الفقه المالكي المعمول بها، فإن الحوالة الحبسية حجة بما تضمنته إلى أن يثبت العكس".

وقد رسخت لهذا التوجه محكمة الاستئناف بطنجة³ في قرار لها والذي جاء فيه: "حوالة الحبس والمعززة بوصول كراء صادر عن نظارة الأوقاف القصر الكبير يتعلق بالدكان المتنازع عليه تعتبر حجة في إثبات الحبس".

وإذا كانت الحوالة الحبسية دليل على ثبوت الوقف، فإن السجلات والكنائش المعمول بها في مجال الأوقاف، تعتبر هي الأخرى حسب الاتجاه القضائي الميسر من وسائل إثبات الوقف، وهذه السجلات والكنائش هي "عبارة عن دفاتر تتولى إدارة الأوقاف مسكها وتضمن فيها جميع المعاملات المتعلقة بالتصرفات والمعاملات الجارية على الأملاك الحبسية من إحصاء ومعاوضة وكراء وسمسرة وغيرها"⁴.

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالناظور رقم 279 بتاريخ 29/07/1986، ملف رقم 86.062، أورده عبد الرزاق اصبيحي، "اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف" مقال منشور بمجلة أوقاف، الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف دولة الكويت، العدد 18، 2012، ص: 55.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 430/8 بتاريخ 10/09/2013، ملف مدني عدد 2012/8/1/2629 (غير منشور).

³ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 92، بتاريخ 27/01/2011، ملف شرعي رقم 1401/2010/250، منشور ب "الأملاك الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض" الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 206.

⁴ - زكرياء العماري، "إثبات الوقف بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه المالكي" مقال منشور ب "قراءات في القوانين العقارية الجديدة" منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2013، ص: 264.

وتجد هذه السجلات والكنائش سندها في ظهير 13 يوليوز 1913 الملغى المتعلق بتحديد سلطة إدارة الأحباس العمومية، والذي حددها في ثمانية كنائش¹، أهمها تلك الكنائش والسجلات التي تستعمل لإثبات الأموال الوقفية، والمتمثلة أساسا في كناش تقييد الأموال الوقفية، (أو ما يسمى بكناش الإحصاء)، وكناش مطالب الأكرية لأجل بعيد، وبالتالي إذا كان الاتجاه القضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف يستبعد هذه الكنائش والسجلات لإثبات الأوقاف معتبرا إياها من صنع إدارة الأوقاف، فإن الاتجاه القضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف، اعترف بهذه الكنائش والسجلات كحجة في إثبات الوقف، آخذا بعين الاعتبار ضرورة حماية الوقف².

2 - خصوصية إثبات الأموال الوقفية.

حرصا من التوجه القضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف على تعزيز الحماية الوقفية، فإنه لم يتوقف عند حدود إقرار حرية الإثبات، بل ذهب أبعد من ذلك وأقر للوقف بالحيازة ولم يعترف بها في مواجهته إعمالا بقاعدة " الحبس يحوز ولا يحاز عليه "، كما أقر بذلك قاعدة إثبات الملك الوقفي لا يخضع لشروط الملكية الخاصة. ففيما يتعلق بالحيازة، وحسب مقتضيات المادة 240 من مدونة الحقوق العينية قانون رقم 39.08 فإن الحيازة هي " وضع المرء يده على عقار وحوزه والتصرف فيه تصرف

¹ - حسب ظهير 8 شعبان 1331 الموافق ل 13 يوليوز 1913 والمتعلق بتحديد سلطة إدارة الأحباس العمومية، فإن إدارة الأوقاف ملزمة بالعمل بالكنائش التالية:
أولا: كناش لتقييد جميع أملاك الأحباس في كل مكان.
ثانيا: كناش لضبط حسابات النظار السنوية.
ثالثا: كناش لضبط الجلسات والجزاءات السابقة.
رابعا: كناش مطالب الأكرية لأجل بعيد.
خامسا: كناش مطالب المعاوضة بالسمسرة.
سادسا: كناش استعمال وإحالة الأحباس إلى صلات خصوصية كأعمال خيرية أو مصلحة عمومية.
سابعا: كناش لتقييد جميع الوارد من المكاتب والأجوبة على اختلاف أنواعها.
ثامنا: كناش لتقييد جميع الصادر من المكاتب والأجوبة على اختلاف أنواعها.
² - يوسف فريد الإدريسي، مرجع سابق، ص: 82.

المالك في ملكه ونسبه إلى نفسه والناس ينسبونه إليه طول المدة المقررة قانونا من غير أن ينازعه في ذلك منازع¹."

وإذا كانت القواعد العامة تقتضي أن للحيازة تأثير على تحديد صفة أطراف الدعوى، بحيث إن من يدعي الحيازة يفترض فيه انه المالك إلى أن يثبت الطرف الآخر دعواه، فإن هذه القاعدة تفقد أثرها متى تعلق الأمر بحيازة الأموال التي تعتبر وفقا عاما بقوة القانون² نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الأموال التي لا تقبل الحيازة ولو توافرت شروطها القانونية، لكن بالمقابل من ذلك تعتبر قرينة إثبات في الوقف بالنسبة لإدارة الأوقاف في مواجه الغير.

وبناء عليه إذا حاز ناظر الأوقاف لملك باسم الوقف لمدة عشر سنين³، فإن حيازته متى توفرت على شروطها⁴ تعتبر وسيلة إثبات الوقف.

¹ - للتوسع في موضوع الحيازة انظر على سبيل المثال:

- عبد العالي دقوقي، "محاضرات في حق الملكية وفي الضمانات العينية والشخصية - دراسة في القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية" مطبعة وراقة سجلماسة مكناس، طبعة 2011 - 2012.

² - عبد القادر قرموش، "الإثبات في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف، مساهمة ضمن أعمال ندوة" ملامح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف " المنظمة من طرف مجلة القبس المغربية بتعاون مع كلية الشريعة وهيئة المحامين بفاس بقصر المؤتمرات بفاس يومي 5 و6 دجنبر 2012، منشورات مجلة القبس المغربية، العدد الرابع، يناير 2013، ص: 279.

³ - جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى أن "دعوى استحقاق العقار لا يمكن سماعها ولا قبول البيينة المؤيدة لها بعد مرور عشر سنين على حوز وتصرف الأجنبي غير الشريك، مع حضور القائم بها وسكوته لا مانع طول المدة المذكورة، لقول خليل " وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته."

- قرار المجلس الأعلى عدد 11، بتاريخ 1996/10/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، 1971، ص: 254.

⁴ - يشترط لصحة حيازة الحائز مجموعة من الشروط حددتها المادة 240 من مدونة الحقوق العينية وهي:

- أن يكون واضعا يده على الملك.

- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.

- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك.

- ألا ينازعه في ذلك منازع.

- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون.

- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - في عدة قرارات، إذ قضى بأن: "من يدعي الحبس، وكان حائزا فعلا فلا يلزمه إثبات التحبيس وملكيته المحبس لما حبسه وإثبات حيازته قبل حصول المانع، بل يلزمه فقط إثبات أن الملك يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرماتها"¹.

نفس التوجه سار عليه في قرار آخر² والذي جاء فيه: "...باعتبار الحيازة بيد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لمدة طويلة يصبح المتعرض عليه ذا صبغة حبسية يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرماتها".

كما جاء في قرار آخر³ أن "المحكمة التي اعتمدت على الخبرة أثبتت الحيازة الطويلة الأمد لأحباس مسجد اوطاط الحاج للقطعة الأرضية محل النزاع وتصرفها فيها بإيجارها للغير لمدة تفوق 80 سنة إلى تاريخه، للقول بأن المدعي فيه ذو صبغة حبسية تحاز به الأحباس ويحترم بحرماتها يكون قرارها معللا تعليلا سليما".

وكما هو معلوم أن من الشروط الواجب توافرها لصحة ملك الحائز أن تكون حيازته متسمة بالاستمرار⁴ والعينية⁵ والهدوء⁶ وعدم التفويت، لكن هذه الشروط وغيرها

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 404/1، بتاريخ 2014/07/22، ملف مدني عدد 213/1/1/4958 (غير منشور).

² - قرار المجلس الأعلى عدد 4636، بتاريخ 2010/03/23، ملف مدني عدد 2008/1/1/2705 (غير منشور).

³ - قرار المجلس الأعلى عدد 1320، بتاريخ 2010/04/13، ملف مدني عدد 2008/1/1/2626 منشور بمجلة "النظام القانوني للأموال الوقفية" الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 170.

⁴ - مفاد ذلك أن من يدعي الحيازة يجب أن يكون مستغلا للعقار بصورة متواترة، بحيث إذا قام باستغلال العقار عن طريق الحيازة لمدة وجيزة ثم انقطع وعاد بعد مرور مدة أخرى كانت حيازته مستمرة، وبالتالي لا تنطبق عليه هذه الأخيرة.

- إدريس الفاخوري، "الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08" تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1990 "سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 8، مطبعة النجاح، الطبعة الأولى، 2005، ص: 108.

⁵ - أي ظاهرة، والمقصود هو أن يكون الحائز متمتعا بالعقار على مرأى ومسمع من الناس، لا أن تكون حيازته مستمرة ومدار خفا...

- مأمون الكزبري، "التحفيظ والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي" نشر شركة الهلال والعربية، مطبعة النشر، الطبعة الثانية، الرباط 1987، ص: 195 وما بعدها.

⁶ - أي أن تكون هذه الحيازة بدون قوة أو إكراه وإذا بدأت بالإكراه واستمر كذلك لاستمرار الحيازة دون أن ينقطع فلا يستند لمثل هذه الحيازة في سبيل التملك.

لا يعتد بها في مجال الوقف، تطبيقاً لقاعدة " الحبس لا يشترط فيه ما يشترط في سائر الممتلكات الخاصة "، وهذا ما أكدته الاتجاه القضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف في كثير من المناسبات، نذكر منها قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - والذي جاء فيه¹: " يكفي في إثبات صبغة الحبسية أن يشهد شهودها بمعرفتهم للتملك اسماً وموقعا وبأنه حبس على جهة معينة وأنه يحاز بما تحاز به الأعباس ويحترم بحرمتها ولا يشترط فيها شروط الملك المعتبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة ".

وهكذا، فإن هذا الاتجاه القضائي أضفى على المال الوقفي خصوصية على مستوى إثباته وأقر له بالحيازة كوسيلة للإثبات ول يعترف بها في مواجهته، ولعل هذا التوجه أولى بالاعتماد للاعتبارات التالية:

- إن الحبس يتعلق بحق الله وحق الغائب، والغائب لا يحاز عليه.

- إن علة القضاء بالحيازة هو اعتبار سكوت المحوز عليه مع حضوره وعلمه. وعدم المانع بمثابة اعتراف للحائز بما يدعيه، بناء على أن السكوت يدل على الرضا، والحبس ليس له مستحق معين حتى يعتبر سكوته رضا، وسكوت ناظر الأوقاف لا يعتد به، لأنه لو أقر للخصم ملكية ما يدعيه لم يصح إقراره، لأنه إقرار على الغير والإجماع على أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره².

انطلاقاً مما سبق بيانه حول مسألة الإثبات في المادة الوقفية قبل صدور مدونة الأوقاف، تبين لنا جلياً أن هذه المسألة كانت تعرف تضارباً قضائياً بين اتجاه تشدد في وسائل إثبات الوقف ولا يقبل بذلك إلا رسم التحبيس المستوفي لكافة أركانه وشروطه، واتجاه يأخذ بالمرونة والحرية في إثبات الوقف غايته في ذلك تحقيق حماية للأوقاف، وهو الاتجاه الذي انتصرت له مدونة الأوقاف التي أقرت حرية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات وهو ما يستفاد من مقتضيات المادة 48 منها والتي جاء فيها: " يمكن

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 1517، بتاريخ 2012/03/27، ملف عدد 2010/4/1/2681، منشور ب " المنازعات الوقفية بين مواقف المحاكم الابتدائية وتوجيهات محكمة النقض " الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 177.

² - محمد التناويل، " وسائل الحبس في الفقه الإسلامي " مساهمة ضمن أشغال ندوة " الإثبات في المادة الحبسية " مرجع سابق، ص: 20.

إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة علي أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس".

المحور الثاني: موقف مدونة الأوقاف من إثبات الأموال الوقفية.

وعيا من المشرع بأهمية الوقف باعتباره ثروة وطنية وعنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، عمل على إصلاح وإحداث ترسانته القانونية وذلك بإصداره مدونة الأوقاف التي يمكن اعتبارها تجربة رائدة في مجال الأوقاف، لكونها جمعت الأحكام الفقهية المتناثرة للوقف، وحسنت التضارب في كثير من أموره المختلفة، وأعدت تنظيم أحكامه القانونية شكلا ومضمونا، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه الإسلامي، وتزويد الوقف بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة¹.

وتعتبر مدونة الأوقاف خطوة جريئة في مجال التشريع الوقفي لكونها تجاوزت جوانب قصور الأحكام التي كان يخضع لها الوقف في ظل الضوابط الحبسية، وحسنت النقاش في كثير من النقط التي كانت محل تضارب فقهي وقضائي، أهمها تلك المتعلقة بمسألة إثبات الوقف، حيث أقرت بشكل صريح حرية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، واضعة بذلك حد للاختلاف القضائي الذي كان يطبع هذا المجال قبل صدور المدونة.

وعليه سأحاول من خلال هذه الفقرة إبراز أهم المقتضيات التي جاءت بها المدونة والمتعلقة بمسألة إثبات الوقف.

أولا: تيسير وسائل إثبات الوقف.

باستقراء مواد مدونة الأوقاف يتضح جليا أنها أقرت وبشكل صريح حرية إثبات الوقف متبينة في ذلك الاتجاه الفقهي والقضائي الموسع لوسائل الإثبات في المادة الوقفية، ومن تم يمكن إثبات الوقف برسم التحبيس، وبالشهادة وبالحياسة، ورسوم الإحصاء وغيرها من الوسائل (1).

ولم تتوقف مدونة الأوقاف عند هذا الحد، بل أخذت بقاعدة تشكل خصوصية في إثبات الوقف مفادها أن الإقرار يعد وسيلة إثبات لصالح الوقف ولا ينتج أي أثر في مواجهته (2).

¹ - عبد الرزاق اصبيحي، " اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف " مرجع سابق، ص: 65.

1- الحرية في إثبات الوقف.

اعتبارا لما يمثله موضوع إثبات الوقف من ضرورة وخطورة في نفس الوقت، خاصة أمام تنامي ظاهرة الاعتداء على الأوقاف، وقدم الوثائق التي تثبت حبسيتها، وتغير موقف القضاء من هذه الوثائق والحجج وعدم استقرار الأحكام القضائية بشأنها، عمل المشرع المغربي من خلال مدونة الأوقاف على تصحيح هذه الوضعية القانونية الهشة بتبنيه نظام الإثبات الحر من خلال إمكانية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات غايته في ذلك تحقيق حماية للرصيد الوقفي، ونستطيع تلمس هذا القصد من خلال مقتضيات المادة 48 من المدونة التي تنص على أنه: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة علي أن الأموال المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس".

وعليه، فإن المشرع بمقتضى هذه المادة أقر صراحة حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل، كما أقر بحجية الحوالات الحبسية¹، لكن المشرع لم يعمل على تحديد وسائل الإثبات، وهذا يعني انه اختار تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، وحصره في الفقه المالكي، وذلك بموجب الإحالة المنصوص عليها في المادة 169 من مدونة الأوقاف التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد فيه هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعي فيه تحقيق مصلحة الوقف".

في هذا الإطار، نجد أحد الباحثين² لا يتوافق مع هذه الإحالة في موضوع الإثبات، " نظرا لتعدد الآراء الفقهية في هذا الموضوع، والتي تنعكس سلبا على أداء القضاء لمهمته في الفصل في النزاعات المتعلقة بإثبات الوقف، حيث نجد تضاربا في الأحكام الصادرة بهذا الخصوص، يصعب معه تحديد أي اتجاه يسير عليه القضاء المغربي في تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في الفقه الإسلامي على الأوقاف".

¹ - اعترف المشرع المغربي بحجية الحوالات الحبسية التي كانت تثير نقاشات فقهية وقضائية، وسنعمل على توضيح ذلك لاحقا.

² - عبد الرزاق اصبيحي، " اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الأوقاف " مرجع سابق، ص: 48.

ويرى أحد الباحثين¹ أن " حرية الإثبات التي نصت عليها المدونة لا تنصرف إلى قابلية الوقف للإثبات بأي وسيلة مهما كان شكلها، وإنما تنصرف إلى عدم حصر الوسائل التي يثبت بها الوقف في الكتابة وحدها"، على خلاف ما كان معمول به في السابق من طرف بعض المواقف القضائية التي كانت تحصر وسائل إثبات الوقف في رسم التسجيل، وبهذا فإن مدونة الأوقاف وضعت حدا للتضارب القضائي في موضوع إثبات الوقف، متبينة في ذلك الاتجاه القضائي الميسر لوسائل الإثبات وذلك بالاعتماد على حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل².

وعليه فإن مدونة الأوقاف أقرت حرية إثبات الوقف بكافة الوسائل كالشهادة والحوالات الحسبية والسجلات والكنائش الحسبية والحياسة وغيرها، والتي سبق تبيان موقف القضاء منها، بالإضافة إلى ذلك اعتبرت مدونة الأوقاف محاضر السمسرة أو فتح العروض المتعلقة بالتصرفات الجارية على الأوقاف حجة قاطعة على الوقائع المضمنة بها لا يطعن فيها إلا بالزور³.

2- الأخذ بقاعدة الإقرار لصالح الأوقاف وليس ضده.

يعد الإقرار في طبيعة وسائل الإثبات وأقواها حجية، وذلك لصدوره عن شخص المقر خلافاً لباقي سبل الإثبات، فالإقرار هو كشف الإنسان لحق عليه، وهو قيد تخرج

¹ - زكرياء العماري، " إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي " مرجع سابق، ص: 275.

² - من بين القرارات القضائية التي أخذت بحرية الإثبات في ضوء المادة 48 من مدونة الأوقاف نذكر: - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 356 بتاريخ 11/12/2014، ملف رقم 113-1404/05، (غير منشور). " وحيث أنه من خلال اطلاع المحكمة على وثائق ملف القضية وفحصها لمستنداته تبين لها صحة ما أسس عليه الحكم المستأنف، وفقاً لما هو مثبت من خلال حيثيات تعليل الحكم المذكور، ذلك أنه استناداً لمدونة الأوقاف فإن الحبس يمكن إثباته بسائر وسائل الإثبات طبقاً للمادة 48 منها...".

³ - المادة 62 من مدونة الأوقاف.

به مطلق الإنشاءات لحقوق جديدة، ولا تعد في زمرة الإقرار، فمن أحق بحق عليه لا يعد منشأ للحق المذكور، وإنما كاشفاً لحق سابق ترتب في ذمته¹.

والمشرع المغربي بدوره اعتبر الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات وذلك بمقتضى الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود². لكنه لم يقيم بتعريفه تاركا المجال للفقه، فعرّفه الدكتور العبدلاوي³ بأنه " هو اعتراف لشخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته".

والإقرار كدليل على إثبات الوقف إما أن يكون إقرار قضائي أو إقرار غير قضائي.

فالإقرار القضائي كما عرفه الفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود هو " الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا". أما الإقرار غير القضائي فقد عرف الفصل 407 من قانون الالتزامات والعقود بأنه الإقرار الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي، ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه.

وإذا كان الإقرار يعتبر حجة على إثبات الوقف كلما استجمع كافة أركانه وشروطه⁴ المتطلبة، فإن الأمر على خلاف ذلك كلما تمت مواجهة الأوقاف بالإقرار فإنه

¹ - عادل حاميدي، " القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي " مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2015، ص: 144.

² - ينص الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

- إقرار الخصم.

- الحجة الكتابية.

- شهادة الشهود.

- القرينة.

- اليمين والنكول عنها.

³ - إدريس العلوي العبدلاوي، " وسائل الإثبات في التشريع المغربي " الجزء الأول، مرجع سابق، ص 61.

⁴ - للإقرار مجموعة من الأركان ولكل ركن شروطه الخاصة وهي:

لا يعتقد به تطبيقاً للقاعدة الفقهية " عدم جواز الإقرار على الوقف "، وهذا ما أكدته مدونة الأوقاف بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 48 التي نصت على أنه " لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته ".

وهذه القاعدة نابعة من خصوصية الوقف، التي تجعله حسب البعض مشابهاً لمال القاصر، فيكون ناظر الأوقاف بمثابة الوصي على مال القاصر يديره وفق ضوابط خاصة لا يستطيع أن يحدد عنها.

في هذا الإطار نورد لقرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس¹ والذي جاء فيه: "... إن إقرار ناظر الأوقاف لا يلزم ولا يعتبر لأن الحبس كمصلحة المحاجير، وهي قاعدة شرعية مقررة ومنصوص عليها في دواوين الفقه، والأحباس تتعلق بحق الله تعالى فلا يجوز اعتماد الإقرار ضدها...".

ومما لا شك فيه أن قاعدة عدم جواز الإقرار على الوقف المنصوص عليها في المادة 48 من مدونة الأوقاف ستعمل على حل العديد من الإشكالات التي كانت تثار قبل صدور مدونة الأوقاف، إذ كان يطلب من نظار الأوقاف تسليم شهادة إدارية تثبت أن ملك معين لا يدخل ضمن الأموال الوقفية، وبالتالي فإن تسليم ناظر الأوقاف لهذه

المقر: وهو الشخص الذي يعترف على نفسه بكون ذمته المالية عامرة بحق الغير، وللمقر شروط لكي يكون إقراره صحيحاً ومنتجاً لآثاره وهي، وهي أن يكون راشداً طائعاً عاقلاً بإرادة سليمة - وألا يتهم المقر في إقراره

المقر له: وهو مدعي الواقعة التي يعترف له بها المدعى عليه، والمستفيد منها ومن شوطه هو الآخر، أن يكون أهلاً لاكتساب الحقوق وأن لا يكذب المقر في إقراره.

المقر به: ينص الإقرار على الواقعة محل الإثبات وهذه يصنفها الفقهاء إلى إقرار بالمال أو بالنسب، ومن شروط هاته الواقعة هي الأخرى أن تكون ممكنة وليست مستحيلة.

الصيغة: فالإقرار هو تعبير عن الإرادة، يحصل إما بالكلام أو بما يدل عليه من إشارة أو كتابة.

- عادل حاميدي، " القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي " مرجع سابق، ص: 153.

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس رقم 710 بتاريخ 1/03/1993، ملف عقاري عدد 6/90/2644، منشور ب " الأملاك الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجيهات محكمة النقض " الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 258.

الشهادة، يعد بمثابة إقرار، لكن السؤال المطروح هنا حول الأسباب التي كانت تدفع نظار الأوقاف إلى تسليم هذه الشهادة، هل هذا راجع بالأساس إلى عدم إحصاء الأموال الوقفية بالشكل الذي يبين ما للأوقاف وما للغير؟.

في هذا الإطار ترى إحدى الباحثات، أن ذلك راجع إلى " استحالة معرفة كل الأموال الموقوفة، فقد أثبتت التجربة بأنه في العديد من الحالات لا يصل أمر التحبيس إلى علم الوزارة الوصية إلا في حالة نشوب نزاع بين أغيار عن الوقف، فيعمد البعض منهم إلى إخبار الجهة الوصية بأمر التحبيس مرفقا إياه بالوثائق المثبتة للحبسية¹، لهذه الأسباب وغيرها كان نظار الأوقاف يعملون على تسليم هذه الشهادة التي تعتبر بمثابة إقرار شريطة أن تتضمن هذه الشهادة حق الأوقاف في الرجوع عليها كلما ظهرت حجة تثبت أن ذلك الملك يدخل ضمن الأموال الوقفية.

وعلى أي، فالشهادة الإدارية التي كان يسلمها ناظر الأوقاف للغير والتي تعد بمثابة إقرار ينفي الصبغة الحبسية على ملك معين، لم يعد لها أي وجود في ظل مدونة الأوقاف تطبيقا لقاعدة "عدم جواز الإقرار على الحبس"، وبالتالي يكون المشرع قد سعى من وراء ذلك إلى ضرورة احترام خصوصية الأموال الوقفية، لكن ما ينبغي تسجيله في هذا المقام ذلك التناقض الذي وقعت فيه وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بإصدارها دورية مشتركة² بين الداخلية ووزير العدل حول تطبيق المادة 18 من المرسوم الصادر في 28 أكتوبر 2008³ المتعلق بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة⁴، هذه

1 - مجيدة الزباني، "مدونة الأوقاف المغربية - دراسة منهجية في الأسس والأبعاد -" منشورات دار الأمان، مطبعة الكرامة بالرباط، الطبعة الأولى 2014، ص: 121.

2 - دورية مشتركة بين (وزير الداخلية - وزير العدل والحريات - وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية - وزير الاقتصاد والمالية - وزير التجهيز واللوجيستيك - وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة - المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر)، عدد 50/ بتاريخ 17 دجنبر 2012 بشأن تطبيق المادة 18 من المرسوم الصادر في 28 أكتوبر 2008 بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

3 - المرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 شوال 1429 الموافق ل 28 أكتوبر 2008 بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

4 - ظهير شريف رقم 1.6.56 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 22006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 الصادرة بتاريخ 2 مارس 2006، ص: 566.

المادة تنص على أنه: "...إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس جماعيا أو حسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها".

الإشكال المطروح هنا حول القانون الواجب التطبيق هل مدونة الأوقاف التي تسعى إلى تأكيد ضرورة احترام خصوصية الوقف ومن تم عدم الإقرار عليه، أم الدورية المذكورة والمتناقضة كليا مع النصوص المنظمة للوقف والتي تقضي بإمكانية تسليم شهادة من السلطة المحلية بنفي الصبغة الحسبية؟.

في هذا الإطار يمكن القول بأن الدورية على الرغم من قيمتها إلا أنها تبقى أدنى من القيمة التي يتمتع بها الظهير نظرا لمكانته السامية داخل الهرم القانوني، وبالتالي لا يمكن القول بأن دورية ستعمل على تعطيل مقتضيات واردة في ظهير شريف، وبالتالي فإن مدونة الأوقاف أولى بالتطبيق عن الدورية المذكورة.

ثانيا: حجية الحوالة الحسبية والوثيقة العرفية في إثبات الوقف.

لقد اهتم المشرع المغربي بموضوع إثبات الأموال الوقفية، بعد إصداره لمدونة الأوقاف محاولا في ذلك تجاوز الاختلالات الفقهية والقضائية التي كانت سائدة في هذا المجال، ومن أهم الأمور التي حسمت فيها المدونة تلك المتعلقة بالحوالة الحسبية واعتبرتها حجة على إثبات الوقف ما لم يثبت العكس وهو ما يستفاد من صريح المادة 48 من مدونة الأوقاف (1).

بالإضافة إلى ذلك أقرت مدونة الأوقاف بطريقة غير مباشرة حجية الوثيقة العرفية في إثبات الوقف، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 25 من مدونة الأوقاف (2).

1 - حجية الحوالة الحسبية في إثبات الوقف.

الحوالات الحسبية هي وثائق لإثبات ملكية أو تحويلها بخصوص عقارات الأوقاف¹، وهي عبارة عن دفاتر من الحجم الكبير المستطيل الشكل تتضمن معلومات عن الوقف من حيث أركان الوقف وشهادة الشهود وتوقيع العدول وخطاب القاضي في

¹ عبد الله لخضر، "أضواء على الحوالات الوقفية بالمغرب"، مجلة دار الحديث الحسنية، عدد 7 السنة 1987، ص: 374

بعض الأحوال، كما يشمل الفتاوى وبعض الظواهر السلطانية وعادات وتقاليد بعض الأسر، وتشمل أيضا نصوص بإثبات ملكية المحبسين لموقوفاتهم وكذلك ألفاظ المحبس في الحبس.

فالحوالة الحبسية تعتبر مرجعا أساسيا لإدارة الأوقاف في إحصاء الأموال الوقفية والمحافظة عليها، لكونها لها قيمة تاريخية وحجية إثباتية لا يستهان بها، لكن رغم ذلك دأب الخلاف في مدى اعتمادها كوسيلة لإثبات الحبس من عدمها؟.

في هذا الإطار اختلف الفقه حول حجية الحوالة الحبسية في إثبات الوقف، فهناك من يعتبرها¹ مجرد زمام وأن القضاء بها يتوقف على أعذار ولا أعذار في زمام، وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة الاستئناف بمراكش في أحد قراراتها² حيث جاء فيه ما يلي: "حيث إن الحوالة الحبسية لا تثبت الحبس لمدعيه، إذ لا بد من إظهار رسم التحبيس لما حبس يوم التحبيس والحياسة على ما تصح به الحياسة.... لذلك فإن محكمة الاستئناف تعتبرها مجرد تقييدات من صنع المستأنفة لا قيمة لها".

بالمقابل من ذلك هناك من يرى³ أن لها حجية قانونية لإثبات الوقف والقضاء به، إذ لم يعارض ما فيها بما هو أقوى منه، وأنها ليست كلها مجرد زمام، لأن فيها ما هو متضمن برسم التحبيس، وبالتالي تعتبر حجة في إثبات الوقف ما دامت أنها تتضمن متضمن تقييدات إحصائية، وبهذا يمكن اعتبارها بمثابة محررات عامة مودعة في الأرشيف العمومي، تنطبق عليها أحكام الفصل 441 من قانون الالتزامات والعقود⁴.

¹ - أبو الحسن التسولي، "البهجة في شرح التحفة" الجزء الثاني، 2011، ص: 450.

² - قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 4 بتاريخ 10-10-2002 في الملف رقم 2000/1590. أورده عبد الرزاق اصبيحي، "اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف" مرجع سابق، ص: 111.

³ - من بين القائلين بهذا الرأي: الشاطبي والعلامة الرهوني والمهدي الوزاني.

- انظر:

- محمد التاويل، مرجع سابق، ص: 20.

⁴ - ينص الفصل 441 من قانون الالتزامات والعقود على انه: "النسخ المأخوذة، وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها. ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة، إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها".

نفس الأمر سار عليه الأستاذ محمد شيلح¹ حيث يرى أن الحوالة الحبسية يجب جعلها من حيث المبدأ حجة على غرار بقية وسائل الإثبات المعتد بها شرعا، فأقل ما يمكن أن نلتزمه - كما يقول الأستاذ شيلح- في الحوالة الحبسية أنها كتابة، وكان من المفروض أن ينتكس المبدأ القائل بأن الحوالة الحبسية لا تعتبر حجة إلا إذا توفرت فيها شروطها الشكلية والموضوعية كما في الورقة الرسمية والعرفية، وهو ما سارت عليه استئنافية مراكش في أحد قراراتها² حيث جاء فيه: "حيث صح ما عابته الطاعنة في أسباب استئنافها على الحكم المستأنف.. أن هذه الهيئة من خلال استقرائها لمستندات الملف سيما المعاينة المجراة خلال المرحلة الابتدائية أو بحث القاضي المكلف أثناء المرحلة الابتدائية بأن الحيازة لطالبة التحفيظ التي عززت الحوالة الشرعية برسم التصفح عدد 1642 وأن العقار المطلوب تحفيظه مسجل بكناش إحصاء الأملاك الكبرى بالصحيفة.. وإنه بمقارنة هذه الحيازة برسمي الاستمرار عدد.. لطالبة التحفيظ ورسم استمرار المتعرضين، فإن مدة حيازة طالبة التحفيظ هي 40 سنة.. وبالنظر للعلل أعلاه، فإن الحكم المستأنف ورد مجانباً للصواب ويتحتم إلغاؤه..".

ويرى أحد الباحثين³ أن القوة الإثباتية للحوالة الحبسية تقتضي التمييز بين

حالتين:

- الحالة التي يكون فيها العقار المحبس في يد المحبس عليهم أو إدارة الأحباس، فإنه في هذه الحالة يقع عبء الإثبات على من يدعي عدم تملك المحبس لما حبس حسب الحوالة الحبسية، ولا تكون المحكمة ملزمة بتقييم الحوالة إلا إذا حضر المدعي دليلاً أقوى منها.

¹ - محمد شيلح، " القيمة القانونية للحوالة الحبسية من خلال قراءة في الحوالة أحباس الضعفاء والمارستان بفاس " مقال منشور ب " القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية " الجزء الثالث، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الإصدار الثالث، يناير 2012، ص: 50.

² - قرار محكمة استئناف مراكش رقم 64 بتاريخ 2003/12/11 في الملف رقم 2003/6/2958 (غير منشور).

³ - محمد الحمداي، " المنازعات المتعلقة بالوقف ووسائل إثباتها " مساهمة ضمن أشغال ندوة الأملاك الحبسية، المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص: 363-364.

- أما الحالة الثانية فهي الحالة التي يكون العقار المحبس في يد الغير وليس تحت يد المحبس أو إدارة الأحباس، وهنا يجب على ناظر الأحباس أو المحبس عليهم الذين يدعون الحبس الإدلاء بحجة التثبت من الحبس وملكية المحبس للمحبس وجميع شروط الحبس ولا يمكن للحوالة أن تنزع العقار من يد الحائز.

وعلى أي فإن حجية الحوالة الحبسية في إثبات الوقف كانت محل اختلاف فقهي وقضائي، لذلك جاءت مدونة الأوقاف لتحسم ذلك ونصت بشكل صريح أن الحوالة الحبسية حجة على الأموال المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس¹.

في هذا الإطار نورد لإحدى القرارات القضائية التي أخذت بالمتعضيات الجديدة لمدونة الأوقاف في مجال إثبات الوقف بالحوالة الحبسية، منها قرار محكمة الاستئناف بطنجة² والذي جاء فيه: " وحيث إن الحبس يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات ومن ضمنه الحوالة الحبسية والتي تفيد الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس طبقاً للمادة 48 من مدونة الأوقاف".

وفي قرار صادر عن نفس المحكمة³ اعتبرت " الحوالة الحبسية حجة على إثبات الوقف إلى أن يثبت العكس وأن طالب التحفيظ لم يثبت العكس، ومن تم تبقى الحوالة الحبسية لها قوة التبوئية في الحق المطلوب".

وإذا كانت مدونة الأوقاف قد اعترفت بحجية الحوالة الحبسية في إثبات الوقف، فإنها لم تجعلها وسيلة من وسائل إثبات الوقف بالمعنى الدقيق، وإنما مجرد وسيلة لقلب عبء الإثبات فقط، فإظهار ناظر الأوقاف الحوالة الحبسية ينقل الإثبات إلى الخصم، ويعفي ناظر الأوقاف من الإثبات مؤقتاً لأن الحوالة الحبسية حجة

¹ - المادة 48 من مدونة الأوقاف.

² - قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 337، بتاريخ 27/11/2014، ملف رقم 232 و 243 - 2010 - 1404 (غير منشور).

³ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 208، بتاريخ 19/06/2014، ملف رقم 199/12 - 1404 (غير منشور).

على أن الملك المسجل بها حسي، لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات¹.

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ عبد الرزاق اصبيحي أن السبب في اعتبار الحوالة الحسبية مجرد قرينة على حسبية ما دون فيها من أملاك هو أن هناك نوعين من الحوالات الحسبية، فهناك حوالات حسبية دونت فيها معطيات عن الأملاك الحسبية في شكل تقييدات، وهناك حوالات متضمنة لرسوم التحسيس عليها إمضاءات العدول ومخاطبة القضاة لا تختلف بالتالي من حيث الحجية على رسم التحسيس، ومن اتخاذ موقف وسط يحافظ على الأوقاف دون أن يمس حق الناس تم اعتبار الحوالة الحسبية قرينة على حسبية ما دون فيها من أملاك، لكنها قرينة قابلة للعكس².

وعلى أي فالمشروع على الرغم من اعترافه بحجية الحوالة الحسبية في إثبات الوقف، إلا أنه لم يتناول هذا الموضوع بالأهمية التي يستحقها، ذلك أنه لم يعمل على تحديد العناصر الواجب توفرها في الحوالة حتى يعتد بها في الإثبات³، والسؤال المطروح هنا هل الحوالة المقصودة في المادة 48 هي الحوالة الحسبية بنوعها سواء تعلق الأمر بالحوالة التي تتضمن نسخاً من رسوم التحسيس والحوالة التي تتضمن معطيات عن الأملاك الوقفية، أم الأمر يقتصر فقط على الحوالة الحسبية التي تتضمن رسم التحسيس بكل أركانها وشروطه؟.

في هذا الإطار جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بطنجة⁴ "صحيح أن المشرع اعتبر الحوالة الحسبية حجة في إثبات الملك الحسي بحسب ما تقتضيه المادة 48 من مدونة الأوقاف، غير أن الحوالة المقصودة والمعتمدة هي المتضمنة

¹ - عماد المجاوي، "إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة - الوقف والوصية نموذجاً -" رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون العقار والعقود، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية: 2011 - 2012، ص: 68.

² - عبد الرزاق اصبيحي، "حماية الملكية العقارية على ضوء العمل القضائي" مرجع سابق، ص: 227.

³ - يوسف فريد الإدريسي، مرجع سابق، ص: 96 - 97.

⁴ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 362، بتاريخ 2014/12/18، ملف رقم 1404 - 2014 - 318 (غير منشور).

لشروط عقد التحبيس من محبس ومحبس عليه والشيء المحبس وتملكه من طرف المحبس ومعاينة حيازته من طرف المحبس عليه شخصيا أو بواسطة من ينوب عنه".
وجاء في قرار صادر عن نفس المحكمة¹ "وحيث لئن كانت مدونة الأوقاف قد جعلت من حوالة الحبس حجة في الإثبات، فإن ذلك مرهون بالحوالة التي تحدد العقار اسما وموقعا وحدودا وليس الحوالة التي جاءت في صيغة تعداد مجموعة من العقارات".
وما تجدر الإشارة إليه أن الحوالة الحبسية تعتبر حجة على إثبات الأموال الوقفية কিفما كان نوعها عامة أو معقبة أو مشتركة، وهذا ما يستفاد من الصيغة العامة الواردة في المادة 48 من مدونة الأوقاف.

2- حجية الوثيقة العرفية في إثبات الوقف.

إذا كانت مدونة الأوقاف قد أقرت صراحة على حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل من خلال مقتضيات المادة 48 منها، فإنها بالإضافة على ذلك نجدتها تنص بطريقة غير مباشرة على حجية الوثيقة العرفية في إثبات الوقف، وهو ما يستفاد من مقتضيات المادة 25 من مدونة الأوقاف والتي جاء فيها: "يتلقى العدول الإشهاد على الوقف.

وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون.....".

انطلاقا من ذلك يتضح أن مدونة الأوقاف اشترطت لصحة الوقف أن يتم في محرر عدلي وذلك من خلال الإشهاد عليه من طرف العدول ومخاطبة قاضي التوثيق بذلك²، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى المحرر العرفي إلا في حالات استثنائية، كحالة عدم وجود العدول في المكان الذي قرر فيه العازم على إنشاء الوقف³، وبالتالي فعلى من يحتج

¹ - قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 362، بتاريخ 2014/10/30، ملف رقم 89-14/1404 (غير منشور).

² - تنص المادة 35 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة على أنه: "يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة.... لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مزيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية...".

³ - محمد شيلح، "تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية" مساهمة ضمن أشغل ندوة "الأموال الحبسية" مرجع سابق، ص: 224.

بوثيقة التحبیس أن یثبت تعذر إشهاد العدول على الوقف، وعليه كيف سیتوصل الواقف على إثبات ذلك والحال انه یوجد بدائرة نفوذ كل محكمة ابتدائية عدلين على الأقل ینتصبون للإشهاد، ومن تم یبقى الاستثناء الوارد فی المادة 25 من مدونة الواقف غیر ذي أهمية.

ویرى أحد الباحثین¹ أن المادة 25 من مدونة الأوقاف تطرح إشکالات وذلك من خلال الصیغة القانونية التي جاءت بها إذ نصت على كلمة الإعذار، وبالتالي من یقدر هذا الإعذار، هل المحافظ العقاري أم یرفع الأمر إلى القضاء، أم ماذا؟. بالإضافة إلى ذلك اشترطت المادة 25 ضرورة مخاطبة قاضي التوثیق على الوثيقة العرفية، وهذا ما یرتفع من الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر، والتي تنص على انه: " یجب على قاضي التوثیق أن یبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أیا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاریخ المخاطبة ".

والسؤال الذي یبقى مطروحا هنا حول ما مدى أهمية هذا المقتضى خصوصا إذا علمنا أن مخاطبة قاضي التوثیق على وثيقة الوقف العرفية لا یرفعها الصیغة الرسمية؟. على أي، فإن مقتضيات المادة 25 من مدونة الأوقاف تضمنت شكليات لا فائدة منها بالنسبة لوثيقة الوقف العرفية، فی هذا الإطار یرى أحد الباحثین² على أنه ینبغي على المشرع التراجع عن هذه الشكلية بالشكل الذي یرتفع مع ما هو منصوص عليه فی قانون الالتزامات والعقود، وذلك بالاکتفاء على مصادقة الإمضاء أمام السلطات المختصة وعدم جعل الاعتداء بالوثيقة العرفية متوقف على تعذر إشهاد العدول تیسیرا.

¹ - حسن فتوح، " صلاحية المحافظ فی التقييد والتشطیب " مساهمة ضمن أشغال ندوة " الأمن العقاري " المنظمة من طرف محكمة النقض بشراكة مع الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، یومی 29 - 30 ماي 2015، بقصر المؤتمرات - مراكش، ص: 429 وما بعدها.

² - زكرياء العماري، " إثبات الوقف العام بین مدونة الأوقاف وأحكام الفقه المالكي " مرجع سابق، ص:

خاتمة:

ختاماً، يمكن القول أن المشرع المغربي عمل على تشمين وتكريس حماية الأوقاف العامة، ويتجلى ذلك من خلال النظر إلى المقتضيات المتعلقة بالإثبات التي أتت بها مدونة الأوقاف، إذ نجدها قواعد آمرة عملت على تقوية مركز الوقف العام ومنحه مجموعة الامتيازات الخاصة والتي من الظاهر أنها تشكل إطاراً قانونياً قوياً يكفل حماية الأوقاف، وعليه من الواضح أن مدونة الأوقاف استطاعت أن تسد الفراغ التشريعي الذي كان سائداً في ظل العمل بالضوابط الحسبية، كما أنها وفقت بالأخذ بما راكمه العمل القضائي لتطوير القواعد الإجرائية للنظام القانوني للوقف في ميدان الإثبات.

دور التشريع والقضاء في تشجيع الاستثمارات بأراضي الجموع بالمغرب

حميدة الشلوشي
دكتوراه في الحقوق

مقدمة :

أدت عمليات التحرير الاقتصادي المترافقة مع التقدم في مجال الاتصالات ووسائل النقل إلى تزايد تكامل الأسواق العالمية والخدمات ورؤوس الأموال، وقد استطاع الاستثمار الأجنبي المباشر خلق حافز قوي من خلال المساعدة في ربط أسواق وزيادة فرص العمل والأجور النسبية وإنتاجية ودعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية¹، وتعرف أداة الاستثمار بأنها الأصل الحقيقي أو المالي يحصل عليه المستثمر لقاء المبلغ الذي يستثمره، ومن أهم أدوات الاستثمار الحقيقي نجد العقار- وتحتل المتاجرة بالعقار المركز الثاني في عالم الاستثمار بعد الأوراق المالية، ويتم الاستثمار فيها بشكل مباشر عندما يقوم المستثمر بشراء سند عقاري صادر عن بنك عقاري أو بمشاركة في محفظة مالية لإحدى صناديق الاستثمار العقارية ويعرف الاستثمار في العقار إقبال كبير من قبل المستثمرين سواء في السوق المحلي أو السوق الأجنبية² وتتعدد أنواع الاستثمارات بحسب طبيعتها وقائم عليها أو من حيث تعدد أنواع والمشروعات الاقتصادية من الاستثمار طويل أمد ومتوسط وطويل أمد، وهذه أنواع من الاستثمارات هي المراهن عليها.

المبحث الأول : أنواع الاستثمار ومجالاته ودور التشريع والقضاء في تشجيع الاستثمارات

يعتبر الرصيد العقاري لأراضي الجموع وعاء خصبا لمجموعة من الاستثمارات الفلاحية والسياحية والصناعية لو تم استغلاله وتوظيفه بطرق عقلانية لخلق دينامية اقتصادية واجتماعية على صعيد جهات المملكة في إطار الجهوية المتقدمة الموسعة والحكامة الجيدة، وتحتل أراضي الجموع أهمية اجتماعية واقتصادية كبرى، لا من حيث عدد السكان الذي يناهز 10 ملايين نسمة، ولا من حيث المساحة الإجمالية التي تقدر بحوالي 15 مليون هكتار حسب إحصائيات وزارة الداخلية والغاية من الاستثمار في أراضي الجموع هو تحسين مستوى عيش ذوي الحقوق عن طريق المشاريع الاستثمارية مدرة للدخل، وذلك بتوظيفه وتفعيل دور المرافق العامة في خدمة الاستثمار لتحقيق

¹ ذ- محمد مطر - إدارة الاستثمارات - الإطار النظري والتطبيقات العلمية - الطبعة 1999 ص 79.

التنمية الاقتصادية الشاملة والمستدامة في إطار الجهوية الموسعة والمتقدمة عن طريق إشراك ذوي الحقوق الجماعيين.

المطلب الأول : أنواع الاستثمار الجماعي في إطار العولمة الاقتصادية ومجالاته
يعتبر الاستثمار في الوعاء العقاري للأرضي الجموع هو التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لذوي الحقوق الساكنة وخاصة في العالم القروي لخلق التنمية الاقتصادية الشاملة وذلك بتفعيل المقاربة التشاركية بين ذوي الحقوق والشركاء الاقتصاديين في إطار الحكامة الترابية والجهوية المتقدمة للحد من الهجرة القروية ومحاربة الهشاشة الاجتماعية .

الفقرة الأولى : الاستثمار في العقار الجماعي
الاستثمار هو التنمية الاقتصادية وخلق فرص الشغل في جميع القطاعات الاقتصادية ومهما كانت طبيعة ومجالات الاستثمارات وأنواعه فإنه يجب أن تراعي استفادة جميع أبناء ذوي الحقوق في عملية التشغيل في المشروعات الاقتصادية المنجزة في العقار الجماعي وذلك للحد من الهجرة القروية عن طريق توفير فرص الشغل وعصرنة القطاع الفلاحي ونقل التكنولوجيا الحديثة لأن القسمة التقليدية لأراضي الجموع وتجزئتها إلى قطع صغيرة لا تساعد على تحقيق مردودية جيدة لأن الفلاح يعرف أن فترة الاستغلال المؤقت سوف تنتهي وتؤول إلى غيره ولا يفكر في تجهيزها واستثمار أمواله فيها.

وذلك ما جعل مجموعة من المنظمات الحقوقية وجمعيات المجتمع المدني والأحزاب السياسية تنادي بإلغاء هذا النظام برمته وتنادي بتفويت أراضي الجموع للجماعات لفائدة الدولة أو الجماعات المحلية وذلك بتأميم ممتلكات أراضي الجموع لإعادة هيكلتها وتجهيزها للاستثمار والبعض الآخر وهو التيار الإصلاحية الذي يتكون من فقهاء القانون والإدارة وعلماء الاجتماع في مواجهة تيار الإلغاء الذي يحث على ضرورة الإبقاء على هذا الإرث الحضاري لأنه يمثل مظاهر الحضارة المغربية متمثلة في التضامن بين أفراد القبيلة والعشيرة المغربية مع إعادة تحديث ظهر 27 أبريل 1919 الذي ينظم هذه الأراضي بشكل يستجيب للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المغرب، وذلك مع ضرورة التفكير في استثمارها في إطار التعاونيات أو عن طريق

شراكات للتنمية وفي إطار المشاريع الاقتصادية الكبرى لتكون أداة للتنمية الاقتصادية ولن يتأتى ذلك إلا في إطار المراكز الجهوية للاستثمار وتشجيع المبادرة الحرة.

الفقرة الثانية : الاستثمار الجماعي والعولمة الاقتصادية

باعتبار أن الاستثمار يلعب دورا مهما في تقدم الدول وازدهار الشعوب، فهو يعرف عدة أشكال وأنواع لا تنحصر في إقامة المنشآت الصناعية والسياحية والثقافية في شكلها الملموس فقط، بل أصبح بفعل العولمة والاقتصاد المنفتح والسوق الحرة يأخذ أنواعا متطورة وحديثة.

ولقد اتفق العديد من المحللين الاقتصاديين أن المغرب فشل إلى حد ما في السياسية الاستثمارية حيث كان يعتمد أساسا على التدبير المركز للاستثمار، وبالتالي فإن السياسية المتبعة من طرف المغرب في المجالات الاستثمارية أدت إلى عدة نتائج سلبية كان من أبرزها ضعف الاستثمار سواء تعلق الأمر بالاستثمار الخارجي أو الوطني، وهذا راجع إلى ضعف بنية الاستقبال والقوانين الداخلية غير المحفزة للاستثمار، كما أن الاستثمارات التي استقبلها المغرب موجهة نحو القطاعات الأكثر ربحا مثل الخدمات، وقد تمركزت فقط في المناطق ذات النشاط الاقتصادي المرتفع، أي في محور الدار البيضاء والقنيطرة في حين همشت باقي جهات المملكة، وبقيت تشكو من التخلف الاقتصادي والاجتماعي ولم تستطع أن تستقطب الاستثمارات الأجنبية ولا الوطنية لا في إطار الاستثمار العمومي ولا في إطار الاستثمار الخاص وذلك لبطء الإجراءات الإدارية العديدة التي تفضي إلى تبطيء مصالح المستثمرين، خصوصا عندما يرون أن ملفاتهم وإن كانت تامة تظل حبيسة مختلف الرفوف الإدارية دون أن يعلم أصحابها المآل الذي انتهت إليه".

المطلب الثاني : الاستثمار في إطار التدبير اللامتمركز الجهوية الموسعة

تحقيقا لتنمية الاستثمارية في إطار التقسيم الترابي الحديث في إطار الجهوية الموسعة والمتقدمة والارتقاء بأسلوب تدبير الشؤون الترابية وتقريب الإدارة من المستثمرين بشكل خاص بحيث أن مسار اللاتركيز يهدف إلى الارتقاء بالجهات والتنمية الاقتصادية الاستثمارية في إطار الموارد المالية الجهوية والقضاء على الفوارق الجهوية قصد تحقيق تنمية متوازنة ومنسجمة .

الفقرة الأولى : أنواع الاستثمارات الجماعية

تتعدد أنواع الاستثمارات ومجالاته وذلك باختلاف النظرة اليها حسب طبيعتها أو من حيث تعدد أنواع الأنشطة الاستثمارية أو نوع وطبيعة النشاط الذي سيوظف فيه المستثمر أمواله بقصد الحصول على الربح لأن الهدف من الاستثمار هو الربح في إطار الرأسمالية وبهذا المفهوم فإن مجالات الاستثمار أكثر شمولاً من معنى أداة الاستثمار فعندما نتحدث عن استثمارات مالية فإننا نتجه نحو مجال الاستثمار وفي حالة توظيف المستثمر أمواله في سوق العقار نكون أمام أداة الاستثمار¹.

ويعتبر الاستثمار المحرك الرئيسي للنمو الاقتصادي في جميع المجالات سواء منها الفلاحية أو الصناعية أو العقارية أو السياحية، ويعتبر الوعاء العقاري لأرضي الجموع رهان المغرب للتنمية الشاملة والمستدامة للنهوض بالأوضاع الاقتصادية إلى الازدهار والرقى الاقتصادي في إطار العولمة الاقتصادية والسوق الحرة فهي تعتبر -كنز وطني-، ولذلك يطمح المغرب إلى توفير مناخ ملائم لجلب الاستثمارات بجميع أنواعها، إذ يعتبر ذلك من العوامل المحركة للاقتصاد الوطني وبالنظر إلى قدرته على تكوين الرأسمال والإنتاجية، ويمكن اعتباره خطوة مهمة في طريق تحقيق النماء والازدهار الاقتصادي فيها لو تم الاهتمام بأنواع ومجالات استثمارية منتجة ومدرة للدخل لذوي الحقوق الجماعية والتي تعود عليهم بالنفع وتحد من جميع مشاكلهم الاقتصادية خاصة في العالم القروي عن طريق الشراكة الرأسمالية المنتجة بإشراك ذوي الحقوق في إطار المقاربة التشاركية لخلق فرص الشغل الحقيقية وذلك في إطار تزايد النمو الديمغرافي والهجرة القروية وارتفاع معدل نسبة البطالة.

الفقرة الثانية : الاستثمار الوطني والأجنبي

ينقسم الاستثمار إلى الاستثمار الداخلي أي الوطني والاستثمار الخارجي أي الأجنبي والاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر، وتتعدد أنواع الاستثمارات ومجالاته في أراضي الجموع.

¹ - عبد الله المالكي، إستراتيجية تشجيع الإستثمارات الخارجية في الأردن، عمان بالأردن، الطبعة الأولى

يعتبر الاستثمار قاعدة مهمة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة، بحيث ساهم منذ الاستقلال في خلق فرص شغل للمغاربة، وتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، بكونه لا تنتقل فيه قيم مادية أو معنوية عبر الحدود، فالمستثمر والمشروع الاستثماري ورأس المال الوطني،¹ وتشتمل مجالات الاستثمار المحلية أو الوطنية على جميع الأموال المستثمرة داخل الوطن، وذلك سواء كان فرد أو مؤسسة ومهما كانت أداة الاستثمار المستخدمة من عقار أو أوراق مالية أو ذهب أو عملات أجنبية²...

والاستثمار الوطني ينقسم إلى الاستثمار الذي يقوم به الأفراد وهو الاستثمار الخاص، والاستثمار الذي تقوم به الدولة وهو الاستثمار العام والاستثمار المراهن عليه في أراضي الجموع هو الاستثمار الأجنبي أي الخاص الذي ينقل الخبرات والتجارب المتقدمة في المجال الاقتصادي والتجاري وخاصة الاستثمار الفلاحي....

وقد أصبحت أراضي الجموع تحظى بالأولوية، خاصة في الاستثمار العمومي وعرفت تطورا ملموسا منذ استقلال المغرب بجميع هياكله الاقتصادية ومنشآته الصناعية والعقارية والاستثمار الفلاحي على وجه الخصوص عرف تطورا كبيرا وذلك بتحديثه في جميع الميادين الاقتصادية والاجتماعية...، باعتبار القطاع العام هو أحد الرموز الكبرى للسيادة الاقتصادية للدولة ولأن الازدهار الاقتصادي كان يمر عبر سيطرة الدولة على مختلف الفاعلين في الاقتصاد الوطني والاستثمار الوطني هو الذي يغطي جميع القطاعات الحيوية والإستراتيجية وانعكس ذلك على الإنفاق العام والاستثمار العمومي³ بشكل خاص وأمام شبح العولمة والرأسمالية المتوحشة ازداد تراجع

¹ عبد الله عبد الله الكريم، "ضمانات الاستثمار في الدول العربية - دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية ودور منظمة التجارة العالمية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، الطبعة الأولى 2008، ص 20.

² محمد مطر، "إدارة الاستثمارات، الإطار النظري والتطبيقات العامة"، دار وائل للنشر-عمان بالأردن، الطبعة الرابعة 2006، ص 18.

³ سناء الرويسي، "دور الخوصصة في تأهيل المقاومة المغربية للاندماج في مناطق التبادل الحر"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط-أكادال، السنة الجامعية 2004-2005، ص 70.

النشاط الاقتصادي وكل ذلك ساهم بالإضافة إلى تطور المبادلات التجارية، ونتج عنه تخلي الدولة عن مؤسساتها الاقتصادية العمومية لصالح الخواص، وأصبحت ترفع يدها عن الاستثمار العمومي والتدخل المباشر في الاقتصاد، واكتفت فقط بتوفير الأمن القانوني والأمن القضائي¹، والمجال الذي يسمح بالمنافسة الحرة² وحماية الاقتصاد الوطني.

ومن أجل تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة عمل المغرب على تشجيع واستقطاب الاستثمار الأجنبي وذلك عن طريق مجموعة من الإجراءات والضمانات الإدارية والقضائية والقانونية وإعادة هيكلتها وتحديث مؤسساته لمواجهة شبح العولمة الاقتصادية ويعتبر الاستثمار الدولي هو أحد ركائز التنمية المستدامة، وذلك في إطار الجهوية الموسعة والمتقدمة وعدم تشجيع تمركز الاستثمارات وتحديث البنيات الأساسية للمغرب من أجل خلق مناخ ملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية.

¹ الأمن القانوني: بمعنى أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على الاستقرار، وذلك بما يضمن تلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون وكذلك المحاكم العليا تلعب دورا كبيرا ومحوريا في ترسيخ استقلال القضاء أو تحقيق الأمن القضائي، وكذلك تشجيع الوسائل البديلة لحل المنازعات وذلك في استعمال المحاكم التكنولوجية الحديثة من أجل تطوير وتسريع إجراءات التقاضي.

أما الأمن القضائي: بحيث أن الغاية الأساسية من ترسيخ الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما يصدر عنها من الاجتهادات القضائية بخصوص بعض النوازل، وهذا بالإضافة إلى ضمان جودة أدائها وتسهيل الولوج إليها، وعلم العموم بمجريات عملها القضائي، والذي انطلق ورشها منذ عدة سنوات، وخاصة ما يهم استتباب الأمن القضائي، بحيث أنها تعتمد على مجموعة من المحاور، ومن أولوياتها تشجيع الآليات البديلة لتسوية المنازعات، والتي تعتبر الوساطة والتحكيم إحدى سبلها وما ينتج عنها من تشجيع للاستثمار، وترسيخ مبادئ العدالة والإنصاف في حل منازعاته عن طريق هذه الآلية، محمد الطيب الناصري (وزير الداخلية سابقا)، مداخلة خلال الجلسة الافتتاحية لأشغال المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم في الدار البيضاء، جريدة المساء، العدد المنشور بتاريخ 20/09/2011.

² أحمد جلوي، "دور المقاولات الصغرى والمتوسطة في الحد من معضلة التشغيل بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط-أكادال، السنة الجامعية، 2004-2005، ص 70

إذ أن الاستثمار الأجنبي¹ هو الذي يقوم به الأفراد أو الشركات أو الهيئات التي تتمتع بالجنسية الأجنبية، ويمكن اعتباره تحريك لرؤوس الأموال من بلد إلى آخر، سواء كانت أموالاً قصيرة أو طويلة الأجل، وتكون عادة مصحوبة بنية تحويل رأس المال وعائده إلى موطنه الأصلي²، وقد ارتكزت بعض تعريفات فقهاء القانون للاستثمار على أنه تحريك رؤوس الأموال من بلد إلى آخر والذي يتميز بتنظيم مباشر وعلى عنصر الربح الذي تحققه.

ولكن هناك بعض الفقه الاقتصادي³ الذي يرى بأن الاستثمارات الأجنبية قد لا تستهدف الربح مباشرة بذاته ولكن تساعد على إنشاء مشاريع وتشغيلها في البلد المستفيد من هذا الاستثمار أي المستثمر فيه وهذه المشاريع هي التي تحقق الربح.

المبحث الثاني: دور التشريع والقضاء في تشجيع الاستثمار

يعد المغرب من الدول التي تطمح إلى استقطاب الاستثمارات بمختلف أنواعها ومن أجل هذا الهدف المنشود عمل المغرب منذ الإستقلال على إصدار عدة تشريعات قانونية تهتم بتنمية المقاولات الصغرى والمتوسطة والكبرى وتشجيع جل الاستثمارات ولهذا بدل المغرب مجهودات جبارة بخصوص مراجعة وتحديث الترسانة القانونية منذ بداية التسعينات إلى يومنا هذا والتي عرفت تشريعا لا بأس به ويتجسد في مصادقة البرلمان المغربي على عدد مهم من النصوص القانونية ذات الصلة الوثيقة بالاقتصاد الوطني وذلك قصد بلوغ الهدف المنشود وهو تشجيع الاستثمار وتفعيله ورفع مستوى أدائه وتنشيطه قصد إتاحة ورفع مستوى أدائه وتنشيطه لإتاحة الفرصة للخواص سواء

¹ الاستثمار الأجنبي: المقصود به هو استغلال الموارد أو أصول مادية أو مالية تكون بمثابة مغامرة مدروسة من المستثمر في بلد أجنبي عنه بغية الحصول على أرباح مستقبلية تسودها المغامرة:

Omar tijani "La capacité d'absorption et le rôle de la gestion des ressources humaines dans l'appropriation des connaissances dans les alliances stratégiques au Maroc" Soutenue le 25-11-2011 à Pau, dans le cadre de l'École doctorale Sciences sociales et humanités (Pau) p:55

² محسن شفيق، "المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية"، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، عدد 1-2، القاهرة 1977، ص 238.

³ عبد المنعم أحمد إبراهيم، "الضمانات القانونية للاستثمار المغربي في جمهورية مصر"، الاجتهاد القضائي في المادة

التجارية والضمانات القانونية للاستثمار، ندوة علمية دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2-2002، ص 71.

كانوا وطنين أو أجانِب للمشاركة الفعالة في الحياة الاقتصادية وهذه الجهود أدت إلى صدور قوانين جديدة على سبيل المثال القانون التجاري والقانون المالي وقانون الشغل وتحديث القوانين الجبائية والجمركية لتشجيع الاستثمار في جميع القطاعات الاقتصادية

المطلب الأول : مجالات الاستثمار وأنوعه وطبيعته وتحفيزاته التشريعية

يعتبر الاستثمار الحافز الأكبر لتحقيق الازدهار والإقلاع الاقتصادي ونقل التكنولوجيا والخبرات الفنية والتقنية ويستفيد البلد المضيف من الاستثمارات الأجنبية المباشرة ويعمل المغرب على تشجيع الاستثمار المباشر عن طريق مجموعة من التحفيزات والضمانات في مختلف المجالات الاقتصادية وفي إطار الحكامة الترابية الجيدة .

الفقرة الأولى : الاستثمار المباشر وغير المباشر

أ_الاستثمار المباشر : هو تملك المستثمر الأجنبي لكامل المشروع الاستثماري أو جزء منه¹ أو قيام المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا وذلك باستثمار أمواله داخل الدولة المضيفة عبر إنشاء مشروع يحفظ فيه لنفسه حق السيطرة والإدارة واتخاذ القرار الاقتصادي.

وقد عرفت منظمة التجارة العالمية ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الاستثمار المباشر كونه عبارة عن نشاط استثماري مستقر في بلد معين وهو بلد المنشأ والذي يمتلك أصولا في بلد آخر أي البلد المضيف قصد تسير هذه الاستثمارات ذلك أن الاستثمار الذي يفضي إلى علاقة طويلة الأمد ويعكس منفعة وسيطرة دائمتين للمستثمر الأجنبي أو الشركة الأم في فرع أجنبي قائم في دولة مستقلة غير تلك التي ينتميان إلى جنسيتها كما يمثل هذا النوع من الاستثمارات في الواقع ملكية أسهم

¹ عبد الكافي المومني، "حول مناخ الاستثمار في الجمهورية التونسية"، مقال منشور بمجلة التنمية الصناعية العربية، العدد 31 يوليوز 1997 ص 55.

الرأسمال والأرباح المراد استثمارها والقروض من الشركة الأم للشركات التابعة في الدول المضيفة طالما أنها تفضي إلى السيطرة على الأصول المستخدمة للإنتاج في الخارج¹.

ب - الاستثمار غير المباشر : هو مجموعة من العمليات المالية قد تتخذ شكل قروض مقدمة من طرف الأفراد أو الهيئات أو الشركات الأجنبية² وقد يمكن ان تكون على شكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدولة المستقطبة لرأس المال أو هيئاتها العامة أو الشركات التي تنشأ فيها على أن يكون للمستثمر الأجنبي من الأسهم ما يخوله حق إدارة الشراكة والسيطرة عليها.

ويقتصر الاستثمار غير المباشر على انتقال الأموال النقدية فقط دون أن يكون المستثمر الأجنبي ملكية أو جزء من المشروع الاستثماري ولا يتمتع هذا المستثمر بالرقابة أو السيطرة على هذا المشروع أو سلطة اتخاذ أي قرار في شكل الاستثمار³ وله عدة صور على سبيل مثال شراء السندات الدولية وشهادات الإيداع المصرفية الدولية إضافة إلى شراء الذهب والمعادن النفسية وكذلك منح القروض للحكومات الأجنبية أو هيئاتها العامة أو الخاصة أو للأفراد سواء كانت قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل وهذا النوع من الاستثمارات يتجه نحو الأغراض الاستهلاكية ولا يعمل على نقل التكنولوجيا أو الخبرات الفنية أو التقنية كما أنه يحقق أرباحا على المدى القصير.

الفقرة الثانية : المعيار النوعي لمجالات الاستثمار

وتتعدد مجالات الاستثمار ونوع أو طبيعة النشاط الاقتصادي الذي يوظف فيه المستثمر أمواله بهدف الحصول على عائد وهو الربح وبهذا المعنى فإن مجال الاستثمار أكثر شمولاً من معنى أداة الاستثمار فالمستثمر عندما يوظف أمواله في الاستثمارات

¹ سهيلة أقليمي، "إشكالية تحفيز الاستثمارات في المغرب"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعقم، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 2.

² عبد الهادي النجار، "الشركات الدولية - النشاط من العلاقات الدولية"، مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة، عدد 1382، طبعة 1980.

³ عبد الله عبد الله الكريم، "ضمانات الاستثمار في الدول العربية - دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية ودور منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال"، مرجع سابق، ص 21.

المحلية فإن مستثمرا آخر قد يوظف أمواله في استثمارات دولية وقد يوظف المستثمر كذلك أمواله في سوق العقار بينما يوظف الثاني أمواله في سوق الأوراق المالية وقد تختلف مجالات الاستثمار وهذا ما يوفر للمستثمر إمكانيات استثمارات متعددة تتيح له الفرصة لاختيار ما يناسبه منها ويمكن تصنيف مجالات الاستثمار وفق معيارين وهو المعيار الجغرافي لمجالات الاستثمار وتنحصر مجالات الاستثمار من الوجهة الجغرافية إلى استثمارات محلية وأجنبية

استثمارات محلية : عن طريق توظيف الأموال في مختلف المجالات المتاحة للاستثمار في سوق محلي بصرف النظر عن أداة الاستثمار التي تم اختيارها للاستثمار مثل مشاريع وعمليات أجنبية وأوراق مالية¹ ..

واستثمارات أجنبية: هي كل الفرص المتاحة للاستثمارات في الأسواق الأجنبية من قبل الأفراد والمؤسسات المالية إما بشكل مباشر أو غير مباشر

وبالنسبة للاستثمار المباشر: يكون في كل شركات أو فروع أو مؤسسات المالية تنشأ في البلد المضيف للاستثمار أو قيام المستثمرين المحليين بشراء عقارات أو حصص في شركات أجنبية²

وبذلك فإن الأموال التي قامت المؤسسات بتوظيفها داخل الوطن تعتبر من قبيل استثمار مباشر أما بالنسبة للاستثمار الغير المباشر يكون عن طريق مؤسسات مالية ويتمثل في حيازة المستثمر لأصل مالي غير حقيقي يتخذ حصة في رأس المال الشركة أو السهم أو السند - ويتمثل في حيازة المستثمر لأصل مالي حقيقي ويكون لصاحبه حق في المطالبة بالأرباح أو الفوائد بشكل قانوني .

¹ ذ- عبد المعطي رضا أرضيد . ذ. حسن على حربوش - الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق - دار الزهران للنشر . الأردن 1999 ص 34 .

ذ. عبد العزيز النويضي وإدريس الكراوي الإقتصاد المغربي نموذج الفلاحة والإستثمار الأجنبي دار توبقال للنشر 1988 ص 11 .

² محمد مطر . الإدارة الإستثمارات . مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع 1999 ص 45 .

تصنف مجالات الاستثمار من زاوية محل الاستثمار إلى استثمارات حقيقية وأخرى مالية والاستثمار الحقيقي هو كل استثمار في الأصول الحقيقية أما الاستثمار الخدمات فهو الذي يتعلق بالاستثمار في الأوراق المالية كالأسهم والسندات وشهادة الإيداع ويترتب على استخدامه منفعة اقتصادية إضافية تظهر على شكل خدمة تزيد من ثروة المستثمر والمجتمع وذلك بما تخلفه من قيمة مضافة والاستثمارات الحقيقية تشمل جميع أنواع الاستثمارات ما عدا الاستثمارات في الأوراق المالية ومن أمثلة ذلك المشاريع الاقتصادية العقارات، الذهب، السلع والخدمات..... والاستثمار يؤدي إلى الزيادة في الدخل القومي مباشرة ويسهم في تكريس رأس المال في الدولة ويتم تصنيف الاستثمارات من قصيرة الأجل ومتوسطة الأجل إلى طويلة الأجل.

أ_ استثمارات قصيرة الأجل: وهي استثمارات التي يتم إنجازها وجني الأرباح في مدة تمتاز بالقصر نسبيا حيث تتراوح المدة بين سنة إلى سنتين وهي تتميز بتعدد أنواعها وهي أكثر انتشارا من الاستثمارات المالية مثل الودائع الزمنية والتسهيلات الائتمانية

ب_ استثمارات متوسطة الأجل: يتم إنجاز هذه الاستثمارات في فترة لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن سبع سنوات ولهذه الاستثمارات عدة أشكال حيث نجد أن هذا الصنف أكثر انتشارا مثل مؤسسات النقل الاستثمار في السلع والخدمات

ت- استثمارات طويلة الأجل: هي التي تأخذ شكل الأسهم والسندات ويطلق عليها الاستثمار الرأسمالي

وتصنف أنواع الاستثمارات حسب نوعية المجالات:

الاستثمار المستقل: وهو الأساس في زيادة الدخل والنتائج القومي من قبل قطاع الأعمال أو الحكومة أو من استثمار أجنبي أي انه مستقل بذاته في العملية الاستثمارية والسيولة التي حصلت عليها هذه المؤسسات إما من الإذخارات السابقة أو احتياطيها ومن تم قامت هذه المؤسسة في إنشاء مشاريع معينة تنموية وإما أن تكون هذه المشاريع خاصة أو من قبل القطاع الحكومي وهي أيضا تسمى بالاستثمار المستقل بذاته.¹

¹ عبد الله الفرحي، السياسة الجبائية وقرار الإستثمار في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام المعمق والمالية العامة، وحدة القانون الإداري والمالية - جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة السنة 2007_2008 ص 92.

أما الاستثمار المحفز: وهو الذي يأتي نتيجة لزيادة الدخل القومي.
 الاستثمار المادي والاستثمار البشري: وهو الذي يمثل الشكل التقليدي
 للاستثمار أي الاستثمار الحقيقي.
 أما الاستثمار البشري: فيتمثل بالاهتمام بالعنصر البشري من خلال التعليم و....
 الاستثمار في مجالات البحث والتطوير: يحتل كذلك هذا النوع من
 الاستثمارات أهمية خاصة في الدول المتقدمة حيث تخصص له هذه الدول مبالغ
 طائلة لأنه يساعد على زيادة القدرة التنافسية لمنتجاتها في السوق العالمية وإيجاد طرق
 جديدة في الإنتاج

المطلب الثاني: دور التشجيع والقضاء في تشجيع الإستثمار في أراضي الجموع
 يمثل إطار قانوني أهم العوامل الموجهة للقرار الإستثماري لتشجيع العملية
 الإستثمارية إلى جانب تحرير الدولة المضيفة للنظام السياسي والاقتصادي
 للاستثمارات الأجنبية وتعتمد معظم الدول النامية ومن ضمنها المغرب على رؤوس
 الأموال الخارجية لتطوير اقتصادها الداخلي ومن جهة أخرى تلعب تجارب العلاقات
 السابقة مع المستثمرين الأجانب دورا هاما بالنسبة للطريقة التي يتم بها إنتاج
 سياسات مستقبلية لدولة على مستوى القوانين الداخلية المؤطرة للعملية الإستثمارية¹.
 والمغرب كغيره من البلدان تبنى سياسة تشجيع الاستثمار كنتيجة للأوضاع
 الاقتصادية والاجتماعية التي أعقبت الاستقلال والتي يمكن تلخيصها في انخفاض
 مستوى الادخار وهروب رؤوس الأموال إلى الخارج ومن تم تبنى السياسة الحديثة في
 إطار منظومة قانونية قضائية حديثة تساعد على خلق مناخ ملائم للاستثمار الوطني
 والأجنبي.

الفقرة الأولى: الإستثمار والقوانين الداخلية

عمل المغرب على حماية الاستثمار وتحفيزه عن طريق مجموعة من التعديلات
 القانونية والضمانات الأساسية لكي يجد المستثمر المناخ الملائم لتوظيف رؤوس الأموال

¹ سهيلة أقلعي، "إشكالية تحفيز الاستثمارات في المغرب"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام
 المعمق مرجع سابق، ص 3.

ولحمايتها ولن يتأتى ذلك إلا مع قوانين تنسم بحدثة وتطورات التي يعرفها العالم وتحتمها العولمة الاقتصادية

لتشجيع الإستثمار مثل مدونة التجارة والشغل .

أ- مدونة التجارة¹

هي مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية وتطبق قواعده على الأعمال التجارية وتنظم حرفة التجارة ومعنى ذلك أن القانون التجاري ينظم علاقات معينة فقط، وينظم نشاط طائفة معينة هي طائفة التجار ويساهم القانون التجاري بشكل كبير في تنمية المقاول والمبادرة الخاصة ويشجع الاستثمارات في مختلف المجالات الاقتصادية حيث قام المشرع المغربي بإصدار عدة نصوص قانونية تهتم بالنشاط التجاري لمواكبة التطورات التي عرفها المجتمع الدولي.

ويعد المغرب من الدول الرائدة في المجال التشريعي بحيث استهدفت جميع المجالات الاقتصادية الحيوية والتجارية ويتجلى ذلك في أن المشرع المغربي تدخل بهدف تعديل مدونة التجارة القديمة وإصدار مدونة جديدة قادرة على مواكبة التطور الذي يعرفه العالم في إطار العولمة الاقتصادية

وهذا ما دفع المشرع المغربي إلى إصدار مدونة التجارة الجديدة بتاريخ فاتح غشت لسنة 1996 جاءت بمستجدات جديدة أهمها القوانين التي تتعلق بصعوبة المقاول التي حلت محل نظام الإفلاس والتصفية القضائية التي كان معمولاً بها في ظل المدونة القديمة للتجارة لسنة 1913 عكس ما جاءت به المقتضيات القانونية الحالية بحيث يرتكز القانون الحالي على مساطر وقائية وعلاجية تهدف إلى الحفاظ على استمرارية الاستثمار والمقاول وحماية الطبقة الشغلية² من فقدان عملها وحماية مناصب الشغل القائمة بالمقاول الاستثمارية سواء أكان ذلك في القطاع الفلاحي أو الصناعي مع احترام مهلة الإخطار حتى في حالة الإعفاء الأجير من العمل.

¹ وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذه القوانين بدأت على مستوى التشريع المغربي منذ مطلع سنة 1996، حيث تم المصادقة على تعديل القانون التجاري لسنة 1913، وتعويضه بمدونة التجارة.

² أحمد شكري السباعي، "الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2003، ص 13.

ب - قانون الشغل

مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى تنظيم علاقة الشغلية وذلك بهدف تأمين الحماية القانونية المشتركة للأطراف الاجتماعية _العامل والمقولة الاقتصادية _ إذ يكتسي القانون الاجتماعي أهمية خاصة لأن العمل الإنساني يمكن من خلق ما هو نافع لعملية الإنتاج والاستثمار ويتمحور القانون الاجتماعي (قانون الشغل) حول أهم ظاهرة اقتصادية واجتماعية والتي تسمى فئة اجتماعية كبيرة تعرف بطبقة العمال وذلك بهدف ضمان أهم الحقوق المهنية والاقتصادية والاجتماعية في نطاق التوافق بين العمال والمقولة والاستثمار.

وقد عرف المغرب تطورا اقتصاديا واجتماعيا هاما الشيء الذي أدى بالمشروع إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات القانونية المتعلقة بتنمية المقولة وتشجيع الاستثمار¹ بحيث أصبح قانون الشغل يتجه نحو إحلال التوازن في علاقة الشغلية وأصبحت تكتسي طابعا اتفاقيات أكثر مرونة وتعتبر مدونة الشغل إنجازا تشريعا يستجيب لتطلعات الفاعلين الاقتصاديين والفرقاء الاجتماعيين وصدور هذه المدونة بمقتضى القانون رقم 65-99 بتاريخ 11 شتنبر 2003² حدثا تشريعا.

الفقرة الثانية: تشجيع الاستثمار في إطار القوانين الجبائية والضريبية

يعمل المغرب على تشجيع الاستثمار في مختلف المجالات الاقتصادية وتنتمثل أهم هذه الحوافز بالأساس في الجانب الجبائي المالي المتمثل في الإعفاءات والحوافز الجبائية والجمركية والنظام المالي الحر الذي يسمح بتحويل رؤوس الأموال والحوافز الناجمة عنها.

أ- المحفزات الضريبية -مدونة الضرائب-

تعتبر الضريبة عنصرا معرقلا للاستثمار الأجنبي وهذا ما دفع بالمغرب إلى العمل على تحويل هذا العامل من عنصر سلبي إلى عنصر محفز للاستثمار وذلك عن طريق التخفيف من حدتها أو الإعفاء منها لمدة معينة أو بشكل مطلق.

¹ أمباركة ندير، "خصوصيات القواعد المسطرية لنزاعات الشغل الفردية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني- عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2007-2008، ص 1.

² الجريدة الرسمية عدد 5167 الصادرة بتاريخ 8 دجنبر 2003.

وتتمثل الإعفاءات الضريبية المطلقة في أن المستثمر الأجنبي يمكن أن يتمتع مشروع الاستثماري بإعفاء مدى الحياة وكذلك لا يقوم بدفع أي ضريبة على الأرباح أو أداء الرسوم الجمركية إذا كان يعود بالنفع العام ويحقق المصلحة العامة للمجتمع.

وأما بالنسبة للإعفاءات الضريبية المؤقتة فتتمثل في تحديد فترة زمنية معينة فقط يتمتع فيها المشروع الاستثماري بالإعفاء المؤقت وتختلف فترة الإعفاء الضريبي من نشاط استثماري إلى آخر ومن منطقة استثمارية إلى أخرى ويرجع ذلك إلى درجة أهمية المشروع ومتطلبات أهداف التنمية. من السياسة الضريبية والتي تمنح تشجيعات جبائية تهدف إلى تشجيع قيام المقابلة وتنميتها واستمراريتها والإعفاء يعتبر في حد ذاته إعانة للمستثمر على اعتبار أن هذه المحفزات الضريبية تؤثر بشكل إيجابي في استقطاب الاستثمارات الأجنبية تأثيرا مباشرا¹ وفعالا في معدل العائد الاستثماري وفي اقتصادية المشروع الأجنبي الأمر الذي يجعلها من العوامل الهامة والمؤثرة في المناخ الاستثماري للدول المستوردة للرأسمال الخارجي.

الخاتمة :

إن المغرب عمل على ترسيخ آليات اقتصاد السوق، وخلق مناخ ملائم للاستثمارات الوطنية والأجنبية من خلال تحديث القوانين الداخلية وجهاز القضائي الذي يعمل على تنفيذ هذه النصوص بشكل إجرائي²، إذ يعتبر الإعفاء الضريبي أحد أهم الآليات المهمة لتشجيع المستثمرين وتحفيزهم على استثمار رؤوس أموالهم مع عدم التفرقة بين الرأس المال الوطني والأجنبي من حيث التحفيزات وذلك من أجل تحقيق

¹ أحمد الحضراتي، "النظام الجبائي المحلي على ضوء التشريع المغربي والمقارن"، مطبعة دار النشر المغربية- الدار البيضاء، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 22، الطبعة الأولى 2001، ص 422.

² خليل الضاهي، "الضريبة والاستثمار نحو صياغة علاقة جديدة للمستثمرين"، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 60 يناير 2005، ص 67.

الإقلاع الاقتصادي والتنمية المستدامة في إطار الجهوية المتقدمة الموسعة والتدبير
اللامركزى للاستثمار والحكامة الترابية .

محور القانون العام

أزمة الإصلاح الإداري بالمغرب بين مفارقات الإصلاح ورهان التحديث

ذ. نجيب جيوي

أستاذ باحث في القانون العام

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة شعيب الدكالي- الجديدة

مقدمة :

تطرح مسألة الإصلاح الإداري بالمغرب العديد من الإشكالات ذات الارتباط العميق بمجمل التحولات السياسية والسوسيو اقتصادية وثقافية التي تعرفها بنية المجتمع، وتتجلى درجة الصعوبة خصوصا على المستوى المنهجي، فبالنظر لتشعب العلاقات الذي نسجتها الإدارة العمومية مع كل فعاليات المجتمع، أصبح من المستعصي التمييز واستيضاح مظاهر المشكل من مسبباته.

واعتبارا لكونها ظاهرة ومنتوج اجتماعي ناتج عن تعاقد بين مكوناته لوضع إطار وأداة للضبط والتقنين وتوزيع الثروات ولما لا الإكراه بشتى أشكاله، فإن الإدارة تدخل في علاقة جدلية مع كافة مكوناته وبطبيعة الحال فهي تتلقى ثقل الأزمات الاجتماعية وتتفاعل معها وفي نفس الوقت هناك ترقب مستمر لردود فعلها.

ومن أجل تجلية بعض اللبس الذي يلف أزمة الإصلاح الإداري بالمغرب، نرى لزاما طرح جملة من المفارقات التي تسترعي الاهتمام، بغية إثارة النقاش وإغنائه خصوصا بالنسبة لمجال نعتقد بحيويته في خضم جملة التحديات التي يعرفها المجتمع المغربي حاليا، علما أنه من دون إدارة قوية فعالة يستعصي رفع هذه التحديات والإكراهات لتحقيق تنمية بشرية مستدامة.

إن محاولة تفتيت مفهوم الإصلاح يحيلنا مباشرة على العديد من الدلالات والمعاني، الفضفاضة تارة والغامضة تارة أخرى، فهي عادة تقدم ككلمة مضادة للفساد أو كترميم ما عوج. وللكلمة بعد سياسي إذ ترى أن لا ضرورة في حالة وقوع أزمة إلى حلول حازمة تؤدي إلى التغيير الجذري في المؤسسات أو الأشخاص، ولكن ترى أن الخطأ كامن فقط في السياسات المتبعة والأهداف المراد تحقيقها، وبالتالي فلا داعي لتغيير الوضع

القائم، فالأساسي هو التنبيه والتحذير بضرورة إدخال إصلاحات من خلال تحسين تقنيات التسيير الداخلي أو تحسين طرق وأساليب العمل.

وبصفة عامة نقصد بالإصلاح الإداري على أنه "مجموع الإجراءات التي تتوخى إدخال تغيير نوعي على دور الدولة أو على هياكل وطريقة عمل جهازها الإداري"¹. وعليه، وعلى المستوى المنهجي سيتم التركيز في هذه المداخلة على خمس مفارقات تسترعي الانتباه، إذ سيتم في مرحلة أولى شرح خلفيات النظرة السلبية المتشكلة لدى المواطن اتجاه إدارته.

وفي مرحلة ثانية، سيتم إبراز أن مسألة الإصلاح الإداري ليست وليدة اليوم، بقدر ما أن هاجس التغيير كان حاضرا منذ الاستقلال. في حين سيتم تحليل، في مرحلة الثالثة، مسألة حياد الإدارة في صنع واقتحام المجال السياسي.

وفي مرحلة رابعة سيتم اعتماد منظور تاريخي في فهم مسار الإصلاح الإداري والسبل الناجعة التي تبناها المسؤولون في معالجة الاختلالات الإدارية. أما في المرحلة الأخيرة، فسيتم إبراز أهمية عنصر الزمن المغيب في العمليات الإصلاحية.

المبحث الأول : نظرة سلبية حيال الإدارة ولا أحد راض على إدارته

أولى المفارقات التي تسترعي الاهتمام خلال عملية السعي الحثيث لفهم تجليات الإصلاح الإداري بالمغرب، هي تلك النظرة السلبية المتشكلة حتى لا نقول المترسخة في ذهنية المواطن حيال الإدارة العمومية، فالأدبيات التي تتطرق لمسألة الإصلاح الإداري وهي بصدد توظيف تقنيات استقصاءات الرأي أو تحليل مضامين الصحف الوطنية، تنبعث منها رائحة ذلك الكم الهائل من الانتقادات الموجهة صوب الإدارة المغربية، فهناك قناعة بأنها:

- مرتع للفساد والعبث بالمال العام؛
- تبذير المال العام لمسائل شخصية؛
- غياب تام للمحاسبة والمعاقبة؛

¹ BORGEAT(L), DERUISSEAU(A): « Profil des réformes administratives à travers le monde », Québec, observatoire de l'administration publique, ENAP, 1998, P.2.

- تفشي البيروقراطية في أفضع أشكالها؛
- عدم الإكتراث بحاجيات واحتجاجات المواطن؛
- المركزية المفرطة وضعف اللامركزية¹؛
- إدارة صماء بعيدة عن هموم ومشاكل المواطن؛
- إدارة بكماء تجبذ لغة الصمت الرهيب ولا ترد على الانتقادات في ظل غياب لاسراتيحية تواصلية.

هذا دون التوغل في بعض الكتابات التي ترى في الإدارة أحد آليات القهر والإكراه والتفضيل غير المباشر لنخبة معينة، بل هناك من يرى بأن للإدارة صورة سيئة عن نفسها².

والغريب في الأمر، أن هذه النظرة السلبية ليست استثناء مغربيا فالأدبيات ذات الصلة بالإدارة العمومية سواء في الدول الفرانكفونية أو الأنكلوسكسونية تجمع على عدم رضا المواطن بإدارته "إن صورة الإدارة العمومية والعاملين بها تميل دائما إلى السلبية، حتى في الدول المتقدمة التي عرفت مؤسساتها طفرة نوعية في تسييرها وفعاليتها وطرق تعاملها مع المستفيدين من خدماتها، ففي هذه البلدان أيضا نجد الموظف العمومي معرض للتندر به، والسخرية منه وصياغة صورة كاريكاتورية عنه"³. كما أن نفس الانتقادات السالفة الذكر نجدها منشورة في صحفهم، إلا إنه عند هذا الحد تقتف المقارنة، ولا يمكن أن تمتد إلى مناحي أخرى كالمراقبة والمحاسبة ودور المجتمع المدني والوسيط وحق المواطن في الوصول إلى المعلومة.

ومن المحتمل أن السبب الرئيسي لهذا السيل العارم من الانتقادات الموجهة للإدارة هو تنامي الوعي لدى المواطن، والتحول النوعي في النظرة المتشكلة عن دوره في بنية المجتمع. وسنلاحظ رغبة في الدفع بالانتقاد إلى أقصى حدوده من خلال الإقدام على المقارنة بين الخدمات المقدمة من قبل الإدارة العمومية وخدمات الخواص المؤدى عنها،

¹ - بنيحي محمد: "المفهوم الجديد للسلطة للدلالات والأبعاد"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، 2001، ص: 16.

² - السدجاري علي: "الدولة والإدارة بين التقليد والتحديث"، دار المناهل 1994، ص: 23.

³ - Beauchaux (Michel) et autres: « Communication publique et société ». Québec, Gaeten Morin. 1991, p : 304.

إذ يتضح أنه في الوقت الذي تتنافس فيه الشركات لتبتدع شتى الحيل والمغريات من أجل جلب اهتمام المواطن (شيوع مقولة الزبون هو الملك) مازالت الإدارة العمومية تتميز بخصائص التأخر والأخطاء وثقل الإجراءات التي تمارسها. بل منهم من دفع بجرأة التساؤل لمعرفة هل نحن فعلا في حاجة إلى إدارة بمثل هذا الثقل الإنساني والمادي الرهيب الذي يستنزف بشكل مريع ميزانية الدولة؟ أليس من المستحب، مادام الخواص يعملون بكفاءة، خصوصة القطاعات الحكومية كلها؟ وهذا موضوع آخر.

وتتزامن هذه الانتقادات العارمة مع المد الجارف للعولمة، إذ أن الدولة لم تعد الفاعل الوحيد سواء على الساحة الدولية أو الوطنية بقدر ما انتفضت العديد من الجهات داعية لتبوأها المكانة التي تستحقها بفعل ما تمارسه من تأثير حقيقي على أرض الواقع ونخص بالذكر المنظمات غير الحكومية والشركات عبر الوطنية. كما أن العولمة بدأت تمنع كليا على الدولة التحكم في الضوابط الأساسية لتوجيه الاقتصاد، كما أن آليات إعادة توزيع الثروات، التي كانت تتحكم فيها الدولة من ذي قبل، أضحت متجاوزة.

لكن قبل الانسياق وراء جملة الأفكار التبسيطية وما أكثرها، والتي هي في غالب الأمر غير بريئة وتسعى للقيام بتغليف جميل وتهيئ متدرج لانبثاق نموذج آخر في تدبير الشأن العام، نرى لزاما التسلح بالنظرة التاريخية بغية فهم المسار التاريخي للإدارة العمومية، ذات الارتباط الوثيق بمفهوم الدولة¹ وتفكيك مجمل التغيرات التي طرأت عليها، مادامت الإدارة أحد آليات تنفيذ وتطبيق سياستها.

المبحث الثاني : إصلاح الإدارة المغربية ليس وليد اليوم

المفارقة الثانية التي تثير الفضول هي أن المرء قد يعتقد عن صدق نية أن مسألة الإصلاح الإداري حديثة العهد وأنها نتيجة لحظتين هامتين في المسار التاريخي للإدارة العمومية، الأولى مباشرة بعد الخطاب الملكي أمام البرلمان في أبريل 1988 بالإعلان عن انطلاق مسلسل خصوصة مجموعة من المؤسسات العمومية، والثانية بعد الضجة

¹ - Ben Osmane Khalid : « La réforme administrative est otage de la réforme de l'Etat ». Revue L'administration Marocaine, l'observation marocain de l'administration publique, N°4, 2003, p : 13.

الإعلامية التي صاحبت تقرير البنك الدولي لسنة 1995 والذي مس ثلاثة قطاعات حيوية في مسار التنمية المنشودة وأقصد التعليم، القضاء والإدارة العمومية. إلا أن العودة شيئاً ما إلى الوراء يبرز لنا بأن موضوع الإصلاح الإداري كان حاضراً في ذهنية المسؤولين عن تدبير هذا الملف كما أنه انتقل مراراً من مرحلة التفكير إلى التطبيق على أرض الواقع عبر تفعيل العديد من الإجراءات التي مست سواء:

- إصلاح الهياكل؛

- إصلاح الموارد البشرية التي تتوفر عليها الإدارة؛

- إصلاح سبل التدبير.

فمباشرة بعد الاستقلال طرحت مسألة الإصلاح الإداري الموروثة عن عهد الحماية بغية إحداث قطاعية مع أنظمة تسيير وتدبير تقليدية ومن ثمة انطلق ورش مغربة الإدارة العمومية، علماً أنه في تلك الفترة لم يكن يتعدى عدد موظفي الدولة ثلاثون ألفاً 60% منهم أجانب. لقد كان المغرب في تلك الفترة في أمس الحاجة لإدارة وطنية تمكن من قيادة المسار التنموي لتحقيق الاستقلالية الاقتصادية¹.

وفي عقد السبعينات نعثر في المخططات التنموية على إشارات قوية تهم مسألة الإصلاح الإداري فمخطط 1973-1977 ركز مثلاً على مسألة إصلاح الهياكل الإدارية، أما مخطط 1978-1980 فقد ألح على ضرورة وأهمية ضبط عدد الوحدات الإدارية وتحديد اختصاصات المصالح الخارجية للإدارات العمومية، في حين أعطى مخطط 1981-1985 أهمية قصوى لمسألة تحسين صورة الإدارة لدى المواطنين، بالعودة إلى إحداث مصالح الإعلام والاستقبال وإحداث مؤسسة الوسيط لتلقي وتتبع شكايات المواطنين².

هذا بالإضافة إلى الدوريات الصادرة عن الوزير الأول التي تحت بين الفينة والأخرى على ضرورة تطبيق إصلاحات جديدة. وفي هذا الصدد نشير إلى تصريح الوزير الأول (المعطي بوعبيد) سنة 1982 باعترافه بوجود أزمة حقيقية داخل الجهاز الإداري

¹ - السدجاري علي: "الدولة والإدارة ..."، مرجع سابق، ص: 21.

² - الزباني إبراهيم: "معاور الإصلاح الإداري نحو معالجة جديدة لقضايا الإدارة العامة"، مجلة الشؤون الإدارية، السنة 11، العدد 4، 1985، ص: 16.

ودعوته بضرورة تحسين العلاقة القائمة بين الإدارة والمواطنين. إذ مباشرة ستنبثق اللجنة الوطنية المكلفة بالإصلاح الإداري في يناير 1982، وركزت في توصياتها على نقطتين:

- تبسيط المساطر الإدارية؛

- تحسين شروط ووسائل الاستقبال.

كما أنه في سنة 1978 سيتم تغيير اسم الوزارة المكلفة بالشؤون الإدارية لتحمل تسمية جديدة وهي الإصلاح الإداري وتم إحداث مديريةية تحمل هذا اللقب، علما أن الوزارة ستبقى حاملة لنفس التسمية إلى حدود 2002 مع وصول حكومة التناوب في صيغتها الثانية. وبما أن السبب في تغيير تسمية الوزارة راجع لكون الفترة الممتدة ما بين 1996-1999 تميزت باطلاق العديد من الدراسات والخبرات المدرجة في إطار ما كان يعرف ببرنامج تحديث الإدارة الممول من قبل برنامج الأمم المتحدة للتنمية.

وبين تقرير البنك الدولي والإجراءات السابقة يتضح ويتسع البون، ففي الوقت الذي كان فيه الشعور بأزمة حقيقية داخل الإدارة العمومية مقتصرًا على حفنة قليلة من المسؤولين وخصوصًا على مستوى الوزارة الأولى والمالية بالنظر للكلفة المرتفعة للخدمات التي تقدمها الإدارة، فإن القرار الجريء للملك الحسن الثاني بنشر، عبر وسائل الإعلام المكتوبة والمرئية، فحوى تقرير البنك الدولي، يبرز أن هناك إرادة قوية في طرح على ساحة النقاش العمومي مسألة إصلاح الإدارة العمومية من خلال تكسير المسلمة التي انبنت عليها فلسفة إحداثها وهي أنها الأداة الرئيسية في تحقيق التنمية وإطلاق أورش العمل، حيث سيتضح من بعد أنها بطريقة عملها ونمط تعاملها تعتبر أحد الأسباب الرئيسية في هروب الاستثمارات الأجنبية وأنها عقبة حقيقية في سبيل تحقيق تنمية بشرية مستدامة.

وهذا الوعي المتنامي لم يبق حبيس الرفوف بقدر ما سلاحظ صدور العديد من الإجراءات العملية التي تتراوح بين المهادنة عبر إجراءات تقنية بوثيرة متدرجة، (ميثاق حسن التدبير، الكتاب الأبيض، تعليل القرارات الإدارية السلبية الفردية، إحداث ديوان المظالم...) وصولًا إلى قرارات جريئة (حذف التوظيف، خصوصية قطاعات عمومية، المفهوم الجديد للسلطة، المغادرة الطوعية...).

المبحث الثالث : الحدود الفاصلة بين السياسي والإداري

المفارقة الثالثة التي تنتفض في مسار الإصلاح الإداري هي تلك الصعوبة التي تعترض الباحث وهو بصدد تحديد دقيق لمناحي تدخل الإدارة العمومية وبصيغة أخرى ما هي الحدود الطبيعية لنطاق عمل الإدارة العمومية؟ ذلك أن الرصيد التاريخي وتراكم التجارب يفرز اختلاطا ليس فقط في المفاهيم بل حتى في تلاقبي وتلاقح ما هو سياسي وسوسبيولوجي ولما لا حتى عشائري في إفراز معطى الإدارة. ليجد الباحث نفسه أمام متاهة حقيقية فهل نحن بصدد إصلاحات تقنية بسيطة تدخل في نطاق الفهم الضيق والحرفي لمفهوم الإدارة أم أن المصطلح يتسع ليشمل إصلاح الدولة والمجتمع نفسهما¹. وبداية المشكل تنبعث من التعريف المقدم حول الإدارة في الدستور المغربي (المادة 89 من دستور 2011) الذي يعتبر الإدارة الأداة التنفيذية لبرنامج الحكومة، مما يعني أن كل مكونات الإدارة توضع تحت تصرفها ورهن إشارة الحكومات المتعاقبة قصد تطبيق البرامج السياسية التي تستقدمها.

من هنا ينبعث مصدر الغموض واللبس أي فهم العلاقة بين السياسي والإداري، إذ يتم في الغالب خلق تصور في المخيلة الجماعية بأن هناك حدودا فاصلة في التخصصات والمهام الموكلة لكل طرف وأن هناك حياد تام للإدارة عما يعتمل في الحقل السياسي. إلا أن الممارسة الحقيقية على أرض الواقع، تبرز أن الإدارة كانت في غالب الأحيان حاضرة في صنع القرار السياسي الذي يهيم مصير المجتمع برمته، وهذه الحقيقة ليست كذلك استثناء مغربيا بل قاعدة تشهد بها جل الدول على اختلاف اإيديولوجياتها، كذلك أن الإدارة في نطاق دولة العناية تتدخل في السراء والضراء سرا وعلانية في صنع المسار السياسي الذي ترتضيه. وعلى سبيل الذكر ففي سنة 1999 عند مناقشة مشروع إصلاح قانون المالية الفرنسي صرح وزير المالية السابق نيكولا ساركوزي بأن من يحدد فعلا سياسة المالية للبلاد ليس التوجه الحزبي أو الوزير الميسس بل المدراء التقنوقراطيون، وقد جاء هذا التصريح في خضم التحول الجدري الذي عرفته فرنسا بتعديل جدري للقانون التنظيمي للمالية العامة، علما أن هذا القانون الذي صدر منذ 1958 عرف ما يقارب الخمسين محاولة للتغيير دون أن يكمل بالنجاح.

¹ - Ben Osmane Khalid. La réforme. Op. cit, p : 14.

لقد استطاعت الإدارة العمومية بفضل الإمكانيات المالية والبشرية وتراكم التجارب من فهم دقيق لخبايا تدبير الشأن العام، في حين أن الخطط والمتغيرات التي تحملها بعض التوجهات الحزبية تصطدم مع معطى صعوبة التطبيق فيتتم التخلي عنها تدريجيا ليتم تبني المسار الذي يرتضيه الموظفون السامون.

إن طرح مسألة العلاقة بين السياسي والإداري تكتسب أهميتها القصوى عند معاينة موازين القوى خلال مناقشة ميزانية السنة المالية، والتي تحمل أكثر من دلالة لأنها تعكس وضع الإمكانيات وترجمة التوجهات الحكومية أي البرنامج السياسي الذي على أساسه تم منح الثقة للأحزاب المشكلة للحكومة. لكن ما يقع هو أن جل مقترحات تعديل القوانين تجهض في المهد مادامت آليات الإدارة أكثر تقنية وضبطا في فهم حيثيات الميزانية، الأمر الذي يغيب كثيرا عن السياسي.

لقد جرت العادة خلال مناقشة مشروع قانون المالية السنوي سواء داخل اللجان القطاعية المختصة أو في الجلسات العمومية، أنه من النادر قبول مقترحات التعديلات الواردة من قبل الفرق البرلمانية إما بسبب جملة الإجراءات الاحترازية المقننة المتواجدة سواء في دستور المملكة (الفصول 70، 75، 77، 81، 82، 83)، أو في القانون التنظيمي للمالية. كما أن هناك الطابع التقني الجد معقد الذي يميز هذا القانون مما يستعصي على العديد من النواب فك ألغازه وفهم خلفياته، والغريب أن حتى قانون التصفية، الذي نظريا يشكل الأداة التنويرية للنواب لمعرفة كيفية صرف المال العام، كان يأتي في الغالب متأخرا ليفقد بالمرّة جدواه¹. (هذا التأخير تم تجاوزه اليوم بمقتضى الفصل 76 من الدستور والمادة 65 من القانون التنظيمي للمالية الجديد)².

¹ - Zemrani Anas Bensallah : « Les finances de l'Etat au Maroc », Ed l'Harmattan, Paris, 2001, p : 105.

² ينص الفصل 76 من الدستور على ما يلي : "تعرض الحكومة سنويا على البرلمان، قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية، خلال السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ هذا القانون. ويتضمن قانون التصفية حصيلة ميزانيات التجهيز التي انتهت مدة نفاذها".

كما تنص المادة 65 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13 على ما يلي : "طبقا للفصل 76 من الدستور، يودع مشروع قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية سنويا، بالأسبقية بمكتب مجلس النواب في أجل أقصاه نهاية الربع الأول من السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية".

إن الإدارة بالنظر لما تتوفر عليه من معلومات وخبرات، وبإل وتدخالها المستمر في مراحل إعداد وتهيئ القرار يسمح لها بتوجيهه وبرسم السياسة العامة للدولة.

هنا نصل إلى مصدر المفارقة الغربية، ذلك أن الغاية في الأنظمة الديمقراطية من تعاقب الأحزاب هو اختيار وتجريب البرامج الطموحة التي صاغتها أيام الحملة الانتخابية وعلى أساسها نالت ثقة الناخبين، مما يعني أن التكتل الحزبي الحاكم يتوقع منه أن يؤثر في تغيير أسلوب عمل الإدارة وتحسينه عبر انتقاداته البناءة، لكن ما يقع هو العكس، ذلك أن العديد من الدراسات المهمة بهذا الحقل تصل إلى قناعة مفادها أن منطق التناوب على الحكم كان بإمكانه أن يعمل على إثراء منظومة الوظيفة العمومية من خلال إقحام توجهات جديدة، لكن ما يقع، وهذه كذلك ليست استثناء مغربيا، هو أن الأحزاب هي التي استنزفت مرارا الإدارة العمومية وخصوصا الإمكانيات المادية وحتى البشرية التي تتوفر عليها في رسم وتنفيذ برامجها السياسية¹.

إن النيش في طبيعة العلاقة بين الحقل السياسي والإداري يكمن في أن كل رهانات التحديث والعصرنة والتغيير التي ترنو في نهاية المطاف إصلاح الإدارة العمومية، تصطدم دوما بثقل وبمعوقات الحقل السياسي. فالإدارة في نهاية المطاف لا يجب النظر إليها فقط كأداة لتنفيذ السياسة الحكومية ولكن بصماتها واضحة وجليّة في:

- رسم الملامح الأساسية لما يجب أن تكون عليه الخريطة السياسية؛
 - التحول إلى كعكة تسييل لها لعاب وتوظف لإرضاء/ لإسكات وضبط خريطة ومشهد سياسي جد متشعب.

ألم تكن الإدارة إلى وقت غير بعيد محط انتقاد الأحزاب وتنادي في مذكراتها المطالبة بحياد الإدارة عن الانتخابات؟ ألم يتم نعت بعض التشكيلات السياسية بالأحزاب الإدارية مادامت قد ولدت في رحم الإدارة بهدف خدمة أهداف الإدارة؟

¹ - إيدوز علي: "الإدارة العمومية المركزية والصحافة الحزبية بالمغرب، طبيعة العلاقة ومحددات الصورة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الإعلام والاتصال، المعهد العالي للإعلام والاتصال، 1997.

وفي هذا الصدد يجب إثارة الانتباه إلى أن أهم نقطة أهدت عليها التقارير والدراسات العلمية المنجزة¹ ومن ضمنها تقرير البنك الدولي ضرورة تقليص عدد الحقائق الوزارية، إلا أن تشتت المشهد السياسي ببلادنا أفرز معطى صعوبة خلق تكتلات حزبية منسجمة، ومن هنا تنبثق مشروعية التساؤل التالي ألا يمكن اعتبار توفر المغرب على 39 وزارة انعكاس حقيقي لمشهد سياسي يتميز بالتوالد المستمر للهيئات الحزبية كل واحدة تطالب بنصيب وافر من الكعكة؟

لنخلص بأن الحدود الفاصلة بين السياسي والإداري تبقى رهينة بطبيعة الظرفية، تتقلص في فترات لدرجة الانمحاء الظاهري في ظل تقوي الأحزاب وتوفرها على حكومات ظل وبرامج إصلاحية واضحة الملامح وقابلة للتنفيذ، وفي لحظات أخرى تميل الكفة للإدارة لتتعدد وتتقوى سيطرتها لتصبح حاضرة بقوة في رسم المشهد السياسي للبلاد.

إن طرح المنظمات الدولية خصوصا تلك الممولة لبرامج تنموية بالمغرب، وبصفة ملحة لمسألة الإصلاح الإداري، لم يكن في أي لحظة ترفا فكريا أو رغبة في الانسياق وراء موجة العصر، بقدر ما كان ذي علاقة وطيدة بانثاق وشيوع مصطلح الحكامة باعتباره "المسار التنسيقي بين الفاعلين والمنظمات المجتمعية والمؤسسات بغية تحقيق أهداف مدروسة ومتفاهم حولها ومحددة بصفة جماعية في ظل محيط منقسم"²، فالحكامة تقترح إعادة النظر في تقسيم المسؤوليات بين الدولة والمجتمع المدني ووضع آليات إدارية وسياسية للتنسيق مع إشراك مكونات المجتمع المدني والخواص. لهذا سيصبح من العبث التطبيق الفعلي لمبدأ الحكامة دون أن تشمل موجة الإصلاحات الإدارة العمومية، بما أن المحددات الأساسية للحكامة من إخبار، ومشاركة ومساءلة ومحاسبة تبقى من العناصر المغيبة أو غير المفعلة داخل المؤسسات العمومية. إن انبثاق مفهوم الحكامة يشكل نقطة تحول نوعية في مسار المهام المنوطة بمؤسسة الدولة التي لن تصبح

¹ - Sedjari Ali, « La réforme de l'administration au Maroc entre le conservatisme d'hier et le changement d'aujourd'hui », in la mise à niveau de l'administration face à la mondialisation, éd. L'Harmattan, 1999, p : 143.

² - Caroline andrew-Christian Poirier: « Décision et consultation au niveau local », Rencontres Internationales : Démocratie et Management, Québec, 20-23 mai 2003, p : 11.

سوى طرفا واحدا ضمن أطراف أخرى لها وزنها وكلمتها في صياغة القرارات التي تهم المجتمع.

المبحث الرابع : إصلاحات متعددة لإدارات غير متجانسة

نصل الآن إلى مربط الفرس في مسألة الإصلاح الإداري ونقصد السبيل الأنجع الذي انتهجه المسؤولون، على اختلاف توجهاتهم المذهبية والفكرية، بإدخال إصلاحات تتوخى الحد من الانتقادات المتعالية ضد أداة الإدارة وتحسين صورتها إن داخلها أو خارجيا.

علما أن الإدارة العمومية كمصطلح يجمع في جعبته العديد من الإدارات المختلفة المهام والتخصصات منها التقني والاقتصادي والاجتماعي ومنها الذي يعمل أفقيا كدعامة للقطاعات التي تكون في مواجهة مباشرة مع المرتفقين. وبالتالي فالسؤال الذي يطرح نفسه بحدّة هل يجب الإقدام على إصلاحات قطاعية، كل إدارة على حدة ما دامت كل وحدة إدارية تتميز بخصوصياتها الأمر الذي يستدعي حلولا مناسبة؟ أم على العكس فرض نفس الوصفات وتعميمها على جميع الإدارات العمومية بغية التوفر على نظرة شمولية مادامت هناك قواسم مشتركة تجمع بينها، وبالتالي الاقتصاد في كلفة هذه المشاريع الإصلاحية؟.

ويجب إثارة الانتباه في هذا الصدد إلى أنه يتم في الغالب تغاضي الطرف عن كلفة الإصلاح، وخصوصا في الظرفية الراهنة التي تستدعي اللجوء إلى تقنيات وأدوات تحليل أكثر دقة، الأمر الذي يفسر كيف أن العديد من الإدارات العمومية استطاعت أن تقطع أشواطاً هامة في إصلاح منظومتها التسييرية بفضل الموارد المالية التي تتوفر عليها (إدارة الجمارك مثلاً)، وأخرى يستعصي عليها ولوج هذه المغامرة مادامت لا تتوفر على موارد خاصة تحفزها على دخول هذه المغامرة (الإدارات ذات الطابع الاجتماعي)، حيث بدأ الحديث يتكاثر عن إصلاحات بوثيرتين الأولى سريعة وتهم خصوصا القطاعات الاستراتيجية، حسب مفهوم وزارة المالية، أي تلك التي تدر مداخداً على خزينة الدولة، ووثيرة ثقيلة بالنسبة للقطاعات التي تستنزف موارد الدولة. كما أن هناك بعض القطاعات الإدارية وبحكم قربها وتعاملها مع مؤسسات خاصة استطاعت أن تستنبط وتستلهم طرق تدبيرها الحديثة.

إلا أن منطق التحليل يستدعي قبل المرور إلى مرحلة وصف الحلول ضرورة الإقدام على تقييم حقيقي للسياسات الحكومية المتبعة في مجال الإصلاح الإداري والتي تقصد بها تتابع لقرارات وأنشطة متناسقة بشكل متعمدة متخذة من قبل فاعلين عموميين بغية حل مشكل ذا بعد جماعي يؤدي إلى إفراز قرارات رسمية ذات طابع إلزامي تهدف إلى تغيير سلوك المجموعات الاجتماعية التي تعد نظريا مصدر المشكل وذلك في خدمة المجموعات الأخرى المتضررة من تبعات وآثار المشكل.

علما أنه لحد الآن ما زال هناك تقصير في مجال تقييم السياسات العمومية على شتى الأصعدة¹، فهي عملية تمكنا من معرفة حصيلة ما تم رصده من إمكانيات الدولة ماديا وبشريا، والإجابة عن سؤال بسيط: هل تحققت النتائج المرجوة وما هي نسبة إخفاقها؟ خصوصا أن العديد من الإدارات العمومية قد أطلقت منذ فجر الاستقلال العديد من الأوراش الإصلاحية على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي ولحد الآن لا يعرف مدى جدواها وهل هناك ضرورة للاستمرار فيها أو العكس التخلي عنها.

ويجب انتظار حلول الألفية الثالثة حتى نرى الوعي المتزايد لدى بعض القطاعات بضرورة القيام بتقييم سياساتها المتبعة، وهذا راجع أولا لقناعتها بأنه لا يمكن أن تستمر في تدبير شؤونها وما سيتتبعه ذلك من صرف لميزانيات هامة وضخمة دون وضوح للرؤيا ومعرفة جدوى الخدمة العمومية المقدمة على مستوى عيش المجموعة. وثانيا مبادرة الدولة بخصوصية العديد من القطاعات العمومية بغية معرفة الرصيد الحقيقي لهذه المؤسسات.

وللإشارة ومن باب التذكير فقط فإن مسألة التصدي لظاهرة الفقر بالمغرب أبرزت أن هناك العديد من القطاعات الحكومية المنهمكة في إعداد برامج للحد من انتشارها ويتم رصد ما يقارب 40% من ميزانية الدولة سنويا لهذا الغرض، لكن دون أن تعطي أي نتيجة ملموسة بل العكس لا يزيد الفقر إلا اتساعا وتفاقما. وبالتالي استطاعت الضرورة الاستعانة بالخبرة الأجنبية بغية أولا وضع خريطة الفقر بالمغرب (المندوبية السامية للتخطيط بدعم من البنك الدولي) ووضع استراتيجيات عمل بعض

¹ - Bouabid Ali, Harakat Mohamed, Jaidi Larbi: « L'évaluation de l'action publique », Fondation Abderrahim Bouabid & Friedrich Ebert Stiftung, septembre 2004, p : 16.

القطاعات الاجتماعية (وزارة الشؤون الاجتماعية بدعم من صندوق الأمم المتحدة للتنمية).

إن مجمل الإجراءات الإصلاحية كانت منبعثة من الهاجس المتوقع لدى الحكومات المتعاقبة بضرورة إيجاد حلول لـ:

- الثقل المالي والتكلفة العالية للخدمات الاجتماعية؛
- التوسع المضطرد للإدارة كان على حساب إضعاف باقي مكونات المجتمع من خواص ومجتمع مدني وتحول المواطن إلى مجرد تابع ومنفذ؛
- الوعي المتأخر بأن الإدارة لا يمكنها أن تستمر في العمل بنفس الأسلوب وتحل كل المشاكل؛

- ارتفاع العديد من الأصوات المتسائلة عن مدى شرعية السلطة المتعالية التي تتمتع بها الإدارة العمومية؛
- انبثاق مظاهر سلبية لنمط التسيير البيروقراطي كالتجاوز في استعمال السلطة؛

الاهتمام بهموم والحاجيات الحقيقية للمواطنين، بعد الإدارة عن مشاكل الناس، الخلط بين المصلحة العامة والخاصة.

كما أن جملة الإصلاحات سعت ملامسة الجوانب التالية:
- إصلاح الإطار القانوني من خلال تحيين النصوص؛
- إصلاح الهياكل سواء عبر تجميع الوزارات وتنظيم العلاقة في إطار اللامركزية واللامركز؛

- إصلاح المساطر بتبسيطها؛
- إصلاح الإطار البشري (التحكم في أعداد الموظفين، التخفيف من كثلة الأجور، تكوين الموظفين...)

ونعتقد من خلال التتبع الدقيق لمسار عملية إصلاح الإدارة العمومية على وجود مرحلتين، المرحلة الأولى قبل عقد التسعينات تمظهرت في إرهابات وتحركات منعزلة والاكتفاء بقرارات على شكل دوريات من الوزير الأول أو وزير الوظيفة العمومية تحث على اتخاذ جملة إجراءات وفي الغالب كان هاجس الثقل المادي والنسبة التي تلتهمها منظومة

الأجور من الناتج الداخلي الخام هي المحرك الرئيسي لهذه الإجراءات التشفيفية (بداية تطبيق برنامج التقويم الهيكلي المفروض من قبل البنك الدولي سنة 1983).

وللإشارة فهي إجراءات إصلاحية كان يغلب عليها:

- عدم إشراك القطاعات الحكومية المعنية وممثلي الموظفين في صياغتها؛

- غياب آليات التتبع والتحفيز لمعينة مدى تطبيقها؛

- الاعتقاد بأن التغيير عملية تقنية أو مجرد قرارات ونصوص قانونية تملى من

فوق، إلا أن التغيير عملية جد معقدة وتفترض مجهودا كبيرا في التحسيس والتواصل

المستمر مع المرتفقين والموظفين وحتى المؤسسات المنتخبة؛

- دور وزارة الوظيفة العمومية مازال يطرح إشكالات في مدى قدرتها على فرض

الإجراءات الإصلاحية؛

- انبثاق جيوب المقاومة الذي يعد أمرا طبيعيا في أي منظومة اجتماعية تفرز

آليات الدفاع عن النفس وعن المصالح المكتسبة ضد إجراءات تتوخى إزالتها بالمرّة.

أما المرحلة الثانية في اعتقادنا، كانت مباشرة في منتصف عقد التسعينات

وأخذت وثيرة جد متسارعة خلال حكومة التناوب الأولى. إذ تم العمل بداية على

الاستفادة من دروس الماضي وخصوصا بتنويع الدراسات واللجوء إلى الخبرة الأجنبية في

تحديد مواطن الضعف وطرح السبل الكفيلة لضبط وفهم قبل علاج الاختلالات

التدبيرية.

المبحث الخامس : عامل الزمن المغيب في عملية الإصلاح الإداري

بعد مرور ما يزيد عن عقدين من الزمن على صدور تقرير البنك الدولي حول

الإدارة المغربية، انطلقت بوثيرة جد متسارعة العديد من الأوراش الإصلاحية، التي

سعت إلى تحليل وفهم بعض المظاهر السلبية في التسيير الإداري منها ما هو متعلق

بإصلاح الهياكل وتحديد الاختصاصات تفاديا لتداخل المهام بين القطاعات الحكومية،

أو على تحسين آليات استقبال المواطنين وأخيرا الاهتمام بالموارد البشرية. وهذه بصفة

عامة مجمل الإصلاحات التي همت الإدارة العمومية:

- 1996: إطلاق برنامج تحديث الإدارة العمومية (المدعم من قبل برنامج الأمم

المتحدة للتنمية)؛

- 1998: صدور ميثاق حسن التدبير (ركز على ثلاثة محاور: تخليق الحياة الإدارية، ترشيد التدبير العمومي، التواصل مع المرتفقين).

- 2000: صدور الكتاب الأبيض (تحديد مهام الإدارة العمومية ووضع استراتيجية لتطبيقها).

- 2004: المخطط الخماسي (بتخصيصه لحيز هام للإصلاح الإداري كأولوية للسياسة الحكومية).

- 2005: بداية التطبيق الفعلي لمبادرة المغامرة الطوعية وهي العملية التي شملت ما يقارب 40 ألف موظف.

إلا أن الكتابات المهتمة بحقل الإدارة العمومية وخصوصا ما يتعلق بالشق الإصلاحي، ترى أن نقطة ضعف عمليات الإصلاح المتخذة؛ يكمن أساسا في التأخر في تفعيل التوصيات والقرارات، لدرجة أنه عند صدور المراسيم التطبيقية تكون جذوة الحماسة¹ قد خفتت بل وبرزت مشاكل أخرى أكثر استعصاء على الحل ولم تكن مطروحة من ذي قبل.

وقد جرت العادة أن ينطلق مشروع الإصلاح بعد حدوث أزمة حقيقية تتلوها سلسلة من المقالات الانتقادية في الصحف الوطنية وأسئلة شفهية أو كتابية داخل قبة البرلمان، وعندما لا يتم امتصاص غضب الفئة الحانقة يتم في الغالب خلق لجنة تضم جملة من الوزارات ذات الاهتمام المشترك، وبعد سلسلة طويلة من الاجتماعات تصدر توصيات التي تبقى حبيسة الرفوف في انتظار تفعيلها. إذ يلاحظ أن عملية الأجراء تستغرق دوما مدة زمنية كبيرة وهذا راجع أساسا لطول وتعقد المساطر الواجب المرور منها.

ذلك أنه بعد إعداد مشروع قانون من قبل المصالح التقنية بالوزارة المعنية بالقرار، يتم بعثه للأمانة العامة للحكومة لإبداء رأيها، وعندما يكون إيجابيا يتم إدراجه في جدول مجلس الحكومة ثم يعرض على مجلس الوزراء لتتم مناقشته بعد ذلك في البرلمان بغرفتيه

¹ - الزيانبي إبراهيم، محاور الإصلاح الإداري ... مرجع سابق، ص: 12.

وبعد المصادقة عليه يبعث مرة أخرى للأمانة العامة للحكومة قصد إدخال التعديلات المقترحة وإصداره في الجريدة الرسمية.

وقد انتفضت في الآونة الأخيرة العديد من القطاعات الحكومية التي أشارت بأصبع الاتهام إلى الدور الهام الذي تلعبه الأمانة العامة للحكومة في تأخير صدور مراسيم القوانين، لدرجة أصبحت لغة مألوفة في رد الوزراء على أسئلة البرلمانيين.

ويجب الإشارة في هذا الصدد، أنه لحد الآن مازالت العديد من مشاريع القوانين تراوح مكانها بفعل السد المانع الذي فرضته مصالح الأمانة العامة للحكومة والإشارة هنا واضحة بالنسبة مثلا للتوقيع الإلكتروني الذي اقترحتته لجنة وزارية مختلطة منذ سنين خلت ولم ير النور إلا في شهر أبريل 2006، كما أن مشكل التدبير المفوض مازالت تعترضه العديد من المعوقات ذات الطابع التأويلي وربما لن يرى النور، علما أنه كان سيسد الفراغ القانوني الحاصل، ويمكن الدولة من الاستفادة من هذه الإمكانية بمنح استغلال منشآت عمومية ذات طابع اقتصادي للخواص.

وفي الغالب فإن الأمانة العامة للحكومة تقدم كحارس وفي منظومة إدارية تقليدية، ولا تريد أن تتبنى سلوكا لينا وأكثر فهما لخصوصية بعض القطاعات الحساسة التي هي في أمس الحاجة لحلول آنية ومستعجلة، وكل تأخير يفضي إلى انهيار حقيقي لها، والإشارة هنا واضحة بالنسبة لقطاع المعاملات المالية وخصوصا البورصة التي تتبنى كل منظومتها على عنصر الثقة والوقت.

الأمانة العامة للحكومة لم تلتزم الصمت بقدر ما اعتبرت أن الخلل راجع من جهة لتواضع مواردها البشرية التي لا تستطيع أن تواكب الكم الهائل من مشاريع القوانين لميادين جد متشعبة، ومن جهة أخرى أن العديد من النصوص المقترحة لا تحترم القواعد الأساسية لصياغة النص القانوني إذ تكون في الغالب مجرد إعلان عن نوايا¹.

لقد ابتعدت الإدارة نموذج التدبير البيروقراطي ووضعت جملة من المساطر والإجراءات الاحترافية بغية تطبيق فعلي وسليم للمبادئ الأساسية التي انبنت عليها منظومة الإدارة كمساواة المواطنين، المجانية، الاستمرارية، الملائمة ... إلا أنه على ما يبدو فالإدارة تقع حاليا ضحية المساطر التي ابتدعتها.

¹ - Interview avec le S.G.G Abdessadek Rabii, La vie économique, 26 Juin 2001, p ; 10.

وكمثال جلي على أهمية عامل الزمن، الذي في غالب الأحيان يكون مغيبا في عملية الإصلاح الإداري، مسألة شروط ترقبي موظفي الدولة في الإطار والدرجة، الذي يشكل حاليا الهاجس المورق للعديد من الموظفين. إذ لفهم جذور هذا المشكل الرجوع إلى حكومة التناوب في صيغتها الأولى حين قررت تعميم الترقية بدون أعمال مبدأ الحصيص السنوي (منشور الوزير الأول بتاريخ 7 يناير 1999) وهي العملية التي أطلق عليها الترقية الاستثنائية، وذلك في انتظار مراسيم تعديلية للنصوص المنظمة لعملية الترقية الداخلية إلا أنه أمام التأخر الحاصل في استصدارها تم تمديد الترقية الاستثنائية إلى سنة 2002، الغريب في الأمر أن كل التوصيات الصادرة سواء عن البنك الدولي ومن المناظرة الوطنية حول الإدارة العمومية في أفق 2010 نصت على ضرورة إعادة النظر في النظام الأساسي للتوظيف العمومية وخصوصا الشق المتعلق بالترقية نظرا لتقدمه وعدم تضمنه لمعايير علمية في تقديم فعلي لأداء ومردودية الموظفين ونقص المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 17 مايو 1968 الذي أضحى متجاوزا شكلا ومضمونا. وكان مرتقبا صدور النصوص التطبيقية التي تلغي للمرة النظام السابق، إلا أن عملية الانتظار ستطول حتى شهر فبراير 2006 لتتري النور أخيرا، وخلال فترة الفراغ وقعت العديد من المستجدات أبرزها القرار الذي اتخذته الوزير الأول بتعميم الترقية الاستثنائية فقط على موظفي الوزارة الأولى دون باقي الوزارات. هذا القرار أثار حفيظة التمثيليات النقابية وخلق إحساسا بالميز بين موظفي الوزارات، لينضاف إلى حالة التشتت التي تعرفها الأنظمة الأساسية لفئات من الموظفين واحدة برواتب استثنائية هامة وأخرى دونها، وحيث آخر بين وزارات تعميم المنح الجزافية شهريا أو سنويا وأخرى محرومة كليا منها.

للإشارة فقط فإن المرسوم السالف الذكر زاد في تعقيد المشكل أكثر من حله، وكانت وزارة تحديث القطاعات العمومية مدعوة لإصدار مذكرة تفسيرية تعطي التأويل الصحيح لفحوى ومضمون المرسوم (مرسوم 21 أبريل 2006).

هذا المثال الحي يبرز أن مصدر المشكل يكمن في التأخر الحاصل بين الوعي بالمشكل وإيجاد الحلول المناسبة لعلاجها وبين تطبيقه الفعلي إذ يأخذ في غالب الأحيان مسارا طويلا، ومن كثرة الحذف والتعديلات يفقد مغزاه وروحه، وعندما يرى النور بعد

طول انتظار، تنتفض العديد من المشاكل الجديدة التي لم يتم أخذها في الحسبان، لتنفقد بالتالي تلك الحلول المقترحة أهميتها وجدواها. وفي العديد من الأحيان تم طرح بحدّة دور وزارة تحديث القطاعات الحكومية لا تتوفر على سلطة القرار، مادامت تنازعها العديد من القطاعات الأخرى وأخص بالذكر الوزارة الأولى، وزارة المالية، المراقبة العامة للالتزام بنفقات الدولة، وعلى سبيل الذكر فإن الإصلاح الإداري الذي تم بدولة استراليا كان من أسباب نجاحه إدماج وزارة الوظيفة العمومية في وزارة المالية¹.

خاتمة :

توخت هذه المقالة طرح مسألة الإصلاح الإداري بغية فتح النقاش وإثرائه حيث تم التطرق للنظرة السلبية المتشكلة لدى المواطن حيال إدارته، وتم التأكيد على أنها ظاهرة عالمية تعرفها كل المجتمعات وهذا راجع لعدم قدرة الإدارات العمومية بسبب إفراطها المغالي في البيروقراطية على التأقلم مع المستجدات التي تطرأ بين الفينة والأخرى على حركية المجتمع والمحيط الوطني.

وتم التأكيد على أن مسألة الإصلاح الإداري لم تكن وليدة اليوم وخصوصا مع الضجة التي رافقت نشر تقرير البنك الدولي، بقدر ما أن هاجس التغيير كان حاضرا منذ الاستقلال سواء في الخطاب الرسمية والمخططات التنموية واللجان الخاصة المحدثّة لهذا الغرض، وكانت الرغبة هو جعل الإدارة أداة حقيقية لتحقيق الاستقلال الاقتصادي. وتمت مناقشة مسألة حياد الإدارة في صنع واقتحام المجال السياسي وتم التأكيد على أن للإدارة حضور فاعل في اتخاذ وصنع القرارات التي تهتم مصير المجتمع، كما أن الإصلاح الإداري لم يستفد كثيرا من تداول وتناوب الأحزاب على الحكم بقدر ما عانى من عملية استنزاف حقيقية لإمكانيات الإدارة سواء البشرية أو المادية.

كما تم استعراض جملة العمليات الإصلاحية التي همت الإدارة العمومية، حيث تم التأكيد على أنها عرفت وثيرة جد متسارعة مباشرة بعد نشر تقرير البنك الدولي، إلا أنه سيتم الوقوف على غياب تقييم أولي لهذه السياسات، وعدم تسمين

¹ - Trosa Sylvie: « Moderniser l'Administration, comment font les autres ? », Ed. D'organisation, 1995, p. 96.

وتنسيق مجهودات كل إدارة على حده وغياب تفعيل البعد التشاوري، وكان الهاجس المحرك لهذه الإصلاحات التخفيف من حدة الثقل المادي وخصوصا منظومة الأجور. إلا أن أكثر ما عيب على عملية الإصلاح هو تغييب عامل الزمان وذلك بفعل طول المساطر وتعقدها وكثرة المتداخلين لتصبح القرارات عند صدورها فاقدة لكل معنى. وما هو مؤكد أن الإصلاحات الحالية التي تقوم بها العديد من الدول سواء متقدمة أو سائرة في طريق النمو، يميل أكثر لإشاعة ثقافة جديدة تنبني على جعل الإدارة العمومية أداة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، من خلال تركيز جهودها وطاقاتها في وظائف التنظيم والتأطير والتوجيه والتنسيق، وفي نفس السياق تعمل هذه الإدارة على فسخ المجال بتأهيل المجتمع المدني والخواص للمساهمة أكثر في مسار اتخاذ القرارات الهامة التي تهم المجتمع.

الحق في الحصول على المعلومة¹ بين التأصيل الدستوري والتأطير القانوني

خليل اللواح

دكتور في الحقوق

أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرانش

مقدمة:

تعد إشكالية الحق في الولوج إلى المعلومة والحصول عليها من الانشغالات الراهنة للدول جمعاء، كما أنه من القضايا المعاصرة التي فرضت نفسها في ظل ثنائية: من جهة حاجة المواطن الماسة للحصول على المعلومة تعزيزا للثقة وضمانا لمصادقية أنشطتها وأعمالها وحياد ونزاهة موظفيها وأعاونها، ومن جهة أخرى، هناكرغبة أكيدة لتقنين هذا الحق والحد من مداه تلبية للمصلحة العامة الفضلى، في سياق عالمي يتميز بالانفتاح الديموقراطي ترسيخا للديموقراطية التشاركية، وبإشاعة ودعم مبادئ الشفافية والمسؤولية والمحاسبة وسيادة القانون واحترام المؤسسات تكريسا لدولة الحق والقانون، وتقييدا للبعد الحقوقي المرتبط بحرية الرأي والتعبير والإعلام عموما والوصول إلى المعلومات ونقلها وتبادلها بكل حرية في إطار الضوابط والحدود خصوصا.

وفي خضم هذه الثنائية، يعتبر الحق في الحصول على المعلومات حقا أساسيا من حقوق الإنسان، ولا يمكن بأي حال من الأحوال مصادرته أو انتهاكه ووضع حد له، إلا وفق ما ينص عليه القانون حماية للأمن الداخلي والخارجي للدول.

ويجسد الحق في الحصول على المعلومة تحولا عميقا وجوهريا في آليات تدبير الشأن العام، لأنه يكرس الحكومة المنفتحة والإدارة الشفافة والموظف النزيه، كما يعتبر هذا الحق من بين الركائز الأساسية لمناهضة الفساد ومحاربتة من خلال مساعدة المواطن

¹ - يشرح هشام ملاطبي في مقاله: الحق في الحصول على المعلومة القضائية، المنشور في مجلة المحقق القضائي، الفرق بين الحصول على المعلومة والوصول إلى المعلومة، فلقد تم استعمال مصطلح الحصول بدل الوصول للدلالة على النطاق الواسع لاستعمال الحق المذكور، إذ أن الوصول إلى المعلومة قد يكون ممكنا دون الحق في الحصول عليها وتداولها بكل حرية وبعبدا عن دائرة التجريم والعقاب في حالة مخالفة ذلك، في حين يفيد مصطلح الحصول، تملك المعلومة، بمعنى الوصول والتلقي والنقل إلى الغير.

وتمكنين المجتمع المدني والإعلام من الانخراط الإيجابي في مراقبة اتخاذ القرارات وأثرها على أداء الإدارة العمومية ومردوديتها ومدى تحقيق أهدافها.

اعتبارا للأهمية القصوى التي يكتسبها حق الحصول على المعلومة في تعميق الديمقراطية قيما ومبادئ وممارسة، تم تأصيل هذا الحق دستوريا من خلال الفصل 27 من الدستور المغربي لسنة 2011، وللترجمة الفعلية والملموسة لهذا المقتضى الدستوري ومتطلباته القانونية، تقوية للصرح التشريعي، تم إصدار القانون 31,13¹ المتعلق بالحق في الحصول على المعلومة.

1. لماذا إذن تم تععيد هذا الحق دستوريا؟

2. وهل استجاب القانون المؤطر لحق الحصول على المعلومات، لتطلعات مختلف

الفاعلين في حقل البحث عن المعلومة وتبادلها ونقلها؟

الفرع الأول: التععيد الدستوري لحق الحصول على المعلومات

تشكل المعلومة حجر الزاوية في حياة الأفراد والمجتمعات، فهي عنصر حيوي لا غنى عنه في أي نشاط نمارسه، وهي المادة الخام للبحوث العلمية والمحك الرئيسي لاتخاذ القرارات الصحيحة، ومن يملك المعلومة الصحيحة في الوقت المناسب، يملك عناصر القوة والسيطرة على عالم متغير يستند إلى العلم في كل شيء، ولا يسمح بالارتجال والعشوائية².

وتفاعلا مع أهمية المعلومة في الحياة العامة، باعتبارها جيلا ثالثا من حقوق الإنسان وشرطا من شروط قيام الديمقراطية على أحسن وجه، فقد أولى الدستور المغربي لسنة 2011 اهتماما بالغاً لهذا الحق من خلال التنصيص عليه في الفصل 27 منه الذي يقول: "للمواطنين والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام"، ويأتي هذا

¹¹ - القانون 31,13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1,18,15 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، جريدة رسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص: 1438.

² - حسن عماد مكايوي: تكنولوجيا الاتصال في عصر المعلومات، الدار المصرية اللبنانية للنشر، طبعة 1997، صص: 27-28.

الفصل كنتتويج لمجموعة من الفصول الدستورية الأخرى، ومن بينها الفصل الأول، لاسيما المبادئ الواردة فيه المتعلقة بالديموقراطية المواطنة والتشاركية والحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة، وكذلك المقتضيات المنصوص عليها في الفصلين 14 و15 من الدستور والمرتبطة بتمكين المواطنين والمواطنات من الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع وعرائض إلى السلطات العمومية، بالإضافة إلى ما تضمنه الفصل 36 من مقتضيات تعمل على معاقبة المخالفات المتعلقة بحالات تنازع المصالح واستغلال التسيريات المخلة بالتنافس النزيه. هذه الفصول الدستورية أضحت مرجعا للفصل 27 من الدستور، بمعنى أن الترجمة القانونية لهذا الفصل يجب تنهل من مضمون الفصول السلفة الذكر.

إن التنصيص الدستوري على حق المواطنين والمواطنات في الولوج إلى المعلومة والحصول عليها، يعد نقلة نوعية في مسار تكريس دولة الحق والقانون والمفهوم الجديد للسلطة، كما يجب الاعتزاز بالقيمة الدستورية لهذا المقتضى وبحمولته الثقافية وبامتداداته لتلمس جميع المجالات.

يأتي هذا المستجد في الحقل القانوني الوطني الذي أقره الدستور المغربي لسنة 2011 في فصله 27 منسجما مع الإعلان الصريح للمشرع الدستوري المغربي بالتزام المملكة المغربية وتعهدا بما تقتضيه مواثيق المنظمات الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات، إضافة إلى تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، وجعل الاتفاقيات الدولية المصادق عليها تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، مع العمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تقتضيه تلك المصادقة¹.

وكما هو معلوم أن الحق في الولوج إلى المعلومة والحصول عليها تم تأطيره في العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية، ويمكن الحديث في هذا الإطار عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص في مادته 19 على ما يلي: لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي

¹ - مجلس المستشارين المغربي: التأطير القانوني للحق في الحصول على المعلومات بالمغرب، دراسة حول ملاءمة القانون رقم 31.13 للمعايير الدولية للحق في الحصول على المعلومة، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الشؤون البرلمانية بدعم من مؤسسة وستمنستر للديموقراطية.

والتعبير، ويشمل هذا الحق حرئته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنبا والافكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود". أقرت هذه المادة بشكل واضح الحق في الحصول على المعلومة مع مراعاة القيود الواردة على هذا الحق التي يقرها القانون، وهي قيود ضرورية في كل مجتمع ديموقراطي.

وفي نفس السياق، تضيف المادة 19 في الفقرة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ما يلي: لكل إنسان الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرئته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها"، تعيد هذه المادة التأكيد على مضمون المادة السابقة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنوع من التبسيط والتدقيق.

ولأهمية هذا الحق، فقد تم التنصيص عليه أيضا في العديد من المواثيق الإقليمية، أبرزها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث أكدت هذه الاتفاقية في المادة 10 على ما يلي: لكل فرد الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرية الرأي وحرية تلقي أو إرسال المعلومات أو الأفكار دون أن يكون تدخل من قبل السلطات العامة ودون اعتبار للحدود. يستنتج من هذه المادة أن الحق في الحصول على المعلومات تم تكريسه بشكل غير مباشر من خلال الحق في الإعلام، بما يضمن هذا الحق القدرة على البحث والبت وتلقي المعلومات والآراء دون أي تدخل من السلطات العمومية. وبدوره الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان الذي دخل حيز التنفيذ في 21 أكتوبر 1986، أكد على أهمية الحق في الحصول على المعلومات من خلال المواد التالية: 9 و27 و29، وتضمنت كلها الحق في الوصول إلى مصادر المعلومات والحصول عليها والحق في التعبير ونشر الآراء في إطار من القانون.

يتضح مما سبق، أن الدستور المغربي الجديد اقتبس من المواثيق الدولية والإقليمية ما يكفي لبلورة مقتضى دستوري يعطي دفعة قوية للمسار الديموقراطي للمغرب، من خلال تمكين المواطن من المشاركة في الحياة العامة عبر تسهيل مهمته للحصول على المعلومات، باعتبار ذلك حق مكفول له، ويشكل كذلك الركيزة الأساسية للنزاهة والشفافية وتخليق الحياة الإدارية.

إن الدستور المغربي الجديد لم يقتصر على البعد الدولي المتمثل في ملاءمة التشريعات الوطنية مع المواثيق والاتفاقيات الدولية في تكريسه لحق الولوج إلى المعلومة والحصول عليها، وإنما يراهن على الأبعاد الأخرى السياسية والثقافية والأخلاقية والاقتصادية لإرساء ثقافة جديدة قائمة على الوضوح والمرونة والشفافية في الولوج للمعلومة كيفما كانت طبيعتها بما فيها الاقتصادية، وبضرورة تقييد الإدارة بالشرعية بما يضمن المساواة والانصاف في الولوج للمعلومة وبما يساعد على ديمقراطية المجتمع.

وترجمة للمقتضيات الدستورية المرتبطة بالحق في الحصول على المعلومات، ورغبة من الحكومة المغربية في الالتحاق بالشراكة من أجل حكومة مفتوحة، تم إصدار القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات الذي يؤهلها للالتحاق بهذه الشراكة المفتوحة.

الفرد الثاني: التأطير القانوني للحق في الحصول على المعلومة بالمغرب

تعتبر السويد أول دولة على الصعيد العالمي انتصرت منذ عام 1766 لحق المواطن في الحصول إلى كل الوثائق التي في حوزة السلطات العمومية، باستثناء تلك المنصوص عليها قانونيا. أما على الصعيد العربي، فتعتبر الأردن أول دولة عربية أقرت قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات سنة 2007¹.

لقد جعل المشرع الدستوري المغربي الحق في الحصول على المعلومات بمثابة حق مطلق غير قابل للتقييد إلا بمقتضى القانون، في سياق الفقرة الثانية من الفصل 27 من دستور 2011. وهو القانون رقم 31.13 المشار إليه سابقا، والذي دخل حيز التنفيذ في 13 مارس 2019، وتم بمقتضاه تحديد مجال تطبيق هذا الحق الدستوري وشروط وكيفية ممارسته.

يتكون القانون 31.13 من حيث الشكل من 7 أبواب و30 مادة، حُصص الباب الأول للأحكام العامة، والباب السابع والأخير للأحكام الختامية، ولا يوجد توازن في توزيع المواد على الأبواب، حيث

¹ - خليل اللوح: دور الإدارة العمومية المغربية في تحسين مناخ الأعمال بالمغرب، دار السلام للطباعة والنشر، طبعة 2018، الرباط، ص: 256.

أن الباب الأخير مثلا يتكون فقط من مادة واحدة فريدة، في حين أن الباب الرابع يتكون من 8 مواد، وهكذا جاء توزيع الأبواب والمواد كما يلي:
 الباب الأول: أحكام عامة: المواد 1 و2 و3 و4 و5 و6؛
 الباب الثاني: استثناءات من الحق في الحصول على المعلومات: المواد 7 و8 و9؛
 الباب الثالث: تدابير النشر الاستباقي، المواد 10 و11 و12 و13؛
 الباب الرابع: إجراءات الحصول على المعلومات، المواد 14 و15 و16 و17 و18 و19 و20 و21؛

الباب الخامس: لجنة الحق في الحصول على المعلومات، المواد 22 و23 و24 و25 و26؛
 الباب السادس: العقوبات، المواد 27 و28 و29؛
 الباب السابع والأخير: أحكام ختامية، المادة 30.

ومن أهم المستجدات والمقتضيات الإيجابية التي حملها هذا القانون، نجد:
 ✓ عمل القانون على إزالة الغموض واللبس عن مفهومي المعلومات والمؤسسات أو الهيئات المعنية بتسليم المعلومات أو إنتاجها في إطار مهام المرفق العام من خلال المادة 2 من القانون السالف الذكر؛

✓ أجبر القانون من خلال المادة 12 المؤسسات المعنية بضرورة تعيين مكلف باستقبال طلبات الحصول على المعلومات ودراستها وتقديم المعلومات المطلوبة، وكذا المساعدة اللازمة عند الاقتضاء لطالب المعلومات في إعداد طلبه؛

✓ أما المواد 16 و17 و18 و19 و20 و21، فجعلت تسليم المعلومات وفق آجال محددة بحسب طبيعة هذه المعلومات، وهكذا ففي الحالات العادية، يجب الرد على طلب الحصول على المعلومات داخل أجل 20 يوما من أيام العمل، ابتداء من تاريخ تسلم الطلب، ولا يمكن تمديد هذا الأجل إلا لمدة مماثلة مع إشعار صاحب الطلب بهذا التمديد، ماعدا إذا حالت أسباب دون توفير هذه المعلومات في الأجل المذكور لظروف مرتبطة بالكمية الكبيرة للمعلومات أو ضرورة استشارة الغير قبل تسليمها. أما في الحالات المستعجلة المرتبطة بحماية حياة وسلامة الأشخاص، فيجب الرد على الطلب داخل أجل 3 أيام، ويمكن تمديده وفق الحالة العادية، وفي حالة رفض تقديم المعلومات المطلوبة كتابة كليا أو جزئيا، فإن المؤسسات أو الهيئات المعنية ملزمة

بضرورة تعليق قرارها بالرفض، ويجب أن يتضمن هذا القرار الإشارة إلى حق المعني بالأمر في تقديم شكاية إلى رئيس المؤسسة أو الهيئة المعنية في غضون 20 يوم عمل من تاريخ انقضاء الأجل القانوني المخصص للرد على الطلب أو من تاريخ التوصل بالرد، مع ضرورة الرد على هذه الشكاية بدراستها في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ التوصل بها.

كما يحق لطالب المعلومات تقديم تظلمه إلى لجنة الحق في الحصول على المعلومات المحدثة لدى الرئيس الحكومة داخل أجل 30 يوما الموالية لانصرام الأجل القانوني المخصص للرد على التظلم الموجه إلى رئيس المؤسسة المعنية أو من تاريخ التوصل بالرد على هذه التظلم. وقد حددت المادة 22 من القانون مجموعة من المهام المنوطة بهذه اللجنة، ومن بينها: السهر على تلقي الشكايات المقدمة من طالبي الحصول على المعلومات والقيام بكل ما يلزم للبحث فيها، بما في ذلك البحث والتحري وإصدار توصيات بشأنها، أما المادة 23 فقد تطرقت إلى تركيبة هذه اللجنة، كما أسندت رئاستها لرئيس اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي المحدثة بموجب القانون 109.08¹؛

✓ كما أجبر هذا القانون لجنة الحق في الحصول على المعلومات على ضرورة البث في التظلم المرفوع إليها وإخبار المعني بالأمر بمآلها داخل أجل 30 يوم من تاريخ التوصل بها؛

✓ كذلك من بين النقط الإيجابية التي تضمنها القانون، أنه خصص بابا كاملا للحديث عن العقوبات من خلال المواد 27 و28 و29، سواء العقوبات التأديبية في حق المكلفين باستقبال طلبات الحصول على المعلومات والممتنعين عن تقديم هذه المعلومات المطلوبة، وهي عقوبات كضمانة أساسية للتطبيق السليم لهذا القانون، أو العقوبات الجنائية كما ينص عليها القانون الجنائي المغربي، في حال تحريف مضمون المعلومات

¹ - القانون 09.08 المتعلق بحماية الاشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.05 الصادر في 22 صفر 1430 موافق 18 فبراير 2009 الجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009.

المحصل عليها أو التي تنتج ضررا للمؤسسة أو الهيئة المعنية، أو التي أدى استعمالها أو إعادة استعمالها إلى الإساءة أو الإضرار بالمصلحة العامة؛

✓ وضع الباب الأخير على عاتق المؤسسات المعنية مهمة تفعيل القانون 31.13 من خلال اتخاذ التدابير الكفيلة بذلك والمنصوص عليها في المواد 10 و 11 و 12 و 13 والمرتبطة بتدابير النشر الاستباقي للمعلومات التي في حوزتها، والتي لا تندرج ضمن الاستثناءات التي جاء بها هذا القانون.

خاتمة

بالرغم من أهمية المقتضيات التي حملها القانون 31.13 والتي من شأنها تعزيز الديمقراطية التشاركية وتقوية الثقة بين الإدارة والمواطن، من خلال ضمان المعلومات التي يحتاجها وتعزيز الشفافية التي تنطوي على الإفصاح عن المعلومات الدقيقة في وقتها وإفصاح المجال أمام الجميع للاطلاع عليها¹. إلا أن بعض موادها تثير بعض الملاحظات بطعم النواقص، ويمكن الحديث في هذا السياق عن المواد 7 و 8 و 9 من الباب الثاني المرتبط بالاستثناءات الواردة على الحق في الحصول على المعلومات، حيث أن هذه المقتضيات تظل بدون صياغة دقيقة وبدون تحديد لأبعاد المعلومات المتعلقة بالدفاع الوطني وبأمن الدولة الداخلي والخارجي وتلك المتعلقة بالحياة الخاصة للأفراد أو التي تكتسي طابع معطيات شخصية، والمعلومات التي من شأنها الكشف عنها المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها دستوريا، أو المعلومات التي يؤدي الكشف عنها إلى إلحاق ضرر بالعلاقات مع دولة أخرى، أو منظمة دولية حكومية أو غير حكومية، والسياسة النقدية أو الاقتصادية أو المالية للدولة، وحقوق الملكية الصناعية أو حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة². بل أن بعض مجالات الاستثناء تبقى غير مبررة، مثلا

¹ - رشيدة بدق: الحق في الحصول على المعلومات في المغرب، قراءة في القانون 31.13، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الأول أكتوبر 2018، المركز الديمقراطي العربي للدراسات للاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين ألمانيا، ص: 48.

² - المجلس الوطني لحقوق الإنسان: الحق في الحصول على المعلومات، رأي المجلس بخصوص مشروع القانون 31.13، ص: 12.

السياسة الاقتصادية أو مداوات الحكومة أو مجلس الوزراء. وهو ما يقتضي تأطير هذه الاستثناءات وتحديد مفهومها بشكل دقيق ومحدود، ولا يجب تقييد حق الحصول على معلومات إلا للضرورة للقصى.

كذلك أن الإجراءات والمدد الطويلة للتفاعل مع طلبات الحصول على المعلومات، تفرغ هذا الحق من محتواه، خاصة إذا تعلق الأمر بمعلومات ذات طابع استعجالي، وهي عراقيل لا يبدو أنها ستتمكن من التنفيل الأمثل للقانون.

ومن بين الملاحظات أيضا، أنه ترك فراغات وهامشا من التأويل المتناقض للعديد من فصول هذا القانون، فمثلا استعمال مفاهيم الإساءة أو الإضرار من خلال إلحاق ضرر بالمؤسسة أو الهيئة المعنية طبقا للمادة 29 أو الإضرار بالمصلحة العامة والمساس بحقوق الغير كما ورد في المادة 6 من القانون، وهي مفاهيم فضفاضة ومبهمه وغير مضبوطة وبالتالي يمكن توظيفها بشكل سلبي لترتيب متابعات قضائية غير موضوعية في حالة استعمال المعلومات أو إعادة استعمالها أو نشرها.

وبالرغم من هذه السلبيات، إلا أن المشرع المغربي من خلال القانون 31.13 خطا خطوة جوهرية في سبيل إرساء مقومات حكمة جيدة في تدبير الشأن العام على نحو يتحقق معه الوضوح والشفافية والمسؤولية، وعلى نحو يهيئ الظروف الملائمة للدفع قدما بالمغرب للانضمام إلى المبادرة الدولية للشراكة من أجل حكومة منفتحة تفتح آفاقا واعدة للمملكة على جميع الأصعدة.

حكمة تدبير الشأن الترابي في ضوء القانون التنظيمي للجماعات

عبد الإله طلوع

باحث في سلك الدكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول سطات

المقدمة

يقتضي فعل الحكامة في المجال الترابي، سلسلة متكاملة من البرامج والمبادرات والآليات التي تهدف إلى التأهيل المندمج لأجهزة تدبير الشأن العام والجماعي، في علاقتها بالأفراد والمؤسسات، والتي تستند بالضرورة على سياسات عمومية ترابية مندمجة ودائمة، ونمو اقتصادي منصف يمكن الجميع من الاستفادة من خيارات وإمكانيات الجماعة، وهذا طبعا يعتمد بالأساس على نظام تديري فعال وانفتاح مسؤول ومتوازن، يرتكز على العمل التشاركي الفاعل.

وإذا كان فعل الحكامة يرتكز بالأساس على مقومات ضابطة له، فهو لا يمكن أن يجيد عن ضمانات ومبادئ بمثابة مدخل إلى التدبير الترابي، منها النظام الجبائي المحلي، الأمر الذي يفرض الوقوف بداية على دسترة مبادئ و ضمانات حكمة تدبير الشأن المحلي (المطلب الأول) ثم الضمانات الدستورية لتفعيل مبادئ الحكامة الإدارية بالجماعات (المطلب الثاني).

وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة.

المطلب الأول: دسترة مبادئ و ضمانات حكمة تدبير الشأن المحلي.

نص المشرع الدستوري، في الباب التاسع المتعلق بتدبير الجماعات الترابية، على مجموعة من المبادئ والتي تعكس حضور فلسفة الحكامة الإدارية بالجماعات الترابية، ومنه سنحاول إبراز مظاهر الحكامة في تدبير الجماعات الترابية في (الفقرة الأولى) ثم الضمانات التي سطرها دستور 2011 لتفعيل مبادئ الحكامة الادارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمظهرات حكمة تدبير الشأن المحلي.

أولا: التنصيص الدستوري لمبادئ حكمة تدبير الجماعات.

تضمن دستور 2011 العديد من المقتضيات والمبادئ الدستورية المؤسسة لحكمة الجماعات الترابية، فمنها تمتع الجماعات بالاستقلال الإداري والمالي في تدبير شؤونها، وهذا ما نص عليه في الفصل 135 من دستور¹، وتنتخب مجالسها بالاقتراع العام المباشر.

¹: الفصل 135 من دستور 2011. (... الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، تسيير شؤونها بكيفية ديمقراطية...)

ومن المقننات الدستورية الأساسية المتعلقة بالحكمة الإدارية، تلك المنصوص عليه في الفصل 136 من الدستور والتي جاء فيها بأن (.يرتكز التنظيم الجهوي والتراحي على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، ويؤمن مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة..¹)، وقد أنط المشرع الدستوري بالجماعات الترابية، ممارسة العديد من الصلاحيات، منها ما ورد في الفصل 137 من أن (.تساهم الجهات والجماعات الترابية الأخرى في تفعيل السياسة العامة للدولة، وفي إعداد السياسات الترابية، من خلال ممثليها في مجلس المستشارين²).

ومن مقومات وشروط الحكمة ما جاء في الفصل 139 من الدستور 2011، والذي نص على أن) تضع مجالس الجهات والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحر والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها.

يمكن للمواطنين والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله³

كما أن تخصيص المشرع الدستوري الباب التاسع للجماعات الترابية يعد مكسبا كبيرا لتوطيد دعائم الحكمة الادارية بالجماعات الترابية، حيث نص على عدة مبادئ تعد ترجمة للحكمة الإدارية، ومنها التدبير الحر للشأن المحلي، ثم مبدأ التفريع ومبدأ التضامن الترابي ومبدأ التعاضد في الوسائل وفق الفصل 144 من الدستور.⁴

ثانيا: الضمانات الدستورية لتفعيل مبادئ الحكمة الإدارية بالجماعات.

يتضمن الدستور الجديد هندسة مؤسسية منسجمة ومتناسقة في تعزيز منظومة وآليات الحكمة الديمقراطية الرشيدة، قوامها نظام للرقابة والمحاسبة والنزاهة (مكافحة الفساد).

¹: الفصل 136 من دستور 2011.

²: الفصل 137 من دستور 2011: (.تساهم الجهات والجماعات الترابية الأخرى في تفعيل السياسة العامة للدولة، وفي إعداد السياسات الترابية، من خلال ممثليها في مجلس المستشارين...)

³: الفصل 139 من دستور 2011.

⁴: أحمد مفيد: الحكمة الجيدة على ضوء دستور 2011 مقال منشور بالمجلة المغربية للسياسات العمومية العدد 14 سنة 2014 حول موضوع حكمة السياسات العمومية، ص 15.

المبادئ المترجمة للحكامة الادارية بالجماعات في دستور 2011.

✓ الحق في الولوج إلى المعلومات التي تمتلكها الإدارات العمومية والمؤسسات المنتخبة.
✓ تيسير الولوج على الوظائف العمومية حسب الاستحقاق.
✓ منع تضارب المصالح الشخصية مع المسؤوليات والوظائف العمومية وزجر هذه الظاهرة.

✓ التوزيع المنصف للمرافق العمومية على عموم التراب الوطني.
✓ المساواة بين المواطنين في الاستفادة من خدمات المرافق العمومية.
✓ الشفافية والمحاسبة وحكم القانون والنزاهة وخدمة المصلحة العامة.
✓ التصريح بممتلكات ذوي المسؤوليات قبل تسلم المهام وخلال ممارستها وبعد الانقطاع عن ممارستها.

✓ ضمان حرية القضاة بمن فهم قضاة المحاكم المالية في التعبير عن آرائهم وتأسيس أو الانخراط في جمعيات مهنية.

الفقرة الثانية: دسترة المقاربة التشاركية وضرورة التنمية المحلية.

يعتبر التدبير التشاركي إحدى مبادئ الحكامة الترابية، والذي يروم إشراك المجتمع المدني في تدبير الشأن المحلي، وقد عمل المشرع الدستوري على التنصيص على المقاربة التشاركية بموجب المواد 14/13/12 ثم أفرد لها قانون تنظيمي يحدد شروط وحالات اللجوء إلى الديمقراطية التشاركية، التي تتعدد دلالاتها (أولاً) ثم ما هي الآليات القانونية لممارسة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات (ثانياً).

أولاً: مفهوم المقاربة التشاركية.

المقاربة التشاركية مجموعة من الطرق والأساليب التي تساعد الجماعات على التدبير الذاتي بحصولها على الثقة في النفس وعلى الفهم والشعور بامتلاك مشاريع التنمية التي ستحدث تغييرات دائمة¹، هذه الطرق والأساليب تستهدف احترام كرامة

¹: سليمان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية مقال منشور بمجلة العلوم القانونية سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية عدد خاص حول موضوع الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب- التجليات- الوظائف- البناء الديمقراطي العدد الثالث ص 28 .

الأفراد وتحسين ظروف عيشتهم، كما أن إشراكهم مقرون بالتزامهم وبموافقتهم على تحمل المسؤولية وعلى التحسينات المقترحة هذه الطرق والأساليب تهدف إلى:

- تشجيع مشاركة الأفراد في أنشطة المجموعة دون الأخذ بعين الاعتبار السن والجنس والطبقة الاجتماعية أو المستوى التعليمي .
- تنمية الثقة في النفس والشعور بالمسؤولية من أجل اتخاذ القرارات .
- تيسير عملية التخطيط الجماعي والمساعدة على إغناء التعاون والتعاقد، والعمل على احترام معارف وقدرات الجميع .
- إحداث شراكات بين الجماعات فيما بينها والمنظمات غير الحكومية والقطاع الخاص والمنظمات المتخصصة في التنمية¹.

في هذه الحالة تعتمد التنمية على القدرات والموارد المحلية من أجل إنجاح الحلول المقترحة محليا لمشاكل السكان عبر المساعدات الخارجية التي تقوم بإنجاز المخططات والبرامج الوطنية، وليس اعتمادا على أولويات المانحين.

تؤدي المقاربة التشاركية إلى حدوث نوع من الاستقلالية الفكرية للجماعات بدل التبعية والخنوع للآخر، سواء كان القطاع العام أم المنظمات الدولية المانحة، بحيث يصبح المواطن فاعلا ومتفاعلا ومسؤولا، يمكنه اتخاذ القرار بنفسه والتحكم في مصيره واختيار الحلول لمشاكله وبالتالي تنمية نفسه بنفسه²، ويمكن اختصار مفهوم المقاربة التشاركية في عبارة "العمل مع" عوض "العمل من أجل"، بمعنى عمل في اتجاه أفقي عوض الاتجاه العمودي من أعلى إلى أسفل، كما تعمل أغلب الحكومات والمؤسسات العمومية في الأنظمة المركزية التي تفرض على شعوبها سياسات فوقية دون استشارتها ودون إشراكها في التنفيذ والتتبع والتقييم، وهذا ما يفسر فشل هذه السياسات بالرغم من صرف أموال طائلة على الدراسات القبلية التي ينجزها أحسن الخبراء.

¹ : سليمان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية مرجع سابق ص 30 .

² : وتعد المقاربة التشاركية عملية تنقل الناس من وضعية الانتظار التي ينتجها الفهم غير السليم والممارسة الخاطئة للمقاربة الحقوقية، إلى المبادرة والفعل، وتكون المساعدات الخارجية في هذه الحالة (المساعدات المالية والتقنية) للتغلب على المعوقات.

بعبارة أخرى المقاربة التشاركية جاءت لتصحيح المنهجية المعتمدة في العمل العمومي والمتمثلة في الاعتماد على الخبير وعلى القطاع العام في إنجاز مشاريع وبرامج التنمية دون إشراك المواطنين المستفيدين من هذه التنمية¹، كما جاءت لتصحيح أيضا المنهجية المعاكسة التي التجأ إليها المجتمع المدني والمتمثلة في استشارة وإشراك المستفيدين دون الرجوع إلى الخبير ودون الاعتماد على إمكانيات وقدرات القطاع العام، تطبيقا للمثل الشعبي "أسأل المجرب ولا تسأل الطبيب" وهو عكس ما تعمل به السياسات الحكومية أي "أسأل الطبيب ولا تسأل المجرب"، والمطلوب وفق المقاربة التشاركية: "أسأل الطبيب والمجرب معا". ولقد أصبحت كل المنظمات التنموية الدولية تعتمد هذه المقاربة وتفرضها على البرامج والمشاريع التي تقوم بتمويلها، كما بدأ العمل بها من طرف بعض المؤسسات العمومية المغربية المانحة كوكالة التنمية الاجتماعية، إذ نجدها هي أيضا تشترط تطبيق هذه المقاربة في المشاريع التي تمويلها، وهذا نموذج من النصوص الخاصة بتعريف المقاربة التشاركية المنشورة في بعض وثائقها: "مقاربة تهدف إلى تنمية يشارك فيها السكان المعنيون مشاركة فعالة، تهدف هذه المقاربة إلى تأهيل الأشخاص والجماعات وجعلهم قادرين على تبني حلول يتحملون مسؤولية اختيارها وإنجازها.. وهو أسلوب للتعلم من ومع أعضاء المجتمع لتشخيص، وتحليل، وتقييم الاكراهات، والمؤهلات واتخاذ قرارات أو اختيار حلول معينة تجاه المشروعات التنموية.

ثانيا: الأليات القانونية لممارسة التدبير التشاركي.

منح القانون التنظيمي للجماعات اختصاص إعداد برامجها التنموية والتي على أساسها يتم تحديد الأعمال التنموية المزمع إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجماعة خلال مدة ست سنوات، وذلك في انسجام مع البرامج الوطنية وبرنامج الجماعة وفق منهج تشاركي وبتنسيق مع السلطة الإدارية بحيث يجب أن يتضمن البرنامج تشخيصا

¹ : أمحمد ألحاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية العدد الثالث، ص 55.

لحاجيات وإمكانيات الجماعة وتحديد أولوياتها وتقييمها لمواردها ونفقاتها التقديرية الخاصة بالسنوات الثلاث الأولى مع أخذ مقاربة النوع بعين الاعتبار¹.
ومن الآليات التشاركية الحديثة والمتقدمة من حيث مستوى المشاركة نخص بشيء من التفصيل البعض منها

أ – ضمان حق المعارضة في رئاسة إحدى اللجان الدائمة:

بناء على المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات يحدث مجلس الجماعة خلال أول دورة يعقدها بعد المصادقة على النظام الداخلي لجنتين دائمتين على الأقل وخمسة² على الأكثر يعهد إليها بدراسة القضايا التالية:

• الميزانية والشؤون المالية والبرمجة.

• المرافق العمومية والخدمات

ويحدد النظام الداخلي عدد اللجان الدائمة وتسميتها والهدف منها وكيفية تأليفها بحيث تخصص رئاسة إحدى هذه اللجان للمعارضة يتولى النظام الداخلي تحديد كيفية ممارسة هذا الحق³.

ب – تقديم العرائض:

منح الدستور المغربي 2011 إمكانية تقديم عرائض يكون الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله وبناء على الفقرة الثانية من الفصل 139 من الدستور يتم التمييز بين نوعين من العرائض العريضة المقدمة من طرف المواطنين وتلك المقدمة من طرف الجمعيات مع ضرورة استفاء جملة من الشروط حيث تنص المادة 123 من القانون التنظيمي على أن المواطنين والمواطنات الراغبين في تقديم العريضة يجب أن يكونوا من ساكنة الجماعة أو يمارسوا بها نشاطا اقتصاديا أو تجاريا أو مهنيا، أن تتوفر فيهم شروط التسجيل في اللوائح الانتخابية العامة ولهم مصلحة مباشرة مشتركة في تقديم العريضة، على أن لا يقل عدد التوقيعات عن 100

¹: المادة 78 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

²: المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

³: المادة 27 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

توقيع بالنسبة للجماعات التي يقل عدد سكانها عن 35.000 نسمة و200 توقيع بالنسبة لغيرها من الجماعات أما الجماعات ذات نظام المقاطعات فيجب ألا يقل عدد الموقعين على 400 مواطنة ومواطن¹.

ومن جملة الشروط التي يجب أن تستوفيها الجمعيات بناء على المادة 124 من نفس القانون التنظيمي أن تكون الجمعية معترفا بها ومؤسسة في المغرب لمدة تزيد على ثلاث سنوات وأن تكون في وضعية سليمة إزاء القوانين والأنظمة الجاري بها العمل وأن يكون مقرها أو أحد فروعها واقعا بتراب الجماعة المعنية بالعريضة وأخيرا أن يكون نشاطها مرتبطا بموضوع العريضة.

أما مسطرة وكيفية إيداع العرائض فذلك ما توضحه المادة 125 من نفس القانون حيث توضع العرائض بادئ ذي بدء لدى رئيس الجماعة الذي يحيلها على مكتب المجلس للتحقق من توفرها على الشروط الضرورية وفي حالة قبولها يخبر رئيس المجلس بذلك وكيل العريضة أو الممثل القانوني للجمعية حسب الحالة، ثم تسجل في جدول أعمال المجلس في الدورة العادية الموالية وتحال إلى اللجنة أو اللجان الدائمة المتخصصة لدراستها قبل عرضها على المجلس للتداول في شأنها.

وفي حالة رفض العريضة يتعين تبليغ المعنيين بالأمر بقرار الرفض وبأسبابه وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ التوصل بالعريضة وبمقتضى نص تنظيمي يتم تحديد شكل العريضة والوثائق التي يتعين إرفاقها بها.

المطلب الثاني: إصلاح النظام الجبائي المحلي كمدخل لحكامة.

إن تحديد النظام الجبائي المحلي يجب ألا يتم في معزل عن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، التي تتحكم في تحديد مضمونها وأهدافها، والتي تتحدد على المستوى المركزي من خلال السلطات العمومية المختصة، كما لا يجب أن يكون خارج سياق هذا التحول الذي تشهده الدولة على مستوى أدوارها ووظائفها².

¹: أحمد ألعجاني: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية العدد الثالث، ص 55.

²: هشام مليح: الدولة والجبائيات المحلية، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد الرابع، مطبعة الأمنية - الرباط ص 3

فدواعي المطالبة بإصلاح قانون الجبايات المحلية 47.06 ترجع لوجود عدة ثغرات من طبيعة التي حملها هذا القانون، وتلك التي أبان عنها تطبيقه على أرض الواقع منذ أربع سنوات، كما ينطلق أيضا من ضرورة مواكبته للسياسة الجهوية وإعادة توزيع الأدوار بين الدولة والجماعات الترابية، وتعميق الديمقراطية المحلية، تنزيلًا لمستجدات الدستور الجديد في مجال التنظيم الترابي للمملكة، وحكامة تدبير المرافق العمومية¹، لذلك فالعديد من المهتمين بالحقل الجبائي ينادون اليوم بضرورة إصدار قانون جديد للجبايات المحلية يساهم في تحقيق المبادئ الترابية الكبرى التي جاءت في الوثيقة الدستورية الجديدة المغربية، ولهذا سحاول في هذا المطلب إبراز وتقديم المبادئ الجديدة لإصلاح نظام الجبايات المحلية (الفقرة الأولى)، ثم ضرورة عقلانية وعاء وتحصيل الموارد الجبائية المحلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبادئ المحددة لحكامة تدبير مداخيل الجماعات.

إن إصلاح النظام الجبائي المحلي، يجب أن يواكب ويجسد المبادئ الدستورية، والتي عملت على إعادة هندسة العلاقة بين الدولة والجماعات الترابية إن وضعت بالشكل المطلوب وبالشكل الذي خطط له، فالإصلاح لا يمكن له أن يتم إلا إذا وضعت المبادئ الدستورية، فبغياب التنفيع الحقيقي لها، وغياب الوعي الديمقراطي لدى الفاعلين في هذا الإطار، لا يمكن الحديث عن أي إصلاح للنظام الجبائي المحلي. إلا وفق مبادئ الحكامة.

أولا: مبدأ المشاركة والشفافية.

شكلت الجبايات ولا تزال منظومة لها حساسية خاصة كواقعة سياسية، تعكس جدلية العلاقة بين الدولة كسلطة عامة تتمتع بشرعية الفرض الجبائي والمواطن كمعنى مباشر بالتضريب الجبائي، هذه العلاقة انطبعت في جانب كبير من مساحتها التاريخية باتجاه أحادي غلب على الدوام منطق الجباية كواجب مفروض، ولم يكن

¹: كريم لحرش: تدبير مالية الجماعات المحلية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، مطبعة طوب بريس، ط2 2011. ص 20.

يهتم بشروط التفاعل الايجابي بين منطوق الواجب هذا ومنطوق الحق الذي يجعل "المواطن" في كل الأحوال "راض" عن أداء واجبه الجبائي¹.

وقد عمل الدستور المغربي الجديد على إقرار المقاربة التشاركية للمساهمة في اتخاذ القرار العام الوطني والمحلي بواسطة المواطنين والجمعيات والفاعلين الاجتماعيين، ومن خلال عدة صور، بدءاً من تلقي المرافق العمومية لملاحظات مرتفقيها، واقتراحاتهم وتنظمتهم، وتأمين تتبعها (الفصل 156)، ولا يقتصر الأمر فقط على إبداء الملاحظات، بل يتعداها، وفي إطار الديمقراطية التشاركية، إلى إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها من طرف الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية (الفصل 12)، أو مباشرة من لدن السكان الذين سيشاركون في تدبير شؤونهم المحلية المؤمنة بواسطة الجماعات الترابية، والرفع بالتالي من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة (الفصل 136).

وقد عمل الدستور على إيلاء مبدأ المشاركة مكانة متميزة داخل الهندسة الدستورية الجديدة، حيث نص في الفصل 139 على أن مجالس الجهات والجماعات الترابية تضع آليات تشاركية للحوار والتشاور لتسيير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها، أو من خلال الفصل 136 الذي أكد على أن من بين مرتكزات التنظيم الترابي تأمين مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية والمندمجة والمستدامة. أما في فصله 137 فقد أكد الدستور الجديد على أن الجهات والجماعات الترابية تساهم في إعداد السياسات الترابية من خلال ممثليها في مجلس المستشارين.

إذن فالمشاركة الجبائية بالتوجه السابق، بالإمكان إجرائها وتفعيلها انطلاقاً من الإمكانيات التي توفرها آلية المقاربة التشاركية، هذه الأخيرة يمكن اعتبارها أسلوباً للتدبير يسمح باستغلال القدرات الإبداعية التشاركية (عن طريق الإشراف والتشارك)، لمختلف الهيئات والفاعلين (القطاع الخاص والمجتمع المدني)، وذلك لأجل المساهمة وتتبع مجمل مراحل اتخاذ القرار بهدف الوصول إلى النتائج المنتظرة، والمقاربة

¹: سعيد جفري: الحكامة وأخواتها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة أولى 2010، ص 213.

التشاركية بهذا التحديد المفاهيمي، ليست أسلوباً مجرداً بل إنه مثل أي هندسة لا بد له من تخطيط وبرمجة وتتبع ومراقبة من خلال صيرورة تنبني على تحديد الأهداف التي يروم إليها الأداء الجبائي، ووضع المؤشرات التي يلزم أن تحكم هذا الأداء ثم تنفيذ وإنجاز العمليات المنشودة، تلي ذلك مرحلة تتبع وتقييم الفعل والأداء الجبائيين عن طريق الحكامة التشاركية¹.

لقد كانت نقطة التحول نحو الشفافية في المغرب، عندما طالب الملك الراحل الحسن الثاني، من البنك الدولي إنجاز تقرير موضوعي حول حالة المغرب الاقتصادية والاجتماعية، والتي توجت بنشر تقرير على العموم سنة 1995، حيث عبر الملك الراحل لعبارته الشهيرة (إن المغرب يوجد على أبواب السكتة القلبية)، إثر ذلك أعطى تعليماته ببدء مسار جديد يستلهم مبادئ وآليات الحكامة، فأشرف على تداول السلطة سنة 1998.

كما تنفيذ الشفافية في المجال الجبائي الترابي بالأساس الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية والمالية المرتبطة بالشأن الجبائي، ووضعها رهن إشارة العموم للاطلاع عليها، بما يضمن شفافية المساطر والإجراءات الجبائية الخاصة بعمليات الفرض والتصفية والتحصيل الجبائي، ومعيار الشفافية في المجال الجبائي يثير أكثر من إشكال سواء في الجانب العلائقي الذي من المفترض أن يحكم طبيعة العلاقة بين كل من الإدارة الجبائية والملزم، أو في الجانب التدبيري للمنظومة الجبائية نفسها عن طريق آلية الإعلام الجبائي، وما يعنيه ذلك من إشاعة للثقافة الجبائية وللتوعية الجبائية بل

¹: المقاربة التشاركية تتضمن في أدبياتها المرجعية الطرق والأساليب التي تساعد الجماعات على التدبير الذاتي، بحصولها على الثقة في النفس وعلى الفهم والشعور بامتلاك مشاريع التنمية التي ستحدث تغييرات دائمة، هذه الطرق والأساليب تستهدف احترام كرامة الناس وتحسين ظروف عيشهم، كما أن إشراكهم مقرون بالتزامهم وبموافقتهم على تحمل المسؤولية وعلى التحسينات المقترحة. ويمكن اختصار مفهوم المقاربة التشاركية في عبارة "العمل مع" عوض "العمل من أجل"، بمعنى العمل في الاتجاه الأفقي عوض الاتجاه العمودي من أعلى إلى أسفل، كما تعمل أغلب الحكومات والمؤسسات العمومية في الأنظمة المركزية التي تفرض على شعوبها سياسات فوقية دون استشارتها ودون إشراكها في التنفيذ والتتبع والتقويم، وهذا ما يفسر فشل هذه السياسات بالرغم من صرف أموال طائلة على الدراسات القبلية التي ينجزها الخبراء.

وللتربية الجبائية بين عموم المواطنين والملمزين¹، ذلك أن ضعف التوعية الجبائية بالإمكان اعتباره سببا مباشرا في ضعف المردودية الجبائية.

وقد عمل الدستور في باب الحكامة الجيدة على التنصيص على أن المرافق العمومية تخضع لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، كما أكد في الفصل 155 على أن أعوان المرافق العمومية يمارسون وظائفهم وفق مبادئ احترام القانون والشفافية.

ثانيا: مبدأ التضامن المالي بين الجماعات الترابية.

يعد إحداث صندوق للتأهيل الاجتماعي خطوة جديد في مجال تقليص التفاوتات بين الجماعات والجماعات الترابية الأخرى، حيث تلتزم الدولة بإحداثه وتكريسه قانونا لمعالجة العجز الملحوظ في قطاعات حيوية من البنيات التحتية والخدمات الاجتماعية، وذلك على مدى 12 سنة².

ثالثا: تحقيق مبدأ العدالة الجبائية المحلية.

يعكس إصلاح النظام الجبائي المحلي عدالة جميع الملمزين أمام الجبايات المحلية، ومراعاة مقدرتهم التكليفية، وعدالة توزيع هذه الموارد الجبائية بشكل يتناسب مع الجماعات، فمبدأ العدالة الجبائية³، يقتضي بأن يكون توزيع الواجب الجبائي بين

¹: حميد أبولاس: "قراءة عملية للجباية المحلية على ضوء القانون الجديد رقم 47.06"، أنظر الرابط: <http://www.droitplus.ma/images/aboulas-art.pdf>

²: دراسة حول اللامركزية الإدارية والسياسية في المغرب واسبانيا، من إنجاز مجموعة الكتاب، مطبعة سبارطيل، سنة 2010.

³: حاول بعض الفقهاء القانونيين تعريف العدالة الجبائية من قبيل jacquepercebois والذي يقول على "أن العدالة الضريبية هي التي تعمل على أن تكون منصفة equitable وذلك بتوزيعها للعبء الضريبي بحيث يتحمل كل واحد جزؤه العادل" وهي بالتالي أداة يتم من خلالها تقسيم عبء النفقات العامة على كل الملمزين وتعمل على التخفيف من التفاوت الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع، وبذلك فهذا الفقيه يحاول تحديد مفهوم العدالة الضريبية وذلك من خلال الغاية التي تسعى لتحقيقها.

أما جون رولز فيعتبر العدالة الضريبية هي تلك العدالة التوزيعية التي تعتمد على فكرة أن المجتمع يجب أن ينظم بمقتضى بنیان توزيعي ولا يسمح بالتضحية ببعض أفراده باسم تحقيق المنفعة لعدد أكبر من أفراد، كما يؤكد على أن العدالة الضريبية لا تشكل هدفا في حد ذاتها بل هي عبارة عن محاولة إيجاد مؤسسات تركز على منطق تعاقدية يتسم بالتفاوض شبه الدائم بين أفراد عقلانيين إلى درجة تجاهلهم لأحكامهم المسبقة وكذلك لمصالحهم.

مختلف الخاضعين حسب مقدرتهم على الدفع¹، أي ما يحصلون عليه من دخل وما يمتلكونه من مال، ويقوى هذا المبدأ لارتباطه الوثيق مع مبدأ المساواة أمام القانون، لكونه يسمح بتوزيع العبء الضريبي بين جميع الأفراد بكيفية متساوية²، وذلك سعياً وراء تحقيق عدالة جبائية تلائم وضعية الخاضع وأن تأخذ بعين الاعتبار حالته الشخصية والخاصة، لذا يجب التأكد من أن العدالة الجبائية قد تمت مراعاتها في أي نظام جبائي³، لكن هذا الهدف لن يتأتى من خلال التدقيق بالنصوص القانونية فحسب، لأن المكتسبات القانونية لا يجب أن تحجب عدة نقائص على المستوى الواقعي، كغياب شفافية جبائية تكرر لنزعة التباعد والتنافر بين طرفي العدالة الجبائية، وتجعل الكثير من الخاضعين يشعرون بعبء جبائي، خاصة إذا كانت الأداة الاتفاقية الترابية لا تلعب أي دور في إقامة هذه العدالة، الأمر الذي يقابل بردود أفعال سلبية من طرف الخاضعين في مختلف الممارسات (كالتهرب، الغش الضريبي...).

أيضا غموض المساطر والتدابير الخاصة بالجبائية المحلية، وعدم وضوحها أمام المعنيين، بما يمنع من التحقق من التوزيع العادل للأعباء الجبائية على كافة الشرائح الاجتماعية، يترك مجالاً لانتشار ظاهرة الزبونة والمحسوبية، التي تعبر عن ممارسة منافية لأهداف الشفافية، فهي تقدم فئة على حساب فئة أخرى، وتعتمد على روابط وعلاقات شخصية، هدفها عدم تحمل العبء الجبائي، وهي بهذا تفوت مداخيل مهمة على خزينة المستويات الترابية والتي هي في أمس الحاجة إليها.

أما **بيرنارد ديفيناى** فقد ذهب لربط العدالة الضريبية بدخول المكلفين حيث يرى أن هذا المفهوم يتحقق عندما يسهم كل الخاضعين للضريبة في تغطية النفقات العامة بما يتناسب مع دخل كل منهم، وقد وضع **برينارد ديفيناى** عدة شروط لتحقيق العدالة من وجهة نظره

¹: ينص الفصل 39 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على أنه "على الجميع أن يتحمل كل قدر استطاعته، التكاليف العمومية التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور".

²: مصطفى منار: "الانقطاع الضريبي والعدالة الاجتماعية"، بدون دار نشر، مؤلف جامعي، السنة الجامعية 2007 ص 18.

³: مصطفى منار، نفس المرجع ص 19.

الفقرة الثانية: عقلافة وعاء وتحصيل الجبايات المحلية.

أولا: ضرورة تبسيط مساطر الوعاء والتحصيل الجباي المحلي.

لكل مرحلة ميكانيزماتها وآلياتها واستراتيجياتها، لذلك وجب على المشرع المغربي، العمل على تبسيط الإجراءات المسطرية الناظمة للجبايات المحلية، وذلك في اتجاه خلق جو من الثقة المتبادلة بين كل من الملزم والإدارة الجبائية المحلية.

ثانيا: توسيع السلطة الجبائية للجماعات وإعادة توزيع جباياتها المالية.

وذلك بتمكينها من سلطة اختيار الأوعية الجبائية التي تناسبها، ومنحها إمكانية الاقتراح والمساهمة في تحديد الإعفاءات والتخفيضات التي تنسجم مع واقعها الترابي وخصوصياته، بالإضافة إلى منحها سلطة واسعة في إحصاء وتحصيل أوعيتها، والقيام بعملية المراقبة والتفتيش، وذلك من أجل تمكينها فعلا من حرية إدارة شؤونها، واتخاذ المبادرة وتحقيق فعالية التدبير ووضوح الفعل العمومي والمسؤولية والديمقراطية المحلية¹. تعتمد إعادة توزيع جبايات الجماعات وعائداتها المالية على اعتماد مفتاح جديد لتوزيع الموارد الجبائية بين الدولة والجهات من جهة، وما بين الجهة وباقي الجماعات الترابية الأخرى، وما بين هذه الأخيرة فيما بينها، وذلك على أساس حجم الاختصاصات الموكولة لكل مستوى من مستويات اللامركزية الترابية، وإقرار آليات جديدة للتعاون والتضامن الجباي، داخل الهندسة اللامركزية المتعددة المستويات، بحيث يتم توزيع المادة الجبائية عمودا وأفقيا بشكل جيد، وذلك وفق منطق جديد لعلاقات الدولة بالجماعات الترابية².

ثالثا: عقلنة عملية التحصيل ومواكبة الإصلاح بإجراءات وإمكانات بشرية ومادية لإنجاحه.

وذلك بتعزيز أساليب التحصيل الرضائي، وتيسير عملية الأداء عن طريق تمديد الآجال، والرفع من قيمة الجزاءات بحيث تتناسب تصاعديا مع طول مدة التأخر عن الأداء، مع إقرار إمكانية الأداء عن طريق أقساط في حالة ثبوت حسن النية لدى الملزمين المحليين، وإصدار الرسوم بأسماء الأشخاص الطبيعيين وليس بإسم الأشخاص المعنويين، بالنسبة للمقاولات والشركات، تفاديا لكل تملص ضريبي.

¹: Abdellatif ouerdighi : vers une réforme de la fiscalité des collectivités locales au Maroc mémoire de fin d'étude pour l'obtention du diplôme du cycle supérieur en gestion administrative , école nationale d'administration, 2003-2005p, 87.

²: Guy Gilbert Alain guengaunt : la fiscalité locale en questions , 2ème édition , Montchrestien, 1998, p : 91.

ومواكبة الإصلاح بالإجراءات والإمكانات البشرية والمادية الضرورية لإنجاحه، وذلك عن طريق اعتماد استراتيجية جديدة لتكوين الموظفين الجماعيين، وتعزيز الإدارة الجبائية المحلية بالأطر الكافية وذات التكوين العالي والمتخصص¹، وتوفير الوسائل المادية والمعلوماتية اللازمة لقيامها بمهامها، وخلق آليات للتنسيق والتعاون بين مختلف المتدخلين في تدبير الجبايات المحلية، تعتمد على قاعدة مشتركة للبيانات.

الخاتمة

تعتبر الجماعات فاعلا ترابيا أساسيا ومهما في تدبير الشأن المحلي وتحقيق التنمية المحلية في مختلف المجالات (الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، إلا أن الممارسة العملية أبانت عن عدة مظاهر القصور في أداء الجماعات للأدوار المنوطة بها في تحقيق التنمية، وإن كان البعض يرد ذلك إلى غياب سياسة معقلنة في مجال تدبير شأن المحلي، فإن قصور القوانين المنظمة لاختصاصات المجالس الجماعية يبقى العائق الأكبر في تحقيق هذا الدور، ثم إن محدودية الموارد المالية لبعض الجماعات تقف حجر عثرة في سبيل التنمية، إضافة إلى المعوقات المرتبطة بالعنصر البشري كأهم دعامة في التنمية. وبالتالي حاولنا خلال هذا الفصل تحليل ومقاربة مظاهر محدودية آليات تدبير الشأن المحلي على المستوى النص القانوني ثم الاختلالات المرتبطة بتدبير منظومة الجبائية المحلية مع تركيزنا على الاكراهات التي يعرفها تدبير العنصر البشري بالجماعات، وقد حاولنا تقديم مداخل تحقيق حكمة تدبير الشأن الترابي المحلي، على مستوى تكريس مبادئ الحكامة في تدبير مداخل الجماعات وفق مبدأ المشاركة والشفافية ومبدأ التضامن المالي بين الجماعات الترابية، وتحقيق مبدأ العدالة الجبائية المحلية، مع ضرورة إصلاح النظام الجبائي المحلي، مع ضرورة تبسيط مساطر الوعاء والتحصيل الجبائي المحلي ثم عقلنة عملية التحصيل ومواكبة الإصلاح بإجراءات وإمكانات بشرية ومادية لإنجاحه.

¹: محمد شكيري: إصلاح المنظومة الجبائية المحلية بين أهداف الإصلاح وإكراهات الواقع، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 78-79، يناير - أبريل 2008، ص 180.

**التعويض في المسؤولية الإدارية وحماية المال العام
دراسة في إشكالية العلاقة بين المسؤولية الإدارية والمالية العامة**

هشام العقراوي

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

المقدمة

يشكل القضاء الإداري أهم مرتكز لدولة القانون في معظم الأنظمة الديمقراطية، فهو يفرض خضوع الجميع وبدون إستثناء للقواعد القانونية،¹ ويساهم في الحد من تعسف الإدارة أثناء تنفيذ قراراتها الإدارية بشكل مخالف لمبدأ المشروعية، ويحرس على تحقيق التوازن بين سلطة الإدارة في الحفاظ على النظام العام وحماية حقوق وحرريات الأفراد، كما يعتبر ضماناً لحماية الحقوق المالية للدولة، على مستوى منازعات العقود الإدارية وأثناء تقديره قيمة التعويض المحكوم به ضد الإدارة أو خلال ترتيبه مسؤولية أحد الأشخاص المعنوية العامة، أو أثناء الحكم بالتعويض عن مسطرة نزع الملكية أو الاعتداء المادي²، فبالرغم من محاولة التقييد التشريعي لبعض حالات المسؤولية الإدارية إلا أن هناك عدة حالات تفلتت من التقييد التشريعي ليبقى لقضاء التعويض السلطة التقديرية في الحكم بالمبلغ المالي الواجب أدائه ضد الدولة ومؤسساتها العمومية ولفائدة الأشخاص.

فقضاء التعويض يثير إشكالية العلاقة بين سلطته في تقديرها التعويض وضرورة مراعاة المالية العمومية، مقابل تراجع نظرية ملأنة الدمة المالية للدولة، وما يبرز ذلك هو ارتفاع عدد الأحكام الصادرة ضد الإدارة الغير المنفذة. وبرز إمكانية اللجوء الى مسطرة التنفيذ الجبري ضد مالية المؤسسات العمومية أو الجماعات الترابية، مما يؤكد بداية

¹: عبد الواحد القريشي: القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، منشورات الشركة المغربية للتوزيع الكتاب صوماديل، الطبعة الأولى سنة 2009، ص 9.

²: حسن صحيب: القضاء الإداري المغربي، منشورات سلسلة دراسات وابحث في الإدارة والقانون، العدد

³: الطبعة الثانية ماي 2019، ص 27.

تراجع نظرية عدم الحجز على الأموال العمومية¹، وهناك من الفقه الإداري من يميز بين الأموال العامة والخاصة للشخص المعنوي العام، وهذه الأخيرة يمكن ممارسة مسطرة الحجز عليها لتنفيذ حكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي به، ونفس التوجه أكدته بعض الأوامر القضائية².

ومنه يصعب تفكيك وتحديد طبيعة العلاقة بين قضاء التعويض³ والمالية العامة فهي تتسم بالغموض وعدم الوضوح، خاصة وأن الاجتهاد القضائي ينطلق من فرضية ملاءة الذمة المالية للدولة، وأكد الفقيه الفرنسي لافريير الذي يعتبر من رواد نظرية السلطة العامة بقوله "أن دائن الدولة لن يكون بحاجة أصلاً لاستخدام طرق التنفيذ ضدها طالما ان الدولة بحكم تعريفها مليئة الذمة وموسرة كما أنه يجب النظر إليها

1: تقوم عدم إمكانية التنفيذ على الدولة على النظريات التالية: أ- نظرية قرينة الشرف واليسر:

ب- نظرية الفصل بين القاضي والإدارة.

ج- نظرية إناطة التنفيذ بالإدارة:

د- نظرية اختلاف الصيغة التنفيذية:

²: الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 23 أبريل 1997 تحت عدد 99 من الأحكام المؤسسة في هذا الاتجاه، حيث قضى فيه رئيس المحكمة الإدارية المصادقة على الحجز لدى الغير في حق الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق، والتي امتنعت عن تنفيذ حكم صدر في حقها، والمهم في هذه القضية هو أنه خلال مسطرة تنفيذ الحجز، دفعت الوكالة على أنها مؤسسة عمومية ومن تم فإنه لا يجوز الحجز على أموالها، فكان جواب المحكمة على النحو التالي: «إن الأموال التي يتشكل فيها رأس مال المحجوز عليها على افتراض أنها أموال عمومية، فإن جزء منها قد صدر أصلاً لتسديد مستحقات أصحاب الأراضي المنزوعة ملكيتهم، وهذا الحجز يشكل ضماناً بالنسبة لهؤلاء ولا ضرر فيه على مصلحة المحجوز عليها».

³: يقصد بقضاء التعويض مجموع الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية المختصة في إطار القضاء الشامل القاضية بأداء مبالغ مالية برسم جبر الضرر الذي تلحقه أنشطة المرافق الموضوعة رهن تصرف الدولة عرضياً بالأفراد سواء في سلامتهم الجسدية أو في ممتلكاتهم وفي هذا الإطار فإنه لا يمكن استثناء حتى قضاء الإلغاء طالما ان عدم المشروعية بأوجهها الخمسة قد يشكل في نفس الوقت سبباً للإلغاء وللمسؤولية الإدارية، ينظر نجاة خلدون/ المكي السراجي: دعوى التعويض أمام القضاء الإداري، منشورات والطبع شركة دعاية سلا الطبعة الأولى سنة 201، ص 3.

دائما كرجل شريف.¹ في الوقت الذي يعمل فيه المشرع المغربي من خلال جميع النصوص المتعلقة بالمسؤولية الإدارية على تضيق مجالها نظرا لانعكاساتها المالية التي ترهق الميزانية العامة من دون شك، وتكرس الإكراهات المرتبطة بالسيولة المالية لدى الخزينة العامة، وهذا ما يفسر بشكل كبير ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة باعتبارها رد فعل طبيعي تجاه الصعوبات المالية التي تعاني منها بعض الأشخاص المعنوية العامة خصوصا الجماعات الترابية، وأمام تزايد وارتفاع نفقات التسيير في مقابل تراجع وضعف المداخيل الجبائية.

فطبيعة العلاقة بين قضاء التعويض والمالية العامة جد دقيقة ووثيقة الصلة سواء من حيث الإجراءات المحاسبية التي يتوقف عليها تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة الدولة أو من حيث الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية أو من حيث تأويل القضاء لهذا الأساس، أو من حيث ضمان الحقوق المالية للأفراد والمقاولات المتعاقدة مع الإدارة بموجب عقود إدارية.

ولمقاربة هذه الإشكالية سنتناول في (المطلب الأول) تقليص مجالات المسؤولية الإدارية مع استحضار تعامل القضاء مع الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجالات المسؤولية الإدارية وحماية المال العام.

يتضح أن الهاجس المادي المترتب عن قضاء التعويض يحتل مكانا متميزا بين انشغالات المشرع². من خلال مختلف النصوص القانونية المؤطرة للمسؤولية الإدارية، ويتضح هذا المعطى كذلك من خلال انتفاء مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة لأعوانها (الفقرة الأولى) إضافة إلى تقليص حالات المسؤولية الإدارية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تقليص مجالات المسؤولية الإدارية.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي يرمي من خلالها المشرع أسس المنازعة الإدارية بالمغرب يتضح حصره لحالات المسؤولية في أضيق مجال ممكن.

¹:Édouard Laferrière :Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux 1898 p347.

²: لا يجب أخذ لفظة المشرع على أنها تعني حصرا المؤسسة التشريعية، بل من الضروري الالتفات إلى دور الحكومة والمصالح الإدارية في مجال إعداد مشاريع القوانين والنصوص التنظيمية التي تستجيب للإكراهات المالية وتعكس هذا الاهتمام طالما أنها من إعداد السلطة التنفيذية.

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الإدارة لا يمكن أن تتحقق إلا بتوفر شرطين أساسيين أي الخطأ والضرر ونسبته إلى الإدارة أو ما يعرف بالعلاقة السببية بين الضرر والخطأ أو النشاط الإداري¹، ذلك أن نشاط الإدارة لا يمكن أن يترتب عليه مسؤولية إذا لم يتولد عنه ضرر لأحد الأطراف وأن ينسب هذا الضرر إلى الإدارة، وإذا انتفت العلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر فإنه لا يمكن أن يكون هناك تعويض، ولهذا فإن الإدارة إذا توصلت إلى إثبات غياب هذه العلاقة فإنها تعفى من هذه المسؤولية، وبالتالي من أداء التعويض الذي يعد جزاء للمسؤولية ومناطها². والأحكام التي تسري على ركني الخطأ والضرر لا تختلف في الميدان الإداري عنه في المدني، لأن الضرر يتحملة دائما المتضرر سواء كان ناتجا عن فعل ضار قام به أحد الأشخاص أو في إطار القانون الخاص أو ناتج عن نشاط الإدارة في إطار القانون العام³.

وبالرجوع إلى الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"⁴ الشيء الذي يصير معه لزوما إثبات العلاقة السببية بين الضرر المطالب جبره ونشاط المرفق العام المسند إليه، كما أن الفصل 8 من القانون 90-41 المنشأ للمحاكم الإدارية يجعل من اختصاص هذه المحاكم "دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام"⁵.

وبذلك يكون المشرع قد استبعد مساءلة الدولة عن أضرار أخرى قد لا تنجم بشكل مباشر عن أنشطة المرافق العمومية، ولكنها متصلة بواجبات الدولة في توفير الأمن والرعاية الشاملة للمواطنين مثل الأضرار الناجمة عن العنف والإخلال بالنظام العام أو

¹ أحمد أجمعون: القضاء الإداري، منشورات مطبعة سجلماسة، الطبعة الأولى سنة 2013/2014، ص 145.

² عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد والالتزام بوجه عام مصادر الالتزام الجزء الأول دار النشر للجامعات المصرية 1952، ص 116.

³ أحمد أجمعون: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 158.

⁴ الفصل 79 من ضهير الالتزامات والعقود المغربي.

⁵ الفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41/90.

عن الحرب أو عن حالة الكوارث الطبيعية لذلك نجد أن المشرع قد عمل على تنظيم مسؤولية الدولة في بعض هذه الحالات عن طريق وضع نصوص خاصة.

وفي هذا الإطار صدر ظهير 15 ماي 1948 المتعلق بالتعويض عن أضرار الحرب عن طريق منح إعانات مالية وقروض بنكية تفصيلية وليس عن طريق التعويض الكامل¹ بل أكثر من هذا فإن التعويض هنا يقتصر على الأضرار المادية دون غيرها من الأضرار الجسدية والمعنوية.

أما فيما يتعلق بظهير 30 شتنبر 1953 كما وقع تعديله المتعلق بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن أفعال تعتبر جرائم أو جنح مرتكبة بالعنف من طرف مجرمين أو جماعات بالسلاح أو بدونه فإن التعويض المقرر للمتضررين في إطار هذا الظهير أو ذوي حقوقهم لا يغطي الأضرار المعنوية وإنما يغطي الأضرار المادية فقط، وقد صرح المجلس الأعلى في أحد قراراته²: "إن قرار محكمة الاستئناف الصادر في إطار ظهير 1953/9/30 والمانح لتعويض عن الاضطراب الحاصل في ظروف عيش المدعية نتيجة وفاة ابنتها لا يرتكز على أساس قانوني ما لم يشر إلى مبلغ الموارد التي كانت تتوفر عليها المتوفاة لسد حاجيات والدتها فالفصل الأول من الظهير أعلاه لا يخول التعويض سوى عن الأضرار المادية وبذلك يختلف أساس الحق فيه عن الأساس المستخلص من مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود"³.

وفي نفس السياق فإن الأضرار المترتبة عن الكوارث الطبيعية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تدخل ضمن حالات المسؤولية التي تشكل مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود بسندها التشريعي، لأنه لا يعقل أن تتحمل الخزينة العامة وحدها عبء التعويض عن هذه الأضرار، على الرغم أن هذه الكوارث يتولد عنها الحق في التعويض تطبيقاً لمبدأ التضامن أو المواطنة خاصة وقد كرس الفصل 40 من دستور

¹: حسب الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود الذي يعرف التعويض الكامل بأنه يشمل الخسارة التي يقدرها القاضي باستعانة أهل الخبرة أن تقتضى الحال والمصروفات الضرورية لإصلاح نتائج الفعل الضار وكذلك الكسب الذي فات المتضرر من جراء هذا الفعل.

²: قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء عدد 31 بتاريخ 7 ماي 1960.

³: الفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

2011¹ توجه نحو التعويض على أساس التضامن مما يكون معه قد وسع من مجالات التعويض وبالتالي إضافة نفقات مالية للخرينة العامة للمملكة ناتجة عن تنفيذ بعض الاحكام في اطار التضامن، ومن ثمة فإن التفكير في صيغة لتفعيل هذا الفصل يعد أمرا ملحا ومن شأنه أن يرسخ دعائم الدولة الحديثة دولة الحق والقانون، دولة التكافل والتضامن والمواطنة.

أولا: التحديد القانوني للتعويض

يتمتع القاضي كقاعدة عامة بسلطة تقديرية مطلقة في تعيين وتحديد مبلغ التعويض سلطة لا تطالها إرقابة الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، تماشيا مع ما استقر عليه اجتهاده في هذا المجال² فإن تحديد قيمة التعويض من طرف المشرع بشكل مسبق استثناء من الأصل.

ففي مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة حددت مقتضيات القانون رقم 81-7 في الفصول من 30 إلى 31 من مجال نزع الملكية والفصول من 56 على 66 بالنسبة للاحتلال الموقت قواعد تقييم التعويض وأساسه³.

كما أن ظهور 26 اكتوبر 1942 المتعلق بالتعويض عن الحوادث التي تعرض لها تلاميذ المؤسسات المدرسية العمومية حدد المصاريف التي تتحملها الدولة لإصلاح الأضرار وتشمل مصاريف الاستشفاء والمصاريف الطبية والصيدلية والمصاريف الخاصة بشراء اللوازم والأجهزة الخاصة بتعويض أجزاء الجسم الناقصة وكذا المعاش في حالة الوفاة أو عند حدوث عجز وأيضا المصاريف التأمينية في حالة الوفاة⁴.

¹: الفصل 40 من دستور 2011 على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد

²: قرار عدد 164 بتاريخ 12 أبريل 1969 مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 10 اكتوبر 1969 ص 29.

قرار عدد 1124 بتاريخ 15 نونبر 1962 مجلة القضاء والقانون عدد 54، ص 178.

³: ظهور شريف مؤرخ في 6 مايو 1982 بتنفيذ القانون 7-81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة وبالاحتلال الموقت.

⁴: أحمد أجعون: القضاء الاداري، مرجع سابق، ص 165

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول بأن مجرد التصريح بمديونية الدولة برسم التعويض يقتضي توفر نص قانوني يحدد قيمة وأساسه وإجراءات استيفائه لأن الحكم على الخزينة العامة بدفع مبالغ مالية برسم التعويض عن أضرار لم ينظم القانون مسؤولية الدولة بشأنها، يعد عملا من شأنه أن يعرقل في الصميم نشاطات الإدارات العمومية حسب مقتضيات الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية¹.

الفقرة الثانية: حالات انتفاء مسؤولية الدولة

إذا كان الخطأ المرفقي الذي تتحمل الدولة مسؤولية الأضرار الناتجة عنه يجد أساسه في الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 17 من ظهير 24 ماي 1958 بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية الذي ينص في فترته الأخيرة على أنه: "عند متابعة أحد الموظفين من طرف الغير بسبب هفوة ارتكبها في عمله، يتعين على الإدارة العمومية أن تتحمل الغرامات المالية المحكوم بها عليه مدنيا" فإن هناك حالات أخرى لا يعد من العدل والإنصاف في شيء تحميل مسؤوليتها للدولة، كيف ذلك؟

أولا: انتفاء مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة لأعوانها.

إن العلاقة بين الدولة وموظفيها تختلف عن طبيعة العلاقة بين التابع والمتبوع في ظل القانون المدني فالمتبوع تفترض مسؤوليته لأن خطئه في التوجيه والرقابة مفترض (الفصل 85 من ق ل ع) في حين أن الفصل 79 من ق ل ع و 17 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية.

استبعاد صراحة قيام مسؤولية الدولة على أساس قرينة الخطأ المطلقة واشترط وجود الخطأ مع ضرورة إثباته من طرف المتضرر وفي حالة الخطأ الشخصي الناتج عن التندليس أو الموسوم بجسامة واضحة فإن الموظف وحده يتحمل تبعاته "ولا تحمل الدولة محل الموظف المسؤول عن الأداء إلا عن اعساره مع ضمان حقها في الرجوع عليه

¹: هذا الرأي عبر عنه الجيلالي أمزيد في مقاله الأبعاد المالية والمحاسبية لقضاء التعويض المجلة المغربية للإدارة والتنمية سلسلة مواضيع الساعة العدد 14 - 1998 ص 107، ويبدو لي أنه منطقي جدا من دون أن يعني ذلك ضرورة الأضرار بمصالح المتضرر بل يفترض بالمشروع ان يتدخل من أجل مر الفراغ في مختلف الحالات التي يحكم فيها بتعويض من خلال تمطيط الفصل 79 من ق ل ع بشكل يكاد يفرغه من محتواه ويتضح فيما بعد أن العمل القضائي يتجاهل الفصل 80 من ق ل ع بشكل شبه تام وهذا بجانب للصواب.

لاسترجاع مبلغ التعويض المدفوع للضحية، وذلك وفق مقتضيات الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود¹، كما أن استرجاع هذه المبالغ لا يحتاج إلى سلوك دعوى الاسترداد بل يمكن استخلاصها وفق مقتضيات الفصل 30 من المرسوم الملكي ل 21 /04/1967 بشأن المحاسبة العمومية .

وإذا كانت القاعدة العامة أن الدولة ليست مسؤولة عن الأخطاء الجسيمة لأعوانها رغبة في تقليص حالات مسؤوليتها فإن هناك نصوص أخرى توضح بجلاء حضور الهاجس المالي لدى المشرع رغبة في حماية المالية العامة من خلال حفظ حق الدولة في استرجاع مبالغ التعويض التي دفعتها برسم الإحلال -حلولها محل الموظف العسر- من جهة أو عن طريق إحداث ضمانات مادية تحسبا لإعسار بعض الموظفين من جهة ثانية.

ويمكن للدولة أن تمارس دعوى الاسترداد ضد الموظفين أو ضد الغير طبقا للفصل 85 من ق ل ع في حالة المسؤولية عن الأضرار الحاصلة من الأطفال والشبان خلال وجودهم تحت رقابة رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة.

وفي مجال التحفيظ فإن قيام المسؤولية الشخصية للمحافظ على الأملاك العقارية عن الضرر الناتج عن إغفاله ضبط عمليات تسجيل الحقوق أو عن فسادها وبطلانها. وفق شرط ووجوب تأسيس صندوق للتأمين باقتطاع مباشر من مجموع الحقوق المتحصلة لمحافظة الأملاك العقارية الغاية منه أن يضمن في حالة عسر المحافظ المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليه لصالح الطرف المتضرر².

فإذا كانت هذه هي الحالات التي يجب قانونا أن تثار فيها مسؤولية المسؤول عن الخطأ وليس مسؤولية الدولة فإن هناك حالات أخرى تنتفي فيها مسؤولية الدولة وبالتالي مطالبتها بالتعويض يكون غير مرتكز على أي أساس قانوني.

¹: ينص الفصل 80 من ق ل ع على: "مستخدموا الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم وعن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها"
²: كما أن المحافظ مطالب بتقديم ضمانات من أمواله الخاصة عند تعيينه لتغطية مسؤوليته إزاء الغير عن المخاطر المرتبطة بوظيفته.

ثانيا: حالات أخرى للانتفاء مسؤولية الدولة

إن علاقة السببية بين الضرر والنشاط الإداري أي الخطأ ضرورية لقيام مسؤولية الإدارة، بحيث إذا تمكنت الإدارة من أن تنفي هذه العلاقة أو كان الضرر نتيجة لسبب خارجي لا يد للإدارة فيه فإنها تعفى، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد حالات إعفاء الإدارة فيما يلي:

حالة القوة القاهرة

أثار الفقه نقاشا واسعا حول القوة القاهرة والحادث الفجائي، وأيهما يعفي الإدارة من المسؤولية، والمشرع المغربي سوى بينهما في عدم ترتيب المسؤولية، حيث أنه لم يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إذ سوى بينهما في عدم ترتيب المسؤولية، عكس المشرع الفرنسي الذي ميز بينهما على أساس الفعل الضار الذي يجب أن يكون أجنبيا بالنسبة للقوة القاهرة وداخليا بالنسبة للحادث الفجائي¹، كما نص الفصل 35 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه: "لا محل للمسؤولية المدنية ... إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة القاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤخذ به المدعى عليه"²، وأخذ القضاء الإداري المغربي بهذا المبدأ لكن في حالات المسؤولية الإدارية والعقود الإدارية³، أي في حالات محدودة جدا.

حالة خطأ المتضرر

قد يكون الضرر الذي لحق بالمتضرر في أحيان كثيرة هو من فعله الشخصي مما يترتب عنه إعفاء الإدارة من المسؤولية، وهذا الإعفاء قد يكون كلياً كما يمكن أن يكون جزئياً، أي أن الخطأ يشترك فيه المتضرر والإدارة معا وهذا ما أخذ به القضاء المغربي في

¹: أحمد أجمعون: القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 159.

²: مأمون الكزبري: "نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي" الجزء الأول، مطابع دار القلم ببيروت ص 416.

³: أحمد أجمعون: مرجع سابق، ص 159.

العديد من الأحكام حيث اعتبر مجرد عدم التبصر أو بسبب عدم انتباه المتضرر إذا كان يشكّلان أحد العناصر الأساسية في تحقق الضرر فإنها تؤدي إلى توزيع عبئ المسؤولية¹.

الضرر الناتج عن خطأ الغير

قد يحدث أن يكون الضرر الذي أصاب الشخص أجنبيا عن الإدارة وعن المضرور كذلك وفي هذه الحالة، فإن فعل الغير يعتبر هو الآخر سببا للإعفاء الإدارية من المسؤولية أو التخفيف منها في حالة قيام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ أو الخطأ المفترض وهكذا فإن مسؤولية الإدارة تستبعد نهائيا وبصفة كلية إذا كان الفعل الضار ينسب بصفة أساسية للغير، ولكي تستبعد الإدارة مسؤوليتها ينبغي أن يكون فعل الغير هو وحده المتسبب في الضرر أما في غير هذه الحالة، فإن مسؤولية الإدارة تبقى قائمة².

بعد استعراض من مختلف الأسس القانونية التي عمل فيها المشرع على استحضار البعد المادي في مجال المسؤولية الإدارية والحالات الأخرى التي تنتفي فيها مسؤولية الإدارة وبالتالي انحصار إمكانية أدائها للتعويض باعتباره جزءا ومناطق المسؤولية عن الضرر يثور التساؤل عن الكيفية التي تعامل بها الاجتهاد القضائي مع مختلف الأسس القانونية السالفة الذكر؟

المطلب الثاني: القاضي الإداري وتأويل الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية.

السمة الأساسية التي تتميز بها قراءة توجهات القضاء الإداري بشكل عام وفي مجال قضاء التعويض بشكل خاص، هي صعوبة الكشف عن المنطق الذي يركز عليه القاضي في تأويله للأساس القانوني للمسؤولية الإدارية في مختلف حالاتها، ورغم أن العمل القضائي ضل في مد وجزر دائمين بين الرفض والتأييد إزاء المستفيدين من أنشطة المرافق العامة، إلا أن ميله إلى توسيع نطاق المسؤولية الإدارية تجلى بوضوح في تأويله للأساس القانوني للمسؤولية الإدارية وفي مسألة التعويض عن العوادة التي يتعرض لها المؤمن الدولة في عملهم.

¹ - حمادي حمدي: "التعويض عن الضرر في ميدان المسؤولية الإدارية المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة العدد 14 ص 89.

² : أحمد أجمعون: مرجع سابق، ص 160.

الفقرة الأولى: توسيع العمل القضائي لمجال المسؤولية الإدارية.

منذ التطبيقات الأولى للتشريع المتعلق بالمسؤولية الإدارية طرحت مشكلة تحديد أساسها القانوني على الرغم من وضوح النص القانوني سواء فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة عن الأخطاء المصلحية لموظفيها لأنها من المسؤولية التقصيرية المبنية المثبت بصريح نص الفصل 79 من ق ل ع أو فيما يتعلق بمسؤولية الموظفين الشخصية عن أخطائهم المصلحية، إلا أنه بالرجوع إلى العمل القضائي فإن الأحكام المرتكزة على الفصل 80 ق ل ع فإنها تكاد تكون متعددة¹.

وقد تميزت توجهات الاجتهاد القضائي بمفارقة واضحة تمثلت في التخلي عن قواعد القانون المدني تارة والاستئناس بها تارة أخرى تماشياً مع ما يقوي حق المتضررين في الاستفادة من التعويض استناداً إلى مبادئ العدل والإنصاف².

الابتعاد عن القانون المدني تجلّى في سعي القضاء إلى إقصاء فكرة الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية حيث لا مسؤولية بدون خطأ وإقرار المسؤولية الموضوعية المبنية على أساس المخاطر مما يجعل المتضرر في حل من شرط إثبات خطأ الإدارة³، ولعل المجال الذي يتضح فيه بجلاء اعتماد القضاء الإداري على المسؤولية بناء على المخاطر هو مجال الأضرار المترتبة عن الذخائر الحربية والأدوات المتفجرة باعتبارها خطيرة تقتضي توفير حماية قضائية على قدر خطورتها، وفي هذا الإطار صرحت المحكمة الإدارية بأكادير في حكم لها بأن مسؤولية الدولة في إطار الفصل 8 من القانون 41-90 هي مسؤولية بدون خطأ لا يمكن دفعها إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المتضرر⁴، وهو نفس المسلك الذي سلكته العديد من المحاكم في مجال الحوادث الناجمة عن الألغام المتفجرات المتروكة

¹: محمد الأعرج: مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 99 سنة 2013، ص 24.

²: طبعاً لا يمكن لأي شخص أن ينكر أو يرخّص مبادئ العدل والإنصاف خاصة في علاقة بين طرفين غير متساويين لكن ليس من المجانب لهذه المبادئ الحكم على الخزينة العامة بمبالغ مالية تتجاوز قدراتها خاصة في ضل إكراهات التوازن المالي.

³: للمزيد من الإيضاح حول المسؤولية بدون خطأ انظر عبد القادر باينة: تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار توبقال للنشر 1988، ص 224 - 249.

⁴: حكم رقم 5-95 بتاريخ يناير 1995 غير منشور أشار إليه الجيلالي مريد، مرجع سابق، ص 110.

بحقول التدریب على الرماية¹، وبهذا تكون قد تفادت أو تجاوزت توجه المشرع المغربي نحو تقييد المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر. وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع في الفصل 15 من المرسوم المؤرخ في 18 غشت 1987 المتعلق ببيع عقارات مملوكة للدولة الذي ينص على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحمل المشتري الدولة مسؤولية أي حادث مهما كان نوعه سواء كان ناتجاً عن ذخائر حربية أم عن ادوات متفجرة قد توجد في العقار المبیع "

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد القضائي كان يجذب إلى قواعد القانون المدني لتحديد الأساس القانوني للمسؤولية إذا اعتمدت العديد من المحاكم على الفصل 88 من ق ل ع لتطبيق الخطأ المفترض في مجال حراسة الأشياء خاصة في مجال منازعات حوادث السير إلا أن المجلس الأعلى تصدى لظاهرة الاستناد على مقتضيات الفصل 88 من ق ل ع باعتبارها لا تسعف كأساس قانوني لإقرار المسؤولية الإدارية². إلا أن هذا التصدي لم يتعدى المستوى الشكلي أي أن المجلس الأعلى كان يكتفي بالإشارة إلى المقتضيات الواجبة التطبيق دون أن يقوم بنقض الحكم.

الفقرة الثانية: التعويض عن أضرار الحوادث المتصلة بالوظيفة.

إن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يجد التعويض أساسه في إطار القواعد الضابطة للوضعية النظامية للموظفين أم في إطار مقتضيات الفصل 79 من ق ل ع، أم في الجمع بينهما.

لقد أجاب المجلس الأعلى على هذا السؤال في قرار الشهير بقضية اعبود³ حيث صرح بإمكانية الجمع بين التعويض على أساس الفصل 79 من ق ل ع والاستفادة من الضمانات النظامية التي اعتبرها غير ذات صبغة تعويضية⁴.

¹: حكم ابتدائية طانطان رقم 126 بتاريخ 6 ماي 1992 غير منشور أشار إليه الجبلاي أمريد، مرجع سابق، ص 110.

²: قرار صادر بتاريخ 16 يوليوز 1959 في قضية Martin قضية ورثة محمد بن باجدي صادر بتاريخ 17 فبراير 1978 وقرار 26 يونيو 1982 في قضية ابراهيم بن لحسن الخيار...

³: قرار مؤرخ في 8 يوليوز 1968.

⁴: تجد أساسها في النظام الأساسي للوظيفة العمومية وتشمل: إرجاع المصاريف الطبية والجراحية والصيدلية ضد الحوادث المسندة للصلحة.

ويمكن اعتبار هذا الموقف منطويا على نوع من الإنصاف بالنظر إلى كون حادثة السير التي أودت بحياة السيد عبود حادثا فجائيا لا يتوفر في الغير المسؤول مدنيا في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية وباعتبار الحقوق الممنوحة في إطار الوضعية النظامية للضحية حقوقا جزافية لا تشكل تعويضا كاملا عن الضرر.

كما أكد المجلس الأعلى على أنه لا يوجد تعارض في الجمع بين مقتضيات الفصل 43 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية المتعلق بالرواتب والمصاريف التي تدفع للموظفين الرسميين المصابين بأضرار قيامهم بمهمتهم وبين مقتضيات الفصل 79 من ق ل ع التي تقرر مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بسائر الأفراد كيفما كانت صفتهم¹. لكن ذلك لن يحول دون ممارسة حق الدولة في الرجوع على الغير المسؤول² قصد استرجاع ما صرفته للموظف برسم حقوقه النظامية دون أن يتم خصم المبالغ المسترجعة من قيمة التعويض المحددة قانونا³.

الخاتمة

منه فإن العمل القضائي في مجال المسؤولية الإدارية والانعكاسات المالية للأحكام القضائية في هذا المجال لا يمكن بأي حال تجاهلها خاصة وأن الذمة المالية العمومية تتميز عن الذمة المالية لأشخاص القانون الخاص (طبيعيين أو معنويين) سواء فيما يتعلق في تحصيل مواردها وتدبير إنفاقها، لذلك فإن عدم مراعاة خصائص هذه الذمة من طرف القضاة من شأنه أن يزيد من حدة التعقيدات الإجرائية التي تم تمييز عملية الإسناد المحاسبية لمبالغ التعويض المحكوم بها، مما ينتج عنه كمحصلة عامة ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية، نتيجة ضعف مواردها المالية، في هذا المجال ليست

¹- قرار مؤرخ في 21 فبراير 1975 قضية الدولة المغربية ضد المريني ومن معه المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 5 ص 243.

²- هذه الإمكانية تجد أساسها القانوني في الفصل 28 من القانون المتعلق بالمعاشات المدنية والفصل 32 من القانون المتعلق بالمعاشات العسكرية.

³- قرار عدد 40 مؤرخ في 20 فبراير 1985.

المسؤولية الإدارية وحدها تشير الإشكالات السالفة الذكر، بل هي مجرد نموذج واضح يمكن أن يعكس حجم الإشكالات التي يثيرها قضاء التعويض في علاقته بضرورة حماية المال العام وفي علاقته بحماية الحقوق المالية للدولة والأفراد.

محور القانون المقارن

الهجرة السرية في المواثيق الدولية: الأطفال القاصرين نموذجا.

الأستاذ علاء الدين تكتري

دكتور في الحقوق

باحث في العلوم القانونية

لقد عرف المجتمع الدولي خلال العقود الأخيرة تحولات كبيرة بفعل التطورات العلمية لا سيما في المجالين التكنولوجي ووسائل الاتصال الحديثة، مما انعكس على الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للعديد من الدول أضحت تجلياتها تظهر في شكل أنماط جديدة من العلاقات والتعامل بين الدول في مختلف أوجه حياتها، فضلا عما أصبحت تفرزه مظاهر العولمة نتيجة لذلك من مضاعفات ساهمت في تعقيد هذه العلاقات.

ولقد كان لهذا الواقع الجديد آثار متشعبة إن على المستوى الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي، كما أن من أهم نتائج ذلك اتساع مجالات انفتاح الدول على بعضها وتصاعد وتيرة تنقل مواطنيها خارج حدودها، وقد ساهمت الظروف الاقتصادية الصعبة في تحريك المهاجرين نحو البحث عن ظروف ملائمة.

وفي المغرب بعد الاستقلال أخذت هجرة المغاربة منحى جديدا إلى فرنسا وباقي أقطار أوروبا للعمل بالإضافة إلى هجرة الطلاب سعيا في سبيل تحصيل المؤهلات العلمية، ثم ازدادت العوامل الباعثة عليها كشيوع البطالة والتنطع إلى تحسين الأوضاع المادية، ومن الطبيعي أن تصاحب هذه الموجات القوية للهجرة التي غصت بها الدول الأوروبية المستقبلية تدابير سياسية وقانونية تحد من تدفق المهاجرين وتقتن شروط العمل والاندماج.

ولتطويق تدفق المهاجرين قامت دول أوروبا بسن ترسانة قانونية وجندت الطاقات لإغلاق الحدود بعد توقيع اتفاقية شنغن ومعاهدة ماستريخت حيث تم تطبيق نظام التأشيرة ومراقبة صارمة للحدود الجنوبية، فظهرت الهجرة السرية كوسيلة للوصول إلى أوروبا.

فنظرا لموقع المغرب الإستراتيجي باعتباره حلقة وصل بين القارتين الأوربية والإفريقية ونظرا للعوامل التاريخية، السياسية والاقتصادية الوطيدة والتميزة مع الدول الأوربية، نقطة عبور لمواطني دول جنوب الصحراء إلى أوروبا، وقد ابتدأت موجة المهاجرين السريين الأفارقة صوب المغرب بشكل ملحوظ منذ التسعينات وبلغت أرقاما مهولة في الآونة الأخيرة، وهو ما جعل المغرب في وضعية صعبة لكونه أصبح بلد استقبال للمهاجرين السريين الواردين من إفريقيا وما ينجم عند دخولهم التراب الوطني من مشاكل إنسانية وأمنية واقتصادية.

إن ظاهرة الهجرة السرية كانت تعرف إنتشار كبير في تسعينيات من القرن الماضي، إلا أنها عرفت نوع ما من التراجع في بداية القرن الواحد والعشرون مع وصول ملك المغرب محمد السادس للحكم، لكن مؤخرا رجعت هذه الظاهرة إلى السطح بشكل أكبر وبشدة أكثر.

إن موضوع الهجرة السرية للقاصرين يطرح نفسه بالحاح، فأمام ارتفاع الأصوات المنادية بحماية حقوق الإنسان عامة وحقوق الطفل خاصة باعتباره طرفا ضعيفا في المجتمع وإنتعاش الحركة التشريعية الهادفة إلى هذه الغاية على المستويين الدولي والوطني، هناك إهمال شبه تام لحقوق طائفة من الأطفال أشد ضعفا هم الأطفال المهاجرين يقع التفاوضي عنها وإلتزام الصمت حيالها ولم توجه لها أي برامج مباشرة، إذ تعتبر ظاهرة الهجرة السرية للقاصرين من الطابوهات في بلادنا وهو وضع يلزم تغييره، وهذا جانب من جوانب هذه الدراسة⁽¹⁾ إنها محاولة لكسر جدار الصمت الذي يلف هذه الظاهرة خصوصا وأنها إنتشرت في بلادنا وأصبحت هدفا لعدد كبير من الأطفال يحلمون بالوصول إلى الضفة الشمالية للمتوسط.

فمن المؤسف عندما نشاهد فئة كبيرة ومهمة من أي مجتمع في عمر الزهور يغامرون للذهاب إلى الضفة الأخرى، حيث هناك من يصل ويحالف الحظ وهناك من

¹- علي ضوى " منهجية البحث القانوني " الطبعة الثانية منشورات جامعة ناصر كلية القانون 1993، ص56.

تنتهي به الحياة في عمق البحر لتأكله الأسماك، خاصة بعد رفض مجموعة من الدول الكبرى للحضور إلى مدينة مراكش لتوقيع الاتفاق الدولي الاممي للهجرة. فالدول الأجنبية نسيت أو تناست ما قامت به من غزو للدول العربية والإفريقية واستغلال ثرواتها إبان فثرة الإستعمار، فعلى الأقل هؤلاء المهاجرين يريدون الذهاب إلى أوروبا من أجل تحسين ظروفهم والعيش الكريم.

إن الإنكباب على هذه الدراسة يندرج في سياق التفكير والإجتهد من أجل طفولتنا ووعينا التام بأن الطفل كيان مستقل له حقوقه ومركزه الخاص، لكن يبقى محتاجا للرعاية والحماية بسبب عدم نضجه العقلي والبدني، وبالتالي ضرورة الإسهام في التوعية بالمخاطر التي قد تهدد أمنه وسلامته.

إن الهجرة غير القانونية للأطفال القاصرين المغاربة وغير المرافقين الموجودين في وضعية إهمال بأوروبا أخذت حجما كبيرا وطنيا ودولياً في هذه السنين الأخيرة، فتدفق الأطفال المغاربة أخذ ينمو بشكل كبير باتجاه إيطاليا وإسبانيا.

وللحد من خطورة هذه الظاهرة تحرك المجتمع الدولي من خلال إصدار العديد من الإتفاقيات الدولية لحقوق الأطفال بصفة عامة أو للأطفال غير المرافقين بصفة خاصة.

الواقع أن المجتمعات الوطنية تتحمل بالدرجة الأولى مسؤولية رعاية الأطفال وتوفير ضروريات الحياة وتهيئة الظروف التي تسمح لهم بالنمو السليم البدني والعقلي، واتخاذ التدابير وسن التشريعات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

ومع ذلك تظل هناك ضرورة ملحة لمعالجة شؤون الطفولة على المستوى الدولي، لأن تقرير حقوق الأطفال في الإتفاقيات الدولية يدفع الحكومات الداخلية إلى مسaire المعايير والإتجاهات الدولية.

ومن الإتفاقيات التي لا يمكن تجاهلها في هذه الدراسة، الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وبروتوكولها الاختياري بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء (المحور الأول).

ذلك لأن هاتين الاتفاقيتين يتضمنان مجموعة من الحقوق العامة والخاصة للطفل باعتباره كائناً بشرياً ضعيف يحتاج للرعاية والمساعدة.

كذلك سنحاول دراسة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم وكذلك إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة وبرتوكولها المكمل المتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو في (المحور الثاني). ثم سننرجح إلى دراسة الإتفاقيات الثنائية بين الدول مع التركيز على نموذج مذكرة التفاهم المغربية الإسبانية حول ترحيل القاصرين المغاربة (الحوار الثالث). وفي الأخير سنختتم هذه الدراسة بمجموعة من السلبيات والملاحظات وكذا مجموعة من المقترحات والتوصيات.

المحور الأول: الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل وبرتوكولها الإختياري بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء
سنحاول في هذا المحور دراسة الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل (الفقرة الأولى) لنرى ما هي الحقوق التي كرستها من أجل حماية الطفل من كل الأخطار، وبعد ذلك سنبحث في الحقوق المكرسة في البروتوكول الإختياري بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل

سنعمل على دراسة الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لأنها تتضمن حقوق هامة للأطفال ومقتضياتها تعتبر مصدر التزام دولي بالنسبة للدول المصادقة عليها،⁽¹⁾ ولهذا سنحاول دراسة مقتضيات الاتفاقية من خلال النقاط التالية :

أولاً : المصلحة الفضلى للطفل.

من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إتفاقية حقوق الطفل كون جميع الإجراءات والقرارات المتعلقة بالطفل يجب أن تستلهم في الاعتبار الأول مصالح الطفل الفضلى⁽²⁾.

وهذا المبدأ نجده مكرساً في المادة الثالثة من الاتفاقية التي تنص على أنه " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الإجتماعية

¹- ناصر متيوي مشكوري " موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد: 54/55 يناير 2004.

²-Mamoud zani " la convention internationale des droits des enfants: portée et limites" édition publisud paris 1996.p16.

العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

وتشير العديد من المواد الأخرى الواردة في الاتفاقية إلى هذا المبدأ للتأكيد على أولوية إعطاء المصالح العليا للطفل المقام الأول عند النظر في إتخاذ أي إجراء وأي كانت طبيعته⁽¹⁾.

فالمادة التاسعة تحضر فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا أنها تقر جواز ذلك إذا كان هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل وإهمالهما له.

وتعالج المادة العشرون مسألة إيجاد الوسط العائلي البديل للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية، وذلك حفاظاً على مصالحه الفضلى، ويمكن أن تشمل هذه الرعاية الحضانة والكفالة الواردة في الفقه الإسلامي⁽²⁾ أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال ولعل هذا ما يعطي الشرعية لمراكز الإيواء الموجودة في إيطاليا وإسبانيا من أجل استقبال الأطفال المغاربة المهاجرين سرياً والذين هم في حاجة ماسة لرعاية بديلة عن أسرة فقدوها وفقدوا معها العطف والحنان.

ثانياً : حماية الأطفال من ذوي الظروف الخاصة.

لم تقتصر اتفاقية حقوق الطفل على مجرد تعداد مجموعة من الحقوق العامة والخاصة ينبغي أن يتمتع بها الطفل، بغض النظر عن جنسيته أو لغته أو ثقافته أو عقيدته، بل اهتمت بحماية الأطفال من ذوي الظروف الخاصة، وقررت مجموعة من الحقوق لا يتمتع بها من الأطفال إلا من توافر لديه ظرف يجعله في حاجة لحماية لا يحتاج لها الطفل الذي يعيش في ظل ظروف عادية⁽³⁾.

¹- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي " اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء " مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة العدد 3 شتنبر 1993. ص 169.

²- محمد ناصر المتويي " ملائمة النصوص الوطنية مع الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل " مداخلة خلال الندوة التي نظمتها كلية الحقوق بفاس شعبة القانون الخاص مع المرصد الوطني لحقوق الطفل في موضوع " الأسرة والطفولة تحديات ورهانات " يومي 23 و24 نونبر 2000 بفاس والتي حضرنا أشغالها.

³- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي : مرجع سابق ص 157.

بعبارة أخرى فرقت الاتفاقية حقوق الطفل بين طائفتين من الأطفال، الأولى أطفال يعيشون في ظل ظروف عادية، والثانية أطفال يعيشون في ظل ظروف خاصة أو غير طبيعية، حيث فرضت لهذه الفئة الثانية حماية خاصة حسب نوع وطبيعة الظروف الخاصة التي يحيون في ظلها⁽¹⁾.

وتشمل طائفة أصحاب الحالات أو الظروف الخاصة، الطفل المعاق والطفل اللاجئ والطفل الذي ينتمي إلى أقلية ثقافية أو لغوية أو دينية والطفل الجانح.

ومن طوائف الأطفال الذين اعتبرتهم الاتفاقية من ذوي الظروف الخاصة الأطفال اللاجئين، الذين تعتبر ظروفهم شبيهة بظروف الأطفال المهاجرين سرياً، وإذا طالعنا ما ورد في اتفاقية حقوق الطفل بشأن الطفل اللاجئ نجد نصاً وحيداً وصياغته تتسم بالعمومية وعدم التحديد، فطبقاً لنص المادة الثانية والعشرين تلتزم الدول الأطراف بنوعين من التدابير حيال الطفل اللاجئ أو الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ، التدبير الأول يشتمل في العمل على تمتيعه بالحقوق الواردة في الاتفاقية أو في غيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون الإنساني أو المتعلقة بحقوق الإنسان، أما الثاني فهو التعاون مع الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة أو غيرها من المنظمات الدولية لحماية الطفل اللاجئ والبحث عن والديه لجمع شمل أسرته.

ولعل أهم ما يمكن أن نلاحظه هو أن الاتفاقية لم تقدم حقوقاً مفصلة وهامة لحماية الطفل اللاجئ.

ثالثاً : الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الطفل في الاتفاقية.

حقوق الطفل الخاصة المنصوص عليها في الاتفاقية عديدة ومتنوعة، بعضها يجعل الطفل موضوعاً للحماية وبعضها يجعل الطفل حائزاً لها ومتصرفاً فيها لا قيود ترد على حريته في التحرك والتصرف وهي حقوق تفرضها الاتفاقية تارة على الأسرة أو على الوالدين وتارة على السلطات العامة والدولة وتارة ثالثة على المجتمع الدولي ومن هذه الحقوق الخاصة :

¹- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي : المرجع نفسه. ص157.

I- حماية الطفل في مجال العمل.

لقد عالجت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل مسألة عمل الأطفال في مادة وحيدة الثانية والثلاثون والتي تعترف بحق الطفل في الحماية من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء عمل يرحح أن يكون خطيراً أو يمثل إعاقة لتعليمه أو يضر بصحته أو بنموه وتلزم الدول باتخاذ التدابير الشرعية التي تكفل هذا الحق.

وكما أكدنا سابقاً فالأطفال الذين يشتغلون في سن مبكرة معرضون لخوض تجربة الهجرة السرية نظراً للظروف القاسية التي يعانونها في مجال العمل⁽¹⁾، أما بالنسبة للأطفال القاصرين الموجودين في أوروبا فهم يشتغلون في سن مبكرة وفي أسوأ الظروف في الضيعات الفلاحية.

II- تحريم اختطاف الأطفال.

لا أحد يجادل في وجود تجارة رائجة للأطفال في العالم بهدف استخدامهم في الأعمال والمهن المختلفة أو استخدامهم في ممارسة الدعارة.

ولمعالجة ظاهرة اختطاف الأطفال عبر العالم⁽²⁾، جاء في اتفاقية حقوق الطفل في مادتها الخامسة والثلاثون أنه يمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الإتجار بهم لأي غرض من الأغراض وبأي شكل من الأشكال وتدعو الدول الأطراف في الاتفاقية إلى اتخاذ جميع التدابير على المستوى الوطني والثنائي والدولي لحضر هذه التصرفات.

وإذا كانت الاتفاقية لم تعمل على التجريم الدولي لهذه الظاهرة الخطيرة فإنها عملت على إصدار البروتوكول الإختياري الملحق بالاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لـ 25 ماي 2000⁽³⁾.

III- حق الطفل في إعادة التأهيل.

قد يتعرض الطفل للإهمال أو الاستغلال أو التعذيب مما يؤثر بشكل سلبي على صحته وعلى نفسيته ونموه، لذلك ألزمت الاتفاقية الدول على اتخاذ التدابير المناسبة

¹- عمل الأطفال نحو إزالة الوصمة تقرير صادر عن مكتب العمل الدولي جنيف، سنة 1996، ص 3.

² - MAMOUD ZANI: op.cite. P : 33 -

³- سنعمل على دراسة هذا البروتوكول في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

إعادة التأهيل البدني والنفسي⁽¹⁾، وإعادة التأهيل يساهم في إعادة الثقة والطمأنينة لنفسية الطفل ويجنبه الوقوع في براثن الإحباط والعقد النفسية ويساعده على تجاوز المحنة التي عصفت به.

ويعتبر الطفل الذي خاض تجربة الهجرة السرية أولى بالحماية من أجل إعادة تأهيله وإدماجه بعد تجربة صعبة وقاسية سواء في مرحلة العبور أو خلال المقام في الديار الأوربية.

IV- حق الطفل في سماع رأيه في جميع المسائل التي تمس حياته.

تدعو المادة الثانية عشرة من الاتفاقية الدول الأطراف إلى كفالة حق الطفل في التعبير عن آرائه في جميع المسائل التي تمس حياته وينبغي على وجه الخصوص إتاحة الفرصة للطفل للإستماع إليه في أية إجراءات قضائية أو إدارية تمسه سواء بطريق مباشر أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، وهذا المقتضى يجب تطبيقه على الأطفال القاصرين المغاربة في إسبانيا خاصة عندما تقوم السلطات بترحيلهم نحو المغرب ضدا عن إرادتهم⁽²⁾.

يتبين مما سبق أن الاتفاقية ركزت على معظم المشاكل التي تعاني منها الطفولة دون أن تبحث أو تتعمق في الأسباب التي تؤدي إليها، وتعمل على ضرورة علاجها فالاتفاقية تتعامل مع النتائج دون التطرق إلى الأسباب المؤدية إليها، كما تتحدث عن مركز الطفل اللاجئ دون البحث وعلاج الأسباب التي أدت إلى هذه الظاهرة، والحلول الواجب إتباعها للقضاء على ظاهرة اللجوء وإعادة اللاجئين إلى أوطانهم.

وعلى الرغم مما توجي به نصوص الاتفاقية من إحاطتها بكافة حقوق الطفل فإن النظرة المتفحصة تظهر إغفال بعض هذه الحقوق كحقوق الطفل الأجنبي، وحقوق الأطفال المهاجرين صحة أسرهم.

كذلك كان من الواجب اعتبار بعض الممارسات للإنسانية التي يتعرض لها الأطفال بمثابة جرائم دولية توجب محاكمة وملاحقة مرتكبيها على المستوى الدولي، ومن أمثلة هذه الممارسات اختطاف الأطفال ونقلهم إلى الخارج أو الاتجار بهم أو

¹- عبد العزيز مخيمر عبد الهادي ص 155 مرجع سابق.

²- www. Humain Right watch.com -

استغلالهم في الدعارة أو استخدام أجسادهم كقطع غيار بشرية وكذلك المساعدة على هجرتهم سرّياً.

وإذا كانت الاتفاقية تحث الدول على أن تحترم الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمينها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز⁽¹⁾ بغض النظر عن لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي، فإن الدول لا تتخذ جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز وهذا ما يجسده الواقع.

يتبين مما سبق أن اتفاقية حقوق الطفل لا تتضمن أي مقتضى يخص الأطفال القاصرين المهاجرين سرّياً، وذلك راجع لأن الظاهرة ظهرت بعد صدور الاتفاقية، وهذا ما أصبح يستلزم ضرورة التدخل لمواجهتها وذلك بإصدار بروتوكول اختياري ملحق بالاتفاقية يعالج ظاهرة هجرة القاصرين بتفصيل.

وفي الأخير نوّكد بأن الاتفاقية تعتبر مصدر التزام دولي بالنسبة للدول الموقعة عليها خاصة المغرب، إسبانيا وإيطاليا الدول المعنية بظاهرة الهجرة السرية ولذلك فهي ملزمة بضرورة إعمال مقتضيات هذه الاتفاقية من أجل تمتيع الأطفال القاصرين المهاجرين سرّياً على الأقل بالحقوق العامة المضمنة بهذه الاتفاقية.

الفقرة الثانية : البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية⁽²⁾.

إزاء القلق الذي يساور الدول تجاه الإتجار بالأطفال الواسع النطاق والمتزايد من خلال بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية وإزاء الممارسة المنتشرة المتمثلة في السياحة الجنسية التي يتعرض لها الأطفال، بادر المنتظم الدولي إلى إصدار بروتوكول اختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية.

¹- لينا حموي : "حقوق الطفل بين الواقع والقانون" مجلة الشاهد اللببية، عدد 197، يناير 2002، ص 96.

²- اعتمد وعرض للتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 263

وقبل تحليل مقتضيات البروتوكول نشير إلى أنه يقصد ببيع الأطفال في البروتوكول، أي فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من جانب أي شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى شخص آخر لقاء مكافأة⁽¹⁾.

ويقصد باستغلال الأطفال في البغاء استخدام طفل لغرض أنشطة جنسية لقاء مكافأة⁽²⁾.

أما استغلال الأطفال في المواد الإباحية فيقصد بها تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساساً.

ولأجل الحد من هذه الأفعال الماسة بكرامة وحقوق الأطفال ينص البروتوكول على أن تجرم كل دولة طرف هذه الأفعال بموجب قانونها الجنائي⁽³⁾، وحسنا فعل البروتوكول عندما عمل على تجريم هذه الأفعال حتى لا تضل خارج دائرة العقاب.

ومن أجل الكشف عن مرتكبي هذه الأفعال في حق الأطفال يركز البروتوكول على الدول من أجل تقديم أقصى قدر من المساعدة إلى بعضها البعض فيما يتعلق بعمليات التحقيق أو الإجراءات الجنائية في الجرائم المرتكبة على الأطفال⁽⁴⁾.

وكذلك من أجل ضمان حماية للأطفال ضحايا هذه الجرائم، يحث البروتوكول الدول الأطراف على اتخاذ التدابير المناسبة، لحماية حقوق الأطفال الضحايا⁽⁵⁾ وذلك بإعلامهم بحقوقهم وتوفير خدمات المساندة الملائمة للأطفال الضحايا طيلة سير الإجراءات القانونية وحماية خصوصيات وهوية الأطفال الضحايا واتخاذ التدابير اللازمة لتجنب نشر معلومات يمكن أن تفضي إلى التعرف على هؤلاء الأطفال.

كما يحث البروتوكول، على أن تتخذ الدول الأطراف كل الخطوات اللازمة لتقوية التعارف الدولي، عن طريق الترتيبات الثنائية والمتعددة الأطراف والإقليمية

1- المادة الثانية الفقرة -أ- من البروتوكول.

2- المادة الثانية الفقرة -ب- من البروتوكول.

3- الفقرة الأولى من المادة الرابعة للبروتوكول.

4- المادة السادسة من البروتوكول.

5- الفقرة الأولى من المادة الثامنة من البروتوكول.

لتسهيل كشف وتحري ومقاضاة ومعاقبة الجهات المسؤولة عن أفعال تنطوي على بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية والسياسة الجنسية، كما تعزز الدول الأطراف التعاون والتنسيق الدوليين بين سلطاتها والمنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية والمنظمات الدولية⁽¹⁾.

وضمننا لحماية أفضل للأطفال ضحايا هذه الجرائم، نص البروتوكول على تعزيز التعاون الدولي لمساعدة هذه الفئة على الشفاء البدني والنفسي وإعادة إدماجهم في المجتمع وإعادةتهم إلى أوطانهم.

لكن يبدو أن البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية اكتفى بالإشارة إلى القلق الذي يساور المجتمع الدولي من استغلال الأطفال في الإتجار الدولي الذي أصبحت رفعتة تتسع يوماً بعد يوم خاصة في السياحة الجنسية ولم يأت بمقتضات فعالة تلزم الدول باتخاذ إجراءات صارمة تجاه العصابات التي تجني الملايير على حساب كرامة وبراءة الأطفال.

المحور الثاني: الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.

من أجل إقرار معايير دولية لحماية جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم يكون معترفاً بها من طرف جميع الدول، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (الفقرة الأولى) ولمواجهة العصابات الدولية التي تتخذ من الإتجار في البشر نشاطاً لها وتجنّي من وراء ذلك الملايين قام المجتمع الدولي برد فعل إيجابي حول هذه المعضلة بإصدار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

ثمة حقيقة أساسية لا بد من الإقرار بها وهي أن التعامل مع إشكالية الهجرة يستلزم بالضرورة الإنطلاق من المنظور الحقوقي وذلك باستحضار البعد الإنساني في نسقه الكوني والشمولي.

¹- المادة العاشرة من البروتوكول.

ويبدو جلياً أن هناك قناعة راسخة لدى جميع المتدخلين والفاعلين في موضوع الهجرة بأن المقاربة الأمنية وحدها ليست كافية لمعالجة قضايا الهجرة في إطارها العام⁽¹⁾. وتبعاً لذلك فقد أصبح من اللازم إعادة النظر في هذه المقاربة وإغنائها برؤية جديدة تستند أساساً على مرتكزات قانونية وحقوقية.

فالهجرة في مفهومها الشامل ظاهرة كونية ليست وفقاً على بلد دون آخر أو زمن من دون آخر، وهي لا تعني المغرب وحده ولكنها تعني كل بلدان العالم تقريباً ومنذ ولد الإنسان وهو يسعى في أرض الله الواسعة، بحثاً عن ينابيع العلم والمعرفة لاكتشاف أفق أفضل وواقع أحسن يحضى فيهما بالعيش بكرامة متمتعاً بكل حقوقه الإنسانية.

وعلى امتداد السنوات والأجيال عرفت الهجرة في كل أنحاء المعمور خطأً بيانياً تصاعدياً مازال متواصلًا حتى الآن بل إنه مرشح للارتفاع اليوم أكثر من أي وقت مضى. والهجرة التي هي ظاهرة كونية طبيعية لكل المخلوقات تجمع بين الخير والشر، أحياناً تكون عدواناً يجب مقاومته⁽²⁾ والتصدي له وأحياناً أخرى ذات منافع للبلد الأجنبي⁽³⁾ أو للبلد الأصلي⁽⁴⁾.

فالهجرة إذن سلاح ذو حدين ينبغي أن نعرف كيف نستعمله أو كما قال عنها الأمين العام للأمم المتحدة السيد "كوفي عنان"، بأنها ظاهرة محتومة، وهي جزء هام من الحل⁽⁵⁾ أو بعبارة أخرى، فإن المهاجرين جزء من الحل وليسوا جزءاً من المشكلة، ويجب ألا يكون المهاجرين كبش فداء لطائفة عريضة من المساويء الاجتماعية.

¹- كلمة السيد محمد أوجار وزير حقوق الانسان في افتتاحية مجلة نشرة فصلية تصدر عن مركز حقوق

المهاجرين التابع لوزارة حقوق الإنسان، أبريل العدد الأول، 2004.

²- خاصة العصابات المنضمة الدولية التي تتخذ من الهجرة السرية هدفها وتغتنى من ورائه.

³- تستفيد الدول الأجنبية من هجرة الأدمغة والعقول الذكية.

⁴- تستفيد الدول المصدرة للهجرة من خلال التحويلات الهامة للمهاجرين من العملة الصعبة فقد يرسل المهاجرون ما لايق عن 88 مليون دولار إلى أوطانهم ذكره عبد الله درميش في مداخلته خلال ندوة (السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق) أيام 9-10-11 دجنبر 2004 بمكناس.

⁵- كلمة السيد الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان أمام البرلمان الأوربي بمناسبة تسليم جائزة " أندريه ساخرون" لحرية الفكر ببروكسيل يوم 29 يناير 2004 اورد هذه المقولة السيد عبد الله درميش في مداخلته خلال ندوة "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق" أيام 9-10-11 دجنبر 2004 بمكناس.

كل هذه الأسباب جعلت المنتظم الدولي يهتم بقضايا الهجرة وهكذا اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم⁽¹⁾ بقرار رقم 45/158 بتاريخ 18 دجنبر 1990، دخلت حيز التنفيذ بعد مصادقة الدولة العشرون بتاريخ 10 دجنبر 2002 حسب مقتضيات المادة 87 من الاتفاقية.

لقد حاولت الاتفاقية إقرار معايير دولية لحماية جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم يكون معترفاً بها من طرف جميع الدول لتكون وسيلة لتشجيع الدول التي لا تتوفر على معايير دولية على ملائمة تشريعاتها مع المعايير المتعارف عليها دولياً. لذلك عملت الاتفاقية⁽²⁾ على التعريف بالعمال المهاجر وفئات العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، ونصت على عدة حقوق من أجل ضمان حماية الحقوق الأساسية للمهاجرين سواء كانوا في وضعية قانونية أم لا.

إن هذه الاتفاقية بموادها الثلاثة والتسعون، تجسد الصيغة الأنسب والأكثر ملائمة لتشبيته احترام حقوق المهاجرين عملياً وميدانياً إذا ما تم المصادقة عليها من طرف كل الدول المعنية بقضايا الهجرة خاصة الدول الأوروبية وإذا ما تم الوفاء لروحها نصاً وجوهراً.

لقد جاء في ديباجة هذه الاتفاقية أن الدول الأطراف تضع في اعتبارها حالة الضعف التي كثيراً ما يوجد العمال المهاجرون وأفراد أسرهم فيها بسبب أمور منها بعدهم عن دولة المنشأ⁽³⁾ والصعوبات التي يمكن أن تصادفهم والناشئة عن وجودهم في دولة العمل.

¹- هذه الاتفاقية جاءت حصيلة عمل فريق من الخبراء الدوليين طيلة 12 سنة وتناولت مشاكل الهجرة بكل شمولية ودقة ونظمت آليات دقيقة من أجل تطبيق مقتضياتها.

²- صادق المغرب على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم بظهير 4-93-5 المؤرخ في 14 يونيو 1993 وقام بإيداع أدوات المصادقة بتاريخ 21 يونيو 1993.

³- احتراماً لنص وروح الاتفاقية سنقوم باستعمال العبارات المستعملة في صلبها من قبيل دولة المنشأ وهي تعني الدولة الأصلية للمهاجر ومن قبيل الهجرة النظامية أي الهجرة القانونية أو الشرعية وكذلك الهجرة غير النظامية التي تعني الهجرة الغير قانونية أو الهجرة السرية.

وتأخذ الدول المصادقة على الاتفاقية في الاعتبار أن الهجرة غالباً ما تكون السبب في نشوء مشاكل خطيرة لأفراد أسر العمال المهاجرين وكذلك العمال أنفسهم خاصة بسبب تشتت الأسرة.

وتضع كذلك في اعتبارها أن المشاكل الإنسانية التي تنطوي عليها الهجرة تكون أجسم في حالة الهجرة غير النظامية، ولذلك فالدول الموقعة مقتنعة بضرورة تشجيع الإجراءات الملائمة بغية منع التنقلات السرية والاتجار بالعمال المهاجرين والقضاء عليها وفي الوقت نفسه تأمين حماية ما لهم من حقوق أساسية⁽¹⁾.

واعتباراً لكون العمال غير الحائزين للوثائق اللازمة أو الذين هم في وضع غير نظامي يستخدمون في أحيان كثيرة بشروط أقل مواتاة من شروط العمال الآخرين، وأن بعض أرباب العمال يجدون في ذلك ما يغريهم بالبحث عن هذا النوع من اليد العاملة بغية جني فوائد المنافسة غير العادلة، ولهذا فإن الدول ترى أن ما يثني عن اللجوء إلى استخدام العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير نظامي هو أن يتم الاعتراف على نطاق أوسع بما لجميع العمال المهاجرين من الحقوق الأساسية. وأن منح بعض الحقوق الإضافية لمن يكونون في وضع غير نظامي من العمال المهاجرين وأفراد أسرهم سيشجع جميع العمال المهاجرين وأرباب العمل على احترام القوانين والإجراءات التي أقرتها الدول المعنية وعلى الإمتثال لها.

إن ما يميز هذه الاتفاقية كونها تنطبق على جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم دون تمييز من أي نوع مثل التمييز بسبب الجنس أو العنصر أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الجنسية أو الوضع الإقتصادي أو الحالة الزوجية أو أي حالة أخرى.

وكذلك يمكن تطبيق هذه الاتفاقية في جميع مراحل عملية الهجرة وتشمل التحضير للهجرة والمغادرة والعبور وفترة الإقامة بكاملها⁽²⁾.

¹ - Fouad ben makhlouf - « la place de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles dans les instruments internationaux des droits de l'homme » colloque internationale " migrant et droit humain " Rabat 24-25-mars2003.

² - الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

إلا أن هذه الاتفاقية ميزت في الحقوق بين المهاجرين النظاميين والغير النظاميين فنصت على حقوق يتمتع بها جميع المهاجرين بغض النظر عن حالتهم القانونية وسمتها حقوق الإنسان لجميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ونصت على حقوق أخرى أكثر أهمية يتمتع بها المهاجرون النظاميون وطوائف أخرى من العمال المهاجرين.

الفقرة الثانية : اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة وبرتوكولها المكمل لمتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المنظمة
تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الإطار العام لكل الجرائم المنظمة ومنها الجرائم المرتبطة بالهجرة السرية (أولاً)، وقد أدرجت هذه الاتفاقية بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو (ثانياً).

أولاً : اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
إن الجريمة في صورتها المألوفة، كانت معزولة حبيسة البلد الواحد تستطيع كل دولة بمعزل عن باقي الدول الأخرى معالجتها بالوسائل القانونية الداخلية، فهي شأن محلي صرف إلا أن هذه الجريمة، أخذت تأخذ بعدها الدولي شيئاً فشيئاً، بسبب الإنفتاح الذي عرفته هذه الجريمة الدولية وسهولة الانتقال.

فكانت الفرصة مواتية لتأخذ الجريمة المنظمة مظهراً آخر فأصبحت ظاهرة تنتخطى حدود الدولة بسرعة وأصبح موضوع الإهتمام بها ليس شأنا محلياً⁽¹⁾.
ومن بين المجالات التي تنشط فيها العصابات الإجرامية في الجريمة الدولية المنظمة الهجرة السرية.

إن ظاهرة الهجرة شغلت العالم المعاصر سواء في الدول المتقدمة أو الفقيرة، لأن طبيعة الحياة تسمح بأن يحلم الشباب والأطفال من دول العالم الثالث بشد الرحال إلى أوروبا حيث الجنة الموعودة كما يحلو لهم أن يتخيلوا.

وفي خضم هذه التفاعلات ازدهرت حركة الهجرة غير المشروعة وفتح المجال واسعاً أمام المهربين، لتصبح هذه الهجرة صناعة مربحة تدر على هؤلاء أرباحاً خيالية قد تصل

¹- عبد الله درميش "دور التشريع الجنائي في توطيد الأمن موضوع مداخلة خلال ندوة حول "السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق" أيام 9 و10 و11 دجنبر 2004 بمكناس.

حسب بعض التقديرات إلى عشرة مليارات من الدولارات⁽¹⁾ يتقاسمها المهربون والسماسة ومن يشاركهم من رجال القرار وأغلبهم من أوروبا.

إن هذه العصابات المنظمة تزوج نشاطها بين المخدرات والهجرة السرية، وما يؤكد هذا الطرح هو أن أغلب القوارب المغادرة للمغرب في اتجاه إسبانيا تحمل على متنها المخدرات إلى جانب المرشحين للهجرة.

وأمام هذا الوضع المأسوي فإن المجتمع الدولي قام برد فعل إيجابي تجاه هذه المعضلة، وعقد رؤساء الدول ورؤساء الحكومات والوزراء خلال ثلاثة أيام من دجنبر 2000 مؤتمرا باليرمو بصقلية أفرز معاهدة دولية وقعها ممثلون عن مائة وأربعة وعشرين (124) دولة أطلق عليها "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة"⁽²⁾.

وفي تقدير المهتمين فإن أية معاهدة تبنتها منظمة الأمم المتحدة لم تحظى بهذا العدد الكبير من الموقعين عليها، إذ كان المناخ الذي يسود العالم مهيئاً لذلك فقد سبق الحماس هذا التوقيع وساد شعور عام لدى دول العالم بضرورة إبرام مثل هذه المعاهدة، ولذلك صيغت بنود هذه الاتفاقية في وقت قياسي، كما أن مناقشتها لم تتطلب الكثير من الجهد والعناء المألوف في المعاهدات الدولية فتمت المصادقة عليها بكثير من اليسر⁽³⁾.

ومن بين الملامح الكبرى لهذه الاتفاقية، أنها تعتبر الإطار العام لكل الجرائم المنظمة عبر الوطنية، التي تشكل خطراً كبيراً على المجتمع الدولي إذ يمكن تطبيقها في مجال المخدرات والإرهاب والهجرة السرية والاتجار في البشر.

كما اهتمت المعاهدة في الوجه الآخر لها بالجانب التعاوني وخصصت مقتضيات لشؤون المساعدة القانونية المتبادلة، بحيث أبدعت مجموعة كبيرة من الأساليب العملية التي تساعد على مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومنها على

¹- عبد الله درميش "دور التشريع الجنائي في توحيد الأمن" مرجع سابق.

²- تم التوقيع على هذه الاتفاقية باليرمو بصقلية يوم 12 دجنبر 2000 وقد صادقت عليها المملكة المغربية وتم نشرها بمقتضى ظهير 1-02-132 الصادر بتاريخ 4 دجنبر 2003 وتم محضر إيداع وثائق المصادقة بنيويورك في 20 دجنبر 2002 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 12 فبراير 2004.

³- عبد الله درميش "مرجع سابق".

الخصوص، القواعد المتعلقة بالجمعيات والتنقل الإلكتروني وإجراءات من شأنها حماية الشهود الذين قد يتعرضون للترهيب والتخويف، كما سمحت باستعمال التقنيات الحديثة في الإثبات كشبكات الفيديو وغيرها.

وتتضمن هذه المعاهدة عناصر جديدة تعكس التفكير جلياً في كيفية مكافحة الجريمة المنظمة، ولأول مرة نجد مقتضيات تتعلق بالوقاية من الجريمة، كما ربطت هذه الاتفاقية بصفة واضحة الجريمة بأفة الفقر كما علق الموقعون على هذه الاتفاقية الأهمية القصوى على الرأي العام في الوقاية من الجريمة⁽¹⁾.

ومع ذلك فالهجرة السرية، تظهر صورة مأساوية لشباب وأطفال يموتون غرقاً، البعض منهم ترمي به البحار، والبعض الآخر يكونون لقمة سائغة للحيثان وفئة أخرى يلقون حتفهم بسبب اختناقهم في الشاحنات التي يختبئون فيها خوفاً من سطوة القانون، أما الناجون فهم قلة محظوظة فكثيراً ما يجدون أنفسهم تحت رحمة أرباب العمل وهؤلاء أيضاً من قساة القلوب ومصابي الدماء البشرية، مما يجعل هؤلاء الصبية المهاجرين مضطهدين يضطرون إلى امتهان أشنع الأعمال واحتراف الدعارة كشكل جديد للعبودية.

لذلك فمحاربة الهجرة غير الشرعية يجب أن تكون جزءاً من خطة أكثر شمولية، فيكفي من الضجيج الإعلامي الذي يصاحب ترحيل مجموعة من المرشحين للهجرة إلى بلدانهم والسكوت عن مدبري ورؤساء الشبكات التي تقتني من هذه الهجرة لأن هذا الصخب ينسينا موطن الخطورة في الهجرة السرية، وهي الضرب بصرامة على هؤلاء المدبرين وليس الهدف هو المهاجرون الذين يوصمون بالإحتقار ويعاملون معاملة تجردهم من إنسانيتهم فهم ليسوا مجرمين فهم كادحون تحدوا الفقر ويريدون فرصة عادلة وهي الرسالة التي يتعين على المجتمع الدولي أن يفهمها.⁽²⁾

¹- عبد الله درميش مرجع سابق.

²- جاء في كلمة الأمين العام للأمم المتحدة السيد كوفي عنان أمام البرلمان الأوروبي يوم 29 يناير 2004 " المهاجرون يحتاجون إلى أوروبا غير أن أوروبا تحتاج إلى المهاجرون أيضاً فأوروبا التي تغلق الأبواب على نفسها ستكون أوروبا أكثر بخلًا وفقراً وشيخوخة أما أوروبا المفتوحة فستكون أكثر ثراءً وقوة وشباباً شريطة أن تدار الهجرة بصفة جيدة" المقولة ذكرها عبد الله درميش في مداخلتها " دور التشريع الجنائي في توطيد الأمن " مرجع سابق.

يتبين مما سبق أن هذه الاتفاقية تعتبر المحور الأساسي لاستراتيجية دولية لمكافحة الجريمة المنظمة، فمقتضياتها تعتبر آليات ترسى عليها الأهداف التي يتعين على الدول أن تتضافر فيما بينها لفائدة الإنسانية وتشكل هذه المعايير أيضاً قاعدة صلبة للتعاون الدولي، ولتعزيز هذه الإتفاقية صدر بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البحر والجو والبر.

ثانياً : بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽¹⁾.

برزت في السنوات الأخيرة تجارة البشر التي ازدهرت بفضل نشاط المافيا بنقل النساء والفتيات والأطفال إلى الدول المتقدمة لاستغلالهم في أبشع الصور التي يندى لها الجبين، وهذا النوع من التجارة المربحة ليس مقصوراً على هذه الدولة دون الأخرى بل أصبح يجتاح كل الدول.

لقد انتهكت مافيا الإتجار في الأشخاص براءة الأطفال وحقوقهم وأجسامهم مستغلة في ذلك ظروفهم الصعبة، واعتصبت أجسادهم دون أن تدرك عقول الأطفال خطورة ما يحدث لأجسامهم فهذه العصابات تقوم باستغلال الأطفال في جميع أوجه الإستغلال فتقدمهم لقمة صائغة في عالم البغاء وتصورهم في أوضاع مشينة لتسويق أجسادهم لتقديم المتعة للمعقددين والمكبوتين جنسياً.

والمغرب بدوره لا يخرج عن الدائرة بل يحتل الصدارة في الهجرة التي لا تخلو من الإتجار في البشري في صور متعددة مشينة خاصة الأطفال من خلال استغلالهم في الفساد أو جعلهم عبيدآ في الضيعات الإسبانية.

أمام هذا الوضع المأسوي، قام المنتظم الدولي بإصدار بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، يروم منع ومكافحة تهريب المهاجرين وذلك بتعزيز التعاون بين الدول الأطراف⁽²⁾.

¹- اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة خلال الدورة 55 بتاريخ 15 نونبر 2002.

²- عبد الله درميش، مرجع سابق.

من أجل ذلك يبيح البروتوكول اعتلاء السفن وتفتيشها وتقديم عناصر مافيا التهريب إلى القضاء الجنائي.

كما يؤكد هذا البروتوكول على ضرورة وضع مخطط شامل بما في ذلك التعاون وتبادل المعلومات واتخاذ تدابير مناسبة اجتماعية واقتصادية مع الحث على معالجة الأسباب الجذرية للهجرة ومنها خاصة آفة الفقر وازدياد تهريب المهاجرين وانتشار الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

وإذا تأملنا بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية نتضح لنا بوضوح الفجوة في معالجة المشكلة⁽¹⁾، إذ أن البلدان الأوربية دفعت القضية برمتها إلى حماية مصالحها الاقتصادية وأمنها الحدودي من خطر المهاجرين دون النظر في طرف الخيط الأول الذي يقود الشباب والأطفال إلى هذه الصلابة في مواجهة الموت من أجل الوصول إلى الأراضي الأوربية.

يتبين مما سبق أن أحدا لم ينتبه إلى أن الحلول الأمنية وحدها تفتح الباب للمزيد من التحايل والابتكارات في وسائل التهجير، كما أن المواجهة البوليسية لا تحول بين الشباب والأطفال وبين الموت ولا تضمن الراحة لخفر السواحل في أوروبا ولا توهن عزائم الذين قرروا المغامرة بحثاً عن حياة أفضل، وربما بات على الأوربيين والأفارقة من أطراف الشراكة أن يبحثوا اليوم عن مخرج اجتماعي واقتصادي واستثمارات جديدة⁽²⁾ ومشروعات مشتركة في المنطقة والعمل على إنفاق ملايين خفر السواحل على المشاريع الاقتصادية والاجتماعية لفتح أبواب الفرص للجميع لوقف رحلات الموت في البحر.

المحور الثالث: الإتفاقيات الثنائية - مذكرة التفاهم المغربية الإسبانية حول ترحيل القاصرين المغاربة نموذجاً.

إن الإهتمام الدولي للهجرة لا ينحصر في الإطار الجماعي الدولي من خلال الإتفاقيات المتعددة الأطراف وإنما يتعداها إلى التعاون الثنائي بين الدول.

فنماذج هذا التعاون الثنائي كثيرة على غرار التعاون الدولي بين المغرب وإسبانيا وكذا بين المغرب وفرنسا وليبيا وإيطاليا وإيطاليا وتونس...

¹ - مجلة الأهرام العربي، السنة السابعة، عدد 390، السبت 11 شتنبر 2004.

² - Hamad zouitni " territoire et immigration à la croisé du droit international et des relations internationales, REMALD, études, N° 61, mars - avril 2005 p 29.

فالاتفاقيات الثنائية عديدة، لكننا سنقتصر على الإتفاقيات التي تهتم موضوع دراستنا القاصرين المهاجرين غير الشرعيين، وأهمها مذكرة التفاهم المغربية الإسبانية حول ترحيل القاصرين المغاربة والتي تم توقيعها بتاريخ 23 دجنبر 2003. فهذه المذكرة جاءت كرد فعل على هجرة عدد كبير من القاصرين إلى إسبانيا، ومضمون هذه المذكرة هو ترحيل كل قاصر مغربي يتواجد على الأراضي الإسبانية بشكل غير نظامي إلى المغرب.

ولقد رافق هذا التوقيع مجموعة من التنديدات من مجموعة من المنظمات الدولية والإقليمية والمحلية للمجتمع المدني، التي إعتبرت على أن هذه المذكرة الموقعت لم تعطي أي إهتمام لحقوق الطفل وغيبت المصلحة الفضلى للطفل، مما يتناقض هذا مع كل المقتضيات الدولية والإقليمية لحقوق الطفل وكذا دساتير وقوانين الداخلية للدولتين الموقعتين، أي إسبانيا والمغرب.

الخاتمة

لقد أخذت ظاهرة الهجرة غير القانونية للأطفال القاصرين أبعادا خطيرة بعد ظهور شبكات منظمة للجريمة وسط المهاجرين غير الشرعيين والتقاسع الدولي للحد من هذه الظاهرة.

فمن خلال هذه الدراسة خلصنا بمجموعة من النتائج والتوصيات أهمها: أننا لا نتفق مع مصطلح الهجرة السرية للأفراد، لأنه صراحة هو تهجير قسري بطريقة غير مباشرة، سواء بسبب مشاكل إقتصادية أو إجتماعية أو سياسية أو دينية أو ثقافية، لأن المهاجرين لا يهاجرون بمحض إرادتهم بل يكونون مضطرين لذلك. كما أننا لا نتفق مع مصطلح الحد من الهجرة، لأن الأصل هو التنقل والتجول لكل الأفراد وليس عكس ذلك، فإننا خلقنا برجلين من أجل التنقل والتحرك وليس الثبات في نقطة جغرافية واحدة، خاصة مع منافع السفر والهجرة، كما قال الشافعي:

تغرب عن الأوطان في طلب العلا **** وسافر ففي الأسفار خمس فوائد
تفرج هم واكتساب معيشة **** وعلم وآداب وصحبة ماجد

أنه من المؤسف أن نشاهد فئة كبيرة ومهمة من أي مجتمع في عمر الزهور يغامرون ويقامرون لذهاب إلى الضفة الأخرى، حيث هناك من يصل ويحالف الحظ وهناك من تنتهي به الحياة في عمق البحر لتأكله الأسماك، خاصة بعد رفض مجموعة من الدول الكبرى للحضور إلى مدينة مراكش لتوقيع الاتفاق الدولي الاممي للهجرة. الدول الأجنبية نسيت أو تناست ما قمت به من غزو للدول العربية والإفريقية وإستغلال ثرواتها إبان فترة الإستعمار، فعلى الأقل هؤلاء المهاجرين يريدون الذهاب إلى أوروبا من أجل تحسين ظروفهم والعيش الكريم. إن دراسة الحماية الدولية للقاضرين كانت من خلال الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف وكذا الإتفاقيات الثنائية.

وجب تكثيف الجهود بين دول الإرسال والعبور والاستقبال للمهاجرين غير الشرعيين، لتحمل مسؤولية اتخاذ تدابير مشتركة وغير انفرادية، من أجل إيجاد الحلول الملائمة لهذه المشكلات، دون تباطؤ. وقد أصبح في حكم اليقين أن الحلول الجزئية أصبحت غير فعالة، ورغم أن المعالجة الأمنية ساهمت في تخفيض عدد المهاجرين القاصرين غير القانونيين إلا أنها لم تعد وحدها كافية نظرا لمحدوديتها، وأصبح من الضروري محاولة إيجاد التوافق بين البعد الأمني وسياسة التنمية، واتخاذ تدابير جماعية من أجل تحقيق نمو اقتصادي واجتماعي للبلدان المرسله للمهاجرين عن طريق معالجة الأسباب العميقة والحقيقية لهذه الهجرة غير القانونية.

وهذه الأسباب العميقة لمشاكل الهجرة ترجع أساسا إلى تباين مستويات التنمية بين مختلف بلدان العالم وبين مختلف الأقاليم داخل البلد الواحد، ذلك لأن مستوى ازدهار البلدان المتقدمة يُغري المهاجرين القادمين من البلدان الأقل نموا إلى الهجرة غير القانونية؛ وعلى أي حال ومهما كان الأمر فإن المعالجة الحقيقية للهجرة غير القانونية لا بد أن توضع في إطارها الشامل الاقتصادي والقانوني والاجتماعي قبل أن تعالج كمشكلة أمنية لأن المشهد سيكون معقد وربما خطير للغاية لما سوف ينتج عنه من كوارث إنسانية وانفلات أمني وعدم استقرار اجتماعي.

في حالة إستمرار السياسات العمومية على حاله والتركيز على المقاربة الامنية والمقاربة القانونية، دون التركيز والإتمام على الذات الإنسانية، فلا يمكن القضاء على

هذه الظاهرة، فكل البرامج الحكومية هي برامج ثانوية لا تهتم بالجوهر لمعالجة هذه الظاهرة بشكل مباشر، فالمغربي هو بحاجة للشعور بالانتماء لبلده وأنه جزء من الوطن وليس عبدا فيه للأخرين أو خادما لهم أو ضيفا فيه.

إننا في المغرب نعاني من أزمة هوية وأزمة ثقة أكثر م مشكلة الظروف الاقتصادية، لأنه إبان الإستعمار رغم الظروف الاقتصادية التي كانت، فلم تكن هذه الظاهرة منتشرة بل أكثر من ذلك كانوا المغاربة يذهبون للخارج للسياحة ويرجعون للمغرب، لأنهم كانوا يحسون أنهم جزء من المغرب وأنهم مغاربة ويحسون بالانتماء للوطن.

إن المخرج من هذه الظاهرة هي كما قلنا عن طريق التريز على الذات الفاعلة للإنسان، وإعادة الثقة للفرد وأن الوطن هو جزء منه، وعلى الساسة العمل بجهد وإعادة ثقة المواطنين بهم، والعمل لخدمة الصالح العام وليس للمصالح الحزبية أو الشخصية.

إن الدول المغربية المجاورة هي غنية بثرواتها الخاصة، فلو أنها استثمرت بشكل إيجابي لما كان حالنا كما هو عليه، فألمانيا وروسيا واليابان ومجموعة من الدول عانت من ويلات الحربين العالميتين، لكنهم لمدة وجيزة أقل من 20 سنة رجعوا بشكل ووضعية أفضل بسبب العمل والعمل، لكننا منذ حصولنا على الإستقلال ما لزلنا نتخبط في نفس المشاكل مع تغيير فقط أسماء ومصطلحات سياسية وأسماء البرامج التنموية.

كما أدعوا لفتح الحدود بين الدول المغربية والعربية والإسلامية لفتح مجال التنقل والهجرة لكي لا نحتاج لتوصيات الإتحاد الاوربي.

ما ينتقل إلى الورثة من الحقوق وما لا ينتقل عند فقهاء الإسلام

د. عبد السلام العمرواني.

أستاذ التعليم العالي مساعد كلية الشريعة فاس

من المعلوم أن حق العبد ينقسم من حيث الإرث إلى حق يورث وحق لا يورث، وورثة حق من الحقوق يعتبر أمانة على أنه من حقوق الإنسان وليس من حقوق الله تعالى، لأن القاعدة بصفة عامة أن حقوق الله، أو ما كان حق الله غالباً فيها لا يورث¹. والحق الذي يتعلق بمحض الإرادة والاختيار من غير أن يكون تابعا لعين مملوكة، وهو لا يتعدى إلى غير صاحبه بحال ما، فهو لا يورث مطلقاً، لأنه حق شخصي ثبت للإنسان باعتبار شخصيته وذاتيته، ولمعان وأوصاف تميزه عن غيره، كحق الولاية على النفس والمال، والحضانة، والحق الذي يعتبر خادماً لمال معين أو تابعا له، أو موثقا له أو معيناً له، ولا صلة له بشخص صاحبه ولا بإرادته ومشيتته، وهو ينقلب في النهاية مالا، فإنه يورث كحق الارتفاق، وحق الدية وحق الرهن، ومن الحقوق ما هو حق مالي، ولكنه يتعلق بشخص الموروث نفسه لمعان وخصوصيات ليست لغيره، فهذا النوع اختلف الفقهاء فيه، فمن ألحقه بالحقوق المالية قال: أنه يورث، ومن ألحقه بالحقوق الشخصية قال: أنه لا يورث، كحق الشفعة، والخيار.

المطلب الأول: الحقوق الشخصية المحضة:

الحقوق الشخصية المحضة هي التي تثبت للإنسان نظراً إلى شخصه وذاته ولأوصاف ومعان تميزه عن غيره، كحق الحضانة، وحق الولاية على النفس والمال، وحق الزوج في التمتع بزوجته، وحق الفيء، بعد الإيلاء، وحق أرباب الوظائف في وظائفهم إلى غير ذلك من الحقوق الشخصية المحضة.

وقد بين الفقهاء، أن هذه الحقوق تنتهي وتسقط بوفاة صاحب الحق، ولا تنتقل إلى ورثته، وقد استثنى بعض الفقهاء، حق المطالبة بعد القذف، وقالوا: إنه يورث، وإن كان حقاً شخصياً، لأنه يرجع للتشفي، والحقوق الشخصية لا يصح الاعتياض عنها بالمال.

¹- المرغاني. الهداية بهامش فتح القدير. ج 5. ص 326. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ط 1 سنة 970 حيث جاء، فيه: (الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع).

هذا وقد تبين شهاب الدين القرافي طائفة من الحقوق الشخصية التي لا تورث، ووضع لذلك ضابطا نلخص منها ما يأتي: قال القرافي: "من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث، ومنها ما لا ينتقل، فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان، وأن يفيء، بعد الإيلاء، وأن يعود بعد الظهار، وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه، ومن حقه ما فوض إليه في الولايات والمناصب كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها كالأمانة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء، وأن كانت ثابتة للموروث.

بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال، أو يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه. وما كان متعلقا بنفس الموروث وعقله وشهوته لا ينتقل إلى الوارث. والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به، فاللعان يرجع إلى أمر يعتقد لا يشاركه فيه غيره غالبا والاعتقادات ليست من باب المال، أيضا مناصبه وولاياته وأراؤه واجتهاداته، وأفعاله الدينية فهو دينه، ولا ينتقل شيء، من ذلك للوارث، لأنه لم يرث مستنده واصله...¹.

وقد وضع أيضا الزركشي ضابطا للحقوق الشخصية التي لا تورث فقال ما نصه: "الضابط: أن ما كان تابعا للمال يورث كخيار المجلس وحق الشفعة، وكذلك ما يرجع للتنشفي كالقصاص، لأنه يؤول إلى مال، وكذا حد القذف، وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والإرادة كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي لا يقوم الوارث مقامه في التعيين، وكذا إذا طلق إحدى امرأتيه لا يعينها ثم مات، وكذا اللعان إذا قذف الموروث زوجته ثم مات لم يرقم الوارث مقامه في اللعان، لأنه من توابع النكاح، وهو أيضا يرجع إلى الشهوة².

¹- القرافي، الفروق، ج 3 ص 276 وما بعدها. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 211 وما بعدها.

²- الشيخ حسين محمد مخلوف. المواريث في الشريعة الإسلامية. ص 112.

وقد بين ابن عابدين أن الإرث يجري في الأعيان، أما الحقوق فمنها ما يورث، ومنها ما لا يورث، مثل الحقوق التي لا تورث: كحق القذف، والنكاح، أي حق التزويج، والولايات والعواري والودائع...¹.

يتضح من خلال أقوال الفقهاء، السالفة الذكر أنهم وضعوا للحقوق التي لا تورث ضابطاً وهو: أن كل ما يرجع إلى الشهوة والإرادة لا يورث، ويسقط بوفاته. وهذه الحقوق الشخصية كثيرة، وسأتناول منها على سبيل المثال لا الحصر، حق الحضانة، وحق المظاهر في العود، مبينا تأثير الموت فيهما، ومبينا تطبيق الفقهاء، لهذا الضابط، وذلك في نقطتين:

أولاً: حق الحضانة:

حق الحضانة هو حق تربية الطفل والقيام على شؤونه في سن معينة، وقد جعله الشارع للأُم لوفور شفقتها، لأنها اقدر وأهدى إلى التربية، واصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للطفل، روي عن عبد الله بن عمر بن العاص: أن امرأة قالت يا رسول الله: أن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم. "أنت أحق به ما لم تنكحي"². ولذلك قال جمهور الفقهاء: أن الأم أحق بكفالة الطفل وحضانته³.

وحق الحضانة، وإن كان حقاً خاصاً بالأُم، إلا أنه تراعى فيه أوصاف ومعان معينة، فاشتراط في الأم بعد الإسلام والعقل والحرية، أن تكون أمينة، ولا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو مريضة بمرض معد إلى غير ذلك من الشروط التي اشتراطها الفقهاء، فإذا فقدت الأم شرطاً من هذه الشروط أو ماتت، فإن حق الحضانة يسقط عنها، ولا ينتقل إلى ورثتها بعد وفاتها، لأنه حق شخصي بل ينتقل إلى من يليها في المرتبة حسب الترتيب الذي يقوم به أساساً على وفور الشفقة للطفل.

¹- ابن عابدين. رد المحتار. ج 6. ص 762. وابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص 297.

²- الحديث أخرجه ابو داود في سننه. ج 1. ص 529. كتاب الطلاق. باب من أحق بالولد.

³- الخرخشي على شرح خليل. ج 4 ص 207 وما بعدها. وابن الهمام. فتح القدير شرح على الهداية. ج 4 ص 367. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ط 1 سنة 1970.

جاء، في فتح القدير: "... فإن لم تكن له أم تستحق الحضانة، بأن كانت غير أهل للحضانة، أو متزوجة بغير محرم، أو ماتت فأم الأمم أولى من أحد وأن علت، فإن لم تكن للأم، فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت.."¹.

ثانياً: حق المظاهر في العود:

الظهار في اصطلاح الفقهاء، تشبيهه الزوجة بالمحرمة على سبيل التأييد بنسب أو رضاع، أو مصاهرة فإذا قال الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي أو أختي، فهو مظاهر، وقد حرمت عليه زوجته فلا يحل له وطؤها، ولا لمسها، ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى: "والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا"² وهذا عند جميع الفقهاء³.

والعود حق للمظاهر، وهو شرط في إيجاد الكفارة، وقد اختلف الفقهاء، في معناه: فمنهم من قال: هو العزم على الجماع، ومنهم من قال: هو الوطء، نفسه، ومنهم من قال: أنه الأمسك نفسه، بحيث إذا مضى وقت يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد⁴.

والعود أياً كان فهو حق شخصي للمظاهر يرجع إلى إرادته واختياره ورغبته، فأن شاء، عاد، وإن لم يعد ترك حقا من حقوقه، فإذا مات المظاهر سقط حقه، ولم ينتقل إلى ورثته لأنه حق شخصي.

المطلب الثاني: الحقوق المالية المحضة:

الحق المالي، هو الحق الذي يعتبر خادماً لمال معين، أو تابعا له، أو موثقاً له، أو معيناً له، ولا صلة له بشخص صاحبه ولا بإرادته ولا مشيئته وينقلب في النهاية مالا،

¹- ابن الهمام. فتح القدير. شرح على الهداية. ج 4. ص 189.

²- سورة المجادلة الآيات 3 و4.

³- ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2. ص 105. وابن قدامة. المغني. ج 8 ص 5 مطبعة الفجالة الجديدة القاهرة.

⁴- ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2 ص 106 جاء فيه: "وقد اختلف في معنى العود فعن مالك في ذلك ثلاث روايات. إحداهن: أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا، والثانية: أن يعزم على وطئها فقط، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه، والرواية الثالثة: أن العود هو نفس الوطء، وهو اضعف الروايات عند أصحابه " والرميلي. نهاية المحتاج. ج 6 ص 81. مطبعة مصطفى بابي الحلبي 1939.

مثل حقوق الارتفاق وحق الدية، وحق حبس الرهن لاستيفاء الدين، وحق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الديون التي في ذمة المدينين... وهذه الحقوق لا تسقط بموت صاحب الحق بل تنتقل إلى ورثته، لأنها مال أو في معنى المال، أو لتعلقها بالمال والمال يورث وقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه: "من ترك مالا فلورثته".

وتطبيقاً لهذا الضابط للحقوق الموروثة، أتناول على سبيل المثال، حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق حبس الرهن لاستيفاء الدين، مبينا تأثير الموت فيهما، ومبينا تطبيق الفقهاء، لهذا الضابط، وذلك في نقطتين متتاليتين:

أولاً: حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن

للبيع الحق في أن يحبس المبيع، ويمنعه من تسليمه للمشتري حتى يستوفي منه جميع الثمن إن كان حالاً، أو يستوفي الحال منه إذا كان منجماً للبايع، لأن حقه على المبيع نفسه قائم ولم يسقط، للبايع حق حبس المبيع إذا كان المبيع من مؤجلاً، هذا قول جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنفية¹، وقد أضاف الحنفية أن حق حبس البائع للمبيع لا يسقط، ولو أخذ بالثمن كفيلاً أو رهن المشتري به رهناً، أما لو أحال البائع به عليه، وقبل، سقط حق الحبس².

وعند الحنابلة ليس للبايع المبيع لأجل الثمن، ولذلك يقول ابن قدامة: أن للمشتري الحق في قبض المبيع قبل نقض الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره، لأنه ليس للبايع حبس المبيع على قبض الثمن، ولأن التسليم من مقتضيات العقد، وعلى ذلك يجبر البائع على الإطلاق³.

¹- التسولي. البهجة في شرح النخفة. ج 2 ص 17. والخرشي على شرح خليل. ج 5 ص 159. والرميلي. نهاية المحتاج. ج 4 ص 96. وابن عابدين. رد المحتار. ج 4 ص 561.

²- ابن الهمام، فتح القدير. على شرح الهداية. ج 6 ص 296. وابن عابدين. رد المحتار. ج 3 ص 561.

³- ابن قدامة. المغنى. ج 4 ص 86. والبهوتي. كشاف القناع. ج 3 ص 239 وما بعدها.

وحق حبس المبيع لاستيفاء، الثمن من الحقوق المالية المتعلقة بالمال، فإذا مات البائع صاحب هذا الحق، فإن حقه لا يسقط بموته، بل ينتقل إلى ورثته وهو قول الجمهور من الفقهاء¹.

ولا شك أن حبس المبيع لأجل الثمن حق مالي ومتعلق بالأعيان المالية، ولذلك كان لصاحب الحق الأولوية في استيفاء، حقه من العين المحبوسة، فلا يسقط بوفاته، بل ينتقل إلى ورثته شأنه سائر أعيانه المالية.

ثانياً: حق الرهن

حق الرهن من الحقوق المتعلقة بالأموال، وهو حق حبس مال تقوم نظير حق مالي في ذمة صاحب الشيء، المرهون للغير حتى يتمكن صاحب الحق من استيفاء، حقه، فللمرتهن صاحب الحق أن يتمسك بالرهن حتى يؤدي الراهن ما عليه، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى الحاكم فيبيع عليه الرهن².

وإذا مات المرتهن صاحب الحق بعد أن قبض الرهن وتسلمه من الراهن فإن حقه هذا لا يبطل بوفاته، بل ينتقل إلى ورثته، لأنه حق ثابت متعلق بالأموال الموروثة فينتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة به، ولذلك فإن الميراث الذي له دين به رهن ينتقل إلى ورثته برهنه، وينتقل إلى الورثة الرهن بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة وأوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل ببيع الرهن وحق صرف الدراهم والدنانير...³.

أما إذا مات المرتهن قبل أن يقبض الرهن فهل ينتقل الحق إلى ورثته ولا يسقط

بوفاته؟

اختلف الفقهاء، في ذلك ولعل سبب الاختلاف يعود إلى اختلافهم في حكم القبض في الرهن. يرى الحنفية أن الرهن يبطل ب وفاة المرتهن وليس هناك حق ينتقل إلى ورثته لأن الرهن لا يجوز عندهم إلا مقبوضاً وهو قول عند الشافعية في إحدى أقوالهم، لأن

¹- القرافي. الفروق. ج 3 ص 277. وابن نجيم. الأشباه، والنظائر. ص 297. حيث جاء، فيه: "وحق حبس المبيع يورث".

²- ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج 2 ص 275. وابن قدامة. المغنى. ج 4 ص لا 4. ومصطفى الزقاء. المدخل الفقهي العام. المدخل لنظرية الالتزام. ج 3 ص 37.

³- الشافعي الأم ج 3 ص 147. دار الطباعة الأليفة القاهرة 1961.

العقد يفسخ بموت المرتهن أو الراهن، لأنه عقد جائز وطالما يفسخ العقد من أساسه فلا حق يورث¹.

وعند الملكية ينتقل معه إلى ورثة المرتهن حتى ولو لم يقبض المرتهن الرهن، ويجبر الراهن على إقباضهم متى طلبوا ذلك إلا أن يتراخوا حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت، لأن الرهن عند الملكية يلزم بمجرد القول² وهو قول الحنابلة، وكذا الشافعية في إحدى الأقوال³.

ويرى ابن حزم: أن حق الرهن حق شخصي ينتهي بوفاة المرتهن، ولا ينتقل إلى ورثته، سواء، أكان ذلك بعد القبض أو قبله⁴.

والأولى ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء، فإن حق الرهن حق مالي، متى تم الرهن، فإنه لا يسقط بموت المرتهن، بل ينتقل إلى ورثته.

وقول ابن حزم بسقوط حق الرهن بالموت يؤدي إلى اختلاف نظام المعاملات واضطرابه ويجعل الثقة بين الناس مفقودة.

وما ذهب إليه المالكية بانتقال حق الرهن إلى ورثة المرتهن في حالة إذا مات قبل قبض الرهن قول معقول، لأن موت المرتهن لا يبطل عقد الرهن كما يرى الكثير من الفقهاء، ولذلك يجبر الراهن على تسليم الرهن إلى ورثة المرتهن متى طلبوه لأن الرهن حق للورثة ورثوه عن موروثهم غاية ما في الأمر أن موروثهم لم يتمكن من قبضه لعراض الموت.

المطلب الثالث: الحقوق الشبيهة بالحق الشخصي وبالحق المالي

هذه الحقوق تجمع بين شبهين، شبه بالحق الشخصي، وشبه بالحق المالي، ففيها ناحيتان: ناحية مالية نتجت على أنها حقوق متعلقة بالمال وخادمة له، وناحية شخصية نتجت عن ظهور معنى فيها، وهو أن ثبوتها لصاحبه قد روعي فيه ماله من معان وأوصاف وخصوصيات ليس لغيره، لذلك كانت هذه الحقوق محلاً لاختلاف النظر.

¹- السبكي. تكملة المجموع شرح المهذب. ج 13 ص 192. مطبعة التضامن الأخوي القاهرة. الشيرازي.

المهذب. ج 1 ص 307. مطبعة مصطفى بابي الحلبي 1959.

²- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3 ص 208. وابن رشد. بداية المجتهد. ج 2 ص 274.

³- ابن قدامة. المغنى. ج 4 ص 247. والبهوتي. كشف القناع. ج 3 ص 332.

⁴- ابن حزم. المحلى. ج 8 ص 502. المسألة 1215.

فمن رأى الناحية المالية فيها تفوق وتزيد على الناحية الشخصية وتتغلب عليها ألحقها بالحقوق المالية، لأنها صارت شبيهة بالمال، وفي معناه، احتسبها من التركة وأثبتها للورثة، ومن رأى الناحية الشخصية فيها متغلبة حتى خبت فيها الناحية المالية ألحقها بالحقوق الشخصية، وجعل وفاة صاحب الحق منهيّة لها.

ومثل هذه، الحقوق: حق الشفعة، وحق الخيارات، وحق المدين في تأجيل الدين... وتطبيقاً لهذا الضابط أتناول على سبيل المثال: حق الشفعة وحق المنفعة مبينا تأثير الموت فيهما، وذلك في نقطتين:

أولاً: حق الشفعة

عرف المالكية والشافعية والحنابلة الشفعة بتعريفات متقاربة وذلك لاتفاقهم في سبب الشفعة ويمكن إجمالها فيما يلي:

"استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه بما قام عليه من التكاليف والثلثين"¹. وعرفها الحنفية بقولهم: "الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار"². وهو يختلف عن التعريف السابق، لأنه يبين أن الشفعة تثبت لغير الشريك، وهو أمر يختلف فيه الحنفية عن غيرهم.

الجمهور من الفقهاء، يقولون بثبوت الشفعة في الجملة ولم يخالفهم إلا الأصم، ويرى المالكية والشافعية والحنابلة³. أن الشفعة تثبت للشريك في الملك فقط وهو قول عمر، وعثمان، وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب⁴.

ويرى الحنفية أن الشفعة تثبت للشريك في الملك، ثم للشريك في حقوقه كالطريق والشرب ثم للجار الملصق. وهو قول ابن شبرمة، والثوري، وابن أبي ليلى⁵.

¹- النفراوي. الفواكه والدواني على رسالة أبي زيد القرواني. ج 3 ص 25. مطبعة السعادة مصر 1332. وعرفها الشافعية بقولهم: "حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض". والرميلي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج 5 ص 192.

²- زاداه أفندي: تكملة فتح القدير، ج 9 ص 369.

³- ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ص 256. التسولي. البهجة في شرح التحفة ج 2 ص 108. والرميلي. نهاية المحتاج. ج 5 ص 196. وابن قدامة. المغنى. ج 5 ص 229.

⁴- ابن قدامة. المغنى. ج 5 ص 230.

⁵- المرجع السابق نفسه ج 5 ص 230

وتثبت الشفعة عند الجمهور من الفقهاء، في العقار، وما يتبعه من منقول، وعند بعضهم تثبت في كل شيء، سواء كان عقاراً أم منقولاً¹.

ومتى تثبتت حق الشفعة، كان للشريك في الملك أو الشريك في حق الملك أو للجوار، فهل ينتقل هذا الحق إلى ورثته إذا مات قبل الأخذ بها، أم يبطل بالموت؟ اختلف الفقهاء، في ذلك، وتنحصر آراؤهم في ثلاث اتجاهات:

رأي الاتجاه الأول:

يرى المالكية والشافعية أن حق الشفعة حق مالي يتعلق بالأموال، ولذلك يورث كما تورث سائر أمواله، فإذا مات قبل المطالبة بها قام وارثه مقامه في المطالبة بها². وهو قول للإمام أحمد نقله عنه أبو طالب³.

ويستدلون على ذلك من حيث النقل لما روي صلى الله عليه وسلم: "من مات على حق أو مال فلورثته"⁴، ويستدلون من حيث المعنى بأن الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوجب أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب⁵.

رأي الاتجاه الثاني:

عند الحنفية إذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة بطلت الشفعة سواء كان موته بعد الطلب أو قبله، لأن الشفعة مجرد حق التملك، ومجرد رأي ومشينة لا يتصور فيه الإرث، لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشينة بين أن يأخذ أو يترك⁶.

¹- ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 257. والرملي. نهاية المحتاج. ح 5 ص 192.

²- القرافي. الفروق. ج 3 ص 276. والرملي. نهاية المحتاج. ج 5 ص 191.

³- ابن رجب. القواعد. ص 342.

⁴- هذا الحديث سبق تخريجه، أنظر هامش الصفحة: 26.

⁵- الباجي. المنتقى شرح الموطأ. ج 6 ص 221. مطبعة السعادة مصر 1332.

⁶- السرخسي. المبسوط ج 14 ص 116. والكاساني. بدائع الصنائع. ح 5 ص 25. مطبعة الإمام القاهرة.

وإذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي بالشفعة وقبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته¹. لأنه قد أخذ حقه بالشفعة قبل موته وقد حكم له به، ولذلك كان البيع لازماً في حق الورثة.

رأي الاتجاه الثالث:

يرى جمهور فقهاء الحنابلة أن الشفيع إذا مات قبل الطلب بطلت الشفعة ولا تنتقل إلى ورثته. قال الإمام أحمد: "الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، لم يكن للورثة هذه الثلاثة، إنما هي بالطلب، فإذا لم يطالب فليست تجب إلا أن يشهد: أنني على حقي من كذا وكذا، وأني قد طلبته، فأن مات بعده كان لوارثه الطلب به²."

وعند الظاهرية كذلك تسقط الشفعة بالموت ولا تنتقل إلى الورثة، إذا لم يقل الشفيع أنا أخذ شفعتي، جاء، في المحلى لابن حزم: "وإن مات الشفيع قبل أن يقول أنا أخذ شفعتي فقد بطل حقه، ولاحق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره، والخيار لا يورث"³.

ويستدل أصحاب هذا الرأي من حيث المعنى بأن حق الشفعة حق فسخ ثبت، لا لفوات جزء، فلم يورث كالرجوع في الهبة، لأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول، والخيار لا يورث كما يقول ابن حزم لأن الله سبحانه وتعالى أوجب الميراث في الأموال لا فيما ليس مالا⁴.

ثانياً: حق المنفعة:

المنفعة في اصطلاح الفقهاء، هي الفائدة العرضية التي تنال من الأعيان بطريق استعمالها كسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الملابس⁵ ولا تتناول الفوائد الحسية، كاللبن بالنسبة للحيوان، والشمر بالنسبة إلى الشجر. والأجرة بالنسبة إلى الأعيان التي

¹- زاده أفندي. تكملة فتح القدير. ج 9 ص 417.

²- ابن قدامة. المغنى. ج 5 ص 279. والبهوتي. كشراف القناع. ج 3 ص 210.

³- ابن حزم. المحلى. ج 9 ص 117.

⁴- ابن قدامة. المغنى. ج 5 ص 279. وابن حزم. المحلى. ج 9 ص 117.

⁵- الشيخ علي الخفيف. المنافع. مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد المصرية عدد 20 ص 101. سنة 1950

تستأجر، وقد أطلق بعض الفقهاء، على ما يعم الفوائد الحسية والعرضية، وهو تعريف لها بالمعنى اللغوي.

فالمستأجر يملك منفعة العين المستأجرة خلال مدة الإجارة والمستعير يملك منفعة العين المعارة على قول أن الإعارة تمليك وليس إباحة والموصى له بمنفعة العين يملك منفعتها خلال مدة الوصية بالمنفعة، وكذلك الموقوف عليه المعين يملك منفعة العين الموقوفة وثمراتها.

فمالك المنفعة له حق الانتفاع بنفسه، وحق تمليك لغيره بأجر أو بدون أجر وهذا يرجع على حسب سبب ملكية المنفعة، وما يتضمنه هذا السبب من قيود اشترطت صراحة، إذا اشترطت عليه أن ينتفع بنفسه فقط، كان له أن ينتفع بنفسه فقط ويكون هذا من قبيل الانتفاع لا المنفعة.

والفقهاء، يفرقون بين من يملك المنفعة وملك الانتفاع، وبينوا أن ملك المنفعة ملك انتفاع ومعاوضة... ومن ملك الانتفاع لا يملك المعاوضة. فمالك الانتفاع عندهم هو من يباشر الانتفاع بنفسه فقط، وليس له أن يؤجر أو يعير، كساكن المدارس والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالطواف بين الصفا والمروة... فله أن ينتفع بنفسه فقط، فإذا حاول أن يؤجر بيت المدرسة أو يسكن غيره... منع من ذلك¹.

ومالك المنفعة له أن يباشر الانتفاع بنفسه، وأن يمكن غيره من الانتفاع بعوض أو بغير عوض، وهو كمن استأجر دارا فله أن يؤجرها لغيره وأن يعيرها، فله التصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه فيها. والفرق بينهما أن مالك الانتفاع تقصد ذاته مع وصفه كإمام أو خطيب أو مدرس ببيت وقف عليه بالوصف المذكور، ومالك المنفعة إنما يقصد الانتفاع بالذات لأي منتفع².

هذا وقد اختلف الفقهاء، في توريث المنفعة، فلا تورث عند الحنفية، سواء كان الملك ملك منفعة أو انتفاع إلا إذا انقلبت المنفعة إلى حق تملك في أعيان قائمة، أو دين مستحق، فأنها تكون قابلة للتوارث في هذه الحالة.

¹- القرافي. الفروق. ج 1 ص 187. والسيوطي. الأشباه والنظائر. ص 326.

²- الزقاني. على شرح المختصر. ج 6 ص 277.

وتورث المنفعة عند المالكية والشافعية والحنابلة عموماً إلا أنهم يفرقون بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، فتورث المنفعة إذا كانت ملك منفعة لأنها تعتبر من الأموال، ولا تورث المنفعة إذا كانت ملك انتفاع لأنها تعتبر حقاً شخصياً ينتهي بوفاة صاحب الحق. وأساس الخلاف بين الحنفية والجمهور من الفقهاء، في توريث المنافع عموماً: أن المنافع في الأصل عند الحنفية لا تدخل في حيز الأموال، لأن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حساب حدوث الثمن، فلا يملك إحرازها ولا ادخالها لوقت الحاجة¹.

وعند المالكية والشافعية والحنابلة: المنافع أموال متقومة في حد ذاتها، لأن المال ما يجري فيه البذل والمنع، أو ما خلق لمصلحة الإنسان وذلك متحقق في المنفعة².

¹- ابن عابدين. رد المحتار. ج 5 ص 458.

²- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2. ص: 335. وابن قدامة. المغنى. ج 5. ص 323 والمصطفى الزقاء المدخل الفقهي العام. ج 13. ص 305.

أثر الطلاق على نظام الإشتراك في الملكية بين الزوجين في القانون التونسي¹

محمد زيتونة

مساعد وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بتونس

باحث في العلوم السياسية

إن دعم مكانة المرأة في المجتمع التونسي تجسد على أرض الواقع منذ الاستقلال خاصة مع صدور مجلة الأحوال الشخصية بتاريخ 13 أوت (غشت) 1956، والتي كرست مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، ثم عبر التنقيحات التي شهدتها المجلة المذكورة التي حققت التكامل والشراكة بين الجنسين، نظرا للمكانة التي أصبحت تحتلها المرأة في المجتمع.

وتمثلت أولى الإرهاصات الأولية في مجال التمكين الاقتصادي للمرأة التونسية في مشروع قانون اقترح سنة 1981 بهدف تنقيح مجلة الأحوال الشخصية، وتكريس مبدأ الإشتراك في الملكية بين الأزواج، وحماية الزوجات من مخلفات الطلاق في ظل مجتمع ينظر بارتياب للمرأة المطلقة، وواقع يكرس النظرة الدونية لها وحرمانها من حقوقها المالية والاجتماعية، وعلى رأسها حق السكن في حالة إنهاء الرابطة الزوجية.

لكن المشروع لقي موجة من الانتقادات بسبب تعارضه مع المقتضيات القانونية المنظمة للمواريث، وزاد من حدة الوضع الأحداث السياسية شهدتها تونس في تلك المرحلة، وهو ما عجل بالتخلي عن المشروع².

¹ - مداخلة قدمت ضمن أشغال ندوة دولية حول موضوع: "تدبير الذمة المالية للزوجين وفق مبادئ العدالة الاجتماعية"، المنظمة من طرف جمعية حقوق وعدالة، بتعاون مع الاتحاد الأوروبي والسفارة السويسرية بالمغرب، بفندق ايدو أنفا بالدار البيضاء، يوم الجمعة 25 يناير 2019.

² - بخصوص الجدل الذي أثارته فكرة اشتراك الأموال في تونس، راجع:
- الطيب اللومي: الجديد في مجلة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة القانونية التونسية، 1983،
(تنصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، والاقتصادية بتونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر)، ص 66 وما بعدها.

لكن ذلك لم يمنع المشرع من مواصلة السير في تكريس مكانه المرأة وحمايتها في آن واحد، فتم سن قانون عدد 81 المؤرخ في 18 فيفري (فبراير) 1981، والذي خول للزوجة في صورة إيقاع الطلاق حق التعويض لها في شكل رأس مال أو جارية عمرية¹. ثم انتهج المشرع التونسي منهجا آخر ساهم في تغيير مركز المرأة، وتحولها من طرف (ضعيف) محمي، الى طرف فاعل، وعليه، تم إلزامها بواجب الإنفاق في حالة احتكامها على عمل أو مورد رزق².

وفي نفس السياق تم سن القانون عدد 94 لسنة 1998، المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين³، الذي جاء متأثرا بالقانون الفرنسي ولا سيما الفصول من 1387 الى 1581 من المجلة المدنية الفرنسية⁴، مع وجود فارق جوهري بينهما، يتمثل في أن المشرع الفرنسي جعل من المبدأ هو الاشتراك في الملكية بين الزوجين، في حين أن المشرع التونسي جعل من التفرقة في الأملاك بين الزوجين هو المبدأ⁵.

¹ - جويدة قيقة: مجلة الأحوال الشخصية وواجب التعاون بين الزوجين، مقال منشور بمجلة الكريديف، العدد 34 - عدد خاص بمناسبة الذكرى الخمسين لصدور مجلة الأحوال الشخصية سنة 2006، ص: 25.
² - محمد حسن: التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون واقتصاد والتنمية، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، العدد 50، 2004.

³ - صدر منشور مشترك عدد 99/16 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، حيث يفسر هذا المنشور الأحكام التي أتى بها القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ويوضح الواجبات الجديدة المناطة بعهدة رؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصليات بالخارج وعدول الإشهاد وضباط الحالة المدنية عند تحرير عقود الزواج، وكذلك الواجبات الموكولة إلى حافظ الملكية العقارية. كما يشتمل المنشور على استمارة خاصة بتصريح الزوجين على نظام الاشتراك في الأملاك الذي يتم اختياره من طرفهما عند إبرام عقد الزواج أو بعده.

⁴ - أنظر لمزيد من التفاصيل:

- Laurent le veneur : leçon de droit civil, tome I, troisième volume, 7^{ème} édition, Montchrestien 1995 ; p 535 et S.

⁵ - محمد الحبيب الشريف " الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس " مطبعة ستنباكت، الطبعة الأولى

وأول ما يلفت النظر في هذا القانون هو التسمية التي تبناها المشرع، أي "نظام الاشتراك في الأملاك"، وليس الأموال. وهي تسمية لم تكن عبثية، وإنما كانت الغاية منها التأكيد على أن نطاق تطبيق هذا القانون، يتعلق فقط بالعقارات دون المنقولات، وذلك بالنظر لما للعقارات من أهمية اقتصادية. علما بأن هذا الموقف التشريعي يبقى محل نظر خاصة وأن بعض المنقولات لها قيمة اقتصادية قد تفوق العقارات كالأسهم والأصول التجارية.

أما ثاني ملاحظة يمكن إبدائها حول قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين فتكمن في صبغته الاختيارية. فللزوجين الأخذ به، أو تركه، فهو متوقف على الإرادة المشتركة للزوجين، سواء ساعة إبرام عقد الزواج، أو بصفة لاحقة بموجب عقد مستقل. وتتمثل الملاحظة الثالثة في أن هذا القانون لا يمكن تطبيقه إلا بعد إتمام البناء بين الزوجين، وهو الرأي الذي ذهبت إليه محكمة التعقيب التونسية في اجتهاد جاء فيه: "إن نظام الاشتراك في الملكية ينطلق بعد إتمام البناء بين الزوجين وإن عبارة الزواج الواردة في القانون المذكور إنما يراد منها الزواج التام باعتبار أن النص القانوني أصر على القول أن العقار يكون مخصصا لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، والعائلة لا تتكون إلا بعد إتمام البناء"¹. ولئن كان الدخول في ظل النظام المكرس بموجب القانون عدد 94 لسنة 1998 وتحديد مجال تطبيقه لا يشير إشكالا كبيرا على المستوى النظري²،

¹ - محكمة التعقيب التونسية: قرار تعقيبي عدد 41051 مؤرخ في 16 سبتمبر 2010، غير منشور.

² - إن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين يبقى نظاما ماليا اختياريا يتفق عليه الزوجان عند إبرام عقد الزواج أو حتى بعده، بمقتضى كتاب لاحق مستقل عنه.

وإذا سكت الزوجان ولم يصرحا بالنظام المالي الذي يختارانه عند إبرام عقد الزواج، فإن ذلك يعد منهما اختيارا لنظام الفصل في الأموال، باعتباره المبدأ والأصل، وعلى المأمور العمومي المحرر لعقد الزواج أن يذكر الطرفين بمحتوى هذا النظام وشروطه.

وينطبق نظام الاشتراك على العقارات المكتسبة بعد تاريخ الزواج والمعدة للاستغلال العائلي، ولا ينسحب أثره على المنقولات والعقارات غير المعدة للاستعمال العائلي على غرار العقار المعد للاستعمال المهني لأحد الزوجين، وكذلك على العقارات المكتسبة بعد الزواج بدون مقابل، أي يارث أو هبة أو وصية أو ما شابه ذلك، ولو كان مخصصا لاستعمال العائلة.

فانه على مستوى التطبيق العملي يطرح إشكاليات عديدة خاصة عند إنهاء حالة الشيعاء بين الزوجين¹. وقد حدد الفصل 18 من هذا القانون الحالات التي ينتهي بها نظام الاشتراك بين الزوجين وأهمها الطلاق، الذي عرفه الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية بكونه "حل عقدة الزواج". وأهم أثر للطلاق على نظام الاشتراك في الملكية هو خروج الأموال المشتركة من الذمة المالية المشتركة للزوجين، ودخولها في الذمة المالية المستقلة لكل واحد منهما، لكن قبل الوصول الى هذه المرحلة لا بد من المرور باجرائين تم إقرارهما في صلب قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، وهما مرحلة التصفية ثم القسمة.

ويتبين مما سبق بيانه أن نظام الاشتراك في الأملاك يسري فقط على العقارات المكتسبة بمقابل مالي أثناء قيام العلاقة الزوجية، والتي هي معدة لمصلحة العائلة كأن تكون مخصصة للسكنى المستمرة أو الفصلية؛ أو أن يكون العقار مسوغ للغير وتنتفع العائلة من مداخله... وقد نص الفصلان 14 و15 من قانون 9 نوفمبر 1998 إشهار نظام الاشتراك لإعلام الغير، وذلك بالتنصيص عليه في دفاتر الحالة المدنية للزوجين وفي مضامين دفاتر الملكية العقارية وشهادات الملكية. ويجوز لكل من الزوجين أن يقوم بمفرده بكل الأعمال التي يستوجبها حفظ الملك المشترك كالتسييج أو التعهد أو إبرام العقود اللازمة لذلك، غير أن بعض العقود لا يجوز إبرامها إلا بموافقة الزوجين كالبيع أو الرهن والكرء لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، وذلك نظرا لأهمية هذه العقود التي قد تؤدي إلى التفويت في سكنى العائلة.

وينتضي نظام الاشتراك بانتهاء العلاقة الزوجية بطلاق أو وفاة أو فقدان احد الزوجين، أو كذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية رضائيا باتفاق الطرفين على انهاء الاشتراك أو قضائيا بالتجاء احدهما إلى الجهة القضائية المختصة من اجل إنهائه إذا اثبت أن الطرف الآخر قد أساء التصرف في الملك المشترك. ويقع عند ذلك تحديد الأملاك المشتركة وحصرها ثم قسمتها بين الزوجين أو احد الزوجين وورثة الزوج المتوفى أو المفقود بموجب قسمة قضائية أو اتفاقية.

لمزيد من التفاصيل يراجع:

-عمار عبد الواحد عمار الداودي: العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي بتونس، طبعة 2007، ص 424 وما بعدها.

¹-نجية الشريف: قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين، منشورات الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، الطبعة الأولى 2003، ص 17.

المبحث الأول: تصفية الأملاك

إن لهذه العملية أهمية كبيرة في تحديد مجال الاشتراك بين الزوجين، وقد نص **الفصل 22** من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على انه "متى وقع ما من شأنه أن ينهي حالة الاشتراك، عدا صورة الاتفاق، فعلى الزوج الباقي علي قيد الحياة أو الساعي في إنهاء حالة الاشتراك أن يطلب من المحكمة تكليف مصف للمشارك، ويتولى المصفي ضبط قائمة في الأملاك المشتركة وفي الديون المتعلقة بها."¹

وبالتالي تستوجب عملية التصفية بيان الأملاك الخاضعة لنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، وتتم هاته العملية بانتهاج تقنيتين، هما جرد المشترك، وضبط الديون.

المطلب الأول: جرد المشترك

حدد **الفصل 22** من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين من يختص بهاته العملية وهو المصفي¹. وحدد مهامه في ضبط قائمة للأملاك والديون المتعلقة بها. وهو ما يطرح تساؤلا حول مفهوم الأموال التي تدخل ضمن نطاق قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين؟

لقد نص **الفصل 10** من قانون 9 نوفمبر لسنة 1998 على أنه "تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تؤول ملكيتها الى أحدهما بوجه الإرث أو الهبة أو الوصية، بشرط أن تكون مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضيا".

وبالتالي فإن نطاق الاشتراك حسب هذا القانون ينحصر في العقارات دون المنقولات، وتحديد المخصصة لسكن العائلة، وهنا تطرح إشكالية كيفية تحديد ما اذا كان العقار مخصصا للاستعمال والسكن العائلي، خاصة في صورة ملكية العائلة لأكثر من عقار؟

¹- وهو شخص يعهد له اجراء الاعمال اللازمة لتصفية مال مشترك، من استيفاء ما لها من حقوق عند الغير، وإيفاء ما عليها من ديون للغير، وبيع ما لا يتيسر قسمته، وتسليم الصافي الى الشركاء حسب نصيبهم.

إن المتأمل في أحكام القانون المذكور يلاحظ عدم وضوح مجال الأملاك المشتركة، إذ إن المشرع التونسي راوح بين مفهوم موسع يشمل كافة العقارات المخصصة لاستعمال العائلة أو مصطلحتها وتوابعها وغلالها مهما كانت طبيعتها، وبين مفهوم ضيق ضمن **الفصل 11** باعتماد عنصر التخصيص، إذ جاء به "تعد عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها العقارات المكتسبة بعد الزواج والتي تكون لها صبغة سكنية". وهناك شرط ثان اشتراطه المشرع التونسي في العقار ليكون مشتركا بين الزوجين، وهو ذو طابع زمني، إذ يجب أن يكون تاريخ اكتسابه لاحقا لعقد الزواج، وأن يتم التنصيب صراحة على اختيار الزوجين نظام الاشتراك في الملكية. ولا شك أن الغاية من هذه المقتضيات تتمثل في حماية الأملاك التي آلت للزوج والزوجة قبل الزواج، فضلا عن تحقيق الانسجام بين هذا القانون ومقتضيات مجلة الأحوال الشخصية، المكرسة لمبدأ "لا ولاية للزوج على أموال زوجته"¹.

وهنا تجدر الإشارة الى انه عملا بقاعدة عدم رجعية القوانين فان الزيجات التي تمت قبل دخول قانون 1998/11/9 حيز التنفيذ تحتكم الى نظام التفرقة في الملكية، ولا مجال بالتالي لتطبيق النظام القانوني للاشتراك في الأملاك بين الزوجين عليهما، لكن هذا لا يمنع المتزوجين قبل تاريخ صدور هذا القانون، من الانضواء تحت نظام الاشتراك في الأملاك بموجب عقد مستقل يتفقان فيه بشكل واضح وصريح على اختيار هذا النظام.²

¹- الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية.

²- يلاحظ أن المشرع التونسي اعتبر أن العقارات المكتسبة بعد اختيار نظام الاشتراك في الأملاك هي عقارات مشتركة بين الزوجين، وهي قرينة قانونية بسيطة يمكن لكل من الزوجين أو للغير إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات،

وجدير بالذكر أنه ليس لأحكام نظام الملكية المشتركة المنظمة بالقانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 أي مفعول رجعي إلا في صورة الاتفاق على الاشتراك بعقد لاحق لعقد الزواج ينص فيه الزوجان صراحة على توسيع نظام الاشتراك ليشمل المكاسب التي تعود ملكيتها إلى ما قبل الاتفاق على الاشتراك في الملكية أو تلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية.

الطبيب اللومي: دراسة حول القانون عدد 94 المؤرخ في 9 نونبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، مقال منشور بالمجلة القانونية التونسية، سنة 1999، ص: 26.

زيادة على ذلك اشترط المشرع التونسي شرطا ثالثا وهو أن يكون العقار أو العقارات المطبق عليها نظام الاشتراك قد آلت ملكيتها لأحد الزوجين أو كلاهما بغير الإرث أو الهبة أو الوصية.

لكن ككل مبدأ هنالك استثناء فقد خول قانون 1998/11/9 حق الخيار للزوجين في توسيع نطاق تطبيقه ليشمل جميع العقارات مهما كانت طبيعتها والغرض منها ومهما كان مصدر ملكيتها¹.

ولا شك أن اختيار المشرع التونسي لتحديد مناط هذا القانون في العقارات سالفه الذكر سببه الدور الذي يلعبه مسكن العائلة في نفسية التونسي اذ هو من أولويات تفكير الفرد، ويكرس له جهدا كبيرا واهتماما بالغاً لكسبه، واعتباره أيضا من ضمانات تواصل الحياة الزوجية واستقرار العائلة، إضافة الى الرغبة في حفظ حق الزوجة باعتبارها الحلقة الأضعف في العائلة في مجتمع لا تزال فكرة التمييز على أساس الجنس مترسخة فيه.

المطلب الثاني : ضبط الديون

ان الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على معنى قانون 1998 لا ينحصر في ملكية العقارات السكنية فقط، بل يمتد الى الاشتراك في الديون، وقد كرس الفصل 13 من القانون المذكور ذلك، اذ نص على أنه "تعد مشتركة الديون والأعباء المترتبة عن اكتساب ملكية المشترك أو استغلاله..."

والدائن يمكن أن يكون غيرا أو أحد الزوجين الذي تولى الإنفاق من ماله الخاص على المشترك لصيانتته وحفظه في فترة التصفية وبعد الطلاق. وبالتالي فالديون المشتركة تشمل تلك التي نشأت أثناء الاشتراك في الملكية، أو بعده، وخلال مرحلة التصفية، ومنها خصوصا أجرة المصفي.

¹- نصت الفقرة الرابعة من الفصل 10 "يمكن للزوجين، إن صرحا بذلك في العقد، اعتبار الاشتراك شاملا للعقارات التي تم اكتسابها بداية من تاريخ عقد الزواج. كما يمكنهما الاتفاق علي جعل الاشتراك شاملا لجميع عقاراتهما، بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية."

بعد بيان الأعمال الموكولة للمصفي بعد إيقاع الطلاق ورغبة احد الطرفين في الخروج من حالة الشيعاء، فان التساؤل يطرح مدى إلزامية هذا الإجراء، ومرد هذا التساؤل يكمن في عدم تحديد المشرع التونسي طبيعة هذا الإجراء إن كان وجوبيا من عدمه، فرغم استعمال عبارة "على" وهي تدل على الوجوب والإلزامية، فإنه لم يتم ترتيب جزاء إذا ما تم الإخلال بهذا الإجراء، عكس المشرع الفرنسي الذي نص في الفصل 1444 من المجلة المدنية على أن التفريق في الأموال يكون باطلا ولو وقع بحكم، إذا لم يقع الشروع في الأعمال اللازمة لتصفية المشترك.

المبحث الثاني : قسمة الأموال المشتركة بين الزوجين

من الطبيعي أن تنتهي حالة الاشتراك بين الزوجين بانفصال العلاقة الزوجية، وهو ما استقر عليه فقه القضاء الذي أكد أنه "لا جدال أن لكل واحد من الزوجين أن يطلب تصفية الأملاك المشتركة باعتبار أن الاشتراك ينتهي بالطلاق"¹.

وبالتالي ينتج عن حل الزواج بالطلاق انتهاء حالة الاشتراك في الملكية بين الزوجين، باعتبار أن هذه الأخيرة تقوم على تحقيق مصلحة العائلة وبتفككها فان المصلحة تنتفي ولا موجب لبقائها.

لكن تجدر الإشارة الى أنه ليس بالضرورة أن يؤدي الطلاق الى إنهاء حالة الشيعاء، بل انه يبقى فقط من بين أسباب طلب إنهاءها، وهو ما يستشف من قراءة الفصل 19 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين الذي نص على أنه تظل حالة الاشتراك قائمة حتى تتم تصفية الأملاك المشتركة.

وعليه، فإنه يمكن للتطبيقين الإبقاء على حالة الشيعاء بينهما، الأمر الذي يجعل من جدوى القانون والغاية التي سُنَّ فيها محل تساؤل.

أما في صورة رغبة أحد الزوجين في قسمة المشترك على ضوء قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين والخروج من حالة الشيعاء، فلا بد من تبيان تاريخ طلب القسمة في صورة الطلاق، ثم كيفية قسمة المشترك.

¹ - قرار تعقيبي مدني عدد 38226 مؤرخ في 26 نوفمبر 2009.

المطلب الأول: تاريخ طلب القسمة في صورة الطلاق

إن قراءة سريعة للفصلين 18 و19 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، تدفع للتساؤل حول التاريخ المعتمد لإنهاء حالة الاشتراك بين الزوجين؟ وهكذا ينص الفصل 18 على أنه "ينتهي الاشتراك:

- بوفاة أحد الزوجين؛

- بالطلاق؛

- بفقدان أحدهما؛

- بتفريق أملاكهما قضائياً؛

- بالاتفاق".

وينص الفصل 19 على أنه "تظل حالة الاشتراك قائمة حتى تتم تصفية الأملاك المشتركة".

إن الدافع للتساؤل حول التاريخ المعتمد لإنهاء حالة الاشتراك بين الزوجين يكمن في أن عبارة "الطلاق" الواردة في الفصل 18 المذكور كأحدى الحالات التي تؤدي إلى انتهاء الاشتراك، وردت مطلقة، ومن المعلوم أنه إذا وردت العبارة مطلقة تؤخذ على إطلاقها، وهو ما يطرح إشكالية تحديد التاريخ المعتمد في إنهاء حالة الاشتراك، هل هو تاريخ صدور حكم الطلاق، أو تاريخ صيرورته باتاً. وفي صورة استتفاف أحد فروع حكم الطلاق، فهل يعتد بتاريخ الحكم الابتدائي أو تاريخ صدور الحكم الاستئنافي، ذلك أن للاستئناف أثر انتقالي ينقل الدعوى برمتها، وأثر توقيفي إذ يوقف التنفيذ، مع ضرورة استحضار خصوصية قضايا الطلاق، فنعكس غيرها على مستوى التشريع التونسي، فإن الطعن بالتعقيب فيها يوقف التنفيذ كذلك. فإذا ما تم اعتماد تاريخ رفع دعوى الطلاق، فإنه من الشائع أنه في تلك المرحلة، وقبل صدور حكم إيقاع الطلاق، يكون الزوجان في حالة انفصال وقطع للتواصل، فما مآل التصرفات التي يقدم عليها أحد الزوجين ويكون موضوعها عقاراً خاضعاً لنظام قانون 1998/11/9، وما مآل الأملاك التي اكتسبت أثناء نشر الدعوى، خاصة وأن هذه التصرفات قد تؤثر سلباً على الذمة المالية المشتركة لأحد الزوجين وعلى العقارات المدرجة ضمن نظام الاشتراك، باعتبار أنه في تلك المرحلة يتم تغليب المصلحة الفردية على مصلحة العائلة نظراً لوجود الشقاق.

وبالتالي فإن المشرع التونسي تغافل عن تداعيات تنصيبه على الطلاق وترك العبارة عامة على الواقع، وما سيخلفه من تداعيات سلبية على الأملاك الزوجية¹. وفي صورة اذ تم اعتبار تاريخ صدور حكم الطلاق هو التاريخ الذي تنتهي به حالة الاشتراك يطرح إشكال آخر، ففي التشريع التونسي بين صدور الحكم وصيرورته قابلا للتنفيذ عبر تسجيله بدفاتر الحالة المدنية، حيز زمني قدره 30 يوما، فأبي التاريخين يعتمد لإنهاء حالة الاشتراك، هل تاريخ النطق بالحكم أم تاريخ قابليته للتنفيذ؟

في نفس السياق تتجلى مجافاة قانون 1998 للواقع أيضا في أنه لم يأخذ بعين الاعتبار طول اجراءات التقاضي، وفي مادة الطلاق على وجه الخصوص التي قد تمتد ولا سيما في حالات الطلاق للضرر لأكثر من سنة، الأمر الذي سيؤثر بدوره سلبا على وضعية العقار أو العقارات المشتركة بين الزوجين.

إضافة الى ذلك فان إنهاء نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بموجب الطلاق يطرح تساؤلا آخر حول وجوب تلازم النظر في قضية الطلاق والقسمة أم استقلالية كل دعوى على حدة؟

إن ما تجدر ملاحظته هو انه من الثابت أن المشرع وإن رتب عن الطلاق انتهاء الاشتراك في الأملاك، إلا انه لم يفرض على الزوجين أن يقوموا بقسمة المشترك وتصفيته في إطار نفس قضية الطلاق، أو في إطار قضية مستقلة، إذ لا يوجد أي مقتضى في قانون 9 نوفمبر 1998 يرجح هذه الإمكانية أو تلك، ومع ذلك فإن الأفضل جعل قضية قسمة المشترك وتصفيته لاحقة لقضية الطلاق وذلك لسببين على الأقل :

فمن ناحية أولى فان قسمة المشترك لا تتم إلا بعد خلاص الديون، أو تأمين ما يلزم لخلاصها، وإعداد مشروع قسمة فيها قد تجعل من البت في الفرعين في قضية

¹ وحسب الأستاذ الطيب اللومي فان التاريخ المعتد به بالنسبة للغير هو تاريخ إدراج الإعلام بوقوع الطلاق من طرف ضابط الحالة المدنية بدفاتره بصفة فعلية.

- الطيب اللومي: دراسة حول القانون عدد 94 المؤرخ في 9 نونبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، م. س، ص 42.

واحدة يأخذ حيزا زمنيا كبيرا، ويجعل من اجراءات البت طويلة بعض الشيء ومرهقة للمتقاضيين.

من ناحية ثانية فان النظر في قضية الطلاق وفي مسألة الاشتراك من شأنه أن يجعل قضية الطلاق ذات طابع مدني مالي، في حين اتجهت رغبة المشرع التونسي في قضايا الأحوال الشخصية الى الإبقاء على طابعها العائلي حيث تهتم المحكمة في هذه المرحلة بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، واتخاذ الوسائل الوقتية اللازمة والقرارات الفورية المتصلة خاصة بالأبناء.

لكل هذا استقر العمل بالمحاكم التونسية على أفراد كل فرع بالنظر على حدة، على أن لا يتم طلب القسمة إلا بعد صدور حكم طلاق للاعتبارات سالفه الذكر.

المطلب الثاني: كيفية القسمة

بخصوص طلب القسمة من أحد الزوجين فإن أحكام الفصل 24 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين تحيل الى القواعد العامة المعتمدة في الشأن والمحددة صلب أحكام مجلة الحقوق العينية. وسواء كانت القسمة قضائية أو رضائية فإن الفصل 25 من القانون المذكور حدد مناب كل من الزوجين في النصف¹.

ولئن كانت القسمة الرضائية لا تثير إشكالا باعتبارها تقوم على التراضي، فإن الإشكال يطرح في حالة القسمة القضائية، حين يتم تخويل المحكمة إجراء القسمة، وهنا يثار إشكال بخصوص إثبات الملكية المشتركة موضوع طلب القسمة².

فأول الدفوع المعتمدة من قبل أحد الزوجين هو كون العقار موضوع طلب القسمة لا ينضوي تحت طائلة قانون الاشتراك في الملكية بين الزوجين لعدة اعتبارات وهو ما يجعل المحكمة في إطار دعوى قسمة تبحث عن مسألة استحقاق، الأمر الذي تطول به

¹ - حسب الفصل 25 من قانون الاشتراك في الأملاك فإن قسمة الأملاك المشتركة تتم مناصفة بين الزوجين، بغض النظر عن نسبة مساهمة كل منهما في تنميتها، وفي حالة تجاوز الديون المترتبة عن هذه الأملاك لقيمتها فإنها توزع على الزوجين أو من بقي منهما على قيد الحياة وورثة الهالك مناصفة بينهما طبقا لأحكام الفصل 26 من هذا القانون.

² - وهو أمر بديهي طالما أن مرحلة التصفية لا يتم اللجوء إليها على المستوى التطبيقي طالما لم يحدد المشرع أي جزاء عن عدم المرور بها كإجراء قبل طلب القسمة.

إجراءات التقاضي، هذا إن لم يتم رفض هذه الدعوى اعتمادا على أحكام الفصل 23 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يمنع تحويل الطلب في إطار دعوى، الأمر الذي يجعل الخروج من حالة الشياخ قضائيا بين الزوجين يأخذ حيزا زمنيا كبيرا قد يؤدي للإضرار بالمشترك.

إشكالية ثانية يطرحها الواقع العملي ولم يسن المشرع لها حلا، وهي حالة إبقاء الزوجة بوصفها حاضنة للأبناء القصر بمسكن الزوجية، في إطار القرارات المتخذة بمناسبة حكم إيقاع الطلاق، ثم تقديم طلب إيقاع القسمة، حيث قد يتبين أن المحل (مسكن الزوجين) غير قابل للقسمة العينية، فتحكم المحكمة ببيعه بالمزاد العلني، على أن تتم قسمة ثمنه بين المستحقين، الأمر الذي سيجبر الزوجة، إن لم تكن المبتت لفائدتها أو لقرينها، على الخروج من بيت الزوجية رغم صدور حكم بالبقاء به الى حين بلوغ المحضونين سن الرشد القانوني. ذلك أن حكم التثبيت له اثر تطهيري إذ يظهر العقار من كل التحملات الموظفة عليه.

وفي الأخير فان الهدف من هذه الدراسة تسليط الضوء على أهم الإشكاليات العملية لنظام الاشتراك في الأملاك والتي مصدرها أساسا عدم وضوح القاعدة القانونية، وهو ما أدى الى خلق نوع من الغموض ساهم غي اختلاف العمل القضائي بشأنها. وأظن أن صدور تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة بتاريخ 1 جوان 2018 والنقاش المجتمعي الواسع الذي خلفه التقرير، قد يشكل حافزا لدى المشرع التونسي لإعادة النظر في قانون الاشتراك في الأملاك بعد مرور 21 سنة على صدوره.

قراءات قانونية

وجهة نظر بشأن مصادقة المغرب على اتفاقية الجريمة الإلكترونية لسنة 2001

الدكتور أمين اعزان

أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة

مقدمة:

ما دامت الجريمة ظاهرة اجتماعية، تتأثر طبيعتها وحجمها بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دوليا ووطنيا، فقد ظهر للوجود نمط جديد من الإجرام، تجسد في انتشار الجرائم المعلوماتية أو الالكترونية، والتي تعتبر من أكبر السلبيات التي خلفتها الثورة المعلوماتية، لكون هذه الجرائم تشمل في اعتداءاتها قيما جوهرية تخص الأفراد والمؤسسات وحتى الدول في كافة نواحي الحياة، كما أن هذه الجرائم تركت في النفوس شعورا بعدم الثقة بخصوص التعامل والاستفادة من ثمار هذه الثورة الجديدة، بل إن الأمر ازداد سوءا عندما أصبح الطفل الهدف المفضل من طرف المجرمين في العالم الافتراضي.

وأمام هذا الوضع المقلق اهتم المجتمع الدولي بمسألة مكافحة الجريمة المعلوماتية، وفي هذا الصدد أشير إلى أن منظمة الأمم المتحدة قد أولت مسألة مواجهة هذه الجرائم المستحدثة اهتماما كبيرا خصوصا خلال مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي انعقد في فيينا أيام 10 - 17 ابريل 2000، وكذلك خلال مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية الذي انعقد في بانكوك أيام 18-25 ابريل 2005.¹

وتبقى الخطوة الهامة على المستوى الدولي هي تلك التي يبادر إليها المجلس الأوروبي، هذا الأخير الذي وضع مشروع إتفاقية خاصة بالجرائم الإلكترونية، مع الأخذ في الاعتبار الطابع الدولي الذي يميز هذه النوعية من الجرائم، وبعد سنة ونصف تقريبا من المناقشات والتعديلات على هذا المشروع، تم التوقيع على إتفاقية بودابست بتاريخ 23 نوفمبر 2001 بشأن الإجرام الإلكتروني، إيمانا من

¹- يجب أن نذكر هنا أن اهتمام الأمم المتحدة بدأ قل انعقاد هذه المؤتمرات، فمثلا من بين توصياتها ما صدر عن الجمعية العمومية بقرار رقم 45-95 في 14-12-1990 والذي تعلق بشكل أساسي بحماية المعلومات الحساسة للأفراد.

الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي والدول الأخرى الموقعة على هذه الاتفاقية بضرورة مواجهة هذا النمط الجديد من الإجرام، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية تتكون من ثمان وأربعين مادة موزعة على أربعة أبواب، يعالج الباب الأول منها استخدام المصطلحات، أما الباب الثاني فهو مخصص للإجراءات الواجب اتخاذها على المستوي الوطني، سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، أما الباب الثالث فقد تم تخصيصه للتعاون الدولي في حين يتعرض الباب الرابع فقد تعرض للشروط الختامية. وعموما تهدف الاتفاقية بالإضافة إلى بروتوكولها الإضافي (2003) إلى مواصلة سياسة جنائية مشتركة تروم حماية المجتمع من الجرائم المعلوماتية خاصة باعتماد التشريعات المناسبة وتعزيز التعاون الدولي.

وقد تميز المشهد القانوني والحقوقى المغربي خلال شهر ديسمبر من سنة 2012 بحدث فريد من نوعه، تجلى في مصادقة المجلس الحكومي المغربي بتاريخ 20 ديسمبر 2012 على مشروع قانون رقم 12-136، كان قد تقدم به وزير الشؤون الخارجية والتعاون المغربي، يوافق بموجبه على الاتفاقية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية الموقعة ببودابست في 23 نوفمبر 2001 وبروتوكولها الإضافي الموقع بstrasبورغ في 28 يناير 2003، وبذلك تكون المملكة المغربية أول دولة عربية تنضم لهذه الاتفاقية الدولية الهامة، مع ما يحمل ذلك من دلالات ذات طابع قانوني وحقوقى وسياسي واقتصادي واجتماعي، وسأحاول إن شاء الله من خلال هذه الورقة العلمية التفصيل في تلك الدلالات عبر قراءة موضوعية تحليلية لكل جوانبها.

وأکید أن هذه الخطوة المتخذة من طرف المشرع المغربي لها دلالات متعددة يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

أولا : استكمال المنظومة التشريعية المغربية ذات الصلة بالجريمة الإلكترونية:
يمكن اعتبار مصادقة المملكة المغربية على إتفاقية بودابست بمثابة تعزيز للمنظومة القانونية ذات الصلة بمواجهة الجريمة الإلكترونية، علما بأن هذه المنظومة بالرغم من تنوعها تبقى غير كافية وغير مفعلة بشكل كاف، وهي كالتالي :

أ- القانون المغربي رقم 07-03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات (الفصول 3-607 إلى 11-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي):

اتخذت الجريمة الإلكترونية في المملكة المغربية خلال العقود الأخيرة صورا متعددة، مما دفع المشرع إلى سن تشريع مهم جدا، لكونه صدر لسد الفراغ التشريعي في مجال مكافحة هذه الجرائم الجديدة، وهو القانون رقم 07-03 بشأن تكميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، ويحتوي هذا القانون على تسعة فصول (من الفصل 3-607 إلى الفصل 11-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي).¹ وأول ما يلاحظ هو عدم قيام المشرع المغربي بوضع تعريف لنظام المعالجة الآلية للمعطيات، ويبدو أن المشرع قصد ذلك، بحيث ترك ذلك للفقه والقضاء، هذا الأخير المكلف بتطبيق بنود هذا التشريع، ثم إن المجال المعلوماتي هو مجال حديث ومتجدد، وبالتالي فإن أي تعريف يتم وضعه قد يصبح متجاوزاً فيما بعد، في ضوء التطور المذهل لقطاع تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وعليه، فقد أحسن المشرع المغربي عند عدم وضعه لتعريف خاص بنظام المعالجة الآلية للمعطيات.

وعند رجوعنا للقانون الفرنسي مثلا بشأن الغش المعلوماتي لسنة 1988،² نلاحظ أن هذا التشريع كذلك لم يحدد مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات، بل اقتصر على بيان أوجه الانتهاكات المتعلقة بهذا النظام وعقوباتها.

ولعل القراءة الشمولية لمقتضيات هذا التشريع المغربي تمكننا من حصر الأفعال المجرمة التالية :

- 1-الدخول الاحتيالي إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات.
- 2-البقاء في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات بعد الدخول خطأ فيه.
- 3- حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو التسبب في اضطراب في سيره.

(1)- أصبح هذا القانون يشكل الباب العاشر من الجزء الأول من الكتاب الثالث من القانون الجنائي المغربي تحت عنوان: المس بنظام المعالجة الآلية للمعطيات. وقد صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 197-1-03 بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق ل11 نونبر 2003.

(2) -La loi française-Godfrain- N88 du 5-1-1988 concernant la fraude informatique

4- العرقلة العمدية لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه.
5- إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها منه أو تغيير المعطيات المدرجة فيه، أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها بشكل احتيالي.

6- التزوير أو التزييف لوثائق المعلومات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزييف الحاق ضرر بالغير.

7- استعمال وثائق معلومات مزورة أو مزيفة.

8- صنع تجهيزات أو أدوات أو إعداد برامج للمعلومات أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لأجل ارتكاب هذه الجرائم أو تملكها أو حيازتها أو التخلي عنها للغير أو عرضها رهن إشارة الغير.

9- محاولة ارتكاب الجرائم المذكورة.

10- المشاركة في عصابة أو اتفاق لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من هذه الجرائم.¹

*قراءة تحليلية لنصوص القانون المغربي رقم 07-03.

ينص الفصل 3-607 على ما يلي (يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله.

تضعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، أو اضطراب في سيره).

إذن نلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا الفصل، تجرم الدخول إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات، لكن يجب أن يتم ذلك عن طريق الاحتيال، وعليه فإن اشتراط هذا الأخير لقيام الجريمة، يعني أن الجريمة هنا عمدية، ثم إن المشرع المغربي

(1)- د. محمد جوهر: خصوصيات زجر الإجرام المعلوماتي، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير،

لم يشترط في هذا النص القانوني كون النظام محميا أم لا، ولم يشترط حدوث النتيجة الإجرامية. وعليه، فالمشرع يجرم كل حالة يدخل فيها شخص إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وبالتالي ففعل الدخول وحده بدون حق مجرم قانوناً، وقد عاقب المشرع المغربي مقترف هذه الجريمة - حسب الفقرة الأولى من الفصل 3-607 - بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما الفقرة الثانية من الفصل 3-607 فتعاقب على البقاء في النظام المعلوماتي أو في جزء منه، إذا كان دخول الجاني لهذا النظام قد تم عن طريق الخطأ، وهو غير مخول له حق دخوله، ويعاقب على هذه الجريمة بنفس العقوبة المقررة في الفقرة الأولى. أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فتضاعف العقوبة المقررة، إذا نتج عن فعل الدخول أو البقاء حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره.¹

أما الفصل 4-607 فينص على ما يلي:

(دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من سنة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من ارتكب الأفعال المشار إليها في الفصل السابق في حق مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات يفترض أنه يتضمن معلومات تخص الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو أسراراً تهم الاقتصاد الوطني.

دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 100000 إلى 200000 درهم إذا نتج عن الأفعال المعاقب عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو حذفها أو اضطراب في سير النظام، أو إذا ارتكبت الأفعال من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاولته مهامه أو بسببها، أو إذا سهل للغير القيام بها).

(¹) من وجهة نظري فإن المشرع المغربي سار على نفس منهج المشرع الفرنسي بخصوص مضاعفة عقوبة الدخول أو البقاء داخل النظام، إذا اقترن ذلك بظرف مشدد، قد يتجلى في حذف أو تغيير المعطيات الموجودة داخل أي نظام للمعالجة الآلية للمعطيات.

إذن، نلاحظ بأن المشرع المغربي من خلال هذا الفصل في فقرته الأولى، قد حدد عقوبة أشد من تلك الواردة بالفصل السابق، وهذا طبيعي نظراً لقيمة المعلومات محل الحماية الجنائية، حيث إنها تتعلق بالأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو متعلقة بأسرار مرتبطة بالاقتصاد الوطني، فمثل هذه المعلومات يمثل الاعتداء عليها اعتداء على مقومات الدولة من الناحية السياسية، أو الاجتماعية، أو الاقتصادية.

وقد شدد المشرع العقوبة في حالة ما إذا أدى فعل الدخول، أو البقاء غير المشرع داخل النظام، إلى تغيير أو حذف المعطيات أو اضطراب في سير النظام، وتشدد العقوبة كذلك في حالة ارتكاب الأفعال المذكورة في الفقرة الأولى من الفصل 4-607 من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاولته مهامه أو بسببها. وقد حدد المشرع العقوبة في مثل هذه الحالات، في الحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 100000 إلى 200000 درهم كما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 4/607، في حين أن الفقرة الأولى حددت العقوبة في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 10000 إلى 100000 درهم مغربي.

أما الفصل 5-607 فينص على ما يلي:

(يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمداً سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه إخلالاً)

يلاحظ أن هذا الفصل قد عاقب على عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، والعرقلة قد تتخذ صوراً كثيرة منها: إرسال الفيروسات المدمرة للمعطيات الموجودة داخل النظام، وقد حدد المشرع عقوبة هذا الفعل في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 100000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويبدو جلياً من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي اشترط العمد لقيام الجريمة، وبالتالي لا بد أن تنتج إرادة الجاني إلى عرقلة سير نظام المعالجة مع علمه بذلك.

ومن ناحية أخرى عاقب المشرع المغربي كذلك من خلال هذا الفصل على فعل إحداث خلل في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، والخلل قد يتخذ صوراً متعددة من بينها بطئ عمل النظام المعلوماتي أو توقف المعالجة الآلية للمعطيات، ويعاقب على هذا الفعل بنفس العقوبة المقررة للعرقلة.

أما الفصل 6-607 فينص على ما يلي:

(يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أدخل معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أتلّفها أو حذفها منه أو غير المعطيات المدرجة فيه، أو غير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال).

يبدو أن المشرع المغربي سار على نهج المشرع الفرنسي المذكور سلفاً، والذي خصص المادة 3-323 لتجريم إدخال معطيات غشاً داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو حذف أو تعديل هذه المعطيات الموجودة داخل هذا النظام.¹ لكن الملاحظ هو أن المشرع المغربي من خلال الفصل 6-607 جرّم كذلك مسألة تغيير طريقة معالجة أو إرسال المعطيات عن طريق الاحتيال. وقد حدد المشرع عقوبة الجريمة المذكورة في هذا الفصل في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10000 إلى 200000 أو إحدى العقوبتين.

ولمواجهة ظاهرة التزوير المعلوماتي جرم المشرع المغربي فعل تزوير أو تزيف الوثائق المعلوماتية، إذا أدى ذلك إلى إحداث ضرر بالغير، بحيث إن الفصل 7-607 نص على ما يلي:

(دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10000 إلى 1000000 درهم كل من زوّر أو زيّف وثائق المعلومات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزيف إلحاق ضرر بالغير.

دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، تطبق نفس العقوبة، على كل من استعمل وظائف المعلومات المشار إليها في الفقرة السابقة وهو يعلم أنها مزورة أو مزيفة.) يبدو من خلال الفصل المذكور، أن جريمة التزوير المعلوماتي هي جريمة عمدية، سواء تلك المذكورة في الفقرة الأولى، والخاصة بتزوير أو تزيف الوثيقة المعلوماتية إذا كان ذلك يضر بالغير، أو تلك المذكورة في الفقرة الثانية، والخاصة باستعمال الوثيقة المعلوماتية المزورة، مع العلم بطبيعتها المزورة أو المزيفة.

(1) - Article 323-3

ومن وجهة نظري الشخصية يحسب للمشرع المغربي أن استغل فرصة إصدار تشريع معلوماتي، ووضع نصاً قانونياً يجرم فيه التزوير الإلكتروني أو المعلوماتي، لأنه قبل صدور هذا القانون لم يكن من الممكن بالمغرب الحديث عن تزوير إلا في ظل كتابة تقليدية، أما الآن فإن القضاء المغربي يملك آلية قانونية يمكن بموجبها متابعة الجاني الذي زور وثائق معلوماتية، ثم إن النص لم يحدد شكل هذه الوثائق، وبالتالي يمكن - بدون شك - المتابعة عن فعل صنع بطاقات الائتمان المزورة، أو التزوير في مجال العقود الإلكترونية وغيرها ... فكل ذلك يصب في إطار توفير حماية قانونية للمعاملات الإلكترونية.

أما فيما يخص المحاولة في الجرائم الواردة بهذا القانون، فقد جعل المشرع المغربي عقوبة المحاولة ماثلة لتلك المطبقة على الجريمة التامة، ويبدو ذلك جلياً من خلال الفصل 8-607 الذي ينص:

(يعاقب على محاولة ارتكاب الجرح المنصوص عليها في الفصول 3-607 إلى 7-607 أعلاه والفصل 10-607 بعده بالعقوبة المطبقة على الجريمة التامة.)

أما الفصل 9-607 فينص على ما يلي:

(تطبق عقوبة نفس الجريمة المرتكبة أو العقوبة المطبقة على الجريمة الأشد على كل من اشترك في عصابة أو اتفاق تم لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب إذا تمثل الإعداد في فعل أو أكثر من الأفعال المادية).¹

يبدو من صياغة نص الفصل المذكور، أن الاشتراك في عصابة أو اتفاق للإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم الواردة في هذا القانون، يجب أن يظهر من خلال فعل أو أفعال مادية، ومن بين الأمثلة الواقعية لذلك نجد مثلاً إعداد فيروس مخصص لتدمير نظام لمعالجة المعطيات أو إعطاء كروت بنكية لمزور من أجل فك شفراتها.

ونشير إلى أن جريمة الاشتراك في عصابة أو اتفاق، والمذكورة في الفصل 9-607، يجب أن يتوافر فيها العمد لقيامها، وبالتالي لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى النشاط الحقيقي للعصابة أو ذلك الاتفاق.

(¹)- بهذا النص يريد المشرع المغربي تجريم المشاركة في عمل تحضيرية لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، ويبدو أن هذا الوضع هو استثناء على القواعد العامة التي لا تعاقب على الأعمال التحضيرية والتي لا تصل إلى درجة المحاولة لارتكاب الجريمة.

أما الفصل 10-607 فينص على ما يلي (يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 50000 إلى 200000 درهم كل من صنع تجهيزات أو أدوات أو أعد برامج للمعلومات أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لأجل ارتكاب الجرائم المعاقب عليها في هذا الباب أو تملكها أو حازها أو تخلي عنها للغير أو عرضها أو وضعها رهن إشارة الغير) وقد اختتم المشرع المغربي الباب العاشر الخاص بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات بالفصل 11-607 والذي ينص على:

(يجوز للمحكمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية أن تحكم بمصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب والمتحصل عليها منها. يمكن علاوة على ذلك الحكم على الفاعل بالحرمان من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من هذا القانون لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات. يمكن أيضا الحكم بالحرمان من مزاولة جميع المهام والوظائف العمومية لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات وينشر أو يتعلق الحكم الصادر بالإدانة.)

إن هذا النص يعطي للمحكمة الحق في إمكانية الحكم بمجموعة من العقوبات التكميلية¹ كمصادرة الأدوات المستعملة في ارتكاب الجرائم المشار إليها في هذا القانون أو الأدوات المتحصل عليها من هذه الجرائم، ويمكن للمحكمة كذلك بموجب الفقرة الثانية من الفصل 11-607 الحكم على الجاني بالحرمان من ممارسة الحقوق الواردة في الفصل 40² من القانون الجنائي المغربي لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات. وللإشارة

(1) - للمزيد حول العقوبات التبعية والتكميلية انظر الدكتور/ أحمد عوض بلال: النظرية العامة للجرائم الجنائي، دار النهضة العربية، 1995، ص 388

(2) - ينص الفصل 40 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على ما يلي: "يجوز للمحاكم في الحالات التي يحددها القانون إذا حكمت بعقوبة جنحية أن تحرم المحكوم عليه لمدة تتراوح بين سنة وعشر سنوات، من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية او المدنية او العائلية المنصوص عليها في الفصل 26. يجوز أيضا للمحاكم تطبيق مقتضيات الفقرة الأولى من هذا الفصل إذا حكمت بعقوبة جنحية من اجل جريمة إرهابية.

فان هذه الحقوق تتجلى في الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26¹.

ويمكن للمحكمة كذلك الحكم على الجاني بالحرمان من مزاولة أية وظيفة عمومية لمدة تنازوح بين سنتين إلى عشر سنوات. وكذلك يمكن للمحكمة بعد صدور الحكم أن تحكم بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة.

وفي الأخير نشير إلى أن مصطلح الأدوات الوارد في الفصل المذكور، يعني في اللغة المعلوماتية كل ما هو مادي، دون أن يشمل ذلك البرامج المعلوماتية والتي تكون دائما أكثر قيمة وأهمية.

ب- القانون المغربي رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب² (الفصول 1-218 إلى 9-218 من مجموعة القانون الجنائي المغربي):

فطن المشرع المغربي لخطورة انتشار الإجرام المعلوماتي وأثر ذلك على أمن واستقرار المجتمع المغربي، وقد ظهر ذلك مع عرض مشروع القانون المتعلق بالإرهاب على

(1) ينص الفصل 26 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على ما يلي:

(التجريد من الحقوق الرسمية يشمل:

- 1- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف وكل الخدمات والأعمال العمومية.
 - 2- حرمان المحكوم عليه من أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية ومن حق التحلي بأي وسام.
 - 3- عدم الأهلية للقيام بمهمة محلف أو خبير وعدم الأهلية لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الإخبار فقط.
 - 4- عدم أهلية المحكوم عليه بان يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده.
 - 5- الحرمان من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.
- والتجريد من الحقوق الوطنية عندما يكون عقوبة أصلية يحكم به لجزر الجنايات السياسية ولمدة تنازوح بين سنتين وعشر سنوات ما لم تنص مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.)
- (2) - أصبح هذا القانون يشكل الباب الأول مكرر من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي المغربي تحت عنوان: الإرهاب

مجلس الوزراء بتاريخ 16 يناير 2003،¹ حيث وردت لأول مرة الإشارة إلى إمكانية ارتكاب أفعال إجرامية إرهابية عن طريق المعالجة الآلية للمعطيات.²

وما يلفت النظر هو أن القانون المغربي رقم 03-03 المتعلق بالإرهاب يعد أول تشريع مغربي يشير بشكل صريح للإجرام المعلوماتي كوسيلة للقيام بأفعال إرهابية لها علاقة عمدية بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهريب أو العنف، فالفصل 1-218 حدد بعض الأفعال المجرمة على سبيل الحصر، من بينها الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات (الفقرة 7)،³ وذلك بعد محاولة تحديد مفهوم الإرهاب في مستهل هذا الفصل.

لكن الإشارة في الفقرة 7 من الفصل 1-218 إلى الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات كنمط من أنماط الجرائم الإرهابية طرح في ذلك الوقت التساؤل حول الأساس القانوني للجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، بحيث أن القانون الجنائي المغربي لم يكن يحتوي على تكييفات خاصة بهذا النوع من الجرائم، لذلك أسرع المشرع المغربي بتبني قانون خاص بهذا النمط الجديد من الجرائم، حيث تم ذلك عبر القانون -الذي تمت دراسته سلفا- رقم 03-07 المتعلق بالإخلاق بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، وبالتالي أصبح هذا القانون بمثابة مرجعية قانونية للفصل 1-218 من قانون الإرهاب، يراعي خصوصية الإجرام المعلوماتي بفضل صدور التشريع المغربي الجديد رقم 07-30 المذكور سابقا.

وباستقراء القانون المغربي المتعلق بمكافحة الإرهاب نستشف أن المشرع عاقب من خلال الفقرة 8⁽⁴⁾ من الفصل 1-218 على كل تزوير أو تزيف للشيكات أو أي وسيلة

(1) - د. محمد جوهر: مقال مشار له سابقا، ص 84

(2) - بينت الأحداث الأليمة ل16 ماي 2003 أن المغرب مستهدف أيضا في أمنه من طرف الجماعات الإرهابية، مما سرع بالتصويت على مشروع القانون المجرم للإرهاب ملأ الفراغ القانوني

(3) - ينص الفصل 1-218 (تعتبر الجرائم التالية أفعالا إرهابية،.....7- الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات.....)

(4) - ينص الفصل 1-218 (تعتبر الجرائم التالية أفعالا إرهابية،.....8- تزوير أو تزيف الشيكات أو أي وسيلة أداء أخرى المشار إليها على التوالي في المادتين 316 و331 من مدونة التجارة.....)

أداء أخرى تمت الإشارة إليها في المادتين 316 و331 من مدونة التجارة المغربية. ويرجعنا للمادة 331 من المدونة المذكورة نجدها متعلقة بموضوع الدراسة، بحيث فرصت العقوبات المنصوص عليها في المادة 316 في حالة تزوير أو تزيف وسيلة أداء، أو استعمالها أو محاولة ذلك، وحتى قبول الأداء-عن علم-بوسيلة أداء مزيفة أو مزورة. وبطبيعة الحال يدخل ضمن وسائل الأداء المشار إليها وسائل الأداء الحديثة مثل بطاقات الدفع الالكتروني.

ومما تجدر الإشارة إليه، عند الحديث عن القانون المغربي رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، أن الفصل 2-218 منه عاقب على استعمال وسائل الإعلام ومنها الالكترونية في الإشادة بالأعمال الإرهابية، وقد حدد الفصل المذكور العقوبة في الحبس من سنتين إلى ست سنوات وبغرامة بين 10 آلاف و200 ألف درهم¹. ومعلوم أن وسائل الإعلام الالكترونية متعددة من أبرزها الشبكة الدولية للمعلومات-الانترنت-.

ج- القانون رقم 03-24 المتعلق بتعزيز الحماية الجنائية للطفل والمرأة.(²) (الفصل 1-

503 والفصل 2-503 من مجموعة القانون الجنائي المغربي):

لقد شكلت سنة 2003 مصادفة محطة زمنية للاهتمام بالإجرام المعلوماتي بالمغرب، بحيث تم تعزيزت الترسانة التشريعية المغربية فيما يخص مكافحة هذا النمط الجديد من الجرائم، بحيث صدر في نفس السنة القانون رقم 03-24 المتعلق بتعزيز الحماية الجنائية للطفل والمرأة، وقد عمل هذا التشريع على تغيير وتنميط بعض نصوص مجموعة القانون الجنائي المغربي خصوصا فيما يخص الجرائم الماسة بنظام الأسرة والأخلاق العامة.³

(1) - ينص الفصل 2-218 (يعاقب بالحبس من سنتين إلى ست سنوات وبغرامة تتراوح بين 10000 و200000 درهم كل من أشاد بأفعال تكون جريمة إرهابية بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة المكتوبات والمطبوعات المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع أو المعروضة في الأماكن أو الاجتماعات العمومية أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية والالكترونية)

(2) - هذا التشريع صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-03-207 في 16 رمضان 1424 الموافق 11 نونبر 2003

(3) - والتي تتضمن مقتضيات ذات علاقة بموضوع الدراسة.

وباستقراء مقتضيات هذا التشريع، نلاحظ أن هناك فصلين مرتبطين بموضوع هذه الدراسة، وهما الفصل 1-503 والفصل 2-503، فالفصل 1-503 من المجموعة الجنائية المغربية ملأ فراغا تشريعيًا، بحيث عاقب على جريمة التحرش الجنسي. وفي رأينا قد جاء هذا النص بصيغة تسمح للقاضي بتطبيقه على كل صور التحرش الجنسي التي تقع عبر وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت. وقد حدد هذا الفصل العقوبة من سنة إلى سنتين حسبًا والغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم.⁽¹⁾

أما الفصل 2-503 من المجموعة الجنائية المغربية فقد جرم كل صور التحريض أو التشجيع أو تسهيل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، وهو ما يصطلح عليه في مجال القانون الإلكتروني أو المعلوماتي بالبورنوغرافية الطفولية² التي تستخدم فيها الوسائل المعلوماتية بشكل مكثف، والحقيقة يحسب للمشرع المغربي أنه استغل فرصة إصدار القانون رقم 03-24 بإضافة هذا الفصل المهم بعقوبات مشددة، والذي يحقق بدون شك حماية فعالة للطفل المغربي من مخاطر المواد الإباحية الطفولية الموجودة في مواقع الانترنت على وجه الخصوص، وبالتالي يملأ فراغا تشريعيًا في مجموعة القانون الجنائي المغربي.³

ثانياً : الإنضمام لإتفاقية بودابست من أجل تحقيق تعاون دولي حقيقي:

إن التعاون الدولي شرط ضروري لمواجهة الجريمة الإلكترونية التي تنتسم بالتعقيد والصفة الدولية، ومن أجل ذلك فقد صادق المغرب على الإتفاقية الدولية الوحيدة المختصة بالإجرام الإلكتروني، بحيث أنه بالإضافة للتدابير الوطنية، لا بد من إتخاذ

(1) - ينص الفصل 1-503 (يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبالغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم، من اجل جريمة التحرش الجنسي، كل من استعمل ضد الغير أوامر أو تهديدات أو وسائل للإكراه أو أية وسيلة أخرى مستغلا السلطة التي تخولها له مهامه، لأغراض ذات طبيعة جنسية).

(2) - La pornographie enfantine

(3) - ينص الفصل 2-503 (يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، وذلك بأطهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية).

تدابير دولية، وعموماً يمكن تقسيم هذه التدابير إلى نوعين: الأولى: تتعلق بالتسليم والثانية تتعلق بالمعونة المتبادلة.

أ- تسليم المجرم المعلوماتي

يجب على الدول أن تتعاون بعضها مع البعض، من خلال تطبيق المواثيق الدولية ذات الصلة بشأن التعاون الدولي في المسائل الجنائية، وعلى وجه الخصوص في مجال تسليم المجرم المعلوماتي، حيث يجب تسليم مرتكبيها، وذلك وفقاً لمعيار معين لتكثيف الجريمة كجريمة يعجز تسليم مرتكبيها:

- أن يكون الدخول إلى النظام أو البيانات قد تم بدون وجه حق وبنيّة الإخلال بسرية البيانات أو إعاقة نظام الكمبيوتر.

ثانياً: أن تبرم الدول فيما بينها اتفاقية تسليم مرتكبي الجرائم المعلوماتية.

ثالثاً: إذا ما رفض طلب التسليم الصادر في شأن مرتكبي إحدى الجرائم المعلوماتية بناءً على جنسية الشخص المراد تسليمه نظراً لأن طرف المدعى يعتبر أنه يختص قضائياً بالجريمة محل الادعاء، يقوم الطرف المدعي عليه بتقديم القضية إلى سلطاته بغرض السير في الدعوى الجنائية وعلى أن يبلغ الطرف المدعي بالنتائج المترتبة عليه.

ب- المعونة المتبادلة

وتتمثل المعونة المتبادلة في الإجراءات التالية:

أولاً: يجب على الدول أن تقدم لبعضها البعض المعونة المتبادل وذلك بأكبر قدر ممكن لأغراض التحقيق والإجراءات الخاصة بالجرائم الجنائية المتعلقة بنظم وبيانات الحاسب الآلي.

ثانياً: يجب على الدول أن تقبل وتستجيب إلى طلبات المعونة المتبادلة من خلال وسائل الاتصال السريعة كالفاكس والبريد الإلكتروني، بالقدر الذي يوفر للطرف الطالب المستوى من الأمن والمصادقة.

ثالثاً: تخضع المعونة المتبادلة للاشتراطات المنصوص عليها في قوانين الدولة المدعية أو المنصوص عليها بموجب اتفاقيات المعونة المتبادلة.

رابعا : في الأحوال التي يسمح فيها للطرف المدعي عليه بتعليق طلب المعونة المتبادلة على اشتراط وجود جريمة مزدوجة، يعتبر هذا الشرط محل اعتبار وبغض النظر عما إذا كانت قوانين هذه الدولة تضع الجريمة في نطاق ذات تصنيف آخر.

خامسا : تحدد كل دولة سلطة مركزية تنهض بالمسئولين إرسال طلبات المعونة المتبادلة والرد عليها وتنفيذها أو نقلها للسلطات المعنية لتنفيذ.

سادسا : تنفذ طلبات المعونة المتبادلة وفقا للإجراءات التي تحددها الطرف المدعي عدا الأحوال التي لا تتصل فيها تلك الإجراءات مع أحكام القانون السائد بالدولة المعدي عليه.

سابعا : يجوز للدولة المدعي عليها أن ترفض طلب المعونة إذا ما توافرت لديها القناعة بأن الالتزام بما ورد بالطلب قد يخل بسيادتها أو أمنها أو نظامها العام أو بأي من مصالحها الأساسية الأخرى.

ثامنا : يجوز للدولة المدعي عليها تأجيل التصرف في الطلب إذا كان هذا التصرف سيخل بالتحقيقات أو اجراءات الادعاء أو الإجراءات الجنائية التي تباشر بمعرفة السلطات المعنية.

تاسعا: يجب على الدول المدعي عليها أن تخطر الدولة المدعية بصورة فورية بنتائج تنفيذ طلب المعونة فإذا ما رفض الطلب أو تم تأجيله يجب تقديم الأسباب إلى الرفض أو التأجيل.

عاشرا: يجوز للدولة المدعية أن تطلب من الدولة المدعي عليها أن تحتفظ بسرية الوقائع والمحتويات التي يتضمنها الطلب، فإذا لم يكن بمقدور الدولة المدعية عليها الوفاء بمتطلبات سرية الطلب فيجب عليها إخطار الدولة المدعية بذلك وعلى الأخيرة في هذه الحالة تحديد ما إذا كان سينفذ الطلب من عدمه.

الحادي عشر: يجوز في حالة الاستعجال إرسال طلبات المعونة المتبادلة مباشرة إلى السلطات القضائية بما فيها النيابة العامة لدى الدولة الدعية عليها، وفي مثل الحالة يجب إرسال نسخة بنفس الطلب إلى السلطة المركزية القائمة لدى الدولة المدعي عليها.

ثالثاً: خصوصية علاقات المغرب مع الاتحاد الأوروبي:

في إطار تطوير سياسة الشراكة والجوار التي اختار الاتحاد الأوروبي نهجها مع جواره المتوسطي، قرّر في الثالث عشر من أكتوبر 2008 إثر اجتماع وزراء خارجية الاتحاد في لوكسمبورغ منح المغرب صفة «الوضع المتقدم»، بهدف تعزيز العلاقات السياسية والإقتصادية لهذا الأخير بالحظيرة الأوروبية، إذ أجمعت الدول (27)- بإيعاز من فرنسا التي كانت تتولى الرئاسة الدورية للاتحاد آنذاك- على إسناد المغرب ميزة تفضيلية إقتصادية، اصطلح على تسميتها بـ«الوضع المتقدم».

ويمثل «الوضع المتقدم» صيغة أكثر من الشراكة وأقل من الانضمام، وهو يشمل - حسب التحليلات الأوروبية نفسها- فكرة توسيع دائرة العلاقة بين الاتحاد الأوروبي والمغرب، بحيث تشمل مجمل الأنشطة باستثناء العضوية في المؤسسات التقريرية والتنفيذية للاتحاد، وهو ما يعني تقوية العلاقات البيئية الإقتصادية والتجارية لتشمل كل القطاعات والمنتجات ذات الصلة، والتعاون في مجال السياسة الخارجية، ولاسيما الموضوعات التي تحظى باهتمام خاص بين الجانبين من قبيل الأمن بمفهومه الواسع وحركات الهجرة القانونية وغير الشرعية والمخدرات وتبييض الأموال والإرهاب وما يرتبط به من عمليات عنف وتهديد للأمن والاستقرار، وفي هذا الصدد يمكن اعتبار انضمام المغرب للاتفاقية بمثابة انخراط حقيقي في السياسة الدولية المشتركة بشأن مواجهة الإجرام الإلكتروني.

خاتمة:

يعتبر المغرب أول دولة عربية تنضم لاتفاقية بودابست، في خطوة شكلت حدثاً مهماً في المشهد القانوني المغربي، وأكد أن هذه المبادرة - بالرغم من كون البعض إعتبرها متسارعة نسبياً- تبقى لازمة وحتمية، بل إنه من المتوقع إنضمام أغلب دول العالم لهذه الاتفاقية الهامة، بحكم أنها الوثيقة القانونية الوحيدة الملزمة على المستوى الدولي في مجال مواجهة الجريمة الإلكترونية.

وفي سبيل حسن تطبيق وتفعيل الاتفاقية من جانب المغرب لدي بعض المقترحات وهي كالآتي

- ضرورة إستكمال البنية الأمنية والتقنية للإستجابة لمتطلبات بنود الإتفاقية الدولية المذكورة.

- ضرورة تأهيل العنصر البشري في جهازي القضاء والشرطة، وذلك بهدف التطبيق السليم لمقتضيات الإتفاقية.

- العمل على تفسير كل بنود الإتفاقية لكل الجهات ذات العلاقة بتطبيقها، لتفادي كل تضارب أو سوء فهم، قد تكون له عواقب وخيمة تؤثر على التعاون الدولي في هذا المجال.

قراءة في القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء

عائشة برشان

دكتورة في القانون الخاص

أستاذة زائرة بكلية الحقوق بطنجة

مقدمة:

تعتبر ظاهرة العنف بالمغرب من أهم مظاهر التمييز الصارخ الممارس ضد المرأة، بما يشكله من مس بحرماتها الجسدية وسلامتها البدنية، وانتهاكا صارخا لحقوقها الإنسانية. وقد سجلت الإحصاءات ارتفاعا مهولا ومتزايدا في وتيرة العنف، رغم ما سعت إليه الحكومة من اعتماد وتفعيل استراتيجيات وخطط عمل حكومية وقطاعية. وفي هذا السياق صادق مجلس النواب يوم 14 فبراير 2018 على مشروع قانون 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء،¹ ويتكون المشروع الذي أثار جدالا واسعا، داخل هيئات المجتمع المدني، خاصة منها الحقوقية، من ثمانية عشرة مادة. وجدير ذكره أن هذا التشريع الهام بدأ سريانه بعد ستة أشهر من نشره بالجريدة الرسمية، أي منذ يوم 13 شتنبر 2018.² ويتوخى منه واضعوه إيجاد نص قانوني معياري متماسك، يضمن حماية قانونية للنساء ضحايا العنف.

والملاحظ أن المشرع المغربي، من خلاله هذا القانون، عرف العنف ضد المرأة بأنه "كل فعل مادي أو معنوي أو امتناع أساسه التمييز بسبب الجنس يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة".

ومن خلال هذا التعريف فقد وسع المشرع المغربي من مجال العنف المسلط على المرأة ليشمل العنف النفسي والجنسي والاقتصادي، إلا جانب العنف الجسد، بحيث تنص المادة الأولى

"من أجل تطبيق أحكام هذا القانون، يراد بما يلي:

¹ - الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449

² - تنص المادة 18 من القانون 103.13: "يدخل هذا القانون حيز التنفيذ بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية."

العنف ضد المرأة: كل فعل مادي أو معنوي أو امتناع أساسه التمييز بسبب الجنس، يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة؛
العنف الجسدي: كل فعل أو امتناع يمس، أو من شأنه المساس، بالسلامة الجسدية للمرأة، أيا كان مرتكبه أو وسيلته أو مكان ارتكابه؛
العنف الجنسي: كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بحرمة جسد المرأة لأغراض جنسية أو تجارية، أيا كانت الوسيلة المستعملة في ذلك.
العنف النفسي: كل اعتداء لفظي أو إكراه أو تهديد أو إهمال أو حرمان، سواء كان بغض المس بكرامة المرأة وحرابتها وطمأنينتها، أو بغرض تخويفها أو ترهيبها.
العنف الاقتصادي: كل فعل أو امتناع عن فعل ذي طبيعة اقتصادية أو مالية يضر، أو من شأنه أن يضر، بالحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية للمرأة."
وهكذا سأنتقل في هذا المقال الموجز للجانب الجزري الوارد في القانون 103.13 (المحور الأول)، قبل استعراض الجانب المؤسساتي الذي تضمنه القانون المذكور (المحور الثاني).

المحور الأول: البعد الجزري للقانون 103.13

بخصوص الأحكام الجزرية، تضمن القانون 103.13 مجموعة من الأحكام المغيرة والمنتمة لمجموعة القانون الجنائي، تهم على الخصوص، تشديد عقوبة الضرب أو الجرح أو غيرهما من العنف أو الإيذاء إذا ارتكب ضد امرأة بسبب جنسها أو ضد امرأة حامل إذا كان حملها بينها أو معلوما لدى الفاعل أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية، أو إذا ارتكبه الفاعل ضد شخص له ولاية أو سلطة عليه أو مكلف برعايته أو ضد طليق أو بحضور أحد الأبناء أو أحد الوالدين وفق التفصيل الوارد في باقي فقرات الفصل 404 من القانون الجنائي.¹

وتتعلق الأحكام الجزرية أيضا بمضاعفة العقوبة المنصوص عليها في الفصول 425 و426 و427 و429 من القانون الجنائي إذا كان مرتكب الجريمة زوجا أو خاطبا أو طليقا أو أحد الأصول أو أحد الفروع أو أحد الإخوة أو كافلا أو شخصا له ولاية أو سلطة على الضحية

¹ - المادة 2 من القانون 103.13

أو مكلفا برعايته، أو إذا كان ضحية الجريمة قاصرا أو في وضعية إعاقة أو معروف بضعف قواها العقلية وكذا حالة العود. وينص القانون على معاقبة السب المرتكب ضد المرأة بسبب جنسها بغرامة مالية من 1200 إلى 6000 درهم، (الفصل 1-444)، ومعاقبة القذف المرتكب ضد المرأة بسبب جنسها بغرامة مالية من 12 ألف إلى 20 ألف درهم (الفصل 2-444)، وكذا تجريم الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية (الفصل 1-480)، وتجريم ومعاقبة الإكراه على الزواج مع وقف المتابعة على شكاية المتضرر من الجريمة (الفصل 1-503). ويجرم القانون ويعاقب التحرش الجنسي المتمثل في الإمعان في مضايقة الغير في الفضاءات العمومية أو غيرها بأفعال أو أقوال أو إشارات أو بواسطة رسائل أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية، مع تشديد العقوبة إذا كان مرتكب الفعل زميلا في العمل أو مكلفا بحفظ النظام العام والأمن العام، أو كان من الأصول أو المحارم أو مكلفا برعاية الضحية أو كافلا له أو عندما يكون الضحية قاصرا (الفصل 1-503). وتهم الأحكام الجزائية لقانون محاربة العنف ضد النساء أيضا تجريم ومعاقبة تبديد أو تفويت أحد الزوجين لممتلكاته بسوء نية إضرارا بالأسرة أو من أجل التحايل على الالتزامات المالية للزوج كما هي محددة في مدونة الأسرة، وربط المتابعة بتقديم شكاية من الزوج المتضرر (الفصل 1-526).¹

أما بخصوص الأحكام المسطرية، فقد نص القانون على إمكانية جعل جلسة المحاكمة سرية إذا تعلق الأمر بقضية عنف أو اعتداء جنسي ضد المرأة أو القاصر، بناء على طلب الضحية، وإضافة تدابير حمائية جديدة تهم إرجاع المحضون مع حاضنته إلى السكن المعين له من قبل المحكمة، وإنذار المعتدي بعدم الاعتداء في حالة التهديد بارتكاب العنف مع تعهده بعدم الاعتداء، وإشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة بين الزوجين، وإحالة الضحية على مراكز الاستشفاء قصد العلاج، والأمر بالإيداع بمؤسسات الإيواء أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية للمرأة المعنفة التي ترغب في ذلك.²

¹ - المادة 5 من القانون 103.13

² - المادة 8 من القانون 103.13

المحور الثاني: البعد المؤسسي للقانون 103.13

أحدثت بموجب قانون محاربة العنف ضد النساء خلايا ولجان مشتركة بين القطاعات للتكفل بالنساء ضحايا العنف، ويتعلق الأمر بخلايا التكفل بالنساء ضحايا العنف، التي تحدث بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف والمصالح المركزية واللامركزية للقطاعات المكلفة بالصحة والشباب والمرأة وبالمديرية العامة للأمن الوطني والقيادة العليا للدرك الملكي.¹ وتضطلع هذه الخلايا بمهام الاستقبال والاستماع والدعم والتوجيه والمرافقة لفائدة النساء ضحايا العنف، وتتكون الخلايا المحدثّة على مستوى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف من نائب وكيل الملك وقاضي الأحداث والمساعد أو المساعدة الاجتماعية، إضافة إلى ممثلي الإدارة.

وبموجب هذا القانون، تم إحداث لجنة وطنية للتكفل بالنساء ضحايا العنف، يعين رئيس الحكومة رئيسها باقتراح من السلطة الحكومية المكلفة بالمرأة،² وتضطلع هذه

¹ - تنص المادة 10 من القانون 103.13:

"تحدث خلايا التكفل بالنساء ضحايا العنف بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف والمصالح المركزية واللامركزية للقطاعات المكلفة بالصحة والشباب والمرأة وكذا للمديرية العامة للأمن الوطني والقيادة العليا للدرك الملكي.

تتولى هذه الخلايا مهام الاستقبال والاستماع والدعم والتوجيه والمرافقة، لفائدة النساء ضحايا العنف. تتكون الخلايا المحدثّة على مستوى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، بالإضافة لمثلي الإدارة، من نائب وكيل الملك وقاضي الأحداث والمساعد أو المساعدة الاجتماعية.

يحدد بنص تنظيمي تأليف الخلايا المحدثّة على مستوى المصالح المركزية واللامركزية للقطاعات المكلفة بالعدل والصحة والشباب والمرأة وكذا للمديرية العامة للأمن الوطني والقيادة العليا للدرك الملكي، وكذا ممثلي الإدارة بالخلايا المحدثّة على مستوى المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف.

يراعى في تكوين هذه الخلايا مبدأ التخصص ومبدأ المناصفة."

² - تنص المادة 11 من القانون 103.13: "اللجنة الوطنية: تحدث لجنة وطنية للتكفل بالنساء ضحايا العنف تتولى ممارسة المهام والاختصاصات المنصوص عليها في المادة الثانية عشر بعده. يعين رئيس الحكومة رئيس اللجنة الوطنية باقتراح من السلطة الحكومية المكلفة بالمرأة. يمكن أن يحضر أشغال اللجنة الوطنية شخصيات وممثلون عن الهيئات الوطنية والمنظمات المعنية بقضايا المرأة إذا رأت اللجنة فائدة في ذلك. تعقد اللجنة الوطنية اجتماعاتها مرة في السنة على الأقل، وكلما دعت للضرورة إلى ذلك، بدعوة من رئيسها أو أغلبية أعضائها. يتولى القطاع المكلف بالمرأة كتابة هذه اللجنة. يحدد بنص تنظيمي تأليف وكيفية سير عمل اللجنة الوطنية.

اللجنة، على الخصوص، بضمان التواصل والتنسيق وطنيا بين تدخلات القطاعات الحكومية والإدارات المركزية المعنية بموضوع العنف ضد النساء، وإبداء الرأي في مخططات عمل اللجان الجهوية والمحلية وتتبع تنفيذها، والمساهمة في وضع آليات لتحسين تدبير عمل الخلايا المشار إليها في المادة 10 واللجان الجهوية والمحلية ومواكبة عملها مركزيا.¹

وتضطلع اللجان الجهوية،² التي أحدثت على مستوى الدائرة القضائية لكل محكمة استئناف، على الخصوص، بمهام إعداد خطط عمل جهوية في إطار

¹ - تنص المادة 12 من القانون 103.13: "تناط باللجنة الوطنية المهام التالية: ضمان التواصل والتنسيق وطنيا بين تدخلات القطاعات الحكومية والإدارات المركزية المعنية بموضوع العنف ضد النساء؛

إبداء الرأي في مخططات عمل اللجان الجهوية والمحلية، المشار إليها في المواد 13 و15 بعده، وتتبع تنفيذها؛
تلقي تقارير اللجان الجهوية والمحلية وفحصها؛
رصد واقتراح إمكانات تطوير عمل اللجان المحلية والجهوية؛
المساهمة في وضع آليات لتحسين تدبير عمل الخلايا المشار إليها في المادة 10 أعلاه، واللجان الجهوية والمحلية ومواكبة عملها مركزيا؛
تقوية وتفعيل آليات الشراكة والتعاون بين اللجان الجهوية واللجان المحلية وجمعيات المجتمع المدني وباقي المتدخلين.

إصدار تقرير سنوي عن حصيلة العمل."

² - تنص المادة 13 من القانون 103.13: "اللجان الجهوية تحدث لجنة جهوية للتكفل بالنساء ضحايا العنف على مستوى الدائرة القضائية لكل محكمة استئناف وتتألف من:

الوكيل العام للملك أو نائبه رئيسا؛
قاضي التحقيق ومستشار للحكم ومستشار مكلف بالأحداث، يعينهم الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف؛
رئيس كتابة النيابة العامة أو من يمثله؛
رئيس كتابة الضبط أو من يمثله؛
المساعد أو المساعدة الاجتماعية بالمحكمة المذكورة؛
ممثلي الإدارة؛
ممثل مجلس الجهة؛
محام؛ يعينه نقيب هيئة المحامين بالدائرة القضائية الاستئنافية؛

الاختصاصات الموكولة لها، وضمان التواصل والتنسيق بين السلطة القضائية وباقي القطاعات الإدارية المعنية بقضايا التكفل بالنساء ضحايا العنف على المستوى الجهوي.¹

مفوض قضائي، يعينه رئيس المجلس الجهوي للمفوضين القضائيين. كما يمكن أن يحضر أشغال اللجنة، كل شخصية معروفة باهتمامها وخبرتها بقضايا المرأة، وكذا ممثلو الهيئات والمؤسسات والجمعيات التي ترى اللجنة فائدة في دعوتها.¹ - تنص المادة 14 من القانون 103.13: " تناط باللجان الجهوية للتكفل بالنساء ضحايا العنف المهام التالية:

إعداد خطط عمل جهوية في إطار الاختصاصات الموكولة لها؛
ضمان التواصل والتنسيق بين السلطة القضائية وباقي القطاعات والإدارات المعنية بقضايا التكفل بالنساء ضحايا العنف على المستوى الجهوي؛

التواصل والتنسيق مع جمعيات المجتمع المدني العاملة في هذا المجال؛
العمل على توحيد كفاءات اشتغال الخلايا واللجان المحلية، بما يكفل تجانس وتكامل الخدمات على مستوى الدوائر القضائية التابعة لنفوذ محكمة الاستئناف وباقي القطاعات والإدارات المعنية؛
رصد الإكراهات والمعوقات المرتبطة بعمليات التكفل بالنساء ضحايا العنف واقتراح الحلول المناسبة لها بشكل تشاركي وفي حدود صلاحيات وإمكانات كل قطاع؛
رصد الإكراهات والمعوقات المرتبطة بعمليات التكفل بالنساء ضحايا العنف التي تقتضي تدخلا على الصعيد المركزي؛

ترصيد مختلف الخبرات والتجارب الناجحة وتعميمها على مختلف الآليات المحلية؛
إعداد تقارير دورية وتقرير سنوي حول سير وحصيلة عملها وعمل اللجان المحلية وكذا خلايا التكفل بالنساء ضحايا العنف.

ترفع تقارير اللجان الجهوية، بما في ذلك تقريرها السنوي، إلى اللجنة الوطنية للتكفل بالنساء ضحايا العنف.

تعقد اللجان الجهوية اجتماعاتها مرتين في السنة على الأقل، وكلما دعت الضرورة ذلك، بدعوة من رئيسها.

تعقد اللجان الجهوية للتكفل بالنساء ضحايا العنف اجتماعاتها بحضور نصف أعضائها، على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين.

تتولى كتابة النيابة العامة بمحكمة الاستئناف مهام كتابة اللجنة الجهوية."

أما اللجان المحلية¹ التي تم إحداثها على مستوى الدائرة القضائية لكل محكمة ابتدائية، فتتولى، بالأساس، إعداد خطط عمل محلية في إطار الاختصاصات الموكولة لها، ورصد الإكراهات والمعيقات المرتبطة بعمليات التكفل بالنساء ضحايا العنف واقتراح الحلول المناسبة لها، وإعداد تقارير دورية.²

وينص القانون المذكور أيضا على أن تتخذ السلطات العمومية كل التدابير والإجراءات اللازمة للوقاية من العنف ضد النساء، وتسهر على إعداد وتنفيذ سياسات

¹ - تنص المادة 15 من القانون 103.13: "اللجان المحلية: تحدث لجنة محلية للتكفل بالنساء ضحايا العنف على مستوى الدائرة القضائية لكل محكمة ابتدائية وتتألف من: وكيل للملك أو نائبه رئيسا؛

قاضي للتحقيق وقاضي للحكم وقاضي الأحداث، يعينهم رئيس المحكمة؛

رئيس كتابة النيابة العامة أو من يمثله؛

المساعد أو المساعدة الاجتماعية بالمحكمة المذكورة؛

² - تنص المادة 16 من القانون 103.13: "اختصاصات اللجان المحلية: تناط باللجان المحلية للتكفل بالنساء ضحايا العنف المهام التالية:

إعداد خطط عمل محلية في إطار الاختصاصات الموكولة لها؛

ضمان التواصل والتنسيق بين السلطة القضائية وباقي القطاعات والإدارات المعنية بقضايا التكفل بالنساء ضحايا العنف وجمعيات المجتمع العاملة في المجال؛

رصد الإكراهات والمعيقات المرتبطة بعمليات التكفل بالنساء ضحايا العنف واقتراح الحلول المناسبة لها

بشكل تشاركي وفي حدود صلاحيات وإمكانات كل قطاع؛

رصد الإكراهات والمعيقات المرتبطة بعمليات التكفل بالنساء ضحايا العنف التي تقتضي تدخلا على الصعيد الجهوي أو المركزي؛

إعداد تقارير دورية.

ترفع اللجان المحلية تقاريرها الدورية إلى اللجان الجهوية حول سير وحصيلة عملها. تعقد اللجان المحلية للتكفل بالنساء ضحايا العنف اجتماعاتها أربع مرات في السنة على الأقل، وكلما دعت الضرورة ذلك، بدعوة من رئيسها. تعقد اللجان المحلية للتكفل بالنساء ضحايا العنف اجتماعاتها بحضور نصف أعضائها، على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين. تتولى كتابة النيابة العامة بالمحكمة مهام كتابة اللجنة."

وبرامج تهدف إلى التحسيس بمخاطر العنف ضد المرأة وتصحيح صورتها في المجتمع والعمل على إذكاء الوعي بحقوقها.¹

خاتمة:

رغم الملاحظات التي يمكن إثارتها بشأن مقتضيات القانون 103.13، فإنه يمكن التأكيد أن صدوره في حد ذاته يعتبر خطوة إيجابية في اتجاه محاربة ظاهرة العنف التي استفحلت بشكل كبير داخل المجتمع بشكل عام، وفي مواجهة المرأة بشكل خاص. وبالتالي لا يمكن التغاضي عما للنص التشريعي المتخصص من أهمية في محاربة ظاهرة العنف ضد المرأة، إلا أن تحقيق المراد رهين بتوفير البيئة الملائمة لتنزيل مضمون النص التشريعي، حتى لا يؤدي الأمر إلى نتائج سلبية غير منتظرة ماسة بالعلاقات داخل الأسرة والمجتمع، كما أنه لا بد من المواكبة المتجددة بالتدخل التشريعي المستمر عبر التنميم والتعديل، لسد الثغرات المحتملة التي يمكن أن تظهر أثناء التطبيق الفعلي. وعلاوة على ما سبق لا بد من وضع إستراتيجية متكاملة وعميقة تتبنى سياسة مندمجة تلامس الجانب الديني والأخلاقي والتربوي للمواطن، وتشمل أيضا أوضاعه الثقافية والاجتماعية والاقتصادية.

¹ - تنص المادة 17 من القانون 103.13: "تتخذ السلطات العمومية كل التدابير والإجراءات اللازمة للوقاية من العنف ضد النساء، ومن أجل ذلك تسهر السلطات العمومية على إعداد وتنفيذ سياسات وبرامج تهدف إلى التحسيس بمخاطر العنف ضد المرأة وتصحيح صورتها في المجتمع، والعمل على إذكاء الوعي بحقوقها."

عمالة الأطفال في الجزائر: أي مسؤولية؟

بن قو أمال

أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم

رئيسة فرقة التكوين المهني بمخبر القانون الاجتماعي LABDROS جامعة وهران 2

المقدمة:

الاهتمام بالطفل ورعايته من مقومات النهوض بأي أمة فنية في سبيل الوصول إلى مستقبل أفضل، فالأطفال يشكلون جيل الغد، والاهتمام بهم وإعدادهم لتحمل أعباء الحياة من أساسيات ومتطلبات التنمية الشاملة، ورعاية الطفولة لا تنفرد بها دولة دون الأخرى سواء المتقدمة منها أو النامية، وان تفاوتت درجات الاهتمام بين الدول لما أقرته الاتفاقيات الدولية¹، والتشريعات المحلية من حقوق تخص الطفل ورعايته فكلها تنصب في قالب واحد وهدفها تحقيق الحماية لهذا الطفل في المرحلة التي يتم فيها تشكيل وبناء جسمه وإدراكه وشخصيته ليكون قادرا على تحمل مسؤولياته اتجاه مجتمعه، ولكن في ضوء الاهتمام به، ظهرت العديد من المعوقات كظاهرة عمالة الأطفال التي باتت تقف عائقا أمام متطلبات تنمية الطفل الممارس للعمل، ومتطلبات التنمية المنشودة، وهذا ما تفتن إليه المشرع الجزائري، وحاول أن يجد حلول رديعية، ويوقع المسؤولية الجزائية للمستخدم التي تخول له نفسه تشغيل واستغلال الأطفال خارج الإطار القانوني المسموح به، فهل استطاع المشرع الجزائري بتحميله للمستخدم المسؤولية الجزائية وتوقيع عليه عقوبات رديعية أن يقض على ظاهرة عمالة الأطفال؟، ويحقق لهم الحماية التي يستحقونها؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال ما يلي:

إن المشرع الجزائري في هذا الإطار، ولم يكتف بالنص على هذه العقوبات في مصدرها الأصلي، أي في قانون العمل بموجب قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل وإنما نص على هذه العقوبات في قانون العقوبات وكذا في القانون المتعلق بحماية

¹ - ميلود شني، الحماية الدولية لحقوق الطفل من الجريمة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة شلف، السنة الجامعية 2014/2015، ص36.

الطفل في خطر، وكل ذلك من أجل تكثيف الحماية لهذا الطفل القاصر¹ التي لا يجب استغلاله، وأن يكون تشغيله خارج الإطار القانوني، وهذا ما سنتعرف عليه في هذه الدراسة، وذلك بإبراز المسؤولية الجزائية للمستخدم من خلال العقوبات المنصوص عليها في قانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسنتناول المسؤولية الجزائية للمستخدم من خلال العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات وحماية الطفل في خطر، وهذا وفقاً لما يأتي :

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية للمستخدم في قانون رقم 11/90

برزت المسؤولية الجزائية للمستخدم من خلال العقوبات المنصوص عليها في قانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل لضمان التطبيق الفعال للنصوص القانونية الموضوعة لحماية الطفل أي استغلاله في مجال التشغيل، ولم يكتف المشرع الجزائري بالجزاء على مخالفتها، وإنما أوقع عقوبات جزائية²، والمتمثلة مجملها في غرامات مالية يتحملها رب العمل عند مخالفة الأحكام المتعلقة بتشغيل القصر.

إن المشرع الجزائري حاول من خلال قانون 11/90، أن يقسم العقوبات الجزائية إلى قسمين: عقوبات تمس جميع العمال بمن فيهم القصر وعقوبات خاصة بالعمال القصر، وهذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: عقوبات تمس جميع العمال بمن فيهم القصر

هذه العقوبات وضعت لحماية العمال بصفة عامة، ونذكر منها عقوبات مرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين العمال وعقوبات مرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالأجر، الراحة، وهذا ما سنبرزه من خلال ما يلي:

أولاً: عقوبات مرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين العمال

إن المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11/90، قام بحظر ومنع أي تمييز بين العمال من حيث الجنس، السن، أو الوضعية الاجتماعية...، وذلك طبقاً لنص المادة 17 منه : "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات أو

¹ - مسعود بوصنبورة، الحماية الجنائية للعامل، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي للعمل، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 96.

² - بلقاسم سويقات، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 68.

الاتفاقيات الجماعية، أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى التمييز بين العمال، كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل، أو على أساس السن أو الجنس أو الوضعية الاجتماعية، أو النسبية والقرابة العائلية والقناعات السياسية والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها"، وبذلك يكون مشرعنا قد حظر التمييز بمختلف أنماطه ومواضيعه، واعتبر عدم الاقتداء بذلك، تعديا على المجتمع يحمل المؤسسة وممثلها المسؤولية الجزائية، حماية للعامل وتكريسا للعدالة في العمل وتحقيقا لمبدأ تكافؤ الفرص¹، إذ يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 5000 دج كل من يوقع اتفاقية جماعية أو اتفاقا جماعيا للعمل يكون من شأن أحكامهما إقامة تمييزا بين العمل في مجال الشغل، أو الراتب وظروف العمل، كما ورد في نفس المادة السابقة.

ثانيا: عقوبات مرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية الخاصة بالأجر والراحة

لقد جاءت الأحكام الجزائية لتوقيع عقوبات جزائية (غرامات) عن كل إخلال بالأحكام الخاصة بالأجر، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في فحوى المادة 150 من القانون رقم 11/90 التي جاءت بما يلي: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج إلى 4000 دج، وتطبق حسب عدد المخالفات، وبالحبس من ثلاث أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط"، أما بالنسبة للراحة، فتقتضي المصلحة الاجتماعية والشخصية للعامل إعطاؤه إجازة يتفرغ خلالها لشؤون أسرته ويرتاح من عناء العمل، عدا ذلك فإن فيها مصلحة للعمل نفسه، لأن العامل يستأنف نشاطه بعد انقضاء عطلته، وهو أكثر إقبالا على عمله بعد أن يأخذ راحة، واعتبر المشرع الجزائري حق الراحة من الحقوق الأساسية للعامل، كما اعتبر يوم الراحة الأسبوعي، وأيام الأعياد، والعطل أيام راحة قانونية، ورتب عقوبات جزائية على مخالفة هذه الأحكام، وذلك طبقا لنص المادة 144 من القانون² رقم 11/90 والتي جاءت بما يلي: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 إلى 2000 دج كل مستخدم يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بالراحة القانونية، ويتكرر تطبيقها حسب عدد العمال المعنيين"، ولا يمكن للعامل البالغ والقاصر الاستغناء عن فترات وأيام الراحة، لما لها من الأثر العظيم في الدفاع عن صحة العامل، خاصة القاصر،

¹ - مهدي بن خدة، القانون الجزائري للعمل، دار الأمل للنشر والتوزيع تيزي وزا، الجزائر، 2014، ص 192
² - قانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17 لسنة 1990.

ومنه فان فترات الراحة والعطل القانونية ليس حقا للعامل فقط، وإنما هو التزام يقع على عاتق المستخدم¹ ويشترط احترامها من كلا طرفي العقد، ولا يجوز التنازل عنهما أو عن بعضهما، ويكون باطلا كل اتفاق أو شرط يقضي بغير ذلك.

المطلب الثاني: عقوبات تمس العمال القصر

هي عقوبات كرسها المشرع الجزائري أساسا لحماية العامل القاصر، وهي مرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بشرط السن القانوني لتشغيل القصر، وأخرى مرتبطة بظروف تشغيل القصر (العمل ليلا، الساعات الإضافية... الخ)، وهذا ما سنفصل فيه فيما يلي :

أولا: العقوبات المرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بشرط السن القانوني لتشغيل القصر
إن المشرع الجزائري يعاقب كل مستخدم يقوم بتشغيل قاصر² دون احترام السن المقررة قانونا، وهذا ما جاء في نص المادة 140 من قانون 11/90 التي نصت على ما يلي :
"يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج الى 2000 دج على كل من وظف قاصر لم يبلغ السن المقررة إلا في حالة عقود التمهين المحررة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وفي حالة العود يمكن إصدار عقوبة حبس تتراوح من 15 يوما إلى شهرين دون المساس بالغرامة التي يمكن أن ترفع إلى ضعف الغرامة المنصوص عليها".
ما يلاحظ هنا أن الحماية التي اقرها المشرع الجزائري بموجب هذه المادة للقاصر جاءت ناقصة، حيث رتب عقوبة ردعية على مخالفة شرط السن دون أن يقرر عقوبة على مخالفة شرط الحصول على رخصة من الوالي.

ثانيا: العقوبات المرتبطة بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بظروف تشغيل القصر

إن المشرع الجزائري وبموجب المادة 141 قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، يعاقب³ بغرامة مالية تتراوح من 2000 دج إلى 4000 دج كل ما خالف أحكام القانون

¹- جلال مصطفى القرشي، قانون العمل الجزائري :علاقات العمل الفردية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 49.

²- محمد جهل، الأحكام الجزائية الخاصة بعلاقات العمل، رسالة ماجستير في القانون الاجتماعي، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012/2013، ص 86.

³- سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري : علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 36.

المتعلق بظروف استخدام الشبان والنسوة، ويعاقب كلما تكررت المخالفة المعنية، كما يعاقب كل من خالف الأحكام المتعلقة بمدة العمل القانونية الأسبوعية، اتساع فترة العمل اليومية، الحدود في مجال اللجوء للساعات الإضافية، والعمل الليلي وهذا النسبة للشبان والنسوة بغرامة مالية تتراوح من 500 دج إلى 1000 دج، وتكرر العقوبة كلما تكررت المخالفة (المادة 143 من ق 11/90).

الجدير بالذكر، ومن خلال ما سبق ذكره، يتبين أو يتضح أن المشرع الجزائري حاول حماية العامل القاصر، ولكن الحماية كانت شكلية، لان المبالغ التي ذكرت هي مبالغ رمزية لا تتماشى مع الوقت الحالي، ولا تؤدي الوظيفة التي سطرت من اجلها.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية للمستخدم من خلال العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات وقانون حماية الطفل في خطر

إن المشرع الجزائري كبتية المشرعين في دول العالم، قد أعاروا ظاهرة عمالة الأطفال واستغلالهم اهتماما خاصا نظرا لما قد يتعرضون له في سوق العمل،¹ من تعدي على حقوقهم المشروعة، ويسلبهم حقهم في اللعب والدراسة خصوصا من المستخدمين الذي يستغلون وضعهم الاقتصادي (فقر العائلة) أو الاجتماعي (التفكك الأسري)، ليسلبون قواهم الجسدية الضعيفة بلا إنسانية وأبخس الأثمان، لهذا نجد انه لم يكتف بالنص على أهم العقوبات في قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، وإنما نص على العقوبات من خلال القانون الذي يجرم الأفعال ويعاقب عليها وهو قانون العقوبات، كما نص على العقوبات أيضا من خلال القانون خاص بالطفل وهو: "القانون المتعلق بحماية الطفل في خطر"، وهذا ما سيظهر من خلال ما يلي :

المطلب الأول: العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائي

كثير ما يتم استغلال الطفولة أو البراءة في أعمال منافية لحقوق الإنسان وكذا منافية للقيم وللآداب والأخلاق العامة، وهذا الاستغلال يكون مرتبطا بالعمل حينما نتحدث عن الطفل الذي يستغل في التسول أو في الدعارة، وهذا ما حاول المشرع تجريمه بنصوص قانونية ردعية تظهر من خلال ما يلي :

¹ بدر الدين الحاج علي، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010/2011، ص 65.

أولاً: العقوبات المرتبطة باستغلال الطفل في التسول

وهم أطفال يقوم أفراد من أسرهم بتسفيرهم أو نقلهم داخلياً مصطحبين أو غير مصطحبين من قبل شخص بالغ من الأسرة لاستغلالهم في التسول بصورة يومية ومنتظمة طيلة اليوم، أو يقوم أشخاص بأخذهم من أسرهم الموجودة بصورة قانونية أو غير قانونية إما بصورة استنجازهم أو عنوة (خطف) لاستغلالهم في التسول بصورة يومية منتظمة وطيلة اليوم.

وقد تُستخدم الفتيات في التسول كمهنة مصاحبة أو غطاء للدعارة التي قد تدرّ للمتاجرين بالطفلة أو الفتاة دخلاً أكبر، وقد يتم استنجاز صغار السنّ (أقلّ من عام) أحياناً من أسرهم لغرض استخدامهم كأدوات مصاحبة ومساعدة للقيام بالتسول، فالتسول ظاهرة قديمة ومستمرّة وتعتبر من أكثر الظواهر خطراً على المجتمعات وتعتبر تصرفاً غير إنساني وغير أخلاقي لأنها تؤدّي إلى خلق جيل شاب أمّي غير متعلّم وعالة على المجتمع لا ينتج إلا الكثير من المشاكل الاجتماعية لاحقاً كالتحوّل إلى عالم الجريمة أو الدخول إلى عالم المخدرات والانحرافات التي لا تنتهي.

إضافة إلى أن المستفيدين من تشغيل الأطفال في التسول يستغلّون الطرفين بطريقة غير إنسانية، فالطفل الصغير شيئاً فشيئاً ويوماً بعد يوم يدخل إلى عالم مجنون لا يعرف غير المادة وكيفية الحصول عليها دون النظر إلى شرف الوسيلة، وبالمقابل يتم استغلال مشاعر الناس المتعاطفة مع الأطفال لكونهم يثيرون مشاعر الشفقة والإحسان مما يزيد من تلك الظاهرة وانتشارها.

وقد راجت في المدة الأخيرة ظاهرة بيع النساء للمناديل الورقية والجوارب بصحبة أطفالهم الرضع لاستعطاف المارة الذين ترقّ قلوبهم لمنظر الأطفال وهم يرتعشون من شدة البرد، فيقبلون على شراء بعض السلع المعروضة وترك بعض الدنانير الإضافية للأُم¹، وفي غالب الأحيان يتم استنجاز الأطفال الموقوفون لاستغلالهم في التسول إستدراراً لعطف المحسنين خاصة في المواسم الدينية وخلال فصل الصيف.

¹- مقال منشور في جريدة "النصر" الجزائرية، تحت إسم مريم، بتاريخ 2010/11/28.

إذن من خلال ما سبق يظهر لنا أن التسول يقوم على الاستعطف والاستنجد من أجل الحصول على إعانات مجانية، وهو ظاهرة اجتماعية تعاني منها الكثير من المجتمعات،¹ ولكن الملاحظ أن الكثير من الأشخاص يقومون بعمل التسول معتمدين على الطفولة القاصرة، ليستعطفون المارة، وبذلك يعرضونها للذل والإهانة ويحرمونها من حقها في التعليم، وهذا من أجل جني المال، وهنا لردع هذه الظاهرة نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات (المادة 195 مكرر)² على الحبس من 6 أشهر إلى سنتين لكل من يتسول بقاصر لم يكتمل 18 سنة أو يعرضه للتسول، وتضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل احد أصول القاصر أو أي شخص له سلطة عليه.

في الحقيقة وإن كان هذا النص موجود، إلا أنه في الواقع لا يطبق، بل حتى الرأي العام الجزائري يتقبل ولا يستنفر ولا يستغرب ظاهرة تسول الأطفال الذي يستغلون من طرف أوليائهم أو من طرف أي شخص يفرض سلطته عليهم، حتى ولو كان عصابة تنشط في ذلك، وهذا راجع لعدم وجود تدخل من قبل منظمات غير الحكومة، وكذا جمعيات تنشط في حماية الطفولة من أجل التحسيس بخطورة الظاهرة وضرورة محاربتها من جميع أطراف المجتمع، الرأي العام، الإعلام، الدولة، القضاء.

ثانياً: العقوبات المرتبطة باستغلال الطفل في الدعارة

وتعني استخدام الأطفال أو القُصّر لغرض ممارسة أنشطة جنسية لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض، حيث تعمل الملايين من الفتيات كخادمت في المنازل ومعاونات في الشؤون المنزلية بدون أجر، ويتعرضن بصفة خاصة للاستغلال والإعتداء وسوء المعاملة، وقد تجري المتاجرة فيهن أو يُجَبَّرْنَ على العمل لسداد دين أو ألوان أخرى من الإستهباد أو الإنخراط في الدعارة والبغاء والعروض والمواد الإباحية أو غير ذلك من

¹- سمية العريبي، حماية الطفل المهتد، رسالة ماجستير في القانون، جامعة المنار يتونس، السنة الجامعية 2011/2010، ص 35.

²- المادة 195 مكرر من الأمر 56-66 المؤرخ في يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم في 2009 الجريدة الرسمية، العدد 44 الصادرة في 11 يونيو 1966، ص 702.

أنشطة غير مشروعة،¹ وكثيرا ما تتكون عصابات منظمة تنشط في استغلال الطفولة البريئة في الدعارة، وهذا من اجل جنبي اكبر قدر من المال، وتوهم² نفسها بأنها تقدم عملا لهذا القاصر الذي لا حول وقوة له، إن المشرع الجزائري وعيا منه بخطورة هذه الظاهرة التي تختص بالبراءة في مرحلة الطفولة، حاول أن يجرمها ويوقع على مرتكبيها عقوبات ردية تتجاوز مدة الجنحة المعارف عليها، وهذا من باب التشديد، وهو ما يظهر من خلال المادة (143) التي نصت على ما يلي :

" إن كل من حرص قاصر لم يكمل 18 سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه، أو تسهيله له، ولو بصفة عرضية يعاقب بالحسب من 5 سنوات إلى 10 سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبة المقررة للجريمة التامة".

المطلب الثاني: العقوبات المنصوص عليها في قانون رقم 15-12 بحماية الطفل في خطر
بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل والعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات، هناك عقوبات نص عليها قانون جاء خصيصا لحماية الطفل، وهو القانون رقم³ 15-12 المتعلق بحماية الطفل في خطر، حيث تكلم عن العقوبات المتعلقة بالاستغلال الجنسي والاقتصادي للطفل، استغلال الطفل عبر وسائل الاتصال، وهذا ما سيظهر من خلال ما يلي :

أولا: العقوبات المتعلقة بالاستغلال الجنسي والاقتصادي للطفل
نتيجة لكون الطفل قد يكون عرضة للاستغلال الجنسي من طرف عصابات مختصة ومنظمة، جاء قانون رقم 15-12 ليوقع عقوبات على الاستغلال الجنسي للطفل واستعماله في البغاء، الأعمال الإباحية، الاتجار به، التسول به وتعريضه للتسول،

¹ - مقال منشور على موقع المنتدى، الإنترنت تاريخ 3 يناير 2013، بعنوان "بحث حول إستغلال الأطفال في الأعمال الشاقة".

² - صليحة عمارة، الحماية القانونية للطفل من الجريمة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية، جامعة شلف، السنة الجامعية 2014/2015، ص 74.

³ - قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، المؤرخ في 15 يوليو 2015، الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 2015.

اختطاف¹ الطفل... الخ، كما أن قانون رقم 15-12 بموجب المادة 139 اقر عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 100.000 دج لكل من يستغل الطفل اقتصاديا، وتضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل احد أصول الطفل أو المسئول عن رعايته.

ثانيا: العقوبات المتعلقة باستغلال الطفل عبر وسائل الاتصال

إن الواقع يؤكد انه توجد تجارة عبر شبكة الإنترنت تختص بهذا النوع من الاستغلال الجنسي للأطفال تشمل صوراً وأفلاماً تظهر أطفالاً يستغلون جنسياً. وتتعامل أغلب دول العالم بحسم وجديّة مع هذا النوع من الجرائم، ففي أستراليا تصل عقوبة هذا الجرم إلى 10 سنوات حبس أما في الولايات المتحدة فقد تصل إلى 40 سنة حبس ويسجل أنه معتد جنسي لا يسمح له بالتواجد أو السكن أو المرور قرب أي مكان يتواجد فيه أطفال، والجزائر لم تنجوا من هذه الظاهرة المنافية للقيم والأخلاق والآداب العامة وهذا ما جعل المشرع الجزائري يتدخل من خلال القانون رقم 15-12 ويعاقب بموجب المادة 141 بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 150.000 دج إلى 30.000 دج كل من يستغل الطفل عبر وسائل الاتصال مهما كان شكلها في مسائل منافية للآداب العامة والنظام العام.

الخلاصة :

إن مسؤولية حماية الأطفال تقع على الحكومة الجزائرية والمجتمع والأفراد وعلى كل طرف القيام بواجبه الملقى على عاتقه، حيث من النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة هي أن ما تقوم به الحكومة لا يمكن أن يقوم به المجتمع أو الأفراد وما يقوم به المجتمع لا يمكن أن يقوم به الأفراد أو الحكومة، وهكذا فالحكومة بالاستعانة بالسلطة التشريعية تستطيع أن تصدر القرارات والقوانين التي تحمي المجتمع وتعمل على تنفيذها وتطبيقها، فبيدها السلطة التنفيذية لأنها صاحبة الأمر والنهي وهي القادرة على الاستعانة بالسلطة القضائية لإنزال العقوبات الرادعة بالمجرمين، أما

¹- إبراهيم علي، سعاد زيوي، جريمة خطف الأطفال في قانون العقوبات الجزائري، مذكرة ماستر في القانون العام، جامعة بومرداس الجزائر، السنة الجامعية 2015/2016، ص26.

المجتمع فمهمته التعاون والتكاتف على سدّ أي ثغرة ومعالجة أي حالة تحدث، وتقديم النصح¹ ونشر الوعي والوقوف بوجه الإجرام والفساد والشبكات الإجرامية والعمل على تنشئة الأجيال تنشئة صحيحة تحصنهم من الوقوع في قفص الجريمة والمجرمين، أما الأفراد فدورهم يتلخص في تقديم النصح والإرشاد والبقاء في حالة يقظة دائمة وفي سهر دائم على مواليتهم، ومن أهم الحلول التي تقدمها في هذا المجال ما يلي :

-وضع إستراتيجية لحماية الأطفال وتقليل عمالة الأطفال² واستغلالهم والعمل على تنفيذها وتطويرها حسب مقتضى الحال وحسب الإمكانيات وأحوال الدولة وحاجاتها وحاجات شعبها.

-تعزيز التعليم المجاني بطرق منهجية وتطوير أساليب التعليم وتطوير التعليم المهني والتدريب على المهارات المهنية والاجتماعية.

-العمل بشكل محليّ ودولي لوضع قوانين وضوابط يمنع فيها الأطفال تحت 18 سنة من العمل إلا ما تعلق بعقود التمهيّن والتشدد في تطبيقها.

-نشر الوعي خاصة بين الأطفال وأولياء الأمور واستخدام التطور الإعلامي في نشر هذا الوعي وجمعيات المجتمع المدني.

-تشكيل لجنة في كل منطقة بصلاحيات الضابطة العدلية تقوم بمتابعة ومراقبة عمالة الأطفال وحمايتهم

-وضع سياسة إقتصادية للنهوض بالحالة الإقتصادية للأسر الفقيرة وتقديم العون لها لإعادة إليها التوازن الحياتي.

-تشديد العقوبات على الأطراف الذين يستغلون الأطفال في أي مجال من المجالات.

¹- مصطفى جميلة، الحماية القانونية للعامل القاصر في تشريع العمل الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الاجتماعي، جامعة مستغانم، السنة الجامعية 2017/2018، ص 59.

²- المركز العربي للعلوم العربية والقانونية، الندوة العلمية حول المواجهة القانونية للتصدي لإستغلال الأطفال، (الرقيق الأبيض، الإنترنت، الجريمة المنظمة، العمالة والتسرب من المدارس، النزاعات المسلحة، تجارة الأعضاء، وغيرها)، بيروت 29-31/03/2016، ص 15.

-إعادة النظر في العقوبات المسطرة من طرف المشرع الجزائري، خصوصا الغرامات الرمزية التي لا تتماشى مع الهدف المسطرة من اجله.

إعداد أطروحة جامعية: لماذا؟ وكيف؟

يونس مليح

كاتب وباحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

يعتبر إعداد أطروحة الدكتوراه لحظة مهمة في المسار العلمي للباحث، فهي عمل بحثي ينتج به الباحث مرحلة دراساته العليا الجامعية، وتمكنه من الحصول على درجة علمية عليا. وهي في نفس الوقت بوابة تمكنه من مواصلة مشواره الأكاديمي والعلمي والمهني. فإعداد الأطروحة ليس من الأمور السهلة، لأن الباحث يعيش فيه لحظات تردد وتشتت للذهن والجهد، أولا، حول ما إذا كان اختياره للموضوع صائبا، وما إذا كان بالإمكان الاستفاضة على المستوى الشخصي، وما إذا كان بإمكانه تقديم إضافة في مجال البحث. وثانيا، حول ما إذا كان البحث مطروقا من قبل، وما إذا كانت هناك مراجع كافية لمباشرة هذا الموضوع، وهل بالإمكان مواجهة الصعوبات المنهجية والمعرفية التي يمكن أن تواجه الباحث.

ونظرا لأهمية الأطروحة في المسار العلمي والمشروع البحثي للطالب خصوصا والباحث عموما، لا كفاية في ذاتها، ولكن بالنظر إليها من مستويين إثنين؛ الأول، فهي عبارة عن تصديق علمي على العمل البحثي للباحث ومدى استجابته للشروط المنهجية والعلمية المطلوبة لنيل درجة علمية معينة من طرف لجنة مؤهلة لذلك، والثاني، كونها وثيقة بحثية تمثل أبحاث ونتائج الأبحاث التي قام بها الباحث في موضوع محدد وتخصص معين، كعمل علمي، يندرج في إطار المعرفة العلمية، ويستجيب لشروطها وضوابطها المتعارف عليها في الأوساط العلمية والأكاديمية.

ولأن الأطروحة في جميع التخصصات العلمية، وخصوصا في مجال الدراسات القانونية، تبقى لها خصوصيتها على مستوى المنهج، المنهجية، الموضوع، والمضمون. ونظرا للنقص الذي تعانيه الجامعة المغربية في هذا الجانب، وخصوصا في كليات الحقوق، فإن طلبتها المقبلين على إعداد أطروحاتهم يواجهون العديد من المشاكل، سواء على مستوى اختيار الموضوع، وطرح الإشكالية وصياغتها، أو فيما يتعلق بتحديد المنهج ووضع

التصميم المناسب، أو فيما يخص تنظيم جوانب الشكل والمضمون خلال كل مراحل تحرير البحث، من مقدمته إلى خاتمته.

وانطلاقاً من ذلك، نجد أن الأمر يستدعي منا تناول هذا الموضوع، ومحاولة تجميع عناصره، وذلك بالإجابة عن سؤالين مهمين، تعتبر الإجابة عنهما، بالنسبة للباحث، خطوة أساسية في مواصلة بحثه، وهما: أولاً؛ لماذا تريد إعداد أطروحة في تخصص وموضوع معين؟ وثانياً؛ كيف ستعد هذه الأطروحة؟. ومعنى ذلك أن الباحث يجب أن يجيب على سؤالين يتعلقان على التوالي بالجانب الذاتي والموضوعي للباحث، واستعداده النفسي والعلمي والمادي لمباشرة هذا المشروع العلمي، والسير به إلى نهايته. لكن قبل الإجابة عن سؤالي لماذا وكيف؟ لا بد من تحديد ما هي الأطروحة؟.

أولاً. ما هي الأطروحة الجامعية؟

تفيد الأطروحة في اللغة تأليف قضية علمية أو أدبية أو غيرها يراد إثباتها في مجادلة توصلنا إلى نبيل شهادة عليا. ومصطلح الأطروحة Thesis يأتي في اليونانية بمعنى: "شيء ما تضع عليه"، ومعنى "الدراسة" Study؛ حيث يشير المعنى إلى مقترح فكري Proposition intellectuel. ويطلق عليها اسم الرسالة العلمية، وهي الوثيقة التي تمثل أبحاث ونتائج الأبحاث التي قام بها الباحث وقدمها إلى جهة أكاديمية لكي تدعم ترشحة للحصول على درجة علمية أو شهادة متخصصة مثل الإجازة أو الماستر أو الدكتوراه، وتسمى حينها Dissertation في بعض الظروف. وتطلق الأطروحة عادة على الدكتوراه.

وتشير لفظة الأطروحة بشكل دقيق إلى ما يطرح للبحث لأول مرة، ولم يكن متداولاً من قبل لدى المجتمعات العلمية أو العامة؛ فالأطروحة مسألة جديدة تماماً، يتم عرضها للتناول العلمي، كدعوة لتدقيق النظر والبحث التجريبي، بمعنى أن الأطروحة إضافة جديدة تماماً تكون نتيجتها الاكتشاف لما لم يكن معروفاً من قبل. "فالجديد الذي تضيفه الأطروحة يجب أن يكون أوضح وأقوى؛ فهي بين إبراز فكرة وشرحها وتنظيمها، أو التعمق برأي والتطور به وتفريعه، ويكون ذلك موضوعاً في مستوى عال يتناسب مع الدرجة العلمية التي ستمنح للطالب".

فالأطروحة بالمعنى السابق تندرج في إطار البحث العلمي، وهي بذلك عبارة عن بحث علمي؛ أي أنها عملية فكرية منظمة، ودراسة علمية دقيقة، يقوم بها الباحث لظاهرة معينة باستخدام منهج علمي وموضوعي، وتخطيط محكم بغية الوصول إلى حقائق يمكن الاستفادة منها والتحقق من صحتها أو بهدف تقديم إجابات على تساؤلات أو حلول للمشكلات التي تواجه البشرية؛ أي أنه لتكون الأطروحة علمية لا بد أن تحضر فيها عدة خصائص أهمها:

- أن تقوم على الدقة والتحديد؛
- أن تستند في نتائجها إلى أدلة وبراهين؛
- أن تلتزم بالتنظيم والترتيب؛
- أن تنطوي على التجديد والإضافة.

وتعد الأطروحة تسمية أكاديمية مثلها مثل الرسالة، وهي بذلك بحث يقدم للحصول على درجة الدكتوراه، وتهدف إلى ابتكار شيء جديد أو إعادة صياغة لموضوع سابق باعتماد أفكار جديدة في البحث. والأطروحة كالرسالة تقدم أمام لجنة من الأساتذة المختصين في موضوع الباحث.

وتختلف الأطروحة عن الرسالة *Mémoire* في كونها تمكن الباحث من الغوص بشكل معمق في ميدان البحث العلمي، وتستهدف الوصول إلى نتائج لم يتوصل إليها أحد من قبل. فهي بمثابة إضافة علمية يعنى بها في المجال الذي تبحث فيه. بينما الرسالة عبارة عن بحث في تخصص معين، يقوم فيه الباحث بتجميع المادة العلمية من المصادر المختلفة، متبعاً في ذلك إجراءات وقواعد البحث العلمي، ويكون الهدف منها إكساب الطالب خبرة كافية في معرفة خطوات البحث وإجراءاته، دون أن يطلب منه إضافة جديدة للمعرفة في مجال التخصص والموضوع الذي اختار البحث فيه.

ثانياً. لماذا تعد أطروحة جامعية؟

إن سؤال لماذا إعداد الأطروحة؟ هو سؤال يتعلق بالباحث، والدوافع والأسباب والأهداف الذاتية، التي جعلته يختار إعداد أطروحة في تخصص علمي محدد. فاستحضار هذه المعطيات يبقى حاسماً في تحديد علاقة الباحث بموضوع أطروحته، ومدى توفر الشروط العلمية والأخلاقية فيه للخوض في موضوع الأطروحة بحيادية

وموضوعية. فمن هو الباحث المقبل على إعداد الأطروحة؟ وما هي الشروط المفترض توفرها فيه؟ ولماذا يعد الأطروحة؟

يمكن القول أن الباحث أو الباحث العلمي المقبل على إعداد أطروحة في مجال العلوم القانونية، هو شخص ينتمي إلى طلبة كليات العلوم القانونية، وهو الحلقة الأولى والأساسية في عملية الإعداد للأطروحة كعملية بحثية، علمية ومنظمة. تبدأ أولاً من عقل الباحث ثم تنتقل إلى خارجه. فالباحث إذا لم يكن متوفراً على عقلية متفتحة وموضوعية، وإن لم يكن مهيناً نفسياً واجتماعياً لتقبل الحقيقة فلن يصبح باحثاً علمياً ولن ينتج بحثاً علمياً. فليس كل شخص مؤهل لأن يعد أطروحة جامعية، وليست كل أطروحة بالضرورة بحثاً علمياً. فإعداد الأطروحة يتطلب أن يتوفر الباحث على شروط ومواصفات.

إن الباحث الذي يعد أطروحة يجب أن يكون قادراً على التعمق في الفهم والتحليل والمناقشة والمقارنة والتركيب والاستنتاج، وهي قدرات ذهنية يراكمها الباحث خلال مساره العلمي والتكويني. لكن القدرات العقلية لا تكفي وحدها، بل لابد من تحلي هذا الباحث بصفات أخلاقية، كالصبر والموضوعية، بحيث يتجرد من كل ميل أو عاطفة، لأن البحث العلمي يقتضي الأمانة العلمية، والتجرد من كل انتماء مذهبي أو طبقي أو عرقي قد يوجه الباحث ويحد من ضمان حياده العلمي.

ولذلك، يتعين على الباحث اختيار موضع أطروحته بإرادة حرة ونزاهة دون ضغط أو توجيه، لأن الرغبة النفسية الذاتية لدى الباحث تعتبر عاملاً أساسياً للتعاطي الجيد مع الأطروحة مستقبلاً، فيكون الباحث أكثر استعداداً وحماساً للسير قدماً في إعداد أطروحته، وإقامة ذلك الاندماج العاطفي والتجاوب معها، الأمر الذي يعد شرطاً من شروط نجاح الباحث في إعداد أطروحته.

وتتدخل عوامل أخرى في تحديد اختيار الباحث للأطروحة؛ كقدراته الاقتصادية ومصادر تمويل أطروحته، وما إذا كان يمتلك لغات أخرى تسهل عليه عملية المقارنة والاستعانة بالمراجع والدراسات الأجنبية ذات الصلة بموضوع أطروحته، بالإضافة إلى توفره على مهارة التعامل مع البحث الرقمي. دون أن ننسى أن عليه كباحث التحلي طيلة مراحل إعداد أطروحته بالتواضع، وألا يعتقد أنه يعلم ما لا يعلمه الآخرون، وأن

يتخلص من الوثوقية العمياء، فلا يقبل أي رأي على أنه حقيقة مسلم بها دون نقد أو نقاش.

ثالثاً. كيف تعد أطروحة جامعية؟

يفيد سؤال الكيف في البحث عن الطريقة، ويفهم منه وجود طريقة أو وصفة جاهزة لإنجاز هذا النوع من البحوث العلمية، وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان هناك طريقة واحدة يمكن اعتمادها من طرف الباحث لإعداد أطروحته في أي تخصص علمي، وبغض النظر عن خصوصية موضوعه ومعيار حقيقة نتائجه وصلاحيته العلمية، إن سؤال الكيف، يظهر للوهلة الأولى أنه ذو طبيعة موضوعية، لتعلقه بالمنهجية محددة ومضبوطة، ولاتباعه لمنهج علمي مضبوط.

إن الإجابة عن سؤال كيف يتم إعداد الأطروحة، تنطلق أولاً، من تحديد موضوع البحث، ومجال تخصصه، وإشكاليته، ومجالات تقاطعه مع حقول معرفية أخرى. وتقوم ثانياً، على اتباع منهج معين، ووضع خطة للبحث، واعتماد أدوات وتقنيات للبحث، تمكن الباحث من التحكم في سير وتقديم أطروحته، وتؤثر في طبيعة وجودة نتائجها، وتحدد صلاحيتها العلمية. فتخطيط مراحل الأطروحة جزء جوهري من عملية البحث في موضوعها.

وتستحضر الإجابة عن السؤال السابق طريقة البحث أو ما يسمى بالمنهجية **Methodology**، وهي مصطلح أعم من المنهج **Method**، وتهدف إلى تصنيف وتحليل مناهج البحث المعتمدة، وتلقي الضوء على مصادرها وإمكاناتها وحدودها، وتوضح ما تبنى عليه من مسلمات وافتراضات، وتبين تبعات وتوقعات المنهج، إنها بكل اختصار توضح الإمكانيات التي يتيحها المنهج للباحث، الأمر الذي سنتطرق له بالتفصيل في المحور الرابع. وبالتالي فإعداد أطروحة جامعية لا يتوقف فقط على اختيار منهج البحث، بل يمر أولاً من تحديد الموضوع، واختيار إشكاليته، وتحديد فرضياته، وتصميم عناصره، فتحليل وتركيب مضامينه، ثم استنتاج نتائجه، وتعميمها.

ويمكن القول إن الأطروحة الجامعية هي عملية بناء منهجي، يتبع خطوات وعمليات محددة، يمكن تقسيمها إلى عمليتين أساسيتين ومتلازمتين وهما: عملية التأسيس وعملية التركيب. حيث تنصرف العملية الأولى إلى المرحلة السابقة على كتابة

الأطروحة، بينما تنصرف الثانية إلى بناء البحث وكتابته وفق التقنيات والشروط المتعارف عليها، ووفق مناهج البحث العلمي.

تقوم عملية إعداد الأطروحة الجامعية على أساس التنظيم المنطقي لخطوات البحث العملية من أجل الوصول إلى الهدف المنشود. وتبدأ هذه العملية بتحديد موضوع الأطروحة وإشكالياتها، فالخطوة الأولى التي تواجه الباحث هي تحديد موضوع بحثه؛ أي اختيار الباحث للمجال المعرفي الذي سيشتغل فيه، أو التخصص الذي يهيمه، فهذا التحديد هو الذي يسهل على الباحث تجميع المادة العلمية، بالإضافة لتحديد الإشكالية التي ستكون موضوعاً لأطروحته. وهذا التحديد يخضع لمحددات ومعطيات موضوعية وشكلية تختلف حسب وضعية الباحث الاجتماعية والاقتصادية، واستعداداته النفسية، وقدراته المعرفية، ومهاراته المنهجية.

إلى جانب ذلك، هناك نقطة ذات أهمية بالغة، وهي جمع المعلومات وإعادة صياغتها بطريقة نقدية، لأنه يجب علينا كلما ظننا أننا وجدنا حلاً لمشكل ما محاولة الإحاطة بهذا الحل عوضاً عن الدفاع عنه. لكن كثيراً منا لا يعملون مع الأسف وفق هذه القاعدة، ومن حسن الحظ أن هناك من هو مستعد لمزاولة النقد عندما لا تقوم به بأنفسنا، ومع ذلك فلن يكون النقد مثمراً إلا إذا صغنا المشكل الذي يعترضنا بوضوح على قدر الإمكان ووضعنا حلنا له في شكله النهائي بقدر الإمكان، أي تحديداً في شكل يمكن من مناقشته على نحو نقدي.

1- خطوات إعداد الأطروحة:

كأي بحث علمي، وجب أن يتبع مجموعة من الخطوات مهما كان المنهج الذي يتبعه الباحث، ويكون هذا باختيار موضوع البحث أولاً، ثم بتحديد مشكلة البحث ثانياً، ثم جمع البيانات والمعلومات الضرورية المحيطة بمشكلة الموضوع، وبعدها يتم اقتراح مجموعة من الفرضيات الاحتمالية، يتم اختبارها بعد ذلك من أجل التوصل إلى نتائج ينطلق منها الباحث لتقديم حلول يقترحها من أجل المعضلة التي هو بصدد فك خيوطها، كما سيتم تفصيلها فيما يلي:

-**تحديد واختيار موضوع البحث:** تعتبر عملية تحديد الموضوع من أهم مراحل البحث الصعبة، حيث تبدأ منذ بروز فكرة التحقق، إذ تشكل حاملا أساسيا بالنسبة للمراحل الموالية في مسلسل البحث. وهناك قواعد أربعة لاختيار الموضوع وهي:

- 1- أن يدخل الموضوع في دائرة اهتمام الدارس؛
- 2- أن تكون مصادر البحث متاحة، أي أن يستطيع الدارس العثور عليها؛
- 3- أن تكون المصادر التي يستند إليها الباحث سهلة الاستخدام، أي في دائرة القدرات الثقافية للطالب؛

4- أن يكون الإطار المنهجي للبحث في متناول يد الطالب وفي إطار خبرته. ويقصد كذلك بموضوع البحث، المجال المعرفي الذي يختاره الباحث والذي يشكل بالنسبة له أرضية صالحة لإثارة الإشكاليات والجواب عنها، ويتضح بأن سلوك اختيار موضوع البحث، يعتمد على رغبة واهتمام الباحث من خلال تكوينه ومن خلال علاقاته بمحيطه ومعطيات الواقع، أي أن عملية تحديد الموضوع والغرض منه تقوم على عامل الأفكار المسبقة التي شكلها أو يشكلها الباحث حول ما يريد القيام به، وفي هذا السياق لابد من التوضيح إلى أن الأفكار المسبقة تختلف عن الأحكام المسبقة، إذ المقصود بالأولى مجموع ما تمت مراكمته من معطيات ومعلومات حول الظاهرة المدروسة، بينما الأحكام المسبقة تعني ما يتم تبنيه أو صياغته إزاء فرد أو مجموعة دون إجراء تمارين تمهد لذلك، كما أن خاصية الحكم المسبق تكمن في كونه يرتكز على معطيات غير مؤسسة، عامة وغير أصيلة منسوبة إلى مجموعة بشرية، وقد اعتبر فرانسيس بيكون الأحكام المسبقة والفهم المسبق بمثابة أوهام أو أصنام العقل.

والطريقة العملية في التوصل إلى اختيار بحث مناسب أن يتخير الباحث مجموعة من المصادر والكتب في حقل التخصص متنوعة بين قديم وحديث، تمثل مدارس فكرية متنوعة، ومناهج علمية مختلفة يعكف على تأملها ودراسة موضوعاتها بتأن وروية، ولن تخونه هذه الدراسة في اكتشاف عدد من البحوث والموضوعات التي تحتاج إلى زيادة في الدراسة والبحث، وسيجد بعد ذلك أمامه قائمة طويلة وعناوين كثيرة، يلقي بعد ذلك عليها نظرة فحص واختبار، ليقع اختياره على أحدها مما يتوقع فيه مجالا واسعا للبحث والكتابة.

- تحديد مشكلة البحث: من المعروف أن العديد من البحوث والدراسات العلمية تفشل بشكل كبير، وذلك لإخفاقها في تحديد مشكلة البحث تحديدا واضحا يتم من خلاله التعرف على الأسباب التي أدت للمشكلة من جهة، والأبعاد المكونة للمشكلة نفسها من جهة أخرى. إن الشعور بالمشكلة وتحديدها من طرف الباحث ستوجهه بدقة نحو الحل، أما إذا كانت غامضة فإن الباحث سيصرف وقتنا طويلا في جمع المعلومات والحقائق بطريقة عشوائية، الأمر الذي سيجعله يشعر بعد جمعها أنها ليست ضرورية بالنسبة له.

- طرح الفرضيات: تعتبر الفرضيات إجابات مسبقة عن أسئلة يتم طرحها، تنطلق من مشكلة البحث وهي احتمالية تقبل الصحة والخطأ، كما تعتبر القاعدة التي يترتب عنها مخرجات الدراسة وما يلي مقدمة البحث من إطار نظري وتطبيقي، بالإضافة إلى النتائج والاقتراحات. ويقوم الباحث في هذه المرحلة بصياغة مجموعة من الفروض الاحتمالية لعلاج أسباب المشكلة وبواعثها، وهي عبارة عن حلول مقترحة لمعالجة هذه الأسباب والتغلب عليها أو للحد من تأثيرها، وتحديدا تاما أو مرحليا وفقا لما يستهدفه الباحث من البحث. وتنشأ هذه الفروض أو الحلول المقترحة نتيجة لما يستشفه الباحث من تفاعل أسباب المشكلة مع ظواهرها المصاحبة لها وكيفية التأثير على هذه الأسباب أو المسببات حتى تختفي المظاهر والأعراض.

- جمع البيانات والمعلومات حول المشكلة: في هذه المرحلة يقوم الباحث بجمع البيانات والمعلومات المتاحة عن المشكلة أو جانبها الذي سيقوم ببحثه وعناصرها وأسبابها، وظواهرها من خلال المصادر التي يمكن الوصول إليها. وتجدد الإشارة إلى أن هذه المرحلة يتم على أساسها إثراء البحث بالمعلومات الضرورية التي تزيد من قيمته العلمية. لذا وجب على الباحث أن ينتقي أفضل المراجع من حيث المصداقية الأكاديمية لمؤلفيها، مع الحرص على الحصول على أمهات الكتب بلغاتها الأصلية، لأن هذا سيكون في صالح جودة البحث، خصوصا إذا كان الباحث يتقن أكثر من لغة أجنبية. فلا يوجد شيء أحسن من قراءة الأفكار باللغات الأصلية عكس قراءتها بلغات مترجمة. ويتنوع مصدر المعلومات تبعا لتنوع مادة البحث، ويمكن تقسيمه إلى مصادر أساسية ومصادر ثانوية، فالمصادر الأساسية هي تلك المصادر الداخلية ذات العلاقة

المباشرة بالظاهرة، ويلجأ الباحث لها في حال عدم توفر المعلومات حول الظاهرة المدروسة انطلاقاً من المصادر الثانوية، ويتم جمع المعلومات إما عن طريق الاستبيان أو المقابلة أو الملاحظة. أما المصادر الثانوية فهي تلك المصادر الخارجية التي ليست في علاقة مباشرة مع الظاهرة لمدروسة، وتكون المعلومات لديها مجمعة وجاهزة، كدوائر الإحصاء، تقارير الهيئات الحكومية ذات الصلة، المجالات العلمية المحكمة، الكتب، البحوث الجامعية ومواقع الإنترنت، هذه الأخيرة على الباحث أن يدرك أن هذه المواقع الإلكترونية لا تخضع للرقابة العلمية للتأكد من المعلومات التي تنشر فيها، لذا يجب على الباحث عدم الرجوع في بحثه إلا لتلك المواقع المعروفة الجهة والموثوق بها.

- التفسير: تعتبر مرحلة التفسير من أهم مراحل البحث العلمي، إذ تتمثل في ترجمة المرحلة التصورية إلى عمل فعلي وواقعي، وهي مرحلة إجرائية مرتبطة بأدوات التفسير، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال المعرفة بالمنهج المتداولة، واللجوء في عملية التفسير إلى المناهج يكمن في محاولة الباحث التحقق من الفرضيات، أي تحديد جواب المشكلة الرئيسية للبحث بشكل أدق. فالمنهج هو أساس البحث، إذ بدونه يصبح العلم مجرد مجموعة من المعارف وكام من المعلومات الفاقدة للمعنى، ونذكر بأن المناهج تختلف باختلاف المواضيع، ولكل منهج وظيفة وخصائص يستخدمها كل باحث في ميدان اختصاصه، والمنهج كيفما كان نوعه، يمثل الطريقة التي يسلكها الباحث للوصول إلى نتيجة معينة. كما يعرف المنهج على أنه الطريق الأقصر والأسلم للوصول إلى الهدف المنشود، كما عرّف أنه: "فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة، إما من أجل الكشف عن الحقيقة حين نكون جاهلين بها، إما من أجل البرهنة عليها للآخرين حين نكون عارفين بها." أو أنه: "الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم، بواسطة طائفة من القواعد العامة، التي تهيمن على سير العقل، وتحدد عملياته، حتى يصل إلى نتيجة معلومة" فتقدم العلم وتأخره مرتين بمسألة المنهج، يدور معها وجوداً وهدماً، ولذا يمكن أن يقال: إن المنهج يحفظ للعلم نظامه واتساقه، كما إنه يضبط العقل البشري، والأعمال الذهنية بقواعد ثابتة، بحيث تعينه على الوصول إلى الحقيقة فيما يبحثه من موضوعات.

إن معرفة الواقع هو بمثابة النور الذي يسقط دائما ضلالا حواليه، ثم إن هذه المعرفة لا تكون دائما مباشرة ودسمة، فكشوف الواقع تكون دائما استردادية لأن الواقع ليس دائما هو ما نعتقد بل ما ينبغي إدراكه لذلك، توجد أفكار لا تتكرر وهي الأفكار التي جرى تصحيحها، وتوسيعها وإكمالها، إنها لا ترجع إلى حلقتها الضيقة المتداعية وفي الواقع أن روح العلم هو أساسا تصحيح المعرفة، وتوسيع نطاقها، إنه يتحكم في ماضيه التاريخي ويحكم. نحن نعتبر الحقيقة تدور حول كل حياة العلم الذهنية، جدليا (ديالكتيا)، فجوهر هذا الاعتبار أن تأملنا هو أن نفهم أننا لم نفهم، فالأفكار التي ليست أفكار "باكون"، ولا أفكار "إقليدس"، ولا أفكار "ديكارت"، تتلخص في هذه الجدليات (الديالكتيكات) التي يعرضها تصحيح خطأ، أو توسيع منهج، أو تكميل فكرة.

ويمكن اعتبار المنهج بالضرورة، أسلوبا في التفكير، وخطوات علمية منظمة تهدف إلى حل مشكلة أو معالجة أمر من الأمور. وهو برنامج عمل في البحث العلمي، وفي نقل النظري إلى التطبيق، وفي التخطيط للمستقبل وفق نظرة بصيرة. فلا بد -إذن- من طرح إشكالية المنهج. وإشكال المنهج، بعمومه، إشكال واسع الأبعاد، والطريق إلى تحديد (المنهج) في شتى أمورنا المعاصرة، طريق طويل تقطعه، وقد يقطعنا الزمان إن لم نقطعه، لنصل في النهاية إلى منهج واضح يرشد خطواتنا وينظم فكرنا ويجعلنا -على نحو مثمر- نستبصر الواقع ونستشرف المستقبل.

لذلك تطرح أسئلة هامة في هذا الإطار من أجل التعرف على المناهج في العلوم الاجتماعية، وهي ماهية وأنواع المناهج النظرية المعتمدة على مستوى البحوث في العلوم الاجتماعية؟ وما هو الفرق بينها؟، وأين تتجلى نقاط ضعف وقوة كل منهج على حدة؟، زيادة على المخاطر المطروحة والفرص التي يضمنها كل منهج.

1- المناهج التعاقبية والنسقية

*المنهج الوراثي: يعتمد التحليل الوراثي أو التعاقبي، على فكرة البحث في أصل نشوء الحالات المدروسة، إذ يركز التفسير على الرجوع إلى السوابق وإلى التعاقب الزمني وذلك بهدف تحليل الوضعيات المستجدة. ويمكن إجمال أهم نقاط قوة هذا المنهج، في كونه يبحث في أصل نشوء الحالات المدروسة، بهدف تحليل الوضعيات المستجدة، باعتبار أن حاضر الظاهرة لا ينفصل عن ماضيها، بالإضافة إلى أن تفسير

تكوين المعرفة من منطلق التفاعل بين الذات والمحيط، أي العلاقة التبادلية بين الذات العارفة، وموضوع المعرفة، وهذه النقطة بالذات يمكن اعتبارها سيف ذو حدين، أي أنه يمكن اعتبارها بالمعنى الإيجابي إذا ما حصل تفاعل بين الذات والموضوع، في اتجاه تحصيل المعرفة أو الوصول إلى الحقيقة المعرفية المبتغاة، ويمكن اعتبارها بالمعنى السلبي، إذا ما حصل انسياق الذات أو خضوعها للموضوع.

من ناحية أخرى، فإن نقط ضعف المنهج تتمثل في كون أن نظريات المعرفة التقليدية، لم تنظر إلى المعرفة العلمية كمسلسل وعملية تطور، بالإضافة إلى اعتماده في كثير من الأحيان على المواقف السيكلوجية وليس على عملية التجريب، التي تعتبر أساس أي معرفة علمية. فالمنهج الوراثي يبسط أمام الباحث مجموعة من المخاطر التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، لاسيما التركيز على دراسة الظاهرة في عمقها التاريخي، وإهمال الوضعية الحالية التي تهمننا في التقرير، أي إيجاد تفسيرات للظاهرة وأبعادها حالياً، إضافة إلى العلاقة التبادلية بين الذات والموضوع كما سبق الإشارة إليها.

*** المنهج التاريخي:** يعني المنهج التاريخي بجمع الحقائق والمعلومات، من خلال دراسة الوثائق والسجلات والآثار، ويستخدم في دراسة الظواهر، والأحداث، والمواقف التي مضى عليها زمن قصير أو طويل. والمنهج التاريخي في البحث يرتبط بدراسة الماضي وأحداثه، وبذلك فإنه لا يمكن ضبط المتغيرات كما في البحوث التجريبية. وتتمثل نقط قوة المنهج التاريخي في كونه يعتمد على دراسة الأحداث الماضية للظاهرة، أي البحث في أسباب نشوئها وتطورها بمعنى الخوض في المراجع الخفية لتحريك الظاهرة. هذا ما يمكن من التعرف على مقدمات الظاهرة وسوابقها، كما يساعد المنهج على البحث في الدورة التعاقبية لدراسة مسلسل الأحداث.

بالإضافة إلى نقطة في غاية الأهمية، كون المنهج يضع مسافة زمنية بين الباحث وبين الظاهرة المدروسة، أي أنه يتحرر من التدايعيات الآنية. من جهة أخرى، فإن المنهج التاريخي يعتمد على المصادر المتعلقة بأصول وماضي الظاهرة، وليس فقط بمعاشتها ومقارنتها بأحداث من نفس الزمن. كما تمكن المقارنة بين الأحداث نفسها من التمييز بين المتغيرات الأصلية أو المستقلة والمتغيرات التابعة. إن المنهج التاريخي يعتبر منهجا

نقديا، بالنظر إلى مصادره وإلى طريقة تعامل الباحث مع معطياته، حيث يكون ملزما باستخلاص الاختلافات والتمييزات والتعارضات.

وتكمن نقط ضعف المنهج التاريخي، في ارتباطه بمجموعة من المصادر التاريخية التي تمتاز بتعقدها وارتباطها بالمصادر المكتوبة وغير المكتوبة، هذه الأخيرة -أي المصادر التاريخية- قد يحدث أن تكون غير كافية في التحليل. كذلك يطرح سؤال مدى حياد الذي يكتب التاريخ ومدى صلاحية اعتماد هذه المصادر. من منطلق آخر فإن كثرة المصادر سواء المكتوبة أو غير المكتوبة قد تؤدي إلى سقوط الباحث في منطق تحليلي صوري أو تحصيلي الحاصل. كذلك فالمنهج التاريخي يفتقد للنظر النقدي، ويسقط في التنبؤ لتفسير الظواهر الإنسانية المستقلة. ويعتمد على معطى استدلاله بالمعروف عن المجهول، وهيمنة منطق التبرير على منطق التطور.

لذلك، فالمنهج التاريخي يتيح للباحث مجموعة من الفرص المتمثلة في إضفاء روح النقد على الأحداث، كما أن الإلمام أو حتمية دراسة الأحداث الماضية سيوسع من الفكر الإدراكي للباحث حول أرضية وأصول أي ظاهرة، ودراسة نسب تغيراتها العلمية وتطوراتها عبر الزمن، من خلال نماذج المقارنة التقليدية والعصرية. بالإضافة إلى أن المنهج يساعد الباحث في الكشف عن الأصول الحقيقية للنظريات والمبادئ العلمية وظروف نشأة هذه النظريات، بهدف البحث عن الروابط بين الظواهر الحالية والظواهر الماضية، والكشف عن المشكلات التي واجهها الإنسان في الماضي وأساليبه في التغلب عليها والعوائق التي حالت دون إيجاد حلول لها، في هذا الصدد نشير أن الباحث قد يسقط قبي هاجس تغلب الطابع الذاتي على الموضوعي في تحليل الظواهر، وكذا فخ تكرار التجارب البحثية السابقة، وغياب القيمة المضافة أو النظرة النقدية للمواضيع.

*المنهج النسقي: إن هذا البراديكم الذي ظهر منذ مدة يدور حول مفهوم المنظومة، أعطيت له عدة مقابلات عربية غير دقيقة كالتحليل البنيوي، والتحليل النسقي، والتحليل الوظيفي، أو المقاربة النسقية التي تعتبر الترجمة الأدق ويرتكز على ثلاث اهتمامات قديمة تم تجديد ممارستها.

1- الشمولية مع التركيز على التفاعلات والأفعال بدل الأسماء.

2- التحكم في المجموعات الشاسعة.

3- تجاوز التشتت المعرفي بواسطة ضبط مفهوم التداخل. يأتي هذا المنهج بعد إفلاس الخطاب الكارتيبي الذي كان يقوم على معالجة المنظومات كأشياء/ عناصر/ أسماء، وتحول الخطاب من خطاب ديكراتي مغلق، إلى خطاب باشلاري مفتوح. وتتجلى نقط قوة هذا المنهج، في التماسك المنطقي للأفكار والنظريات، والتكليف الذي يفيد بأن كل نسق يتكيف مع بيئته، ويتكامل بين عناصره ووحداته، بالإضافة إلى أن المنهج النسقي يمكن الباحث من بلوغ هدف البحث حتى درجة الإشباع حتى يتكرر التفاعل. من جهة أخرى، فإنه يمكن من دراسة الواقع الاجتماعي، والبحث عن العوامل التي تؤسس بناء الفعل والتفاعل الاجتماعي، وتعطيه نظامه واستقراره واستقامته، عكس التحليل الوظيفي البنوي الذي يدرس الظواهر انطلاقاً من بنيتها ووظيفتها.

بخصوص تجليات نقط ضعف المنهج النسقي، فإنه وحسب تعريفه وعناصره المحددة، فإنه يصلح لدراسة المجتمعات التي وصلت إلى درجات من التقدم والنضج، وهذه الخصائص تميز الدول الديمقراطية الغربية، إذ يصعب تطبيقه على المجتمعات المتخلفة التي تعاني من عدم الكفاية، والخصائص والحاجة وصعوبة التكيف. كما يصعب تطبيقه على الظواهر التلقائية. وقد يسقط الباحث في نوع من الانسياق الآلي نظراً للمنطلقات التكنولوجية للمنهج، مما قد يجعل تحليله في منطلق الغاية تبرر الوسيلة. كما أن تشخيص أو تحديد أي موضوع بصفة صحيحة، لا يتم إلا من خلال علاقاتها داخل النسق، أي يمكن تغيير أو حذف أي عنصر داخل النسق دون أن يحدث تغييراً على مجموع العناصر المكونة له. إن التحليل النسقي رغم أهميته إلا أنه يبقى غير كاف رغم محاولة رواه صياغة نظرية عامة للإجابة عن الإشكالات المعرفية.

على غرار تحليل المناهج السابقة، فإن مخاطر المنهج النسقي تتجلى في كون أن الباحث قد يفقد الخيط الرابط بين عناصر النسق، مما يؤدي إلى الانسياق إلى مجال آخر غير موضوع البحث، وبالتالي الخلوص بنتائج مغلوبة، أو العمل بهذا النسق في بيئة مجتمعية غير التي تخصه، سيفضي بنا إلى مخرجات لا أساس لها من الصحة والصواب.

المنهج التنظيمي: يعتمد المنهج التنظيمي (النسقي- الاستراتيجي) على تحليل يربط بالتوازي بين التحليلين النسقي والإستراتيجي، وقد ظهر كنظرية في العلوم الاقتصادية لتحليل عملية اتخاذ القرار داخل وحدات اقتصادية كبيرة. باعتبار نقط قوة المنهج التنظيمي يمكن اعتبار أن الفاعل هو الذي يحقق الاستراتيجية التي توجد داخل كل نسق وتبني الظاهرة من خلال شقين متكاملين التحليل الاستراتيجي والتحليل النسقي، مما يضيف قيمة مضافة على المنهج النسقي إذا اعتمد لوحده.

من جهة أخرى نقط ضعف هذا المنهج تتمثل في تعدد الرهانات والقنوات التي تدير الإستراتيجية، مما يبيث الغموض بالنسبة للباحث فيما يتعلق بالشق الاستراتيجي للمنهج. كذلك فإن النسق لا يوجد إلا بواسطة الفاعل الذي يعطيه حركيته، وبدون التحليل النسقي لن يتجاوز التحليل الاستراتيجي التفسير الظاهراتي لوقائع الموضوع، وبدون التحليل الاستراتيجي، يبقى التحليل النسقي تخميني، أي تجريدي ونظري ويصير حتميا.

2- المناهج التزامنية

إن أهم ما يميز المناهج التزامنية، وكما يشير اسمها هو تركيزها على عامل الزمن كمعطى أساسي، فالتحليل التزامني يعتمد على دراسة مواضيع وأحداث تقع في نفس الوقت أو تحدث في مدة أو مدد زمنية محددة.

***المنهج البنوي:** يحيل مفهوم البنية على التنظيم القار والدائم لمختلف المكونات المميزة كما يفيد مجموعة مركبة ومتفاعلة في إطار تنظيم. مما يفيد بأن معرفة البنية يمكن من معرفة طبيعة الأشياء وكذا ضبط مختلف القوانين التي تؤطر ديناميتها وسكونها.

إن أهمية البنية لا تكمن فقط في الواقع التجريبي بل كذلك النماذج المنشأة انطلاقا من ذلك الواقع، كما أن العلاقات الاجتماعية في الحقل الاجتماعي مثلا تشكل المادة الأولية التي تستخدم لتكوين نماذج تبرز البنية الاجتماعية. بالإضافة إلى أن أهمية المنهج تتجلى في اعتماد المنهج في التفسير على مبادئ عقلية (الاستنباط) بدلا من إرجاع مبادئ العقل إلى مكتسبات تجريدية (الإستقراء).

بخصوص نقط ضعف المنهج فإن تقديم البنية كنسق يحدث من إضعافه أي أن أي تغيير كيفما كان في واحدة في عناصرها، يحدث تغيراً على جميع العناصر الأخرى. كما أن البنية تمثل لنا فقط الواقع التجريبي الذي تمدنا به الملاحظة السطحية البحثية أما الواقع العلمي غير الظاهر فلا بد من الكشف عنه فيما وراء المعطيات المباشرة. كذلك فالتحليل البنيوي يطرح في المنهج المقارن مبدأ عدم إمكانية مقارنة عناصر مجردة عن بنيتها، واعتماده على النموذج اللغوي الوحيد كما جاء به هيانري لوفيفر.

كخلاصة، يمكن القول أن التحليل البنيوي جاء غامضاً في طرحه لمفهوم البنية، كنقطة يمكن اعتبارها فرصة يتيحها المنهج للباحث هو القدرة على التنبؤ بما سيطرأ على البنية من تغيير نتيجة أن أي تغيير سيمس بالضرورة أحد عناصرها، أما بالنسبة للمخاطر فيوصي الباحثون في حقل المناهج في العلوم الاجتماعية بضبط منطلقات الانتقال من بنية إلى أخرى تجنباً للسقوط في متاهات إبستمولوجية خاطئة. ***المنهج الوظيفي:** يمكننا أن نتحدث عن "الوظيفة" بحسب الحقل المعرفي الذي استعمل فيه المصطلح، فالوظيفة بالمعنى المركزي تعني الدور المؤدى داخل شكل مؤسساتي قانوني (مقاولة، جمعية...)، وبالمعنى الرياضي تعني الارتباط الجدلي بين متغير أو أكثر أو بين مجموعتين أو أكثر، وبالمعنى البيولوجي تعني الوظيفة البيولوجية لعنصر فعال داخل مجموعة عضوية.

إن من بين نقط قوة المنهج الوظيفي هو اعتماده على عنصر الوظيفة كعامل أساسي في التحليل الوظيفي وكذلك اعتماده على صياغة معادلات تنتظم من خلالها تلك العلاقات التي تم افتراضها من داخل نسق أفعال، يتحدث "مالينوفسكي" على فكرة ضرورة الوظيفية التي تفسر من خلال كون كل عنصر أو شيء مادي أو فكرة وكل عقيدة تقوم بوظيفة تشكل جزءاً لا يتجزأ من الكل العضوي يتحدث عن الوظيفة المطلقة. كما أنه يمكن لمجموعة من العناصر أن تساهم في تحقيق وظيفة واحدة (البدائل الوظيفية).

يمكن أن نجمل نقط ضعف المنهج الوظيفي فيما أكده رواد التحليل الوظيفي حول فكرة الترابط بين الظواهر، مما يفضي ببعض الباحثين إلى عدم القدرة على الكشف عن معادلة الترابط وبالتالي الوصول إلى نتائج خاطئة. وعوض الحديث عن الوحدة

الوظيفية بالمعنى الضيق يمكن التحدث عن مجموع وحدات وظيفية، كما أنه في بعض الأحيان يسقط الباحث أمام ما يسمى بالخلل الوظيفي أي أن هناك عناصر تؤدي وظائف معينة. وليس كل عنصر في المجتمع تكون وظائفه هي الظاهرة فقط بل هناك وظائف ظاهرة وأخرى خفية. مما يفرض على الباحث أن يكون حذرا في جميع المحطات البحثية، فالمنهج الوظيفي يسمح للباحث فرصة اكتشاف ودراسة أنساق أخرى، أو أفاق أخرى لأن تأدية الوظيفة لا يتم بشكل معزول أو منفرد، فهناك علاقات وروابط مع أجزاء أخرى.

*** المنهج المقارن:** المنهج المقارن هو وصف ما هو قائم، ثم مقارنة ما هو قائم هنا بما هو قائم هناك، أي بمعنى وصف ما هو موجود في مجتمع ما ومقارنته بما هو موجود في مجتمع آخر، في ضوء اختلاف كل من المجتمعين. مع تطور استخدام هذا المنهج لم يعد يقتصر عمله على مجرد المقارنة ولكنه امتد ليشمل عملية التأويل والتفسير في كل حالة، وأصبح المنهج يهدف إلى اكتشاف القوانين الخاصة في كل ثقافة ما. عندما نتحدث عن المناهج المقارنة فإن المناهج الاستقرائية التقليدية شكلت جوهر المناهج المقارنة والتي ساهمت في صياغة نماذج مقارنة مرنة، كما أنه لا يتطلب المنهج المقارن مساطر تقنية خاصة، إذ يمكن الاعتماد عليها في كافة الأبحاث النوعية أو الكمية وفي جميع الحقول المعرفية (الاقتصاد، علم الاجتماع...).

كذلك فمن بين النقط التي تحتسب للمنهج المقارن هو سهولة القيام بعمليات الوصف والقياس وتحليل العناصر وكذلك تصنيف الفئات المدروسة، وإيجاد علاقة السببية بين المواضيع والأشياء الحاضرة والأشياء والمواضيع الغائبة. فمما لا شك فيه وإلى جانب نقط قوة المنهج المقارن لا بد من نقط ضعف يجب على الباحث في العلوم الاجتماعية اجتنابها أو أخذها على محمل الجد، نذكر منها على سبيل المثال أنه في بعض الأحيان يمكن للعينة المنتقاة لدراسة الحالة أن تكون غير تمثيلية أو غير متناسبة مع البحث. وكذا صعوبة الاهتمام إلى معايير كفيلا يجعل أساس المقارنة ممكنا.

من جانب آخر قد يقود المنهج إلى إسقاطات عمودية وأحكام قيمة على الظواهر المدروسة إذا ما تم التسليم في كون النموذج المقارن هو الذي يحدد قواعد ومعايير

المقارنة. بالإضافة إلى أن المنهج المقارن قد لا يكشف على جميع جوانب تفسير الظاهرة لعدم إمكانية التطابق الفعلي بين الظاهرتين.

***المنهج الجدلي:** يمكننا أن نشير في هذا الإطار أن جميع مظاهر الوجود عند أصحاب "المادية الجدلية" تخضع لحركية أساسية قوامها الجدل الدائم بين المتناقضات، ويستمد هذا الجدل شكل صراع بين القضية والنقيض، ينتهي بانحلالهما في مركب لا يلبث هو بدوره أن يصبح قضية تستدعي نقيضها وتدخل معه في صراع جديد. والجدل في معناه العام يعني فن ترتيب الاستدلالات البراقة لإقناع المستقبلين للرسالة أو الخطاب والجدل عند "هيجل" ثلاثي الحركة ينطلق من الطرح ثم الطرح المضاد ثم التركيب.

يعتمد المنهج الجدلي على مجموعة من النقط الأساسية التي تميزه عن المناهج التفسيرية الأخرى مثل غياب عامل الصدفة، أي أن كل ما يظهر للوجود فلوجوده علة أو سبب وحتى على مستوى الطرح العام للسببية، كل ظاهرة بصفة عامة محصلة لسلسلة من الأسباب يمكن للباحث الخوض في سلسلة لا متناهية من الدراسات والفحوصات المعرفية قصد تحليل الأسباب الكامنة وراء الظاهرة المدروسة.

من جهة ثانية، المنهج الجدلي يعاني على مستوى الطرح التقليدي لمبدأ السببية لأن إضفاء إطلاقية السبب الوحيد على نفس الظاهرة أي أن كل ظاهرة تحدث بسبب وحيد هي نقطة غير صائبة. كما أن الباحث يقع أمام ضبابية مفارقة متى يبدأ السبب ومتى ينتهي. ومن بين النقط الأخرى التي تضعف من فعالية هذا المنهج هو اعتماد مبدأ الحتمية في التحليل، أي أن كل الظواهر خاضعة لقوانين تم ترتيبها بصفة نهائية ولا مجال للحديث عن الصدفة، هذا المبدأ سيتم تجاوزه اعتبارا لكون الظواهر والكائنات تخضع لتحديات متعددة لا تستبعد منها الضرورة وإرادة الإنسان.

***المنهج النقدي:** يراد بالمنهج النقدي، تلك الطريق التي يسلكها الباحث الناقد في قراءته لبحث معين في مجال ما سواء تعلق الأمر بالأدب أو الفن أو علم الاقتصاد أو علم السياسة، قصد استكناه دلالاته وبنياته الإبستمولوجية وقصد البلوغ إلى الحقيقة وإشباع غريزته المعرفية. وما يجعل المنهج النقدي يحظى بأهمية بالغة من داخل المناهج في العلوم الاجتماعية هو دعوته إلى إعادة النظر في مجموعة من الدعوات والمنطلقات

الفكرية كما أنه من أهم أسس النظرة النقدية "لمدرسة فرانكفورت" هو رفض قبول المفاهيم ببساطة كما هو الحال عند الامبريقيين والوضعيين.

فالمنهج النقدي أسس لنظرية معرفية محررة من الأهواء وتقوم على نقد العقل التقني. كما يسعى المنهج إلى الاعتماد على أسس كفيلة بتحرير الإنسان من الهيمنة والطغيان وكافة الأنساق والأنظمة الشمولية، وكذا الكشف عن التشويه القائم في التفاعل والتواصل وإصلاحه. لهذا الغرض يعتمد المنهج النقدي في تفسيراته على مجموعة من الحجج والبراهين الواضحة والمعقولة التي تنطلق من المنطق، كما أن الرأي الاستنتاجي للباحث يكون مبنياً على الحقائق والبيانات المقبولة في مجال البحث، ومدعومة بالبرهان فإنه يعتمد على التحليل والمناقشة المنطقية أكثر من الاستنتاج عبر عملية الحدس أو التخمين.

من بين النقط السلبية في ثنايا هذا المنهج، هي غلبة الطابع الذاتي على البحوث النقدية، وغياب الحياد الإبستيمي، هذا ما أشار إليه "هابرماس" حيث يؤكد أنه ليست هناك معرفة خالصة ومحايدة، كما أن بعض الباحثين يقعون في فخ بلوغ نتائج غير حقيقية وغير متنسقة مع الحقائق المعروفة.

لقد تناول الباحثون موضوع مناهج البحث العلمي في العلوم الاجتماعية منذ عهود قديمة، إلا أن الاهتمام المتزايد بالعلوم الاجتماعية خصوصاً والإيستومولوجيا عموماً خلال العقود الأخيرة في الغرب، جعل هؤلاء يهتمون أكثر بربط العمل المنهجي بما توصلت إليه التكنولوجيا والمعلومات، إذ تطرح عدة أسئلة فيما يخص مناهج البحث العلمي وكثرتها، ويستخدم النقاش حول أصلها وصلاحيته الإجابة على الإشكالات والأطروحات التي تجيب عليها، وكذلك حول قدرتها في تحليل ومناقشة الظواهر الاجتماعية، بالإضافة إلى النتائج التي يتوصل إليها الباحث، نطرح كذلك أسئلة ترتبط بمفهوم البراديكم، وبمفهوم السياق حول الموضوع الذي توجهه بصفة وبطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إرادية أو غير إرادية، حول كل العمليات الذهنية والمنطقية التي يعتمدها الباحث.

إن الإجابة عن إشكالية معينة أو تحليل ظاهرة ما في العلوم الاجتماعية لا يخضع لمنطق أحادي ولا لمنهجية موحدة، ففي كل الأحوال يجب على الباحث أن يخضع

أسلوب منهجيته إلى إكراهات الوضعية وإلى تكبيف معطياته مع ما يكتسبه من معلومات ذهنية ونظرية، وإلى استعمال حدسه وخياله الواسع وإبداعه من أجل إدراك العالم بأكبر عدد ممكن من الأعين، وذلك حتى يكون هناك تشمين واستغلال لمنطق العقل بطريقة صحيحة وسليمة.

الخلاصات ونتائج البحث:

تعتبر الخلاصات تلك النقاط التي يتم فيها التطرق إلى مجموعة من العناصر التي لا يمكن الاستغناء عنها لإبراز أهمية الموضوع، كما تعتبر النتائج المتوصل إليها مستقاة أساساً من الجانب النظري للرسالة وهي تدل على ما استخلصه الباحث من نتائج اكتشفها عند معالجته للموضوع وتطرقة لمجموع المفاهيم المتعلقة به، فعليه ألا يغفل عنصر من عناصر الجانب التطبيقي إلا ويستخلص منه نتيجة يرى أنه عليه استخلاصها. بالإضافة إلى كون النتائج تتعلق بالميدان، أي واقع الموضوع، فهي تطبيقية، تشمل إجابات موسعة على الإشكالية العامة والتساؤلات الفرعية، وهي متناسقة مع كل مراحل البحث انطلاقاً من العنوان. وعند استخلاص النتائج لا مناص من تقديم الباحث مجموعة من الحلول المبنية طبعاً على النتائج المتوصل إليها.

Revue Adala□

Pour les études juridiques & judiciaires



مجلة عدالة

للدراسات القانونية والقضائية

Revue Adala
Pour les études juridiques & judiciaires

Directeur responsable

ELGHACHCHAM CHOAI BI ELMOSTAFA

Directeur de Centre Méditerranéen d'Etudes
Juridiques & Judiciaires - Assilah

Rédacteur en chef

CHUIAR brahim

Doctorat à la Faculté des sciences juridiques,
économiques et sociales de Tanger

Sommaire

ARBITRAGE ET DROIT D'AUTEUR

Aymen Ben Idriss

*EXIL CLIMATIQUE FORCÉ EN AFRIQUE : DE LA
FAIM À LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE*

Sadik Aziz

*LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT POSITIF
TUNISIEN*

Mohamed Abderraouf MOURIA

ARBITRAGE ET DROIT D'AUTEUR

Aymen Ben Idriss

Avocat (Tunisie)

et doctorant en droit privé.

Le droit d'auteur est l'ensemble des prérogatives exclusives dont dispose un créateur sur son œuvre de l'esprit originale. Ces prérogatives sont à savoir les droits moraux et les droits patrimoniaux. On connaîtra ainsi la possibilité du recours à l'arbitrage par rapport à ce droit.

L'admission de l'arbitrabilité des questions liées au droit d'auteur risque d'être choquante. Ce qui peut expliquer que les pays ne traitent pas ce sujet avec la même rigueur. Ainsi, la vision américaine, adaptée par la Cour Suprême Canadienne, montre un certain libéralisme par rapport à la vision française, adaptée par la Tunisie, qui n'a toléré que l'arbitrage dans les litiges relatifs au droit patrimonial de l'auteur.

Chapitre 1- La vision française du droit d'auteur

Section 1- Le droit patrimonial de l'auteur

Le droit d'auteur représente un droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.¹

Paragraphe 1-Le fondement de l'arbitrabilité

Bien que la notion de libre disponibilité soit largement retenue par les législateurs nationaux, il n'en demeure pas moins qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition légale. Par contre, ceci n'a pas échappé à certains auteurs à l'instar de M. Level qui a donné une définition souvent utilisée par les auteurs selon laquelle « un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer ». ² On constate alors que tout droit cessible et susceptible de renonciation est disponible.

En France, L'article 2059 du code civil indique que « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » Néanmoins, l'article 2060³ CC pose des exceptions à ce principe.

¹ Tel que définit par l'article 9 bis de la loi relative à la propriété littéraire et artistique, telle que modifiée par la loi de 2009.

² Level P., « L'arbitrabilité », Rev. Arb. 1992, p.213.

³ L'article 2060 du C.C prévoit que : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les

Cette thèse de principe et exceptions a été critiquée par M. Ancel qui a estimé que l'article 2059 CC n'absorbe pas l'article 2060 CC Ainsi, il s'agit d'un texte complémentaire, qui contient une possibilité d'exclusion de l'arbitrage distincte de celle qui est prévue par l'article 2060 CC.¹

Le législateur tunisien, par contre, n'a pas fait signe quant à la libre disponibilité des droits mais il a prévu un article similaire à l'article 2060 du CC. Il s'agit de l'article 7 du code d'arbitrage qui prohibe de compromettre dans les matières touchant à l'ordre public; dans les contestations relatives à la nationalité; dans les contestations relatives au statut personnel, à l'exception des contestations d'ordre pécuniaire en découlant; dans les matières où on ne peut transiger et dans les contestations concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales, à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier.

Le législateur tunisien semble plus libéral puisqu'il n'a pas limité le critère d'arbitrabilité en la libre disponibilité. Il a posé ainsi comme règle l'habilitation de l'arbitrage dans tous les domaines et entre toutes les parties. Donc, l'article 7 ne serait qu'une exception à ce principe.²

On pourra justifier que ce choix est fait par le législateur tunisien à cause du caractère ambigu de la libre disponibilité. En effet, il y a des droits indisponibles par nature comme par exemple les contestations relatives à la nationalité et il y a des droits partiellement indisponibles comme les contestations relatives au statut personnel qui peuvent être arbitrables compte tenu du caractère pécuniaire des litiges.

Paragraphe 2- La concrétisation de l'arbitrabilité

En propriété littéraire et artistique, on se demande si l'auteur a la libre disposition de ses droits sur son œuvre et donc il peut stipuler une clause

contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »

¹ Ancel, J.-Cl, « Procédure civile, convention d'arbitrage, condition de fond, litiges arbitrables », Fasc. 1024, p 3.

² CA Tunis n°31 et 32 le 12/1/1998, RJI spécial arbitrage, mai 1999, p.293. Cité par Mkaouar L., L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit des affaires, Faculté des sciences juridique, politiques et sociales Tunis II, 1999-2000, p.83.

compromissoire le liant à l'exploitant. Dans la mesure où la question est abordée sous un aspect patrimonial, visiblement, aucune règle, aucun principe n'interdit un recours à l'arbitrage.

En effet, l'article 8 de la loi de 1994 relative à la propriété littéraire et artistique précise que les droits patrimoniaux peuvent être transmis partiellement ou totalement par voie de succession ou par cession. Cette transmission peut être exercée par l'auteur lui-même, son représentant ou tout autre titulaire de ces droits.

En clair, le monopole d'exploitation du droit d'auteur peut être l'objet de cession, donc d'un droit disponible. Par conséquent, susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. D'ailleurs l'article 26 de la loi précitée¹ confirme la nature contractuelle de la cession.

De même pour l'édition des œuvres graphiques dont l'article 27 énonce que : « Le contrat d'édition graphique est le contrat par lequel l'auteur de l'œuvre ou ses ayants droit cèdent à l'éditeur [...]. Le contrat doit être rédigé par écrit ».

Même cas pour la fabrication d'exemplaires enregistrés dont l'article 32 prévoit qu'elle ne se fait que par un contrat écrit établi entre l'auteur de l'œuvre ou son représentant et l'exploitant.

Section 2 – Le droit moral de l'auteur

Paragraphe 1 - Présentation du droit moral

Le droit moral est conçu comme un outil de protection de l'auteur.² Cette fonction supporte l'analyse dualiste du droit d'auteur d'où elle dégage la protection de la personne de la circulation du bien.³

Tout comme le droit patrimonial de l'auteur, le droit moral est protégé par l'organisme tunisien des droits d'auteur et des droits voisins (L'OTDAV). Il s'agit d'un établissement public à caractère non administratif, bénéficiant de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et placé sous la tutelle

¹ L'article 8 de la loi de 1994 relative à la propriété littéraire et artistique précise que : « sauf stipulation contraire clairement énoncée dans un contrat conclu entre eux et l'auteur ».

² Caron Ch., Droit d'auteur et droits voisins, Paris, Litec 2009, n° 245.

³ Binctin N., « Le droit moral en France », Les cahiers de propriété intellectuelle 2013, volume 25 n°1, p. 334.

du ministère chargé de la culture.¹ Il est considéré comme un organisme multidisciplinaire de gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins.²

Le législateur a précisé que les droits moraux de l'auteur comprennent le droit exclusif de mettre son œuvre à la disposition du public et de revendiquer sa paternité en utilisant son nom ou un pseudonyme, ou de conserver l'anonymat. Ainsi, le nom de l'auteur doit être indiqué, de manière conforme aux bons usages, chaque fois que l'œuvre est communiquée au public et sur tout exemplaire reproduisant le contenu de l'œuvre, chaque fois qu'elle est présentée au public, sous un mode ou une forme d'expression quelconque. En outre, ce droit permet à l'auteur de s'opposer à toute mutilation, déformation, ajout ou autre modification de son œuvre sans son consentement écrit, ainsi qu'à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciable à l'honneur de l'auteur ou à sa réputation. Il lui acquiert la possibilité de retirer son œuvre de la circulation auprès du public, en contrepartie d'une juste indemnité, au profit de l'exploitant autorisé, ayant subi un préjudice.³

La doctrine, prenant acte de la construction jurisprudentielle en cette matière, estime que le droit moral comporte quatre attributs distincts: le droit de divulgation, le droit de retrait et le droit de repentir, le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.⁴

Le droit de divulgation est le droit de communiquer l'œuvre au public (aspect positif), et qui confère à l'auteur le pouvoir de décider lui-même quand et comment son œuvre pourra être divulguée. Ainsi, le consentement de l'auteur est-il indispensable pour que l'œuvre soit considérée comme divulguée. Celui-ci pourra même être tacite. Il permet aussi de garder l'œuvre

¹ Article 1 du Décret n° 2013-2860 du 1er juillet 2013, relatif à la création de l'organisme tunisien des droits d'auteur et des droits voisins et fixant son organisation administrative et financière et ses modalités de fonctionnement, JORT du 16 juillet 2013 n°57, p. 2187.

² Article 2 du Décret n° 2013-2860 du 1er juillet 2013, relatif à la création de l'organisme tunisien des droits d'auteur et des droits voisins et fixant son organisation administrative et financière et ses modalités de fonctionnement.

³ Article 9 de la loi relative à la propriété littéraire et artistique telle que modifiée par la loi de 2009.

⁴ Michel H., L'architecte auteur: pratiques quotidiennes du droit d'auteur en architecture, paysage et urbain, Editions Le Moniteur, 2006, p.69.

secrète (aspect négatif) d'où il réserve à l'auteur la possibilité de communiquer ou de décrire le contenu de son œuvre.

Concernant le droit de paternité, il est reconnu à l'auteur sur toutes les œuvres protégées afin d'établir, envers le public, un lien entre sa personne et sa création, M.Colombet mentionne qu'il s'agit « d'un rapport de parenté et de filiation entre l'être humain et la production de son esprit ».¹

Quant au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, il permet à l'auteur ou à ses ayants droit de s'opposer à toute modification de l'œuvre. Il permet aussi à l'auteur de s'opposer à ce que son œuvre, même non modifiée, soit reprise dans un contexte contraire à l'esprit de l'œuvre.

Il permet aussi à tout moment à l'auteur de mettre fin à l'exploitation. En effet, l'auteur jouit du droit de retirer ou saisir son œuvre de la circulation ainsi, il présente un caractère personnaliste très marqué.²

On constate alors que la protection de l'œuvre s'interprète comme une protection de la personnalité de l'auteur lui-même. En effet, le droit moral est le droit pour l'auteur de créer, de présenter ou non sa création au public sous une forme de son choix, de disposer de cette forme souverainement et de réclamer à tout le monde le respect de sa personnalité en tant qu'elle est liée à sa qualité d'auteur ».³

Il faut enfin noter que les œuvres ne sont pas toutes protégées par le droit d'auteur. C'est notamment le cas des formulaires, des idées, des phrases, des titres, des travaux relevant du domaine public, des faits et des mécanismes de calcul.⁴

Paragraphe 2 – la consécration de l'inarbitrabilité du droit moral

La soumission éventuelle à l'arbitrage des différends susceptibles de survenir dans le champ du droit moral n'a pas intéressé la doctrine.⁵

¹ Colombet C., Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Paris, Litec,1990, p. 40.

² Boiron.P et Duchevet Ch., « Droit moral de l'auteur dans l'environnement numérique : la fin de la conception personnaliste ? », Légipresse n° 195, octobre 2002.

³ Michaelides-Nouaros G., « Le droit moral de l'auteur – Étude de droit français, de droit comparé et de droit international », Librairie Arthur Rousseau, Paris 1935, p.8.

⁴ Bouchoux B. E., Intellectual property rights, Delmar 2000. Traduit de l'américain par Bruno Baron-Renault, La propriété intellectuelle Le droit des marques, le droit d'auteur, le droit des brevets d'inventions et des secrets commerciaux, Paris 2007,p.146.

⁵ Level P., op. cit., p.214.

Du point de vue législatif, en Tunisie, le législateur a élargi le champ du droit moral à travers la loi de 1994 en ajoutant deux autres attributs du droit moral à savoir le droit de divulgation et le droit de repentir¹ contrairement à la loi précédente² qui n'a consacré que le droit de paternité et le droit au respect de l'œuvre.

En France, le droit moral d'auteur était une création jurisprudentielle. Ainsi la loi de 1957 a-t-elle accordé une importance majeure au droit moral. Ce droit est attaché à la personne de l'auteur, il est qualifié de perpétuel, inaliénable, imprescriptible et transmissible aux héritiers de l'auteur.³

En effet, Le fondement du droit moral est la protection de l'œuvre de l'esprit et c'est seulement l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers qui peuvent assurer cette protection. Ceci dit, le droit moral ne peut faire l'objet d'aucune cession à un tiers. Ainsi, toute convention contraire constituerait une violation de l'ordre public et serait susceptible d'annulation.⁴

On note encore que le titulaire du droit moral ne peut y renoncer puisqu'un tel droit est protégé par des dispositions d'ordre public. M.Oppetit écrit que le droit moral par « son caractère inaliénable et perpétuel, apparaît de plus comme un droit protecteur de l'œuvre elle-même, puisqu'il survit de ce chef à l'auteur et qu'il est interdit à quiconque, fût-ce l'auteur lui-même, d'y renoncer. Alors, il ne semble pas contestable que le droit d'auteur et les droits voisins comportent dans leur statut d'importants éléments d'ordre public de protection ».⁵

On remarque aussi que le droit moral d'après le droit français est un droit inaliénable et imprescriptible. Il est de ce fait indisponible et non susceptible de faire l'objet d'une convention d'arbitrage.⁶ Ainsi, il est évident que le droit moral n'est pas arbitral puisque le droit français dispose d'un critère unique sur l'arbitrabilité qui est la libre disposition des droits.

¹ Article 9 de la loi n° 94—36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique.

² la loi n° 66-12 du 14 février 1966 relative à la propriété littéraire et artistique

³ Code de propriété intellectuelle, Article L121-1.

⁴ Baudel J-M., « Le droit d'auteur français et le copyright américain : les enjeux », Revue Française d'Etudes Américaines, Octobre 2008., p.50.

⁵ Oppetit B., « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », rev. arb. 1979, p.121.

⁶ Ibid, p 131.

En droit tunisien, avant la réforme de 2009¹, l'article 22 de la loi de 1994 précitée mentionnait que : « Est licite, la cession partielle ou totale du droit d'auteur tel qu'il est prévu par la présente loi ».

Cet article ne précise pas si la cession concerne les droits patrimoniaux ou les droits moraux, ceci oriente notre pensée vers l'article 533 du code des obligations et des contrats qui dispose que : « Lorsque la loi s'exprime en termes généraux, il faut l'entendre dans le même sens. » Alors, à priori le droit moral est cessible donc susceptible de faire l'objet d'une convention d'arbitrage.

Mais il faut envisager la loi dans sa totalité. En effet, l'article suivant l'article 22 de la loi de 1994 précitée ne parle que des droit patrimoniaux de même l'article 39 de la même loi qui concerne les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, exclut le droit moral du contrat de cession en précisant que les collaborateurs de l'œuvre conservent dans tous les cas leurs droits moraux.

En tenant compte de l'article 522 du code des obligations et des contrats qui dispose que : « Les renonciations à un droit doivent être entendues strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte évidemment des termes employés par leur auteur, et ne peuvent être étendues au moyen de l'interprétation... », La cession doit être interprétée strictement.

Ces dispositions semblent exprimer l'idée de l'inarbitrabilité des droits moraux. Ceci a été confirmé par la réforme précitée. En effet, l'article 8 nouveau dispose que les droits moraux sont imprescriptibles et qu'ils ne peuvent faire l'objet de renonciation et qu'ils sont inaliénables. On constate ainsi que le droit tunisien adopte la même vision que celle du droit français.

Le droit moral de l'auteur est ainsi dit perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Ceci dit, l'imprescriptibilité du droit moral semble constituer une spécificité du droit d'auteur.² Elle l'écarte de la servitude de droit commun, éventuellement pour la rapprocher de la servitude d'utilité publique, et de la charge réelle.³

¹ Loi n° 94-36, Du 24 Février 1994, relative à La Propriété Littéraire et Artistique, telle que modifiée et complétée par la loi n° 2009-33 du 23 Juin 2009.

² V. en ce sens, Lucas H-J. et Lucas-Schloetter A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, LexisNexis 2012, n° 510, 562 et 1100.

³ Binctin N., *op. cit.*, p. 317.

Concernant la perpétuité, elle inscrit le droit d'auteur dans le temps, bien au-delà de la durée des droits patrimoniaux, faisant ainsi écho à la traditionnelle perpétuité du droit de propriété.¹

Quant à l'inaliénabilité du droit moral, elle représente une garantie de l'efficacité du droit moral et un moyen de contrer toutes stipulations contractuelles inverses puisqu'elle rejette toute tentation de renoncer à ces prérogatives et assure que l'objectif assigné par le législateur au droit moral, en tant que charge réelle, peut être atteint².

A cet égard, la Cour de cassation française a affirmé que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusions, adaptations, retraits, adjonctions et changements auxquels il plairait à ce dernier de procéder ».³

On conclut donc que le droit moral est indisponible puisqu'il est ni cessible ni susceptible de renonciation. Il est donc inarbitrable.

Chapitre 2- La vision américaine du droit auteur : Le Copyright Section 1- Présentation du Copyright

A la conception naturaliste de M. Locke, fondement de l'approche personnaliste du droit d'auteur, s'oppose la conception utilitariste de M. Bentham, fondement de l'approche économique du droit d'auteur⁴. Ces deux courants philosophiques ont donné naissance à d'une part le droit d'auteur avec ses composantes morales et patrimoniales et d'autre part le copyright, davantage accentué sur l'utilité économique de l'œuvre.

Le copyright représente une protection dispensée par la clause de brevets d'inventions et les droits d'auteur de la constitution américaine. Il protège ainsi les œuvres des artistes et des auteurs. La législation fédérale dans ce domaine a été amendée à plusieurs reprises et la loi en vigueur actuellement est le Copyright act de 1976.⁵

¹ Ibid., p. 316.

² Ibid., p. 317.

³ Caron Ch., note sous Cass. com., 28 janv. 2003, Revue Communication Commerce électronique 2003, comm. 21.

⁴ Farchy V. J., « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », Propriété Intellectuelle., Octobre 2006, n° 21, pp. 388-395.

⁵ Bouchoux B. E., op. cit., p. 133.

Avant cette loi, et en vertu du Copyright Act de 1909, une œuvre doit être publiée pour bénéficier de sa protection. Mais, la loi de 1976 a éliminé cette exigence de la publication en stipulant qu'une fois l'œuvre créée, l'octroi du droit d'auteur est automatique. Ceci dit, aucune publication ni aucun enregistrement ne s'impose pour obtenir la protection du Copyright. Néanmoins, l'œuvre peut être enregistrée auprès du Copyright Office (Bureau américain des droits d'auteur). Celui-ci, a pour fonction majeure la délivrance des enregistrements Copyrights et de conserver les éléments faisant l'objet d'une revendication de ces droits. On constate ainsi que cet enregistrement confère au titulaire certains avantages.¹

Le droit moral est absent en droit américain puisque la loi fédérale de 1976 sur le droit d'auteur ne comporte aucune disposition sur le droit moral. Cependant, chaque Etat fédéré est libre de promulguer et de reconnaître un droit moral aux auteurs et définir sa protection.²

Ceci dit, l'absence de protection uniforme qui diffère d'un État à l'autre, vue comme un inconvénient, peut en résulter. Quoique, les États qui ont légiféré sur ce point se sont limités généralement aux œuvres picturales, on peut donc confirmer que les États-Unis ignorent le principe juridique du droit moral de l'auteur.³

Section 2- La consécration de l'arbitrabilité du Copyright

Le législateur américain n'a pas tranché la question d'arbitrabilité du copyright. Mais même si le Congrès des États-Unis n'a pas expressément agréé l'arbitrage pour les litiges relatifs au droit d'auteur dans la loi sur le copyright de 1976⁴ ou sous le code des règlements fédéraux⁵, les accords de licence de droit d'auteur sont susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage.

En effet, dans *Kamakazi Music Corp. V. Robbins Music Corp.*, la Cour d'appel a approuvé l'arbitrage des réclamations d'infraction du copyright, le tribunal a considéré que l'arbitre était compétent pour rendre une sentence aux termes de la Loi sur le copyright et que la clause d'arbitrage était suffisante pour englober les revendications qui exigeaient l'interprétation du contrat. En outre, le tribunal a jugé que les motifs de l'ordre public ne

¹ Ibid., pp. 134-136.

² Baudel J-M, op cit, p.50.

³ Ibid.

⁴ 17 U.S.C. §§ 1- Copyrights

⁵ 37 C.F.R. §§ 201.1-211.6 (1992).

pouvaient pas inhiber la soumission des questions d'atteinte au copyright à l'arbitrage, car ce qui relève de la portée de la l'ordre public est le monopole limité créé par un droit d'auteur.¹

Dans une autre affaire², le souci était l'arbitrabilité de la validité du copyright. En effet, la CA a confirmé que « l'arbitre peut déterminer la validité d'un droit d'auteur quand la question se pose dans une instance qui concerne une licence d'exploitation du copyright. »³. En outre, le tribunal a déclaré que les litiges impliquant un monopole économique ne menaçaient pas l'ordre public donc il n'y avait aucune raison de prohiber l'arbitrage d'un différend qui menace encore moins l'ordre public.⁴

Malgré tout, l'arbitrabilité du copyright n'est pas absolument certaine. On pourrait soutenir qu'une réclamation en cas de violation ou de validité découlant d'un différend de licence de copyright concernant, par exemple, les redevances, est probablement arbitrable après l'affaire « Saturday Evening Post » ; Pourtant, au cas où la demande serait basée sur copyright enregistré par le gouvernement fédéral et s'appuie directement sur la loi sur copyright, la réclamation n'est pas arbitrable.

Le Copyright n'est pas exclusif aux Etats Unis. En effet, La Cour Suprême du Canada est considérée comme un atelier de droit comparé. Elle représente une hybridation entre le droit civil et la *common law* malgré qu'au cours des dernières années, elle ait optée pour les solutions issues de la *common law*.

Ceci se manifeste à travers l'arrêt *Théberge*⁵, où la Cour a établi un choix décisif en faveur de la *common law*. Dans les années qui ont suivi, *cet arrêt* a été confirmé à de nombreuses reprises. On note ici l'affaire *Chouette*.¹

¹ Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp., 684 F.2d 228-230-231 (2nd Cir. 1982). <https://openjurist.org/684/f2d/228/kamakazi-music-corp-v-robbins-music-corporation> Consulté le 2/5/2017 à 20h15.

² Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F.2d 1191, 1198-99, 7th, Cir. 1987. <https://openjurist.org/816/f2d/1191/saturday-evening-post-company-v-rumbleseat-press-inc> Consulté le 3/2/2017 à 21h50.

³ Plant D.W., « Intellectual Property: Arbitrating Disputes in the United States », WIPO Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes 1994, p12.

⁴ Ibid.

⁵ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1973/index.do> Consulté le 5/5/2017 à 22h20

Ainsi, après seulement un an de l'affaire *Théberge*, la Cour suprême est saisie d'un nouvel appel provenant du Québec où le résultat était le même : encore une fois, la vision personnaliste a été rejetée.

Concernant les faits, Hélène Desputeaux et Christine L'Heureux s'associent pour l'illustration d'un livre pour enfant édité par les Éditions Chouette, dont L'Heureux est dirigeante et actionnaire majoritaire. Aux termes du contrat, les parties cèdent par licence l'exploitation du personnage principal à l'éditeur. Ainsi, Desputeaux et L'Heureux renoncent à leur droit moral. Mais l'interprétation et l'application de la convention sont incertaines.

De ce fait, l'éditeur cherche alors à faire reconnaître judiciairement son droit de reproduction de l'œuvre. Alors qu'il n'existe aucune clause d'arbitrage, Desputeaux demande à la Cour Supérieure que le litige soit tranché par la voie d'arbitrage en vertu de la loi québécoise². Ceci a été accepté par le tribunal. L'arbitre élu par les parties désigne L'Heureux et Desputeaux comme co-auteurs du livre, qualifié d'œuvre en collaboration au sens de l'article 2 de la LDA.³

Ensuite, la Cour supérieure refuse une demande tendant à annuler la sentence intentée par Desputeaux. La CA Québec, quant à elle, fait droit au pourvoi. Elle déclare qu'en vertu de l'article 2639 du Code civil du Québec⁴, la paternité du droit d'auteur n'est pas susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage, car elle « constitue un droit moral se rattachant à sa personnalité ».⁵

Cependant, la Cour Suprême a tourné le dos à la vision personnaliste. Citant l'arrêt *Théberge*, elle rappelle que même si la LDA reconnaît à la fois les

¹ Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc., [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17. <https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/DesputeauxFrench.pdf> consulté le 6/5/2017 à 19h15

² La loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, LRQ, c S-32.01 ; L'article 37 de cette loi prévoit : « Sauf renonciation expresse, tout différend sur l'interprétation du contrat est soumis, à la demande d'une partie, à un arbitre ».

³ Loi canadienne sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42).

⁴ V. art 2639 CCQ : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public [...] ».

⁵ Desputeaux c. Éditions Chouette, op. cit., para. 14.

droits économiques et moraux de l'auteur, les aspects économiques demeurent les plus importants.¹

Enfin, « Dans le cadre de la législation canadienne sur le droit d'auteur, bien que l'œuvre constitue une "manifestation de la personnalité de l'auteur", on se trouve fort loin des questions relatives à l'état et la capacité des personnes et aux matières familiales au sens de l'article 2639 CCQ ». ²

On note enfin que la Cour Suprême a suivi la vision française concernant le domaine de l'arbitrage. Par contre, en droit d'auteur, elle s'est référée à la *common law*.

Conclusion

La distinction entre la vision française et la vision américaine démontre une grande importance au niveau de l'exequatur d'une sentence. En effet, l'exequatur constitue dans ce cas la décision par laquelle un tribunal rend exécutoire sur le territoire national une sentence arbitrale.

Des décisions restées exemplaires ont illustré cette différence entre le droit d'auteur dans sa plénitude tel qu'il existe en France et le copyright, qui se limite aux droits d'exploitation de l'œuvre. Parmi ces affaires figure celle du film *Le Rideau de Fer*. Il s'agissait d'un film antisoviétique ; sur la bande son de ce film figuraient des extraits de compositions musicales de Chostakovitch, Katchatourian, etc. Ceux-ci, qui se présentaient comme des citoyens loyaux de l'Union Soviétique, avaient agi en justice pour voir interdire l'utilisation de leur musique. Celle-ci était susceptible d'être dans le domaine public, puisqu'à cette époque (1949), l'URSS n'était signataire d'aucune convention ou traité visant à la reconnaissance internationale des droits d'auteur. Au regard du copyright ou des droits patrimoniaux, on pouvait considérer que leurs œuvres étaient d'être librement diffusées. Mais les compositeurs s'opposaient à de celles-ci à des fins contraires à leurs convictions. Aux États-Unis, leur demande a été rejetée alors qu'en France la Cour d'Appel de Paris y a fait droit.³

¹ Desputeaux c. Éditions Chouette, op. cit., para. 57.

² Ibid., para. 58.

³ Aux États-Unis: Shostakovich v/Twentieth Century Fox Film Corp., 196 Misc. 67, 80 New York Supplement Reporter (second) 575 (année 1948). Cité par Baudel J-M., op. cit., p 51.

D'autres affaires viennent illustrer cette différence. Ainsi dans une affaire Crimi¹, un peintre de New York se plaignait de ce que la fresque murale qu'il avait peinte sur le mur d'une chapelle avait été détruite par les propriétaires de celle-ci. Sa demande a été rejetée par les Tribunaux de New York.

Une affaire similaire s'est déroulée en France concernant un décoré par le peintre Bernard Buffet. L'acquéreur de cette œuvre avait démantelé ce réfrigérateur pour en vendre séparément chacun des panneaux ainsi décoré. La Cour d'Appel a sanctionné cette mutilation en décidant que l'acquéreur du réfrigérateur «ne pourra s'en dessaisir que dans son », ce qui obligeait cet acquéreur à reconstituer ce réfrigérateur dans son état d'origine s'il souhaitait l'aliéner.²

¹ Crimi v. Rutgers Presbyterian Church, 194 Misc. 570, 89 N. Y. S. 2d 813 (Sup. Ct. 1949). Cité par Cité par Baudel J-M., op. cit., p 51.

² Arrêt «Bernard Buffet» rendu par la Cour d'Appel de Paris 30 mai 1962 Dalloz 1962 J. 570. Pourvoi rejeté Cour de Cassation Chambre Civile, 6 juillet 1965; Gazette du Palais, 4-7 sept. 1965.

*EXIL CLIMATIQUE FORCÉ EN AFRIQUE : DE LA FAIM
À LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE*

Sadik Aziz

Doctorant à la FSJES SOUISSI

Au cours des dernières décennies, le discours relatif aux changements climatiques a évolué. Traditionnellement, ils sont vus comme une simple question environnementale. Maintenant, ils sont parmi les menaces à la paix, et à la sécurité internationales¹. L'Afrique est souvent décrite dans les rapports et les médias nationaux et internationaux, comme un continent d'exode massif. Des images d'africains qui cherchent désespérément à bord de petits bateaux, ou des migrants bloqués dans les pays de transit sont affichées chaque jour dans les médias.

Les causes de cette migration sont multiples, il s'agit notamment des problèmes économiques, politiques, et climatiques. Cette dernière cause, prend de l'ampleur récemment, grâce à l'entrée en politique des questions climatiques². Et à l'ouverture du débat sur une relation entre migrations et environnement ; et particulièrement le changement climatique³. Surtout en Afrique, qui continue de subir les effets du changement climatique sans en être directement responsable.

La question des migrations que pourrait induire le changement climatique, fait l'objet des recherches depuis plusieurs années. Les académiciens et les climatologues s'accordent à considérer l'Afrique comme le

¹ Oli Brown et Alec Crawford évaluation des conséquences des changements climatiques sur la sécurité en Afrique de l'Ouest Étude de cas nationale du Ghana et du Burkina Faso Institut international du développement durable, 2008

²GIEC dans son rapport de février 2007 approuvé de façon scientifique que l'utilisation de combustibles fossiles comme le charbon, le pétrole et le gaz naturel produisait tous les ans dans l'atmosphère des milliards de tonnes de gaz à effet de serre. Ainsi le rapport affirme que le réchauffement climatique est certainement clair. Il note, à l'échelle du globe, une hausse inquiétante des températures moyennes de l'atmosphère et de l'océan, une fonte massive de la neige et de la glace, une élévation du niveau moyen de la mer.

³En 1990 le groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat GIEC constate que l'impact le plus marqué de l'évolution du climat pourrait être ressenti au niveau des migrations humaines. In Oli Brown migration et changements climatiques l'OIM Rapport publié en 2008 p 13.

continentale plus exposé au changement climatique et à ses conséquences¹. Et les risques liés à ce phénomène sont réels, et leurs effets se font déjà ressentir dans un ensemble de pays de l'Afrique subsaharienne ; qui souffrent d'une faim chronique. Il faut voir alors, dans ces changements climatiques un multiplicateur de menaces qui renforce, les tensions et les conflits souvent à cause du manque des aliments ou de l'eau². Ce dérèglement climatique en Afrique, nous incite à changer le discours d'une migration où les populations quittent leurs territoires pour chercher des terres fertiles, et des zones agricoles rentables, souvent au sein du même pays ou dans les pays voisins, à une migration plus globale qui s'ouvre sur une nouvelle génération de migrants qui quittent forcément leurs territoires, voire leurs pays, sous les effets du changement climatique en quête d'une reconnaissance formelle. Le principal défi réside dans le fait que ces changements climatiques menacent la stabilité des États et des régions de l'Afrique, qui sont déjà fragiles³, et exposés aux conflits sécuritaires. Et en premier lieu, vient la sécurité alimentaire.

¹ « ...Les zones arides et semi-arides d'Afrique subsaharienne, du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord devraient subir des périodes de sécheresse toujours plus longues. » in Valéry Laramée de Tannenber Le changement climatique Menace pour la démocratie? Dans le vif BuchetBastel Libella Paris 2017 p 49.

« L'Afrique est souvent perçue comme le continent le plus vulnérable aux impacts du changement climatique. Les changements climatiques globaux pourraient se traduire par une augmentation de la température annuelle moyenne en Afrique (+de 2°) à l'horizon 2050, voire atteindre entre 3° et 6° d'ici, la fin du siècle ; des hausses de précipitations et des précipitations extrêmes en Afrique de l'est, et une acidification des océans » .Rapport du GIEC, 2013

Aussi le scénario moyen du rapport du GIEC 2014 avance qu'entre 1986/2005 ,et 2081/2100 la hausse des températures pourrait s'échelonner entre 2 et 3°C sur la majorité du continent. In Climats, Changements Climatiques et résilience cartes et faits Secrétariat du Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest (CSAO/OCDE) novembre 2015 p 5.

Voir aussi Pauline Marty, « Le système agricole et alimentaire de la région Afrique du Nord – Moyen-Orient, une analyse rétrospective (1961-2012) », Inra, janvier 2015, <https://inra-dam-front-resources-cdn.brainsonic.com/ressources/afile/307932-8bf4b-ressource-systeme-agri-et-alimentaireafriquen-moyen-orient-rapport-fr.html>.

² « La perturbation de l'environnement peut représenter un maillon de la chaîne de causalité d'un conflit et jouer même parfois le rôle de catalyseur. [...] La pauvreté, l'injustice, la dégradation de l'environnement réagissent les uns sur les autres d'une manière complexe et active 1². » Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, avril 1987.

³ « Les exemples les plus souvent cités de conflits résultant de déplacements liés au changement climatique, sont le Darfour, la Syrie, et de plus en plus l'aire d'action de Boko-

L'ambition internationale d'atteindre la sécurité alimentaire, ne peut pas nier la situation d'un ensemble de pays Africains qui subissent les coups des vagues de chaleur, et des périodes allongées de pénuries d'eau. Ces défaillances influent sur la sécurité alimentaire en Afrique, et génèrent des mobilités humaines¹, qui s'intensifient avec le déclenchement des actes de violences et de persécution. Ce qui contribue dans l'augmentation du nombre des réfugiés². Il s'agit ici de deux nouveaux concepts; à savoir le réfugié de la faim, et le réfugié climatique; dans un continent vulnérable et sous les menaces de conflits³. Donc, ce passage d'un réfugié de la faim au réfugié

Haram en Afrique. Le changement climatique et la désertification qui va de pair déstabilisent en effet les Etats les plus faibles, ce qui est une cause majeure des crises récentes. » in Nicolas Hulot climat de guerre chance pour la paix, Leila Aichi, Emmanuel Descleves et autres auteurs, cop 21 enjeux de défense, revue défense nationale octobre 2015 p 9.

¹Le Programme alimentaire mondial fait état d'un lien très fort entre les migrations, l'alimentation et les conflits : sur 1.000 habitants, le nombre de départs de réfugiés augmente de 0,4% pour chaque année consécutive de conflit et de 1,9% à chaque augmentation de 1% de l'insécurité alimentaire, alors que « l'aggravation du niveau de sous-alimentation contribue à l'augmentation du nombre et de l'intensité des conflits armés » Le Programme Alimentaire Mondial 2017.

² « ...Au Liberia, la contagion de la guerre civile qui a débuté en 1989 a rapidement envahi la Sierra Leone, la Guinée-Conakry, la Guinée-Bissau et la Côte d'Ivoire. Dans ce dernier pays, elle a failli se transformer en un conflit régional déstabilisateur pour la sous-région de l'Afrique de l'Ouest tout entière. Près de 70 pour cent de la population du Liberia a été déplacé, et des milliers de personnes qui avaient fui la guerre pour se réfugier en Sierra Leone en ont rapidement été chassées lorsqu'un conflit a éclaté dans ce pays en mars 1991. Les réfugiés n'ont été dispersés en Guinée et en Côte d'Ivoire que pour se retrouver entraînés dans une nouvelle fuite en quête de sécurité au Mali, au Ghana et au Burkina Faso lorsque la Côte d'Ivoire, naguère un des pays les plus stables de la région, voire d'Afrique, a sombré dans la guerre civile à la fin de l'année 2002. Environ 750 000 personnes ont été déplacées à l'intérieur du pays et 500 000 autres résidents « étrangers », pour la plupart burkinabés, se sont retrouvés sans abri et se sont enfuis en désespoir de cause vers leurs pays d'origine (ONU, 2004). Avant la crise, près de la moitié de la main-d'œuvre des plantations de cacao provenait du Burkina Faso.... » Aderanti Adepoju Les défis liés aux flux migratoires pour le travail entre l'Afrique de l'Ouest et le Maghreb Organisation internationale du Travail 2006 Genève, Première édition 2006 p6.

³« En raison de leur fragilité, plusieurs Etats de la rive sud de la Méditerranée peinent à contrôler leur territoire ou leurs flux de populations La région du golfe de Guinée, riche en ressources (pétrolières, minières, halieutiques), est confrontée à de multiples fléaux (trafics, piraterie, terrorisme)». Revue stratégique de défense et de sécurité nationale République Française 2017 P 25 et 26

climatique¹, peut-il être perçu au niveau du droit comme une possibilité d’instaurer de nouveaux mécanismes de protection au profit des migrants climatiques? Par ailleurs, et conformément au concept de la sécurité humaine, il est évident que plusieurs questions portant sur l’impact des changements climatiques sur la mobilité humaine en Afrique sont liées entre elles. Le droit international des réfugiés ne considère pas la faim et les autres violations du droit à l’alimentation, comme des fondements juridiques suffisants pour justifier la migration/déplacement et bénéficier alors d’une protection internationale. Alors, ces populations confrontées aux dégradations massives de l’environnement (sécheresse, salinisation des terres...) interrogent le droit; leurs pays ; les institutions internationales pour savoir s’il y a des solutions tangibles pour l’inadaptation des protections existantes, et assurer une sécurité alimentaire rigoureuse.

Le présent article porte principalement sur l’impact des changements climatiques sur la mobilité humaine en Afrique (chapitre I) ; il s’attache aussi à déterminer l’effet sur l’avenir du refuge et la possibilité de la reconnaissance d’un nouveau statut international du réfugié climatique, susceptibles d’apporter des réponses globales aux défis de la migration climatique. Et cela à la lumière des politiques d’adaptation dans un continent qui continue à subir les effets néfastes de ce problème multidimensionnel.

l’impact des changements climatiques sur la mobilité humaine en Afrique :

En Afrique, le changement climatique devient depuis plusieurs décennies, à la fois un problème économique et social pour les pays, et pour les populations. Dans ce continent, le risque qu’il présente est manifesté par des pénuries d’eau, des inondations, des tempêtes de sable... Les zones agricoles, autrefois rentables, sont désormais incapables de produire les cultures vivrières de base, et subvenir aux besoins alimentaires de base à des millions de personnes. Et, de plus en plus, nous voyons le changement

¹ Le terme « réfugié de l’environnement, environnemental » ou « réfugié climatique » qui déjà n’ont pas tout à fait la même signification. Le premier se réfère à une approche plus globale et prend en compte les problématiques environnementales dans leur ensemble, pas seulement celles liées aux changements climatiques, comme c’est le cas avec le terme de « réfugié climatique ». In Melinda Noblet Réfugiés environnementaux : les actions possibles Document d’orientation juin 2009 p9.

climatique se transformer en une cause de mobilité humaine, en poussant les populations à chercher des lieux plus attractifs et moins vulnérables pour s'y installer¹. Cette dernière constatation nous incite à se demander s'il existe vraiment un lien entre les migrations humaines et les changements climatiques² ; précisément en Afrique, ou c'est juste un facteur de causalité, parmi tant d'autres qui génèrent les mobilités humaines. D'ailleurs, l'histoire de l'Afrique a été marquée par des événements climatiques, qui ont poussé les populations à se déplacer vers des endroits qualifiés de moins menacés et plus attractifs à la vie humaine.

: l'Afrique à la merci du changement climatique :

En Afrique, Personne ne peut méconnaître que le changement climatique représente une grande menace pour la sécurité humaine, et entrave la réalisation des objectifs du millénaire pour le développement. Ses répercussions se manifestent déjà sur le continent, par la multiplication des événements climatiques, à savoir les vagues de chaleur, les inondations, le manque de précipitations.... L'Afrique connaîtra très probablement un réchauffement au cours de ce siècle, et ce dernier est susceptible d'être plus fort que le réchauffement global annuel moyen dans l'ensemble du continent

¹Les déplacements entretiennent avec l'insécurité alimentaire une relation mutuelle de cause à effet: les déplacements contribuent à l'insécurité alimentaire, et l'insécurité alimentaire motive les déplacements. Une étude menée en 2017 par le PAM montre que les taux d'exode les plus forts sont enregistrés dans les pays en conflit où le niveau d'insécurité alimentaire est le plus élevé: PAM. 2017. Aux racines de l'exode: sécurité alimentaire, conflits et migration internationale. Rome.

[https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-](https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000020872/download/?_ga=2.183714020.376117442.1527356166-830949881.1527356166)

[0000020872/download/?_ga=2.183714020.376117442.1527356166-830949881.1527356166](https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000020872/download/?_ga=2.183714020.376117442.1527356166-830949881.1527356166)

²les changements climatiques et les dégradations environnementales peuvent exacerber des tensions existantes et même être une importante cause sous-jacente de conflit² in Victoria Brereton conflit et changement climatique Sécurité collective et environnement in sécurité collective et environnement changements climatiques et dégradation de l'environnement, nouveaux enjeux des relations internationales Patrice Bouveret et Luc Mampaey GRIP (Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité) *Damoclès, la lettre* observatoire des armements 2008 p23.

en 1994, lors de la Conférence Mondiale sur la population tenue au Caire, était la première fois qu'on évoque les conséquences du changement climatique sur les populations.

et en toutes saisons, avec le réchauffement des régions sèches subtropicales plus humides¹.

Le changement climatique s'ajoutera aux facteurs de vulnérabilité en Afrique qui comprennent sa forte dépendance à l'agriculture pluviale, la pauvreté généralisée, et les défaillances du système de gouvernance, pour affaiblir ses capacités d'adaptation aux effets néfastes de ce phénomène. Selon un rapport récent de la Banque mondiale portant sur l'Afrique subsaharienne, l'Asie du Sud et l'Amérique latine, le changement climatique amplifiera les disparités environnementales au sein de nombreux pays en développement dans ces trois régions. Ces disparités pourraient pousser des dizaines de millions de personnes à quitter leur région d'origine d'ici à 2050. Le rapport prévoit que l'absence de mesures concrètes portant sur le climat et le développement, plus de 143 millions de personnes – soit environ 2,8 % de la population de ces trois régions – pourraient être contraintes de se déplacer à l'intérieur de leur propre pays. Ces personnes seront forcées de quitter les régions qualifiées de moins viables; où l'eau est plus rare, la productivité agricole est plus faible, le niveau de la mer s'élève et les tempêtes s'intensifieront.²

En Afrique du Nord et dans le Sahel, l'aggravation de la sécheresse, la raréfaction croissante de l'eau et la surexploitation des terres entraîneront une dégradation des sols et pourraient se traduire par la perte de 75 % des terres arables faisant l'objet de cultures pluviales. Le delta du Nil pourrait être exposé à la fois à l'élévation du niveau de la mer et à la salinisation des zones agricoles, ce qui pourrait causer la perte de 12 à 15 % des terres arables d'ici la fin du siècle en raison l'élévation du niveau de la mer, 5 millions de personnes étant touchées d'ici 2050³. Dans la corne de l'Afrique, la raréfaction des pluies et l'augmentation des températures auront une incidence négative importante sur une région extrêmement vulnérable aux conflits. En Afrique

¹ Voir Le rapport d'évaluation de l'Organisation météorologique mondiale (OMM) 2013 sur l'état du climat mondial a noté que les années 2001-2012 ont été parmi les treize années les plus chaudes (GIEC, 2007, l'OMM, 2013).

²Rigaud, K., de Sherbinin, A., Jones, B., Bergmann, J., Clement, V., Ober, K., Schewe, J., Adamo, S., McCusker, B., Heuser, S. et Midgley, A. 2018. Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration. Washington, DC., World Bank. Groundswell Banque mondiale. 2018.

³Changements climatiques et sécurité internationale, document établi par le haut représentant et la commission Européenne à l'attention du conseil Européen 14 mars 2008.

australe, les sécheresses contribuent aux mauvaises récoltes, et renforceront l'insécurité alimentaire dans plusieurs régions et des millions de personnes seront victimes aux pénuries alimentaires.

Les migrations dans cette région¹, mais également les flux migratoires en provenance d'autres régions et à destination de l'Europe, qui passent par l'Afrique du Nord, devraient s'intensifier². Parmi les autres manifestations des perturbations environnementales, plusieurs inondations ont touché des parties de Dakar en Sénégal. Durant la décennie 2000, environ 360000 personnes ont été affectées dans la seule zone périurbaine de la capitale Sénégalaise³. En ce qui concerne le manque d'eau, il s'avère qu'il afflige l'Afrique subsaharienne plus que d'autres régions africaines. D'après les statistiques de l'Organisation mondiale pour la santé en 2015, 319 millions de personnes n'avaient aucun accès à une source d'eau potable dans cette région⁴. On s'attend aussi, que les changements climatiques influenceront négativement sur la santé, en effet, la propagation des maladies relatives à la vulnérabilité comme la malaria affectera plus de 400 millions de personnes d'ici 2020⁵.

¹ Il faut souligner que le nombre de personnes obligées de se déplacer à cause des conflits et des persécutions dans l'Afrique subsaharienne a continué d'augmenter, arrivant à 20 millions, selon les estimations portant sur les personnes relevant de la compétence du HCR dans cette région. « L'instabilité au Burundi, au Nigéria et au Soudan du Sud a provoqué des déplacements importants. Par ailleurs, les incidents de sécurité qui se sont produits dans certaines parties du Mali, de la République centrafricaine, de la République démocratique du Congo et de la Somalie ont eux aussi déclenché des déplacements (bien qu'uniquement temporaires dans certains cas) et des millions de réfugiés originaires de ces pays sont restés en exil, avec des perspectives de retour limitées » Comité exécutif du Programme du Haut-commissaire Comité permanent 68 e réunion 21 février 2017.

² Florianne Charrière et Marion Frésia L'Afrique de l'Ouest comme espace migratoire et espace de protection Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux Réfugiés, Novembre 2008 p 19.

³ Aly Tandian variation environnementales, mobilité et stratégie d'adaptation au Sénégal in François Gemenehoutart migrations internationales : un enjeu nord-sud ? Alternatives Sud volume 22-2015/1 p 177.

⁴ Rapport de l'OMS sur les progrès en matière d'assainissement et d'alimentation en eau: les principaux faits 2015.

⁵ Cecilia UGAZ Gagner la bataille du climat passera par une lutte contre la pauvreté » in les migrations climatiques Actes de la conférence du 11 juin 2008 au Parlement européen. La conférence sur les « Migrations climatiques », organisée par le groupe des Verts/ALE au Parlement européen le 11 Juin 2008 p6

Quant au coût économique du changement climatique, Les dernières études indiquent que ce dernier en Afrique devrait être beaucoup plus élevé, que dans les autres régions du monde¹. A cela s'ajoute une diminution de la productivité agricole qui pourrait conduire 600 millions de personnes de plus à la malnutrition d'ici 2080². Le programme alimentaire mondial indique que l'insécurité alimentaire accentue aussi bien la probabilité de l'intensité des conflits, créant ainsi des guerres et des crises humaines³. Donc on arrive à une conviction qui ne cesse de se confirmer dans les rapports des organismes internationaux ; l'Afrique est particulièrement exposée aux effets du réchauffement climatique en raison du poids important que joue l'agriculture dans les économies du continent, et de la prévalence de l'agriculture pluviale dont la productivité est étroitement liée au niveau des précipitations⁴. C'est un risque qui s'avère critique pour l'avenir d'un continent qui est face à un ensemble de défis⁵.

¹ « On estime le coût du changement climatique d'ici à 2030 à trois pour cent environ du PIB du continent, soit 40 milliards de dollars US chaque année. » Buchner et al, The Landscape of Climate Finance, Climate Policy Initiative (CPI) Report, 27 October 2011. Voir aussi Uzoamaka U. Nwamarah Les solutions pour les changements climatiques la réponse de la Banque africaine de développement aux impacts en Afrique éditions Banque Africaine de développement 2012. Voir aussi global report on internal displacement GRID Norwegian refugee council May 2018. voir Aussi Changements climatiques et sécurité internationale, document établi par le haut représentant et la commission Européenne à l'attention du conseil Européen 14 mars 2008.

² Selon le rapport du bureau d'Afrique des Nations Unies en 2012 le changement climatique aura des conséquences alarmantes sur l'alimentation et la nutrition en Afrique. Et Selon le rapport Africa's Adaptation GAP du programme des Nations Unies pour l'environnement, un réchauffement climatique de 2°C entraînerait une chute de 10% du rendement agricole en Afrique à l'horizon de 2050

³ PAM. 2017. Aux racines de l'exode: sécurité alimentaire, conflits et migration internationale. Rome.

https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000020872/download/?_ga=2.183714020.376117442.1527356166-830949881.1527356166

⁴ African Development Bank, 2008

<https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/AfDB%20Group%20Annual%20Report%202008.pdf>

⁵ « Représente la 10% de la population du monde et elle n'apporte que 1% du PIB mondial, 2% de l'investissement direct étranger (IDE) et ne représente que 1,3% du commerce international. Le continent africain compte 180 millions de sous-alimentés et environ 30 millions de personnes infectées par le VIH/SIDA. Les foyers de conflit sont estimés à 5 en 2005 » Annassan et Senyon Ameganvi l'Afrique face aux enjeux stratégiques d'aujourd'hui. <https://www.memoireonline.com/01/09/1885/mIAfrique-face-aux-enjeux-strategiques-daujourd'hui0.html>

Migration climatique en Afrique :

Le rapport entre environnement et mobilité humaine n'est pas récent, c'est un sujet qui ne cesse de prendre de l'ampleur¹. En effet ce rapport entre dans un cadre global qui étudie le lien entre la sécurité et l'environnement. Et cela ressort d'un document de mise en œuvre de la stratégie Européenne de la sécurité qui date de 2008, qui a considéré la dégradation de l'environnement et la quête pour d'autres espaces plus viables, comme un facteur d'amplification des conflits, en particulier dans les pays touchés par la pauvreté et la vulnérabilité². Parmi les risques énormes cités dans cette stratégie, on trouve aussi l'accroissement des flux migratoires liés au changement climatique « qui pourrait accentuer le rôle de la Méditerranée comme centre de gravité des mouvements migratoires entre Europe, Asie et Afrique³. »

En 1984, trois exemples ont surgi sur le devant de la scène. Dix millions d'Africains sont devenus réfugiés, en fuyant la famine, où le Sahel était en voie de désertification. D'autres pays africains particulièrement la Tanzanie, ont dû accueillir un grand nombre de réfugiés. Deuxième cas ; un million de Haïtiens ont dû fuir leur pays frappé par l'érosion des sols. Et enfin au Salvador, l'érosion des sols a posé un exode rural massif.

La communauté internationale se préoccupe de plus en plus des effets des changements climatiques sur la mobilité humaine. Les personnes forcées chaque année, de quitter leur territoire à cause des effets néfastes du changement climatique, sont plus nombreuses que celles qui sont déplacées

¹ « L'interaction entre environnement et migration n'est pas nouvelle, même si les médias actuels semblent vouloir nous faire croire le contraire. A titre illustratif, la Grande Famine en Irlande a poussé des millions de personnes à migrer en direction des Etats-Unis et de l'Australie. Cette famine avait alors pour origine une raison naturelle, plusieurs récoltes successives de pommes de terre ont été perdues à cause du mildiou. » Melinda Noblet Réfugiés environnementaux : les actions possibles Document d'orientation juin 2009 p 9.

² Report on the Implementation of the European Security Strategy Providing Security in a Changing World, Bruxelles, 11

décembre 2008 :

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/reports/104630.pdf

³ même référence

en raison des conflits¹. Depuis 1990, le groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat observe que le changement climatique risque de provoquer une augmentation des déplacements de populations, principalement dans les pays en développement et les communautés les plus pauvres, et plus particulièrement dans les régions côtières et les îles basses².

Ces mobilités sont encore mal connues, et ont suscité une réunion d'experts et des chercheurs à Bonn en octobre 2008, dans l'objectif de faire un bilan des premières études sur les migrations liées au dégradation climatique. Plusieurs territoires et manifestations de ces phénomènes sont déjà identifiés : avancée du désert de Gobi en Chine, inondations au Bangladesh et dans le delta du Nil, submersion d'archipels comme les îles Tuvalu, Kiribati, fonte du permafrost des terres des Inuits⁸ d'Amérique du Nord et du Groenland, sécheresse de la bande sahélienne en Afrique de l'Ouest³. En Afrique, les dirigeants étaient conscients des recommandations de la conférence des parties à la convention cadre des nations unies sur les changements climatiques (2010), qui reconnaît qu'il était important de prendre en compte les mobilités humaines causées par le changement climatique⁴.

Le lien entre changement climatique, et mobilité humaine en Afrique subsaharienne⁵, en Asie du Sud et en Amérique latine⁶, a continué de se situer

¹ Stefan Maier les réfugiés dans le monde article publié in les migrations contraintes actes du colloque de Caen sous la direction de Catherine Amélie Chassin éditions Pedone Paris 2014 p 35.

² Kannoufi Wassila En quête d'un statut d'un Réfugié écologique *Revue des sciences sociales* N° 19 Décembre -2014 p 23.

³ Christel Cournil Les défis du droit international pour protéger les "réfugiés climatiques" : réflexions sur les pistes actuellement proposées Bruylant, 2010 p 346.

⁴ Sub-Saharan Africa accounts for only 14 per cent of the world's population, but almost half of new conflict displacement took place in the region. There were 5.5 million new displacements associated with conflict and violence in 2017, double the figure for the previous year. In global report on internal displacement GRID 2018 IDMC and Norwegian refugee council p16.

⁵ Kanta Kumari Rigaud, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser, et Amelia Midgley Groundswell se préparer aux migrations climatiques internes Rapport de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement / Banque mondiale 2018.

⁶ L'organisation internationale pour les migrations (OIM) estime qu'un Africain sur 10 pourrait vivre hors de son pays d'origine en 2025, l'Institut pour l'Environnement et la sécurité humaine (lié à l'ONU) évalue à 50 millions le nombre de personnes appelées à se « déplacer » d'ici à 2010

au cœur des débats. En effet, ces régions pourraient faire face à plus de 140 millions de migrants climatiques internes d'ici 2050, si des actions planifiées ne sont pas prises au niveau national et mondial¹. D'après les trois scénarios du rapport de la banque mondiale de 2018, une augmentation des migrations climatiques internes est prévu en Afrique subsaharienne, en Asie du Sud et en Amérique latine d'ici 2050². Dans le pire de ces scénarios, les déplacés internes pourraient dépasser les 143 millions de personnes (soit environ 86 millions en Afrique subsaharienne, 40 millions en Asie du Sud et 17 millions en Amérique latine) d'ici 2050. Les populations et les pays les plus pauvres sont les plus durement touchés³.

Les travaux des organisations nationales et des ONG, s'ils nous alertent et nous interpellent, restent encore insuffisamment documentés sur la réalité des impacts du changement climatique sur la vie des populations, sur leur nature et leur interrelation avec d'autres facteurs comme la pauvreté, le processus de développement et les modes de vie. Le rapport des Nations Unies de 2007 sur le développement humain est certainement l'étude globale la plus aboutie à ce jour sur ces questions⁴. Le cinquième rapport d'évaluation du Groupe intergouvernemental sur l'évolution du climat (2015) ajoute que les populations qui ne possèdent pas les moyens de planifier leur migration sont soumises à une exposition plus élevée aux événements météorologiques extrêmes et ce, en particulier, dans les pays en développement à faible revenu. Ce qui confirme les propos de John Ashton, lorsqu'il a déclaré que « les

en raison de la désertification, des inondations et des tempêtes liées aux changements climatiques

¹ "climate change and environmental degradation, unsustainable development and poor urban planning combine in different ways in different countries to increase people's exposure and vulnerability to displacement". In global report on internal displacement GRID 2018 IDMC and Norwegian refugee council.p2

² Rigaud, K., de Sherbinin, A., Jones, B., Bergmann, J., Clement, V., Ober, K., Schewe, J., Adamo, S., McCusker, B., Heuser, S. et Midgley, A. 2018. Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration. Washington, DC., World Bank. Groundswell Banque mondiale. 2018.

³ Kanta Kumari Rigaud, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser, et Amelia Midgley Groundswell se préparer aux migrations climatiques internes Rapport de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement / Banque mondiale 2018. P8

⁴ Hélène Flautre in les migrations climatiques actes de la conférence du 11 juin 2008 au parlement européen p3. La conférence sur les « Migrations climatiques », organisée par le groupe des Verts/ALE au Parlement européen le 11 Juin 2008

migrations massives particulièrement dans les zones arides ou semi-arides où vivent plus d'un tiers des habitants de la terre, transformeront des Etats fragiles en Etats en faillite et accroîtront la pression sur les voisins de la région – une dynamique qui est déjà à l'œuvre en Afrique ¹».

En Afrique, l'intensification des catastrophes naturelles et les autres événements climatiques extrêmes, créent une forte pression migratoire. Le phénomène des migrations climatiques présente donc un aspect géopolitique en lien avec le contrôle des flux migratoires, le résultat ; des effets inévitables à la fois, sur les pays de départ et de destination².

Les réfugiés en Afrique; de la faim à la reconnaissance internationale :

L'agriculture est l'un des principaux secteurs économiques de l'Afrique qui se trouvent obligés de subir les conséquences des changements climatiques. Et ça se voit clairement en matière de déficit du système de la sécurité alimentaire³. Selon International Food Policy Research Institute, les changements climatiques ont des effets dévastateurs à la fois sur les systèmes économiques, sur les prix alimentaires, sur la productivité agricole, sur la demande alimentaire et sur le bien être humain en général⁴. Sur cette question, Kofi Annan a notamment déclaré, à la conférence de la FAO en 2011: « avec le problème du changement climatique, la sécurité alimentaire et nutritionnelle mondiale est l'enjeu de notre époque⁵ ». En avril 2016, lors de la signature de l'Accord du climat aux Nations unies, de nombreux chefs

¹ Oli Brown, « Migration et changements climatiques », Rapport de l'OIM, Genève, 2008.

“According to John Ashton, the UK's climate change envoy, “Massive migrations, particularly in the arid or semi-arid areas in which more than a third of the world's people live, will turn fragile states into failed states and increase the pressure on regional neighbors – a dynamic that is already apparent in Africa”. John Ashton & Tom Burke, (2005) “Climate change and global security”, www.opendemocracy.net, 21st April 2005, pp. 1-2

²Eugenia Ferragina et Désirée A.L. Quagliarotti Flux migratoires et environnement les migrants de l'environnement en méditerranée armand colin | « revue tiers monde » 2014/2 n° 218 p 203.

³ La sécurité alimentaire est un concept apparu dans les années 1970 pour caractériser une démarche de lutte contre un déficit calorique et un état de faim. Actuellement plus de 40% de la population mondiale est frappée par une forme ou une autre de malnutrition. in la sécurité alimentaire mondiale état des lieux et perspectives sous la direction de Jean Louis Rastoin et Christian Ferault L'Harmattan 2017 p 17.

⁴ IFPRI 2010 food security farming and climate to 2050 P 3-20

⁵ Kofi ANNAN, déclaration à l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2011. <http://www.fao.org/news/story/fr/item/80723/icode/>

d'États et de gouvernements ont fait part de leurs attentes et de leurs espoirs à propos des défis du changement climatique. Le ministre délégué chargé de la coopération internationale de Djibouti Mr Ahmed Ali Say, a ainsi déclaré: « dans moins d'un demi-siècle, il sera impossible pour l'être humain de survivre du fait des températures extrêmes causées par les gaz à effet de serre dans la région de l'Afrique de l'Est et au Moyen-Orient... Aussi, doit-on ancrer l'atténuation et l'adaptation aux changements climatiques au centre des actions visant à combattre la pauvreté dans tous nos pays. Pour les agences humanitaires, la sécheresse dont est victime la Corne de l'Afrique serait la pire depuis 60 ans et elle toucherait plus de 12 millions de personnes »¹.

Dans plusieurs régions des pays de l'Afrique, la pauvreté et la faim forcent les personnes qui en sont victimes à quitter leurs terres, leurs foyers et mêmes les frontières de leurs propres pays². Il est évident que la baisse de la production agricole à cause des effets du changement climatique entraîne l'insécurité alimentaire³. Et cela pourrait à son tour menacer la stabilité socio-économique des pays vulnérables, précisément en Afrique. En 2005, on assistait à un déplacement massif des Touaregs burkinabés du Sahel vers la capitale Ouagadougou. Aussi, depuis plusieurs années, de nombreux Touaregs

¹Après la signature « historique » de l'Accord sur le climat par 175 États, la « course contre la montre » de l'entrée en vigueur est lancée, déclare Ban Ki-Moon ENV/DEV/1659-L/T/444622 AVRIL 2016

<https://www.un.org/press/fr/2016/envdev1659.doc.htm>

² La faim selon J. de Castro l'ancien président du comité exécutif de la FAO est « l'exclusion, exclusion de la terre, du revenu, du travail, du salaire, de la vie et de la citoyenneté. Quand une personne arrive au point de plus avoir à manger, c'est que le tout le reste lui a été dénié. C'est une forme moderne, d'exil. C'est la mort dans la vie²» Christophe Golay la crise alimentaire mondiale et le droit à l'alimentation centre Europe tiers monde Genève Décembre 2008 p7

³ Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat dans son rapport (2014) :« les changements climatiques pourraient accroître de 20 % les risques de faim et de malnutrition d'ici à 2050 ». In Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. 2014. Changements climatiques 2014: Rapport de synthèse. Contribution des Groupes de travail I, II et III au 5ème rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. Équipe de rédaction, R.K. Pachauri et L.A. Meyer, eds. Genève. https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_fr.pdf.

maliens sont réfugiés ont fui et continuent de fuir la famine vers l'Algérie et la Mauritanie¹.

2.1 : réfugiés en Afrique : la faim comme cause du refuge:

Environ 34 pays des pays de l'Afrique, vivaient sous les effets d'une faim depuis 1990². Une faim accentuée dans plusieurs pays de l'Afrique subsaharienne par les conflits comme le Burundi, le Congo (RDC), Sierra Leone et le Liberia. Les victimes de la faim dans ces pays n'ont pas d'autres choix, que de quitter leur terre, ou leur pays³. Au Sénégal, les sécheresses ont entraîné une dégradation de la situation nutritionnelle en raison d'une réduction de la disponibilité de nourriture, et de la hausse des prix. Cette situation a rendu le Sénégal une importante zone de départ des migrants internationaux et aussi des déplacés internes⁴. Selon la fondation internationale OXFAM, l'impact le plus brutal du changement climatique sera l'accroissement du nombre des personnes souffrant de la famine et du manque dur d'aliments, surtout dans les pays pauvres. Et ajoute que les sécheresses répétitives qui touchent l'Afrique mettent en évidence l'ampleur des dégâts engendrés, et la difficulté pour les gens touchés de s'échapper de cette crise alimentaire⁵. Un autre exemple en Afrique, le Soudan du sud, sur

¹Saouda Aboubacrine « Les pasteurs du Sahel n'ont pas attendu pour agir » Actes de la conférence du 11 juin 2008 au Parlement européen. La conférence sur les « Migrations climatiques », organisée par le groupe des Verts/ALE au Parlement européen le 11 Juin 2008 p8

²Jean Ziegler et Christophe Golayles réfugiés de la faim, article publié in les migrations contraintes actes du colloque de Caen sous la direction de Catherine Amélie Chassin éditions Pedone Paris 2014 p 76.

³« L'insécurité alimentaire est demeurée une préoccupation majeure, touchant les populations déplacées de tout le continent. Depuis 2014, le nombre de réfugiés victimes des réductions de l'assistance alimentaire a fortement augmenté, passant de moins de 800 000 à environ 2 millions. Cette tendance à la hausse devrait se poursuivre, à moins que des financements suffisants ne deviennent disponibles. » Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire Comité permanent 68 e réunion 21 février 2017

⁴Aly Tandian variation environnementales, mobilité et stratégie d'adaptation au Sénégal in François GemeneHoutart migrations internationales : un enjeu nord-sud ? Alternatives Sud volume 22-2015/1 p 178.

⁵« Les réductions de rations alimentaires touchent le plus lourdement le Tchad, la République centrafricaine et le Soudan du Sud, avec des baisses de 50 à 60% affectant 449 516 réfugiés au total. 65 354 autres réfugiés sont touchés par des réductions de rations de 25 à 49% au Liberia et au Burkina Faso. Près de 9 900 réfugiés au Mozambique et au Ghana ont vu leurs rations baisser de 10 à 24%, tandis que 263 000 autres réfugiés en Mauritanie et en Ouganda ont

une population de 12,5 millions d'habitants, il y a 2 millions qui sont aujourd'hui reconnus comme réfugiés de la faim à l'étranger, dont 950 000 en Ouganda, ce qui a provoqué l'une des plus graves crises humanitaires actuelles dans le monde¹.

En 2016, on comptait plus de 100 millions de personnes confrontées à une situation d'insécurité alimentaire critique, contre 80 millions en 2015. Au début de 2017, l'état de famine a été déclaré dans un ensemble de pays Africains, et les alertes ont été émises concernant un risque de la famine surtout dans le nord-est du Nigéria, en Somalie². La même année, le rapport des Nations Unies sur l'état de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde, 19 pays dont 11 en Afrique se trouvaient en situation de crise alimentaire prolongée³.

Ces migrants alors, seront-ils être considérés comme des réfugiés de la faim ? En effet, le droit international des réfugiés ne considère pas la faim et les autres violations du droit à l'alimentation comme des fondements juridiques suffisants pour justifier que l'on fuie son pays, et que l'on bénéficie d'une protection internationale⁴. Malheureusement, on les considère encore

connu des réductions inférieures à 10% ». OXFAM 2014, crise alimentaire genre et résilience au Sahel rapport de recherche OXFAM pp 25-64.

Voir aussi Ron Redmond La faim, et des choix difficiles, pour les réfugiés luttant pour leur survie en Afrique. 01 juillet 2014

<https://www.unhcr.org/fr/news/stories/2014/7/53b2cadce/faim-choix-difficiles-refugies-luttant-survie-afrique.html>.

¹ Yan Pauchard les réfugiés de la faim reportage l'illustré 27/17 publié sur le lien https://www.eper.ch/sites/default/files/documents/2017-07/ArticleLlIllustre_refugies_Ouganda.pdf

² FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF. 2017. L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2017. Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire Rome, FAO p34.

³ FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF. 2017. L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2017. Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire Rome, FAO.

⁴ On exige remplir 6 critères pour être considéré comme réfugié, ils sont comme suit :

Se trouver hors des frontières de son pays.

Il doit courir un risque réel.

Le risque en question doit représenter une atteinte grave à l'être humain.

Cette atteinte résulte d'un défaut de protection de la part de l'Etat.

Le risque découle d'une atteinte à une forme protégée du statut civil ou politique.

La personne doit avoir besoin d'une protection et en être digne.

comme des hors-la loi, lorsqu'ils essayent de franchir les frontières de leur pays d'une manière irrégulière. Même s'ils subissent les effets d'une faim chronique et leur droit fondamental à l'alimentation a été violé. La plupart des temps, ils sont renvoyés par force, dès le moment qu'ils tombent dans les mains des autorités des pays d'accueil, même si leur vie est sous le risque de la famine¹.

Lorsque ces personnes, qui tentent d'échapper à la famine et à la faim, se déplacent à l'intérieur de leur pays, elles sont reconnues comme étant des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays². D'autres réussissent à traverser les frontières de leur pays d'origine, pour fuir la famine et chercher de nouvelles opportunités dans des pays développés. Ils militent pour une reconnaissance internationale, en essayant d'octroyer le statut de réfugié ; le début du chemin vers une protection et une intégration effective.

En Afrique, et dans d'autres régions du monde qui souffrent des effets du dérèglement climatique, est-il nécessaire de renforcer la protection juridique des personnes qui fuient la faim et les autres violations du droit à l'alimentation ? Peut-on les reconnaître sous le statut des réfugiés de la faim ? Et ainsi jouir d'une protection internationale -même temporaire-, et assurer qu'ils ne soient pas renvoyés dans leur pays où ils risquent de périr de

In le droit international de la migration sous la direction de Brian Opeskin, Richard Perruchoud, et Jillyanne Redaph-Cross éditions Yvon Blais 2014 p 217.

¹ « Il n'y a guère de différence entre quelqu'un qui risque de mourir parce qu'il n'a pas rien à manger et quelqu'un qui risque d'être exécuté arbitrairement en raison de ses opinions politiques » le haut-commissaire aux droits de l'homme, les droits de l'homme et les réfugiés fiche d'information N°20 1993.

« la faim est l'une des pires violations de la dignité humaine » (Koffi Annan 2002)

² Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays sont des personnes forcées ou contraintes à fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou causées par l'homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un Etat. Les personnes déplacées sont protégées en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme et des principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays (E/CN.4/1998/53/Add.2. annexe, 16 octobre 1998). Le principe 18 réaffirme le droit qu'ont les personnes déplacées à un niveau de vie suffisant et énonce qu'au minimum quelles que soient les circonstances et sans discrimination aucune, les autorités compétentes assureront notamment aux personnes déplacées l'accès à des aliments de base et à de l'eau potable.

faim ? C'est un pas vers le partage de responsabilité d'éradiquer la famine et la faim dans le monde entier.

La cause des réfugiés de la faim en Afrique a été déjà soulevée lors du forum social mondial des migrations à Madrid en juin 2006. Et aussi lors du forum social Africain à Bamako dans la même année, et au forum social mondial tenu à Nairobi en janvier 2007¹. C'était une occasion de dévoiler l'approche strictement policière avec laquelle l'Europe traite la question des réfugiés de la faim, en mettant l'accent sur un ensemble de sévices et des traitements inhumains et dégradants à l'égard de ces derniers.

Stipulé dans l'article 11 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels, et dans d'autres textes normatifs internationaux, la préservation du droit à une alimentation saine, est une obligation qui nécessite d'être respectée et garantie sans discrimination ou limitations territoriales.

Les gouvernements doivent accueillir les demandeurs d'asile², et accorder leur protection aux réfugiés selon les dispositions de la convention internationale du statut des réfugiés de 1951. Toutefois, le terme de réfugié est encadré conceptuellement selon la définition introduite dans ladite

¹ « Les moyens humains, financiers et technologiques que l'Europe des 25 déploie contre les flux migratoires africains sont en fait, ceux d'une guerre en bonne et due forme entre cette puissance mondiale et de jeunes africains sans défense issus de zones rurales et urbaines, dont les droits à l'éducation, à l'information économique, au travail et à l'alimentation sont bafoués dans leurs pays d'origine, en cours d'ajustement structurel. Victimes de décisions et de choix macroéconomiques dont ils ne sont nullement responsables, ils sont chassés, traqués, et humiliés lorsqu'ils tentent de chercher une issue dans l'émigration. Les morts, les blessés, et les handicapés des événements sanglants de Ceuta et Melilla en 2005, ainsi que les centaines de corps sans vie qui échouent sur les plages de la Mauritanie, des îles Canaries, de Lampedusa ou d'ailleurs, sont autant de naufragés de l'émigration forcée et criminalisée. » allocution de Mr Aminata Traoré, ancienne ministre de la culture du Mali aux journées commémoratives des événements de Ceuta et Melilla organisées sur le thème « mondialisation et migration africaine » le 29 septembre – 7 octobre 2006 à Bamako.

² Dans la sphère internationale trois types d'asile ont vu le jour :

L'asile religieux

L'asile territorial

L'asile diplomatique

Pour plus de détails à propos du concept de l'asile voir Khadija El Madmad asile et réfugiés dans les pays afro-arabes éditions Eddif 2002.

convention¹. Force est de constater, que l'évolution de la jurisprudence en Afrique a permis d'étendre la protection aux personnes qui fuient une situation de violence généralisée, une agression extérieure, un conflit interne, des violations massives des droits de l'homme ou d'autres événements qui perturbent gravement l'ordre public², et en premier lieu l'ordre public écologique. Et aussi grâce au mandat du haut-commissaire des nations unies pour les réfugiés qui a été élargi par l'assemblée générale afin qu'il couvre- en plus des réfugiés proprement définis au sein de la convention de Genève- les réfugiés qui se trouvent en dehors de leur pays d'origine ou de résidence habituelle et ne pouvant y retourner car des menaces graves pèsent sur leur

¹ Le réfugié est défini selon la convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés par celui « Qui, par suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner. » l'article 1. Cette convention est le principal instrument régissant la protection des réfugiés à laquelle 80% des pays se sont liés. In le droit international de la migration sous la direction de Brian Opeskin, Richard Perruchoud, et Jillyanne Redaph-Cross éditions Yvon Blais 2014 p 212.

² Article 1 de la Convention de l'Union Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique de 1969 : « 1. Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'applique à toute personne qui, craignant avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social et de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

2. Le terme "réfugié" s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité.

3. Dans le cas d'une personne qui a plusieurs nationalités, l'expression "du pays dont elle a la nationalité" vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité; on ne considère pas qu'une personne ne jouit pas de la protection du pays dont elle a la nationalité si, sans raisons valables, fondées sur une crainte justifiée, elle ne se réclame pas de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.... ».

vie, et leur liberté du fait d'une situation de violence généralisée d'événements perturbant gravement l'ordre public.

En réalité, on observe que la majorité des personnes en Afrique qui s'échappent de la faim vers l'Europe dans une grande partie, sont traitées comme des migrants économiques en situation irrégulière, et non pas comme des réfugiés selon les règles strictes de convention de Genève de 1951¹.

En règle générale, le déni d'accès aux aliments de base, et aux soins médicaux ne constitue pas une persécution². A cela s'ajoute, le manque d'élément d'individualisation, en effet, la convention de Genève portant sur la protection des réfugiés, se fonde sur l'existence de craintes personnelles de persécution. Toutefois, les migrations causées par la famine et la faim ne choisissent pas de cibler particulièrement tel individu ou telle communauté. Toute la population présente à ce moment-là, dans le même lieu, quel que soit leur religion, leur opinion politique, leur sexe...sera victimes de ces périodes de famine. Quant au persécuteur ; dans le cas des réfugiés de la faim, celui-ci n'est pas identifiable, puisque la violation du droit à l'alimentation, n'est pas causée par une action directe ou indirecte de l'Etat mais provient des vagues de sécheresse attribué au stress climatique en général.

Néanmoins, il faut souligner que les réfugiés de la faim en Afrique ne sont pas de simples migrants économiques qui choisissent avec leur plein gré s'ouvrir sur d'autres opportunités pour améliorer leurs conditions socio-économiques. Ils sont forcés de quitter leur foyer, leur terre, leur pays par nécessité et non pas par volonté. Il y en a même qui les qualifient de migrants environnementaux³.

¹ Selon leurs politiques migratoires et leurs dispositions juridiques.

² Il n'existe pas de définition universelle de la notion de persécution, moins de celle de crainte fondée de persécution au sens de la convention de Genève, il suffit de consulter le guide des critères à appliquer éditée par le haut commissariat des nations unies pour les réfugiés pour s'arrêter devant cette problématique. UNCHR, guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés, Genève, UNCHR 1992 rééd 2011 p13.

Voir aussi Chen shihaiminister of immigration and multiculturalaffairs 2000 HCA 19 13 avril 2000 p 29.

La protection des réfugiés en droit international sous la direction de Erika Feller, Volker Turk, et Frances Nicholson groupe de Boeck editionsLarcier 2008.

³ « On appelle migrants environnementaux les personnes ou groupes de personnes qui, essentiellement pour des raisons liées à un changement environnemental soudain ou progressif influant négativement sur leur vie ou leurs conditions de vie, sont contraintes de quitter leur

Il faut donc renforcer les mécanismes internationaux et nationaux de protection des personnes fuyant la faim, et les autres violations du droit à l'alimentation¹, en pensant à instaurer un nouveau texte juridique international contraignant à la lumière du droit international du droit de l'homme, du droit international humanitaire, et du droit international des réfugiés. Afin de garantir une protection à toutes les personnes essayant d'échapper à la faim, et aussi interdire leur expulsion².

2.1 : Réfugié climatique en Afrique un statut sans réalité formelle:

Ces dernières décennies, On recense presque 25 millions de réfugiés climatiques³, un chiffre qui doit être comparé à 22 millions de réfugiés

foyer habituel ou le quittent de leur propre initiative, temporairement ou définitivement, et qui, de ce fait, se déplacent à l'intérieur de leur pays ou en sortent. » – 94ème session du Conseil de l'OIM (2007)

¹ Dans une résolution sur le droit à l'alimentation adoptée par le conseil des droits de l'homme et l'assemblée générale qui prévoit qu'il faut « renforcer l'action menée au niveau national pour garantir le plein exercice et la pleine protection du droit à l'alimentation, ainsi que l'assistance internationale fournie à cette fin en coopération avec les pays concernés et à leur demande, et qu'il faut en particulier, mettre en place des mécanismes nationaux de protection à l'intention des personnes contraintes de quitter leur maison et leurs terres parce que la famine ou une situation d'urgence humanitaire compromet l'exercice de leur droit à l'alimentation. » résolution sur le droit à l'alimentation adoptée par le conseil des droits de l'homme le 21 mars 2013.

² A l'instar des droits des paysans qui sont définis actuellement au sein de la déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans. Il faut mentionner qu'en 19 novembre 2018, la troisième commission de l'Assemblée générale de l'ONU a voté en faveur de la « Déclaration sur les droits des paysans et autres personnes travaillant en zone rurale ». Cette déclaration valorisera la situation des paysans du monde entier, et notamment des pays en voie de développement, puisqu'elle leur reconnaît plusieurs droits à savoir le « droit à la terre », le « droit à l'eau » et le « droit à la souveraineté alimentaire » et le droit à être protégé contre les déplacements forcés, contre la pollution et contre la destruction des ressources hydriques.

³ En 1997, le HCR (Haut-Commissariat aux réfugiés) mentionne pour la première fois le réfugié climatique sans pour autant en fournir une définition. D'ailleurs, 12 ans plus tard aucune définition au niveau international n'a été émise, malgré le fait que selon les estimations des spécialistes environ 25 millions de personnes seraient concernées à ce jour par ce phénomène et que 200 millions le seront d'ici à 2050, selon les estimations proposées par le Professeur Myers et ses chiffres sont repris par le GIEC et le rapport de l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM).

Quant au terme de « réfugié climatique », il trouve son origine dans les années 80. Précisément, dans un rapport du programme des Nations Unies pour l'environnement, rédigé par Essam El Hinnawi, en 1985. Selon l'auteur, ils sont considérés comme réfugiés environnementaux « ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause

traditionnellement reconnus comme des réfugiés politiques. Ils sont localisés en Afrique subsaharienne, en particulier au Sahel et dans la Corne de l'Afrique. La notion de vulnérabilité peut être clairement repérée au cœur du terme du réfugié climatique, tel qu'il est précisé dans le statut du réfugié en droit international¹.

En Afrique, comme dans les autres continents, un ensemble d'obstacles viennent entraver la reconnaissance d'un statut de réfugié climatique universellement pris en considération. Premièrement, il paraît difficile d'accorder une crédibilité aux chiffres véhiculés. Selon le HCR, en 1995 il y avait déjà 500 millions de réfugiés climatiques, alors que la Banque Mondiale avance seulement 25 millions de personnes déplacées pour des causes environnementales en 1998. Deuxièmement, il semble très complexe de déterminer la raison première qui fait que les populations décident de migrer. Peut-on refuser le fait de se déplacer, lorsqu'il n'est plus possible économiquement de rester sur son territoire d'origine malgré les changements climatiques? S'il était possible pour les populations touchées par la désertification par exemple de rester sur leur lieu de vie, en s'adaptant avec d'autres modes de subsistance, ne choisiraient-elles pas néanmoins cette solution? Il est donc difficile de distinguer les migrations climatiques des autres types de migrations.

D'ailleurs, ces populations qui migrent pour des raisons climatiques, sont souvent considérées comme des « réfugiés de la misère »², lorsqu'elles viennent franchir les frontières de leurs pays. Car les déplacements pour des raisons écologiques s'effectuent souvent d'une manière interne. Alors, il va falloir encadrer juridiquement et théoriquement le réfugié ou le déplacé

d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie. Patrick Gonin p, Lassailly-Jacob V, « Les réfugiés de l'environnement, une nouvelle catégorie de migrants forcés », in Revue européenne de migrations internationales, Vol 18-n°2, 2002

¹ Luc Cambrézy Réfugiés et migrants en Afrique : quel statut pour quelle vulnérabilité? *Revue européenne des migrations internationales* [En ligne], vol. 23 - n°3 | 2007, mis en ligne le 01 décembre 2010, consulté le 30 septembre 2016. P 2.

² "Aujourd'hui, la notion de réfugié s'applique aux personnes persécutées ou victimes de violence, il n'y a aucune obligation d'accueillir ceux qui fuient la pauvreté. Qui, à l'avenir, va accueillir toute cette misère?", Jean-François Durieux, responsable du changement climatique au HCR, le Haut-Commissariat de l'ONU pour les réfugiés, la conférence de Copenhague sur les changements climatiques 2009.

climatique¹. Aussi, il n'y a aucune instance internationale qui dispose d'un mandat, ou de fonds permettant de venir en aide à ces populations vulnérables au climat. Donc, ces réfugiés sont considérés comme des « sans statut » et des « hors la loi »² selon Luc Cambrézy. Et la durée du déplacement ne cessera d'être prolongée dans ce genre de conditions, et les difficultés d'adaptation et d'intégration s'intensifieront. Par contre, à l'échelle continentale ou nationale, il est déjà possible d'agir, puisque les déplacements sont surtout internes³. Alors, c'est aux États de mettre en œuvre des politiques ou des programmes pour apporter des réponses effectives à de nombreuses questions ayant relation avec la reconnaissance, la protection et l'intégration de ces populations vulnérables au climat. La convention de 1969 de l'organisation de l'Union Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, élargit le statut du réfugié « sans qu'il soit nécessaire de démontrer une persécution individuelle ». Cet élargissement de la notion de réfugié pourra éviter la déresponsabilisation des États occidentaux face aux crises qui ne les touchent pas directement, et demeurent le premier acteur de leur déclenchement⁴.

En Afrique, le problème réside dans le fait que les zones les plus touchées par ces déplacements forcés de populations à cause du changement climatique se trouvent au sud, précisément dans les zones rurales⁵. Et par

¹ « ... une grande partie des migrants involontaires du monde en développement restent exclus du régime de protection des réfugiés, lorsque par exemple leur fuite a pour seule cause une catastrophe naturelle, une guerre ou des troubles politiques et économiques de grande ampleur. » in le droit international de la migration sous la direction de Brian Opeskin, Richard Perruchoud, et Jillyanne Redaph-Cross éditions Yvon Blais 2014 p 213.

² Luc Cambrézy Réfugiés et migrants en Afrique : quel statut pour quelle vulnérabilité ? Revue Européenne des migrations internationales vol. 23 - n°3 2007, P 6.

³ « la convention étant universelle, elle ne porte pas uniquement sur les motifs de persécution les plus couramment rencontrés dans les pays occidentaux... dans d'autres sociétés et dans le monde moderne la disparité des normes culturelles et des impératifs sociaux peut donner lieu à différentes causes de persécution ... le concept n'est pas statique, ni figé par une représentation historique. » Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique ouverte à la signature le 10 septembre 1969, entrée en vigueur le 20 juin 1974.

⁴ Claire Rodier externalisation du contrôle des flux migratoires : comment et avec qui l'Europe repousse ses frontières centre d'information et d'études sur les migrations internationales « migrations société » 2008/2 n° 116 p 105 à 122

⁵ « De plus, un grand nombre de réfugiés internationaux – au moins 30 pour cent au niveau mondial et plus de 80 pour cent en Afrique subsaharienne – vivent dans les zones rurales de

conséquent les Etats au sud n'ont pas forcément les moyens suffisants pour s'adapter face aux impacts de ces phénomènes climatiques.

Sur le plan juridique, il est nécessaire de s'interroger sur ce qui existe actuellement comme protection au niveau international. Tout d'abord, les textes normatifs existant en droit international relatifs à la protection des réfugiés reposent exclusivement sur la convention de Genève de 1951, et concerne seulement les réfugiés politiques¹. Alors, on peut mettre en évidence les limites actuelles de cette convention², qui est à la fois inadaptée, et dans l'incapacité de traiter et gérer la problématique des réfugiés climatiques³.

Parmi les réfugiés climatiques en Afrique, les éleveurs sont les plus représentés. Ce sont les populations les plus vulnérables aux changements climatiques; qu'elles soient liées à des projets d'aménagement du territoire (exemple des barrages), à la sécheresse ou à des faits de guerre. Pendant la sécheresse de 1983-1984, les Peuls nomades et les Touaregs du Niger ont abandonné leurs parcours habituels pour rechercher des pâturages vers les savanes du Sud peuplées d'agriculteurs, et avec lesquels ils entrèrent en conflit⁴. Les éleveurs deviennent donc, des réfugiés climatiques, lorsqu'ils sont forcés de mener des migrations pastorales forcées¹.

leurs pays d'accueil. » FAO. 2018. La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture 2018. Migrations, agriculture et développement rural. Rome. L'état du monde de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture p 8.

¹ Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951

² Selon Catherine Amélie Chassin le réfugié climatique est « un non-sens juridique ignoré à raison par la doctrine spécialisée ». Catherine Amélie Chassin l'appréhension juridique des migrations climatiques, article publié in les migrations contraintes Actes du colloque de Caen sous la direction de Catherine Amélie Chassin éditions Pedone Paris 2014 p 124.

³ Dans les pays Européens le statut des réfugiés n'est accordé qu'à 25% des demandeurs, et la convention de Genève de 1951 est parfois considérée comme inadaptée à une convention internationale qui s'est profondément modifiée depuis la guerre froide. Sous la direction de Bertrand Badie, Catherine Wihtol De Wenden le défi migratoire questions des relations internationales, collection le temps mondial presses de la fondation nationale des sciences politiques p 164.

⁴ Mette Bovin Nomades « sauvages » et paysans « civilisés » : WoDaaBe et Kanuri au Borno In: Journal des africanistes, 1985, tome 55, fascicule 1-2. Le worso. Mélanges offerts à Marguerite Dupire. pp. 53-74.

Le réfugié, selon les normes de la convention de Genève, est une personne forcée de quitter son pays par crainte d'être persécuté..... Quant au réfugié climatique, le risque d'être persécuté et, par extension, de craindre pour sa vie, ou celle de ses proches abrite une importante réserve. En effet, le risque ici, ne s'applique pas à des situations traditionnelles et bien précises; il faut avoir quitté son pays pour des raisons qui sont toutes immatérielles (religion, appartenance, opinions politiques, etc.). Ce qui exclut donc, du statut de réfugié les personnes qui ont quitté leur pays d'origine pour d'autres raisons que celles citées².

En Afrique, l'intensification des catastrophes naturelles et autres événements climatiques, fait planer de lourdes menaces sur les conditions de vie des populations des campagnes comme des villes. Leurs effets néfastes, contribueront à déséquilibrer la sécurité alimentaire des populations, et à l'élargissement de la pauvreté dans un continent qui court de hauts risques face aux variations climatiques.

Il est possible que la mobilisation face aux migrations climatiques, aide à mettre un visage humain, lors de la résolution du problème, qui oblige les communautés souffrant des impacts de la sécheresse, de la faim, et d'autres impacts du changement climatique, à se déplacer pour échapper aux effets à court et long terme de ce phénomène.

En effet, le stress climatique, ne cesse de jeter sur les routes des réfugiés par des nombres considérables, sans une réalité formelle, mais de

Voir aussi Retailé Denis. Le destin du pastoralisme nomade en Afrique. In: L'information géographique, volume 67, n°1, 2003. pp. 88- 102

¹ « Les éleveurs du Sahel sont devenus des éco-réfugiés lorsqu'en 1983- 84, période de grande sécheresse, ils furent contraints d'entreprendre des migrations pastorales forcées qui se sont traduites à la fois par un abandon définitif du territoire local et par la perte de l'activité d'élevage, expression de leur identité. Ces migrations de dernier recours ont touché les plus vulnérables et sont survenues lorsque toutes les solutions locales au problème alimentaire ont été épuisées. Aujourd'hui, la définition des migrations pour cause environnementale est réduite aux seules causes du réchauffement climatique, mais les chiffres avancés demeurent énormes. » In Lassailly-Jacob Véronique. Nouvelles dynamiques migratoires (New migration patterns). In: Bulletin de l'Association de géographes français, 87e année, 2010-1. 1960-2010 : 50 ans d'indépendances africaines. pp. 26-39;

² Luc Cambrézy Réfugiés et migrants en Afrique : quel statut pour quelle vulnérabilité ? *Revue européenne des migrations internationales* [En ligne], vol. 23 - n°3 | 2007, mis en ligne le 01 décembre 2010, consulté le 30 septembre 2016. P 3.

nombreux académiciens et chercheurs s'attachent à construire un statut particulier, et une définition proche de la réalité des victimes du climat¹.

Restreindre la définition du réfugié à ceux qui franchissent les frontières de leurs pays peut dans le futur entraîner une grave sous-estimation des nouvelles vagues de migration forcée, et en premier lieu la migration climatique. Les mesures qui permettent de mieux gérer le refuge climatique doivent se fonder sur l'élargissement du statut de réfugié², pour abriter les victimes des perturbations de l'ordre public écologique. Et mettre en œuvre des programmes d'adaptation dans les pays les plus touchés par les effets néfastes du changement climatique. Sans oublier d'humaniser la politique d'immigration, dans les pays les moins touchés par les effets du changement climatique.

Ainsi, la communauté internationale est appelée à coopérer pour trouver des solutions en faveur des migrants contraints de quitter leur pays d'origine à cause des effets néfastes du changement climatique. Et en prévoyant des options de réinstallation planifiée, dans les cas où il ne leur serait pas possible de s'adapter à la situation, ou de rentrer dans leur pays d'origine³.

Les autorités des pays de transit et des pays d'accueil, doivent distinguer entre les demandeurs d'asile écologique et les migrants «conventionnels», et assurer la sécurité et la dignité des migrants qui peuvent ne pas être considérés comme des réfugiés selon les critères de la Convention

¹ Luong Can Lien le réfugié climatique un défi politique et sanitaire l'Harmattan 2014.

Voir aussi Adrien Banwitiya Ntekangivers un nouveau droit international des réfugiés écologiques l'Harmattan 2014.

² En 2005, Janos Bogardi, Directeur de l'Institut universitaire des Nations Unies pour l'environnement et la sécurité humaine, a déclaré : « Il y a des craintes bien réelles de voir exploser le nombre de personnes fuyant des conditions environnementales intenable à mesure que se feront sentir les effets des changements climatiques et autres phénomènes partout dans le monde. Cette nouvelle catégorie de < réfugiés > doit trouver place dans les accords internationaux. Il nous faut mieux anticiper les exigences en matière de soutien, comme nous l'avons fait pour les personnes fuyant d'autres situations intenable ». . Université des Nations Unies, 2005, "As ranks of 'environmental refugees' swell worldwide, calls grow for better definition, recognition, support", Journée internationale de prévention des catastrophes naturelles des Nations Unies, 12 octobre 2005.

³ Conférence intergouvernementale chargée d'adopter le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières Marrakech (Maroc), 10 et 11 décembre 2018 Point 10 de l'ordre du jour provisoire.

de Genève, mais dont les droits humains n'en méritent pas moins d'être protégés. Comme l'a fait observer Amnesty International au cours d'une mission à Ceuta et Melilla : « Les réfugiés ont des droits clairement établis. L'Espagne comme le Maroc doivent respecter leurs obligations conformément aux normes internationales relatives à la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants. Ils doivent leur fournir des informations sur leurs droits, dont le droit d'avoir accès à des services de conseil juridique, de demander asile et de faire appel contre une décision d'asile négative, ainsi que de bénéficier des procédures et garanties administratives et judiciaires connexes » (Amnesty International, 2005)¹.

Pour faire face aux effets néfastes du changement climatique, les États d'Afrique, doivent investir dans des programmes qui facilitent l'atteinte des objectifs de développement durable (2015-2030), afin d'éliminer les facteurs et les problèmes structurels qui forcent les populations à quitter leurs pays d'origine. Le point de départ de toute initiative visant à réaliser ces objectifs, passe par l'éradication de la pauvreté, garantir le seuil de la sécurité alimentaire, et un niveau raisonnable d'éducation et de santé à tous, et investir dans le capital humain à travers une économie durable.

¹ Aderanti Adepoju Les défis liés aux flux migratoires pour le travail entre l'Afrique de l'Ouest et le Maghreb Organisation internationale du Travail 2006 Genève, Première édition 2006 P23

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT POSITIF TUNISIEN

Mohamed Abderraouf MOURIA

DOCTEUR en Droit Privé

*Enseignant à la Faculté des Sciences Juridiques,
politiques et Sociales de Tunis*

Après avoir été plongée dans les sphères de l'oubli, la théorie de l'imprévision refait irruption tel un phénix qui renaît de ses cendres, eu égard aux circonstances postrévolutionnaires : une instabilité économique chronique, la descente aux enfers du dinar tunisien, la flambée des prix, en bref, la fragilité du contexte dans lequel s'inscrivent les contrats conclus sous les auspices du droit tunisien qui s'insèrent dans un contexte mouvant¹. Les parties subissent les affres du temps qui se profile comme un milieu hétérogène. Le souci de la réalité établit fréquemment que, « pari sur l'avenir », le contrat subit « les meurtrissures du temps »². Plusieurs circonstances, non constatées au moment de la conclusion du contrat, peuvent intervenir et rendre son exécution plus difficile voire impossible. Cette difficulté est inaliénable à tous les contrats qui s'inscrivent sur la durée.

La question qui se pose, alors, est de savoir si le contrat doit être exécuté tel qu'il a été consenti aux dépens du débiteur sur lequel pèse la surcharge imprévue. M. Voirin décrit adroitement le problème : Faut-il abandonner à la ruine un contractant négligent qui a uniquement omis d'anticiper l'imprévu ? Ou alors loin de là ne doit-on pas observer que les obligations ne sont générées par les volontés individuelles qu'à condition de se placer dans le champ commun des prévisions humaines ; et que, si l'événement les surpasse de manière à rompre l'équilibre contractuel, le contrat est anéanti, ou du moins réaménagé par l'interprète qui en redore l'harmonie « en s'inspirant à la fois de l'intérêt général et des besoins de l'équité, conformément aux exigences méconnues de la règle de droit »³.

¹ Les contrats successifs s'exposent à plusieurs risques naturels, sociopolitiques, juridiques ou encore économiques.

² Durand (P), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J., 1960, préface p. 11.

³ Voirin (P), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 1922, p. 2.

« À risques exceptionnels, solutions exceptionnelles : on ne peut sans réflexion condamner à la ruine le débiteur qui, pour remplir ses obligations, est exposé à y faire face »¹. Dans certaines situations où l'exécution du contrat tel qu'initialement prévue s'avère excessivement injuste, un outrage à la justice contractuelle, il serait raisonnable que des instruments permettent à la partie victime de ces circonstances de s'en protéger. La théorie de l'imprévision a été élaborée pour répondre à ce type de besoin. Elle a été définie comme étant « une situation caractérisée par la survenance de circonstances exceptionnelles, imprévisibles et extérieures aux parties, ayant sur l'équilibre du contrat un effet de bouleversement tel que le débiteur de l'obligation, sans être dans l'impossibilité d'exécuter celle-ci, ne pourrait le faire sans s'exposer lui-même à la ruine, en tous cas un préjudice considérable »².

La théorie de l'imprévision recouvre cependant deux réalités, deux facettes du déséquilibre des prestations : l'exécution du contrat devenue excessivement onéreuse pour le débiteur de l'obligation ou rendue superflue pour le créancier. Comme le relève M. Fontaine, « des bouleversements [...] peuvent avoir altéré de manière fondamentale l'économie du contrat, le rendant totalement déséquilibré, voire même lui faisant perdre toute son utilité pour l'une ou l'autre des parties »³. C'est ainsi que, lorsque les juristes d'UNIDROIT se sont penchés sur la question de l'imprévision, ils ont choisi à l'article 6.2.2⁴ de ne pas seulement s'intéresser au débiteur en mauvaise posture, consacrant ainsi toute la signification et la portée légitime de la théorie : « la logique exige qu'à l'imprévision des pertes corresponde l'imprévision des bénéfices »⁵.

¹V. Darankoum (E.S), « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et les juges étatiques », *Thémis*, vol. 36, n° 2, 2002, p. 468.

² Delvolvé (J-L), « L'imprévision dans les contrats internationaux », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1989-1990, p. 150.

³ Fontaine (M), « Les contrats internationaux à long terme », in *Etudes en l'honneur de Roger Houin, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Paris, Dalloz Sirey, 1985, pp. 270-271.

⁴L'art. 6.2.2 des Principes dispose que : « Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ». [Nous soulignons].

⁵Voirin (P), *op. cit.* note 3, p. 24.

Certes, les parties sont en mesures de se prémunir contre le changement de circonstances au moyen de clauses appropriées. En effet, face à une imprévision sempiternelle, la pratique moderne des contrats économiques internationaux a forgé des clauses dites d'adaptation destinées à trouver le juste équilibre entre la sécurité juridique des rapports et l'équité. Néanmoins, il n'est pas exclu que les parties omettent d'insérer une clause de révision, par suite d'un oubli là où le commerce est routinier ou d'un manque de compétence. C'est là où la consécration légale d'un principe général de révision pour imprévision est décisive, en ce qu'elle permet au juge d'adapter le contrat à défaut de prévision contractuelle.

Malheureusement, le législateur tunisien ne consacre pas un principe de révision pour imprévision (I). Partant, lorsque le droit tunisien est applicable, soit à titre de loi d'autonomie, soit car désigné par une règle de conflit en l'absence de choix par les parties du droit applicable au fond, le juge ne saurait procéder à la révision du contrat à défaut d'une clause d'adaptation aménagée dans le contrat litigieux. Si le législateur tunisien ne consacre pas un principe général de révision pour imprévision, il n'en demeure pas moins qu'il tempère ce rejet, du moins ponctuellement (II).

I. Rejet d'un principe général de révision pour imprévision

« Qui dit contractuel, dit juste »¹, affirme M. Fouillée. Cette formule traduisant le principe dogmatique de la force obligatoire s'applique encore avec toute sa rigueur en droit positif tunisien. Aucun texte légal ne consacre de manière expresse la théorie de l'imprévision en droit tunisien (A). Par ailleurs, la jurisprudence tunisienne s'est montrée hostile à la consécration d'un principe de révision pour imprévision (B).

A. Le défaut d'une consécration légale

Pacta sunt servanda, aucune locution latine n'aura acquis la gloire et le pouvoir de ces quelques vocables traduisant le dogme de la force obligatoire des contrats. Mais aucun précepte n'aura suscité autant de controverses et de débats doctrinaux, spécialement « durant ce siècle de cyclones économiques, car, en arrière-plan de ces débats de prétoires, se déroulent de véritables drames humains, tels ces crédiérentiers mourant de faim devant leurs

¹ Fouillée (A), *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410, cité par Spitz (J-F), « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTD civ. 2007, pp. 281 et s., spéc. note 3.

débiteurs enrichis [...], [d]es situations dont la description s'avère sans fin éveillent un sentiment d'injustice que la simple compassion ne devrait pouvoir tarir »¹. Pourtant, l'univers juridique a fait longuement preuve de passivité et le droit s'est, en vertu du respect de l'autonomie de la volonté, principe corollaire à la force obligatoire, désintéressé des contractants affectés par les aléas du temps.

Dans cette conception traditionnelle, vouée au culte de l'immobilisme contractuel, la théorie de l'imprévision a été appréhendée « *comme une entreprise liberticide et une source d'insécurité* »² car « *elle heurte de plein fouet le dogme de l'immutabilité du contrat, réputé librement conclu et justement conçu* »³.

La règle *pacta sunt servanda* demeure ainsi dans quelques ordres juridiques un rempart inviolable, une forteresse contre laquelle se brisent tous les assauts visant à l'anéantir, pas même la théorie de l'imprévision n'a pu ébranler les colonnes du temple contractuel.

C'est ainsi que le droit tunisien, sous l'influence du code Napoléon, reproduit le principe selon lequel le contrat est la loi des parties⁴. Il transpose la maxime *pacta sunt servanda* traduite dans l'art. 242 du COC⁵ qui dispose que « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ». Ainsi, civil ou commercial, le contrat est censé appeler le même respect que la loi. Le contrat valablement formé est immuable. Il s'impose avec toute sa rigidité. Toute modification unilatérale est prohibée. Nul n'est en mesure de se départir de ses obligations sans que sa responsabilité ne soit engagée. Partant, l'acte passé ne peut être révoqué que par le biais d'un consentement mutuel à

¹Martin (S), « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », Les Cahiers de droit, vol. 34, n° 2, 1993, p. 601.

²Mazeaud (D), « Rapport Français : la révision du contrat », in *Travaux de l'association Henri Capitant - Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Sao Paulo : Le contrat*, t. LV, Paris, éd. SLC, 2009, p. 560.

³*Ibid.*

⁴Mezghani (A), *Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie*, IORT, 1981, p. 337.

⁵ Le décret portant promulgation du Code des Obligations et des Contrats en date du 15 décembre 1906 énonce essentiellement que son entrée en vigueur est fixée au 1er juin 1907 sans effet rétroactif.

moins qu'une clause de dédit n'ait été prévue auquel cas le désengagement unilatéral serait autorisé. De surcroît, le juge ne saurait en ce sens intervenir pour rétablir l'équilibre des prestations.

L'art. 242 du COC peut être rapproché de l'article 1134 du Code civil français qui dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Expression moderne de l'adage *pacta sunt servanda*¹, ce texte oblige les parties à exécuter ponctuellement le contrat, qui s'impose au même titre au juge qui ne peut le modifier².

Certains pays, comme le Québec ou la Belgique, partagent la même position de refus que la Tunisie. Le nouveau code civil québécois ne prévoit aucune disposition de portée générale consacrant la révision du contrat pour imprévision³, à l'image du code civil belge⁴.

Cette hostilité contraste avec la position défendue par quelques ordres juridiques favorables à l'imprévision contractuelle. Le droit italien, à travers son *code civil* de 1942, fut sans doute un des premiers à consacrer par une origine légale les premières assises de la théorie de l'imprévision, institution qui a eu des répercussions dans plusieurs législations postérieures⁵. Dans la section III concernant « *Dell'eccessiva onerosità* », il ressort de l'art. 1467⁶

¹ Roland (H) et Boyer (L), *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., Litec, 1992, n° 293-1.

² Mouralis (J-L), « Imprévision », Rép. civ. Dalloz, Septembre 2003, p.5, spéc. n° 17.

³ V. pour ce qui est du droit québécois, Baudouin (J-L), *Les obligations*, 4^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, pp. 423-427 ; Moisan (P), « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », Les Cahiers de droit, vol. 35, n° 2, 1994, p. 293.

⁴ V. Van Ommeslaghe (P), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., 2001, pp. 881-920.

⁵ Hinestrosa (F), « Rapport général : la révision du contrat », in *Travaux de l'association Henri Capitant - Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Sao Paulo : Le contrat*, t. LV, Paris, éd. SLC, 2009, p. 404.

⁶ L'art. 1467 du code civil italien dispose que : « *Dans les contrats à exécution continue ou périodique, c'est-à-dire à exécution différée, si la prestation d'une des deux parties est devenue trop onéreuse suite à des événements inattendus ou particuliers, la partie qui est concernée par cette prestation peut demander la résolution du contrat, avec les effets mentionnés dans l'art. 1458.*

La résolution ne peut être demandée si le caractère onéreux de cette prestation rentre dans l'aléa du contrat.

La partie contre laquelle est demandée la résolution du contrat peut éviter cette résolution offrant de changer équitablement les conditions du contrat ».

intitulé « *Contrat avec prestations équivalentes* » et 1468¹ intitulé « *Contrat avec obligations d'une seule partie* » que seuls les contrats à exécution successive peuvent faire l'objet d'une résolution ou d'une modification selon l'équité, en cas de survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse* ». Aucune révision n'est envisageable si le contrat est aléatoire.

Aussi, le *nouveau code civil néerlandais* accueille la théorie de l'imprévision à l'art. 6.258 al.1². À cette liste non exhaustive, s'ajoute le *code civil grec* qui la consacre à travers son art. 388³. Dans certains pays, elle est devenue incontournable et ne peut être écartée par la volonté des parties. Elle atteint son paroxysme dans des législations comme celles de l'Algérie (art. 107⁴ par la réforme de 1975), ou de l'Égypte (art. 147⁵ du *code civil égyptien*

¹ L'art. 1468 du code civil italien dispose que : « *Dans l'hypothèse prévue par l'article ci-dessus, s'il s'agit d'un contrat où une seule partie a contracté des obligations, celle-ci peut demander une réduction de sa prestation ou plutôt une modification dans les modalités d'exécution, suffisantes pour la ramener à l'équité* ».

² L'art. 6.258 al.1 du code civil néerlandais dispose que : « *Le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou en partie en raison des circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison ou de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif* ».

³ L'art. 388 du code civil grec dispose que : « *En cas de changement imprévu des circonstances dans le cadre d'un contrat synallagmatique, pour des raisons extraordinaires et imprévisibles, ayant rendu la contre-prestation excessivement onéreuse, le tribunal peut, à la demande du débiteur, ramener la contre-prestation à la mesure convenable ou décider de la résolution du contrat tout entier, ou dans sa partie non encore exécutée* ».

⁴ L'art. 107 du *code civil algérien* dispose que « [l]e contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi.

Il oblige le contractant, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.

Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une part exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle ».

⁵ L'art. 147 du *code civil égyptien* dispose que « [l]e contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou par les causes prévues par la loi.

de 1948) qui, tout en reconnaissant la révision pour imprévision, confèrent à cette disposition un caractère impératif¹.

L'hostilité du législateur tunisien à la théorie de l'imprévision fut corroborée par la jurisprudence étatique.

B. Une jurisprudence réfractaire à la révision judiciaire

Eu égard aux risques encourus par le contrat, la jurisprudence tunisienne affiche une rigueur perpétuelle et réfute toute révision judiciaire du contrat, l'autonomie de la volonté idéologiquement appariée à la force obligatoire.

La règle que les obligations légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites en vertu de l'art. 242 du COC acquiert ainsi une dimension générale et absolue². Elle s'adresse à la fois aux cocontractants, lesquels, créanciers ou débiteurs, doivent obligatoirement respecter leurs engagements, et au juge, lequel ne peut en modifier la teneur³. Bien que ce dernier soit habilité à interpréter le contrat lacunaire ou ambigu, il ne peut aucunement tenir compte du temps et des circonstances pour remanier la convention des parties. De surcroît, quoique le régime institué semble plus convenable au vu des circonstances récemment émergentes, le juge ne saura davantage, sous le prétexte d'une interprétation que le contrat n'exige pas, introduire dans l'exercice du droit préconstitué par les contractants des conditions nouvelles.

Toutefois, lorsque par une suite d'évènements exceptionnels, imprévisibles, et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, peut réajuster dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle ».

¹ Martin (S), art. préc. note 10, p. 602.

² V. en ce sens,

بلحاج جراد (أ)، القاضي المدني وتنفيذ العقد، أطروحة للإحراز على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008-2009، ص. 214: «وفي منطق محكمة التعقيب لازالت فكرة التصدي للتدخل القضائي لتعديل الالتزامات التعاقدية مهيمنة بسبب الترابط الأيديولوجيين سلطان الإرادة.

والقوة الملزمة للعقد والذي يجعل أحكام الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود تكثبي صبغة عامة ومطلقة».

³Ezzine (M), *La théorie générale des obligations : Le contrat*, t. 1, Tunis, 1993, p. 266 (en arabe).

C'est ainsi que la cour de cassation, dans un arrêt du 28 mai 2014¹, réaffirme solennellement la prépotence de la force obligatoire du contrat². Le demandeur en cassation a soutenu que le contrat est la loi des parties et qu'il ne peut être révoqué ou révisé unilatéralement par l'un des contractants ou par le juge, la modification de son contenu ne pouvant s'opérer que conjointement car l'aménagement des engagements réciproques commande d'exécuter le contrat eu égard au principe de bonne foi par application des articles 242 et 243 du COC³. La cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel en date du 9 octobre 2013 et octroie au demandeur gain de cause.

Cette directive est régulièrement réitérée par la cour de cassation⁴ et est confortée par les chambres réunies. Dans un arrêt du 21 octobre 1999⁵, elles certifient sans ambages que la force du contrat découle de la volonté libre des parties et que conséquemment le juge n'est pas apte à réviser l'acte qui les lie en prétendant que la justice et l'équité imposent une telle modification⁶.

¹ V. Annexe n° 1,

تع مدني عدد 10560، مؤرخ في 28 ماي 2014 (غير منشور).

² *Ibid.* En ses termes, la cour estime que :

«[...] طاهرة العقد شريعة الطرفين [...]».

³ *Ibid.* Le demandeur en cassation considère que :

«واضاف أن العقد شريعة الطرفين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما وليس لأحدهما أو للقاضي أن يتولى نقضه أو تعديله لأنه إذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجهيت فقمع ما يعرضه حسن النية حسب أحكام الفصلين 242 و 243 من م.إ.ج.».

⁴ V. aussi pour d'autres arrêts de la cour de cassation,

تع مدني عدد 3550، مؤرخ في 4 مارس 1941، نشرية محكمة التعقيب، 1960، عدد 9، ص. 152؛ تعمدني عدد 52، مؤرخ في 13 أفريل 1976، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص. 184؛ تعمدني عدد 4252، مؤرخ في 17 نوفمبر 1981، مجلة القضاء والتشريع، 1982، عدد 7، ص. 102؛ تعمدني عدد 6948، مؤرخ في 17 مارس 1983، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص. 209؛ تعمدني عدد 17957، مؤرخ في 5 فيفري 1991، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص. 242.

⁵ V. en ce sens,

تع مدني، الدوائر المجتمعة، عدد 52341، مؤرخ في 21 أكتوبر 1999، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1997-1998، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، 2000، ص. 217.

⁶ *Ibid.* p. 224, les chambres réunies considèrent que :

La cour de cassation a été devancée quatre décennies auparavant par la cour d'appel de Tunis relativement à la concomitance entre la rigueur contractuelle et l'autonomie de la volonté¹.

Contre vents et marrées, la tendance jurisprudentielle est demeurée inchangée. Comment justifier le choix du juge tunisien de privilégier la rigidité sur la flexibilité au risque de favoriser l'obsolescence du contrat au détriment de sa pérennité ? Les raisons qui amèneraient le juge tunisien à se féliciter de la solution retenue sont doubles.

D'une part, l'éviction est fondée sur le respect de la loi intangible du contrat : le fondement moral de la parole donnée. Dans une conception qui considère que la justice est réalisée par la volonté des contractants², ce déni solliciterait les parties à anticiper ce que le futur pourrait occasionner à l'équilibre du contrat. En effet, si le droit maintient avec tant de vigueur le principe dogmatique de la force obligatoire, ce n'est point qu'il méconnaît le déséquilibre dans la convention, qu'il renie le temps et ses effets ou qu'il réfute le principe de la révision du contrat pour imprévision. Plaçant pour des raisons de moralité et de sécurité juridique la volonté humaine en pierre d'angle de sa bâtisse, il refuse aux tiers toute faculté d'interférer dans l'édifice et réserve aux parties la liberté non seulement de conclure, mais aussi de réaménager leurs contrats³. Aux parties seules revient le soin de façonner le

«وحيث يستمد العقد قوته من الارادة الحرة لطرفيه وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد فلا يجوز تعديله من القاضي بدعوى أن التعديل تقتضيه العدالة والإنصاف».

V. dans le même sens,

تع مدني، الدوائر المجتمعة، عدد 52341، مؤرخ في 21 أكتوبر 1999، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1997-1998، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، 2000، ص. 241.

¹ V. dans ce cadre,

قرار إستئنافي مدني عدد 19798 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس، مؤرخ في 7 ديسمبر 1960، مجلة القضاء والتشريع 1961، عدد 1، ص. 21، ورد به أنه : «قواعد الالتزامات والعقود تضم قاعدة غير مكتوبة ولكنها مقبولة من الجميع وهي مبدأ إستقلال الإرادة».

² Mezghani (A), *op. cit.* note 13, p. 337.

³ V. Cabrillac (M), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1979, pp. 235 et s.

contrat en tenant compte des risques, c'est-à-dire en stipulant des mécanismes qui permettront d'en atténuer ou d'en éradiquer les effets et c'est l'art. 242 COC qui, tout « en interdisant au juge d'intervenir dans le contrat, incite les parties à organiser leur convention librement en tenant compte des aléas »¹. Le contrat doit être une emprise sur l'avenir².

D'autre part, « il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant dans l'exécution de la convention avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat, et mettrait en péril l'économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels»³. En effet, l'incompétence du juge en matière économique, la preuve fataliste d'un effet inflationniste⁴ (« la révision » appelle « la révision ») et le risque d'instabilité contractuelle chronique inhérent à son intervention en terre contractuelle⁵ semblent incompatibles avec la sécurité que le droit cherche à préserver.

L'austérité que témoigne la jurisprudence tunisienne à l'égard de la théorie de l'imprévision fut d'antan affichée par les juridictions françaises. La décision de la Cour de cassation dans l'Affaire *du canal de Crapone* fait autorité en la matière. Le principe suivant y fut énoncé : « [d]ans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour

¹Fabre (R), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1983, p. 5 ; V. aussi en ce sens Terré (F), Ph. Simler (Ph) et Y. Lequette (Y), *Droit civil : Les obligations*, D. 2002, p. 467, spéc. n° 471, note 51 : « L'absence de révision pour imprévision est préférable en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire ».

²Fabre (R), *Ibid.* p. 4

³Mazeaud (H.L.J) et Chabas (F), *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, t. 2, vol. 1, 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 1998, spéc. n° 730.

⁴« *Un argument économique voisin est aussi avancé : la perturbation qui résulterait d'une réaction en chaîne : pour le débiteur de l'indemnité d'imprévision, ce paiement est aussi imprévu et permettra à ce débiteur de demander en sa faveur le jeu de l'imprévision à l'égard de ses autres cocontractants* », Tallon (D), « Réflexions comparatives », in *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Rodière (R) (dir.), Paris, Pedone, 1986, p. 189 ; V. aussi sur l'effet inflationniste de l'intervention du juge : Colin (A) et Capitant (H), *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959, pp. 452-453

⁵Mazeaud (D), art. préc. note 11, p. 579.

modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants»¹.

Le ton est ainsi donné et le refrain est régulièrement chantonné par la Cour de cassation. Proclamé en 1876, « la sentence, aux allures de loi d'airain, est gravée depuis dans le marbre du droit français des contrats »². Le monde peut bien évoluer et se transmuier, le contrat doit donc rester immuable, inébranlable, pour la durée en vue de laquelle il est appelé à produire effet, insensible aux mutations et aux fluctuations, car « le contrat arrête l'histoire et permet une certitude »³.

En réalité, ce qui est mémorable, ce n'est point la plaidoirie de cette position mais la stabilité avec laquelle les juges de cassation l'ont réaffirmée depuis cette ère en dépit des résistances proférées par les juridictions du fond⁴ et de la mobilisation de la doctrine⁵ à opérer un revirement.

La Cour de cassation sanctionne toutes les tentatives équitables des juges du fond⁶. Elle l'a réaffirmé plus récemment à propos d'un marché à forfait : même si l'entrepreneur prouve que le jaillissement d'une multitude de charges additionnelles distinctes de ses décisions a bouleversé les conditions du marché, son prix ne peut être révisé parce que « *les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification du caractère forfaitaire du contrat* »⁷.

En somme, le juge ne peut donc pas réviser un contrat en dépit de l'altération de son équilibre contractuel, conséquence d'un changement hasardeux des circonstances ayant présidées à sa conclusion. Toute révision judiciaire est dès lors évincée, alors même qu'elle se présenterait

¹ Cass. civ. 6 mars 1876, D. 1876.1.193.

² Mazeaud (D), art. préc. note 11, p. 578, spéc. n° 24.

³ Germain (M), « Le juge classique », in *Le juge de l'économie*, RJC.2002, p. 19 cité par *Ibid.* p. 578, spéc. note 113.

⁴ CA Paris, 28 sept. 1976, JCP. G 1978, III, 18810, note Robert (J) ; TGI Paris, 16 nov. 1988, RTD civ. 1990, p. 275, obs. Mestre (J).

⁵ Jamin (Ch), « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Dr. et patri., mars 1998, p. 46.

⁶ Cass. com. 18 déc. 1979, n° 78-10.763, Bull. civ. IV, n° 339.

⁷ Cass. civ. 3^{ème}. 20 nov. 2002, n° 00-14.423, Bull. civ. III, n° 230 ; V. aussi en ce sens : Cass. civ. 6 juin 1921, DP 1921, Jurispr. p. 73, note X et rapp. Colin ; Cass. civ. 15 nov. 1933, S. 1934, 1, p. 33 ; Cass. com. 18 janv. 1950, Bull. civ. 1950, II, n° 26, p. 18, D. 1950, juris. p. 227 ; Cass. civ. 3^{ème}. 30 mai 1996, JCl. Contrats. conc. consom. 1996, comm. 185, obs. Leveneur (L).

invraisemblablement comme l'unique solution propice à sauver le contrat d'une inexécution inévitable et d'une rupture fatale¹. Ainsi, aussi longue que soit sa durée, l'évolution des circonstances n'en admet pas, hormis la volonté expresse des parties, la révision².

La rigueur avec laquelle cette règle a été consacrée doit-elle perdurer ou, à l'inverse, ne serait-il pas judicieux qu'elle soit modérée au vu de la tendance majoritaire affichée par les autres législations nationales favorables à une révision pour imprévision ?

II. Un rejet tempéré de la révision pour imprévision

Il est naturel de penser qu'au fil de si longues discussions, les termes du débat s'épurent. La question de l'imprévision ne doit-elle pas être reposée autrement en droit tunisien ? À vrai dire, les arguments en faveur de la théorie de l'imprévision sont multiples. En effet, « [l]e contrat n'est pas un chêne, mais un roseau qui doit pouvoir s'adapter, si besoin est, aux évolutions de la volonté des parties, qui ne saurait être immuable »³. Cette affirmation trouve assertion dans la relativité contemporaine de la force obligatoire des contrats et la notion de bonne foi. Aussi, la tendance législative et jurisprudentielle est vers l'admission d'un principe de révision pour imprévision. D'ailleurs, à y regarder de plus près, la propension est à la pondération du principe d'éviction, soit par la multiplication de cas spéciaux établis par le législateur (A), soit par une série de tempéraments exhibés par la jurisprudence au moyen de standards juridiques variés (B).

A. Les tempéraments légaux

« Fruits de ce que d'aucuns dénoncent comme le résultat d'un lobbying », de nombreux textes légaux prévoient des hypothèses particulières de révision en cas d'imprévision⁴. En droit positif tunisien⁵, certaines

¹ Mazeaud (D), art. préc. note 11, p. 578.

² Delvolvé (J-L), « Imprévision », Rép. intern. Dalloz, 1998, p.2, spéc. n° 6.

³ Thierry (J-B), « Favoriser l'investissement grâce au droit des contrats : l'exemple de l'imprévision », in *Investment rules under the national legislations and international agreements and their impact on the economic development in the UAE*, University of the United Arab Emirates, 19th International Conference of the Faculty of Law, Abu Dhabi, 25-27 avril 2011, p. 176.

⁴ *Ibid.* n° 16.

⁵ V. Ezzine (M), *La théorie générale des obligations : Le contrat*, t. 1, Tunis, 1993, p. 269 ; Kammoun (S), « Problématique d'un Etat émergent, la Tunisie et les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international », R JL 2008, p. 132.

dispositions permanentes consacrent ponctuellement la théorie de l'imprévision. Ainsi en est-il de l'art. 815 du COC qui dispose que : « Le preneur a droit à la remise ou à la répétition du prix si, après avoirensemencé, il perd complètement sa récolte pour une cause fortuite ou de force majeure non imputables à sa faute » ou partiellement « si la perte est supérieure à la moitié »¹.

Il en est de même pour l'art. 276 du code de droits réels² qui prévoit que : « Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou se sont détériorés de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance. Néanmoins, le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou les détériorations ne lui sont pas imputables »³.

On peut aussi citer l'art. 19 de la loi n° 76-35 du 18 février 1976, relative aux rapports entre propriétaires et locataires de locaux à usage d'habitation, de profession ou d'administration publique qui dispose qu' « en cas de reprise de mobilier prévue à l'art. 12, le loyer subira une diminution que le juge déterminera à défaut d'accord amiable »⁴.

Par ailleurs, il en est ainsi de l'art. 22 de la loi n° 77-37 du 25 mai 1977, réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal qui prévoit que : « le montant du loyer des baux à renouveler ou à réviser doit correspondre à la valeur locataire équitable [...] »⁵. Ainsi, le juge dispose en vertu de la loi de 1977 de larges pouvoirs pour réviser le montant du loyer. C'est d'ailleurs ce qui a été affirmé à maintes reprises par la cour de cassation. Elle établit que la révision du montant du loyer pour le rehausser ou l'abaisser est uniquement du ressort du juge saisi à cet effet⁶.

بلحاج جراد (أ)، الأطروحة السالفة الذكر، ص. 261.

¹ V. aussi les art. 619, 756, 813, 838, 840, 871, 973, 981, 982, 1010, 1092, 1103, 1143, 1144, 1288, 1347, 1387, 1400, 1411 du COC.

² Loi n° 65-5 du 12 février 1965 portant promulgation du code des droits réels.

³ V. également les art. 71 et 235 du même code.

⁴ V. en ce sens l'art. 7 de ladite loi.

⁵ V. aussi les art. 24 à 26 de ladite loi.

⁶ V. Annexes n° 2 et n° 3 respectivement,

En France aussi, les exceptions légales sont abondantes¹. Des mécanismes perpétuels de révision sont parfois aménagés avec un domaine d'application limité. De surcroît, diverses dispositions spéciales destinées à faire face à certaines formes de déséquilibre excessif dans les contrats s'y juxtaposent. En effet, eu égard à l'opulence des crises économiques consécutives aux deux guerres mondiales, le législateur a dû intervenir afin de prêter assistance aux contractants dont l'obligation était devenue excessivement onéreuse en autorisant la résiliation, la suspension ou la révision des contrats déséquilibrés. Les mesures prises dans cette perspective avaient un caractère temporaire. Il en est ainsi de la loi *Faillot* du 21 janvier 1918 qui permit au juge de résilier ou suspendre les marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant le 1^{er} août 1914 et portant sur des livraisons de marchandises ou de denrées ou sur des prestations successives ou à terme, à condition que l'exécution en soit devenue trop onéreuse pour l'une des parties². À côté de ces lois de circonstance, il existe, en droit positif français, certaines dispositions permanentes qui peuvent être rattachées à la théorie de l'imprévision. On peut à cet égard citer l'art. 1244 du *code civil* qui permet au juge de réviser les prévisions des parties en accordant au débiteur des délais de grâce ou encore les articles L. 145-33 et L. 145-34 du code de commerce, résultant de la codification du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 accordant au juge de larges pouvoirs de révision du contrat de bail à usage commercial ou industriel en lui permettant de modifier le montant du loyer³. Longtemps reniée par le législateur français, la théorie de l'imprévision a été consacrée. Initiée par la jurisprudence étatique et confortée par les divers projets de réforme, ce mouvement de longue date a été couronné par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui entrera en

تع مدني عدد 123، مؤرخ في 7 ماي 2014 (غير منشور)، «[...] وله وحده تقدير معين الكراء تجديد أو تعديله ترفيحاً وتخفيفاً [...]»؛ تع مدني عدد 11858، مؤرخ في 8 جويلية 2014 (غير منشور)، «[...] وينظر في تجديد العقد أو مراجعته أو تعديله طبق قانون الأكرية التجارية [...]».

¹ V. pour le droit français : Mouralis (J-L), art. préc. note 16, n° 35 au n° 64 ; Ghestin (J), Jamin (C) et Billiau (M), *op. cit.*, pp. 362-368 ; Voirin, *op. cit.* note 2, pp. 29 et s.

² Mouralis (J-L), art. préc. note 16, n° 37.

³ *Ibid.* n° 44 et s.

vigueur le 1^e octobre 2016. La théorie de l'imprévision a été introduite en droit civil français dans l'article 1195.

Au-delà de la multiplication des cas spéciaux établis par le législateur, il est un texte de portée générale qui constitue sans nul doute une source de choix pour introduire la théorie de l'imprévision. Il s'agit de l'art. 243 du COC et de l'obligation d'agir de bonne foi qu'il consacre. Il dispose que : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

À titre liminaire, il est seyant de préciser que la bonne foi « *une notion monolithique* »¹. Elle a plusieurs sens, ce qui laisse présupposer qu'elle n'intervient pas de la même façon et au même titre dans chacune de ses manifestations². Une classification a été proposée par le juriste belge Baert et a été reprise par les professeurs Massé³, Périelleux⁴ et Lefebvre⁵. Elle comprend quatre fonctions : une fonction interprétative, une fonction limitative, une fonction complétive et une fonction adaptative. Du cadre dans lequel la bonne foi s'insère dépendra la fonction qu'elle est appelée à accomplir. Afin d'en comprendre les tenants et aboutissants, un examen de ses diverses fonctions s'avère opportun. Or, pour les fins de l'exercice, seul la fonction adaptative retiendra particulièrement notre attention car elle illustre principalement la théorie de l'imprévision.

La bonne foi ne se limite pas à proposer au juge « un principe correcteur ou complémentaire du principe *pacta sunt servanda*, mais inspire de véritables règles, auxquelles un contenu précis est attribué »⁶. En effet, son rôle pourrait être accentué si, plutôt que d'être une notion approximative et

¹Lefebvre (B), « La bonne foi : notion protéiforme », R.D.U.S., vol. 26, 1996, p. 340.

²*Ibid.*

³ Masse (C), « La bonne foi dans l'exécution des contrats - Rapport Général », in *Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Louisianaises 1992 : La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, pp. 224 et s.

⁴Périelleux (J), « La bonne foi dans l'exécution des contrats - Rapport Belge », in *Id.*, pp. 243 et s., spéc. n° 11 et s.

⁵Lefebvre (B), *La bonne foi dans la formation des contrats*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 92 et s. ; Lefebvre (B), art. préc. note 64, pp. 340 et s.

⁶ Mayer (P), « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 550.

protéiforme, elle s'éleverait en tant que principe cardinal du droit du contrat, à parité avec la force obligatoire¹, un principe allégué à titre ponctuel, lorsque l'imprévision a rendu l'exécution du contrat un affront à la justice contractuelle². M. Goldman l'envisage même comme « de l'essence de la *lex mercatoria* »³, s'inscrivant, d'après lui, dans l'ordre public proprement international et écarterait à juste titre le droit étatique normalement applicable.

La fonction adaptative de la bonne foi s'articule autour de deux obligations fondamentales mises à la charge des parties : une coopération nécessaire et une concertation indispensable. La coopération, synonyme de collaboration⁴, suppose un « travail commun »⁵ des parties au contrat afin d'atteindre un objectif commun. Elle met à leur charge l'obligation d'aplanir réciproquement l'exécution du contrat. En effet, elles ne sauraient s'abriter derrière les termes de l'acte qui les lie pour en revendiquer l'exécution littérale dès lors que c'est l'esprit du contrat qui prime. Le contrat, en tant qu'œuvre conjointe, requiert pour une exécution optimale un comportement adéquat des deux parties⁶. Ainsi, « le principe de devoir de coopération [...] ne pourrait pas l'emporter sur le principe plus fondamental qui est l'obligation expresse contenue dans une convention, celle-ci étant l'expression directe de la volonté des parties. Le devoir de coopérer, un devoir non-contractuel, ne représentera qu'une mesure en vue d'équilibrer les effets d'une rupture des obligations contractuelles dont les effets risqueraient autrement de devenir trop lourds »⁷.

¹Tallon (D), art. préc. note 41, p. 189.

²*Ibid.*

³V. Goldman (B), « La *Lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », JDI 1979, pp. 475 et s.

⁴Cornu (G) (dir.), Association Henri Capitant (pub.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris, PUF, 2011, sous « coopération », p. 211.

⁵*Ibid.* sous « collaboration », p. 168.

⁶Accaoui Lorfing (P), *La Renégociation des Contrats Internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 114-115, spéc. n° 167.

⁷Jarvin (S), « L'obligation de coopérer de bonne foi : Exemples d'application au plan de l'arbitrage international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Institut du Droit et des pratiques des affaires internationales, CCI, pub. CCI n° 440-1, p. 164.

Si la bonne foi dans l'exécution du contrat impose aux parties une coopération nécessaire, elle met également à leur charge une indispensable concertation définie comme la « recherche en commun, par les personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives »¹. A ce titre, il est indispensable que les parties n'enveniment pas, d'une part, leur situation contractuelle prévalente et qu'elles s'efforcent, d'autre part, de solutionner raisonnablement la contrariété à l'origine du bouleversement drastique de l'équilibre contractuel².

La renégociation du contrat exige des parties d'adopter un tel comportement dynamique, seul à même de « tempérer les abus d'une conception trop totalitaire du principe de l'autonomie de la volonté »³. Cette attitude illustre au même titre une conception solidaire du rapport contractuel et se manifeste par des incidences palpables sur la mise en œuvre de l'obligation de renégociation. Il s'agit, d'une part, de l'obligation d'information comme outil préalable destiné à éluder l'altération des conditions d'exécution du contrat et , d'autre part, de l'obligation de modérer le dommage comme mode de gestion du bouleversement de l'économie contractuelle⁴.

La première sous-entend l'obligation des parties de s'aviser réciproquement de toutes circonstances susceptibles d'empêtrer l'exécution du contrat « afin de sauvegarder les relations commerciales si les circonstances le permettent »⁵. En effet, tel que l'atteste la pratique, nul ne doute qu'asservir un contractant à exécuter un acte déséquilibré est immoral. Cette partie, se sentant injustement malmenée, s'efforcera par tous les moyens à rechercher une échappatoire pour ne pas honorer ses engagements. « Plutôt que d'attiser la malhonnêteté et l'affrontement, sans doute est-il préférable de privilégier le dialogue, la transparence et la continuité qui devraient permettre une maximisation des intérêts des parties

¹Cornu (G) (dir.), *op. cit.* note 73, sous « concertation », p. 171.

²Accaoui Lorfing (P), *op. cit.* note 75, p. 117, spéc. n° 168.

³Masse (C), « La bonne foi dans l'exécution des contrats - Rapport Général », *op. cit.*, p. 228.

⁴Accaoui Lorfing (P), *op. cit.* note 75, pp. 119-120.

⁵Jarvin (S), « L'obligation de coopérer de bonne foi : Exemples d'application au plan de l'arbitrage international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Institut du Droit et des pratiques des affaires internationales, CCI, pub. CCI n° 440-1, p. 166.

aux contrats »¹. Cette affirmation est singulièrement vérifiée en matière de contrats internationaux où il est plus laborieux et plus coûteux « de faire valoir ses droits par le moyen de la sanction judiciaire »².

La deuxième fait naître à la charge des parties l'obligation de suivre une attitude dynamique propre à tempérer le dommage occasionné par le changement de circonstances³. Dans ce cadre, la renégociation du contrat se présente alors comme à la fois « un mode de gestion de l'altération fondamentale de l'équilibre contractuel et comme preuve de modération du dommage résultant de l'inexécution, ou de la mauvaise exécution ou de l'exécution déséquilibrée du contrat »⁴. En effet, la renégociation prime sur l'extinction du contrat qui serait susceptible d'être contournée si le créancier avait privilégié, par la renégociation, la sauvegarde de l'acte passé⁵.

Dès lors, « la bonne foi pourrait alors être aisément utilisée comme le principe justifiant une régulation sociale du contrat : le contrat vu comme un instrument de justice sociale entre les individus contractants aurait vocation à être révisé objectivement, au moins lorsqu'un déséquilibre important se fait jour »⁶. En effet, synonyme de fidélité contractuelle, la bonne foi commande « le maintien de la proportion voulue » (à l'origine), selon la loi de l'offre et de la demande, ce qui revient à remplacer « l'égalité à soi-même » par une « égalité à la chose (à l'échange de valeurs) »⁷, seule à même de garantir la justice sociale. *Pacta sunt servanda*, c'est convenu, mais *rebus sic stantibus* – les choses demeurant en l'état – et, si tel n'est pas le cas, le contrat doit être révisé. « La vraie fidélité est inventive : elle fait conspirer à la permanence (réelle) les hasards même de l'existence. Quel Apulée ou quel Ovide dépeindra ces Métamorphoses ? »⁸. Ainsi, bien des arguments militent pour l'admission,

¹Philippe (D), « La *clausula rebus sic stantibus* et la renégociation du contrat dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Liber amicorum*, Guy Keutgen, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 492 et s., spéc. Conclusions.

²*Ibid.*

³Accaoui Lorfing (P), *op. cit.* note 75, p. 124, spéc. n° 177.

⁴*Ibid.* p. 126, spéc. n° 180.

⁵*Ibid.* p. 125, spéc. n° 179.

⁶Bouthinon-Dumas (H), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », R.I.D.E. 2001/3, - t. XV, 3, p. 362.

⁷V. Trigeaud (J.-M), « Justice et fidélité dans les contrats », APD, vol. 28, 1983, Sirey, pp. 207 et s., cité par Tourneau (Ph) et Poumarède (M), « Bonne foi », Rép. civ. janvier 2009, spéc. n° 62.

⁸Tourneau (Ph) et Poumarède (M), *Ibid.*

d'une façon ou d'une autre, de la théorie de l'imprévision à travers la notion de la bonne foi.

C'est ainsi qu'à défaut d'un texte légal qui érige la révision du contrat par le juge en tant que principe général, la doctrine tunisienne moderne, au-devant de laquelle se positionne M. Hammouda, s'appuie sur l'art. 243 du COC pour introduire la théorie de l'imprévision en droit des contrats. D'emblée, une remarque préliminaire s'impose. La version arabe du texte¹ diffère sensiblement de la version française : l'exécution de « *bonne foi* » est l'expression désignée dans la version française. Or, dans la version arabe, la locution « مع تمام الأمانة » prévaut au lieu de « تنفيذ الإلتزام بحسن نية ». Le législateur a ainsi tenu compte de l'évolution historique de la bonne foi qui recouvre désormais l'exécution de l'obligation « مع تمام الأمانة »².

Par ailleurs, l'art. 243 puise dans deux sources d'inspiration : § 242 du BGB³ qui fait référence à la loyauté, la confiance et la fidélité, valeurs qui se rapprochent particulièrement de « الأمانة » et l'art. 1135 du *Code civil* français qui dispose que : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

La bonne foi que prône l'art. 243 constitue un gisement inépuisable et un outil offert à la discrétion du juge pour réviser l'obligation manifestement injuste. M. Hammouda incite en ce sens le juge tunisien à suivre le chemin tracé par son homologue allemand au lendemain du premier conflit mondial et la crise monétaire qu'il a engendré dans le cadre d'un système de lutte pour la revalorisation⁴.

La jurisprudence allemande a fait preuve de panache pour faire face aux difficultés engendrées par la fragilité du contexte monétaire. Elle s'est référée à l'exécution du contrat de bonne foi pour asseoir la théorie de l'imprévision.

¹ La version arabe de l'art. 243 dispose que :

« يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الاصناف حسب طبيعته. »

² Hamouda (M), « De l'exécution de bonne foi des obligations », in *Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 1032 (en arabe).

³ § 242 du BGB dispose que : « Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires », trad. de l'office de législation étrangère et de droit international, avec collaboration de Bufnoir, Gény, Hamel, Lyon-Caen, Saleilles et autres, Paris, 1929, L.G.D.J., cité par *Ibid.* note 39.

⁴ Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1099.

C'est ainsi que le Haut Tribunal allemand dans un arrêt en date du 28 novembre 1923¹ a établi que la dévaluation de la monnaie allemande a révélé une contradiction et non des moindres entre les dispositions monétaires et les dispositions légales et que l'obligation de bonne foi qu'institue § 242 du BGB prime au regard du changement imprévisible des données économiques.

La Commission de l'administration de l'association des juges du tribunal impérial est allée dans le même sens. En témoigne son arrêt du 8 janvier 1924² qui se réfère à § 242 du BGB et établit que le principe de bonne foi s'insère au-delà du droit spécial d'une part et du droit positif d'autre part et que, partant, aucun ordre juridique ne saurait méconnaître ce principe fondamental. Cette affirmation vaut également pour le législateur qui n'est pas apte de par sa volonté à outrepasser les conséquences qui découlent de la bonne foi.

Ce courant jurisprudentiel entérine la prééminence de la bonne foi sur quelques lois d'ordre public et garanti au même titre une souplesse contractuelle et une marge de manœuvre plus ample au juge³.

Ainsi, tel que l'atteste l'évolution de la jurisprudence allemande, l'admission de la théorie de l'imprévision sur la base de la bonne foi par la jurisprudence tunisienne est concevable. La crise économique qui a induit le juge allemand à opérer un tel revirement est également perceptible en Tunisie : la dépréciation de la monnaie tunisienne et l'instabilité économique croissante conjuguées au déclin des investissements étrangers et à une

¹ Haut tribunal. Civ. 5^{ème}. 28 novembre 1923, R.G. 1923, p. 88, « A la suite de l'effondrement du Mark-papier est apparue une contradiction entre les dispositions monétaires d'un côté et les dispositions légales d'un autre côté, qui voulaient prévenir que le débiteur soit en mesure d'échapper à ses obligations de manière incompatible avec les exigences de la bonne foi eu égard aux usages, c'est-à-dire avec la disposition du § 242 qui domine la vie juridique. Dans ce conflit, cette dernière règle doit avoir la primauté et les dispositions monétaires doivent reculer, car, comme il a été exposé lors de leur promulgation, la possibilité d'une telle chute de la monnaie (...) n'avait pas été envisagée, et leur maintien aveugle n'a pas été prévu dans un tel cas. En réalité, la législation du Reich a montré de plus en plus ces derniers temps qu'elle ne maintient plus le principe Mark sans aucune limite car on ne peut plus maintenir la loi monétaire, dans le sens d'une équivalence entre Mark-Or, face aux exigences de la vie économique et à l'influence du changement des relations économiques ».

²La Commission de l'administration de l'association des juges du tribunal impérial, 8 janvier 1924, R.G., 8 janvier 1924, p. 90.

³ Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1100.

menace terroriste perpétuelle n'astreignent-elles pas le juge tunisien à faire preuve de plus de flexibilité ?

D'autant plus, M. Hammouda considère que, conséquemment au principe de bonne foi, les parties sont tenues de renégocier le contrat déséquilibré en cas de survenance d'un changement drastique de circonstances même à défaut d'une clause de *hardship*¹. Assurément, la bonne foi est « une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »². Elle peut également être appréhendée comme l'expression d'un « *principe de cohérence* »³, rappelant aux parties que « s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement »⁴.

L'auteur s'attache également à ce que le juge intervienne pour réaménager les obligations si l'un des contractants refuse de coopérer avec l'autre pour rétablir l'unité économique du contrat⁵. En effet, en tant que standard juridique, la bonne foi se présente à la fois comme « une mesure moyenne de conduite sociale, susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée »⁶ et un outil habilitant le juge à réviser le contrat en cas d'échec des négociations par les parties. Ce standard est inventif et dynamique et commande au juge de se détacher de la stricte intention élémentaire des parties pour maintenir la véritable égalité, à faire prévaloir l'esprit du texte sur une application littérale du contrat et à préserver les intentions originales des parties et les équilibres auxquels elles étaient parvenues et ce en réinventant l'acte qui les lie⁷. « La sécurité

¹ *Ibid.* p. 1101.

² Lousouarn (Y), « Rapport de synthèse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Louisianaises 1992 : La bonne foi*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 12.

³ V. Houtcieff (D), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé, Université Paris 11, 2000.

⁴ Pothier (R.J), *De la vente*, Paris, 1825, n° 202, cité par Picod (Y), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP. G*, n° 6, 1998, I 3318, spéc. n° 1.

⁵ Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1101.

⁶ Al Sanhoury (A.A), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Gény*, t. II, p. 145.

⁷ Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1101,

«وتتناول تمام الأمانة من وجهة نظر حركية يوجب علينا أن لا نقصر النظر على واقع الالتزام وما انتهت إليه العلاقة بين

المتعاقدين قبيل التنفيذ بل يستوجب منا العناية بمستقبل الالتزام والمضي قدماً لسبر أغواره ومراعاة ملامته للتحويلات

juridique risque assurément d'en pâtir. Mais, d'une part, l'admission de l'imprévision, ouvrant droit à une révision du contrat, doit être exceptionnelle et soumise à de strictes conditions objectives »¹.

En définitive, la bonne foi peut insuffler une dynamique nouvelle à la force obligatoire. La mutabilité du contrat n'est pas une fin en soi mais un moyen pour préserver l'équilibre économique et social de l'opération. Elle ne peut desservir les intérêts légitimes des parties. Qui plus est, la solidarité contractuelle appelle à une lecture moins individualiste de l'art. 242 COC conjointement avec une approche objective de l'art. 243 du COC². Comme l'affirme M. Saleilles, « le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat »³. De la sorte, le juge sera en mesure de corriger l'injustice, compléter les déficiences, rectifier l'omission, adoucir la rigidité et assouplir le rapport contractuel afin que l'exécution de l'obligation ne soit pas le terrain de prédilection de la partie la plus forte au détriment de la partie faible mais un espace de coopération mutuelle⁴.

La jurisprudence a également atténué la rigueur avec laquelle la théorie de l'imprévision a été rejetée.

الطارفة لتأمين تواصله وضمن مصالح الطرفين المتعاقدين [...] وتغليب الروح على النص مردد إلى أن الروح نماء وحيية للالتزام بينما النص غالباً ما يكون مدعاة للاختلاف ومستقراً للنزاعات».

¹ Le Tourneau (Ph) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9^{ème} éd., Dalloz Action, 2012, n° 3703 ; V. aussi, *Ibid.* p. 1102.

² Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1108,

«وترتيباً على ذلك يمكن أن نعتد مبدأ الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة كمدخل لمراجعة تصور قراءتنا لمبدأ القوة الملزمة للعقد بناء على مجمل التحولات التي يشهدها قانون العقود. فمبدأ القوة الملزمة للعقد ليس غاية في حد ذاته ولكنه وسيلة في خدمة مصالح عليا هدفها تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي».

ويجب أن لا تحجب القوة الملزمة للعقد المصالح المشروعة لأحد المتعاقدين إذ أن فكرة التضامن تدعو لقراءة غير أنانية لأحكام الفصل 242 من م.إ.ع ومقاربة موضوعية وفاعلة للفصل 243 م.إ.ع».

³ Saleilles (R), *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 351, cité par Mazeaud (D), art. préc. note 11, p. 571, spéc. note 86.

⁴ Hamouda (M), art. préc. note 91, p. 1108,

«وتبجح للقاضي عبر آلية تمام الأمانة أن يصحح الحيف وأن يتم النقص وأن يتدارك السهو وأن يلطف الشدة ويدخل المرونة على العلاقة العقدية حتى لا يكون الوفاء بالالتزام حلبة نزاع الغلبة فيها للأقوى بل فضاء للمدنية والتحضر».

B. Les tempéraments jurisprudentiels

En droit tunisien, la cour de cassation par un arrêt rendu le 28 Avril 1994¹ a permis la révision de la clause pénale². Elle estime qu' : « attendu qu'il ressort de ce qui précède que la clause pénale, quoique le fruit de l'accord des parties, ne doit pas déroger aux règles de justice et d'équité et ne peut devenir un instrument de domination de la partie la plus forte au contrat sur la partie faible pour réaliser aisément des gains et s'enrichir sans cause [...] »³.

Cette tendance a été confortée par un arrêt de la cour de cassation en date du 31 Janvier 2001⁴. Elle a établi que la révision du montant de la clause pénale par le juge est en corrélation avec l'art. 278 COC afin que l'évaluation du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle corresponde, d'une part, au montant édicté par la présente clause eu égard aux fondements de justice et d'équité et de manière à ce qu'il n'y ait pas, d'autre part, d'enrichissement sans cause⁵.

¹ V.

تع مدني عدد 42624، مؤرخ في 28 أفريل 1994، المجلة القانونية التونسية 1996، ص. 231، تعليق بنعمو (ن).

² « Une clause pénale est la clause par laquelle les parties évaluent par avance et forfaitairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'un engagement ou, plus rarement, la clause qui, en cas d'inexécution du contrat, oblige le débiteur à l'exécution d'une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent », Pimont (S), « Clause pénale », Rép. civ., Avril 2010, spéc. n° 1.

³ En ses termes :

«وحيث يستخلص مما سبق أن الشرط التفريمي، ولئن كان ثمرة اتفاق الطرفين، فإنه ينبغي ألا يحيد عن قواعد العدل والإنصاف وألا ينقلب إلى أداة لتكريس هيمنة الطرف الأقوى في العقد على الجانب الضعيف فيه ولتحقيق الربح السهل والإثراء دون سبب [...]».

V. Rekik (N), « Les clauses abusives et la protection du consommateur », E.J., n° 7, 2000, pp. 151-152; Bag Bag (M), « De la possible réception de la notion de clause pénale par le code des obligations et des contrats », RTD 1998, p. 54; Cabrillac (R) et Ben Fadhel (O), *Introduction au droit des affaires : Abrégé de droit tunisien des obligations contractuelles*, CPU, 2006, p. 240.

⁴ V. Annexe n° 4,

تع مدني عدد 4077، مؤرخ في 31 جانفي 2001 (غير منشور).

⁵ *Ibid.* La cour estime en ses termes que :

«وحيث أن تخويل محكمة الأساس صلاحية تعديل هذا الشرط حسب كل قضية بما لها من مطلق الإجتهد بما يجعل التقدير مساوياً للضرر يكون في وثام مع مقتضيات الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود حتى تحصل المعادلة بين الضرر وما يلزم

Ainsi, lorsque l'évaluation conventionnelle du préjudice prévisible est démesurée comparé au dommage réel, soit parce que les prévisions des parties se sont avérées erronées, soit en raison de l'avènement de circonstances imprévues, soit parce que l'une des parties a usé à mauvais escient de sa position dominante, il serait opportun que le juge puisse intervenir pour réviser le montant de la clause pénale en tenant compte de l'équité. Ce contrôle peut l'amener soit à augmenter l'indemnité conventionnelle dérisoire, soit à la diminuer si elle outrancière¹.

Néanmoins, de là à inférer de ce rejet tempéré la reconnaissance d'un principe général de révision pour imprévision, c'est trop dire. L'application dogmatique de la force obligation ne s'est pas encore éclipsée. La réception du principe mijote à feu doux. La jurisprudence tunisienne demeure impassible, inerte, inébranlable ... Aucune évolution ne semble se profiler à l'horizon alors même que le contexte juridique international et l'instabilité économique que traverse la Tunisie imposent un tel revirement. On comprend mal pourquoi les juges tunisiens qui, dans le souci de sauvegarder l'équilibre contractuel, ont tant fait preuve d'ingéniosité pour réviser les clauses pénales n'arrivent-ils pas à utiliser la même dextérité dans les situations d'imprévision pour rétablir l'unité économique du contrat².

Il est plus que nécessaire que la jurisprudence tunisienne opère un revirement et amorce la reconnaissance d'un principe général de révision pour imprévision pour inciter à la réforme du droit des contrats, comme ce fut le cas en droit français. Dans un premier temps, la Cour de cassation française, s'inspirant de l'expérience judiciaire allemande, s'est fondée sur la notion de bonne foi. Le premier arrêt généralement cité à l'appui d'une position favorable des tribunaux civils français à l'adaptation du contrat est celui rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 25 février 1992³. Il s'agissait, en l'espèce, d'une salariée qui a été démise de ses fonctions car le poste

لرفعه ويبنى التعويض على أساس يراعى فيه العدل والإنصاف حتى لا يؤدي الأمر إلى حصول إثراء بدون سبب لفائدة طالب التعويض ولا إنتقاص بدون سبب في مال المتسبب للضرر لما بين الحالتين من التلازم.

¹Loksaier (F), « La clause pénale en droit tunisien », E.J., n° 7, 2000, p. 105.

²UlloaMaureira (N), « Introduction du Concept Américain de Contrats Incomplets en Droit Civil Français », Global JuristTopics, vol. 4, n° 3, 2004, p. 31.

³Cass. soc. n° 89-41634. 25 février 1992. D. 1992, pp. 390 et s., note Defossez (M) ; RTD civ. 1992, p. 760, obs. Mestre (J) sous « Une bonne foi décidément très exigeante ».

qu'elle occupait a été supprimé. Or, dix jours plus tard, une autre personne a été embauchée par son employeur dans un poste qu'elle aurait pu occuper. La chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel ayant considéré le licenciement comme abusif et admet au même titre la nécessité de la suppression de poste¹. En revanche, elle pose le principe selon lequel « l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ». Dans ses observations sous l'arrêt précité, M. Mestre note que « force est de constater que l'exigence de bonne foi est toujours plus intense et que, gagnant à présent le terrain de l'adaptation du contrat, elle pourrait peut-être demain fonder une obligation de négocier la révision du contrat en cas d'imprévision »². Dans la même lignée, on peut citer, sans être exhaustif, l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 16 mars 2004³ et l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007⁴, tous deux révélateurs de la volonté du juge de prendre en compte l'incidence de l'instabilité économique chronique sur l'exécution du contrat en imposant une renégociation de bonne foi afin d'en restaurer l'équilibre initial.

Dans un second temps, c'est sur la notion de cause que la Cour de cassation a apprécié l'utilité économique du contrat pour déduire son éventuelle caducité. En atteste l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2010⁵,

¹V. en ce sens Stoffel-Munck (Ph), *op. cit.*, pp. 138-139, spéc. n° 254.

²V. Mestre (J), « Une bonne foi décidément très exigeante », *op. cit.*, p. 760.

³Cass. civ. 1^{ère}, n° 01-15.804, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud sous « Le déséquilibre contractuel existant dès la formation du contrat n'autorise pas une rupture unilatérale du contrat » ; RTD civ. 2004, p. 290, obs. Mestre (J) et Fages (B) sous « Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques » » ; V. aussi en ce sens Accaoui Lorfing (P), *op. cit.*, pp. 147-148, spéc. n° 216.

⁴CA. Nancy. 2^{ème}. 26 septembre 2007, D. 2008, pp. 1120 et s., note Boutonnet (M) sous « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre » ; R.D.C. 2008, p. 738, note Mazeaud (D) sous « Renégociation du contrat » et p. 759, note Carval (S) sous « Obligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances » ; RTD civ. 2008, p. 295, note Fages (B) sous « Invitation judiciaire à adapter le contrat » ; Pour une analyse de la sentence, V. aussi, Thibierge (L), *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse, Paris, Economica, 2011, p. 231.

⁵Cass. com. n° 09-37369, 29 juin 2010, Société d'exploitation de chauffage c. Société Soffimat, D. 2010, pp. 2481 et s., note Mazeaud (D) sous « L'arrêt Canal « moins » ? » ; D. 2010, pp. 2485 et s., note Genicon (T) sous « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? » ; RTD civ. 2010, p. 782, obs. Fages (B) sous « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances

abondamment commenté tant son impact semble indéniable sur la consécration d'un principe général de révision pour imprévision en droit français. La cour estime qu' « Attendant qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de la signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». En d'autres termes, la Cour considère que l'évolution des circonstances économiques peut priver de cause l'engagement initialement souscrit du débiteur, lequel n'aurait alors plus intérêt à l'exécution du contrat, entraînant par la même sa caducité.

On constate ainsi que la Cour de cassation a eu recours, d'une part, à la notion de bonne foi pour admettre une obligation de renégociation du contrat déséquilibré et, d'autre part, à la notion de cause comme instrument d'anéantissement du contrat. Quel que soit la portée de ces deux tendances, elles semblent traduire l'évolution de la jurisprudence vers l'admission de la théorie de l'imprévision. Longtemps reniée par le législateur français, la théorie de l'imprévision est finalement en passe d'être consacrée sous peu. Initiée par la jurisprudence étatique et confortée par les divers projets de réforme, ce mouvement de longue date a été couronné par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016. La théorie de l'imprévision sera introduite en droit civil français dans l'article 1995 nouveau. Plutôt que de rester inerte, le juge tunisien doit s'armer de courage et d'abnégation pour inciter le législateur tunisien à introduire la théorie de l'imprévision.

économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés?»; R.D.C. 2011, p. 34, note Savaux (E) sous « Frémissement en matière d'imprévision »; LPA, n° 256, 2010, pp. 7 et s., note Choné (A.-S) sous « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas ».

Conclusion

On espère que la mouvance du droit français vers la consécration de la théorie de l'imprévision incite le législateur tunisien à faire de même. En effet, comment favoriser les intérêts d'une seule des parties au motif que ses espérances légitimes s'insèrent dans le champ contractuel, alors que la partie débitrice est confrontée à des circonstances imprévues qui desservent l'exécution satisfaisante des prestations contractuelles¹ ?

D'ailleurs, la vision traditionnelle de l'adage *pacta sunt servandane* cesse d'être dénoncée « par les chantres de l'équité et de la justice contractuelle »² qui considèrent que l'application *stricto sensu* de la convention des parties semble inappropriée doublement. D'une part, ni la sécurité juridique des transactions ni l'autonomie de la volonté ne sauraient conduire l'un des contractants à subir, sans possibilité de réagir, une situation excessivement déséquilibrée, auquel cas il serait possible « de conclure à la dictature contractuelle d'une volonté obsolète »³. D'autre part, l'insécurité est générée non pas par la révision du contrat mais suite au bouleversement des circonstances économiques dans lesquelles il s'insère. « Ce fait une fois acquis, on n'y remédie pas par l'intangibilité du contrat dans une instabilité générale. Un réajustement a plus de chances de contribuer au rétablissement de la sécurité, en créant les conditions d'un nouvel équilibre »⁴.

En définitive, « la théorie générale du contrat doit accepter de faire sa mue, d'entrer en contradiction avec elle-même, si elle veut continuer à fédérer le droit des obligations contractuelles et demeurer sa matrice »⁵. La défense et la promotion de nouvelles valeurs contractuelles que sont la proportionnalité et la pérennité semblent constituer une incitation des plus grandes pour revoir le principe de la force obligatoire sous un nouvel angle et admettre par la même un principe général de révision pour imprévision devant le juge.

¹ V. Fauvarque-Cosson (B), « Le changement de circonstances », in *Durées et contrats*, R.D.C. 2004, pp. 67 et s. ; Ancel (P), « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Jamin (C) et Mazeaud (D) (dir.), Paris, Dalloz, 2003, pp. 163 et s.

² Mazeaud (D), art. préc. note 11, p. 560.

³ Tabi Tabi (G), art. précité, pp. 616-617 ; V. en ce sens, Ancel (P), art. précité, p. 163.

⁴ Flour (J) et Aubert (J-L), *Les obligations : L'acte juridique*, t.1, 6^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 1994, n° 418.

⁵ Tabi Tabi (G), « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, 2012, p. 617.