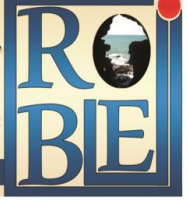


المديرالمسؤول:  
د. حميد اليسيقي

بمبادرة  
RAL BOUGHAZ  
Revue des Etudes  
Juridiques et Judiciaires

مجلة محكمة دورية صادرة باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية والإسبانية



رئيس التحرير: خليل اللواح

العدد 5  
ماي 2020

## دواست

### ❖ افتتاحية العدد : النموذج التنموي الجديد واستشراف المرحلة

#### ❖ المحور الأول: جائحة كورونا: آثار وأفاق

- ❖ آثار القوانين الاستثنائية بسبب جائحة كورونا على حقوق المواطن
- ❖ ملامح نموذج مغرب ما بعد أزمة كورونا
- ❖ أثر جائحة كورونا على عقود الشغل الفردية
- ❖ إجراءات سير مرفق القضاء زمن الطوارئ الصحية في المغرب

#### ❖ المحور الثاني: الأمن العقاري

- ❖ انتقال الملكية العقارية بالإرادة المنفردة
- ❖ نجاعة العقود التوثيقية العدلية في نظام التحفيظ العقاري
- ❖ الاستثمار في الأموال العقارية الوقفية العامة، " الكراء نموذجاً"
- ❖ ازدواجية النظام العقاري وإشكالية الاستثمار بالمغرب
- ❖ الحماية الجنائية للحيازة العقارية ودورها في تكريس العدالة العقارية
- ❖ توجهات القضاء الإداري حول ألية الطعن في قرار التحفيظ العقاري

#### ❖ المحور الثالث: آليات حماية الأمن القانوني والحقوق

- ❖ الحماية الدولية للمهاجرين غير النظاميين بين الحق في التنقل ومبدأ السيادة
- ❖ تعدد الزوجات بين التقبيد والمنع
- ❖ حماية المدين من الشروط التعسفية في القروض العقارية
- ❖ الإنتربول ودوره في مكافحة الجريمة المنظمة
- ❖ القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة

#### ❖ المحور الرابع: التحول التدريجي

- ❖ تأهيل الإطار البشري دعامة لنجاعة التحول الديمقراطي في الجزائر: "مبدأ المشاركة نموذجاً"
- ❖ حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رؤساء الجماعات الترابية، دراسة مقارنة.
- ❖ التدبير الحديث للنفقات العمومية المتمحور حول النتائج

#### ❖ المحور الخامس: الإثبات في المادة الجنائية وإشكالية التنفيذ

- ❖ الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي
- ❖ الإثبات بالاعتراف في الميدان الجزري: بين الحجية والنسبية
- ❖ إشكالية تنفيذ الحكم القاضي بارجاع الحالة إلى ما كانت عليه
- ❖ المحددات النظرية لمفهوم الإثبات في المادة الجنائية

- د. عبد الرحيم رضاي
- د. محمد أنس ولد محمد فال
- د. لبي السباعي
- د. عبد الحميد المليحي

Le Directeur Responsable :  
Dr. HAMID EL YASSASFI



Editeur : Dr. KHALIL LOUAH

ETUDES

Numéro 5  
Mai 2020

- ❖ ETUDES
- ❖ La caducité des actes juridiques, une notion à « exhumer »      Younes LABIQI
- ❖ La sécurité juridique de l'eau au Maroc dans le cadre de la loi 36.15      Om Kaltoum Beni Laabassi



## مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 2019PE0061  
ردمد

: 2658-8005

ملف الصحافة : 2019/04 جريدة

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](http://www.darassalam.ma)

البريد الإلكتروني: [Contact@darassalam.ma](mailto:Contact@darassalam.ma)

[lib.darassalm@yahoo.fr](mailto:lib.darassalm@yahoo.fr)

الطبع : Edition Dar Assalam- Rabat  
Rue Siam n°6 Diour Jamaa – Rabat

معلومات مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

العنوان الإلكتروني للمجلة : [revuebejj@gmail.com](mailto:revuebejj@gmail.com)

الهاتف : 0660341986

ملحوظة :

تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة، جميع الحقوق محفوظة  
2020 لمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية.

## اللجنة العلمية

الدكتور حسن بداوي	الدكتورة جميلة لعماري	الدكتور محمد العمراني بوخبزة
الدكتور محمد منوة	الدكتور إبراهيم الهراوة	الدكتور عبد الكبير يحييا
الدكتور مراد كواشي	الدكتورة سعاد حميدي	الدكتور نور الدين الداودي
الدكتورة حنان الصرصري	الدكتور أمين أعزان	الدكتور ادريس جردان
الدكتور عادل المعروفي	الدكتورة فاطمة الزهراء العلاوي	الدكتور عبد اللطيف الشنتوف
الدكتورة لبنى السباعي	الدكتور أحمد وجدي	الدكتور عبد الجبار المراكثي
الدكتور محمد الحراق	الدكتور مبروك كاهي	الدكتور محمد لشقار
الدكتور عبد الله السفنياني	الدكتورة بهيجة فردوس	الدكتور جلال الغازي
الدكتورة ليلى احمياني	الدكتور مصطفى الغشام الشعبي	الدكتورة عائشة أبرشان
الدكتور مصطفى الطايل	الدكتورة مريم الطاشي	الدكتور ابراهيم اشويعر
الأستاذ أنوار الكنوني	الدكتورة لبنى الغومرتي	الدكتور عبد العالي الجيدي
الأستاذ زهير الحوزي		الدكتور عبد اللطيف الكلي

## قواعد النشر بالمجلة

- (1) أن تكون المساهمة ذو طبيعة قانونية، سياسية، قضائية، فقهية؛
- (2) أن تنضبط للقواعد النحوية واللغوية؛
- (3) أن تحترم منهجية البحث العلمي وأمانة التوثيق؛
- (4) أن تكون محررة بصيغة Word بالخط Times New Roman؛
- (5) أن ترفق بالسيرة الذاتية للباحث متضمنة جميع المعلومات؛
- (6) ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة؛
- (7) ألا يكون البحث قد سبق نشره في مجلة أخرى؛
- (8) لأجل تجويد المقالات المرسلة إليها، تحتفظ المجلة بحقها في التعديل بالحذف أو الزيادة، مع إخبار صاحبها بذلك؛
- (9) لا مسؤولية لإدارة المجلة في مضمون وآراء شخصية لكتاب المقالات؛
- (10) تحتفظ المجلة بحقها في إعادة نشر المقالات دون إذن من صاحبها؛
- (11) ترسل جميع المساهمات إلى الموقع الإلكتروني للمجلة [revuebejj@gmail.com](mailto:revuebejj@gmail.com)

## فهرس المحتوى

■ افتتاحية العدد : النموذج التنموي الجديد واستشراف المرحلة

◆ دراسات

المحور الأول: جائحة كورونا: آثار وآفاق

■ آثار القوانين الاستثنائية بسبب جائحة كورونا على حقوق المواطن

د. مراد كواشي.....9

■ ملامح نموذج مغرب ما بعد أزمة كورونا

د. خليل اللواح.....24

■ أثر جائحة كورونا على عقود الشغل الفردية

ذ. ياسين حسوني.....42

■ إجراءات سير مرفق القضاء زمن الطوارئ الصحية في المغرب

ذ. محمد البغدادي.....59

المحور الثاني: الأمن العقاري

■ انتقال الملكية العقارية بالإرادة المنفردة

د. مريم الطاشي.....83

■ نجاعة العقود التوثيقية العدلية في نظام التحفيظ العقاري

د. عبد العزيز سقاط.....94

■ الاستثمار في الأموال العقارية الوقفية العامة، " الكراء نموذجاً "

د. يسيرة الشنواني.....117

■ ازدواجية النظام العقاري وإشكالية الاستثمار بالمغرب

ذ. فاطمة الزهراء الوجدي.....142

■ الحماية الجنائية للحيازة العقارية ودورها في تكريس العدالة العقارية

ذ. عادل أولاد بنسالم.....160

■ توجهات القضاء الإداري حول آلية الطعن في قرار التحفيظ العقاري

ذ. محمد براد.....178

المحور الثالث: آليات حماية الأمن القانوني والحقوق

■ الحماية الدولية للمهاجرين غير النظاميين بين الحق في التنقل ومبدأ السيادة

د. محمد الغواطي / د. محمد المدني.....195

- تعدد الزوجات بين التقييد والمنع
- 212..... د. عبد الهادي الشاوي.....
- حماية المدين من الشروط التعسفية في القروض العقارية
- 223..... ذ. أنس حامي الدين.....
- الإنتربول ودوره في مكافحة الجريمة المنظمة
- 237..... د. محمد هيثم العُرجي.....
- القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة
- 258..... ذ. مولاي عبد العاطي الأصفر.....
- المحور الرابع: التحول التدييري
- تأهيل الإطار البشري دعامة لنجاعة التحول الديمقراطي في الجزائر:  
"مبدأ المشاركة نموذجا"
- 271..... د. أوكيل محمد أمين.....
- حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رؤساء الجماعات الترابية، دراسة مقارنة.
- 293..... ذ. محمد اوبسلام.....
- التدبير الحديث للنفقات العمومية المتمحور حول النتائج
- 319..... ذ. هشام العقراوي.....
- المحور الخامس: الإثبات في المادة الجنائية
- الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي
- 342..... د. عبد الرحيم زصاكي.....
- الإثبات بالاعتراف في الميدان الزجري: بين الحجية والنسبية
- 359..... د. محمد أنس ولد محمد فال.....
- إشكالية تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه
- 370..... دة. لبنى السباعي.....
- المحددات النظرية لمفهوم الإثبات في المادة الجنائية
- 380..... د. عبد الحميد المليحي.....
- ♦ ETUDES
- La caducité des actes juridiques, une notion à « exhumé »  
Younes LABIQI .....398
- La sécurité juridique de l'eau au Maroc dans le cadre de la loi  
36.15  
Om Kaltoum Beni Laabassi .....423



## النموذج التنموي الجديد واستشراف المرحلة

لقد أدى عجز النموذج التنموي الحالي وفشله في الحد من الفوارق المجالية وتحقيق العدالة الاجتماعية وبناء تنمية متوازنة ومنصفة تساهم في الاطمئنان والاستقرار والاندماج؛ إلى الدعوة من طرف جلالة الملك محمد السادس في أكثر من مناسبة وخطاب كان آخر ذلك خطاب جلالته في عيد العرش يوم 30 يوليوز 2019، إلى اعتماد نموذج تنموي جديد يرقى إلى تطلعات وطموحات المغاربة، ويحقق الإقلاع الاقتصادي والاجتماعي لبلادنا. وقد تم تتويج الدعوة الملكية بتعيين لجنة خاصة لصياغة هذا النموذج؛ مكونة من خبراء وأكاديميين، يتوفرون على مسارات أكاديمية ومهنية متعددة، بصموا مساهمهم عن جدارة واستحقاق، وتميزت تجربتهم بفيض من العطاء ووفاء منقطع النظير، عقدوا العزم أجمعين على الاشتغال بحس وطني وبنكران الذات، لدراسة الوضع الراهن بجرأة وموضوعية، في سياق المنجزات المحققة والإصلاحات المعتمدة والانتظارات المنشودة.

وقد باشرت هذه اللجنة عملها في سياق عالي وإقليمي ومحلي مضطرب، وأمام محنة غير مسبوقة، ناجمة عن الأزمة الكورونية بفعل فيروس COVID19، وما أفرز هذا الأخير من تداعيات صعبة جدا ونتائج مقلقة، بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؛ وهو ما يعنى أننا أمام لحظة دقيقة وفاصلة يتقاطع فيها مساران أساسيان في الأفق الاستراتيجي للمغرب: مسار إعداد النموذج التنموي الجديد، ومسار أزمة كورونا بعبئها الثقيل.

رب ضارة نافعة، بقدرما حمله هذا الوباء العنيد والفتاك من آلام ومحن وأضرار مادية ومعنوية، بقدرما ما يجسد حدثا تاريخيا بارزا يتضمن دروسا وعبرا، لها من الأهمية بمكان في إعادة ترتيب الأولويات والخيارات لبناء مغرب قوي في المستقبل؛ وقد استطاعت هذه الأزمة وضع أصبعها على مكامن الخلل في مجالات وقطاعات كانت تعاني، واتضح اليوم بشكل مهمول حجم هذه المعاناة.

أمام هذه المتغيرات الطارئة والمستجدة، أصبح المغرب يعيش وضعاً جديداً بأولويات جديدة، بما يوفر فرصة سانحة للجنة النموذج التنموي ومساحة من الزمن

بعدها وافق جلالة الملك على تمديد المدة المحددة لرفع التقرير النهائي لعمل اللجنة، لتعميق أشغالها حول التبعات المترتبة والدروس المستخلصة في سياق ما بعد كورونا. وفي خضم هذه المتغيرات، فكورونا أماطت اللثام عن مجموعة من القضايا والرهانات، ويبقى رهان الأمن الصحي الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال فصله عن الأمن الاقتصادي والاجتماعي، ضمن صلب الأولويات، من خلال العمل على تأهيل القطاع الصحي على جميع الأصعدة والمستويات. كما لا يقل رهان الأمن القانوني والتحول الاقتصادي والإداري والقيمي أهمية عن ذلك؛ باعتبار أن هذه التجربة الوبائية أبانت عن مستوى الانصياع للضوابط القانونية، ومستوى قدرة الاقتصاد الوطني على امتصاص ترددات الأزمة، وكذا مستوى أداء الإدارة العمومية في ظل تبني الإصلاح الرقعي، ومستوى تملك قيم التضامن والتماسك، كخصائص مهمة تعكس مستوى الثقة بين الدولة وشعبها.

لا شك أن جائحة كورونا أخضعت النموذج التنموي الجديد لتمرين جديد في سياق أثارها المدمرة والمقلقة؛ وهو ما يساعد هذه اللجنة على استشراف المرحلة بتشخيص حقيقي وصادق، وبتقريب وجهات النظر حول ترتيب الأولويات.

رئيس تحرير المجلة: الدكتور خليل اللواح  
يومه الإثنين 22 يونيو 2020 موافق 30 شوال 1441

## آثار القوانين الاستثنائية بسبب جائحة كورونا على حقوق المواطن

The effects of exceptional laws due to the Corona pandemic on the rights of citizens

د. مراد كواشي

أستاذ محاضر، قسم "أ"

جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر

### الملخص:

تقوم الدولة بكل واجباتها اتجاه مواطنيها من أجل حمايتهم وتحقيق مصالحهم، ومن وبين هذه المهام توفير الحماية الصحية اللازمة إثر انتشار وباء معين مثل وباء "كورونا"، ولتفادي الإصابة وانتشارها تلجأ لاتخاذ إجراءات صارمة من خلال إعلان حالة الطوارئ بكل البلاد.

تعتبر حالة الطوارئ من بين الحالات التي يعتبرها البعض تقييد لحقوق الإنسان، وهو ما يجعل الفرد يعيش في مرحلة جديدة مختلفة عما كان يعيشه من قبل، وبالرغم من أن هذه الإجراءات هي احترازية وفي خدمة المواطن إلا أن البعض يري عكس ذلك تماما.

الكلمات المفتاحية: حقوق، الإنسان، الدولة، إحترام، فيروس.

### Summary :

The state performs all its duties towards its citizens in order to protect them and achieve their interests, and among these tasks is to provide the necessary health protection following the spread of a specific epidemic such as the "Corona" epidemic, and to avoid and spread the infection, it will resort to taking strict measures by declaring a state of emergency in all countries.

The state of emergency is among the cases that some consider a restriction of human rights, which makes the individual live in a new stage different from

what he was experiencing before, and although these procedures are precautionary and in the service of the citizen, some people think the opposite is true.

**key words:** Rights, human, state, respect, virus.

## مقدمة:

للإنسان حقوق يحميها القانون، نتيجة لكونه تعرض للكثير من الانتهاكات الخطيرة منذ القدم وخاصة أثناء قيام الحروب والنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، لذا تم تقنينها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، إلا أن هذه الحقوق لا تزال تنتهك إلى غاية اليوم الذي نعيشه الآن، وذلك في كثير من الدول نتيجة النزاعات والحروب الأهلية. انتهاك حقوق الإنسان يكون في عدة حالات ومنها فرض حالة الطوارئ للدولة نتيجة وجود خطر معين على المواطنين أو على الدولة، ومن بين هذه الأخطار نجد مثلا انتشار فيروس يؤدي بحياة الإنسان إلى الوفاة، وهو ما يعتبر واجب على الدولة القيام بحماية المواطن لأنها من واجباتها، ولأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص على هذا الحق لكل إنسان دون تمييز بين أي أحد ولأي سبب كان.

عند انتشار الفيروس الخطير "كورونا" نجد أن الدولة تفرض حالة الطوارئ وتصدر أوامر وقرارات معينة ويجب على المواطن الامتثال لها، وإلا عرض نفسه للخطر والعقاب والمساءلة من قبل الجهات المعنية، إلا أن هذا المواطن ونتيجة لفرض حالة الطوارئ، يجد نفسه مقيد ومتهم من يعتبر أن حقوقه تنتهك من قبل الدولة، ولتناول الموضوع بشكل جيد اخترنا الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، لأننا نرى أنه الأنسب نتيجة تناول مواد قانونية وآراء فكرية للفقهاء و المفكرين وتحليلها، بالإضافة إلى أن أهمية البحث تكمن في بيان الآثار الايجابية و السلبية لفرض حالة الطوارئ على احترام حقوق الإنسان من قبل الدولة؛ لذا

## نطرح الإشكالية

### الآتية:

-ما هي آثار فرض حالة الطوارئ بسبب انتشار فيروس كورونا على احترام حقوق الإنسان من قبل الدولة؟

-هل هي آثار إيجابية أم سلبية؟

هذا ما يجعلنا نطرح عدة إشكالات فرعية:

-ما هي الحالة الاستثنائية؟

-ما هي حقوق الإنسان؟

-ما هي الآثار الايجابية لفرض الحالة الاستثنائية بسبب فيروس كورونا على احترام الحقوق من قبل الدولة؟

-ما هي الآثار السلبية لفرض الحالة الاستثنائية بسبب فيروس كورونا على احترام الحقوق من قبل الدولة؟

نتناول البحث من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الحالة الاستثنائية وحقوق الإنسان

المبحث الثاني: الآثار الايجابية والسلبية للحالة الاستثنائية على احترام الحقوق الإنسان من قبل الدولة

## المبحث الأول: مفهوم الحالة الاستثنائية وحقوق الإنسان.

يعيش الإنسان حياة عادية جدا، ويحصل على ما يحتاج إليه من حاجيات نتيجة توفير الدولة لها، كما أنه يقوم بكل حرية بالتنقل والسفر والتجارة والعمل والدراسة و....، وكلها حقوق نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويتمتع بها الكل دون تمييز بينهم لأي سبب كان، إلا أن الدولة تقوم في بعض الأحيان بتقييد هذه الحريات عن طريق فرض ما يسمى بـ"حالة الطوارئ" (المطلب الأول)، نتيجة لوجود سبب معين يستدعي عليها القيام بمثل هذا الإجراء، وهو ما يعتبره الكثيرون تقييد لحقوق الإنسان (المطلب الثاني)، لذا نتناول ذلك من خلال:

### المطلب الأول: مفهوم الحالة الاستثنائية وخصائصها.

تقوم الدولة بجعل المواطن يعيش حياة كريمة من خلال توفير ما يلزمه، وخاصة الحماية نتيجة لكون الإنسان يعيش في جماعة، وهي مختلفة باختلاف المناطق والمستوى المعيشي والفكري والديني في كثير من الدول " خاصة الدول التي بها تعدد الديانات"، ونتيجة لظرف معين تفرض الدولة حالة الطوارئ بالبلاد (الفرع الأول)، والتي تكون بدورها لها خصائص (الفرع الثاني) يجب توافرها ليتم إقرارها والعمل بها، ونتناول ذلك من خلال:

## الفرع الأول: مفهوم الحالة الاستثنائية.

تعتبر حالة الطوارئ حالة استثنائية يتم إعلانها لمواجهة خطر يهدد أمن الدولة واستقرارها، يتم من خلالها منح سلطة معينة وصلاحيات واسعة، بموجبها تمنح الحق بتقييد الحريات العامة للأفراد؛ ويعرف بعض الفقهاء حالة الطوارئ على أنها: "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة لحماية المصالح الوطنية، ولا يلجأ إليها إلا بصفة استثنائية ومؤقتة، ل مواجهة الظروف الطارئة، ويتم بواسطتها انتقال صلاحيات السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، وبموجبها تتجاوز السلطات التنفيذية اختصاصاتها لتتدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، وحتى يصل الأمر في بعض الحالات إلى مخالفة القوانين القائمة"<sup>1</sup>.

نجد الأستاذ P. Coutant يعرفها بأنها "حالة شغب مدنية على غرار حالة الانتفاضة أو فوضى عامة"، نلاحظ أنه اقتصر تعريفه على الفوضى والشغب فقط لتكون حالة الطوارئ، بالرغم من أن حتى حالة الوباء تعتبر حالة طوارئ.

بالإضافة إلى تعريف الأستاذ Roland Drago يعرفها على أنه " نظام استثنائي، تمنح فيه السلطات المدنية امتيازات " سلطات" استثنائية تسمح لها بتقليص ممارسة الحريات العامة، التي لا يسمح بتقليصها في ظل القانون العام في الأحوال العادية ".

كما نجد أيضا تعريف الأستاذ Barthemely على أنها " إجراء استثنائي يهدف إلى حماية كامل البلاد أو بعضها، بمقتضى نظام بوليسي خاص، ضد احتمال هجوم مسلح". بالإضافة إلى تعريف مصطفى زيد أبو فهمي على أنها "نظام قانوني أُعد لمواجهة الظروف الاستثنائية، ويقوم مقام قوانين السلطة الكاملة"<sup>2</sup>.

من خلال هذه التعاريف نقول إن حالة الطوارئ عبارة عن حالة استثنائية تقوم بها الدولة نتيجة وجود خطر على حياة المواطنين، حيث أن كل خطر سواء كان نتيجة للاعتداء بالسلاح أو نتيجة انتشار وباء قاتل مثل " جائحة فيروس كورونا «، يستدعي القيام بكل الإجراءات من أجل توفير الحماية اللازمة لكل المواطنين، احتراما لحقوقهم المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

1-انوار بدير، عاصم خليل، حالة الطوارئ، سلسلة أوراق عمل بيزيت للدراسات القانونية، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيزيت، فيفري 2018، ص02.

2-جغلول زغدود، حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005/2004، تاريخ المناقشة: 29 نوفمبر 2005، ص 14.

## الفرع الثاني: خصائص الحالة الاستثنائية.

الدولة تقوم بإصدار قرارات نتيجة توفر أمر يستدعي ذلك، وهو ما يعرف بالحالة الطارئة، ولذا فإن هذه الحالة لها خصائص تمتاز بها، منها:

### 1- حالة غير عادية:

تعتبر حالة الطوارئ حالة استثنائية يتم العمل بها لظرف استثنائي، والغاية منها تحقيق مصلحة عامة، حيث أنها تكون من أجل توفير الحماية لكل دون استثناء، وتجعل من المواطنين يعيشون أياما استثنائية، ومعنى ذلك اختلاف الحياة اليومية التي كانوا يعيشونها قبل حالة الطوارئ، عن الحياة اليومية التي يعيشونها وقت تطبيقها.

### 2- تكون بقوة القانون:

يقصد بذلك أن الحالة الاستثنائية لا يمكن لأي أحد أن يقوم بإصدارها إلا بموجب القانون، وعادة تكون هذه الحالة " الطوارئ " من اختصاص رئيس الدولة، لأنه المسؤول عن بلده، حيث أن القانون ينظم طريقة إصدارها، والحالات التي يمكن إصدار قرار بهذا الشأن، فليس كل الحالات تستدعي إصدار قرار بحالة الطوارئ، وإنما يجب أخذ الأمر بالجدية اللازمة، لأن هذه الحالة وتطبيقها على أرض الواقع لها آثار على المواطن وعلى الدولة أيضا، لذا يجب دراسة الآثار التي تنتج عنها مستقبلا بعناية تامة، تفاديا لحصول نتائج غير مرغوب بها.

### 3- تكون محددة بمدة زمنية معينة:

حالة الطوارئ لا تكون أبدية وإنما تكون محددة بقوة القانون لمدة معينة، ويمكن تمديدها في حالة عدم انتهاء الحالة التي من أجلها فرضت حالة الطوارئ. لذا فإن هذه الحالة قد تكون طويلة جدا، وقد تكون قصيرة جدا.

### 4- الغرض منها الحماية:

فرض حالة الطوارئ في أي دولة هو عبارة عن إجراء احترازي لتحقيق الحماية، نتيجة وجود ظرف استثنائي يهدد البلاد والمصلحة العامة، حيث أن حماية المواطن تكون من أولويات الدولة، لذا نجد أن كل حالات الطوارئ هدفها حماية المواطن والدولة من الخطر.

### 5- تقييد الحريات العامة:

الشيء الذي يميز حالة الطوارئ هو أنها تقوم بتقييد الحريات العامة، مثل حرية التنقل داخل الدولة أو خارجها، وحرية التعبير، وحرية التجول، وحرية التسوق، وحرية الدراسة و

التجمعات و...، أي أنها تجعل من الحريات العادية التي يعرفها الإنسان، تقييد وتجبره على عدم القيام بها إلا بعد انتهاء حالة الطوارئ.

### المطلب الثاني: مفهوم وخصائص حقوق الإنسان.

منذ أن وجد الإنسان وهو يعاني نتيجة انتهاك حقوقه بسبب الحروب التي وقعت، وعدم احترام الاتفاقيات الدولية الموقعة بين الدول، كما أن الطمع وحب السيطرة ونهب الثروات والتوسع جعل من حقوق الإنسان تحتل المرتبة الأخيرة في أولويات المسؤولين، إلى أن جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، الذي نص على وجوب احترام حقوق الإنسان (الفرع الأول) للجميع دون استثناء، كما أنها تمتاز بالعديد من الخصائص (الفرع الثاني)، وتتناول ذلك من خلال:

### الفرع الأول: مفهوم حقوق الإنسان.

أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول/ ديسمبر، 1948، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (" UDHR كمييار مشترك للإنجاز لجميع الشعوب وجميع الأمم"، ولم يتم هذا التصديق بالإجماع، وقد امتنعت ثماني دول عن التصويت، وهي الدول الاشتراكية القائمة حينئذ إلى جانب المملكة العربية السعودية وجنوب أفريقيا، ولكن لم يتم تسجيل تصويت سلبي واحد. وقد مهد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (UDHR) الطريق لمواصلة تطوير فكرة حقوق الإنسان؛ ولأول مرة في تاريخ البشرية، تم وضع قائمة بالحقوق الأساسية للإنسان، التي كان من المقرر أن تفيد كل شخص، على أساس طبيعته كإنسان فقط، دون أي تفرقة أو تمييز، وكان قد تم تقييد القرارات السابقة لحقوق الإنسان، بما في ذلك الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن 1789، وشرعية الحقوق الأمريكية 1791/1789، بطرق متعددة، ولم تتمتع المرأة بنفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل.

كما كان الرق مشروعاً، وفي كثير من البلدان، يلعب معيار الثروة الشخصية دوراً حاسماً في تحديد من يتمتع بممارسة الحقوق والامتيازات، وبالإضافة إلى ذلك، عاش الناس في الدول المستعمرة في حالة تمييز، وهكذا أصبح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (UDHR) البيان الأساسي لمفهوم جديد لحقوق الإنسان في العالم<sup>1</sup>.

1-كريستيان توموشات، حماية حقوق الإنسان بموجب القانون الدولي العام، مقال منشور على الموقع الإلكتروني : <https://www.un.org/ar/chronicle/article/20069>، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ: 2020/04/19، على الساعة: 19.07.



يعتبر الإنسان له الكثير من الحقوق التي يحميها القانون الدولي<sup>1</sup> و المتمثل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 كانون الأول /ديسمبر 1948، حيث يعتبر كل إنسان له جميع الحقوق وذلك بمجرد ولادته وهو ما نصت عليه المادة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولها " يولد جميع الناس أحرارا و متساوين في الكرامة و الحقوق، وهم قد وهبوا العقل و الوجدان و عليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء"<sup>2</sup>.

كما أن الإنسان له حق التمتع بجميع حقوقه دون تمييز بينهم لأي سبب كان سواء دني أو لغوي أو انتماء سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي أو... الخ، وهو ما نصت عليه المادة 2 من نفس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولها " لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق و الحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولاسيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين"<sup>3</sup>. كما أن الإنسان حر في حياته ويمكن له التمتع بحقوقه ولا يجوز استرقاقه أو استعباده أو استغلاله بالإضافة إلى الأمان على حياته، وهو ما يفرض على الدولة توفير ذلك من خلال تسخير رجال الأمن للقيام بواجباتهم اليومية لحماية الأشخاص و ممتلكاتهم الشخصية، حيث نصت المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه " لكل فرد الحق في الحياة و الحرية و في الأمان على شخصه" كما نصت المادة 4 من نفس الإعلان العالمي على أنه " لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده"<sup>4</sup>.

من خلال هذه المواد نقول أن حقوق الإنسان<sup>5</sup> جاءت لتجعل كل فرد حي يتمتع بحقوق يضمنها له القانون، وعلى الدولة توفير كل السبل و الآليات من أجل تحقيق ما هو منصوص

---

1- حقوق الإنسان هي مجموعة من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الفرد في مختلف الميادين السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية... أما القانون الدولي لحقوق الإنسان فهو مجموعة من القواعد القانونية العرفية أو الاتفاقية التي تنص على حقوق الإنسان، وتبين الآليات التي بواسطتها يتم حماية و ضمان هذه الحقوق، لمزيد من التفاصيل أنظر: حساني خالد، محاضرات في حقوق الإنسان، مطبوعة بيداغوجية مقدمة لطلبة السنة الثانية من التعليم القاعدي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم التعليم القاعدي للحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2015/2014، ص 01.

2- المادة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.

3- المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.

4- المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.

5- تحمي حقوق الإنسان المضمونة كلا من الأفراد و الجماعات من كل شيء يقيد حرياتهم الأساسية و يمس كرامتهم كبشر، و تشمل حقوق الإنسان ما يعرف باسم الحقوق المدنية و الثقافية و الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية، وهي تعني بصفة رئيسية بالعلاقة بين الفرد و الدولة، و تندرج الالتزامات الحكومية فيما يتعلق بحقوق الإنسان بوجه عام في إطار مبادئ احترام هذه الحقوق و حمايتها و أعمالها، لمزيد من التفاصيل أنظر:

كوفي أنان، 25 سوألا و جوابا عن الصحة و حقوق الإنسان، سلسلة منشورات الصحة و حقوق الإنسان، منظمة الصحة العالمية، العدد رقم 1، جوان 2002، ص 07.

عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث أن ضمان الحقوق يعني ضمان السلم و الأمن والابتعاد عن الفوضى، وهو ما لا ترغب به أية دولة، لأنه يمس باستقرارها .

الفرع الثاني: خصائص حقوق الإنسان.

حقوق الإنسان تتميز بالكثير من الخصائص ونذكر منها:

### 01- حقوق عامة:

يقصد بها أن حقوق الإنسان جاءت بصفة عامة، ولم تخصص لشخص معين، وإنما هي متعلقة بكل إنسان على قيد الحياة، دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو العادات أو التقاليد أو الدين، فالكل متساوي في الحقوق، وهو ما نصت عليه المادة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>1</sup>.

### 02-حقوق يحميها القانون:

حيث أن حقوق الإنسان منصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومنصوص عليه في الدساتير المختلفة للدول، وتسعى الأمم المتحدة بكل جهدها للحفاظ على هذه الحقوق في جميع أنحاء العالم، من أجل حفظ السلم والأمن الدوليين. كما أن كل من يخالف أو ينتهك هذه الحقوق يعرض نفسه للمساءلة القانونية، بموجب قانون العقوبات الخاص بجميع الدول، وبموجب الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقيات جنيف الأربع 1949 التي تحمي حقوق الجرحى و المرضى و الغرقى و...، بالإضافة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية<sup>2</sup>.

### 03-حقوق ثابتة:

حقوق الإنسان هي حقوق ثابتة عبر الزمان ولا يمكن تغييرها أبدا، حيث أن مثلا الحق في الحياة هو حق ملازم للإنسان منذ أن ولد إلى غاية وفاته، ولا يمكن لأحد أن يغير هذا الحق، حيث أن كل الحقوق المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي عانى الإنسان كثيرا جدا من أجل تقنينها والاعتراف بها، هي حقوق أبدية، ولا يمكن التسامح في حالة رغبة أية جهة مهما كانت أن تغيرها.

1-المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 .

2-تنص المادة 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>16</sup> ديسمبر 1966 على أنه "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي، أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب".

#### 04-حقوق غير قابلة للتجزؤ:

كل إنسان له الكثير من الحقوق وهي مرتبطة ببعضها البعض ،حيث لا يمكن أن يتم تجزئة حقوقه<sup>1</sup> ، أي لا يمكن أن يتمتع بحق دون الآخر، فكل الحقوق متصلة، مثلا الحق في الصحة يعنى وجوب الحق في الحياة، و الحق في العمل يعنى وجوب الحق في الدراسة و التعليم<sup>2</sup>.

#### المبحث الثاني: الآثار الإيجابية والسلبية للحالة الاستثنائية على احترام حقوق الدولة لحقوق الإنسان في ضل جائحة كورونا.

تعتبر حالة الطوارئ من الحالات الاستثنائية التي تقوم بها الدولة نتيجة وجود خطر يهدد أمنها، أو اقتصادها أو حياة مواطنيها أو...، واتخاذ هذه الإجراءات هو عمل وقائي ترى فيه الدولة مصلحة لها ولشعبها، إلا أن هذه الحالة الاستثنائية لها آثار ايجابية (المطلب الأول) وسلبية (المطلب الثاني) على حقوق الإنسان، وتتناول ذلك من خلال:

#### المطلب الأول: الآثار الإيجابية.

تطبيق حالة الطوارئ بالبلاد له آثار إيجابية من وجهة نظر الكثير من الفقهاء والمفكرين، إلا أن الكثير منهم اختلفوا في الرأي، فمنهم من يؤيد ذلك ومنهم من يعارض، لذا نتناول ذلك من خلال:

---

1-أدركت هيئات واليات دولية شتى الدور الهام الذي يمكن للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان أن تضطلع به في حماية وتعزيز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتجدر الإشارة إلى أن لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في تعليقها العام رقم 10 بشأن دور المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان في حماية الحقوق، قد شددت على أن للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان دورا قد يكون بالغ الأهمية في تعزيز كافة حقوق الإنسان، وضمان عدم قابليتها للتجزؤ، لمزيد من التفاصيل أنظر:

حقوق الإنسان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دليل للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، مكتب الأمم المتحدة مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، سلسلة التدريب المهني العدد رقم 12، الأمم المتحدة، نيويورك، وجنيف، 2005، ص 10.

2-كي يعيش جميع الناس بكرامة، فإنه يحق لهم أن يتمتعوا بالحرية والأمن، وبمستويات معيشة لائقة، فحقوق الإنسان " غير قابلة للتجزؤ"، لمزيد من التفاصيل أنظر:

Alasrag Hussien, The Economic Human Rights And The Right To Development In Egypt ,Munich Personal RePEc Archive, Egypt, 10 December 2006, P6.

## الفرع الأول: الرأي المؤيد.

يعتبر فيروس كورونا من الفيروسات التي انتشرت مؤخرا، وأثرت على العالم بأكمله مما جعل كل الدول تتخذ إجراءات وقائية مختلفة من أجل حماية شعبيها، خاصة وأن الوباء انتشر بقوة وحصد الكثير من الوفيات دون وجود علاج له.

لكي تتحكم الدولة في انتشار وباء " كورونا " " كوفيد 19"، كان لزاما عليها إعلان حالة الطوارئ، حيث نجد أن كل الدول اعتمدت على ما يسمى " بالحجر المنزلي " أو " الحجر الصحي «، وهو عبارة عن إجبار الناس بالبقاء في بيوتهم وعدم الخروج منها، إلا للضرورة القصوى، مع اتخاذ إجراءات أخرى مثل غلق المحلات التجارية والمساجد والأسواق والنقل بكل أنواعه، وكل مكان يكون به تجمع.

هذه الإجراءات هي عبارة عن وقاية من طرف الدولة لمواطنيها، لأنه في حالة عدم القيام بها فإن الوباء ينتشر وبالتالي ارتفاع عدد الوفيات، والدولة تحمل على عاتقها احترام حقوق الإنسان والحفاظ على حياته بكل الطرق سواء بتوفير العلاج بالمستشفيات أو توفير الحماية الأمنية وعدم السماح بالاعتداء على حياة المواطنين، وهذا احتراماً لحقوق الإنسان وللبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، وكل المواثيق الدولية المتعلقة بهذا الشأن.

يري جون بول ثيب أن " حماية الفرد من واجبات الدولة"، حيث أن جون يعتبر أن الدولة هي المسؤولة عن حماية الفرد، لأنه يمثل شعبيها، كما أن الفرد هنا لا يقصد به المواطن الحامل للجنسية الخاصة بتلك الدولة، وإنما كل إنسان حي متواجد على ارض الدولة، ويقصد به الأجنبي.

كما نجد أن فالين بامكوسين يقول أن " الدولة هي أب وأم المواطن"، حيث يعتبر هنا فالين أن الدولة ترعي المواطنين وكأنها أم وأب أي أن محبة الوالدين وخوفهم على أبنائهم، تجعلهم يتخذون كل القرارات التي يرونها ملائمة للحفاظ على حياة أبنائهم، ونفس الشيء للدولة فهي بمثابة أب وأم كل المواطنين، وتسهر على حمايتهم ليل ونهار من كل الأخطار والأوبئة التي قد تهدد حياتهم في الحاضر أو في المستقبل، و احتراماً لقانون حقوق الإنسان الدولي<sup>1</sup>.

1- يتكون قانون حقوق الإنسان الدولي من مجموعة المبادئ والقواعد التي يمكن للأفراد أو المجموعات استنادا إليها أن يتوقعوا من السلطات أن تطبق معايير سلوك معينة وان يستخلصوا فوائد معينة منها لمجرد كونهم بشر، وهذه الحقوق، مضمونة بموجب دستور معظم البلدان وقوانينها المحلية، لمزيد من التفاصيل أنظر: حقوق الإنسان والقانون الإنساني في المفهوم المهني لقوات الشرطة والأمن، مقتطفات من أهم ما ورد في دليل الخدمة الوطنية، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2008، ص09.

من خلال آراء هؤلاء المفكرين نقول أن الدولة في حالة تطبيقها حالة الطوارئ فإنها تقيّد الحقوق والحريات مثل الحق في التسوق والسفر...، إلا أن هذا التقييد ينتج عنه مصلحة الفرد والعامّة على حد سواء، لذا فإن تطبيق حالة الطوارئ من قبل الدولة يجعلها تؤثر على تطبيق حقوق الإنسان إيجابياً من خلال المحافظة على حياتهم من انتشار الفيروس " كورونة " وتعرضهم للإصابة ووفاتهم، وهو ما لا يرغب به أي أحد مهما كان.

### الفرع الثاني: الرأي المعارض.

أصحاب هذا الرأي يخالفون الرأي السابق تماماً، حيث أنهم يعتبرون أن تطبيق حالة الطوارئ من قبل الدولة يجعلها تقيّد الحريات وتؤثر على حقوق الإنسان، بسبب وجود حالة معينة " جائحة كورونة «، حيث نجد أن قبيل تيباوت يقول إن «حالة الطوارئ تقيّد للحقوق"، وهنا قبيل لم يفسر أي حالة الطوارئ يقصد هنا، إلا أنه يفهم من كلامه أن حالة الطوارئ بصفة عامة هي تقييد للحقوق والحريات، دون النظر إلى سبب إعلان واتخاذ حالة الطوارئ.

مثلاً مؤخراً ما نعيشه اليوم من حجر صحي، نجد أن الكثير من المواطنين يعتبرون ذلك تقييد لحقهم في الخروج من البيت والتنزه والتسوق والسفر، وأنه أثر عليهم من خلال تغيير حياتهم اليومية التي كانوا يعيشونها من قبل.

فرض حالة الطوارئ وعدم السماح للأشخاص بالتنقل جعل الكثيرين منهم يقومون بمخالفة هاته الإجراءات ويعرضون أنفسهم للمساءلات القضائية، بالرغم من أن سبب فرض هذه الحالة واضح ومعلن عنه، وهو في مصلحتهم بالدرجة الأولى.

كما نجد الفقيه " ك نتيه جون" يقول أن " الدولة تحترم الحقوق ولا يمكنها أن تنتهكها"، حيث اعتبر جون أن الدولة تحترم الحقوق الخاصة بالإنسان ولا يمكن أن تنتهكها، وهذا يعنى أنها لن تقوم بأي انتهاك لها مهما كان الحال، وهنا يقصد أنه حتى في حالة الطوارئ فإنها لا يمكنها أن تقوم بخرق الحقوق وانتهاكها، أي أن الدولة لا تتخذ أي إجراء ضد المواطن أو ضد حقوقه.

من خلال هذه الآراء يمكننا القول، أن الدولة هي حامية للحقوق والحريات وتتخذ كل ما تراه مناسباً لحماية المواطن واتخاذ الإجراءات " حالة الطوارئ " <sup>1</sup> أثناء حدوث وباء معين "

1- تتنص المادة الأولى من مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 (23 مارس 2020)، يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها بقولها: "يعلن عن حالة الطوارئ الصحية بأي جهة أو عمالة أو إقليم أو جماعة أو أكثر، أو بمجموع أرجاء التراب الوطني عند الاقتضاء، كلما كانت حياة

كورونا "، يعتبر إجراء وقائي وليس انتهاك للحقوق، إلا أن هؤلاء الفقهاء يعتبرون ذلك انتهاك لحقوق الإنسان مثل حق السفر والتمتع خارج الوطن، وذلك يؤثر على حياتهم وعلى انتشار الوباء .

### المطلب الثاني: الآثار السلبية.

تعتبر حالة الطوارئ حالة غير مرغوب بها من قبل الكثيرين، وحتى من قبل الدولة لأنها تؤثر على الحياة اليومية وعلى الاقتصاد، وهو ما تتفاداه أية دولة، إلا أنه في بعض الأحيان نتيجة وجود أشكال ما مثل انتشار وباء "كورونا" نجد أن الدولة مجبرة على اتخاذ مثل هاته القرارات، وهو ما يعتبره البعض له آثار سلبية على حقوق الإنسان، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ذلك ومنهم المؤيد (الفرع الأول) ومنهم المعارض (الفرع الثاني)، ونتناول ذلك من خلال:

#### الفرع الأول: الرأي المؤيد.

أصحاب هذا الرأي يعتبرون أن حالة الطوارئ لها آثار سلبية على حقوق الإنسان، وإعلانها بسبب انتشار وباء فيروس "كورونا" هو انتهاك لحقوق الإنسان بشكل علني؛ حيث أن كل شخص يمكنه حماية نفسه من هذا الوباء عن طريق اتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية، وهي متوفرة والكل يعلم كيفية الوقاية، لذا ما هو الداعي للقيام بالحجر المنزلي أو الحجر الصحي<sup>1</sup> وغلق المحلات والأسواق ومنع السفر...، وكلها إجراءات تعرقل المواطن وتمنعه من القيام بأبسط حقوقه اليومية. لكل شخص الكثير من الحقوق التي يحميها القانون الدولي، وهي منصوص عليها بالمواثيق الدولية وعلى الدولة أن تحترمها، وتسهر على القيام بها، ولا يجب أن تقوم بانتهاكها، لأن ذلك يؤثر على حياة المواطن وتدنى المستوى المعيشي.

حقاً أن الدولة ترغب بحماية المواطن من الفيروس، إلا أن هذا الإنسان له الحق في العيش بكرامة، فبقائه بالبيت يعنى أن قوته محدود جداً، حيث أن مخزون البيت من المواد الاستهلاكية لا يكفي مع العلم أن الدكاكين مغلقة أو أن السلعة غير متوفرة، فهنا تكون الدولة قد أثرت على حقوق الإنسان، وجعلته يبحث عن الطعام وبالتالي فإن كرامته مهانة،

---

الأشخاص وسلامتهم مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية، واقتضت الضرورة اتخاذ تدابير استعجالية لحمايتهم من هذه الأمراض والحد من انتشارها تفادياً للأخطار التي يمكن أن تنتج عنها".

1- الحجر الصحي إجراء ينطوي على تقييد حركة الناس والسلع لمنع انتشار الأمراض المعدية، حتى ولو لم يكن لديهم تشخيص طبي يؤكد إصابتهم بالمرض، لمزيد من التفاصيل أنظر:

المختاري العيادي، الحجر الصحي للمصابين بأمراض معدية في سياق مكافحة جائحة كورونا المستجد، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، ملف خاص 2 بجائحة كورونا، كوفيد 19، المملكة المغربية، العدد

18، مايو 2020، ص 33.

حيث نجد أن الكثير من المواطنين يقومون بطوابير كبيرة جدا من أجل الحصول على بعض السميد أو الزيت أو السكر أو الحليب أو...، وخاصة المواد الأساسية التي يجب استهلاكها بشكل يومي. كل هذه الإجراءات التي قامت بها الدولة هي عبارة عن انتهاك للحقوق والحريات وهو ما يخالف القانون الدولي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ حيث يرى روبي انتيمر أنه " يجب احترام حقوق الإنسان في كل الأحوال دون استثناء"، ويقصد هنا روبي أن الدولة يجب عليها أن تحترم حقوق الإنسان في الحرب وفي السلم<sup>1</sup> وفي الأمراض والأوبئة، ولا يمكنها أن تنتهك الحقوق لمجرد وباء .

من خلال رأي روبي نقول إن الدولة تحترم حقوق الإنسان في جميع الحالات وإعلانها لحالة الطوارئ بسبب فيروس كورونا، هي عبارة عن إجراءات وقائية يتم بها تقييد بعض الحقوق التي كان المواطن يتمتع بها في الأيام العادية.

### الفرع الثاني: الرأي المعارض.

أصحاب هذا الرأي يخالفون تماما أصحاب الرأي السابق، حيث يعتبرون أن إعلان حالة الطوارئ ليست انتهاك لحقوق الإنسان من قبل الدولة بسبب فيروس كورونا أو لأي سبب آخر، حيث أن الدولة تعلم ما تقوم به، وهي أدري من المواطن بالحالة الصحية المنتشرة بالبلاد وبقوة الوباء أو الحالة الطارئة، وأثارها على المواطن وعلى الدولة.

فقيام الدولة بمنع المواطن من التنقل والاختلاط مع بعضهم البعض و منعهم من السفر وفتح المحلات و التسوق و الدراسة و ...، هي عبارة عن إجراءات مؤقتة فقط وليست دائمة؛ وهو ما يعنى أن المواطن لا يتم انتهاك حقوقه أبدا، فالمصلحة العامة هي أساس عمل الدولة، فحقيقة تم تقييد الحقوق و التأثير على كسب الرزق للكثير من التجار و المهنيين<sup>2</sup>، إلا أن صحتهم هي الأولى .

1- إن الحفاظ على حقوق الإنسان هو الحجر الأساس في استقرار أي مجتمع، فأبنا وجدنا مجتمع مستقر وجدنا إنسانا مطمئنا على حقوقه، وما لا شك فيه أن لتعليم حقوق الإنسان لكل فرد من أفراد المجتمع وإدخالها في ثقافته وتحويلها إلى واقع، مردودا كبيرا في تعزيز فهم حقوقه أولا، واحترامها والحفاظ عليها والشعور بالكرامة والحرية ثانيا، مما يدفعه إلى المشاركة بفاعلية في تنمية وطنه، ورفاهية مجتمعه، وحفظ السلام، لمزيد من التفاصيل أنظر: بوجلال صلاح الدين، محاضرات في قانون حقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف 2، 2013/2014، ص 01.

2- يستفيد جميع الأجراء المصرح بهم لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المتوقفون عن العمل من طرف مقابلة في وضعية صعبة، من تعويض قدره 1000 درهم خلال شهر مارس 2020، وتعويض قدره 2000 درهم خلال أشهر أبريل وماي ويونيو 2020، بالإضافة إلى التعويضات العائلية وتلم المتعلقة بالتأمين الإجباري عن المرض AMO، لمزيد من التفاصيل أنظر:

أمنية رضوان، التوجهات الملكية السامية لمواجهة جائحة كورونا، مجلة الباحث للدراسات و الأبحاث القانونية و القضائية، ملف خاص 2 بجائحة كورونا، كوفيد 19، المملكة المغربية، العدد 18، مايو 2020، ص 25 .

كما أن الدولة قامت باتخاذ إجراءات التعويض لكل الفئات المتضررة من هذه الوباء، وخاصة فئة التجار وأصحاب المهن الحرة، وهو ما يعتبر خدمة للمواطن وليس انتهاك لحقوقه، حيث أن الكثير من الأشخاص غير واعيين بخطر وباء فيروس " كوروناة «، لذا نجدهم يقومون بمخالفة الإجراءات الصحية وعدم احترام مسافة الأمان، وعدم وضع الكمامات، وعدم الالتزام بالوقت المخصص للحجر الصحي.

نجد محمد عبد الله يقول إن «للدولة نظرة مستقبلية لا يعرفها المواطن"، وهو ما يعنى أن الدولة تخطط لمصلحة شعبيها، وليس ضده، لذا فإن أي إجراء تقوم به الدولة هو لمصلحة شعبيها، سواء في الفترة الحالية أو المستقبلية.

حقوق الإنسان شيء ثمين جدا، وعانى البشر من الانتهاكات لفترة طويلة جدا، إلا أنه وبعد تقنينها، لا يزال الكثير من المسؤولين يقومون بانتهاكها، مثل ما يحدث اليوم بسوريا وليبيا و اليمن و العراق و...، فبالرغم من انتشار الأوبئة المختلفة<sup>1</sup> إلا أن الحقوق لا تزال تنتهك بشكل يومي دون استثناء لوجود خطر الوباء " فيروس كوروناة".

#### خاتمة:

من خلال ما تم تناوله في هذا البحث، نستنتج أن إعلان حالة الطوارئ هي أمر عادي جدا من قبل أي دولة نتيجة وجود خطر معين يحدق بها، وانتشار فيروس كوروناة أجبر دول العالم بأكملها على اتخاذ إجراءات وقائية من أجل تفادي خسارة الأرواح، وبالرغم من أن هذه الإجراءات أثرت على حقوق الإنسان من خلال تقييده وعدم السماح له بالعيش كما يرغب هو و كما اعتاد، إلا أن هذا الفيروس وهذا الإجراء أثر أيضا على الدولة وعلى اقتصادها ومداخيلها، وهو ما يجب على المواطن أن يفهمه ويعيه جيدا، فبدلا من أن يقول أن الدولة قيدت حقوقه، يقول أن الدولة خسرت ملايين واقتصادها في انهيار مستمر، لذا وجب القيام بالإجراءات الضرورية من أجل الحد من انتشار الوباء وليس المطالبة بالحقوق التي تؤدي إلى الإصابة بفيروس كوروناة وبالتالي الوفاة.

في الأخير يمكن أن نوصي بـ:

1-شهدت السنوات الخمس والعشرون الأخيرة تقليصا كبيرا في حالة الفقر المدقع لم يشهده العالم من قبل، ومع ذلك، فقد أصبحت عشرات البلدان أكثر فقرا، ولا يزال أكثر من مليار شخص يعيشون على دخل يقل عن دولار واحد في اليوم، ويلقى 3 ملايين شخص حتفهم سنويا بسبب فيروس نقص المناعة المكتسبة كما يقضى 11 مليون طفل نحبهم قبل بلوغ سن الخامسة "كوفي عنان الأمين العام للأمم المتحدة، لمزيد من التفاصيل أنظر: سيباستيانو سالقادو، حقوق الإنسان من أجل كرامة الإنسان، وثيقة تمهيدية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مطبوعات منظمة العفو الدولية، مطبعة Alden Press Oxford UK، الطبعة الأولى 2005، ص 04.



- 1-وجوب احترام حقوق الإنسان في كل الحالات العادية وغير العادية من قبل الدولة؛
- 2-إيقاف الحروب و النزاعات المسلحة التي لا تزال اليوم ببعض الدول مثل ليبيا وسوريا و اليمن و...، وهذا من أجل عدم انتشار وباء " كورونا " ، حيث أن الدول التي ليس بها حروب نجدها تعاني من الوباء وانتشاره بقوة، فما بالك بالدول التي بها نزاعات وعدم توفرها على مستشفيات وأطباء ودواء و...
- 3-نرجو من الأمم المتحدة التدخل من أجل إيقاف كل النزاعات المسلحة، لأنه يتم انتهاك الحقوق الأساسية للإنسان بشكل يومي دون وجود جهة رقابية.

## ملاح نمودج مغرب ما بعد أزمة كورونا

د. خليل اللواح

أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش

جامعة عبد المالك السعدي

عضو المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية

### مقدمة:

كشفت جائحة كورونا COVID19 عن هشاشة الاقتصاد العالمي، من خلال تأثير قطاعات ومجالات حيوية في مختلف بقاع العالم؛ والاقتصاد المغربي لم يكن في منأى عن ذلك، إذ أرخت هذه الأزمة الصحية بظلالها عليه، مخلفة تداعيات صعبة على وضعية البلد ومستقبله في الأمد القريب، وتحديات كثيرة على ترتيب خياراته وسياسته اتجاه القطاعات اللصيقة بالهجوم والقضايا اليومية للمواطنين.

وفي هذا السياق، يتضح جليا أن هناك وجها آخرًا لجائحة كورونا، يعاكس وجهها الحامل للتداعيات الخطيرة، فهذه الأزمة لم تكن آثارها سيئة دائما، بل تراءى للجميع أنها كانت سببا وراء ارتفاع منسوب الثقة بين المواطنين والدولة ومؤسساتها، وهو ما جعل أحد المفكرين الغيورين على الوطن، ينادي بعدم تفويت الفرصة لبناء تعاقد جديد فيه الدولة قوية ومواطن جديد لا يركن للحقوق وينسى واجباته، وقادر على تحمل المسؤولية والانخراط في القرار وتولي المسؤولية في دولة ديموقراطية<sup>1</sup>؛ ويضيف آخر، أن الاعتبار بهذه الجائحة واستخلاص ما يلزم من الدروس والعبر، يقتضي الحال معه ضرورة مراجعة مفهوم الدولة ووظائفها الاستراتيجية، من خلال إعادة النظر في التوجهات النيوليبرالية، بما يعطي دورا مركزيا للدولة في تدبير الحياة الاقتصادية والاجتماعية وترسيخ مقومات الدولة

1 محمد العمراني بوخيزة: مداخلة في ندوة عن بعد "الدولة والمواطن، أية تعاقدات لما بعد الأزمة" المنظمة من طرف مؤسسة طنجة الكبرى للشباب والديموقراطية بتاريخ الخميس 4 يونيو 2020.

الديموقراطية الراحية للمجتمع والاقتصاد، مع مراجعة عميقة للقيم والمبادئ لبناء مجتمع آمن متطور معترهه وبقيمه الدينية والحضارية والإنسانية النبيلة<sup>1</sup>.

ويعني كل ذلك، أن مرحلة تفشي وباء كورونا وما بعد انحساره، ستحتم بالضرورة إعادة ترتيب الأولويات والخيارات في ضوء حجم النتائج والآثار الجسيمة المترتبة، من خلال إعادة النظر في السياسة المتبعة. والمغرب باعتباره فاعلا في المنتظم الدولي، وجزء منه يؤثر فيه ويتأثر به، ستطرح أمامه مجموعة من التحديات، مرتبطة بآليات التعاطي مع الأزمات وسبل الخروج منها، بما يجعل الجهة الداخلية قوية أكثر من أي وقت مضى، ومعبأة بحس وطني لمجاهة الإكراهات المطروحة.

باعتبار أن أدوار الدولة وخياراتها في مرحلة ما بعد كورونا، مرتبطة بنتائج أحداث المرحلة السابقة، وعلى ضوء التحولات الجارية والمستجدات الطارئة، تبرز الإشكالية المحورية للدراسة في التساؤل التالي:

" ما هي ملامح الخيارات الأساسية لمغرب ما بعد كورونا في ضوء المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؟ "

تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات وهي:

- (1) ما هي وظائف الدولة قبل أزمة كورونا وبعدها؟
- (2) كيف ستساهم أزمة كورونا في تغيير تدخل الدول؟
- (3) ما هي الخيارات الممكنة للدول للتعاطي بشكل فعال مع الأزمات؟

للإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المطروحة، سأوظف المنهج الوظيفي التحليلي في الدراسة، لما يوفره من أدوات أساسية في الإحاطة بمحاور الموضوع ومناقشته بشكل دقيق، كما سأعتمد على تصميم منهجي يتكون من محورين اثنين؛ يناقش المحور الأول ماهية وهوية الدولة ما بعد وباء كورونا، كما يعرج المحور الثاني على الخيارات الممكنة المرتبطة بالتنظيم الفعال للدولة.

<sup>1</sup> أحمد الخاطب: المغرب بعد الحجر الصحي، إعادة ترتيب الأولويات ووظائف الدولة، مقال منشور بتاريخ 11 يونيو 2020 على الموقع الإلكتروني [www.hespress.com](http://www.hespress.com)

## المحور الأول: ماهية وهوية الدولة ما بعد جائحة كورونا

أجبر وباء كورونا covid19 دول العالم اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير للحيلولة دون تفشي هذا الفيروس، بشكل يجعل صحة الإنسان ومستقبل حياته في خطر محدد ومهدد لهما؛ وقد فرضت هذه الأزمة الصحية العالمية سرعة تعاطي الدول معها واستعجالية التدخل، كاستجابة طبيعية منها احتراماً للمسؤولية الملقاة على عاتقها في الحفاظ على صحة الوطن والمواطن، باعتبار أهمية هذين الركنين في نشأة الدول وتأسيسها.

إن اتخاذ حزمة من الإجراءات في سياق مجابهة جائحة كورونا كما وصفتها منظمة الصحة العالمية، كان لها انعكاسات وتداعيات على ممارسة الحقوق والحريات؛ وهو خلق نقاشاً وجدالاً في أوساط متبعي ممارسة الشأن العام، في اتجاه التأصيل القانوني والمؤسساتي لمجموعة هذه التدابير؛ وقد تباينت الآراء وردود الأفعال بخصوص ذلك بين مؤيد ومعارض، وتنازلت العديد من الدراسات والبحوث لتسليط الضوء على مرجعية التدخل لمحاربة هذا الوباء الفتاك. وفي خضم هذا الصراع الفكري، تولدت مجموعة من الخيارات والاقترحات لإعادة صيانة هيكل الدول وآليات عملها وتنظيمها، بما يقوي وسائلها ويثمن مواردها ويضعف قدراتها لمجابهة التحديات المطروحة؛ وفي هذا الإطار تبقى أهم الخيارات الممكنة للرفع من منسوب الثقة في سياستها متجلية في العناصر التالية:

1. مراجعة النظام الأساسي للدولة في اتجاه التنبه على الأزمات الصحية وإجراءات المجابهة:

إن الأصل هو أن تعيش الدول حالة من الاستقرار العام في ظل تنظيم دستوري وقانوني واضح للعلاقات بين السلط وأطراف المجتمع؛ غير أنه استثناء تتعرض لأخطار وأحداث تصبح معها القواعد العادية عاجزة عن الفعل المناسب في الوقت المناسب، فتغدو القواعد الاستثنائية ضرورة وحاجة ماسة لدرء القلاقل والتهديدات والاضطرابات الناجمة؛ وإذا كان الدستور المغربي حصر الأحداث المنتجة للتهديدات في صورتين، وهما حالة الاستثناء (ف 59 من الدستور) وحالة الحصار (ف 74 من الدستور)، وبالتالي لم يشر إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية؛ على الرغم من أن النتائج الوخيمة لهذه الأزمة الصحية لا تقل أهمية عن نتائج الحالتين السابقتين؛ وهو ما يقتضي فتح نقاش عميق في اتجاه إصلاح دستوري لتضمين هذا الحدث الصحي، الذي بدون شك سيتكرر في المستقبل القريب بشكل أو بآخر،

كمعطى يمكن استنتاجه من الوضعية الصحية العالمية خلال السنوات الأخيرة في ظل تزايد وثيرة الأمراض المستعصية عن العلاج والمهددة للأمن الصحي العالمي.

وتجدر الإشارة في سياق الإصلاحات الدستورية، أن المغرب عرف بعد الاستقلال ثمانية تعديلات دستورية، أجريت سبعة منها في عهد الراحل الملك الحسن الثاني طيب الله ثراه، والتعديل الثامن في عهد الملك محمد السادس كرد فعل عن مطالب حركة 20 فبراير 2011<sup>1</sup>. وقد أبانت الممارسة في ظل الدستور المغربي لسنة 2011 عن عدة إشكاليات دستورية، تزايدت معها دعوات عديدة للمطالبة بتعديل دستوري، من منطلق أن الإصلاح الدستوري نتيجة إيجابية لتجاوز النقائص والثغرات وأحيانا المآزق. وفي هذا السياق تبقى دواعي الإصلاح معقولة، لما تثيره بعض المقترضات الدستورية من إشكالات واقعية (الفصلان 47 و86 من الدستور خير مثال)، وكذا حدوث تحولات طارئة ومستجدات ظرفية وأحداث مقلقة وصعبة (جائحة كورونا covid19)، يمكن رصدها من خلال المعطيات التالية:

أ- لقد رافق الفصل 47 من الدستور الذي ينص على أن "الملك يعين رئيس الحكومة من الحزب السياسي الذي تصدر انتخابات أعضاء مجلس النواب وعلى أساس نتائجها" مأزق تشكيل حكومة عبد الإله بنكيران عقب انتخابات 7 أكتوبر 2016؛ إذ استغرقت المشاورات مدة زمنية تجاوزت 5 أشهر، انتهت بإعفاء الملك لبنكيران من تشكيل الحكومة لتجاوز وضعية الجمود؛ وقد أثارت مقترضات الفصل السابق نقاشا دستوريا حادا وجدلا فقهيًا واسعًا، وأسالت لعاب كثير من السياسيين، لأنه تناول قضية تعيين رئيس الحكومة بشكل مطلق، ولم يضع التدابير التنظيمية في حالة وقوع أزمة سياسية ناتجة عن تحولات غير متوقعة كالتى وقعت سنة 2016. وبدون الخوض في إشكالية هذا النص الدستوري وزوايا مقارنته؛ فقد طفت على السطح مجموعة من الدعوات تنادي بتعديل الدستور في اتجاه توسيع خيارات الملك في تعيين رئيس الحكومة.

ب- ينص الفصل 86 من الدستور على عرض القوانين التنظيمية المنصوص عليها في الدستور وجوبا قصد المصادقة عليها من طرف البرلمان في أجل لا يتعدى مدة الولاية التشريعية الأولى التي تلي صدور الأمر بتنفيذ الدستور؛ وقد أسال هذا الفصل مداد كثير من

1 منشورات المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات: دراسة نقدية للدستور المغربي للعام 2011، طبعة 2012، ص: 14.

الفاعلين السياسيين<sup>1</sup>، بل وضع الوثيقة الدستورية في إشكالي حقيقي مرتبط بمدى القدرة على المصادقة على جميع القوانين التنظيمية في ولاية واحدة، وبمدى صلاحية الفصل وأهميته داخل المتن الدستوري بعد إصدار جميع القوانين التنظيمية؛ وهو ما جعل بعض المتبعين والباحثين في الشأن الدستوري ينادوا بتعديل الدستور في اتجاه حذف هذا النص من المحتوى الدستوري لانعدام جدواه بعد صدور جميع القوانين التنظيمية.

ت- يقول جلالة الملك محمد السادس نصره الله في خطابه<sup>2</sup> " إن المشروع الرسي للدستور، يعد أكثر من قانون أسى للمملكة، وإنما نعتبره الأساس المتين للنموذج الديمقراطي التنموي المغربي المتميز....." هذا النموذج التنموي الحالي بلغ مداه بإقرار من جلالته في أكثر من مناسبة، ولم يعد قادرا على الاستجابة للمطالب الملحة والحاجيات المتزايدة للمواطنين، وغير قادرا على الحد من الفوارق بين الفئات ومن التفاوتات المجالية وعلى تحقيق العدالة المجالية؛ وهو ما جعل جلالته يعين لجنة خاصة بالنموذج التنموي، ستنكب على بحث ودراسة الوضع الراهن بصراحة وجرأة وموضوعية، والتي سترفع إلى نظره السامي مشروع تحيين وتجديد النموذج التنموي الوطني. ويتضمن هذا المشروع تعديلات كبرى ومبادرات ملموسة وجيل جديد من المخططات القطاعية الكبرى، وهي إصلاحات هيكلية عميقة قد لا تنسجم مع بعض محاور الدستور، باعتبار أن هذا الدستور هو أساس النموذج التنموي الحالي الذي أثبت محدوديته، وبالتالي الانقلاب على تعديل بعض المضامين للانسجام مع النموذج التنموي الجديد.

ث- فرض وباء كورونا covid19 على الدول اتخاذ مجموعة من الإجراءات الاستثنائية التي تقيد الحقوق والحريات لمجابهة هذا الخطر الداهم المهدي للحياة وصحة الإنسان بإعلانها حالة الطوارئ الصحية؛ وهو ما طرح إشكال دستوري حول شرعية تدخل السلطات ومشروعية التدابير المتبناة في هذه الظرفية لمحاصرة انتشار الفيروس؛ على اعتبار أن مقتضيات الدستور المغربي لا تتضمن إشارة واضحة لحالة الطوارئ الصحية.

إن الأسباب السابقة تعتبر كافية ومقنعة لفتح نقاش موسع حول تعديل مضمون الوثيقة الدستورية لسنة 2011 مسيرة للدينامية الدولية والتحولات المجتمعية، باعتبار أن تعديل الدستور هو أمر طبيعي وعادي في الدول الديمقراطية أو تلك التواقفة للديموقراطية.

1 جريدة الأحداث ليوم الأربعاء يناير 2013.

2 الخطاب السامي لجلالة الملك محمد السادس بتاريخ 17 يونيو 2011 بخصوص الدستور الجديد.

وبالنظر إلى أن المغرب يعيش فترة اقتصادية صعبة وعسيرة، ويمر من مرحلة انتقالية عنوانها العريض البحث عن نموذج تنموي جديد.

## 2. إعادة النظر في وظيفة الدولة وسياستها اتجاه القطاعات الاجتماعية:

لا مناص، أنه بقدر ما أعاد الوفاء للدولة هيبتها وبريقها، بقدر ما فتح نقاشا عميقا في الأوساط الأكاديمية والعلمية بخصوص وظائف الدولة بعد انجلاء هذه الجائحة؛ لاسيما وأن الدولة على امتداد سنوات خلت، اتسمت سياستها بالتخلي التدريجي عن القطاعات الاجتماعية، اعتقادا منها أنها قطاعات مُستهلكة غير مُنتجة تلهم فقط الميزانية العامة.

إن نشوء الدولة وتطور وظائفها على مر التاريخ أملت مجموعة من العوامل والمراحل في تاريخ الجماعة البشرية كمجتمع سياسي منظم. ولفهم ذلك يمكن استحضار مجموعة من النظريات في هذا الشأن، تتأرجح بين النظرية الثيوقراطية ذات المدخل الديني، ونظرية التطور ومنها النظرية العائلية التي تفيد تطور الأسرة إلى عشيرة ثم قبيلة ثم اتحاد عدة قبائل فيما بينها فوق مساحة من الأرض تتوفر على مقومات العيش<sup>1</sup>؛ غير أن هذه النظرية تقر بأن نشأة الدولة ناتجة عن سيرورة تاريخية تداخلت فيها مجموعة من العوامل، منها الاقتصادية والاجتماعية وكذا الدينية<sup>2</sup>. وكذلك نظرية العقد الاجتماعي بزعامة طوماس هوبز وجون لوك وجان جاك روسو، جاءت في خضم بروز طبقة البورجوازية كإرادة راسخة لإقامة مؤسسات سياسية بديلة عن السلطة المطلقة المستندة على الحق الإلهي. والنظرية الماركسية بزعامة كارل ماركس وفريدريك إنجلز، التي تؤكد أن الدولة هي نتاج الصراع الطبقي وهي جهاز الطبقة البورجوازية للسيطرة على الطبقة البروليتارية. وكما تطورت الدولة في نشأتها بحسب المرجعيات الفكرية لرواد نظرياتها، تطورت كذلك وظائف الدولة وفق مراحل تاريخية متلاحقة<sup>3</sup> ووفق طبيعة كل حقبة وخصائصها المميزة؛ وفي هذا الصدد، فمن الدولة الحارسة Etat Gendarme التي تنحصر مهمتها الأساسية في الحفاظ على الأمن العام الداخلي والخارجي، و تقتصر وظيفتها في مراقبة سير الشؤون العامة ولا تتدخل إلا إذا

1 عصام سليمان: مدخل إلى علم السياسة، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان 1989، ص: 187.

2 محمد ظريف: القانون الدستوري، مدخل لدراسة النظرية العامة والأنظمة السياسية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص: 44.

3 عبد المولى المسعيد: في نشأة وتطور وظائف الدولة، مجلة إضاءات في الدراسات القانونية، منشور على الموقع الإلكتروني <https://idaat.net> نونبر 2019.

حتمت ذلك متطلبات الصالح العام<sup>1</sup>، إلى الدولة المنقذة أو الدولة العنانية Etat Providence التي يتجاوز دورها كدركي إلى وظيفة تدخلية لمساعدة الخواص على تجاوز آثار الدمار المترتبة عن الحرب العالمية الأولى والوقوف كسد منيع ضد المد الاشتراكي المهدد للنظام الرأسمالي. غير أن الاضراب الاقتصادي الخطير الناجم عن الأزمة الاقتصادية العالمية سنة 1929، أعاد النموذج الليبرالي القائم على الحرية الاقتصادية من خلال مبدأ "دعه يمر، دعه يعمل" والمؤمن بعدم تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، إلى واجهة الجدل والنقاش بحثا عن مداخل أخرى لتجاوز أعطابه، لاسيما بعد أن تفجرت نظرية جون مينارد كينز في أعقاب ذلك، بحثا عن الخلاص من خلال ضرورة تدخل الدولة لإنعاش الاقتصاد بما يؤثر بشكل إيجابي على المجال الاجتماعي؛ وقد ساعد تداعيات الحرب العالمية الثانية في إحداث تحول جديد في وظيفة الدولة، إلى الدولة الموجبة والمسيرة Etat Orientateur من خلال القيام بدور التوجيه والمراقبة والمشاركة إلى جانب الخواص في المشاريع الاقتصادية. وفي المغرب من سنة 1956 إلى سنة 1960 أنشئت مقاولات في إطار الخيار الاشتراكي مع النداء في نفس الوقت على الرأسمال الخاص، وقد أدى ذلك إلى فرض رقابة عمومية على أنشطة اقتصادية أساسية وخاصة عن طريق إنشاء شركات الاقتصاد المختلط؛ وابتداء من سنة 1965 عملت الدولة على تحرير الاقتصاد من الهيمنة الأجنبية مع تشجيع الخصوصية، والشروع في إنشاء أسس لنهج تنمية من صنف ليبرالي تمارس فيه الدولة وظيفة أساسية تتمثل في تبني قوانين الاستثمار. ومنذ سنة 1986 سارعت الدولة بطريقة أكثر دقة ومنهجية في تكوين تصور جديد للتدخل الاقتصادي، بحيث لا يجب أن يتأسس حل المشاكل الاقتصادية مبدئيا على اللجوء إليها<sup>2</sup>، في إطار النظرية الليبرالية الجديدة المؤمنة بالثالث التالي: إضعاف دور الدولة إلى أبعد حد ممكن (صفر دولة)، وتسليم مقود الاقتصاد للقطاع الخاص، وفتح الاقتصاد على مصراعيه للاستثمار الخارجي والشركات متعددة الجنسيات<sup>3</sup>. وفي أعقاب ذلك، وفي خضم هذا التحول الاقتصادي في سياسة الدولة، بدا جليا اتجاه التخلي عن الخدمات العمومية وانسحاب الدولة من رعاية القطاعات الاجتماعية واحتضانها للقطاع الخاص؛ وهو ما أفضى إلى ضعف منظومة الرعاية الاجتماعية وتردي أوضاع التعليم والصحة وارتفاع مؤشر

1 عبد الهادي بوطالب: المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار الكتاب، 1979، الدار البيضاء، ص: 115.

2 محمد اليعقوبي: التناقضات الكبرى لتطور الإدارة المغربية، منشورات مجموعة البحث في المجال والتراب GRET 2000 حول تأهيل الإدارة للعلمة، ص، ص: 208-209.

3 الحسين بن عمر: تونس... كورونا والدولة الاجتماعية ونهاية براديجمات الرأسمالية، الموقع الإلكتروني تونس عربي 21، الأحد 12 أبريل 2020، الساعة 12:28 بتوقيت غرينش.



البطالة...بما أسس لقيم جديدة عكست لتحول جوهرى في علاقة الدولة بالمجتمع<sup>1</sup> وعلاقة الفرد بالسلطة.

اليوم أمام هذه الجائحة الفيروسية العابرة للقارات، والتي أنهكت قدرات القوى الكبرى قبل الصغرى، جعلت الأمن الصحي للدول باعتباره من أسس النظام العام، يعود للواجهة في سلم الأولويات، إلى جانب الخيارات الاجتماعية الأخرى (التعليم، الرعاية الاجتماعية، الخدمات العمومية...)، لاسيما وأن هذه اللحظة التاريخية الاستثنائية الفريدة في تاريخ المغرب، والموسومة بتداعيات الأزمة الصحية الناجمة عن وباء كورونا، وتأثيراتها السلبية الصعبة على الاقتصاد الوطني وانعكاس ذلك على الوضع الاجتماعي؛ تؤسس بما لا يدع مجالاً للشك لمرحلة فارقة ومهمة في تحول جوهرى في وظيفة الدولة، من خلال العودة بقوة إلى الدولة الاجتماعية الراعية للوظائف الاجتماعية؛ وهو ليس فقط بتحول مفاهيمي، بقدر ما يجب أن يكون تحولاً بنويًا عميقاً على مستويات عدة، من خلال العمل على الرفع من ميزانية وزارة الصحة كخطوة أولى؛ إذ تمثل ميزانية هذه الأخيرة فقط 6 في المائة من مجموع الميزانية العامة للدولة، وهي ميزانية لا تليق بقطاع حيوي واجتماعي، ولا تنسجم مع توصيات منظمة الصحة العالمية التي أوصت بضرورة تخصيص على الأقل 10 في المائة من ميزانية الدولة لقطاع الصحة. وكخطوة ثانية العمل على تامين مخرجات المدرسة العمومية المشهود بكفاءتها ونوعيتها، وكذا تحسين جودة التعليم العمومي كأولوية استراتيجية ذات راهنية في ظل الإصلاحات الجارية لقطاع التعليم من خلال تنزيل مقتضيات القانون الإطار 51.17<sup>2</sup> والرؤية الاستراتيجية للمجلس الأعلى للتربية والتكوين (2015-2030)، باعتبار أن الرأسمال البشرى ثروة حقيقة والاستثمار فيه خيار استراتيجي ناجح، تم تبنيه من طرف الدول العظمى وأعطى نتائجه لا يجادل فيها أحد، ودولة اليابان شاهدة وخير مثال لذلك.

الخطوة الثالثة، العمل على تسريع تقنين آلية الدعم الاجتماعي<sup>3</sup> من خلال تنزيل الورش المتعلق بتطوير منظومة استهداف المستفيدين من برامج الدعم الاجتماعي بإحداث السجل

1 عبد المطلب أعميار: كورونا، هل تؤسس لنموذج الدولة الجديدة؟، مقال بجريدة hespress بتاريخ 6 أبريل 2020 الساعة 14:36 على العنوان الإلكتروني [www.hespress.com](http://www.hespress.com).

2 ظهير شريف رقم 1.19.113 صادر في 7 ذي الحجة 1440 الموافق 9 غشت 2019 بتنفيذ القانون الإطار 51.17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي، جريدة رسمية عدد 6805 بتاريخ 17 ذي الحجة 1440 الموافق 19 غشت 2019، ص: 5623.

3 أعدت الحكومة مشروع قانون رقم 72.18 يتعلق بمنظومة استهداف المستفيدين من برامج الدعم الاجتماعي وإحداث الوكالة الوطنية للسجلات، وبعدما صادقت عليه، تم إحالته على البرلمان للمصادقة عليه.

الاجتماعي، كخيار ضروري لا معيد عنه لمساعدة الفئات الهشة التي تعيش الفقر والهشاشة، وبالتالي تحقيق نوعا من المصالحة بين الدولة ومواطنيها، بما يُرسي تماسكا اجتماعيا وتعاقدا وطنيا جديدا قوامه المواطنة الصادقة والوطنية الحقة، لاسيما وأن التعاطي مع أزمة كورونا أفرز تجربة مهمة في كفاءات التعامل مع الدعم الاجتماعي للفئات المحتاجة المستهدفة) الدعم المقدم من طرف الصندوق الخاص بجائحة كورونا نموذجا).

كانت هذه أبرز العناصر والخطوات المرتبطة بالتحول الوظيفي للدولة، والتي يتحتم القيام بها في مرحلة ما بعد جائحة كورونا، على اعتبار أنه حان الوقت لتصبح الأولوية للقطاعات الاجتماعية للصيقة بالقضايا اليومية للمواطنين، بما يضمن الأمن المجتمعي. على أن التغيير بعد هذه المرحلة الطارئة يطال أيضا بعض المظاهر في أعمال وأنشطة الدولة من قبيل إحداث تحول حقيقي في تدبير الإدارة والاقتصاد والتعاطي الفعال مع الأزمات.

### المحور الثاني: نحو تحول عميق في عمل الدولة بعد جائحة كورونا

وجدت الدولة نفسها بفعل جائحة كورونا، أمام واقع جديد معقد وغير مألوف، لم يسبق لها أن واجهت مثله بنفس الحدة على مر تاريخها؛ ورغم هذا الوضع المتأزم وغير المسبوق، فقد أحسن المغرب التعاطي مع هذا الوباء القاتل، فلقبت إجراءاته المتخذة الصدى والإشادة، بما جعله نموذجا للبلد المتيقظ المهتم بصحة المواطنين وسلامة الوطن. وفي خضم هذه اللحظة الراهنة المتسمة باستعجالية التدخل، عملت الدولة على تعبئة جميع مواردها وإمكانياتها لتأمين استمرارية خدماتها بشكل يحد من آثار الصدمة والتحديات الناجمة عن الوباء، وبما يتلاءم مع مخاطر المرحلة؛ وقد تعددت أنماط تدخلها على مستويات عدة وفي مجالات متنوعة، وهو ما أحدث تجربة غنية ومفيدة، يمكن تطويرها لاستشراف مرحلة ما بعد انحسار فيروس كورونا. وفي هذا الصدد، يبقى التحول الرقمي، العنوان العريض لهذه التجربة الثرية، باعتبار أن هذا التحول الذي أخذ حيزا مهما في البرامج الحكومية والمخططات الوطنية، وطال أمد إرسائه في الأمد القصير والمتوسط، أصبح اليوم في ظل هذه الأزمة الصحية، واقعا يفرض نفسه بقوة.

تعتبر جائحة كورونا إذن، نقلة نوعية وفرصة للتسريع والتعجيل باستكمال إنجاز التحول الرقمي بالمغرب، وقد تختصر سنوات تطبيق هذا التحول، باعتبار هذا الأخير حتمية محققة في مسار التطور والإصلاح. والتحول الرقمي هو نتيجة طبيعية لثورة تكنولوجيا

الإعلام والاتصال، وإحدى تجليات الديمقراطية الرقمية<sup>1</sup>، وصورة دالة لنهج الحكومة الإلكترونية<sup>2</sup>، وقد برز بشدة ضمن الإجراءات المصاحبة لتدابير مكافحة هذه الجائحة؛ وقد تبلور بشكل جلي في رقمنة خدمات الإدارة العمومية و العمل عن بعد والتعليم عن بعد والتطبيب عن بعد من خلال نشر المعلومات الصحية، والمشاركة في الطلبات العمومية بكيفية إلكترونية والتصريح الإلكتروني، بل وحتى التوقيع الإلكتروني...

وفي هذا الإطار، بادرت وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة بتنسيق مع وكالة التنمية الرقمية، في سياق ترسيخ ثقافة المعاملات الإلكترونية على كل المستويات والارتقاء بالخدمات العمومية الموجهة للمواطن والمقاول، بهدف تقليص تبادل المراسلات والوثائق الإدارية، بما ينعكس إيجابا على جودة الخدمات العمومية، بادرت إلى اتخاذ مجموعة من التدابير لدعم الإدارات العمومية في تبني الحلول الرقمية من خلال إصدار منشور رقم 2/2020 بتاريخ 1 أبريل 2020 في موضوع الخدمات الرقمية للمراسلات الإدارية<sup>3</sup>؛ وقد دعا هذا المنشور إلى اعتماد " بوابة مكتب الضبط الرقمي " تهدف إلى تمكين الإدارات والمرتفقين من إيداع المراسلات عن بعد مقابل وصل رقمي، وكذا إحداث الشبكات الإلكترونية للمراسلة، يسمح برقمنة مسطرة معالجة البريد بالإدارات بشكل إلكتروني من طرف مستخدمي الإدارات، وإرساء خدمة " الحامل الإلكتروني " (Parapheur électronique) التي ستمكن الإدارات من التجريد المادي لمختلف الوثائق الإدارية، وكذا التوقيع الإلكتروني على الوثائق الإدارية؛ وهو ما يعني أن هذا الوباء أظهر الفوائد العظمى لمبادرات التحول الرقمي، وانتزع بالمقابل الأهمية من العمل التقليدي الورقي.

وترسيخا للتحول الرقمي كخيار لا محيد عنه، وفي إطار الجهود المتواصلة لإصلاح الإدارة، عملت الحكومة من جهة، على بلورة مشروع مرسوم يتعلق بالعمل عن بعد بإدارات الدولة<sup>4</sup>؛ وهو المشروع الذي يسعى لتطوير أساليب العمل بالمرافق العمومية وتشجيع رقمنة

1 ميروك كاهي: نقد العقل الغربي للممارسة الديمقراطية؛ نحو إعادة الهندسة للفعل أو تأسيس لما بعد المفهوم، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4 أبريل 2020، ص:72.

2 الحكومة الإلكترونية أو ما يعرف ب e-gov، وقد عرفت ها الأمم المتحدة بأنها " استخدام الإنترنت والشبكة العالمية العريضة لتقديم معلومات وخدمات الحكومة للمواطنين". أما منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية فعرفتها ب «استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وخصوصا الإنترنت للوصول إلى حكومات أفضل".

3 خليل اللواح: التحول الإداري بالمغرب بين إكراهات العولمة وتحدي الأزمات: جائحة كورونا نموذجا، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4 أبريل 2020، ص:124.

4 مشروع مرسوم رقم 2.20.343 المتعلق بالعمل عن بعد بإدارات الدولة، الذي جاء تفاعلا مع رسالة السيد وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 857 بتاريخ 29 أبريل 2020.

المساطر وأدوات الاشتغال بهذه المرافق، وتحسين مردودية ونجاعة وفعالية الأداء. على اعتبار أن العمل عن بعد يعتبر إحدى الرهانات الأساسية التي يجب كسبها في الأمد القريب، ولأنه كذلك خيار استراتيجي مستقبلي من تجليات الإدارة الحديثة، ومدخل جوهري لتغيير علاقة الإدارة بموظفيها، ومن ذلك علاقة الدولة بمواطنيها. وتفاعلا مع هذه المقاربة الجديدة في عمل الإدارة العمومية، وفي سياق مواكبة وتدعيم الجهود لتجويد الخدمات العمومية عبر التقليل من تداول الوثائق الورقية وتبسيط المساطر وتسريع رقمتها؛ وقد انخرط في هذا الورش الاستراتيجي الرقمي المعتمد على التكنولوجيا الرقمية كخيار حتى للرفع من الأداء، العديد من القطاعات والمؤسسات والوحدات الترابية؛ إذ عملت مثلا جماعة الدار البيضاء على إطلاق خدمة " مكتب الضبط الرقمي"، كما كانت قد أطلقت منصة تدبير المراسلات منذ سنة 2017 في إطار سياسة التحول الرقمي الهادفة إلى التقليل من استعمال الوثائق الورقية ورقمنة الخدمات وتحديث أنظمة الأرشفة والتوثيق.

وباعتبار ما للاقتصاد من أهمية في بناء الدولة وتطويرها، استلهاما من تجارب التاريخ التي توضح أن الأزمات الاقتصادية على مر العصور، تجبر الدول على تغيير اختياراتها وسياساتها؛ وتشكل الأزمة الاقتصادية لسنة 1929 مثلا حيا لتبرير هذا الطرح؛ فمن بين ما أفضت إليه هذه الأزمة عدم الاستقرار السياسي، كظاهرة صاحبت تحول وتغيير في تدخل الدولة عبر تبني أطروحة جون مينارد كينز للخروج من الأزمة التي عصفت بالنظام الاقتصادي الليبرالي. وبما أن الأزمة الصحية الناجمة عن وباء كورونا covid19 بتداعياتها الاقتصادية والاجتماعية، أشد وقعا كمثلتها في سنة 1929 على وضعية البلدان الاقتصادية والسياسية جراء الشلل والركود الاقتصادي والاضطرابات السياسية؛ فإنه آن الأوان لإعادة النظر في كثير من مسلمات النموذج النيوليبرالي لصالح الاحتفاء بنموذج الدولة الاجتماعية كما سبق مناقشة ذلك في المحور الأول. وقد كان لتطبيق الاختيارات النيوليبرالية منذ 35 سنة، الأثر البارز على نشوء بعض الظواهر المقلقة للاقتصاد الوطني، كظاهرة الاقتصاد غير المهيكل، كإطار يشتغل بعيدا عن المظلة القانونية المنظمة لعمل المقاولات، بما ساعد على تناسل أنشطة الهشاشة<sup>1</sup>؛ وقد نما القطاع غير المهيكل بشدة خلال عشرية تطبيق برنامج التقويم الهيكلي (1983-1993)، التي تميزت بانتشار الهشاشة مع تراجع

<sup>1</sup> محمد العودي: شرائح الفقر بالقطاع غير المهيكل والارهاصات الاجتماعية، مجلة التحرر، العدد الأول شتاء 2014، ص: 122.

الاستثمار العمومي، وانفجار البطالة وضعف التشغيل العمومي وتدهور القدرة الشرائية لفئات الطبقات الوسطى والشعبية.

ويمثل الاقتصاد غير المهيكل اليوم إشكالا عويصا وعبءا ثقيلا يجب التخلص منه، وآفة ضارة بالاقتصاد الوطني؛ إذ أظهرت دراسة أنجزها الاتحاد العام لمقولات المغرب؛ أن الاقتصاد غير المهيكل يمثل أكثر من 20% من الناتج الداخلي الخام دون احتساب القطاع الفلاحي، ويؤدي إلى خصائص في مداخيل الضرائب وفي الاشتراكات الاجتماعية، ويضر بعائدات المقاولات المغربية بفعل الفارق الكبير في التنافسية والسعر من خلال عدم أداء الضرائب والرسوم. وقد تزايد حدة تأثيره في هذه المرحلة الاستثنائية المتسمة بتفشي فيروس كورونا المستجد وبعدها، أمام الإشكالات الاقتصادية والمجتمعية الناتجة. على اعتبار أن 4 ملايين و300 ألف أسرة تعمل في القطاع غير المهيكل، تشكل فئة عريضة استفادت من دعم الصندوق الخاص بتدبير جائحة كورونا<sup>1</sup>. مع ما يعني ذلك من استنزاف للموارد وإهدار للمداخيل وتفويت لفرص التنمية. ويُطرح إدماج القطاع غير المهيكل في الدورة الاقتصادية المنظمة بعد انحسار الوباء كرهان أساسي ومحوري وكصمام أمان مجتمعي تعيش في حضنه مجموعة من الأسر المغربية، من خلال اعتماد مقاربات إجرائية فعالة وحلولا تقوم على تغيير العقلية والأنماط الذهنية والمجتمعية؛ وهو ما يمكن القول معه، أن هذا الوباء يشكل منعطفا تاريخيا تتم فيه إعادة تشكيل العلاقات بين الدولة والاقتصاد والمواطن من خلال خلق اقتصاد وطني يفكر في الجميع ولا يستثني قطاعا دون الآخر، بما يجعله قويا بتنوع مداخيله وبموارده المحصلة.

وتعتبر قيم التضامن والتكافل والتآزر، في هذا السياق الذي عنوانه الحد من مخاطر انتشار وباء كورونا، أولوية الظرفية الاستعجالية وواجهة يجب العناية بها والاشتغال عليها في عالم ما بعد انجلاء هذه الجائحة. على اعتبار أن الظروف التي يعيشها العالم ومعه المغرب بسبب كثرة الكوارث الطبيعية الناجمة عن التغيرات المناخية والأمراض المستعصية والأوبئة المختلفة، أصبحت واقعا يُحتم التعايش معه وتديبره بحكمة جيدة؛ وعلى امتداد التاريخ، فالمغرب لم يسلم من مخاطر الكوارث بسبب التغيرات المناخية وموقعه الجيوستراتيجي، بل أن تقرير "المخاطر العالمية برسم سنة 2016" الذي أنجزته جامعة "الأمم المتحدة" ومعهد

1 أحدث الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا المستجد بموجب المرسوم رقم 2.20.269 الذي نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 17 مارس 2020، تنفيذا للتعليمات الملكية السامية، وعملا بمقتضيات القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13، وكذا المادة 29 من قانون المالية للسنة المالية 2020 والمادة 25 من المرسوم رقم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية. ويهدف هذا الصندوق إلى تأهيل القطاع الصحي ودعم الاقتصاد الوطني.

سلامة البيئة والإنسان" تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة، صنف المغرب ضمن قائمة الدول المعرضة لمخاطر الكوارث الطبيعية، حيث حازت المملكة الرتبة 82 من أصل 171 دولة مهددة بالجفاف والزلازل والفيضانات ونقص الغذاء وارتفاع مستوى سطح البحر. وسبق للمغرب أن عاش في السنة الفارطة تقلبات جوية (نواحي تارودانت، الرشيدية، مراكش، بني ملال...) أدت إلى هطول أمطار طوفانية دمرت البنية التحتية وخلفت خسائر في الأرواح والممتلكات.

استنفرت هذه الفيضانات والسيول وما خلفته من أضرار جسيمة، الحكومة إلى تبني قانون يهدف إلى إحداث نظام تغطية ضد عواقب الوقائع الكارثية للتخفيف من أثارها على المتضررين ووضع نظام متكامل لتعويض الضحايا وذوهم<sup>1</sup> من خلال وضع آليات تعويض فعالة ومستدامة لصالح ضحايا الكوارث بشتى أشكالها. ولإنجاح هذا القانون عملت الحكومة على إصدار المرسوم رقم 2.19.244<sup>2</sup> بإحداث رسم شبه ضريبي يسمى " رسم التضامن ضد الوقائع الكارثية" لفائدة صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية؛ وقد ترأس السيد رئيس الحكومة يوم الإثنين 16 شتنبر 2019 بالرباط اجتماع الدورة الأولى لمجلس إدارة صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية الذي حُصص لإرساء الأسس التنظيمية والتدبيرية للصندوق، وشرعت الحكومة ابتداء من فاتح يناير 2020 في استخلاص هذا الرسم التضامني بزيادة نسبية في كل عقود التأمينات المكتتبه أو التي سيتم تجديدها ابتداء من هذا التاريخ.

وبما أن جائحة كورونا غير المسبوقة بأضرارها، تنسجم حسب العديد من الباحثين والفاعلين، مع التوصيف القانوني للواقعة الكارثية كما حددتها مقتضيات المادة 3 من القانون 110.14 السالف الذكر؛ غير أن الحكومة لم تعمل على الإعلان عن حدوث الواقعة الكارثية بموجب قرار إداري، بل كان لها رأي آخر، من خلال إحداث صندوق خاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد 19" بموجب مرسوم 16 مارس 2020<sup>3</sup> تنفيذاً للتعليمات

1 ظهر شريف رقم 1.16.152 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 الموافق 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون 110.14 المتعلق بإحداث نظام التغطية عواقب الوقائع الكارثية وبتغيير وتتميم القانون 17.99 المتعلق بمدونات التأمينات، جريدة رسمية عدد 6502 بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 الموافق 22 شتنبر 2016، ص: 6830.

2 مرسوم رقم 2.19.244 صادر في فاتح صفر 1441 الموافق 30 شتنبر 2019 بإحداث رسم شبه ضريبي يسمى "رسم التضامن ضد الوقائع الكارثية" لفائدة صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية، جريدة رسمية عدد 6822 بتاريخ 18 صفر 1441 الموافق 17 أكتوبر 2019، ص: 9991.

3 مرسوم رقم 2.20.269 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأمور خصوصية يحمل اسم "الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد 19" جريدة رسمية عدد 6865 مكرر بتاريخ 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، ص: 1540.

الملكية في هذا الشأن؛ واقتصرت موارد الصندوق بشكل كبير على الدينامية التضامنية العفوية الذي أبانت عنه المؤسسات بمختلف مستوياتها وأنواعها، وكذا الانخراط التلقائي والسريع للمغاربة، حيث بلغ مجموع موارد الصندوق حسب وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة إلى حدود 18 ماي 2020 ما مجموعه 32.7 مليار درهم<sup>1</sup>، وهو مبلغ ضخم يدعو إلى التفكير بحكمة وجدية لإمكانية الاستثمار بشكل مستدام، من خلال العمل على خلق وكالة للتضامن<sup>2</sup> كمؤسسة تهدف إلى تحقيق الحماية الاجتماعية وتعزيز الانسجام الوطني وتنسيق التدخلات في المناطق المستهدفة للتخفيف من الانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية، بما يؤسس لمورد مستدام وغير ظرفي مقرون بحلول الكارثة، تقوم مداخله على التضامن الإجباري كما هو مؤطر دستوريا، بدل التضامن العفوي الاختياري، وتسمح له وضعيته المالية المريحة للاستثمار في المشاريع المُنذرة للربح، بما يقوي قدراته ويُضاعف موارده ويجعل بأس الكوارث والأزمات خفيفا على الوطن والمواطن.

#### خاتمة:

مما لا ريب فيه، أن أزمة كورونا covid19 تشكل منعطفا أساسيا في تاريخ تطور الدولة وتحديثها، لاسيما وأن هذه الجائحة تزامنت مع صياغة نموذج تنموي جديد للمغرب من طرف اللجنة الخاصة بذلك، المُعينة من طرف جلالة الملك محمد السادس، بعدما بلغ النموذج التنموي الحالي مداها؛ وهو ما يعني أن مرحلة ما بعد فيروس كورونا سيطبعها بدون شك تغيير كبير في بنية العلاقات والوظائف، وستشكل فرصة سانحة لاستخلاص الدروس والعبر من هذه العاصفة الصحية وأزمتهما السحيقة وتحدياتها المختلفة.

وأمام هذه المعطيات الطارئة التي خلخلت الركود السائد منذ مدة، وفتحت النقاش على مصراعيه لإعادة النظر في كثير من المسلمات المرتبطة بمرحلة نهاية التاريخ، كما ذهب إلى ذلك Francis Fukuyama في بحثه بعد نهاية الحرب الباردة، والذي أقر من خلاله أن الديمقراطية الغربية الليبرالية تعتبر آخر إبداع وصل إليه العقل البشري؛ عملت من خلال هذه الدراسة على استشراف آفاق مرحلة ما بعد الجائحة، من خلال تسليط الضوء على كثير من الخيارات الاستراتيجية لبناء مغرب جديد؛ مغرب سيظل الاقتصاد الحجر الأساس

<sup>1</sup> جواب وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة على الأسئلة الشفوية بمجلس المستشارين 19 ماي 2020.  
<sup>2</sup> من توصيات الدكتور حميد اليبسفي في مداخلته بعنوان "إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقارنة قانونية واجتماعية" في الندوة عن بعد، المنظمة من طرف المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية بتاريخ 16 ماي 2020.

في تدخله، من خلال تحديث سياسته الاقتصادية؛ مغرب عاقد العزم بثبات على وضع خارطة طريق لإحداث تحول إداري، بما يتماشى مع إرادة جلالة الملك في إرساء ثورة هادئة للإصلاح الإداري، وبما ينسجم مع مضمون البرنامج الحكومي لتحديث الإدارة، وبما توفره تجربة التعاطي مع كورونا، من مداخل إصلاحية إدارية واقتصادية هادفة للترقي من جهة بالإدارة المغربية إلى مستوى نجاعة الأداء وجودة الخدمات عبر تبني خيار التحول الرقمي، ومن جهة أخرى السعي إلى إحداث نظام اقتصادي وطني أكثر صلابة ومواجهة للأزمات الطارئة، يقطع مع الخيارات الهشة، وتُدمج فيه دينامية جميع القطاعات بما في ذلك غير المُهيكلّة، رغبة في تعزيز المداخل الضريبية، وأملا في تنظيم الاقتصاد غير المهيكل كرهان أساسي استراتيجي يُعول عليه لريادة الاقتصاد الوطني. وفي سبيل الوصول إلى تحقيق هذه الأهداف، تبقى المقترحات التالية أسفله جديرة بالمناقشة لإغناء وتنمية نموذج مغرب ما بعد كورونا:

- فتح نقاش هادئ ورصين بخصوص تعديل وتتميم بعض مقتضيات الدستور المغربي لسنة 2011، في اتجاه تضمينه حالة الطوارئ الصحية كأزمة لا تقل تداعياتها أهمية عن حالي الاستثناء والحصار (الفصلان 59 و74). وفي اتجاه تعديل بعض الفصول بما ينسجم مع مغرب ما بعد النموذج التنموي الجديد؛
- ضرورة إعادة النظر في سياسة الدولة القطاعية، بما يعيد لها دور رعاية القطاعات الاجتماعية كوظيفة أساسية لا محيد عنها، بعد ما أثبتت جائحة كورونا أهمية الدولة الاجتماعية في مكافحة الأزمات والصدمات بمختلف أنواعها؛
- تثمين الجهود المبذولة من مختلف القطاعات والمستويات لترسيم التحول الرقمي كخيار واقعي استراتيجي، وكرهان حيوي للمغرب، وكحاجة ماسة وضرورية لمغرب القرن 21، قرن الثورة التكنولوجية والمعلوماتية؛
- باعتبار الاقتصاد غير المهيكل معضلة، استعصى حلها في التجارب السابقة؛ فجائحة كورونا وقّرت فرصة مواتية وملائمة لإعادة تنظيم هذا القطاع من خلال العمل على إدماجه في الدورة الاقتصادية بغطاء قانوني، يعود بالنفع على موارد الدولة، وعلى الاستقرار الاجتماعي.



## قائمة المراجع:

### الكتب:

- ✓ عبد الهادي بوطالب: المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار الكتاب، 1979، الدار البيضاء.
- ✓ عصام سليمان: مدخل إلى علم السياسة، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان 1989.
- ✓ محمد اليعقوبي: التناقضات الكبرى لتطور الإدارة المغربية، منشورات مجموعة البحث في المجال والتراب GREY 2000 حول تأهيل الإدارة للعوامة.
- ✓ محمد ظريف: القانون الدستوري، مدخل لدراسة النظرية العامة والأنظمة السياسية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- ✓ منشورات المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات: دراسة نقدية للدستور المغربي للعام 2011، طبعة 2012.

### المجلات:

- ✓ خليل اللواح: التحول الإداري بالمغرب بين إكراهات العوامة وتحدي الأزمات: جائحة كورونا نموذجا، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4 أبريل 2020.
- ✓ مبروك كاهي: نقد العقل الغربي للممارسة الديمقراطية؛ نحو إعادة الهندسة للفعل أو تأسيس لما بعد المفهوم، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4 أبريل 2020.
- ✓ محمد العودي: شرائح الفقر بالقطاع غير المهيكل والارهاصات الاجتماعية، مجلة التحرر، العدد الأول شتاء 2014.

### الخطب الملكية

- ✓ الخطاب السامي لجلالة الملك محمد السادس بتاريخ 17 يونيو 2011 بخصوص الدستور الجديد

### النصوص القانونية والتنظيمية:

- ✓ ظهير شريف رقم 1.19.113. صادر في 7 ذي الحجة 1440 الموافق 9 غشت 2019 بتنفيذ القانون الإطار 51.17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث

- العلمي، جريدة رسمية عدد 6805 بتاريخ 17 ذي الحجة 1440 موافق 19 غشت 2019، ص: 5623.
- ✓ ظهير شريف رقم 1.16.152 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 موافق 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون 110.14 المتعلق بإحداث نظام التغطية عواقب الوقائع الكارثية وبتغيير وتنظيم القانون 17.99 المتعلق بمدونات التأمينات، جريدة رسمية عدد 6502 بتاريخ 20 ذو الحجة 1437 موافق 22 شتنبر 2016، ص: 6830.
- ✓ مرسوم رقم 2.19.244 صادر في فاتح صفر 1441 موافق 30 شتنبر 2019 بإحداث رسم شبه ضريبي يسمى "رسم التضامن ضد الوقائع الكارثية" لفائدة صندوق التضامن ضد الوقائع الكارثية، جريدة رسمية عدد 6822 بتاريخ 18 صفر 1441 موافق 17 أكتوبر 2019، ص: 9991.
- ✓ مشروع مرسوم رقم 2.20.343 المتعلق بالعمل عن بعد بإدارات الدولة، الذي جاء تفاعلا مع رسالة السيد وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 857 بتاريخ 29 أبريل 2020.
- ✓ مرسوم رقم 2.20.269 صادر في 21 من رجب 1441 (16 مارس 2020) بإحداث حساب مرصد لأمر خصوصية يحمل اسم "الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد 19" جريدة رسمية عدد 6865 مكرر بتاريخ 22 رجب 1441 (7 مارس 2020)، ص: 1540.
- ✓ مشروع قانون رقم 72.18 يتعلق بمنظومة استهداف المستفيدين من برامج الدعم الاجتماعي وإحداث الوكالة الوطنية للسجلات.
- جواب الوزراء أمام البرلمان:
- ✓ جواب وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة على الأسئلة الشفوية بمجلس المستشارين 19 ماي 2020.

#### الندوات:

- ✓ الدكتور محمد العمراني بوخيزة: مداخلة في ندوة عن بعد "الدولة والمواطن، أية تعاقبات لما بعد الأزمة" المنظمة من طرف مؤسسة طنجة الكبرى للشباب والديموقراطية بتاريخ الخميس 4 يونيو 2020.
- ✓ الدكتور حميد اليبسفي في مداخلته بعنوان "إنهاء علاقة الشغل في ظل زمن الجائحة، مقاربة قانونية واجتماعية" في الندوة عن بعد، المنظمة من طرف المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية بتاريخ 16 ماي 2020.

## المواقع الالكترونية والجرائد:

- ✓ أحمد الخاطب: المغرب بعد الحجر الصحي، إعادة ترتيب الأولويات ووظائف الدولة، مقال منشور بتاريخ 11 يونيو 2020 على الموقع الإلكتروني [www.hespress.com](http://www.hespress.com)
- ✓ عبد المولى المسعيد: في نشأة وتطور وظائف الدولة، مجلة إضاءات في الدراسات القانونية، منشور على الموقع الإلكتروني <https://idaat.net> نونبر 2019.
- ✓ عبد المطلب أعميار: كورونا، هل تؤسس لنموذج الدولة الجديدة؟، مقال بجريدة hespress بتاريخ 6 أبريل 2020 الساعة 14:36 على العنوان الإلكتروني [www.hespress.com](http://www.hespress.com).
- ✓ الحسين بن عمر: تونس...كورونا والدولة الاجتماعية ونهاية براديغمات الرأسمالية، الموقع الإلكتروني تونس عربي 21، الأحد 12 أبريل 2020، الساعة 12:28 بتوقيت غرينش.
- ✓ جريدة الأحداث ليوم الأربعاء يناير 2013.

## تأثير جائحة كورونا على عقود الشغل الفردية

ذ. ياسين حسوني، باحث جامعي

### مقدمة:

يقال في طية كل نقمة نعمة وفي المحن تظهر المنح، في زمن السرعة صار الجميع مطالباً بالدخول في سباق ضد السرعة من أجل الهدوء والحكمة والتبصر، في زمن تتكاثر معها الجهود وحرب يجهل فيه العدو وتكثر فيه الضحايا، فقد أثارت مخاطر الأمراض والأوبئة عبر العصور الكثير من الأسئلة والإشكالات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية كذلك، وهو نفس النقاش الذي تطرحه الآن جائحة كورونا التي ظهرت بمدينة وهان الصينية. لتنتقل بعدها وتنتشر في العديد من الدول، منها الأوروبية، والأمريكية، وصولاً للقارة الإفريقية.

فالأوبئة الصحية واقعة مادية صرفه، تكون لها آثار سلبية واضحة يمكن رصد ملامحها على العلاقات القانونية بوجه عام والعلاقات التعاقدية على وجه الخصوص، حيث تتصدع هذه الروابط نتيجة ركود أو شلل يصيب بعض القطاعات الاستثمارية، ما يجعل من المستحيل أو على الأقل من الصعب تنفيذ بعض الالتزامات أو يؤخر تنفيذها.

ومع تفشي هذا الوباء في جل بقاع العالم، فقد كان له عظيم الأثر على حياة الشعوب وعلى الاقتصاد العالمي مما زاد من تفاقم المشاكل الاجتماعية من تسريح وفصل وإنهاء لعلاقات الشغل.

وقد أحاط المشرع المغربي عقد الشغل بمجموعة من الضمانات من بداية إنشائه إلى حين انتهائه وحل العلاقة الشغلية، إذ لا يمكن أن يتم إنهاؤه إلا وفق مبررات معينة مبنية على شكليات خاصة نذكر منها حالة القوة القاهرة كسبب مبرر لانتهاء عقد الشغل.

فإلى أي حد يمكن اعتبار جائحة كورونا كقوة القاهرة؟ وما هو تأثير الجائحة على عقود الشغل؟ وماهي الإجراءات المطبقة للحفاظ على المراكز الاجتماعية والمالية للأجراء؟

للإجابة على كل هذه الإشكالات المطروحة أعلاه، ارتأينا من خلال مقاربتنا للموضوع الاعتماد على التصميم التالي:

المطلب الأول: القوة القاهرة في القانون المغربي.

المطلب الثان: تأثير فيروس كورونا على عقود الشغل.

### المطلب الأول: القوة القاهرة في القانون المغربي

تقضي القاعدة العامة بأن انتفاء المسؤولية كانت تعاقدية أو تقصيرية يكون بسبب أحد الأسباب المعفية منها، ومن بينها القوة القاهرة إذا ما اكتملت فيها كل الشروط، غير أن تطبيق نظرية القوة القاهرة على جميع الالتزامات التعاقدية هو أمر لا يستقيم وطبيعة بعض المعاملات، الأمر الذي يستدعي إسنادها إلى أحكام أخرى، هذا يدفعنا إلى دراسة نظرية القوة القاهرة من خلال تعريفها(الفقرة الأولى)، والتطرق إلى مدى انطباقها على جائحة كورونا(الفقرة الثانية)، بغية معرفة حدود التأثير الذي تحدثه على الالتزامات التعاقدية عامة وعلى عقود الشغل الفردية خاصة.

### الفقرة الأولى: تعريف القوة القاهرة في القانون المغربي

عرف المشرع المغربي القوة القاهرة في الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود<sup>1</sup> بقوله: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية، (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو، وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقدّم المدّين الدليل على أنه بذل كل العناية لدفعه عن نفسه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدّين".

فالقوة القاهرة حسب التعريف أعلاه حدث يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط ينتج عنه استحالة مطلقة في التنفيذ. وبالتالي فالشروط اللازم توفرها لكي تتحقق، تتمثل في ضرورة:

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص 4678.

1. أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه ولا يخطر في الحسبان حصول مثله عند وقوع الفعل الضار<sup>1</sup>، مما يعني أن هذا الشرط لا يعني ضرورة أن نتواجد أمام حدث لم يقع من قبل أو لم يقع أبداً؛ فحالات القوة القاهرة عموماً تكون أحداثاً طبيعياً؛

2. أن يكون مما لا يمكن رده، أي أن تكون واقعته مستحيلة الدفع من قبل المدين الذي احتج بها للتحلل من التزامه التعاقدي ويقضي هذا أمرين، الأول عدم استطاعته تلافي وجود الواقعة المكونة للقوة القاهرة، والثاني في عجزه - بعد نشوء هذه الواقعة - عن تجنب الآثار الناجمة عنها<sup>2</sup>؛

3. أن يكون الحادث عنصراً خارجياً، بمعنى ألا يكون للفعل المتسبب في الأضرار علاقة بنشاط المدين أو المتعاقد، بحيث لم يكن لإرادته دخل في حصوله ولا في الأضرار الناجمة عن حصوله.

إذا فالقوة القاهرة عبارة عن حدث ينتج عنه إخلال بوضعية معينة، والذي باستجماعه للشروط والعناصر السالفة الذكر يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو قد يؤدي إلى الإخلال بتنفيذه فيعفى بالتالي من المسؤولية.

ومع أن النص القانوني كان واضحاً في تعريفه للقوة القاهرة من خلال إدراجه لبعض صورها وذلك على سبيل المثال، باعتبارها سبباً معفياً من المسؤولية، فإنه يمكن لأطراف العقد الاتفاق على اعتبار أحداث أخرى صورة من صور القوة القاهرة أو الاتفاق على عدم اعتبارها كذلك وإن كان القانون قد أشار إليها.

### الفقرة الثانية: مدى اعتبار فيروس كورونا ضمن حالات القوة القاهرة

الأصل أن اعتبار الأمراض والأوبئة قوة القاهرة مما يجعلها سبباً معفياً من المسؤولية، إذ عرف إجماعاً فقهيها حول عدم اتصافها بهذه الصفة، وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي حينما رفض سنة 2009 اعتبار فيروس H1N1 قوة القاهرة، حيث تم الإعلان عنه والتعريف به، وتوفر الوقت من أجل اتخاذ الاحتياطات اللازمة مسبقاً للتصدي له، وهو نفس التوجه الذي

1- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، مطبعة الكرامة، الرباط، ص 122.

2- عبد الحق صافي آثار العقد، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزامات، مطبعة النجاح، الجديدة 2007، ص 332.

تبناه من خلال محكمة الاستئناف Basse – Terre في قرارها عدد 00739/17 بتاريخ 17 دجنبر 2018 جاء فيه: "فيما يتعلق بفيروس الشيكونغونيا Chikungunya، ورغم توفره على الخصائص التالية ( آلام المفاصل، الحمى، والصداع، والتعب، وما إلى ذلك)، وانتشاره في جزر الهند الغربية، خاصة في جزيرة سانت بارتيليمي ما بين 2013 و 2014، فإن هذا الحدث لا يمكن اعتباره قوة القاهرة بالمعنى المقصود في المادة 1148 من القانون المدني، بحيث لا يمكن اعتباره وباء غير متوقع، ولا يمكن مقاومته، مادام أنه مرض يمكن التخفيف من حدته بالمسكنات، وفي كل الأحوال مقاومته...".

لكن الملاحظ أن القضاء الفرنسي اعتد في إصدار هذه القرارات على الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، بحيث لا يمكن القياس عليها فيما يتعلق بفيروس كورونا، وهو وباء يمكن القول بأنه لم يكن متوقعا، حيث أصدرت الغرفة 6 لمحكمة الاستئناف كولمار بتاريخ 12 مارس 2020 قرار يعتبر وباء كورونا "قوة القاهرة"<sup>1</sup>.

هذه المعطيات تجعلنا أمام وباء يشكل حدثا غير متوقع ولا يمكن رده ولا علاقة للمدين به بمفهوم الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث لم يكن له دخل في حصوله، وهي مواصفات قد تدفع بنا إلى اعتباره قوة القاهرة، وعليه ما يمكن قوله في هذه الحالة، هو أن هذا الفيروس إلى حدود فترة معينة لم يجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلا. قد يكون مرهقا نوعا ما لكن ليس مستحيلا. بحيث ظلت المقاولات والمصانع وباقي المؤسسات تعمل وتترقب الأوضاع، وبالتالي يمكن القول بأن شرط عدم التوقع قد اختل بشكل نسبي، فالوباء كان متوقعا لكن حدوده ونسبة تطوره هي التي لم يكن من الممكن توقعها.

لكن هذا يثير الشكوك فيما يخص ترجيح فيروس كورونا المستجد كقوة القاهرة ستمسك بها معظم الشركات وأرباب العمل من أجل التملص من مسؤوليتهم اتجاه الأجراء واعتبار ذلك سببا مبررا للفصل، بحيث أنه بالمقابل يمكن اعتباره كظرف طارئ وذلك للاعتبارات التالية:

<sup>1</sup> -, jurisprudence. Téléchargé le 25/03/2020 Document consulté sur <https://www.lexis360.fr>

أ . أن وباء كورونا حدث عام، بل يمكن القول بأنه وباء عالمي، وهذه صفة تختص بها الظروف الطارئة عكس القوة القاهرة التي من الممكن أن تخص مدينة واحدا أو عدة مدينتين في نفس القطاع أو المجال.

ب . أنه حدث حصل بعد إبرام العقد . وهو ما نحبهه بالنسبة لغالبية العقود والمعاملات القانونية، بحيث لم يكن ممكنا توقعه أثناء التعاقد، ذلك أن وقت تقدير شرط عدم التوقع يكون عند إبرام العقد والاتفاق على كيفية تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه؛ وقتها يكون المدين في موقف يسمح له بتقدير ظروف تنفيذ العقد ومدى إمكانية ذلك، فيأخذ بعين الاعتبار كل العوائق والصعوبات التي يمكن أن تنشأ خلال سريان هذا العقد.

وهكذا، فإذا أقدم المدين على التعاقد مع علمه باحتمال وقوع أحداث قد تجعل تنفيذ التزاماته صعبة أو مستحيلة في المستقبل، فلا يجوز له الاحتجاج بالقوة القاهرة وهذا مانجده شبه مستحيل في عقود الشغل.

ت . أنه حدث جعل تنفيذ الالتزام صعبا ومرهقا وليس مستحילה لا يمكن للمدين منعه أو التخفيف من حدته والتغلب عليه بأي وسيلة متاحة لديه.

وأخيرا فإن تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بقوة القاهرة أو بظروف طارئة، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع أو المحكم الذي له الصلاحية لاعتبار فيروس كورونا المستجد كذلك أم لا، فيقضي إما بالإعفاء من المسؤولية أو بثبوتها.

خلاصة القول، أن آثار فيروس كورونا المباشرة والتي ستثير الكثير من النقاش أمام أنظار المحاكم نظرا لتوافر شروط القوة القاهرة يجعل الالتزام مستحيل التنفيذ كما أن بعض الإجراءات الإحترازية التي اتخذتها السلطات المعنية تشكل في حد ذاتها صورة من صور القوة القاهرة وذلك بصريح النص القانوني ويتعلق الأمر بفعل السلطة، فما هي تبعات هذه الفيروس على عقود الشغل الجارية؟

وما هي الإجراءات المتخذة من طرف الدولة للتصدي لتعسف بعض أرباب العمل لاستغلال هذه الظرفية الحالية للتحلل من العلاقة الشغلية؟ أو التملص من تنفيذ بعض الالتزامات التي يفرضها القانون على المشغل بالخصوص؟



## المطلب الثاني: تأثير فيروس كورونا على عقود الشغل

تشير منظمة العمل الدولية في تقرير أولي لتأثير مرض covid19 على مجال العمل في العالم إلى أن آثاره ستكون بعيدة المدى، وستدفع الملايين من الناس إلى البطالة والعمالة الناقصة وفقرالعمالين، وأن قرابة 25 مليون وظيفة في العالم معرضة للضياع نتيجة تفشي فيروس كورونا. ويقول غاري رايدر، المدير العام لمنظمة العمل الدولية، إن وباء فيروس كورونا ليس مجرد أزمة طبية فحسب، بل اجتماعية واقتصادية أيضاً<sup>1</sup>.

ولا يخفى علينا كذلك أن المغرب لم يسلم من هذه الجائحة العالمية، إذ في يوم 2 مارس 2020 عرف المغرب ظهور أول حالة إصابة بفيروس كورونا، وبتاريخ 19 مارس 2020 أعلنت السلطات الرسمية العمومية المغربية عن حالة الطوارئ في ظرف استثنائي اقتضته المصلحة العليا للبلاد، وأمام هذه الحالة الاستعجالية صادق المغرب على مرسوم رقم 2-20-292 بتاريخ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها<sup>2</sup>، ثم استنادا إليه صدر المرسوم رقم 2-20-293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا -كوفيد19- بتاريخ 24 مارس 2020<sup>3</sup>، ولتتبع الشق الاقتصادي والاجتماعي تم تشكيل لجنة اليقظة الاقتصادية، التي يترأسها وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، وتضم في عضويتها العديد من القطاعات الحكومية إضافة إلى ممثلي القطاع البنكي والمالي وممثلي المؤسسات الاقتصادية والإنتاجية الوطنية.

وبهذا فإن معظم المقاولات والمطاعم والمقاهي قد أوقفت أنشطتها، وكل الأنشطة غير الضرورية، هذا ما دفع معظم أرباب العمل إلى تسريح الأجراء، إما بشكل كلي أو جزئي، ما خلق نوعا من شلل لدى الأجراء، جراء توقفهم عن العمل.

1 دراسة بعنوان وباء COVID19 وعالم العمل: آثار المرض وردود الأفعال عليه. منظمة العمل الدولية 18مارس 2020

2- المرسوم رقم 2-20-292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها الصادر في 28 رجب 1441 الموافق ل (23 مارس 2020)، جريدة رسمية، عدد 6867 بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق ل (24 مارس 2020)، ص.1782.

3- المرسوم رقم 2-20-293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا -كوفيد19- الصادر بتاريخ 29 رجب 1441 الموافق ل (24 مارس 2020).

كأصل عام يعتبر عقد الشغل من العقود الرضائية، الأمر الذي يجعل الحرية في تحديد مكوناته ومضمونه وشروطه في يد طرفي العقد، دون تجاوز الضوابط القانونية المؤطرة لهذا العقد. وإذا كان للأفراد كامل الحرية في الاتفاق أو عدم الاتفاق على إبرام عقد الشغل كعقد عام، فإنهم يتمتعون بنفس الحرية في إلغاء هذا العقد الذي أبرموه بينهم، غير أن الطبيعة الخاصة لعقد الشغل تستوجب سلوك إجراءات خاصة لإنهاء هذه الرابطة القانونية<sup>1</sup>.

بما أن عقد الشغل يندرج ضمن عقود المعاوضة، فإن الأجير في عقد الشغل يقدم عمله لحساب مشغله، ليحصل على أجر يدفعه المشغل نظير العمل الذي أنجزه له الأجير، وطبقا للفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود فإن: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون". فما مدى تأثير جائحة كورونا على تنفيذ التزامات طرفي عقد الشغل؟

### الفقرة الأولى: الإلتزامات التي يخضع لها الأجير

انطلاقا من كون عقد الشغل عقد تبادلي، يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، فإن الأجير، وفي إطار الإلتزامات التي تفرضها عليه مدونة الشغل<sup>2</sup>، يكون مسؤولا في إطار شغله عن فعله، أو إهماله، أو تقصيره، أو عدم احتياطه<sup>3</sup>، وبصفة عامة فإن التزامات الأجير تتحدد أساسا في أداء العمل المتفق عليه، مع المحافظة على الأدوات والأشياء التي تسلم إليه لتنفيذه، وطالما أن أداء هذا العمل يتم تحت إشراف وتوجيه ومراقبة المشغل، فإن على الأجير بلورة لهذه المظاهر أن ياتمر بأوامر مشغله وينفذ تعليماته، كما أن حسن النية الذي يتعين أن يهيم على تنفيذ عقد الشغل، يوجب عليه الاحتفاظ بأسرار الشغل وعدم إفشائها، وأن يمتنع عن منافسة مشغله إذا وجد أي شرط إتفاقي بذلك<sup>4</sup>، لكن سنتناول في موضوعنا هذا بعض الإلتزامات التي تثير إشكالا في هذه الظرفية، تتمثل في الإلتزام بتنفيذ تعليمات المشغل (أولا)، وتنفيذ الشغل حسب قواعد المهنة (ثانيا).

1- بدر الصيلي: الخصوصيات المسطرية في نزاعات الشغل الفردية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2015، ص:83

2- ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 (8 سبتمبر 2003)، ص3969

3- المادة 20 من مدونة الشغل.

4- عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، الطبعة الأولى 2004، مراكش. ص 408.

## أولاً: تنفيذ تعليمات المشغل:

إذ يعتبر من أهم ما يترتب عن العلاقة التبعية التي ينشئها عقد الشغل وهذا ما نصت عليه المادة 21 من مدونة الشغل: " يمتثل الأجير لأوامر المشغل في نطاق المقتضيات القانونية أو التنظيمية، أو عقد الشغل أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، وكذا النصوص المنظمة لأخلاقيات المهنة ".

من المعلوم أنه لكلا الطرفين الحق في توقيف عقد الشغل بشكل مؤقت كل ما كان ذلك ضروريا ووفقا لما يقتضيه القانون، وقد يتوقف عقد الشغل مؤقتا "إذا تغيب الأجير لمرض أو إصابة، يثبتها طبيب إثباتا قانونيا..." طبقا للمادة 32 من مدونة الشغل. ففي حالة مرض الأجير بسبب فيروس كورونا وكان المرض مثبتا بواسطة شهادة طبية أثناء الحجر الصحي الإجباري الذي يفرض على المريض لكيلا ينقل العدوى في محيطه، ويمكن له استئناف عمله بزوال المرض، بشرط أن لا يكون المرض قد ترك أعراضا جانبية قد يستحيل معه الأمر بمزاولة مهامه، وأي فصل قد يكون أثناؤه سيكون فصلا تعسفيا.

أما في حالة اختيار الأجير بوضع نفسه في حجر صحي (طوعي) لتفادي دواعي انتشار الفيروس في مكان العمل، فإن تغيبه لمدة أربعة أيام متتالية يعد مبررا للفصل بمفهوم المادة 39 من مدونة الشغل، اللهم إذا كان قد اتفق مع المشغل في تلك الفترة بالاستفادة من عطلة سنوية. لكن ماذا لو كان تغيب الأجير في هذه الحالة راجع لعدم توفير المشغل لما يكفي من الوسائل والمواد الوقائية للأجراء داخل مكان العمل وفضل وضع نفسه في حجر صحي؟

هنا يمكننا الرجوع إلى الفصل 738 من قانون الإلتزامات والعقود بكون الأجير يسأل عن النتائج المترتبة عن عدم مراعاة التعليمات التي تلقاها إن كانت صريحة، وغير مخالفة للنصوص القانونية أو التنظيمية، ولم يكن له مبرر وجيه يدعوه لمخالفتها، أي أن لا يكون في إطاعتها ما يعرضه للخطر أو غيره، بحيث إذا وجد هذا المبرر لزمه أن يخطر بباله عمله وأن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في التأخير ما تخشى عاقبته<sup>1</sup>. نستفيد من هذا النص أن الأجير بإمكانه مخالفة تعليمات المشغل إذا كان هناك مبرر يستدعي ذلك شريطة إخطار المشغل، أي أن عدم وجود ما يكفي من الوسائل والمواد التي تضمن شروط الصحة والسلامة

1- عبد اللطيف خالفي، مرجع سابق، ص 411.

خصوصا لمواجهة هذا الوباء العالمي، تجعل الأجراء أمام خوف شديد أمام التعرض للفيروس في سبيل ضمان استمرارية نشاط الشركة، كما يمكن في هذه الحالة ربط الاتصال مع مندوب الأجراء ولجنة حفظ الصحة والسلامة من أجل عقد اجتماع طارئ مع المشغل لحل المشكل وذلك تحت مسؤوليته، غير أن الأجير يعتبر مسؤولا عن عدم مراعاة التعليمات اللازم اتباعها لحفظ الصحة والسلامة في الشغل، وسلامة المؤسسة ويوجب الفصل.

ثانيا: تنفيذ الشغل حسب قواعد المهنة:

وقد نص عليه الفصل 737 من قانون الالتزامات والعقود: " من يلزم بإنجاز صنع أو أداء خدمة يسأل ليس فقط عن فعله ولكن أيضا عن إهماله وعدم مهارته...". فالأجير يسأل مسؤولية عقدية عن جميع الأضرار التي ألحقها بصاحب المهنة، إذ لا يمكنه التحلل منها وكل شرط مخالف يكون عديم الأثر<sup>1</sup>.

وينظر إلى هذه المهارة من زاوية مهارة الأجير المتوسط من نفس المهنة ما لم يشترط خلاف ذلك<sup>2</sup>. وتبرز تجليات هذا الأمر بالخصوص في عصرنا الحالي وما يواجهه العالم من تطور وتحديات اقتصادية، على إمكانية تسريح العمال خاصة في مثل هذه الظروف الطارئ، وقد يدفع المشغل للجوء إلى بعض الإجراءات للحفاظ على استمرارية نشاط المقاولة ويكون الأجير منخرطا بطبيعة الحال في مواجهة تلك الأزمة نذكر منها:

أ-الإشتغال عن بعد:

يمكن للمشغل والأجير الاتفاق على الإشتغال عن بعد أو ما يعرف باللغة الإنجليزية بـ "Telework" ولم تكن بلادنا في مئى عن إكراهات ثورة الإعلام والاتصال، إذ جاء في الرسالة الملكية السامية حول العمل عن بعد<sup>3</sup> "...إن العمل البعدي كأسلوب جديد لتنظيم العمل يعكس بحق التطورات التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة للإعلام والتواصل...". وبالرجوع إلى مدونة الشغل يتبين أن المشرع المغربي لم يشر إلى مفهوم الإشتغال عن بعد، حيث لا يوجد نص قانوني يشير إلى أسلوب الشغل عن بعد، غير أن منظمة العمل الدولية عرفت العمل

1-الفقرة الثانية من الفصل 737 من قانون الالتزامات والعقود.

2-عبد الكريم عالي: القانون الاجتماعي المغربي، منشورات دار العلم. الرباط 2001، ص 78.

3- مقتطف من الرسالة الملكية السامية حول العمل عن بعد، وجهها صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني إلى المشاركين في الأيام الوطنية الثانية للإتصالات المنعقدة بالرباط خلال يومي 16 و 17 ماي 1994.

عن بعد بأنه نظام عمل قائم في مكان بعيد المقر الرئيسي أو موقع الإنتاج، إذ يكون الأجير في معزل عن الاتصال الشخصي مع باقي الأجراء الآخرين، وتقوم التكنولوجيا الحديثة بتسهيل عملية الاتصال.

وهذا يكون الأجير تحت تصرف المشغل، ويجب عليه أن ينفذ العمل وفق توجيهات المشغل دون أن تكون له سلطة التفرغ للاهتمامات الشخصية<sup>1</sup>. ولعل من أبرز الإشكالات التي تطرح في هذه الحالة هي صعوبة التمييز بين أوقات العمل والوقت الشخصي للأجير، لا سيما أن الأجير لا يخضع للمراقبة الفعلية للمشغل، اللهم إذا توفرت وسائل المراقبة عن بعد، رغم أن هذه الأخيرة تثير مجموعة من الإشكالات بخصوص حماية الحياة الخاصة إزاء نظام معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

نتيجة لذلك تبنى المشرع المغربي مجموعة من القواعد القانونية للحفاظ على الحياة الخاصة للفرد من خلال إصدار قانون رقم 09.08 بتاريخ 18 فبراير 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ومن القضايا المطروحة على القضاء الفرنسي، في هذا الجانب نجد قضية السيد Denis.G البالغ من العمر 47 سنة، مكلف بالبيوعات داخل المقاول، تم فصله من قبل مشغله في يناير 2000، بسبب استعماله المنحرف والمخالف للنظام الداخلي، خاصة البند المتعلق بالولوج إلى الأنترنت، وذلك بقيامه بالدخول إلى مواقع إباحية، وقد اعتبرت هذه المخالفة خطأ جسيما من شأنه أن يلحق ضرارا فادحا بصورة وسمعة المقاول، وقد تبين أن أوقات ولوجه إلى هذه المواقع تمت في 1999/10/08 بعد الثامنة والنصف صباحا، وفي 1999/10/9 من الساعة الحادية عشر الى الرابعة والنصف بعد الظهر. وقد رفض مجلس الخبراء ل Nantene اعتبار أن الفصل كان تعسفيا، لكون الخطأ المرتكب جدي وواقعي، إلا أن قضاة فرساي رجعوا إلى أجندة 1999، وتأكد لهم أن الثامن والتاسع من أكتوبر موافق ليوم الجمعة والسبت، كما أن استعمال الأنترنت تم بمنزل الأجير خارج أوقات الشغل، وأنه تم خلال الأوقات المخصصة للحياة الخاصة والعائلي، كما تبين لهم أن المقاول المعنية ترخص لمدراءها العاملين بأخذ الحاسوب المتنقل إلى منازلهم، تعترف لهم بالاستعمال

1 - المادة 6 من اتفاقية منظمة العمل الدولية لسنة 1930.

الشخصي، باستثناء أوقات الشغل، أما أوقات الراحة فلا مانع في ذلك، دون الحاجة إلى طلب الأجير لرخصة الاستعمال<sup>1</sup>.

رغم كل ذلك مازالت هذه الأخيرة لا ترقى إلى توفير الحماية الكافية للأجراء، إذ أن تعسف المشغل بالتدخل في الحياة الشخصية للأجير لا تزال قائمة، خاصة في ظل انتشار البطالة وقلّة فرص الشغل، مما يجعل المشغل يفرض سلطته التامة على الأجراء في شتى مناحي حياتهم العملية والشخصية كذلك.

وفي إطار الشغل عن بعد، يبقى الأجير محميا من المخاطر المهنية التي قد تواجهه أثناء قيامه بمهامه، منها حوادث الشغل رغم صعوبة الإثبات بالنظر للتباعد بين الأجير والمشغل في تنفيذ العمل وعدم وجود إجراء آخرين إلى جانبه لمعاينة الحادثة طالما أنها واقعة مادية.

كما هو الحال كذلك بالنسبة للأمراض المهنية، رغم أن المشرع لم يلزم الأجير الذي يصاب بمرض مهني من عبأ إثبات العلاقة السببية بين المرض والشغل الذي يقوم به، وإنما عددها في الفصل الثاني من ظهير 31 ماي 1943 المعدل بظهير 16 أكتوبر 1947 وظهير شتبر 1952<sup>2</sup>. وفي حالة الإصابة بإحدى هذه الأمراض يستفيد الأجير أوذوي حقوقه في حالة وفاته من مختلف التعويضات المنصوص عليها في ظهير 6 فبراير 1963، وقد وردت هذه الأمراض على سبيل الحصر، وعليه فإن الأجير الذي يصاب بمرض غير مذكور في جداول الأمراض المهنية لا يستفيد من التعويضات الممنوحة بمقتضى ظهير 6 فبراير 1963.

#### ب-التقليص من مدة الشغل:

اعتمدت مدونة الشغل على شكل من أشكال المرونة الداخلية بحيث خولت المادة 185 من مدونة الشغل إمكانية توزيع مدة العمل السنوية أي 2496 ساعة حسب حاجيات المفاولة، شريطة ألا تتجاوز 10 ساعات في اليوم بعد استشارة مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين إن وجدوا. ولا يترتب عن هذا الإجراء أي تخفيض في الأجر الشهري، وعند حدوث

1 -Jean-E Mnaruel Ray : Temps professionnel et temps personnels, Revue droit social N°1 Janvier,2004,p 59

2 ينص الفصل الثاني من ظهير 31 ماي 1943 المعدل بظهير 16 أكتوبر 1947 وظهير شتبر 1952: " تعتبر كأمراض مهنية في مفهوم هذا الظهير كل العلل المؤلمة والأمراض المتسببة عن الجرائم التعفنية، وكذا الأمراض المبينة في قرار وزير الشغل والشؤون الاجتماعية المتخذ بعد استشارة وزير الصحة"

أزمة اقتصادية أو لطارئ خارج عن إرادة المقاولة يمكن تقليص مدة العمل شريطة ألا تتجاوز 60 يوما في السنة.

وفي هذا الصدد وجب على المشغل استشارة ممثلي الأجراء في المقاولة، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق، أكدت مدونة الشغل على أنه لايسمح بالتقليص إلا بإذن يسلمه عامل الإقليم أو العمالة طبقا للمسطرة الإدارية التي حددتها المادة 67 من مدونة الشغل. هذا وقد عملت مدونة الشغل على توحيد نسبة الزيادة في الأجر عن الساعات الإضافية في الأنشطة الفلاحية والغير الفلاحية<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: التزامات المشغل

يترتب عن عقد الشغل التزام المشغل مثله مثل الأجير باعتبارهما طرفا العقد بالالتزامات تشمل مرحلة التعاقد كما هو مسطر في المادة 9 من مدونة الشغل، وكذلك المادة 379 من نفس القانون، كما يقع على عاتق المشغل مجموعة من الالتزامات على مستوى سريان العقد، وهو ما يهمننا بالأساس إذ يثير مجموعة من الإشكالات في ظل الأزمة التي يواجهها العالم الآن مع ظهور وباء كورونا المستجد.

### أولا: الإلتزام بأداء الأجر:

هنا يجب الإشارة الى أنه في مقابل الالتزام بأداء العمل، يلتزم المشغل بأداء الأجر باعتباره السبب الرئيسي الذي لأجله يشتغل غالبية الناس، غير أنه في ظل الأزمة الحالية فإن جل المقاولات يصعب عليها تنفيذ أهم التزاماتها اتجاه أجراءها فيما يخص دفع الأجور وذلك لتوقف نشاطها بشكل كلي أو جزئي.

وفي هذا الصدد، ومن أجل التصدي لوباء كورونا، وما خلفه، وما سيخلفه من أضرار اقتصادية واجتماعية على صعيد المملكة المغربية، وبمبادرة من صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، وتنفيذا لتعليماته؛ تم إحداث حساب مرصد لأمر خصوصية يحمل

1 مصطفى مالكي: قراءة تحليلية لمدونة الشغل.

إسم " الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد-19"<sup>1</sup>، وقد تم وضع بعض الشروط الواجب توفرها حتى يستفيد الأجير من التعويض عن فقدان الشغل وهي:

-أن يكون الأجير يشتغل ضمن مقالة خاصة.

-أن تكون المقالة في وضعية صعبة بسبب وباء كورونا، مع وضع تصريح بالشرف في الموقع المخصص للتصريح بالأجراء.

-أن يتم تسريح الأجير بسبب الوضعية الصعبة للمقالة بسبب كورونا.

-أن يكون الأجير مصرح به لدى الصندوق الوطني لضمان الاجتماعي في فبراير 2020.

كما تم تحديد مبلغ تعويض في 2000 درهم، بالإضافة إلى الإبقاء على التعويضات العائلية وتلك المتعلقة بالتأمين الإجباري عن المر(AMO)، ومع استفادة الأجراء أيضا من تأجيل سداد القروض البنكية (قروض الاستهلاك وقروض السكن) إلى غاية 30 يونيو 2020 وتعويض يكون على الشكل التالي:

-1000 درهم كتعويض عن شهر مارس الجاري، للفترة ما بين 15 و30 مارس.

-2000 درهم كتعويض عن لشهور ابريل، وماي، ويونيو.

وفي نفس السياق، ركزت لجنة اليقضة الاقتصادية في اجتماعها ليوم الاثنين 23 مارس 2020 على تدابير دعم القطاع غيرالمهيكل المتأثرة مباشرة بالحجر الصحي وذلك على مرحلتين، الأولى تهم الأسر التي تستفيد من خدمة راميد وتشتغل في القطاع غير المهيكل، فيما خصت المرحلة الثانية بالنسبة للأسر التي لا تستفيد من خدمة راميد<sup>2</sup>؛ لكن الإشكال الذي مازال مطروحا لحد الآن فيما يخص عدم التصريح بالأجراء من طرف المشغل، إذ أن معظم الأجراء يجدون أنفسهم غير مصرح بهم في ورقة التصريح بالأجراء التي تعد من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، من أجل الاستفادة من التعويض المخول لهم بقوة القانون، وبالتالي ضياع حقوقهم.

1- مرسوم رقم 2.20.269، متعلق بإحداث حساب مرصد لأمر خصوصية يسمى " الصندوق الخاص بتدبير جائحة كورونا كوفيد19" تم نشره بالجريدة الرسمية ليوم الثلاثاء في 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، بعد المصادقة عليه من لدن مجلس استثنائي للحكومة بتاريخ 16 مارس 2020.



كما أن الدولة أغفلت التنصيب على العقوبات التي يؤدي بها كل تصريح زائف عن توقف المفاوضة عن مزاوله نشاطها، إذ نجد بعض الشركات التي مازالت تؤدي نشاطها بشكل اعتيادي قد صرحت بأجرائها من أجل استخلاص التعويضات من الصندوق المخصص لمواجهة جائحة كورونا، وهذا مخالف لطابع التعاون والمؤازرة التي تقتضيها هذه الظرفية الحالية، مما يجب معه الأمر التشديد من العقوبات التي قد تطال كل مخالف للقانون.

ثانيا: اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ صحة وسلامة الأجراء:

لقد ألزم المشرع المغربي في مدونة الشغل، المشغل بمجموعة من الالتزامات إلى جانب الالتزام الأصلي بدفع الأجر والحماية المتعلقة به، الالتزام بالحفاظ على صحة وسلامة الأجراء سوء أثناء أداء العمل أو بعد انتهاءه، والتي يجب تنفيذها بحسن النية إذ تعتبر من المستلزمات من أجل تنفيذ العقد.

وعليه فإنه أمام حدة المواجهات بين العمال وبين أرباب العمل، اضطر المشرع للتدخل لسن مجموعة من النصوص القانونية التي تنظم أحكام المسؤولية والتعويض عن حوادث الشغل والأمراض وطرق الوقاية منها<sup>1</sup>، وكذلك في إطار تجويد الخدمات المقدمة لضحايا حوادث الشغل؛ تم إقرار الزيادة في نسبة الإيرادات بنسبة 20% لضحايا حوادث الشغل من ذوي الإيرادات العمرية وذلك بالمصادقة على المرسوم رقم 2.19.770 الصادر في 8 أكتوبر 2019<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد نص المشرع في المادة 24 من مدونة الشغل على وجوب توفير الظروف المناسبة للعمل واتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية سلامة الأجراء وصحتهم، كما تم خلق مجموعة من المؤسسات القانونية لحماية صحة وسلامة الأجراء، بدءا بتنظيم مهام واختصاصات طبيب الشغل والمصلحة الطبية للشغل وذلك في (المادة 307)، ولجنة الصحة والسلامة المهنية (المادة 337)، وتعزيز اختصاصات مفتش الشغل في مجال الصحة والسلامة المهنية (المادة 530)، ومن أجل النهوض بالصحة والسلامة المهنية في العمل، تمت مواصلة ورش تطوير وتأهيل الإطار القانوني والمؤسسي للصحة والسلامة المهنية، إذ تم التصديق

1- بلال العشري، حوادث الشغل والأمراض المهنية، دراسة نظرية وتطبيقية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2009، ص7.

2- كلمة السيد محمد أمكراز وزير الشغل والإدماج المهني بمناسبة فاتح ماي 2020.

على اتفاقية العمل الدولية رقم 187 المتعلقة بالإطار الترويجي للسلامة والصحة في العمل واستكمال مسطرة إيداعها خلال المؤتمر 108 لمنظمة العمل الدولية.

وبهذا فإن الأجير يكون محميا أمام المخاطر التي قد تواجهه أثناء مزاولته لمهامه، فبعد الإعلان عن أول حالة إصابة، ومع تفشي فيروس كورونا المستجد في المغرب، فقد كان من الضروري على المقاولات وكل الأماكن التي تشغل مجموعة من الأشخاص أن تتخذ كل التدابير الوقائية للمحافظة على صحة الأجراء، وهي من بين الشروط اللازمة من أجل استمرار نشاطها بشكل جزئي أو كلي، خصوصا بعد فرض حالة الطوارئ بتاريخ 24 مارس 2020، ومن بين التدابير الواجب اتخاذها في هذا الجانب وحفاظا على صحة وسلامة الأجراء نجد:

- اللجوء إلى العمل عن بعد بالنسبة لكل الوظائف التي تسمح بذلك.
- قياس درجة حرارة المستخدمين قبل الولوج إلى المقولة.
- احترام مسافة الأمان بين الأجراء وسط أماكن العمل.
- توفير مواد التعقيم ومواد التنظيف.
- الحرص على تعقيم وتنظيف الأماكن المشتركة بين الأجراء وكذلك الآلات والمعدات المعدة للشغل والتي تكون مشتركة بين العمال.
- عدم المصافحة بين الأجراء.
- احترام مسافة الأمان في حالة عقد الاجتماعات في قاعات الاجتماع، أو استبدالها بالاجتماع عن بعد عن طريق تقنيات التواصل عن بعد.
- توفير الكمادات للمستخدمين والزامية ارتدائها.
- الحرص على توفير تهوية كافية في جميع فضاءات العمل.
- عرض ملصقات إخبارية لتحسيس المستخدمين بإجراءات السلامة.
- إعادة تنظيم العمل بما يضمن التقليل من كثافة المستخدمين أو الزبائن المتواجدين في وقت واحد.
- الاستعمال الإجباري للكمادات والقفازات بالنسبة للعاملين في الاستقبال والطبخ والتحضير في حالة توفر مكان العمل على مطاعم جماعية.
- تعقيم وسائل نقل المستخدمين بعد كل رحلة ذهاب وإياب.

- التنظيف الكلي لوسائل النقل من الداخل والخارج على الأقل مرتين في الأسبوع.
- يستوجب توجيه الأجراء المتابعين طبيا أو المرضى إلى العمل عن بعد أو التوقف عن العمل<sup>1</sup>.

غير أنه في مثل هذه الظروف التي نعيشها حاليا، فإن معالم الخلل في هذه المنظومة قد أبانت عن نتائج وخيمة ليس على الأجير فقط بل على المجتمع ككل، وهذا ما لحظناه في مجموعة من القطاعات الصناعية التي ما زالت تمارس نشاطها رغم الإجراءات الحازمة التي فرضتها الدولة لمواجهة هذه الجائحة، لكن جشع أرباب العمل وأصحاب الشركات لم يعيروا اهتماما لصحة وسلامة العمال، ولا للتدابير الاحترازية الواجب اتخاذها في وسط أماكن العمل، هذا ما زاد من تفشي الوباء في الآونة الأخيرة إذ ارتفعت نسبة الإصابات وتجاوزت 5000 إصابة، وهذا عائد إلى التراخي في اتخاذ التدابير الاحترازية والوقائية لمواجهة هذه الجائحة من طرف المقاولات، لكن الدولة بدورها تتحمل المسؤولية، إذ ظهرت بعض الإصابات في صفوف بعض العمال في قطاعات صناعية، رغم أن الأنشطة التي تزاولها ليست ضرورية لتلبية حاجيات المواطنين.

#### خاتمة:

في الختام، فإنه بالرغم من كل التدابير الاستثنائية والاحترازية المتخذة لمواجهة تداعيات هذا الوباء العالمي سواء على المجال الاقتصادي والاجتماعي، إلا أنه سيخلق نقاشات ونزاعات مختلفة أمام المحاكم، خصوصا في نزاعات الشغل، وذلك مع ظهور بعض الخروقات التي تطل استفادة الأجراء من التسجيل في البوابة الإلكترونية التي خصصها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للتكفل بأجور الأجراء المتوقفين عن العمل، كما نجد أن معظم الأجراء يتعرضون لضغوطات نفسية من طرف مشغليهم من أجل الحفاظ على مناصب الشغل ولو اقتضى الأمر خرق إجراءات الحجر الصحي، أو دفعهم إلى تقديم الاستقالة مقابل العودة إلى العمل بعد زوال الجائحة، لكن لا يخفى علينا أنه من الصعب على المقاولات فتح عروض التشغيل في ظل الأزمة المالية الخائفة التي ستواجهها، ويبقى الأجير دائما الحلقة الضعيفة في العلاقة الشغلية، ويمكن القول بأن الحماية القانونية

<sup>1</sup> - Mesures de prévention en milieu de travail, le Ministre de la Santé et la direction de l'epidemiologie et de lutte contre les maladies liées à l'apedimie du COVID-19. Téléchargé le 30 avril 2020.

للأجراء يشوبها القصور خصوصا في مثل هذه الظروف الحالية، إذ لا تؤمن له الحماية الكافية ضد من يستعمل ضعف الحالة المادية والاجتماعية الهشة للأجير بغية تحقيق الربح دون الاكتراث للحفاظ على الصحة العامة لهذه الفئة والأمن الصحي للمواطنين عامة.

## إجراءات سير مرفق القضاء زمن الطوارئ الصحية في المغرب

ذ. محمد البغدادي

باحث في سلك الدكتوراه،

بكلية الحقوق بطنجة جامعة عبد المالك السعدي

### مقدمة:

معلوم أن إجراءات التقاضي تستوجب احترام ومراعاة ضمانات شروط المحاكمة العادلة في الحالات العادية المنصوص عليها في قانوني المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية، إلا أن الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد نتيجة التداعيات الصحية والاقتصادية والاجتماعية لانتشار جائحة فيروس كورونا (كوفيد-19)، وفي إطار الجهود الرامية إلى تمكين المرافق العمومية من الاستمرار في تقديم خدماتها مع الحفاظ على صحة وسلامة العاملين بها والمتوافدين عليها، ووقايتهم من انتشار هذا الوباء، تقرر بموجب منشورين للسيد وزير الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 1/2020<sup>1</sup> و 2/2020<sup>2</sup> المؤرخين على التوالي في 16 مارس وفتح أبريل 2020 إعادة تنظيم العمل بإدارات الدولة، من خلال تطوير وتنويع الوسائل المتاحة للعمل عن بعد، بما يضمن استمرارية العمل بالمرافق العمومية مع ضمان سلامة الموظفين والمرتفقين.

والتقاضي عن بعد<sup>3</sup> هو تطبيق المحاكم الالكترونية والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات وتهيئة وسائل ونظم حديثة تمكن الأشخاص من تسجيل الدعاوى ودفع رسومها وحضور أطرافها أو حضور وكلائهم وتقديم أدلة الإثبات الرسمية وغير الرسمية والترافع وتقديم الطعون وتدوين كافة الإجراءات من خلال مباشرة المحاكمات بصورة عامة والحصول على قرار الحكم وتنفيذه لكن بوسائل تختلف عن الوسائل التقليدية، إلا أنها تتميز بسرعة

<sup>1</sup> منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 1/2020 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والمندوبين السامين والمندوب العام المؤرخ في 16 مارس 2020 والمتعلق بالتدابير الوقائية من خطر انتشار وباء كورونا بالإدارات العمومية والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية.

<sup>2</sup> منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 2 / 2020 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والوزراء المنتدبون والمندوبون السامون والمندوبون العام المؤرخ في 1 أبريل 2020 والمتعلق بالخدمات الرقمية عن البعد.

<sup>3</sup> وبعبارة أخرى المحكمة الإلكترونية أو الرقمية فهي منهجية جديدة تقوم على استخدام تقنية المعلومات والاتصال في ممارسة الوظائف الأساسية للمحاكم و الإدارة القضائية، بقصد تحسين فعاليتها ونتاجها وكذلك جودة الخدمات المقدمة.

الانجاز للمعاملات والقضايا والدقة في مواعيد الجلسات وتبسيط إجراءات العمل وحضور الأطراف إلكترونياً من أي مكان دون الحضور الشخصي للمحكمة والمساهمة في أمن المعلومات وحفظها مع إمكانية الاطلاع عليها للأشخاص المصرح لهم<sup>1</sup>.

ووعيا من السلطة الحكومية المكلفة بالعدل التي تهدد رؤساء المحاكم وقضايتها وموظفيها ومتقاضياها ، فإنها صدرت دورية مشتركة مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة تدعوا فيها أن تخرج عن الإجراءات العادية للتقاضي داخل محاكم المملكة والتفكير في خلق تدابير وقائية وإجراءات احترازية جديدة، وذلك تماشيا مع قواعد النظافة وشروط السلامة الصحية وامتثالاً لإجراءات الطوارئ الصحية التي أقرتها السلطات العمومية لضمان استمرارية مرفق القضاء وإعمال إجراءات التقاضي عن البعد من خلال مجموعة من التدابير الرامية إلى تنظيم العمل لتعزيز حماية العاملين بالإدارة المركزية ومصالحها اللامركزية ومختلف محاكم المملكة.

واعتباراً للظروف الاستثنائية المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية، وما تفرضه من اتخاذ الإجراءات الاحتياطية اللازمة واستمرارية مرفق القضاء واحترام شروط المحاكمة العادلة وحماية سلامة مختلف الأطراف المعنية بالمحاكمة، وضمان السير العادي لعدد من القضايا المعروضة على أنظار القضاء؛ فإن الإشكالية المركزية تتمثل فيما يلي: هل استطاعت إجراءات سير مرفق القضاء زمن الطوارئ الصحية تحقيق النجاعة القضائية؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية المركزية والجوهرية التساؤلات التالية:

ما هي التدابير الوقائية لسير محاكم المملكة الرامية إلى الحد من تفشي وباء كورونا المستجد؟

وما هو التقاضي عن بعد في ضوء مشروع المحكمة الرقمية ما بين الفترة الممتدة 2020 و2021 وبعض تطبيقاته؟

ولمقاربة الموضوع من جميع جوانبه، ارتأيت اعتماد التقسيم التالي:

المبحث الأول: التدابير الوقائية لسير محاكم المملكة الرامية إلى الحد من تفشي وباء كورونا المستجد.

المبحث الثاني: التقاضي عن بعد في ضوء مشروع المحكمة الرقمية ما بين الفترة الممتدة 2020 و2021 وبعض تطبيقاته.

<sup>1</sup>هادي حسين عبد علي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2016، ص: 278.

## المبحث الأول: التدابير الوقائية لسير محاكم المملكة الرامية إلى الحد من تفشي وباء كورونا المتسجد

نظرا إلى الأهمية القصوى "للعمل عن بعد"، ولضمان استمرارية الخدمات العمومية في ضوء هذا الوضع الذي يمر به بلدنا بسبب انتشار وباء فيروس كورونا "Covid-19"، وخاصة مرفق القضاء الذي هو مدعو إلى ضمان تطبيق مبادئ ومعايير هذا الدليل مع احترام مقتضيات منشور السيد وزير

الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 2020/3 في 15 أبريل 2020 المتعلق بإرساء العمل عن بعد بالإدارات العمومية بشكل تدريجي،<sup>1</sup> فإن وزارة العدل بادرت مع باقي السلطات إلى اتخاذ تدابير مشتركة بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة لمحاصرة وباء كورونا المتسجد.

المطلب الأول: وإجراءات حالة الطوارئ الصحية في إطار المديرين الفرعيين لوزارة العدل لدى محاكم الاستئناف بالمملكة (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: تدابير مشتركة بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة لمحاصرة وباء كورونا المتسجد

في إطار الإجراءات الوقائية الرامية إلى الحد من تفشي وباء كورونا المتسجد (كوفيد 19)، و انسجاما مع التدابير التي تم الإعلان عنها من طرف الحكومة لمحاصرة هذا الوباء و منع انتشاره، تعلن وزارة العدل بموجب بلاغ مشترك مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة أنها بادرت إلى القيام بعدد من الإجراءات و التدابير الرامية إلى حماية السادة القضاة والأطر والموظفين التابعين لها سواء بالإدارة المركزية أو بالمصالح اللامركزية أو بمختلف محاكم المملكة، وكذا المرتفقين والمتقاضين، ويتعلق الأمر بما يلي:

-إخبار الرئيس الأول بمحكمة النقض والرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية بواسطة مذكرة إلى السادة الرؤساء الأولين لدى محاكم الاستئناف والسادة الرؤساء الأولين بمحاكم الاستئناف التجارية والسادة الرؤساء الأولين بمحكمة الاستئناف

<sup>1</sup> منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 2020 /3 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والمندوبين الساميين والمندوب العام المؤرخ في 15 أبريل 2020 والمتعلق عن العمل عن بعد بإدارات الدولة.

الإدارية حول مراقبة المؤسسات القضائية التابعة لهم ومنع كل شخص من ولوج المحكمة إذا لم يكن يتوفر على الاستدعاء، كما يتوجب عليهم إخبار.

الجهات المعنية بكل حالة تكون محط شك في حمل الفيروس أو تظهر عليها أعراض المرض<sup>1</sup>.  
- تعليق انعقاد الجلسات بمختلف محاكم المملكة، بالتنسيق مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة ابتداء من 17 مارس إلى إشعار آخر، باستثناء الجلسات المتعلقة بالبت في قضايا المعتقلين والجلسات المتعلقة بالبت في القضايا الاستعجالية وقضاء التحقيق<sup>2</sup>.

- صدور بلاغات وزارة العدل:

- بلاغ وزارة العدل حول تأجيل مباريات التوظيف نتيجة القرار الحكومي الداعي إلى تفادي التجمعات البشرية التي تتجاوز ألف شخص فما فوق<sup>3</sup>.
- بلاغ وزارة العدل حول تأجيل مباريات التوظيف خاصة الاختبارات الكتابية لمباريات التوظيف الخاصة بهيئة كتابة الضبط<sup>4</sup>.
- بلاغ وزارة العدل دعت فيه عموم المواطنين والمرتفقين والمتقاضين للاستفادة من الخدمات الرقمية التي توفرها البوابة الإلكترونية mahakim.ma، من قبيل الحصول على السجلين التجاري والعدلي عن بعد والاطلاع على مآل الملفات القضائية عن بعد<sup>5</sup>.
- بلاغ وزارة العدل حول تأجيل جميع مباريات التوظيف، وكذا الامتحانات الكتابية الخاصة بإدماج الأطر المشتركة بين الوزارات العاملين بوزارة العدل، التي كان مقررا إجراؤها يوم الأحد 22 مارس 2020، إلى موعد لاحق، كما أعلنت عن تأجيل الامتحانات

---

<sup>1</sup>مذكرة الرئيس الأول بمحكمة النقض والرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية المؤرخ في 5 مارس 2020 حول مراقبة المؤسسات القضائية التابعة لهم ومنع كل شخص من ولوج المحكمة إذا لم يكن يتوفر على الاستدعاء، كما يتوجب عليكم إخبار الجهات المعنية بكل حالة تكون محط شك في حمل الفيروس أو تظهر عليها أعراض المرض.

<sup>2</sup>بلاغ مشترك بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة المؤرخ في 6 مارس 2020 حول تعليق انعقاد الجلسات بالمحاكم ابتداء من 17 مارس إلى إشعار آخر، باستثناء الجلسات المتعلقة بالبت في قضايا المعتقلين والجلسات المتعلقة بالبت في القضايا الاستعجالية وقضاء التحقيق. وللمزيد من التوضيح أنظر أمينة رضوان، التوجهات الملكية السامية لمواجهة جائحة كورونا، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020، ص:18.

<sup>3</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 13 مارس 2020 حول تأجيل مباريات التوظيف نتيجة القرار الحكومي الداعي إلى تفادي التجمعات البشرية التي تتجاوز ألف شخص فما فوق.

<sup>4</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 13 مارس 2020 حول تأجيل مباريات التوظيف خاصة الاختبارات الكتابية لمباريات التوظيف الخاصة بهيئة كتابة الضبط.

<sup>5</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 14 مارس 2020 حول استفادة عموم المواطنين والمرتفقين والمتقاضين من الخدمات الرقمية.



الشفوية الخاصة بالفوج 44 للملحقين القضائيين التي كان مقررا إجراؤها ابتداء من يوم الاثنين 16 مارس 2020، وتأجيل جميع مباريات التوظيف المعلن عنها سابقا إلى تاريخ سيعلم عنه لاحقا<sup>1</sup>.

○ بلاغ وزارة العدل من خلال دورية دعت فيها المسؤولين الإداريين التابعين لها إلى الحد من عقد الاجتماعات إلا عند الضرورة القصوى وبإذن من رئيس الإدارة؛ واعتماد نظام التناوب اليومي عند الاقتضاء في الحضور بين الموظفين والعاملين بما لا يخل بسير المرفق العام، حيث دعت الدورية أيضا إلى تقديم التسهيلات اللازمة للنساء الموظفات لتمكينهن من مواكبة أبنائهن في المنازل خلال فترة توقف الدراسة بالمؤسسات التعليمية؛ وتقديم التسهيلات اللازمة للنساء الموظفات الحوامل، وكذا المصابين بمرض مزمن أو ضعف في جهاز المناعة؛ وتوفير حافلات نقل الموظفين والعمل باستمرار على تعقيمها<sup>2</sup>.

○ بلاغ وزارة العدل بشأن توقف الأجال بموجب المادة 6 من المرسوم بقانون المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها<sup>3</sup>، والتي تنص على ما يلي: "يوقف سريان مفعول جميع الأجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة. تستثنى من أحكام الفقرة الأولى أعلاه آجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 15 مارس 2020 حول تأجيل جميع مباريات التوظيف، وكذا الامتحانات الكتابية الخاصة بإدماج الأطر المشتركة بين الوزارات العاملين بوزارة العدل.

<sup>2</sup> دورية وزارة العدل المؤرخة في 17 مارس 2020 حول دعوة المسؤولين الإداريين التابعين لها إلى الحد من عقد الاجتماعات إلا عند الضرورة القصوى وبإذن من رئيس الإدارة.

<sup>3</sup> المرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب (1441) 23 مارس 2020، المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنه، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.

<sup>4</sup> بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 24 مارس 2020 حول توقف الأجال بموجب حالة الطوارئ الصحية. وللمزيد من التوضيح أنظر امبارك جانوي، مفهوم الأجل القانوني في ضوء المادة 6 من مرسوم الطوارئ الصحية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020، ص: من 125 إلى 128.

- شروع وزارة العدل في اقتناء 100.000 كاميرات ورقية والتي تم تسليمها إلى السادة المسؤولين القضائيين والإداريين من أجل توزيعها على القضاة والموظفين العاملين بالمحاكم حسب الحاجيات والمتطلبات<sup>1</sup>.
- تكثيف عمليات التنظيف، وتعقيم وتطهير الفضاءات المشتركة (المصاعد، السلالم، مقابض الأبواب).
- توفير كل مستلزمات النظافة والتعقيم والتطهير سواء بالإدارة المركزية أو بالمحاكم<sup>2</sup>.
- إحداث خلية على مستوى الإدارة المركزية لوزارة العدل، مهمتها تتبع ومواكبة عمل المديرات الفرعية بشأن هذا الموضوع، وتقديم الدعم اللازم سواء من الناحية المادية أو اللوجستية في سبيل توفير الحماية والسلامة الصحية للقضاة والموظفين ومساعدى القضاء والمرتفقين<sup>3</sup>.
- العفو الملكي عن حوالي 5654 معتقلا بالمؤسسات السجنية والإصلاحية، وذلك وفق معايير إنسانية وموضوعية مضبوطة تأخذ بعين الاعتبار سنهم ووضعتهم الصحية ومدة اعتقالهم، وما أبانوا عنه من حسن السيرة والسلوك والانضباط طيلة مدة اعتقالهم، حيث سيخضعون للمراقبة والاختبارات الطبية ولعملية الحجر الصحي اللازمة في منازلهم للتأكد من سلامتهم؛ وانخراط الوزارة في مبادرة العفو الملكي على عدد من نزلاء المؤسسات السجنية، حيث أن لجنة العفو عقدت اجتماعاتها بمقر وزارة العدل من أجل تفعيل هذه المبادرة الملكية السامية، وتم تنفيذ الأمر الملوي في إبانه بفضل تظافر جهود كل الفاعلين والمتدخلين في العملية<sup>4</sup>.

-بلاغات رئاسة النيابة العامة:

- بلاغ رئاسة النيابة العامة حول التقليل من توافد المتقاضين على النيابة العامة ودعوة المواطنين إلى تقديم الشكايات لدى السادة الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف أو وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني الخاص بالنيابات العامة المعنية، هذا فضلا عن وضع الخطوط الهاتفية رهن إشارة

<sup>1</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 9 أبريل 2020 حول توفير الوزارة الوسائل الضرورية للوقاية من وباء كورونا المستجد كوفيد 19.

<sup>2</sup>دورية وزارة العدل المؤرخة في 3 أبريل 2020 حول تعقيم فضاءات المحاكم.

<sup>3</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 3 أبريل 2020 المتعلق بشأن التدابير الوقائية الرامية إلى الحد من نقشي وباء كورونا المستجد - كوفيد 19.

<sup>4</sup>بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 4 أبريل 2020 حول العفو الملكي 5654 معتقلا بالمؤسسات السجنية والإصلاحية.

- السادة المحامين وعموم المتقاضين لتمكينهم من طلب المعلومات أو الحصول على إرشادات في الحالات المستعجلة أو للتبليغ عن الجرائم<sup>1</sup>.
- بلاغ رئاسة النيابة العامة الموجه إلى النيابة العامة لدى محاكم المملكة من أجل متابعة كل من يروج من أخبار زائفة ذات علاقة بموضوع فيروس كورونا من شأنها إثارة الفزع بين الناس أو المساس بالنظام العام<sup>2</sup>.
  - بلاغ رئاسة النيابة العامة حول تفعيل المقترضات الزجرية التي جاء بها المرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها<sup>3</sup>.
  - صدور دورية رئاسة النيابة العامة إلى السيدات والسادة المحامي العام الأول والمحامين العامين بمحكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ونوابهم ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية ونوابهم حول حمل الكمادات خلال فترة الحجر الصحي<sup>4</sup>.
  - دورية رئاسة النيابة العامة حول تسهيل تخابر المعتقلين مع دفاعهم لتجهيز المحكمات عن بعد خلال فترة الحجر الصحي<sup>5</sup>.
  - دورية رئاسة النيابة العامة الموجهة إلى السادة المحامي العام الأول لدى محكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 16 مارس 2020 حول التقليل من توافد المتقاضين على النيابة العامة. وللمزيد من التوضيح راجع بدر أكرف، وسائل التكنولوجيا الحديثة ومبدأ استمرارية أداء الخدمة في حالة الطوارئ الصحية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 17، أبريل 2020، ص: 160.

<sup>2</sup> بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 17 مارس 2020 حول متابعة كل من يروج أخبارا زائفة ذات علاقة بموضوع فيروس كورونا من شأنها إثارة الفزع بين الناس أو المساس بالنظام العام.

<sup>3</sup> بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 24 مارس 2020 حول تفعيل المقترضات الزجرية لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب.

<sup>4</sup> دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخة في 7 أبريل 2020 السيدات والسادة المحامي العام الأول والمحامين العامين بمحكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ونوابهم ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية ونوابهم حول حمل الكمادات خلال فترة الحجر الصحي.

<sup>5</sup> دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 29 أبريل 2020 حول تسهيل تخابر المعتقلين مع دفاعهم لتجهيز المحكمات عن بعد خلال فترة الحجر الصحي.

<sup>6</sup> دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخة في 30 أبريل 2020 والموجهة إلى السادة المحامي العام الأول لدى محكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية.

○ بلاغ رئاسة النيابة العامة حول تحريك المتابعة القضائية في مواجهة ما مجموعه 91623 شخصا قاموا بخرق حالة الطوارئ الصحية إلى جانب ارتكابهم لجرائم أخرى<sup>1</sup> وينبغي التذكير إلى أن دور السلطة القضائية في تديير حالة الطوارئ الصحية يبقى ضروريا و مهما في تحقيق النجاعة القضائية الذي لاشك أنه مدخلا للوصول إلى الأمن القضائي، إلا أنه يفتقد إلى التأسيس القانوني بالنسبة للتقاضي عن البعد، هذا فضلا عن عدم كيفية التعامل مع الرقمنة من خلال عدم تأهيل وتكوين السادة والسيدات القضاة وموظفي محاكم المملكة، وكذا غياب العنصر البشري المؤهل.

### المطلب الثاني: إجراءات حالة الطوارئ الصحية في إطار المديرين الفرعيون لوزارة العدل لدى محاكم الاستئناف بالمملكة

تماشيا مع الظروف الاستثنائية لحالة الطوارئ الصحية في المغرب وفي إطار تعزيز التداول اللامادي للخدمات والإجراءات عن بعد، عقد وزير العدل السيد محمد بنعبد القادر، يوم الجمعة 10 أبريل 2020، اجتماعا مع المدراء الفرعيين بواسطة تقنية الفيديو عن بعد، لمتابعة تنفيذ وتنزيل الإجراءات والتدابير التي اتخذتها الوزارة لمحاصرة تفشي وباء كورونا المستجد (كوفيد 19). وفي كلمته بالمناسبة، أكد السيد بنعبد القادر، أن وزارة العدل، من منطلق مسؤوليتها لضمان الأمن الصحي داخل المحاكم، وحماية القضاة وموظفي كتابة الضبط ومساعدى القضاء والمتقاضين والمرتفقين، بادرت إلى اتخاذ عدد من الإجراءات لمحاصرة تفشي هذا الوباء. وأشار الوزير إلى أن التدابير المادية واللوجستيكية المتعلقة بعمليات التنظيف والتعقيم على مستوى المصالح المركزية للوزارة ومصالحها اللامركزية ومختلف محاكم المملكة، مبرزا أنه تم تخصيص غلاف مالي وتفويض إجراءات صرف الجزء الأكبر منه للمديرين الفرعيين بكل محاكم الاستئناف، من أجل اقتناء وتوزيع مستلزمات الوقاية من انتشار الفيروس على مختلف محاكم المملكة والمرافق القضائية. وفي سياق تتبعه لتنزيل الإجراءات والتدابير المتخذة على المستوى الجهوي، استمع السيد الوزير إلى عروض قدمها المديرين الفرعيون لدى محاكم الاستئناف عبر تقنية visioconférence، تناولت الجهود المبذولة من طرفهم لتعقيم فضاءات المحاكم وتوفير وسائل الحماية لفائدة كل العاملين، وقد كان اللقاء مناسبة وجه من خلالها السيد الوزير توجيهاته

<sup>1</sup> بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 22 ماي 2020 حول تحريك المتابعة القضائية في مواجهة ما مجموعه 91623 شخصا قاموا بخرق حالة الطوارئ الصحية إلى جانب ارتكابهم لجرائم أخرى.

للمديرين الفرعيين للتعبئة وتكثيف الجهود من أجل ضمان التنزيل الأمثل للتدابير المتخذة من طرف السلطات الحكومية لمحاصرة هذا الوباء والحد من تفشيه.

وتجدر الإشارة إلى أن الاجتماع كان مناسبة لتقديم تصور شمولي يهم تدبير البريد والمراسلات الإدارية بالوزارة بطريقة إلكترونية ورقمية، انسجاما مع استراتيجية الحكومة الرامية إلى تعميم التبادل الإلكتروني للبريد في كل القطاعات والمؤسسات العمومية<sup>1</sup>. ومن الملاحظ إلى أن هذا الاجتماع خصص الجزء الأول للاستماع إلى عرض مدير التحديث بالنيابة بشأن رقمنة البريد وتدييره بطريقة إلكترونية ورقمية، فيما خصص الجزء الثاني للتواصل مع المديرين الفرعيين بكل الدوائر الاستئنافية بالمملكة عبر تقنية الفيديو عن بعد لمعرفة أوضاع المحاكم وتتبع تنفيذهم للتوجيهات والتعليمات الصادرة لهم".

وتجسيدا لقيم التضامن بين مكونات الشعب المغربي، واستجابة لنداء الوطن بشأن دعم الصندوق الخاص بتدبير تداعيات جائحة كورونا المستجد " كوفيد19" الذي أنشأته الحكومة المغربية بتعليمات سامية من صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله و أيدته، وانخراطا في المبادرة التي أطلقها مسؤولو الإدارة المركزية لوزارة العدل وأعضاء ديوان السيد الوزير والخاصة بدعم هذا الصندوق، قرر المديرين الفرعيين الإقليميون لوزارة العدل لدى محاكم الاستئناف بالمملكة المساهمة في صندوق كورونا بنصف راتب شهر واحد لكل مدير<sup>2</sup>.

وبخصوص مساهمة وزارة العدل في الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا، أكد الوزير أن مسؤولي الإدارة المركزية لوزارة العدل وأعضاء ديوان الوزير قرروا التبرع بنصف راتبهم الشهري لفائدة الصندوق المذكور. وأكد السيد بنعبد القادر أن الوزارة تجدد التزامها بدعم المجهود الوطني لمواجهة تفشي هذا الوباء، والانخراط في الاستراتيجية الوطنية التي أقرتها الحكومة بهذا الخصوص، مسجلا أنها تضع كل إمكانياتها المادية والبشرية واللوجستيكية لتحقيق الأهداف المرسومة من طرف الحكومة، بالتنسيق التام مع المسؤولين القضائيين والإداريين بالمحاكم. فعلى مستوى الإجراءات الوقائية، تجدر الإشارة إلى أنه خلال الفترة الممتدة من 17 مارس إلى غاية 26 ماي 2020 تم القيام بما يلي:

○ اقتناء ما مجموعه 275.000 كامامة ورقية تم توزيعها على كل محاكم المملكة؛

<sup>1</sup>ابلاغ وزارة العدل المؤرخ في 10 أبريل 2020 حول تتبع وزارة العدل لتنفيذ التدابير الحكومية المتخذة لمواجهة تفشي وباء كورونا.  
<sup>2</sup>ابلاغ وزارة العدل المؤرخ في 28 أبريل 2020 حول مساهمة المديرين الفرعيين لوزارة العدل في صندوق كورونا بنصف راتب شهري.

- إجراء أكثر من 4000 تدخل لتعقيم فضاءات ومرافق بنايات المحاكم والمديريات الفرعية والإدارة المركزية؛
- توفير 13.500 قنينة للسائل المعقم متوسطة الحجم؛
- توفير 1775 قنينة من سعة 01 لتر مخصصة لتعبئة الموزعات المثبتة على الجدران؛
- اقتناء وتوزيع كمية كبيرة من مواد التنظيف والتطهير؛
- الاستعانة بحوالي 1500 عامل نظافة بجميع محاكم المملكة للسهر على عمليات التنظيف والتطهير<sup>1</sup>.

المبحث الثاني: التقاضي عن بعد في ضوء مشروع المحكمة الرقمية ما بين الفترة الممتدة 2020 و2021 وبعض تطبيقاته

لقد فرضت التحولات الصحية والوضعية الوبائية في المغرب أزمة متعددة الواجهات، والتي تجلت في كل جوانب الحياة، وعلى الوجه الخصوص تعثر خدمات مرفق القضاء؛ مما فرض على وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة بشراكة مع مختلف محاكم المملكة والمندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج وجمعيات هيئات المحامين بالمغرب، أن تفكر في تطبيق التقاضي عن بعد تماشياً مع الظروف الاستثنائية المرتبطة بحالة الطوارئ الصحية، وما تفرضه من اتخاذ الإجراءات الاحتياطات اللازمة وضمان استمرارية مرفق القضاء وتعزيز احترام شروط المحاكمة العادلة وحماية سلامة مختلف الأطراف المعنية بالمحاكمة وضمان السير العادي لمحاكم المملكة. وعليه، سوف نتطرق إلى التقاضي عن بعد في إطار مشروع المحكمة الرقمية ما بين الفترة الممتدة 2020 و2021 (المطلب الأول) وتطبيقات التقاضي عن بعد في صلب حالة الطوارئ الصحية (المطلب الثاني).

---

1وزارة العدل، كلمة السيد وزير العدل بمناسبة الاجتماع مع المديرين الفرعيين والمسؤولين الإداريين ليوم الأربعاء 27 ماي 2020.

## المطلب الأول: التقاضي عن بعد في إطار مشروع المحكمة الرقمية ما بين الفترة الممتدة 2020 و2021

يندرج التقاضي عن بعد إبان حالة الطوارئ الصحية بالمغرب في إطار مشروع المحكمة الرقمية ما بين 2020 و2021 تنفيذا لخطة الإصلاح الشامل لمنظومة العدالة سنة 2013 والذي تظهر تجلياته من خلال القضايا التالية:

- جلسات قضايا المعتقلين والتي تهم حرية الأفراد.
- جلسات قضايا التحقيق والتي ترتبط بالأجال وحرية وحقوق الأفراد.
- جلسات قضايا المستعجلات.

ويجب الإشارة إلى أن مشروع المحكمة الرقمية ما بين 2020 و2021 يعد من الأوراش الإصلاحية الكبرى التي تعول عليها الوزارة الوصية على قطاع العدل، حيث قامت هذه الأخيرة بعدة مبادرات من أجل النهوض بالمؤسسات القضائية وإنماء القدرات المؤسسية لمنظومة العدالة وتحديث الإدارة القضائية وتعزيز حكمتها. من أجل ذلك، أنجزت الوزارة عدة استثمارات على مستوى البنى التحتية للمحاكم لتوفير الشروط الملائمة للعمل لاستقبال المرتفقين في عهد وزير السابق، كما شرعت في تحديث أساليب الإدارة القضائية من خلال تكثيف استخدام التكنولوجيا الحديثة في أفق تحقيق المحكمة الرقمية خلال سنة 2020<sup>1</sup>.

وتماشيا مع المتغيرات العالمية، ومواكبة العدالة المغربية لهذه التطورات من أجل تحول رقمي حقيقي وتخفيف معاناة المتقاضين أمام تراكم الملفات بالمحاكم، بادرت وزارة العدل في عهد السيد محمد أجار إلى تمديد مشروع المحكمة الرقمية إلى سنة 2021، حيث يتجاوز هذا المشروع إنجاز وثائق إدارية وبعض المساطر، بل يروم إدخال الرقمنة في تدبير مرفق العدالة؛ وذلك من خلال بطاقات ومهندسين مغاربة لرفع هذا التحدي، بالإضافة إلى التععيد القانوني للمحكمة الرقمية، وإدخال البعد الرقمي في المسطرة المدنية والجنائية، وفتح أوراش مع المهن القضائية ونطمح إلى أن ينخرط في هذا المشروع الكبير مختلف

---

1مداخلة حسن الرحبية في موضوع حول المحاكمة الرقمية في ظل الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية: الآليات والضمانات في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بتنسيق مع ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ونادي قضاة المغرب و نادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفيسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.

الفاعلين من جامعات وإعلام وشبكات التواصل الاجتماعي، بهدف جعل العدالة في عمق هذا التحول الرقمي الذي يشهده العالم.<sup>1</sup>

وفي إطار سياق التحديث والرقمنة، وعلى الرغم من توقف المحاكم عن أداء عملها خلال فترة الطوارئ الصحية، فإن الخدمات الرقمية التي توفرها الوزارة للمتقاضين والمرتفقين مكنت هؤلاء من استمرار استفادتهم من هذه الخدمات دون توقف، ودون حاجة للحضور إلى المحاكم، وذلك من خلال الإحصائيات والمؤشرات المتعلقة بالفترة من بداية حالة الطوارئ الصحية أي من 20 مارس 2020 إلى غاية 26 ماي 2020 وهي:

○ عدد الطلبات المتعلقة بالحصول على السجل التجاري: 30.370 طلبا تمت معالجتها بالكامل.

○ عدد الطلبات المتعلقة بالحصول على السجل العدلي: 7083 طلبا تمت معالجتها بالكامل.

○ عدد طلبات المتعلقة بإيداع القوائم التركيبية الخاصة بالشركات التجارية: 820 طلبا تمت معالجتها بالكامل.

○ عدد عمليات البحث في موقع Mahakim.ma الذي يقدم خدمات بشأن مآل القضايا والملفات القضائية: 1.029.233 عملية بحث.

○ عدد زوار الموقع للاطلاع على الخدمات الرقمية التي توفرها الوزارة: 233.237 زائرا.

○ عدد المحامين الذين أنشأوا حسابات في منصة المحامي للتبادل الإلكتروني مع المحاكم: 155 محاميا.

○ عدد المقالات التي تم إيداعها عبر هذه المنصة الإلكترونية: 205 مقالا<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: تطبيقات التقاضي عن بعد في صلب حالة الطوارئ الصحية

إن الشروع في تطبيق نظام التقاضي عن بعد باستخدام تكنولوجيا التواصل بين المتهمين نزلاء المؤسسات السجنية من جهة، والقضاة والمحامين في المحاكم من جهة ثانية، أثار هذا الاستخدام بعض المخاوف القانونية والحقوقية خاصة ما يتعلق بالحق في المحاكمة العلنية، وضرورة استماع القضاة للمتهمين والمدعين من دون حواجز، في الوقت الذي اعتبر العديد من الفاعلين في منظومة العدالة أن الإكراهات التي تفرضها جائحة فيروس كورونا تمثل

---

<sup>1</sup> شريف الغيام، الحاجة إلى التقاضي عن بعد في زمن الجائحة وسؤال المحكمة الرقمية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020، ص: من 115 إلى 120.  
<sup>2</sup> وزارة العدل، كلمة السيد وزير العدل بمناسبة الاجتماع مع المديرين الفرعيين والمسؤولين الإداريين ليوم الأربعاء 27 ماي 2020.



فرصة سانحة لتعبئة كل الطاقات من أجل القيام بالخطوة الحاسمة التي طالما تم التردد فيها، وهي الخطوة نحو تحديث قطاع العدالة بتسريع وتيرة التحول الرقمي في العملية القضائية.

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل توافقت مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة والمندوبية العامة للسجون وإعادة الإدماج حول المبدأ العام بخصوص اعتماد تقنية (فيديو كونفرنس) لتنظيم جلسات التقاضي عن بعد في إطار تنفيذ التدابير الاحترازية وتعزيز الأمن الصحي للسجناء ومكونات أسرة القضاء، حيث انطلقت اجتماعات اللجان الثلاثية في كل الدوائر الاستثنائية بحضور النقباء والرؤساء الأولين بمحاكم الاستئناف والوكلاء العامين بها. وقد شكلت تلك الاجتماعات، بحسب الوزير، لحظة متميزة للتشاور والحوار حول أفضل السبل لتفعيل القرار الاحترازي المؤقت، بما يضمن في الآن نفسه الأمن الصحي للجميع والأمن القضائي القائم على مبادئ المحاكمة العادلة وحق الدفاع.

وبخصوص مخرجات اللجان الثلاثية، فإنها استطاعت أن تؤسس لمقاربات ميدانية عقلانية وتشاركية لتزليل الفكرة على أرض الواقع في نطاق مبادئ العدالة والمصلحة العامة، حيث أعلن النقباء ترحيبهم بهذه المبادرة وقدموا اقتراحات مهمة لإغنائها وتحسينها، وذهب جلهم إلى أنه ليس هناك ما يمنع في القواعد العامة للمسطرة الجنائية من اعتماد التقاضي عن بعد<sup>1</sup>.

كما يعتمد نظام المحاكمة عن بعد على أساس تقني متطور للتقاضي، عبر اتصال حي، صوتا وصورة، مع المؤسسات السجنية من جهة، والقضاة والمحامين في المحكمة من جهة أخرى، لاسيما في الملفات الجنحية المتعلقة بالأشخاص الذين يوجدون في حالة اعتقال. وعرفت هذه الجلسة تقديم ملفات لمتهمين المتابعين في حالة اعتقال في قضايا تتعلق بخرق حالة الطوارئ الصحية وبيع المخدرات وعدم التوفر على البطاقة الوطنية والرخص الاستثنائية للتنقل وإهانة أفراد القوات العمومية وعدم التقيد بالقرارات الصادرة عن السلطات العمومية.

1 عبد اللطيف الشنتوف، سير المحاكم زمن الطوارئ الصحية، مشاركة في برنامج الخير لإذاعة طنجة الجهوية، يوم 1 ماي 2020. وللمزيد من تسليط الضوء راجع مداخلة سمير أيت أرجال في موضوع حول المبادئ والمعايير ذات قيمة دستورية وكونية في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي مباشرة بصفتها الرسمية بتطبيق الفايبربوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.

وتميزت الجلسة بالاستماع إلى المتهمين عن بعد عبر اتصال حي باستخدام تقنيات الاتصال المرئي والصوتي، والتي تتيح للأطراف رؤية ومتابعة وسماع ما يجري في المحاكمة بصورة مباشرة. كما أن تقنية المحاكمة عن بعد "تندرج في إطار تفعيل التدابير الاحترازية والوقائية الصادرة عن السلطات المختصة المرتبطة بالحد من انتشار فيروس كورونا المستجد".

وتجدر الإشارة إلى أن التقنية الرقمية تضمن "تحقيق المحاكمة العادلة من جهة، إذ تسمح للمعتقلين بالتواصل مع الهيئة القضائية، ومع دفاعهم دون الحضور الفعلي بالجلسة، حيث تتأكد المحكمة من هويتهم، وتشعرهم بالتهمة المنسوبة إليهم وتقوم باستنطاقهم مع تمكين هيئة الدفاع من القيام بدورها في الدفاع عنهم، وعندما تصبح القضية جاهزة يتم النطق بالحكم باعتماد نفس الوسيلة". ومن جهة أخرى، فإن التقنية "تضمن عدم الاختلاط، وتفادي احتمال الإصابة بفيروس كورونا سواء بالنسبة للقضاة أو أطر كتابة الضبط أو المحامين أو موظفي ونزلاء السجن أو الأطقم الأمنية المكلفة بنقل المعتقلين".

ويندرج هذا النظام، المتمثل في استخدام تكنولوجيا التواصل مع المؤسسات السجنية من جهة، والقضاة والمحامين في المحاكم من جهة ثانية، في إطار التدابير الاحترازية وتعزيز الأمن الصحي لنزلاء المؤسسات السجنية وكافة مكونات أسرة العدالة، التي فرضتها حالة الطوارئ الصحية بالمملكة الناجمة عن جائحة فيروس كورونا المستجد.

كما يأتي هذا المشروع في إطار إرساء مقومات المحكمة الرقمية، بما يضمن تقوية البنية التحتية التكنولوجية للإدارة القضائية، وتوفير الأنظمة المعلوماتية الآمنة والبرامج المتعلقة بإدارة القضايا والمساطر لتأهيل آجال التنفيذ<sup>1</sup>. وعليه، فقد سجل المجلس الأعلى للسلطة القضائية اعتزازه بالنتائج الإيجابية الواعدة التي تحققت خلال الأسبوع الأول منذ بداية عملية التقاضي عن بُعد، التي انطلقت يوم الاثنين المؤرخ في 27 أبريل 2020؛ وأورد المجلس في بلاغ له، حول نتائج الأسبوع الأول لانطلاق العملية، أنه تم عقد ما مجموعه 240 جلسة عن بُعد بمختلف الدوائر القضائية بالمملكة بمعدل يصل إلى 60 جلسة يوميا، أدرجت خلالها 3613 قضية بمعدل يومي وصل إلى 903 قضايا. وقد استفاد من هذه المحاكمات عن

1مداخلة عز الدين الماحي، السلطة القضائية في زمن جائحة كوفيد 19 وسؤال المحكمة الجزرية عن بعد في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بالتنسيق مع ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ونادي قضاة المغرب ونادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفيسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.

بُعد خلال هذا الأسبوع الأول 4005 معتقلين بمعدل يومي وصل إلى 1001 معتقل، وبنت محاكم المملكة سواء الابتدائية أو الاستئنافية في 1222 قضية بمعدل وصل إلى 306 قضايا يوميا.

وأكد المجلس أن "الجلسات والمحاکمات العلنية تمت في احترام تام لقواعد وأصول المحاكمة العادلة شكلاً ومضموناً تمتع فيها المعتقلون بكافة الضمانات المخولة قانوناً، بعد تخابرهم مع دفاعهم وموافقهم الطوعية الرضائية والاستماع إليهم ولدفعات ومرافعات دفاعهم من طرف هيئة الحكم المشكلة بصفة قانونية التي كونت قناعاتها الصميمة، بناء على ما راج أمامها من مناقشات وأصدرت أحكامها وقراراتها بكل استقلال ونزاهة وتجرد".

واعتبر المجلس الأعلى للسلطة القضائية أن النتائج التي تحققت مبشرة ومعبرة وناجعة، "ما كانت لتتحقق لولا تضافر الجهود الوطنية لعدد من السلطات والهيئات والمؤسسات والفاعلين وانخراطهم الجاد من أجل صيانة كل ضمانات المحاكمة العادلة وتكريس الأمن القضائي وتعبئتهم من أجل توفير كل الظروف التقنية المتاحة واللازمة وشروط الصحة والسلامة للمعتقلين ولكل مرتفقي العدالة<sup>1</sup>".

وشدد المجلس الأعلى على أنه، إلى جانب كل المتدخلين، سيبقى ساهرا على حسن تدبير هذه العملية وتجويدها وتطوير نتائجها من خلال رصد كل الإكراهات وتجاوز جميع العقبات وتعبئة الموارد اعتماداً على المقاربة التشاركية وآليات الشفافية والنجاعة في انسجام مع الرؤية الملكية الإصلاحية السامية والضوابط الدستورية والقانونية والحقوقية الواجبة<sup>2</sup> كما عقدت محكمة النقض يوم الأربعاء 6 ماي 2020 أول جلسة محاكمة عن بعد عبر تقنية (visioconférences) الذي تم العمل به بسبب حالة الطوارئ التي يعيشها المغرب بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد. وعرفت هذه الجلسة إدراج عدد من القضايا التي تمهم مسطرة تسليم مجرمين أجنبين ينتمون إلى جنسيات مختلفة، الذين تم التواصل معهم،

---

<sup>1</sup> مداخلة عبد اللطيف الشنتوف في موضوع حول الاجتهاد بشأن التقاضي عن بعد ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي مباشرة بصفتحه الرسمية بتطبيق الفايبروك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.

<sup>2</sup> حصيلة الأسبوع الأول لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية ما بين الفترة الممتدة 27 أبريل و5 ماي المؤرخة في 5 ماي 2020 حول التقاضي عن بعد إبان الطوارئ الصحية. وللمزيد من التوضيح راجع محمد الخضراوي، إكراهات التقاضي عن بعد في ظل انتشار فيروس كورونا بالمغرب، مشاركة في برنامج بقناة ميدي 1 تيفي، يوم 6 ماي 2020. وكذا محمد الخضراوي، التقاضي عن بعد، مشاركة في برنامج بقناة الأولى، يوم 6 ماي 2020. وكذا حصيلة الأسبوع الثاني لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية ما بين الفترة الممتدة 5 و12 ماي المؤرخة في 12 ماي 2020 حول التقاضي عن بعد إبان الطوارئ الصحية.

ومحاكمتهم عن بعد من طرف هيئة المحكمة، بعد موافقتهم على هذا الإجراء وبحضور المترجمين وكذا ممثلي هيئة الدفاع.

ويأتي عقد هذه الجلسة حسب بلاغ لمحكمة النقض في سياق انخراط هذه المحكمة باعتبارها على رأس الهرم القضائي المغربي، في كل مبادرات المجلس الأعلى للسلطة القضائية من أجل حفظ الصحة والسلامة للمعتقلين ولكل مرتفقي العدالة في هذه الظرفية الصحية العالمية الاستثنائية مع ضمان استمرار مرفق القضاء في أداء مهامه الدستورية والقانونية والحقوقية<sup>1</sup>. والجدير بالذكر، أن محكمة النقض سبق أن وضعت ورش التحديث منذ سنة 2013 ضمن أولويات مخططها الاستراتيجي وشرعت في تنفيذ عدد من برامجها من أجل تفعيل حقيقي لآليات الجودة والنجاعة والشفافية وتطوير العمل القضائي بما يتلائم مع متطلبات العصر ويستجيب لانتظارات المرتفقين<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية أفاد في بلاغ له يوم الاثنين 18 ماي 2020 بأن محاكم المملكة قامت خلال الفترة الممتدة من 11 إلى 15 ماي بعقد 330 جلسة عن بعد أدرج خلالها 5006 قضايا تم البت في 2091 منها، كما أضاف البلاغ أن 5322 معتقلا استفادوا من عملية التقاضي عن بعد، حيث تم الإفراج عن 206 منهم لأسباب مختلفة<sup>3</sup>.

أما على مستوى الخدمات الرقمية والتواصل عن بعد، فإن القرار الذي تم اتخاذه بالتنسيق مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة بشأن محاكمة المعتقلين في السجون عن بعد، وذلك بمشاركة المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة

---

1مداخلة عبد اللطيف الشنتوف في موضوع حول الاجتهاد القضائي وعمل المؤسسات القضائية في زمن الطوارئ الصحية في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بالتنسيق مع ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة و نادي قضاة المغرب و نادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفيسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.

2بلاغ محكمة النقض المؤرخ في 7 ماي 2020 حول عقد أول جلسة لقضايا تسليم المجرمين الأجانب عن بعد. وللمزيد من التوضيح راجع مداخلة محمد أقديم في موضوع حول هل فعلا تجربة المحاكمة عن بعد ستحقق ما هو مطلوب منها؟ في ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتها الرسمية بتطبيق الفيسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020. وكذا مداخلة محمد الخضراوي في موضوع حول تقييم أسبوعين من حصيلة التقاضي عن بعد في ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتها الرسمية بتطبيق الفيسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.

3بلاغ المجلس الأعلى للسلطة القضائية المؤرخ في 18 ماي 2020 حول حصيلة الأسبوع الثالث المتعلقة بالتقاضي عن بعد.

الإدماج ومختلف هيئات المحامين بالمغرب، حيث قامت وزارة العدل بإنشاء 190 حسابا الكترونيا وزعتها بين المحاكم والمؤسسات السجنية وتم التنسيق مع المسؤولين القضائيين والمديريات الجهوية لإدارة السجون لتجهيز المحاكم وقاعات مهياة على مستوى المؤسسات السجنية بحواسيب معدة لهذه العملية وتم تثبيت البرامج اللازمة، والتي حققت النتائج التالية:

- مجموع عدد الجلسات عن بعد التي عقدتها محاكم المملكة: 1209 جلسة.
- مجموع القضايا التي تم إدراجها خلال هذه الجلسات: 18.535 قضية.
- مجموع الأحكام القضائية التي صدرت خلال هذه الجلسات: 7472 حكما قضائيا.
- عدد المعتقلين الذين تمت محاكمتهم بهذه التقنية: 20.544 معتقلا.
- عدد المعتقلين الذين تم الإفراج عنهم بعد محاكمتهم بهذه التقنية: حوالي 650 معتقلا إما بسبب تمتعهم بالسراح المؤقت أو التصريح ببراءتهم العقوبة الحبسية الصادرة في حقهم أو تأديدها<sup>1</sup>.

وتأسيسا على ذلك، يتضح أن وزارة العدل إلى جانب المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة وباقي الفاعلين في منظومة العدالة ساهمت بشكل كبير في إجراءات الطوارئ الصحية في المغرب، وذلك من خلال العديد من التدابير الرامية إلى محاصرة وباء فيروس كورونا- كوفيد19-، وعلى وجه الخصوص التفكير في جلسات التقاضي عن بعد، لكن هذه المبادرة تعترضها مجموعة من المعوقات والتي تمثلت في غياب الإطار القانوني للتقاضي عن بعد وعدم توفير الأطر التقنية داخل محاكم المملكة وكذا فقدان العنصر البشري المؤهل.

## خاتمة:

على الرغم من المجهودات الوطنية الكبيرة المبذولة من طرف وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة وباقي الفاعلين في الحقل القضائي في وضع مجموعة من الإجراءات الوقائية للحد من تفشي وباء كورونا المستجد-كوفيد19-، وذلك في سبيل تمكين المواطنين والمترفقين والمتقاضين من احترام شروط ضمانات المحاكمة العادلة وتوفير النجاعة القضائية وفق ما يقتضيه مبدأ استمرارية المرفق العمومي؛ ومن أجل ضمان

<sup>1</sup>وزارة العدل، كلمة السيد وزير العدل بمناسبة الاجتماع مع المديرين الفرعيين والمسؤولين الإداريين ليوم الأربعاء 27 ماي 2020.

فعالية ونجاعة التقاضي عن البعد إبان الطوارئ الصحية، لابد من طرح مجموعة من الاقتراحات التالية:

- ضرورة تفعيل مشروع المحكمة الرقمية 2021؛

- العمل على وضع الإطار القانوني للتقاضي عن البعد؛

- توفير الأطر التقنية في مجال التقاضي عن بعد واستحضار العنصر البشري المؤهل؛

- على مستوى تنصيب التبليغ الإلكتروني داخل مشاريع قانون التنظيم القضائي وقانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية ومدونة الأسرة؛

- على مستوى تنظيم الإدارة القضائية سواء الإدارة المركزية أو التنظيم الداخلي وتوحيد كتابة الضبط بناء على وجود برنامجية لتدبير القضايا الجنحية؛

- على مستوى الموارد البشرية والكفاءات، فلا بد أن نتحول من التوظيف التقليدي الذي كان يعتمد على الكفاءات القانونية إلى توظيف لكفاءات أخرى ذات تكوينات متخصصة ونوعية من ذلك المهندسين والتقنيين وتدبير المشاريع وغيرها.

- على مستوى توفر ميزانية ضخمة للتحويل الرقمي، فلا تحول رقمي بدون تخصيص ميزانية خاصة لهذه المشاريع.

- على مستوى أخذ بعين الاعتبار التحويل الرقمي، الشركاء كالمحاكم والقضاة وكتاب الضبط والإداريين وجميع الفاعلين في الحقل القضائي.

- توفير إدارة الكترونية لإجراءات والمساطر والتي تمكن من معالجة آنية واستغلالها وتفادي تكرار العمل اليدوي عن الإجراءات المتكررة عن الدعامات الورقية، وهو ما مكن من تحسين ظروف العمل والتخفيف العبء عن العاملين ورفع من الجاهزية والتحفيز وأيضا وفر مجموعة من لوائح القيادة ومؤشرات لتحسين الإدارة القضائية وتحسين الزمن القضائي أي تقصير مجموعة من الأجل.

- تبادل المعلومات والوثائق عن البعد وخدمات عبر الخط؛

- الموازنة بين الكلفة والمردودية واختيار العروض التي فعلا تستجيب لحاجيات القطاع، فالكلفة العالية للتجهيزات والمعدات والأنظمة والبرمجيات يجب أن تكون حاضرة لدى المدير حتى لا يقع التبذير عوض التدبير.

- الأمن المعلوماتي وسلامة المعطيات ضد الفيروسات؛

- تدبير التغيير ومشكل مقاومة التحويل وقبول تغيير منظومة العدالة في العمق والعمل على تدبير العلاقات بين المهني القانوني القضائي وبين التقني المهندس والمعلوماتي.

- يجب الاشتغال على الحد من التخوف لدى العديد من الفاعلين الذين يخافون من فقدان سلطة اتخاذ القرار في تدبير الشأن القضائي داخل المحاكم.
- إعادة النظر في قدرات التي يجب أن يتوفر عليها الفاعلين في الحقل القضائي لكي يساير التحول الرقمي.
- إعادة توزيع السلط والمواقع والأدوار كالمهندس والتقني الذي يصبح صاحب السلطة داخل المحكمة الرقمية.
- التأهيل والتكوين الأعمق والأشمل كاستعمال الحاسوب والبرمجيات.
- معالجة استباقية للمخاطر كالمعلومات والتحول الرقمي مثله مثل أي عمل إنساني قد يؤدي إلى بعض الانزلاقات وإلى بعض المخاطر

## لائحة المراجع:

- المقالات:
  - امبارك جانوي، مفهوم الأجل القانوني في ضوء المادة 6 من مرسوم الطوارئ الصحية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020،
  - أمينة رضوان، التوجهات الملكية السامية لمواجهة جائحة كورونا، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020، ص: من 13 إلى 30.
  - بدر أكرف، وسائل التكنولوجيا الحديثة ومبدأ استمرارية أداء الخدمة في حالة الطوارئ الصحية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 17، أبريل 2020،
  - هادي حسين عبد علي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2016،
  - شريف الغيام، الحاجة إلى التقاضي عن بعد في زمن الجائحة وسؤال المحكمة الرقمية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 18، ماي 2020،
- النصوص القانونية
- ❖ المراسيم التنظيمية:
  - المرسوم التطبيقي بقانون رقم 2.20.292 صادر في 28 من رجب 1441 ( 23 مارس 2020)، المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنه، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 ( 24 مارس 2020).

❖ الدوريات:

- دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخة في 30 أبريل 2020 والموجهة إلى السادة المحامي العام الأول لدى محكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية.
- دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخة في 29 أبريل 2020 حول تسهيل تخابر المعتقلين مع دفاعهم لتجهيز المحكمات عن بعد خلال فترة الحجر الصحي.
- دورية رئاسة النيابة العامة المؤرخة في 7 أبريل 2020 السيدات والسادة المحامي العام الأول والمحامين العامين بمحكمة النقض والوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية ونوابهم ووكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية والمحاكم التجارية ونوابهم حول حمل الكمادات خلال فترة الحجر الصحي .
- دورية وزارة العدل المؤرخة في 3 أبريل 2020 حول تعقيم فضاءات المحاكم.
- دورية وزارة العدل المؤرخة في 17 مارس 2020 حول دعوة المسؤولين الإداريين التابعين لها إلى الحد من عقد الاجتماعات إلا عند الضرورة القصوى وبإذن من رئيس الإدارة.

❖ المناشير:

- منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 3 / 2020 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والمندوبين الساميين والمندوب العام المؤرخ في 15 أبريل 2020 والمتعلق عن العمل عن بعد بإدارات الدولة.
- منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 2 / 2020 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والوزراء المنتدبون والمندوبون السامون والمندوبون العام المؤرخ في 1 أبريل 2020 والمتعلق بالخدمات الرقمية عن البعد.
- منشور وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة رقم 1 / 2020 والموجه إلى السيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء والمندوبين الساميين والمندوب العام المؤرخ في 16 مارس 2020 والمتعلق بالتدابير الوقائية من خطر انتشار وباء كورونا بالإدارات العمومية والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والمقاولات العمومية.

○ الوثائق الرسمية:

- وزارة العدل، كلمة السيد وزير العدل بمناسبة الاجتماع مع المديرين الفرعيين والمسؤولين الإداريين ليوم الأربعاء 27 ماي 2020.



- بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 22 ماي 2020 حول تحريك المتابعة القضائية في مواجهة ما مجموعه 91623 شخصا قاموا بخرق حالة الطوارئ الصحية إلى جانب ارتكابهم لجرائم أخرى.
- بلاغ المجلس الأعلى للسلطة القضائية المؤرخ في 18 ماي 2020 حول حصيلة الأسبوع الثالث المتعلقة بالتقاضي عن بعد.
- حصيلة الأسبوع الثاني لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية ما بين الفترة الممتدة 5 و12 ماي المؤرخة في 12 ماي 2020 حول التقاضي عن بعد إبان الطوارئ الصحية.
- بلاغ محكمة النقض المؤرخ في 7 ماي 2020 حول عقد أول جلسة لقضايا تسليم المجرمين الأجانب عن بعد.
- حصيلة الأسبوع الأول لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية ما بين الفترة الممتدة 27 أبريل و5 ماي المؤرخة في 5 ماي 2020 حول التقاضي عن بعد إبان الطوارئ الصحية .
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 28 أبريل 2020 حول مساهمة المديرين الفرعيين لوزارة العدل في صندوق كورونا بنصف راتب شهري.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 10 أبريل 2020 حول تتبع وزارة العدل لتنفيذ التدابير الحكومية المتخذة لمواجهة تفشي وباء كورونا.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 9 أبريل 2020 حول توفير الوزارة الوسائل الضرورية للوقاية من وباء كورونا المستجد كوفيد 19.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 4 أبريل 2020 حول العفو الملكي 5654 معتقلا بالمؤسسات السجنية والإصلاحية.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 3 أبريل 2020 المتعلق بشأن التدابير الوقائية الرامية إلى الحد من تفشي وباء كورونا المستجد - كوفيد 19-.
- بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 24 مارس 2020 حول تفعيل المقترضات الزجرية لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 24 مارس 2020 حول توقف الأجال بموجب حالة الطوارئ الصحية.
- بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 17 مارس 2020 حول متابعة كل من يروج أخبارا زائفة ذات علاقة بموضوع فيروس كورونا من شأنها إثارة الفزع بين الناس أو المساس بالنظام العام.

- بلاغ رئاسة النيابة العامة المؤرخ في 16 مارس 2020 حول التقليل من توافد المتقاضين على النيابة العامة.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 15 مارس 2020 حول تأجيل جميع مباريات التوظيف، وكذا الامتحانات الكتابية الخاصة بإدماج الأطر المشتركة بين الوزارات العاملين بوزارة العدل.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 14 مارس 2020 حول استفادة عموم المواطنين والمرتفقين والمتقاضين من الخدمات الرقمية.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 13 مارس 2020 حول تأجيل مباريات التوظيف خاصة الاختبارات الكتابية لمباريات التوظيف الخاصة بهيئة كتابة الضبط.
- بلاغ وزارة العدل المؤرخ في 13 مارس 2020 حول تأجيل مباريات التوظيف نتيجة القرار الحكومي الداعي إلى تفادي التجمعات البشرية التي تتجاوز ألف شخص فما فوق.
- بلاغ مشترك بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة المؤرخ في 6 مارس 2020 حول تعليق انعقاد الجلسات بالمحاكم ابتداء من 17 مارس إلى إشعار آخر، باستثناء الجلسات المتعلقة بالبث في قضايا المعتقلين والجلسات المتعلقة بالبث في القضايا الاستعجالية وقضاء التحقيق.
- مذكرة الرئيس الأول بمحكمة النقض والرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية المؤرخ في 5 مارس 2020 حول مراقبة المؤسسات القضائية التابعة لكم ومنع كل شخص من ولوج المحكمة إذا لم يكن يتوفر على الاستدعاء، كما يتوجب عليكم إخبار الجهات المعنية بكل حالة تكون محط شك في حمل الفيروس أو تظهر عليها أعراض المرض.
- الندوات:
- مداخلة حسن الرحبية في موضوع حول المحاكمة الرقمية في ظل الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية: الآليات والضمانات في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بتنسيق مع ماستر المهين القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ونادي قضاة المغرب ونادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفيسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.

- مداخلة محمد الخضراوي في موضوع حول تقييم أسبوعين من حصيلة التقاضي عن بعد في ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتحه الرسمية بتطبيق الفايسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.
- مداخلة محمد أقديم في موضوع حول هل فعلا تجربة المحاكمة عن بعد ستحقق ما هو مطلوب منها؟ في ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتحه الرسمية بتطبيق الفايسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.
- مداخلة سمير أيت أرجدال في موضوع حول المبادئ والمعايير ذات قيمة دستورية وكونية في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتحه الرسمية بتطبيق الفايسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.
- مداخلة عبد اللطيف الشنتوف في موضوع حول الاجتهاد القضائي وعمل المؤسسات القضائية في زمن الطوارئ الصحية في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني و القضائي في ظل حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بتنسيق مع ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ونادي قضاة المغرب ونادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفايسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.
- في موضوع حول الاجتهاد بشأن التقاضي عن بعد ندوة علمية وطنية عن بعد في موضوع حول دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية من تنظيم القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسري مباشرة بصفتحه الرسمية بتطبيق الفايسبوك في يوم الثلاثاء 12 ماي 2020.
- مداخلة عز الدين الماحي، السلطة القضائية في زمن جائحة كوفيد 19 وسؤال المحكمة الزجرية عن بعد في ندوة وطنية عن بعد حول موضوع الأمن القانوني والقضائي في ظل

حالة الطوارئ الصحية بالمغرب من تنظيم المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية ومجلة القانون والأعمال الدولية بتنسيق مع ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة ونادي قضاة المغرب ونادي المحامين بالمغرب ومجلة عدالة ومجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية بموقع مجلة القانون والأعمال الدولية وخدمة البث المباشر في صفحة المجلة بالفيسبوك في يوم السبت 16 ماي 2020.

○ البرامج التلفزيونية

- محمد الخضراوي، إكراهات التقاضي عن بعد في ظل انتشار فيروس كورونا بالمغرب ، مشاركة في برنامج بقناة ميدي 1 تيفي ، يوم 6 ماي 2020.
- التقاضي عن بعد، مشاركة في برنامج بقناة الأولى ، يوم 6 ماي 2020.
- إذاعة طنجة الجهوية
- عبد اللطيف الشنتوف، سير المحاكم زمن الطوارئ الصحية، مشاركة في برنامج الخير لإذاعة طنجة الجهوية، يوم 1 ماي 2020.

## انتقال الملكية العقارية بالإرادة المنفردة

د. مريم الطاشي

أستاذة باحثة بكلية الحقوق بطنجة

جامعة عبد المالك السعدي

### مقدمة:

العقد مصدر من مصادر الالتزام؛ وقد عرفته المادة 1101 من القانون الفرنسي " بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله " وبمعنى آخر توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. وكما هو معلوم أن جل التشريعات الوضعية قد أقرت بأن العقد مصدر عام للالتزام؛ ومن المصادر الأخرى للالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي: التصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة أو بعبارة أوضح الإرادة المنفردة - أشباه العقود - الجرائم وأشباه الجرائم، وفقا للفصل الأول. وكان المشرع المغربي اعتد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام إلى جانب العقد؛ ويأتي تساؤلنا حول الإرادة هل تستطيع أن تنشئ الالتزام؟ وعن أنواع الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة؟ وجاء في المادة 311 من نفس القانون أنه " الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته". وعليه فإنه يمكن لمالك العقار أن يوصي لفائدة شخص آخر (موصى له) بجزء من ماله (عقاره) دون أن يتعدى المال الموصى به ثلث مجموع المال المملوك له؛ للإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا في تقسيمنا على فقرتين، نتحدث في الأولى عن تمييز الإرادة المنفردة عن بعض المفاهيم المشابهة، أما الفقرة الثانية تتمحور حول الإرادة المنفردة في ق ل ع<sup>1</sup>.

### الفقرة الأولى: تمييز الإرادة المنفردة عن بعض المفاهيم المشابهة

بالرجوع للمادة 4 أعلاه، وبالرجوع إلى المقتضيات الخاصة لعرض التصرفات؛ يتبين أن المشرع قد حدد مبدأ عاما بمقتضاه أعطى للأطراف حرية الاختبار في اللجوء إما إلى

<sup>1</sup>قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 19 بتاريخ 19 مارس 2015، الفصل الأول حيث ينص " تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وعن أشباه الجرائم".

المحركات الرسمية أو إلى المحركات ثابتة التاريخ أو إلى المحركات العرفية، إذا نص عليها قانون خاص وفي الوقت الذي قد قرر بعض الاستثناءات على هذا المبدأ، حيث فرض على الأطراف اللجوء إلى التوثيق الرسمي دون غيره، ليقيد بذلك هذه الحرية ولما كانت الإرادة مصدر للالتزام فإنها قد تشترك أو تختلف عن بعض المفاهيم المشابهة كالعقد (أولاً) والتصرف (ثانياً) مما ارتأينا للبحث عن أوجه الاختلاف والتشابه إن اقتضى ذلك.

أولاً: تمييز الإرادة المنفردة عن العقد:

الفرق بين العقد والإرادة المنفردة، نجد أنه في العقد تتفق الإرادتان على إنشاء الالتزام وتوافق هاتين الإرادتين يكون لازماً من أجل إنشاء الالتزام، بينما في الإرادة المنفردة نجد أن وجود إرادة واحدة تكفي لإنشاء الالتزام، من هنا يتبين لنا أن الذي ينشئ الالتزام ليست الإرادة، وإنما الذي ينشئها هو توافق الإرادتين الذي يتحقق باقتران الإيجاب بالقبول، كما يتبين أن الإرادة المنفردة وإن كانت لا تستطيع أن تنشأ التزاماً فإنها في كثير من الحالات تنشئ آثاراً قانونية متعددة، ولكن هناك خلاف ينحصر فيما إذا كانت الإرادة المنفردة تكفي لوحدها من أجل إنشاء الالتزام أو لا بد من العقد من أجل إنشاء الالتزام؟ هذا السؤال يمكننا أن نجيب عليه من خلال المدرستين الفرنسية والألمانية؛ فالمدرسة الفرنسية ترى أن العقد هو المصدر الوحيد للالتزام الناشئ عن الإرادة، أما الإرادة المنفردة فلا يمكن أن تكون مصدراً للالتزام رغم أنها يمكن أن تنشئ آثاراً قانونية، في حين أن المدرسة الألمانية تذهب إلى اعتبار الإرادة المنفردة تصلح لأن تكون مصدراً أصلياً للالتزام، وأن الالتزام يمكن أن ينشأ في ذمة الشخص بإرادته المنفردة دون توقف على قبول صادر من شخص آخر.

ثانياً: تمييز الإرادة المنفردة عن التصرف:

يقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أو نقله أو إنهائه، والتصرف القانوني قد يصدر بإرادة واحدة أو بإرادتين. أما الإرادة المنفردة فإن الأثر القانوني المترتب عنها يتحقق بمجرد تدخل الشخص الملزم وحده، وبالتالي فإننا نقصد بالتصرف القانوني مختلف مصادر الالتزام ذات الطبيعة الإرادية التي تتمثل في الإرادة المنفردة والعقد.

والإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام كلما تبين أن صاحب هذه الإرادة يكون ملزماً بمجرد التعبير عن إرادته في الالتزام دون توقف على صدور القبول من الطرف الآخر، بمعنى أن

التصرف الذي ينشأ بالإرادة المنفردة يتحقق به الالتزام بإرادة المدين وحدها في غياب تدخل إرادة الدائن<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: الإرادة المنفردة في قانون الالتزامات والعقود

إن كان المشرع الفرنسي لم يعتد بالإرادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزام وإنما فقط في ترتيب أثارها القانونية كما سنجد لاحقا ذلك، فإن المشرع المغربي قد خالف ذلك واعتد بالإرادة المنفردة في حالات معينة كمصدر استثنائي للالتزام في ق ل ع في فصول متفرقة، من بينها الإيجاب الملزم، الاشتراط لمصلحة الغير (أولا) والوعد بالجائزة (ثانيا).

#### أولا: الإيجاب الملزم والاشتراط لمصلحة الغير:

سنتناول دراسة الإيجاب الملزم الوارد في الفصل 29 كصورة مجسدة للإرادة المنفردة (1) والاشتراط لمصلحة الغير (2).

#### 1: الإيجاب الملزم:

كما هو معلوم بأن الإيجاب هو التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه. وقد يكون الإيجاب موجها إلى شخص معين كما لو عرض زيد بيع عقار يملكه إلى عمرو، وقد يكون موجها إلى أي شخص كان من الجمهور كما في عرض تاجر بضاعة في محله مكتوبا ثمنا عليه. كل ما سلف ذكره يحيل على أن الإيجاب وسيلة لإبرام العقد إثر قبول الطرف الثاني المتعاقد، ولما كان الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم إلا في الحالات الاستثنائية من بينها الفصل 29 من ق ل ع حيث نص " من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول بقي ملتزما اتجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل، ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد ". وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ( ينص الفصل 29 من ق. ل. ع على أن "من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول يبقى ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد " و ينص الفصل 24 من نفس القانون على "أن العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت و المكان الذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله" ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خرقت الفصلين المذكورين بسوء تطبيقهما

<sup>1</sup>مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية سنة 19 فبراير 1982 ص 21

عندما رفضت التصريح بصحة البيع، رغم أنه ثبت لديها توصل الوسيط بقبول عرض البيع خلال الأجل القانوني). ونستشف من الفصل أعلاه أن الموجب يبقى مقيدا بإيجابه أي التزامه، إلا أن هذا الإيجاب الصادر من الموجب إن كان في حد ذاته رسالة إلى التعاقد إلا أنه يشكل أولا وقبل كل شيء الإرادة المنفردة للموجب، حيث يبقى ملتزما طيلة الفترة التي حددها. لأن من شأن إخلاله بالمدة المتفق عليها أن يؤدي إلى المطالبة بالتعويض في حالة موافقة القابل للإيجاب الملزم؛ وقد ذهب في نفس الاتجاه المذهب المالكي إلى أنه إذا صدر الإيجاب كان ملزما لصاحبه ولا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه، أو بانتهاء المجلس ما لم يكن محدد له مدة أطول، وذلك لأن الموجب قد أثبت للطرف الأخر حق القبول، ومن ثم يكون الموجب مقيدا في تصرفه حتى يتنازل الطرف الآخر عن حقه. في حين رأت النظرية التقليدية أن الإيجاب الملزم يمكن تأسيسه على وجود عقد أولي ينعقد بصور الإيجاب مقترنا بتحديد زمن يتقيد الموجب فيه ببقائه على إيجابه وبقبول من وجه إليه الإيجاب ذلك قبولاً مفترضا تقضيه طبيعة المعاملة والإقدام عليها. أما الزمن فيحدده العرف أو عبارة الموجب إن اقتربت بذلك، وبذلك لا يستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه حتى لا يخل بالتزامه الناشئ عن هذا العقد، ومرورا بالتشريع المقارن، خصوصا التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 نجده قد سكت عن بيان حكم مثل هذا الإيجاب، ولكن اختلف الفقه الفرنسي التقليدي من معارضي نظرية الإرادة المنفردة في تحديد الأساس القانوني للقوة الملزمة للإيجاب في مثل هذه الفرضية وظهرت نظريتان - العقد التمهيدي، والمسؤولية التقصيرية:

أ-العقد التمهيدي، في نظر أنصار هذه النظرية هو عقد مؤقت ومن ثم ملزم على غرار بقية العقود، يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام عقد نهائي. ونظرا إلى أنه عقد فهو يتطلب توافر إرادتين متطابقتين، وفي الإيجاب الملزم هناك قبول ضمني من الموجه إليه بمدة تفكير في هذا الإيجاب يؤدي هذا القبول الضمني إلى انعقاد عقد تمهيدي محله التحضير لإبرام عقد نهائي يمكن أن ينعقد أو لا ينعقد، ومن ثم يلتزم الموجب في الإيجاب الملزم بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة استنادا إلى هذا العقد التمهيدي الذي ينعقد بينه وبين الموجب إليه هذا الإيجاب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمان الشراوي، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، 2014، ص 33.



ب-المسؤولية التقصيرية: خلافاً لأنصار العقد التمهيدي اتجه أنصار المسؤولية التقصيرية إلى أن رجوع الموجب عن إيجابه محدد المدة يستوجب تعويض القابل لأن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً بالقابل.

## 2- الاشتراط لمصلحة الغير:

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشتراط والآخر الواعد أو المتعهد يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير، إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع فينشأ حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد.

وقد نظم المشرع المغربي في ق ل ع الاشتراط لمصلحة الغير في الفصلان 34 و35 حيث أجاز الاشتراط لمصلحة الغير؛ وقد صدر قرار عن محكمة النقض جاء فيه "الاشتراط لمصلحة الغير ينتج أثره مباشرة لمصلحة الغير، وتكون له الصفة في أن يقاضي باسمه الملتزم بتنفيذ ما التزم به متى كان سبباً لاتفاق أبرم معاوضة أو سبباً لتبرع لمنفعة الواع". والاشتراط لمصلحة الغير حلله كثير من الفقهاء إلى عملتين: أولاهما، العقد المبرم بين المشتراط والمتعهد، والثانية، التزام المتعهد المبني على إرادته المنفردة. فالعملية الثانية ليست عقداً كما في نظرية الإيجاب المعروض، بل التزاماً مبنياً على الإرادة المنفردة يتحمله المتعهد لمصلحة المنتفع دون أن تتدخل إرادة هذا الشخص في ذلك. فحقوق المنتفع ليس مصدرها عقد الاشتراط بل إرادة المتعهد المنفردة، وهذه الإرادة بدورها نتيجة للتعاقد وتستند إليه. في حين اعتبرت النظرية التقليدية الاشتراط لمصلحة الغير لا يحتاج في تبريره الالتجاء إلى نظرية المنفردة لأنه لا ينشأ إلا من عقد يتم بين المتعهد والمشتراط، لذلك فلا يطبق على نشأته الإرادة المنفردة، وكل ما يلاحظ عليه أن فيه خروجاً على قاعدة نسبية أثر العقد التي تقضي بأن تقتصر آثارها على أطرافها. أما في فرنسا فقد اختلف الفقه حول طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير، فظهرت عدة نظريات تحاول أن تفسر هذه الطبيعة، وهذه النظريات كالآتي:

أ-نظرية الإيجاب: يرى أنصار هذه النظرية أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين، العقد الأول هو بين المشتراط والمتعهد وبموجبه ينشأ حق للمشتراط نحو المتعهد، في حين أن العقد الثاني هو عبارة عن حوالة حق، وهو بين المشتراط والغير وهو المنتفع، إذ المشتراط يتقدم بإيجاب للغير يتضمن تنازلاً عن حقه الذي نشأ من العقد الأول، والغير يقبل الإيجاب.

ب- نظرية الفضالة: رأى بعض الفقهاء ومنهم "لابي" و"دومولوب" و"بلانيول" أن الاشتراط لمصلحة الغير هو من متعلقات الفضالة، فالمشترط في نظرهم عندما يتعاقد مع المتعهد إنما يعمل لحساب المنتفع لا لحساب نفسه، ويدير مصالح الغير لا مصالحه الشخصية، وما قبول الغير الذي يتطلبه القانون لينتج الاشتراط أثره النهائي إلا بمثابة إقرار رب العمل لأعمال الفضولي. لذا كان لقبول الغير أثر رجعي ينسحب إلى اليوم الذي أبرم فيه العقد بين المشترط والمتعهد، وترتب عليه اعتبار المنتفع متعاقدًا مباشرة مع المتعهد، إذ من المبادئ العامة أن الإقرار يقبل الفضالة إلى الوكالة.

بالمقابل يذهب أنصار الإرادة المنفردة (أمثال "سطارك" و"جوسران") بوصفها مصدرًا للالتزام إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير هو من تطبيقات نظرية الإرادة المنفردة، وذلك لأن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة. ومع ذلك فإن التزام المتعهد نحو المنتفع معلق على شرط فاسخ وهو عدم لجوء المشترط إلى نقض الاشتراط قبل قبول المنتفع الاستفادة من الاشتراط.

#### ثانيا: الوعد بالجائزة وأركانه:

يعتبر الوعد بالجائزة الصورة النموذجية للتعبير عن الإرادة الصادرة من طرف واحد، لذلك نجد مجموعة من القوانين الغربية والعربية نصت عليها، بحيث نجد أن المشرع الألماني ينص المادة في 657 من قانونه المدني على أن " كل من يعد بجائزة بطريقة الإعلان العام للقيام بعمل أو على الخصوص الحصول على نتيجة، يلتزم بإعطاء تلك الجائزة "ونص المشرع الايطالي في قانونه لسنة 1989 على أن " من وجه وعدا للجمهور بجائزة يعطيها لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين يلتزم بذلك الوعد متى صار علنيا". أما بالنسبة للتشريعات العربية، نجد أن المشرع الجزائري نص في القانون المدني على أنه "من وجه وعد بالجائزة للجمهور يعطيها، وعين له أجل بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون النظر إلى الوعد بالجائزة".

المشرع المدني الأردني نص بدوره على هذه المؤسسة القانونية واعتبارها من صور التعبير عن الإرادة المنفردة، أما المشرع المغربي فقد تناول بدوره هذه المؤسسة القانونية من خلال ظهير الالتزامات والعقود، الذي من خلاله خص له خمسة فصول من الفصل 14 إلى الفصل 18، بحيث نجده ينص في افتتاحه لتنظيم مؤسسة الوعد بالجائزة على أن " بأنه مجرد

الوعد لا ينشئ التزاما"، هذا ما يجسد بأن الإرادة المنفردة إذا ما كانت مجردة من التنظيم التشريعي لا يرتب عليها القانون أي أثر، بالتالي فالتصرف الانفرادي من حيث مصدره هو أقرب إلى القانون الذي يشكل مصدره المباشر. وقد اتجهت أغلب التعاريف الفقهية إلى اعتبار أن الوعد بالجائزة هو عبارة عن إعلان يقوم به الواعد، يتضمن التزاما منه بإعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين، وعليه فإن الوعد بالجائزة هو تصرف قانوني من جانب واحد ينتج أثره متى قامت أركانه<sup>1</sup>.

وللوعد بالجائزة تجليات كثيرة في الواقع العملي، كمن يقوم بوعد بجائزة لمن يقوم باختراع معين، أو صناعة شيء معين، أو العثور على شيء ضائع، الوعد بالجائزة يأخذ طابعين، إما طابعا تبرعيا، إذا كان العمل الموعود بالجائزة عنه لا يستفيد منه الواعد، أو طابعا معاوضيا، هو عكس الحالة الأولى، بحيث يكون العمل الموعود بالجائزة عنه يستفيد منه الواعد، كمن يجد شيء يريده الواعد؛ كما أن الوعد بالجائزة له شروط وأركان نذكر منها: التعبير عن الإرادة، المحل في الوعد بالجائزة والسبب كركن للوعد بالجائزة، والوعد بالجائزة المحدد المدة ثم الوعد بالجائزة غير محدد المدة؛ حيث تتقدم دعوى الوعد بالجائزة بمرور 15 سنة من عدم القيام بالعمل الذي تم الوعد من أجله، هذا ما نستقرئه من خلال القواعد العامة المنظمة للتقدم، بحيث ان الفصل 387 من ق ل ع ينص على أنه " كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقدم بمرور خمسة عشر سنة. وفي الأخير تجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي من خلال تنظيمه لمؤسسة الوعد بالجائزة تطرق إلى حالة انجاز أشخاص متعددون في وقت واحد الفعل الموعود بالجائزة من أجله، في هذه الحالة نص المشرع المغربي على أن الجائزة تقسم فيما بينهم، أما إذا تم إنجاز العمل في أوقات مختلفة، فإن المنطق الذي انسجم معه المشرع المغربي، أن الجائزة تكون لأسبقهم تاريخا. أما عن التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية منها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه الا باتفاقها، كعقدة البيع والهبة والمبادلة، ومنها ما يصدر من جانب واحد كالوصية والوقف<sup>2</sup>.

#### أ- عقد البيع:

عرف عقد البيع من قبل الكثير من الأساتذة منهم من كان تعريفه صحيحا وشاملا ومنهم من كان قريبا من تعريف الشارع، فقد عرفه الأستاذ إسماعيل غانم: " بأنه عقد يقصد به

<sup>1</sup> محمد تقي، الإرادة المنفردة، كمصدر للالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1984 الصفحة 28

<sup>2</sup> مأمون الكزيري، م س ص 54

الطرفان أن يلتزما أحدهما وهو البائع بنقل ملكية الشيء أو حق مالي في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي. كما عرفه الأستاذ السهوري بأنه "عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر ويلزم المشتري أن يدفع مقابلا لذلك ثمنا نقديا؛ غير أن المشرع الجزائري عرفه على أساس آثاره حيث أن جوهر العقد هو التراضي على ترتيب هذه الآثار وتعريف العقد إنما يكون بيان عناصره لا آثاره، كما أن المشرع نص على التزام كل من البائع والمشتري على نقل الملكية والحق المالي مع أن البيع يتضمن أحيانا اشتراطا لمصلحة الغير، حيث يلتزم البائع بنقل الملكية إلى شخص ثالثا بعينه المشتري ورغم ما تبين فان تعريف المشرع جيد من حيث إيرادها للخاصيتين الأساسيتين لعقد البيع كما أن لهذا التصرف القانوني عقد البيع عدة مسائل منها.

ب- عقد الهبة:

الهبة عبارة عن عقد يبرم بين شخص يسمى الواهب الذي يتبرع بماله لشخص آخر يسمى الموهوب له دون مقابل وطبقا للمادة 206 من قانون الأسرة تعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، مع مراعاة أحكام التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات، كما لهذا التصرف عدة مسائل نذكر منها:-مسألة هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع ، حيث قد يلجأ بعض المواطنين إلى مكاتب التوثيق لإبرام عقد هبة منصبية على عقار معين مشروطين في ذلك الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا مما قد يعود عليهم هذا التصرف من الضرر، ويعرض مستقبلهم إلى الخطر بسبب أقدامهم على التخلي عن أملاكهم بدون مقابل لفائدة غيرهم وعليه من باب الاحتراز يلتمسون من الموثق، حيث أن المادة 202 ق. الأسرة عرفت الهبة بأنها " تملك بلا عوض " فإن عقد الهبة يؤدي إلى نقل الملكية أي ملكية الرقبة، وحق التمتع كما نصت المادة 206 من نفس القانون على أركان الهبة وهي ، الإيجاب والقبول، الحيازة والشكل الرسمي، وباختلال أي شرط منها تبطل الهبة فانه إذا كانت الهبة منصبية على حق الانتفاع دون الاحتفاظ بملكية الرقبة فهي باطلة ومستبعدة تماما. وعليه فإن الشخص الذي يقدم على إبرام عقد هبة عقار ويحتفظ بحق الانتفاع به طيلة حياته يعتبر تصرفه باطلا، لأن من أركان الهبة الحيازة إلا أن هناك استثناء من هذه القاعدة فيما نص عليه القانون وذلك باستثناء الشخص لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته وذلك باعتبار التصرف وصية وهو ما أكدته المحكمة العليا ضمن قراراتها.

ت- عقد المبادلة:

هي عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل للأخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود، والكثير من العقود التي تقدم للمناقشة أمام المحاكم ترد في شكل عرفي خاصة بالنسبة لعقارات الزراعة الريفية، والمحاكم تتصدى لها بالرفض أي رفض إخضاعها لعملية التوثيق وإفراغها في قالب رسمي. لكن تأسيسا لنص المادة من مواد القانون المدني التي أكدت على أن أحكام عقد البيع تسري على عقد المبادلة فإنه يجب أن تتم كل عقود المبادلة في شكل رسمي عن طريق الكتابة الرسمية.

ث- عقد الوصية:

هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ويلحق هذا التصرف عدة شكلية وتمثل في: - تحرير عقد الوصية بحضور شاهدي عدل يتمتعان بالأهلية الكاملة ولا صالح لهما في الوصية ولا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين لأن الحكمة من الشهادة هو فهم ما يدور في مجلس العقد من كلام وشروط حتى يمكن أداء الشهادة عند الاختلاف.

-إضفاء صبغة الرسمية على عقد الوصية واجب لأنها تسري عليها أحكام الشكلية ككل التصرفات القانونية الأخرى.

-شهر الوصية يعد من مصلحة الموصى له لكي تكون حجة على الكافة وذلك من أجل المصلحة وتحقيقا لاستقرار المعاملات لكي يكون الموصى له على بينة من مدى صيرورة الشيء الموصى به خالصا من عدمه، لهذا من الضروري أن يتدخل المشرع بنص خاص يوجب فيه شهر الوصية ما دام أن المصلحة وأصول التعامل تقضي بذلك.

ج- الوقف:

هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة العامة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير .

ح- الواقعة المادية:

ليست الإرادة وحدها القادرة على نقل الملكية العقارية بين الأفراد بل أن للواقعة المادية هذه المكانة كذلك دون تدخل إرادة الفرد؛ فالواقعة المادية يرتب عليها القانون أثرا بغض النظر أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر، وهي تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان. ومثالها الوفاة: فهي واقعة مادية طبيعية يرتب عليها القانون أثرا وهو انتقال أموال

الهالك(العقارية منها والمنقولة إلى ورثته طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري)، غير أن الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية لكن إذا أراد أحد الورثة التصرف في كل أو جزء من المال الشائع يجب عليه استصدار " شهادة توثيقية" من الموثق لكي يكون تصرفه نافذا إعمالا لنص المادة 91 من المرسوم 76- 63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري : (كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء الحقوق العينية العقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة)، والمادة 39 من نفس المرسوم عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فانه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشيوع بالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في شهادة الشفعة: هي رخصة تجيز بيع العقار والحلول محل المشتري في أحوال معينة نصت عليها إحدى مواد القانون المدني الجزائري، وهي في حقيقة الأمر تعتبر واقعة مركبة لأن فيها تصرف إرادي من جانب التشييع وإن كان المبرر لها سببا ماديا أي واقعة طبيعية وهي الشيوع، غير أنها (الواقعة الطبيعية) لا تكسب الملكية بذاتها، وإنما الذي يكسب الملكية في الشفعة هو إعلان رغبة الشفييع وهذا تصرف قانوني .

خ- الاستيلاء:

وهو سبب لكسب ملكية شيء لا مالك له، وذلك بمجرد حيازته بنية تملكه، كما أنه لا يرد إلا على الأشياء التي لا مالك لها، حسب ما جاء في نص مادة من مواد القانون المدني: تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليست لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم<sup>1</sup>.

د- الحيازة:

وهي وضع اليد على عقار مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية، فيؤدي إلى امتلاك واضح اليد له، ووضع اليد هنا واقعة يترتب عليها القانون أثرا هو كسب الملكية العقارية طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري الالتصاق (الالتحاق):

<sup>1</sup>فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 28 - العدد الأول - 2012 ص 137 و138.

-يعتبر الالتصاق طريق لاكتساب الملكية العقارية، عندما يتحدد شيء مملوك لشخص معين بشيء مملوك لشخص آخر بصفة تبعية، وطبقا لقاعدة الأصل يتبع الفرع، فإن ملكية الشيء الفرعي تكون للمالك الشيء الذي التصق به على أن يعوض مالك الأصل مالك الفرع طبقا للمادة 788 من القانون المدني.

### خاتمة:

يتضح مما تقدم، أن تنظيم المشرع المغربي لنقل الملكية وخاصة لعقدي الهبة والصدقة ضمن مدونة الحقوق العينية، يعد خطوة محمودة في إطار إصلاح الترسنة القانونية، وهذا التشريع وإن جاء متأخرا إلا أنه حسم في العديد من النقاشات الفقهية والتضارب القضائي. وقد ارتأينا بعد دراسة جوانب هذا الموضوع أن نضع بعض المقترحات التي استنتجناها من تنظيم المشرع لعقدي الهبة والصدقة وهي كالآتي:

-يجب على المشرع ضبط حالات الاعتصار بتنظيم محكم؛

-يجب الإقرار من لدن المشرع أن رابطة الزوجية هي مانع من موانع الاعتصار سواء أثناء سريان رابطة الزوجية أو بعد انحلالها؛

ونشير إلى أنه، في حالة وجود نقص في التشريع أو عدم وجود نص يطبق على النزاع سواء تعلق بالهبة أو الصدقة، فيرجع إلى ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك وإلى الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام كما ورد في المادة 400 من مدونة الأسرة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الصفحة 132.

## نجاعة العقود التوثيقية العدلية في نظام التحفيظ العقاري

د. عبد العزيز سقاط  
دكتور في القانون المدن  
باحث في القانون العقاري

### مقدمة:

لقد أولى القانون عناية خاصة وحماية متميزة للعقود التوثيقية الرسمية، سواء من ناحية الشروط الذاتية أو الشروط الموضوعية، حيث أن هذه الوثيقة تكتسي أهمية كبرى كوسيلة إثبات في نظام السجلات العقارية، بحيث أن هذا الأخير يقوم على الأول في معظم إجراءاته ومراحله، سواء أكانت قبل تأسيس الرسم العقاري فيما يخص المسطرة الإدارية والقضائية للتحفيظ العقاري، أو كان ذلك بعد تأسيس الرسم العقاري فيما يتعلق بإجراءات التقييد والتقييد الاحتياطي والتشطيب.

ولما كان التوثيق الرسمي ونظام التحفيظ العقاري وجهان لعملة واحدة وغايتها الوصول إلى أرضية صلبة للملكية العقارية، فإن الوثيقة العدلية تشكل إحدى أهم مرتكزاته باعتبارها وسيلة إثبات ذات خصوصية هامة في هذا المجال.

وعليه فإن الشهادة العدلية المستوفية لشروطها وأركانها والمخاطب عليها من طرف القاضي المكلف بالتوثيق، تعتبر ورقة رسمية تتمتع بحجية في الإثبات بذاتها ودون حاجة إلى الإقرار بها، إلى حد الطعن فيها بالزور بالنسبة للوقائع والتصريحات التي يشهد العدول بوقوعها بمحضرهم.

غير أنه يبقى التساؤل مطروحا حول مدى مساهمة العقود التوثيقية الرسمية في خدمة نظام التحفيظ العقاري؟ والدور الذي تقوم به الوثيقة العدلية خلال مسطرة التحفيظ؟ سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال مطلبين؛ نعالج في الأول الوثيقة العدلية كوسيلة إثبات قبل تأسيس الرسم العقاري، ونتطرق في الثاني لدور الوثيقة العدلية كمستند فاعل بعد تأسيس الرسم العقاري.

المطلب الأول: الوثيقة العدلية كوسيلة إثبات قبل تأسيس الرسم العقاري



تعتبر الوثيقة العدلية من قبيل الأوراق الرسمية التي تنطبق عليها مواصفات الفصل 418 و419 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، ومن ثم فإن الوثيقة العدلية تعد وسيلة من وسائل الإثبات القطعية في ميدان التصرفات العقارية مادامت تحمل خطاب القاضي المكلف بالتوثيق<sup>1</sup>.

إذ لا يخلو قانون التحفيظ العقاري من الإشارة إلى أهمية الوثيقة العدلية خاصة خلال مسطرة التحفيظ، بحيث يعتبر التوثيق العدلي بمثابة المدخل الطبيعي لعملية التحفيظ، ذلك أن العقار لن يصبح خاضعا لنظام التحفيظ العقاري ومحما بمقتضى القواعد والآثار الناجمة عنه إلا بعد تقديم المستندات والوثائق المثبتة للحق.

وقبل الحديث عن تجليات مساهمة الوثيقة العدلية ودورها خلال مسطرة التحفيظ (الفقرة الثانية) لا بد في البداية من الحديث عن رسوم ثبوت الملكية كوسيلة لإثبات ملكية العقار المراد تحفيظه (الفقرة الأولى).

### الفقرة الأولى: الإدلاء برسم ثبوت الملكية للعقار المراد تحفيظه

يعد رسم ثبوت الملكية من أهم الرسوم العدلية المقدمة خلال مسطرة التحفيظ، حيث عمل المشرع المغربي على تنظيمها بمناسبة حديثه عن الحيابة الاستحقاقية وذلك في المواد من 239 إلى 263 من مدونة الحقوق العينية، بعد أن كانت أحكامها وضوابطها متناثرة بين أحكام الفقه المالكي وبين الاجتهادات القضائية<sup>2</sup>.

ويعتبر موضوع إثبات ملكية العقار غير المحفظ من المواضيع التي لها ارتباط مباشر بالأهداف الكبرى التي تروم المدونة تحقيقها أولا وهي مسالة الأمن القانوني والقضائي<sup>3</sup>.

فما هي شروط إثبات الملك المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية؟ وما هي البيانات التي يتعين أن يشتمل عليها رسم الملكية؟ وهل نجحت مدونة الحقوق العينية في تعاملها مع الأحكام الفقهية المتعلقة بالموضوع؟

لقد تناول فقهاء المالكية موضوع إثبات الملكية في مؤلفاتهم ومنظوماتهم الفقهية، فبينوا شروطها وأركانها بكثير من الدقة، وفي ذلك قال الزقاق في لاميته<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> - عبد السلام البوريني، ضمانات الوثيقة العدلية في توثيق التصرفات العقارية، ندوة توثيق التصرفات العقارية، نظمتها جامعة قاضي عياض، يومي 11 و12 فبراير 2005، العدد 23 المطبوعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الثانية 2005، ص 284.

<sup>2</sup> - محمد ابن الحاج السلمي، دور الوثيقة العدلية ونظام التحفيظ العقاري، مجلة السماط، العدد 1، 2009، ص 81.

<sup>3</sup> - محمد خيرى، مرجعيات مدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 7، 2013، ص 65.

فهذه الأبيات التي سبق واشرنا لها في الباب الأول من هذا البحث تجسد ما يعرف في الفقه المالكي بشروط الملك الخمسة، على أنه في حالة وفاة الحائز يضاف شرط سادس، والشروط الخمسة هي: وضع اليد (1) والتصرف (2) والنسبة (3) والمدة المقررة للحيازة (4) وعدم المنازعة (5)، والشرط السادس هو عدم العلم بالتفويت في حالة وفاة الحائز (6)، ذلك أن العدل حين تحريره لرسم الملكية يتعين أن يرد هذه الشروط مجتمعة في الوثيقة تحت طائلة عدم الاعتداد بها كسند للملكية<sup>2</sup>:

- وضع اليد (الحوز بوجه شرعي): معناه أن يشهد الشهود أن المشهود له يضع يده على العقار أو وضعها إلى تاريخ خروجه من يده حوزا تاما بنية التملك، حيث أكدت مدونة الحقوق العينية هذا الشرط من خلال المادة 240 بقولها "يشترط لصحة حيازة الحائز: - أن يكون واضعا يده على الملك".

- التصرف: ويقصد به تصرف المشهود في العقار تصرف المالك في ملكه بالهدم والبناء والغرس إلى غير ذلك من التصرفات<sup>3</sup>، وقد نصت المادة 240 من مدونة الحقوق العينية على هذا الشرط بقولها: "يشترط لصحة حيازة حائز:

أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه": على أن المتصرف قد يتصرف بنفسه أو بواسطة غيره من نائب أو مكتر أو نحو ذلك، ففي هذه الصورة ينصرف أثر التصرف إلى الأصيل المعني بالمال محل التصرف<sup>4</sup>، حيث نصت المادة 243 في فقرتها الأولى: "يباشر الحيازة الشخص بنفسه ويمكن أن يباشرها بواسطة شخص يأتمر بأمره".

- النسبة: أي يكون المشهود له ينسب العقار لنفسه والناس كذلك ينسبونه إليه بحيث يقول هذه الدار داراي والناس يقولون هذه الدار لفلان.

وهكذا جاء في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية: "يشترط لصحة حيازة الحائز - أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك".

<sup>1</sup> ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، دار الحديث، الدار البيضاء 2008، الطبعة الأولى، ص 304.

<sup>2</sup> وهذا ما أكده قرار لمحكمة الاستئناف بوجدة فيه "بأن موجب الاحتجاج عدد 2405 صحيفة 106 كناش 10 وتاريخ 1955/02/01 جاء خاليا من الشروط الفقهية لكسب الملكية المتمثلة في اليد والتصرف والنسبة وعدم المنازعة والمدة وغيرها، ومن ثم فإن عدم تضمين الموجب المذكور الشروط المذكورة يبقى حجية ناقصة وغير منتجة ولا تشكل سند الملكية المطلوب شرعا، قرار رقم 123 صادر بتاريخ 2008/01/30 في الملف العقاري عدد 04/957 غير منشور.

<sup>3</sup> سيدي أمين العلمي: الحيازة كسبب لاكتساب الملك على ضوء مدونة الحقوق العينية الجديدة، مجلة القانون والقضاء، العدد 160، 201، ص 58.

<sup>4</sup> محمد القدوري، حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيع في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، دار الأمان الرباط 2009، الطبعة الثانية، ص 43.

وقد درج الاجتهاد القضائي على التأكيد على أهمية شرط النسبة لثبوت الملك، حيث ورد في قرار لمحكمة النقض<sup>1</sup>: "إن من شروط المالك النسبة كما جاء في العمل الفاسي أن التنصيب على ذكر النسبة في الوثيقة سواء كانت علمية أو استرعائية لازم". كما جاء في قرار<sup>2</sup> آخر لها: "إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في تقييم الأدلة، فإنها قد عللت قرارها بأن "الحجية المدلى بها من طرف المتعرضين وإن ثبت شهودها بأن مورثهم كان واضعا يده على العين موضوع مطلب التحفيظ فهي تبقى مجرد قرينة لا يترتب عليها أي مفعول قانوني، مادام واضع اليد لا ينسب هذا الملك لنفسه والناس إليه كذلك ... وحيث إنه بهذا التعليل يكون القرار المطعون فيه معطلا بما يكفي وغير خارق للقواعد الفقهية المتعلقة بالحيازة". وهو نفس الاتجاه الذي تبنته محكمة الاستئناف بالناظور<sup>3</sup>. -مدة الحيازة المقررة شرعا: يعني أن يصرح الشهود أن الحيازة دامت مدة طويلة وهذه المدة تختلف بحسب الأحوال فقد تكون عشر أشهر<sup>4</sup>، وقد تكون عشر سنين<sup>5</sup> أو أربعين سنة أو أكثر.

وذلك على عكس مدونة الحقوق العينية التي لم تميز عند تطويقها مدة الحيازة المكتسبة للملك في المواد من 250 إلى 259 بين العقار الذي جهل أصله وبين ما علم أصله؛ وعليه، فإن العدول ملزمون بالتنصيب على أمد الحيازة بشكل دقيق تفاديا للإجمال والاحتمال تحت طائلة بطلان رسم الملكية بحيث يتعين ألا يكتفي فيها بالتعبير بلفظة مدة الحيازة المعتبرة شرعا.

وهذه القاعدة كانت محل تكريس من الاجتهاد القضائي المغربي، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض<sup>6</sup>: "ولما كان من الثابت من مستندات الدعوى أن الطاعنين أدلوا أمام قضاة الموضوع برسمي شراء مستنديين على رسمي الاستمرار عدد... وعدد... أشار كل واحد منهما إلى أن مدة حيازة البائعين هي المدة الكافية شرعا... مع أن رسمي الاستمرار غير مستجمعين لشروط

<sup>1</sup> - قرار رقم 1116 صادر بتاريخ 2000/03/14، في الملف العقاري عدد 95/9/1/2309، منشور بالدليل العملي للعقار غير المحفظ، العدد 2 فبراير 2007، ص 19.

<sup>2</sup> - قرار رقم 1846 صادر بتاريخ 2003/06/18 في الملف المدني عدد 220/1/1/3952، غير منشور.

<sup>3</sup> - قرار رقم 459 صادر بتاريخ 2005/10 في الملف العقاري رقم 221/04، غير منشور.

<sup>4</sup> - إلى هذا الشرط أشار صاحب اللامية:

<sup>5</sup> - يقول ابن عاصم: يد نسبة طويلة عشرة أشهر وفعل بلا خصم له الملك يتجلى

والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق

<sup>6</sup> - قرار رقم 2167 صادر بتاريخ 2011/05/10 في الملف المدني 2008/3/1/1098، منشور بمجلة ملفات عقارية العدد 2، 2012، ص 198.

الملك الخمسة المستلزمة في مثلها ليكون ذي حجة في التملك، ذلك أن مدة الحيازة فيها مجملة، إذ نص فيهما على أنها مدة تزيد على أمد الحيازة، والفقه والقضاء مجمعين على أن مثل هذا الإجمال يعين الرسم فإنها اعتبرت عن صواب الاستمرارين المدلى بهما من الطاعنين غير مستوفين للشروط الشرعية ورتبت على ذلك النتيجة التي آلت إليها".

وفي الإطّار نفسه صدر قرار آخر عن محكمة النقض جاء فيه: "إن عدم ذكر شرط مدة الحيازة في الملكية يجعلها غير عاملة في الدعوى، وأن اكتفاء الشهود بذكر عبارة المدة المعتبرة لا يقوم مقام تحديد مدة الحيازة.

لهذا فإن الإجمال في بيان هذه الحيازة واقتصار الشهود على القول بأنها تزيد على أمد الحيازة المعتبرة شرعا يعد عيبا في الرسم".

-عدم المنازعة: والمقصود بهذا الشرط أن يشهد شهود الوثيقة المثبتة للملك بأن المشهود له يحوز المشهود به بلا منازع ولا معارض طيلة مدة الحيازة المقررة شرعا، بمعنى أن تكون حيازته له هادئة خالية من أي نزاع سواء لواقعة الحوز في حد ذاتها أو بشأن تصرف الحائز، أما المنازعات اللاحقة بعد أن تكون مدة الحيازة قد اكتملت فلا تأثير لها.

وهذا الشرط أكد على ضرورته القضاء المغربي بجميع درجاته من خلال مجموعة من القرارات والأحكام، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض<sup>1</sup> ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن عن القرار، ذلك أن الملكية لا يصح تطبيقها على محل النزاع إلا إذا توفرت هي ذاتها على الشروط الخمس وهي: وضع اليد على الملك والتصرف فيه، ونسبته من المالك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك، وطول مدة التصرف، والثابت من وثائق الملف أن ملكية المطلوبين لم ينص فيها على عدم المنازع للمالك أثناء تصرفه وأشير فيها إلى القرابة من مستند علم الشهود فيها، والمحكمة المعتبرة شرعا، فإنها لم تركز قضاءها على أساس وعللت قرارها تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه وعرضته للنقض".

-عدم العلم بالتفويت: وذلك بأن يشهد شهود الوثيقة بعدم علمهم بنقل ملكية الشهود له ويعتبر هذا الشرط شرط كمال للحي وشرط صحة للميت، وهذا هو معنى قول الزقاق في لاميته:

وهل عدم التفويت في علمهم كما ل ام صحة للحي للميت إذا جعل

<sup>1</sup> - قرار رقم 4226 صادر بتاريخ 2007/12/05 في الملف المدني عدد 2007/3/1/3010 غير منشور.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض<sup>1</sup> "في حالة نسبة الملك لميت من طرف القائم فإن المتفق عليه فقها أن شرط استعمال الوثيقة المثبتة للملك على عدم علم شهودها بالتفويت يعتبر شرطا من شروط صحتها، لما كانت الطاعنة أدلت بموجب لا تتوفر فيه شروط الملك التي من بينها الشروط المشار إليها أعلاه، فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن حجيتها ناقصة على درجة الاعتبار".

على أن ما يجب التنبيه إليه هنا، أنه إذا كانت الشروط الخمسة الأولى يشهد فيها الشهود بالبت والقطع، فإن شرط عدم التفويت لا يشهد به إلا على العلم، وإلا بطلت الشهادة لتعذر قطع الشهود فيه، ذلك أن المشهود له قد يفوت سرا دون علم الشهود بذلك<sup>2</sup> يتضح من خلال ما سبق ذكره وبيانه، أن المشرع المغربي قد أحاط مسألة إثبات الملك باهتمام بالغ بمناسبة تقنينه للحيازة، حيث أفرد لها جملة من القواعد والضوابط المنظمة في المواد 239 إلى 262 من مدونة الحقوق العينية، والتي تعتبر بمثابة ترسيخ للأحكام الفقهية الشرعية والاجتهادات القضائية المستقرة.

وقبل الانتقال للحديث عن مركز رسم ثبوت الملكية ضمن مؤيدات طلب التحفيظ ودورها خلال مسطرة التحفيظ، لابد من الإشارة أنه إذا كانت أحكام الفقه المالكي تقضي بأن كل من توفرت له شروط صحة الملك وأثبتها فإنه يملك ذلك الشيء فإن مدونة الحقوق العينية قد قصرت إمكانية الملكية إذا توفرت شروطها على المواطنين المغاربة فقط دون الأجانب، وهذا ما جاء النص عليه صراحة في الفقرة الثانية من المادة 239 التي جاء فيها: "لا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها". وكذلك الأمر لبعض العقارات الخاضعة لأنظمة خاصة والتي تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>3</sup>، فقد أكدت المادة 261 من مدونة الحقوق العينية على عدم إمكانية حيازتها ولو توفر الحائز على الشروط الخمس المقررة قانونا، حيث جاء فيها:

-لا تكتسب بالحيازة:

○ أملاك الدولة العامة والخاصة والأملاك المحبسة وأملاك الجماعات السلالية.

<sup>1</sup> - قرار رقم 1643 صادر بتاريخ 1998/09/11 في الملف المدني عدد 92/3650، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 53-54، سنة 1999، ص 115.

<sup>2</sup> - محمد بن يعيوش، الحيازة الاستحقاقية في الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، مجلة ملفات عقارية، عدد 2، 2012، ص 232.

<sup>3</sup> - حسب المادة 18 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة فإنه لا يمكن للعدل تحرير عقد وارد على عقار غير محفظ إلا بعد تأكده بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية تؤكد على كون العقار ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة.

○ أملاك الجماعات الترابية والعقارات المحفوظة.

○ الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون".

الفقرة الثانية: مركز الوثيقة العدلية كوسيلة الإثبات خلال مسطرة التحفيظ  
يكتسي الإثبات في مجال التحفيظ العقاري أهمية كبرى سواء على مستوى الإداري أمام  
المحافظة العارية، أو على القضائي على اختلاف درجاتها.  
إن التحفيظ العقاري كما استحدث بموجب ظهير 12 غشت 1913 ووقع تغييره وتتميمه  
بالقانون رقم 14.07 يرمي إلى إعطاء كل عقار رسماً عقارياً خاصاً به، ذو صبغة نهائية غير  
قابل للطعن فيه، ويظهر العقار من كل الحقوق والتكاليف التي لم يتم المطالبة بها أثناء  
مسطرة التحفيظ<sup>1</sup>.

والمقصود بمسطرة التحفيظ العقاري هو مجموع الإجراءات التي سنّها ظهير التحفيظ  
لإخراج العقار من وضعية سابقة هي العقار غير المحفوظ إلى وضعية قانونية أخرى أطلق  
عليها نظام العقار المحفوظ<sup>2</sup>. ومسطرة التحفيظ هاته تنقسم إلى شقين، مرحلة إدارية تشرف  
على سيرها سلطة إدارية تتجسد في المحافظ على الأملاك العقارية، ومرحلة قضائية يشرف  
عليها القضاء كنتيجة منطقية لوجود تعرضات ضد مسطرة التحفيظ تحال على إثرها  
ملفات التحفيظ على أنظار القضاء للفصل في النزاع القائم بين طالب التحفيظ والمتعرض<sup>3</sup>.  
ولتحقيق ذلك – أي إخضاع عقار لنظام التحفيظ العقاري- تأتي الوثيقة العدلية التي تقوم  
بدور هام أثناء مسطرة التحفيظ، فهي المعبر الآمن والسلس للمرور بالعقار من وضعية غير  
ثابتة إلى وضعية مستقرة وأمنة.

أولاً: الوثيقة العدلية كسند لطالب التحفيظ:

لقد وضع المشرع المغربي مجموعة من المقتضيات القانونية التي من شأنها تعزيز مكانة  
ودور الوثيقة العدلية لفائدة طالب التحفيظ، ومن بين هذه المقتضيات ضرورة تدعيم  
مطلب التحفيظ بالحجج والوثائق والمستندات الكافية، حيث ينص الفصل 13 من ظهير 12  
غشت 1913 كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري:

<sup>1</sup> فاطمة الحروف، دور المحافظ العقاري بشأن التعرضات على مطلب التحفيظ، المجلة المغربية للقانون  
والاقتصاد، العدد 19، 2002، ص 45.

<sup>2</sup> برادة غزبول، مطلب التحفيظ العقاري وإشكالية توثيق التصرفات الواردة عليه، المستجدات التشريعية في المادة  
العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية"، العدد 7 فبراير 2013،  
ص 131.

<sup>3</sup> عبد العالي دقوقي، المسطرة القضائية بين القانون الحالي ومشروع التحفيظ العقاري 14.07، مجلة الأملاك عدد  
مزودج 4 و5، ص 175.

"يقدم طالب التحفيظ للمحافظ على الأملاك العقارية، مقابل وصل يسلم له فورا، مطلب موقعا من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة، يتضمن لزوما ما يلي: (...)  
- بيان أصل التملك:

كما ينص الفصل 14 من الظهير نفسه: "يقدم طالب التحفيظ مع مطلبه أصول أو نسخ رسمية للرسوم والعقود والوثائق التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية وبالحقوق العينية المترتبة على الملك".

انطلاقا من المادتين أعلاه يمكن القول إن تقديم طالب التحفيظ لمطلبه لا يعتبر في حد ذاته دليلا على ملكيته، بل يجب إثباتها عن طريق إرفاق مطلبه بكافة الوثائق العدلية والمستندات والحجج.

هذا إذا كان المشرع لم يضع أي قيد على نوعية العقود المؤيدة لمطلب التحفيظ، بحيث يمكن تقديم جميع رسوم التملك والوثائق رسمية كانت أم عرفية مادام لها ارتباط بالعقار موضوع الطلب<sup>1</sup>.

غير أن هذا التنصيص القانوني، الذي يتسم في رأينا بنوع من الشمولية وعدم التدقيق في الصيانة، لا يمنع من القول بأن الوثيقة العدلية دون غيرها من المحررات، تنفرد بمركز هام في الإثبات، وتستقل بموقع الريادة في تعزيز وتدعيم طلبات التحفيظ.

وبهذا الخصوص يقول الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي ما يلي: "وبطبيعة الحال، فإن الحسم في هذا الإطار يكون للوثيقة العدلية أكثر من المحررات العرفية، فإثبات الملكية وأصلها ومصدرها وإثبات الحيابة واستمرارها واستمرار التصرف والتحييس والإراثات والوصايا والتزويل خاصة بالنسبة للمغاربة المسلمين وهم السواد الأعظم للمواطنين ... إلى غير ذلك، لا يمكن تصور إقامتها سوى عن طريق الوثائق العدلية والتي تكون غالبا معززة بشهادة الشهود أو ما يسمى باللفيف. وبالتالي، فإن هذه الوثائق التي لا يطعن فيها سوى بالزور، ستلعب دورا أساسيا في تدعيم مطالب التحفيظ خاصة في مواجهة ادعاءات المتعرضين إن وجدوا"<sup>2</sup>.

ويضيف الأستاذ محمد ابن الحاج السلمي ما نصه: "أما المحررات العرفية، فإنها لا يمكن أن تحل محل الوثائق العدلية في إثبات الملكية وأصلها مع إثبات الحيابة واستمرارها،

<sup>1</sup> - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 148.  
<sup>2</sup> - محمد ابن الحاج السلمي، دور الوثيقة العدلية ونظام التحفيظ العقاري، مرجع سابق، ص 81.

ولا يمكن أن تتعلق سوى بالتزامات بين شخصين أحدهما يفترض فيه أنه ينقل ملكيته أو أحد حقوقه في العقار لشخص ثاني بحكم أن تظل قابلة للطعن فيها بكل أوجه الطعون".<sup>1</sup>

ولعل ما يعزز أهمية الوثيقة العدلية خلال مسطرة التحفيظ العقاري باعتبارها سندا مؤيدا لطالب التحفيظ، هو ما أقره الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص، حيث كرس لقاعدة مفادها عدم مناقشة حجج طالب التحفيظ إلا بعد أن تصح حجة المتعرض، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض<sup>2</sup> ما يلي: "لكن، ردا على السبب أعلاه، فإن المتعرض في دعوى التحفيظ يقع عليه عبء الإثبات، وأنه يتجلى من مستندات الملف أن القرار استبعد رسوم المتعرضين لافتقارها لشروط الملكية، وأن المطلوبة في النقض استرجعت محل النزاع بمقتضى ظهور 1973/3/2 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2071 مكرر، وبالتالي فلا مجال لاستحضار الحيازة مادام أن القرار المذكور لم يثبت الطعن فيه إداريا، وذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها حين عللت قرارها" أن المتعرضين باعتبارهم مدعين يقع عليهم عبء الإثبات لم يؤيدوا تعرضهم بحجة مقبولة شرعا تثبت تملكهم أو لما نسبوا له الملك موضوع مطلب التحفيظ وأن رسوم التصرف المدلى بها من طرفهم لا يثبت بها الملك لافتقارها لشروط الملكية خاصة شرطي عدم المنازعة وعدم التفويت، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار مركزا على أساس غير خارق للمقتضيات المستدل بها والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار".

وتجدر الإشارة في هذا الإطار بأن من أهم المستجدات التي جاء بها ظهور التحفيظ العقاري، وجوب تقديم طالب التحفيظ للوثائق والرسوم المؤيدة للحق المدعى فيه وأصول ونسخ رسمية والعقود والأحكام القضائية التي من شأنها أن تعرف بحق الملكية أو بالحقوق العينية المترتبة عن الملك، وذلك قطعية مع مجموع الممارسات التي على الادعاء اللاحق بالرسوم والوثائق، الأمر الذي يثقل كاهل المحافظات، ويعرقل سير مجموعة من مطالب التحفيظ التي تظل عالقة.<sup>3</sup>

ثانيا: الوثيقة العدلية كسند للتعرض:

إن التعرض هو ادعاء يتقدم به أحد الأشخاص ضد التحفيظ ينازع بمقتضاه في أصل حق الملكية التي يدعيها طالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو في الحدود أو بطالب بحق

<sup>1</sup> - محمد ابن الحاج السلمي، دور الوثيقة العدلية ونظام التحفيظ العقاري، مرجع سابق، ص 82.

<sup>2</sup> - قرار محكمة النقض رقم 1802 صادر بتاريخ 2009/05/13 في الملف المدني 12007/1/209 غير منشور.

<sup>3</sup> - عمر ازوكار، مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية - دراسة عملية ورصد للمواقف القضائية للمحكمة، منشورات دار القضاء بالمغرب بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2012.



عيني مترتب له هذا العقار وينكره عليه طالب التحفيظ الذي لم يشر في مطلبه<sup>1</sup>. ويؤدي التعرض بهذا المعنى إلى توقيف إجراءات التحفيظ من طرف المحافظ إلى أن يرفع التعرض ويوضع حدا للنزاع<sup>2</sup>.

وحتى لا يظل التعرض مجرد ادعاء، اشترط المشرع ضرورة إرفاقه بجميع الرسوم والوثائق له، وذلك حسب الفصل 25 من ظهير التحفيظ الذي ورد فيه: "إن التصريحات والرسائل المحررة للغرض المشار إليه سابقا - أي التعرض- يجب أن تبين فيها هوية المتعرض، حالته المدنية، عنوانه الحقيقي أو المختار، اسم الملك، رقم مطلب التحفيظ، طبيعة ومدى الحق موضوع النزاع، بيان السندات والوثائق المدعمة للمطلب.

يجب على المتعرضين أن يودعوا السندات والوثائق المثبتة لهويتهم والمدعمة لتعرضهم ويؤدوا الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يدلوا بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية. و المتعرض ملزم بإرفاق طلبه بجميع المؤيدات التي تؤكد تعرضه على العقار موضوع مسطرة التحفيظ سواء كانت رسمية أو عرفية<sup>3</sup>، ومنها على سبيل المثال:

- رسوم الملكية.
- رسوم الميراث.
- رسوم الأشترية.
- رسوم القسمة.
- رسوم التبرعات<sup>4</sup>.

وتأسيسا على ذلك، يمكن القول إن الوثيقة العدلية متى كانت واضحة ومضبوطة إلا وقامت بدور مهم وأساسي في دعم طلبات المتعرضين وتعويضها.

وتنبغي الإشارة إلى أنه بالرغم من أن المشرع ترك الباب مفتوحا للمتعرض بشأن تدعيم طلب تعرضه بأي محرر شاء وبأي وثيقة أراد، فإن الوثيقة العدلية في هذا الإطار تحتل مركزا خاصا وموقعا متميزا، نظرا لما تتمتع به من قوة ثبوتية مقارنة بالعقود المحررة من

<sup>1</sup> إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار النشر العيور - وجدة- طبعة 2000، ص 40.  
<sup>2</sup> عبد الخالق أحمدون، التحفيظ العقاري بالمغرب مقتضياته القانونية وإشكالاته العملية، مطبعة طوب بريس الرباط، طبعة 2010، ص 109.  
<sup>3</sup> سعيد البكوري، تجليات تسريع وتبسيط الإجراءات في إطار مؤسسة التعرض وفق القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الجزء الأول، منشورات مجلة الحقوق، العدد 7، فبراير 2013، ص 261.  
<sup>4</sup> ابتسام فهيم وحميد كمال، التعرض على مسطرة التعرض، مجلة منازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م س، ص 163.

طرف الموثقين "العصريين"، كما أن المحررات العرفية لا ترقى إلى درجة الوثيقة العدلية نظرا لخصوصية المواد والمواضيع التي تعالجها هذه الأخيرة<sup>1</sup>.

ويذهب الأستاذ محمد ابن الحاج السليبي بخصوص الحجج والمستندات المدعمة للتعرضات من نصه: "فإن الوثيقة العدلية هنا أيضا تكون بارزة حيث أنه لا مجال هنا البتة للعقود المحررة من طرف الموثقين العصريين كما أن المحررات العرفية لا ترقى إلى درجة الوثيقة العدلية نظرا لخصوصية المواد والمواضيع التي تعالجها..."<sup>2</sup>.

وما يجب التنبيه إليه أن القانون العقاري قد خول للمحافظ على الأملاك العقارية الحق في إلغاء التعرض في حالة عدم إدلاء المتعرض بالحجج والوثائق المؤيدة للتعرض داخل الأجل المحدد، وذلك بمقتضى الفصل 32 الذي ورد فيه "يعتبر لاغيا وكأن لم يكن، إذا لم يقدم المتعرض خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 من هذا القانون الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه".

وقرار المحافظ بإلغاء التعرض لعدم الادلاء بالمستندات والمحررات المثبتة للتعرض قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاؤ أجل التعرض غير قابل للطعن فيه بقوة القانون، وهو ما تؤكدته عبارة "يعتبر لاغيا وكأن لم يكن" التي أوردها المشرع في مستهل الفصل 32 أعلاه، وذلك على عكس ما كان عليه الأمر في الفصل 32 من ظهير التحفيظ الملغى الذي كان يترك للمحافظ السلطة التقديرية في الإبقاء على التعرض أو إلغائه.

ولعل من شأن جعل أجل التعرض ملغيا بقوة القانون في حالة عدم الادلاء بالوثائق والمستندات داخل الأجل المحدد، أن يساهم في التقليل من التعرضات الكيدية التي قد ترفع فقط بغرض عرقلة مسطرة التحفيظ والحيلولة دون إنشاء رسم عقاري نهائي، إذ لا يخفى على أحد ما يمكن أن تسببه مثل هاته التعرضات من أذى وعرقلة لتصفية مطالب التحفيظ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص ماستر العقار والتنمية، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - طنجة. السنة الجامعية 2013-2014، ص 128.

<sup>2</sup> - محمد ابن الحاج السليبي، دور الوثيقة العدلية ونظام التحفيظ العقاري، م س، ص 83.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عاكف، مستجدات نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون رقم 14.07 المستجدات التشريعية في المادة العقارية، الجزء الأول، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، منشورات مجلة الحقوق، العدد 7 فبراير 2013، ص 204.

وهو ما جعل المشرع يفرض غرامة في حالة ثبوت كون التعرض الذي قدم من قبل المتعرض تم بصورة تعسفية، وذلك بمقتضى الفصل 48 من ظهير التحفيظ<sup>1</sup>. وفي الأخير لابد من التنبيه إلى أن دور المحافظ في تسلم الوثائق والمستندات المثبتة للتعرض ليس القصد منه بحثها واتخاذ القرار بشأنها قصد تصفية النزاع لأنه لا يعتبر سلطة قضائية وليست له صلاحية القيام بذلك، بل يقتصر دوره على تسلم هذه الوثائق قصد إرسالها مع ملف التحفيظ إلى المحكمة دون إبداء الرأي في صحتها أو عدم صحتها<sup>2</sup>، وهو ما أقرته محكمة النقض في قرار لها صادر بغرفتين<sup>3</sup> ورد فيه: "حيث صح ما عابه الطاعنان على الحكم المطعون فيه، ذلك أنه لتأييد قرار المحافظ بإلغاء التعرض ناقش الحجج المدلى بها من المتعرضين وقارن بينهما وبين حجج طالب التحفيظ مع أنه بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 32 من ظهير 1913/08/12 المتعلق بالتحفيظ العقاري فإنه لا يمكن للمحافظ إلغاء التعرض إلا في حالة عدم تقديم المتعرضين الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضهم، وعليه لما ناقش الحجج المدلى بها وقارن بينهما لإلغاء التعرض، فقد جاء خارقا للمقتضيات المذكورة وتعرض بذلك للنقض والإبطال".

المطلب الثاني: الوثيقة العدلية كمستند فاعل بعد تأسيس الرسم العقاري بعد تأسيس الرسم العقاري، فإن أي تصرف يتعلق بالعقار الموضوع له يجب أن يقيد في السجل العقاري وفق مسطرة خاصة نظمها المشرع المغربي تنظيما دقيقا. بالمقابل سمح المشرع للأفراد بطلب تشطيب بعض الحقوق المسجلة بناء على اتفاق برضاهم.

ولما كانت هذه الإجراءات بدورها تركز على مستندات ووثائق إرادية تفرغ فيها الإيرادات التعاقدية للأطراف أو تصحح أو تعدل أو تبطل أو تسقط أو تنقل... إلخ، فإن دور الوثيقة العدلية في هذا المجال لا يقل أهمية عن دورها السابق الخاص بالإجراءات المسطرية القبلية لتأسيس الرسم العقاري.

<sup>1</sup> - تنص المادة 48 من القانون رقم 14,07 على أن "كل طلب للتحفيظ أو تعرض عليه ثبت للمحكمة صدوره عن تعسف أو كيد أو سوء نية يوجد ضد صاحبه غرامة لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا يقل مبلغها عن عشر في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى بعد الكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في التعويض.

<sup>2</sup> - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 200.

<sup>3</sup> - قرار عدد 3912 صادر بتاريخ 2001/11/13 في الملف المدني رقم 97/1/1/451، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، الجزء الثاني 2005، ص 37.

وعليه فإن الوثيقة العدلية كوسيلة إثبات تعتبر وثيقة فاعلة بصورة أساسية في مجال تقييد الحقوق الواجبة التقييد في الرسوم العقارية (الفقرة الأولى) كما أن هذه الوثيقة يعطي لأطرافها إمكانية تقديم طلب التشطيب لدى المحافظة العقارية بناء عليها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوثيقة العدلية ودورها في عملية التقييد والتقييد الاحتياطي  
تناط بالمحافظة على الأملاك العقارية والرهون مهمة اتخاذ جميع التدابير الضرورية حتى تكون جميع البيانات المضمنة بالسجلات العقارية مرتكزة على أساس سليم وصحيح، وخاصة إذا كانت تستند على الوثيقة العدلية على اعتبار أنها تنفرد بمركز هام في الإثبات كما أشرنا إليه سلفا، وعليه فإن الوثيقة العدلية تعتبر كمستند فاعل في عمليتي التقييد النهائي (أولا) والتقييد الاحتياطي (ثانيا).

أولا: الوثيقة العدلية ودورها في عملية التقييد:

بداية ينبغي التأكد على أنه إذا كان التصرف يتعلق بعقار محفظ فإن تحرير الوثيقة من طرف العدول والمخاطبة عليها من قبل قاضي التوثيق لا يجعلها نافذة لا فيما بين الطرفين ولا في مواجهة الغير إذا لم يتم تقييدها بالرسم العقاري<sup>1</sup>.

وعليه فإن أي تصرف سواء بيعا، أو هبة، أو صدقة يخص عقار محفظا أو حقوق عينية متعلقة به، ليس وحده كافيا لنقل الملكية إلى المشتري أو الموهوب له أو المتصدق عليه، بل لابد من تقييد هذه التصرفات بالرسم العقاري التابع له العقار، وأي سهو أو إغفال بهذا الخصوص ستترتب عنه أحيانا آثار وخيمة<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار، فإن المشرع حينما فرض إجبارية التقييد فإنه حدد في نفس الوقت الحقوق التي ينبغي أن تخضع للتقييد بكيفية محددة حصرا<sup>3</sup>، ولقد ورد النص على هذه الحقوق في المادة 65 من ظهير التحفيظ العقاري حيث جاء فيها: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض.

وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني، أو نقله إلى الغير، أو

<sup>1</sup>- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، مرجع سابق، ص 200.

<sup>2</sup>- محمد الربيعي، المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحركات العرفية وضمائنات المحركات الرسمية، م س، ص 285-286.

<sup>3</sup>- محمد خير، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 445.

الإقرار به، أو تغييره، أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد عن السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه".

ويتجلى من خلال هذا النص أن الحقوق الخاضعة للتقييد قد حددها المشرع، ولم يترك المجال للمحافظ أو غيره لتقدير الحقوق التي يجب تقييدها والحقوق التي لا يجب تقييدها<sup>1</sup>. وجاءت المادة 66 من نفس الظهير لتؤكد بأن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتنفيذه، وابتداء من اليوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

وعليه فإنه يتعين على كل شخص يريد تقييد حق من الحقوق القابلة للتقييد في الرسم العقاري أن يقدم إلى المحافظة العقارية طلبا يتضمن بيانات محددة طبقا للفصل 69 من ظهير 12 غشت 1913 كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، بحيث يجب أن يكون هذا الطلب في شكل كتابي وأن يقدم مباشرة إلى المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرتها<sup>2</sup>. وفي نفس الإطار جاءت الفقرة الثالثة من الفصل 69 من ظهير التحفيظ العقاري لتبين بأنه يجب على كل شخص يطلب تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أن يقدم للمحافظة ما يثبت أصل التملك وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبته.

ويتجلى من خلال هذا، أن ما يثبت أصل التملك لا يكاد يخرج عن العقد في أغلب الحالات، فإن كان الأمر يتعلق ببيع أو وصية أو هبة فإن عقد البيع أو الهبة يجب أن يبين أصل التملك البائع أو الواهب، وقد يكون أصل التملك أحيانا هو الإرث، وفي هذه الحالة لا بد للورثة من أن يثبتوا زيادة على شهادة الوفاة، ما يثبت حالتهم المدنية، واستحقاقهم للإرث، وحظوظهم فيه وأصل تملك مورثهم، طبقا لما ورد النص عليه في الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري، وكذا مقتضيات مدونة الأسرة<sup>3</sup>.

وعليه فإنه يجب أن تكون الوثائق التي أدلى بها عند طلب التقييد صحيحة من حيث الشكل والمضمون، فمن حيث الشكل يتعين على المحافظة أن يتأكد من أن الرسم العدلي مثلا موقع من طرف العدلين ومخاطب عليه من طرف قاضي التوثيق وأدبت عنه رسوم التسجيل... أما من الناحية الموضوعية فعليه أن يتأكد من موضوع الالتزام، فإذا كانت

<sup>1</sup> - محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 406.

<sup>2</sup> - محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 388.

<sup>3</sup> - محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 405.

الوثيقة تتضمن بيعا مثلا فلا بد من ذكر اسم الطرفين البائع والمشتري والتمن والتاريخ، وركن الرضا في العقد من إيجاب وقبول وتطابق بينهما... إلخ الفصل 72 من ظهير التحفيظ).<sup>1</sup>

رغم أن المشرع المغربي لم يضع عند وضعه لقانون التحفيظ العقاري أي قيد في نوعية العقود والوثائق التي ينبغي تقديمها كدليل لإثبات سوى شروط الكتابة، كما أنه لم يشترط ضرورة توثيقها لدى موثق كما هو الشأن بالنسبة لبعض الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني كألمانيا وسويسرا.

فإن محمد خيرى<sup>2</sup> يؤكد على ضرورة اشتراط رسمية العقود أو توثيقها، كل ما تعلق الأمر باتفاق يتعلق بحقوق عينية عقارية ينبغي تسجيلها على الدفاتر العقارية، نظرا لما تكتسبه هذه الحقوق من أهمية بالنسبة للأفراد داخل المجتمع.

وتأسيسا على ما سبق، فإن الوثيقة العدلية كوسيلة إثبات تعتبر وثيقة فاعله بصورة أساسية في مجال تقييد الحقوق الواجبة التقييد في الرسوم العقارية نظرا لمركزها الخاص في الإثبات، والتي تستمد حجيتها من خلال الفصلين 419 و420 من قانون الالتزامات والعقود، وكذا الفصل 35 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة الذي ينص على أنه: "لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب وتعتبر حينه وثيقة رسمية".

وعليه فإن الشهادة العدلية المستوفية لشروطها وأركانها والمخاطب عليها من طرف القاضي المكلف بالتوثيق، تعتبر ورقة رسمية تتمتع بحجية قوية في إثبات جميع التصرفات الإدارية بين الأحياء مجانية كانت كالهبة والصدقة والعمرى والنعلة والوقف بدون عوض... إلخ، أو عوضية كالبيع والمناقلة والتصيير... إلخ، عندما تهدف هذه التصرفات إلى إنشاء حق عيني عقاري أو نقله أو إقراره أو إسقاطه.

كما تختص الوثيقة العدلية كذلك بتوثيق وإثبات الأكرية الخاصة بالعقارات المحفظة التي تفوق مدة كرائها ثلاث سنوات، أو دونها غير أن ربطها بمدة ثلاث سنوات فقط انسجاما مع أحكام المادة 65 من قانون التحفيظ المشار إليها، إضافة إلى كون هذه المدة تعتبر شرط لوجوبية تقييد عقود الكراء الواردة على العقارات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - إدريس الفاخوري، دنيا مباركة، نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07، م س، ص 149-150.

<sup>2</sup> - محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 410.

<sup>3</sup> - سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية - دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري المغربي - مطبعة دار السلام للطباعة - الرباط، الطبعة الأولى 2015، ص، 214.

إضافة إلى ذلك، أن كل تصرف قانوني يرمي إلى الإبرام من الدين أو حوالة لقدر مالي يوازي كراء بناء أو أرض غير مستحقة الأداء لمدة تزيد على السنة تستوعبه الوثيقة العدلية توثيقا وإثباتا<sup>1</sup>.

ثانيا: الوثيقة العدلية ودورها في عملية التقييد الاحتياطي:

تعتبر مؤسسة التقييد الاحتياطي من بين أهم المؤسسات القانونية في نظام السجلات العقارية العينية، باعتبارها تشكل الأداة الفعالة لحماية الحقوق من الضياع عند تعذر تقييدها بتلك السجلات بشكل نظام، لسبب راجع إما لعدم كفاية الوثائق، أو نظرا لكون الحق المراد تقييده بالرسم العقاري يكون متوقفا على قول القضاء كلمته في جوهر الحق المتنازع فيه، باستصدار أحكام باتة ونهائية<sup>2</sup>. ولقد أوجد المشرع المغربي مجموعة من المقتضيات القانونية الكفيلة بتنظيم مختلف الأحكام التي تهتم بالتقييد الاحتياطي سواء في إطار ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بقانون 14.07 أو في إطار القوانين الخاصة<sup>3</sup>.

وقد تعرض المشرع المغربي لتقنية التقييد الاحتياطي في الفصل 85 من القانون رقم 14.07 الذي جاء فيه "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظا أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا.

يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري إما:

- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويعذر على المحافظ تقييده على حالته.
- بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس محكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها.
- بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء..."
- وعليه فإن سنترتكز فقط على التقييد الاحتياطي بناء على سند، لما لها من ارتباط مباشر بالوثيقة العدلية.

وهذا الخصوص يقول ذ محمد خيري<sup>4</sup> إلى أن التقييد لا يمكن قبوله بمجرد طلب بسيط بل لابد أن يعزز بسند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته.

<sup>1</sup> - سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، م س، ص 214.

<sup>2</sup> - محمد العلمي، مستجدات التقييد الاحتياطي في ضوء القانون رقم 14.07، م س، ص 115.

<sup>3</sup> - التي تهم بعض العمليات الواردة على العقار المحفظ كما هو الشأن في بيع العقار في طور الإنجاز أو الكراء المفضي إلى تملك العقار.

<sup>4</sup> - محمد خيري، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 510.

ويستنتج هذا من الفقرة الثانية من الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 وقد حدد المشرع طبيعة هذا السند، والمقصود به كل وثيقة صالحة لاثبات وجود حق عيني قابل للتقييد كعقد بيع عقاري أو هبة عقار أو وصية، ولكن تنقصه بعض البيانات. وعليه فإن هذه السندات سوف لن تخرج عن الأفعال الإرادية والاتفاقات والعقود الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه فكل تقييد احتياطي ينبغي أن يتعلق بحق يمكن تقييده على الرسم العقاري، وبالتالي ينبغي أن يكون هذا السند مرتبطا بنفس الحق<sup>1</sup>.

وهكذا، فلما كانت جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء، وسواء تعلق الأمر بتلك التي تندرج ضمن باب المعاوضات كالبيع والمناقلة والتنازل والتصيير... إلخ، أو ما يخص تلك التي تعتبر من قبيل التبرعات كالهبة والصدقة والعمري والرقبة والنعلة والوقف والتنازل بدون عوض... إلخ، توثق في شكل وثائق عدلية، فإن هذه الأخيرة يمكن أن تكون محلا وسندا للتقييد الاحتياطي متى توقف الأمر على استكمال بعض الإجراءات الشكلية البسيطة كالإدلاء بشهادة إدارية معينة أو الإدلاء بمستند شكلي معين لا يكون متطلبا لازما لتوثيق الوثيقة العدلية، لكنه يكون مستلزما في إطار قانون التحفيظ العقاري مثلا<sup>2</sup>.

وتأسيسا على ما سبق، فإن الوثيقة العدلية تعتبر مستندا فاعلا وأساسا في تدعيم طلبات التقييد الاحتياطي، بحيث ينعد لها الاختصاص في توثيق وإثبات كافة التصرفات الواردة على العقارات المحفظة معاوضة كانت أم تبرعا، وسواء كانت معاملة خاصة منظمة بتشريع خاص، أو معاملة عامة تسري عليها أحكام القواعد العامة. أما في إطار النصوص التشريعية الخاصة التي نصت على إجراء التقييد الاحتياطي، فنجد أن القانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز نصت في الفصل 618-10 على أنه "يمكن للمشتري بموافقة البائع إذا كان العقار محفزا أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه...".

<sup>1</sup>- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 510  
<sup>2</sup>- سليمان أخول، مركز الوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، م س، ص 220-221.



يتبين من خلال الفصل أعلاه، أن المشرع منح للمشتري لعقار في طور الإنجاز إمكانية طلب إجراء تقييدا احتياطي بناء على الوثيقة المثبتة للبيع الابتدائي المبرم بينه وبين المنعش العقاري البائع، مع تقييد هذه الإمكانية بموافقة هذا الأخير. وعليه فإن الوثيقة العدلية تعتبر مستندا فاعلا في التقييد الاحتياطي وفقا لأحكام القانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

وكذلك يعد القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار من التشريعات العقارية الخاصة التي نصت على إجراء التقييد الاحتياطي، حيث جاء في المادة 5 منه ما يلي: "إذا كان العقار محفظا يطلب المكثري المتملك من المحافظ على الأملاك العقارية إجراء تقييد احتياطي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه...!"

يتضح إذن من خلال أحكام هذه المادة، أنها خولت للمكثري المتملك حق تقديم طلب إلى المحافظ على الأملاك العقارية من أجل إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

ويستنتج مما سبق أن الوثيقة العدلية تعتبر حجة فاعلة ووثيقة ضابطة لتقنية التقييد الاحتياطي في نطاق القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، بحيث تعتمد كوثيقة رسمية أساسية في تدعيم طلب المكثري المتملك بإجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري الخاص بالعقار موضوع العقد.<sup>1</sup>

وتستمد الشهادة العدلية حجيتها في الإثبات في هذا المجال من الفقرة الأولى من المادة 4 من القانون 51.00 التي منحت الاختصاص للوثيقة العدلية في توثيق وإثبات عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

وختاما يمكن القول إجمالا أن الاستجابة لطلب التقييد الاحتياطي بناء على سند من طرف المحافظ على الأملاك العقارية وفي جميع الأحوال رهينة بالتأكد من قابلية التصرف للتقييد حسب الوضعية الراهنة للرسم العقاري، المؤثرة على صحة الطلب، لذلك فهو تقييد نهائي موقوف على شرط واقف يقوم صحيحا بتحقيقه داخل الأجل إلا أنه يسري بأثر رجعي من حيث رتبته بالرسم العقاري.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سليمان أدخل، مركز الوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، م س، ص 226.  
<sup>2</sup> - يوسف مختري، التقييد الاحتياطي بين تقييد حق الملكية وحمايته، نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 17.07، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، منشورات مجلة الحقوق، الإصدار 6، ماي 2012، ص 111.

## الفقرة الثانية: الوثيقة العدلية ودورها في عملية التشطيب

يحظى التشطيب كعملية قانونية بأهمية خاصة داخل منظومة التشريع العقاري المغربي، ذلك أنه إذا كانت الحقوق لا تنتج آثارها إلا بتسجيلها على الرسم العقاري استنادا إلى الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، كما تم تغييره وتتميمه، فإن التقييد له قوة إثباتية نسبية، إذ يمكن التشطيب عليه متى توفرت شروط ذلك<sup>1</sup>.

حيث أن التقييد يتعلق بكل الوقائع المادية أو التصرفات القانونية التي تتعلق بالعقار بعد تحفيظه، أي أن التقييد بهذا المفهوم لا يتعلق إلا بالعقارات المحفظة، وهو يرمي إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو تغيير أو إسقاطه طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>2</sup>.

ويستفاد من محتوى الفصل 67 المذكور أن التصرفات التي يتم تقييدها ليست لها الصفة النهائية المعطاة للتحفيظ، بحيث يمكن أن يكون ذلك التقييد عرضة للتشطيب أو الإلغاء<sup>3</sup>. بما أن تشطيب الحقوق المقيدة يؤدي إلى زوالها وانقضائها، فقد تولى المشرع بيان المبررات التي تسمح بهذا التشطيب، حيث نص على ذلك الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري عندما قرر بأن: "مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسوم العقارية من تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به، يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين في مواجهة الأشخاص الذين يعنهم هذا الحق".

ويتبين من هذا النص بأن التشطيب يجعل الحق المقيد منقضيا في مواجهة كل من يعنهم أمر هذا التقييد والجهة التي تقود بالتقييد هي التي تقود بالتشطيب<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري المشار إليه أعلاه، فإن المحافظ لا يمكن له القيام بعملية التشطيب<sup>5</sup>، إلا إذا كان يستند إلى وثائق تسمح له القيام بهذا الإجراء، وقد ألزمه الفصل 94 من نفس القانون بأن يتحقق من الوثائق المدلى بها والتي

<sup>1</sup>- إدريس الفاخوري، التشطيب على التقييد الاحتياطي والحجز في نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون 14.07 والقانون 39.09، نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07 "سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية"، منشورات مجلة الحقوق، الإصدار السادس، ماي 2012، ص 11.

<sup>2</sup>- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 645.

<sup>3</sup>- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 645.

<sup>4</sup>- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 646.

<sup>5</sup>- للمزيد من التفاصيل حول التشطيب راجع: عبد العالي دقوقي، الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي، م س، ص 118.

تخول له إجراء التشطيب، وحسب الفصول السابقة فإن التشطيب لا يمكن أن يتم إلا باستناد إلى أحد السببين: إما بموجب عقد صحيح أو بموجب حكم قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به.<sup>1</sup> وعليه فدراستنا ستقتصر على التشطيب الاتفاقي نظرا لارتباطه بالوثائق والمستندات التي تندرج ضمنها الوثيقة العدلية كسند رسمي فاعل في حقل التشطيب. ومن ثم، فإن التشطيب الاتفاقي يأتي إما استجابة لطلب الأطراف المتعاقدة حسب مضمون الفصل 93 من ظهير 12 غشت 1913، كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07، أو اتفاقيا بين أطراف لا دخل للمحافظ بها، مثال ذلك صاحب العقار المرتفق الذي يقبل بالتنازل عن الارتفاق المقرر لمصلحة عقار ويعقد اتفاقا بهذا المعنى مع صاحب العقار المرتفق به.<sup>2</sup>

وعليه، فإن التشطيب المبني على عقد هو بمثابة تشطيب اتفاقي على بعض الحقوق المسجلة، فالحقوق التي يمكن التشطيب عليها بمقتضى عقد هي التي يقع إشهارها بالرسوم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظها.<sup>3</sup>

غير أن المشرع المغربي عندما نص على إمكانية التشطيب بناء على العقد، فإنه لم يحدد طبيعة العقد أو الوثيقة المقبولة كسند أو كأساس في عملية التشطيب. الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل عن طبيعة الوثيقة الواجبة الاعتماد في عملية التشطيب الاتفاقي، فهل يتم الاكتفاء فقط بالوثيقة الرسمية المحرر من طرف الجهات المختصة في هذا المجال؟ أم أن نية المشرع اتجهت إلى منح الإمكانية بقبول جميع المحررات العرفية الثابتة التاريخ أو العرفية في تدعيم طلبات التشطيب الاتفاقي من طرف أصحابها؟

لقد أجاب ذ محمد خير<sup>4</sup> عن هذه الإشكالية بقوله "...حيث أن الرهن إذا تم بناء على عقد رسمي فيمكن أن يتم فك وتشطيب هذا الرهن بنفس الطريقة وفقا للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها ما يلي "يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو

<sup>1</sup> إدريس الفاخوري، دنيا مباركة، نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07، مطبعة الحسور – وجدة، الطبعة الثانية 2013، ص 162-163.

<sup>2</sup> عبد الخالق أحمدون، م س، ص 223.

<sup>3</sup> محمد العلمي، مستجدات التقييد الاحتياطي في ضوء القانون رقم 14.07، قانون التحفيظ العقاري، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع القضاء المدني يوم 05 مايو 2012 بتزنيت، منشورات الفجر القانوني 1، ص 131.

<sup>4</sup> محمد خير، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص 652.

إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول الترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك. يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررتة.

تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي يمارس بدائرتها<sup>1</sup>.

فرفع اليد عن الرهن مثلا لقبوله كسند للتشطيب على الرهن المقيد بالرسم العقاري ينبغي أن يرد في شكل محرر رسمي تلقاه موثق عصري أو عدلان أو صدر عن جهة إدارية، أو أن يرد في شكل محرر عرفي في ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ويتضمن توقيعات هذا الأخير والأطراف مع المصادقة عليها لدى المحكمة الابتدائية بالنسبة للمحامي ولدى الجماعة (مجلس بلدي أو قروي) بالنسبة لأطراف العقد<sup>1</sup>.

وعليه، فإن توثيق الإتفاق في الوثيقة العدلية يعطي لأطرافها إمكانية تقديم طلب التشطيب لدى المحافظة العقارية بناء عليها، ومن ثم فإن الوثيقة العدلية تعتبر سنداً فاعلاً في عملية التشطيب باعتبارها ورقة رسمية مختصة بتوثيق وإثبات كافة الحقوق والمعاملات الواردة على العقارات المحفوظة والمقيدة تقييداً صحيحاً في السجلات العقارية<sup>2</sup>.

وبالتالي، فإن تحرير الاتفاق في محرر رسمي، يشكل ضماناً قانونية قوية من شأنها أن تصون الحقوق وتحمها من الضياع – كما سبق القول- لما للوثيقة الرسمية من حجية قطعية، وتلك غاية لن تدرك إلا بوجود مؤسسة توثيقية صلبة قادرة بتكوينها وتأطيرها على إنتاج وثيقة رسمية شكلاً ومضموناً، ويعتبر العدول إلى الجانب الموثق – الذي سبق الحديث عنه- من أهم ركائزها وأقدمها.

ويجدر التنبيه إلى أن الحقوق التي يمكن التشطيب عليها هي الحقوق التي تم تقييدها بكيفية قانونية، أما الحقوق المقيدة نتيجة غش أو احتيال أو سوء نية، أو نتيجة عقد باطل، فإنها لا تكون موضوعاً للتشطيب ولكن للإلغاء.

على الرغم من أن نتيجة التشطيب والإلغاء تكاد تكون واحدة، وهي انقضاء الحق وزواله إلا أن آثارهما تختلف حيث ينتج التشطيب مفعوله اعتباراً من تاريخ إجرائه. أما الإلغاء فإنه يسري بأثر رجعي ابتداءً من تاريخ تسجيل الحق الملغى.

<sup>1</sup>- إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07 م س، ص 158.

<sup>2</sup>- سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، ص 214.

أما الحق غير المقيد أو الذي يقع تقييده بعد، فلا مجال للمطالبة بتشطيبه، لأنه حق غير موجود بالنسبة لمندرجات السجل العقاري<sup>1</sup>.

وبناء على هذا فإنه من المستساغ توثيق عقد تنازل عن حق الانتفاع مثلا أو حق السطحية أو حق الارتفاق أو حق الرهن الرسمي والرضائي... وغيرها في الوثيقة العدلية، وبالتالي اعتمادها كمستندات في تدعيم طلبات التشطيب.

وإجمالا يقدم طلب التشطيب إلى المحافظ، ويجب أن يشتمل على قائمة البيانات التالية:<sup>2</sup>

1- تعيين العقار الذي يراد تشطيب ما سجل فيه، وذلك بتحديد رقم الرسم العقاري المخصص لذلك العقار.

2- تعيين التسجيل أو التقييد الاحتياطي الذي يراد تشطيبه بالإشارة إلى موضوعه وتاريخه والمستفيد منه.

3- بيان السبب الذي يركز عليه طالب التشطيب من رسم عدلي مثلا، أو عقد عرفي ثابت التاريخ... إلخ، وتاريخ ذلك كله مع الإدلاء بالمستندات التي تؤيد هذا الطلب والتي تثبت أن الحق الذي سجل أو قيده احتياطيا منعدم وغير موجود في الواقع، كأن يبدلي طالب التشطيب بوثيقة عدلية تثبت أنه اشترى العقار المجاور لعقاره والذي كان له حق ارتفاق بالمرور الذي كان مسجلا أو مقيدا احتياطيا في الرسم العقاري.

وفي هذا الإطار جاء قرار<sup>3</sup> محكمة النقض بما يلي: "كل ما ضمن بالسجل العقاري من التسجيل وتقييد احتياطي يمكن أن يشطب عليه بموجب عقد...".

كما جاء في قرار<sup>4</sup> آخر: "الحقوق التي يمكن أن يشطب عليها بمقتضى عقد... يثبت انقضاءها أو عدم صحتها هي التي يقع إشهارها بالرسم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظ أمام الحقوق التي يحفظ بها العقار في محمية بمقتضى القانون من عملية التشطيب".

وعليه، مادام المشرع المغربي قد اشترط رسمية العقود في التصرفات الواردة على العقارات وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، والتي جاء فيها: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء

<sup>1</sup> محمد خير، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص 646 و647.

<sup>2</sup> محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مرجع سابق، ص 593 و594.

<sup>3</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 88/6/2 تحت عدد 125 في الملف الإداري عدد 5676 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 139، ص 134 وما يليها، أورده محمد بفقير، م س، ص 165-166.

<sup>4</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 97/6/17 تحت عدد 1401 في الملف المدني عدد 99219 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41، ص 23 وما يليها، أوردها محمد بفقير، م س، ص 165.

الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي ..."، فإن كل عقد معتمد في التشطيب على الحقوق العينية حرر خلافا لما هو منصوص عليه قانونا سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية اعتبر عقدا باطلا وغير منتج لأي أثر<sup>1</sup>، وهو الأمر الذي يؤكد حكم حديث للمحكمة الابتدائية بالجديدة<sup>2</sup> "حيث إنه بالرجوع إلى العقد يتبين بالاطلاع عليه أنه أنجز بتاريخ لاحق على تاريخ دخول مدونة الحقوق العينية لحيز التنفيذ مما يجعل مقتضياتها تنطبق عليه.

وحيث تنص المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أنه (يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان- جميع...).

وحيث إن العقد موضوع الطلب يفتقر إلى الشروط الواردة بالمادة 4 من مدونة الحقوق العينية والتي يستوجب الإخلال بها البطلان بصريح نص المادة المذكورة".

وينبغي التأكيد على أنه إذا كانت التقييدات المرتبطة بالحقوق العينية يتم التشطيب عليها كما أشرنا إليه أعلاه، فإن التقييدات المتعلقة بالحقوق الشخصية فيمكن التشطيب عليها بأي محرر، سواء كان توثيقيا أو عدليا، أو إداريا، أو عرفيا محررا من طرف المحامي أو الكاتب العمومي أو غيرها، فالتشطيب على الحجز التحفظي مثلا يمكن أن يتم بناء على محرر عرفي أيا كانت الجهة التي حررت<sup>3</sup>.

من خلال ما سبق يتبين بأن الوثيقة العدلية التي حررت بطريقة صحيحة، ووفق الشكل المحدد قانونا تعتبر سنداً فاعلاً في عملية التشطيب باعتبارها ورقة رسمية تقدم لدى المحافظة العقارية.

<sup>1</sup>- الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>2</sup>- حكم رقم 100 صادر بتاريخ 2014/3/20 في الملف العقاري عدد 13/160/5، أوردته إيمان السائح، م س، ص 278.

<sup>3</sup>- إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، م س، ص 158 - 159.

## الاستثمار في الأموال العقارية الوقفية العامة، " الكراء نموذجاً "

د. يسيرة الشنواني

دكتورة في القانون الخاص

### مقدمة:

ما دامت الأموال الحبسية غير قابلة من حيث المبدأ للتفويت أو البيع أو الحجز، فإن موضوع الكراء يبقى أكثر وسائل استثمار هذه الأموال انتشاراً لتنمية موارد الوقف أولاً، ولإيضفاء نوع من الحماية على هذا الملك ثانياً.

وأهمية الكراء الحبسي لا تخفى على أحد، حيث يساهم في توفير السكن على وجه الكراء لشريحة عريضة من أفراد المجتمع والتي ليست لديها إمكانيات مادية كافية لاقتناء مسكن خاصة بها، إضافة إلى أن الموضوع الحبسي يساهم في جلب استثمارات متنوعة وتحريك اليد العاملة نتيجة كراء المحلات التجارية الحبسية.

فعقد الكراء، من أهم الأساليب الناجعة التي تحقق انتفاعاً اقتصادياً لإدارة الأوقاف، كما يعد صيغة استثمارية من بين أهم وأكثر الصيغ استعمالاً وانتشاراً في استثمارات العقارات الوقفية العامة بالمغرب.

كما يعتبر صيغة استثمارية قصوى اقتصادياً واجتماعياً، فعلى المستوى الاقتصادي يساهم الكراء الوقفي بشكل كبير في تنمية أموال الوقف وزيادتها وتمكينها من القيام بالأدوار المنوطة بها، أما على المستوى الاجتماعي فعقد الكراء يعتبر من التصرفات التي هي على ارتباط لصيق بحياة أغلب المواطنين باختلاف طبقاتهم وشرائحهم، ومن ثم فإنه يشكل الرابط الذي من خلاله تستطيع تلك الشرائح الاجتماعية الحصول على ما تحتاجه من أملاك تكون محورياً لممارسة مختلف أنشطتها السكنية والمهنية والتجارية والحرفية.

لكن ما يلاحظ بداية هو أن الكراء الحبسي وإن اعتبرناه من أهم عناصر الاستثمار في الأموال الوقفية، فإنه من الناحية التشريعية نجد أن المشرع المغربي تدخل في بداية الأمر بعدة قوانين<sup>1</sup> تبنت تدابير مختلفة في موضوع التشريع الكرائي.

1 - خضع الكراء الحبسي قبل صدور مدونة الأوقاف لمجموعة من الظواهر والنصوص القانونية من بينها:

وهذه التدابير التشريعية تآرجحت بين حماية المكري من جهة وحماية المكثري من جهة ثانية، ومن بين هذه التشريعات نجد الظهير المنظم لكراء عقارات الأحباس والمؤرخ في 21 يوليوز 1913. ولقد جاء هذا الظهير المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية كنتيجة للمشاكل التي كانت تتخبط فيها هذه الأملاك من حيث تسييرها خصوصا مسألة كرائها. حيث كانت تعرف ضعفا فيما يخص عائداتها لما لا يكفي معه من سد حاجيات صيانتها والحفاظ عليها والاستفادة من ريعها فيما خصص له من أهداف خيرية.

وعلى هذا الأساس، جاءت مدونة الأوقاف كمرجع تنظيمي وحمائي لمختلف قضايا الوقف، والتي من أهمها إشكالية استثمار أموال الوقف، هذه الأخيرة التي يعتبر عقد الكراء الوقفي نموذجا فيها، بحيث عملت على تنظيم أحكامه باعتباره من أهم التصرفات الواردة على هذه الأملاك، وأحاطته بعناية وحماية خاصة، والتي تتمثل في مجموعة من الامتيازات والاستثناءات العديدة، بحيث لم تكتفي بالتنظيم الذي أوجدته لعقد الكراء في القواعد العامة للالتزامات والعقود، وإنما نظمته بقواعد ونصوص خاصة تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأموال الوقفية العامة.

ومن ثم، يمكن التساؤل عن التنظيم القانوني الذي خصته مدونة الأوقاف للكراء الوقفي بوصفه الصيغة النموذج لاستثمار العقارات الوقفية العامة؟ وعن الخصوصيات والامتيازات التي متّع بها المشرع هذا النوع من الأكرية؟ وعن مدى الحماية الذي أحاطها المشرع للأموال الوقفية عند كرائها؟

ولهذا ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى محورين، سأنتطرق للحديث عن تكوين عقد الكراء الوقفي في (المحور الأول)، لأتناول الحديث عن حماية الأموال الوقفية عند كرائها في (المحور الثاني).

## المحور الأول: تكوين عقد الكراء الوقفي.

بالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لعقد الكراء، نجد أن المشرع المغربي قد عرف هذا الأخير في الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: "عقد بمقتضاه يمنح أحد

---

- الظهير الشريف المؤرخ في 16 شعبان 1331 هـ الموافق ل 21 يوليوز 1913 م المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 20 بتاريخ 19 شتنبر 1913.

- الظهير الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الثاني 1332 هـ الموافق ل 27 فبراير 1914 م المتعلق بالجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 47 السنة الثانية، بتاريخ 17 1914، ص: 106 - 109.



طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له".<sup>1</sup>

وانطلاقاً من هذا التعريف، يتضح أن عقد الكراء بشكل عام من العقود الرضائية حسب ما تقضي به قواعد قانون الالتزامات والعقود، لأنه يحتاج في انعقاده لتراضي طرفيه (المكري والمكترى)، كما يعتبر عقداً من العقود التي يتوجب لقيامها ونشأتها توافر مجموعة من العناصر التكوينية، كما هي محددة في ظهير الالتزامات والعقود، وتلك العناصر التكوينية هي ما اصطلح على تسميتها بأركان العقد<sup>2</sup>، كما أنه ينصب على منفعة الشيء سواء كان عقاراً أو منقولاً.

وعقد الكراء الوقفي تبعاً لذلك، فإن قيامه يستلزم توافر أركان أساسية، وهي الرضى والمحل والسبب.

ورغبة من المشرع في الحفاظ على الأموال الوقفية وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها، وتحقيق المصلحة الظاهرة للوقف، فقد قام المشرع بالتنصيص على مجموعة من الضوابط التي يمكن أن تضمن الحفاظ عليها، على اعتبار أن عقد الكراء هو من العقود الزمنية، وهي مسألة بديهية مادام الانتفاع بالشيء المكترى والأجرة مقابلة له لا تقاس عادة إلا بهدر زمن يتفق الأطراف عليه صراحة أو ضمناً، من تحديد مدة الكراء.

انطلاقاً مما سبق، سأعمل من خلال هذه الفقرة للحديث عن شكلية انعقاد الكراء الوقفي (أولاً) ثم الحديث عن أنواع الكراءات الوقفية والمسطرة المتبعة بشأنها (ثانياً).

### **أولاً: شكلية انعقاد الكراء الوقفي:**

لما كانت مصلحة الوقف تقتضي حسن استعماله واستغلاله، لضمان تنمية جيدة للوقف، وباعتبار أموال الوقف لا سيما العامة ذات طبيعة خاصة، ومراعاة للأهداف الاجتماعية منها والدينية التي وجدت من أجلها هذه الأموال، فقد تدخل المشرع المغربي من خلال مدونة الأوقاف وجعل من الشكلية بجميع إجراءاتها ركناً في بناء العقد، من خلال وضع تنظيم مسطري محكم للكراء الوقفي بما يضمن مصلحته، ويكون الأنفع للموقوف

1 - في حين عرف المشرع الجزائري إيجار الأوقاف من خلال المادة 42 من قانون الأوقاف رقم 91/10 الذي عدل وتمم بالقانون رقم 07.10 بأنه: "تُجر الأملاك الوقفية وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية".

2 - رضوان الطربيق، "استثمار العقارات الوقفية العامة بالمغرب، الكراء الوقفي نموذجاً" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية: 2013 - 2014، ص: 67.

عليه على اعتبار أن الكراء أسلوب تمويلي مرن يمكن أن يحد من معضلة السيولة التي يمكن أن يعاني منها الوقف، مع مراعاة ضرورة توفر أجرة المثل<sup>1</sup>، واعتبار من استأجر الوقف بأقل من أجرة المثل غاصبا.

ولأجل هذه الخصوصية التي يتمتع بها العقد المذكور، كان لزاما على المشرع أن يتدخل إجرائيا لتوفير الحماية للمال الموقوف، حيث تبلور هذه الإجراءات بإتباع مساطر إبرام عقد الكراء الحبيسي متمثلة في مسطرة السمسرة.

ومن ثم فإن مسطرة السمسرة العمومية تعتبر آلية غاية في الأهمية تساهم بشكل كبير في تنمية موارد الأوقاف والرفع من مردوديتها، وتمكن من توفير مبالغ هامة تتماشى ومستجدات الواقع الاقتصادي، والتي بواسطتها تستطيع إدارة الأوقاف مواجهة الصوائر الضخمة التي تنفقها.

ووعيا من المشرع بأهمية هذه السمسرة، فقد جعلها تأتي في مقدمة طرق التعاقد<sup>2</sup>، وذلك من خلال المادة 61 من مدونة الأوقاف بحيث جاء فيها: " تخضع جميع المعاوزات والأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما، وكذا البيوعات المتعلقة بمنتوج الأشجار والغلل و مواد المقالع العائدة للوقف العام، لإجراءات السمسرة أو لطلب العروض..."

وما تجدر الإشارة إليه بهذا الخصوص إلى أن الكراء عن طريق السمسرة العمومية ليس وليد مدونة الأوقاف، إنما يعود تاريخ إقراره من طرف المشرع إلى صدور ظهير 16 شعبان 1331 (21 يوليوز 1913) المتعلق بتحسين حالة الأحباس العمومية.

وحرصا من المشرع على جعل السمسرة العمومية ترقى لمستوى رفيع يتماشى مع مبادئ العدالة والشفافية، فقد تم التأكيد في نفس المادة 61 من المدونة على ما ينبغي أن تستجيب له هذه المسطرة من مبادئ الحرية في الولوج إلى عملية السمسرة، والمساواة في التعامل بين المتنافسين، والشفافية في تبصير هؤلاء المتنافسين وإعلامهم المسبق بكل اختيارات إدارة الأوقاف<sup>3</sup>.

1 - نصت المادة 80 على انه: "... لا يجوز كراؤها بأقل من كراء المثل...".  
2 - لقد أوجدت مدونة الأوقاف إلى جانب السمسرة العمومية طريقتين للتعاقد وهما: طلب العروض والاتفاق المباشر، إلا أن هاتين الطريقتين لا يتم اللجوء إليهما في مجال الكراء إلا استثناءا في حالتين:  
- الحالة الأولى: وتتعلق ببعد عدم نجاح مسطرة السمسرة العمومية وإعادتها لأكثر من مرة دون جدوى.  
والحالة الثانية: عندما يتعلق الأمر بمشاريع ضخمة ذات صبغة عمومية ففي هذه الحالة يتم اللجوء مباشرة لمسطرة الاتفاق المباشر.

3 - رضوان الطرييق، مرجع سابق، ص: 69.

وقد ارتأت مدونة الأوقاف أن تحيل في إجراءات السمسرة العمومية وكيفية تنظيمها بنص تنظيمي في قرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، وهو ما تم فعلا بصدور القرار رقم 365.13 من طرف وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ 27 جمادى الأولى 1434 الموافق 8 أبريل 2013.<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 3 من نفس القرار المذكور أعلاه على إجراءات السمسرة العمومية، وحددتها في ثلاثة إجراءات، تبتدئ بتكوين ملف السمسرة (1)، وإشهاره حتى يقع العلم للجميع (2)، ومن ثم يحين وقت إجراء السمسرة (3).

#### 1- تكوين ملف السمسرة:

للقيام بعملية السمسرة العمومية لكراء ملك من الأملاك الوقفية العامة، فإن أول إجراء يتعين على القائمين على الأملاك الوقفية (ناظر الأوقاف)<sup>2</sup>، القيام به هو تكوين ملف السمسرة، أي جمع كافة المعلومات التي تشكل في مجموعها ماهية السمسرة العمومية. وقد تكلفت المادة الرابعة من القرار الصادر بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف بتحديد محتويات الملف، وسنقتصر على تلك المتعلقة بكراء الأموال الوقفية دون المعطيات المتعلقة بعملية البيوعات التي تجريها إدارة الأوقاف بمنتوج الأشجار والغلل ومواد المقالع<sup>3</sup>، وتلك المحتويات هي كالآتي:

○ بطاقة تتضمن البيانات المحددة للمال محل الكراء: ويستفاد منه أن ملف السمسرة العمومية يتضمن بداية كافة المعلومات والمعطيات المتعلقة بالمال محل الكراء، وكما أشرنا سابقا فإن المال القابل للكراء إما عقار أو منقول، على أن غالبية الأموال الوقفية المعدة للكراء هي عبارة عن عقارات بمختلف أنواعها، وهكذا فإن المعلومات التي نعتقد بضرورة توفرها في هذه البطاقة هي كالآتي:

- تعيين العقار الموقوف، وموقعه وحدوده ومساحته.
- ذكر مشتملات العقار.

1 - قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 365.13 صادر في 27 جمادى الأولى 1434 الموافق ل 8 أبريل 2013 بتطبيق المادة 61 من الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6161، بتاريخ 17 يونيو 2013، ص: 4642.

2 - تنص المادة 43 من القرار رقم 362.13 بشأن تطبيق المادة 65 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " يسد إلى ناظر الأوقاف الذي توجد الأموال الموقوفة محل الكراء أو البيع بدائرة نفوذه بتنفيذ أحكام المواد 4 و5 و6 و13 و13...".

3 - ذلك أن القرار المذكور وحسب المادة 2 منه تطبق أحكامه على كل من: " الأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما أو مشتركا - البيوعات الخاصة بمنتوجات الأشجار والغلل ومواد المقالع العائدة للوقف العام أو المشترك ".

- بيان تخصيص العقار، بحيث ما إذا كان محلا سكنيا، أو مهنيا أو تجاريا أم مختلطا.
- بيان الحالة المادية للعقار بحيث ما إذا كان في حالة جيدة أو متوسطة.
- وغيرها من المعطيات....
- مشروع عقد الكراء: أي وضع نموذج لمشروع عقد الكراء بكافة بنوده وشروطه، والتي تشكل في محتواها الاتفاق الذي سيجمع إدارة الأوقاف كجهة مكربة والغير كجهة مكترية طيلة مدة الكراء، فإذا استثنينا المعلومات المتعلقة بالعقار ومدة الكراء وكيفية تجديده، فإن أهم المعطيات التي يتم تضمينها في عقود الكراء الوقفي، تكون عبارة عن مجموعة من الالتزامات المفروضة على عاتق المكترى، والذي يتوجب عليه التقيد بها.
- الإعلان عن إجراء السمسرة: يتضمن ملف السمسرة بالإضافة لبطاقة البيانات، ومشروع عقد الكراء، إعلانا مكتوبا عن إجراء عملية السمسرة، وقد نصت المادة 5 من نفس القرار الصادر بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على محتويات هذا الإعلان في الآتي:

- المال محل السمسرة (بحيث ما إذا كان عقار أو منقول، وإذا كان عقارا هل هو فلاحي أم غير فلاحي)، وموضوعها (هل يتعلق بكراء أو بيع).
- معلومات عن المال محل السمسرة (وهي تلك المتعلقة بالموقع والمشتمات والحالة المادية).
- قيمة الصوائر (ويقصد بها صوائر السمسرة، فرغم أن السمسرة لم تتم بعد فإننا نعتقد بأنه يتم الإشارة في الإعلان إلى أن قيمة السمسرة تحدد في 5 بالمائة من السومة الكرائية التي سترسو عليها السمسرة).<sup>1</sup>
- مبلغ ضمان الوفاء بالالتزام بنتيجة السمسرة (نفس الشيء يطبق على مبلغ الضمان فرغم أن عملية السمسرة لم تتم بعد، إلا أنه يتم الإشارة في الإعلان إلى كيفية تحديد مبلغ الضمان والذي يساوي المبلغ الذي رسا عليه السمسرة<sup>2</sup>، وكذلك يتعين الإشارة إلى طريقة الأداء بحيث يمكن أن تؤدي نقدا أو بواسطة شيك معتمد لقاء وصل).<sup>3</sup>

1 - تنص المادة 41 من القرار رقم 365.13 بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " تحدد صوائر السمسرة والاتفاق المباشر في نسبة خمسة بالمائة من السومة الكرائية أو ثمن البيع...".

2 - تنص الفقرة الثانية من المادة 41 من القرار المذكور أعلاه على انه مبلغ ضمان الوفاء بالالتزام بنتيجة السمسرة يحدد في " ..مبلغ مساو للمبلغ الذي رست عليه...".

3 - تنص المادة 47 من القرار رقم 365.13 بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " يؤدي المبلغ المنصوص عليه في المادة 41 أعلاه نقدا أو بواسطة شيك معتمد لقاء وصل، يترتب عن عدم أداء هذا المبلغ عدم السماح بالمشاركة في السمسرة في حالة إعادتها".

- مكان وتاريخ إجراء السمسرة وساعة انطلاقها.

- دعوة العموم للمشاركة فيها.

2 - إشهار السمسرة:

يقصد بإشهار عملية السمسرة تبليغ نية إدارة الأعباس بخصوص كراء العقار الموقوف إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص<sup>1</sup>، ويتم إشهار عملية السمسرة عن طريق إشهار الإعلان عن إجراء السمسرة بكل ما يحتوي عليه ذلك الإعلان من معلومات ومعطيات منها ما يتعلق بالمحل المعروض للكراء، ومنها ما يتعلق بظروف التعاقد وغير ذلك، ومن ثم فإن عملية الإشهاراته تحظى بأهمية قصوى، إن على المستوى الاقتصادي أو القانوني.

فعلى المستوى الاقتصادي تساهم عملية الإشهار في ضمان حضور أكبر عدد ممكن من الأشخاص الراغبين في كراء المحل الوقفي، بما يستتبعه من منافسة إيجابية تنتج عنها سومة كرائية مهمة، تؤدي إلى الرفع من مردودية الاستثمارات الوقفية.

أما على المستوى القانوني فإن آلية الإشهار تعبر عن نضح في الفكر التشريعي الحمائي، بحيث أن مدونة الأوقاف حاولت مسايرة المستجدات التشريعية فيما يخص حماية المستهلك، فباعتبار أن عقد الكراء الوقفي ينعقد بين طرف ضعيف يتمثل في المكثري<sup>2</sup>، وطرف قوي يتمثل في إدارة الأوقاف، بما تتوفر عليه هذه الأخيرة من قوة ونفوذ، مكنها في التحكم في ظروف التعاقد وإدراج ما شاءت من شروط وضعتها مسبقا وبدون حرية مناقشتها.

وبذلك تكون إرادة هذا المكثري (المستهلك) في حاجة إلى حمايتها على مستوى تنويرها وتبصيرها، هذا التنوير والتبصير الذي يتم عن طريق تزويد المكثري بالمعلومات الوافية عن خصائص الشيء المتعاقد عليه وعن ظروف التعاقد وغير ذلك من الأمور.

---

1 - عيد الرزاق حباني، " الحماية القانونية للعقارات المحبسة - دراسة في الوسائل وفي الآثار - " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 2005 - 2006، ص: 211.

2 - المستهلك بصفة عامة، هو ذلك الشخص الذي يتصرف من أجل تحقيق أهداف ذاتية وخاصة في أغلب الأحيان، أورده:

- مهدي منير، " المظاهر القانونية لحماية المستهلك " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية: 2004 - 2005، ص: 56.

وعليه، فإن أول التزام يقع على إدارة الأوقاف، خاصة في مرحلة الدعوة إلى التعاقد هو الالتزام بالإعلام، لأنه مجرد توصل المكثري (المستهلك) إلى معرفة الشيء الذي ينوي التعاقد عليها وكل ما يرتبط به من حيثيات وشروط وما ينتج عنه من التزامات، فإنه يملك القدرة على ممارسة حريته كاملة في القيام أو عدم القيام بعملية الكراء (الاستهلاك).<sup>1</sup>

والتزاما من المشرع بإعلام عموم المستهلكين، فقد أكد على ضرورة الإعلان عن مواعيد وشروط السمسة قبل إجرائها بمدة كافية لا تقل عن خمسة عشرة يوما<sup>2</sup>، سواء تعلق الأمر بالكراء الفلاحي أو غير الفلاحي.

هذا بالنسبة لموعد الإعلان، أما بالنسبة لعملية إشهار السمسة فقد نصت المادة 6 من القرار رقم 365.13 بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على أنه " يشهر الإعلان عن إجراء السمسة بجميع وسائل الإشهار المناسبة ولا سيما عن طريق تعليقه بمقر النظارة المعنية ".

وانطلاقا من المادة أعلاه، فإن المشرع ترك الباب مفتوحا أمام إدارة الأوقاف قصد اختيار الوسيلة التي تراها مناسبة للقيام بعملية الإشهار، والتي تتماشى وطبيعة المنطقة التي يتواجد المحل المعروض للكراء فيها، وكذلك طبيعة الجمهور المخاطب من خلال الإعلان.

وبالرجوع إلى الضوابط الحبسية التي كان معمولا بها قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ، فإن عملية الإشهار كانت تتم حسب البند الرابع من الباب الثاني من ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية، ومن ثم فإنه وأمام سكوت مدونة الأوقاف عن تحديد صيغ معينة، فإن طرق الإشهار عمليا يمكن أن تستمر كما كان الحال عليه مع إضافة طرق أخرى مستجدة، وعلى العموم فإن أهم طرق الإشهار يمكن تلخيصها على الشكل الآتي:

- النشر في الجريدة الرسمية: وهو ما كان معمولا به في ظل ظهير 21 يوليوز 1913، ولا مانع يمنع من استمرار العمل به، حيث وحسب هذه الطريقة يتم نشر تقرير حول تاريخ إجراء السمسة والتمن الافتتاحي للمزايدة والساعة التي ستقع فيها في الجريدة الرسمية على يد إدارة الأوقاف.

1 - رضوان الطربيق، مرجع سابق، ص: 73.

2 - وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة للمادة 7 من القرار رقم 365.13 بحيث جاء فيه: " تجرى السمسة بعد خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ الإعلان عنه " وهكذا وبمفهوم المخالفة فغن الإعلان عن السمسة يجب أن يتم قبل 15 يوما على الأقل من إجراء السمسة.

ويؤخذ على هذه الطريقة في الإشهار أنها لا تحقق إلا نتائج نسبية لأنها أصبحت وسيلة شكلية وقانونية أكثر منها إعلامية وذلك للأسباب التالية:<sup>1</sup>

- جهل أغلبية أفراد المجتمع بوجود الجريدة الرسمية.
- الأمية المتفشية في المجتمع.
- النشر في الجرائد اليومية.

يمكن لإدارة الأوقاف أن تقوم بنشر الإعلان عن السمسرة العمومية في بعض الجرائد اليومية. وتعتبر هذه الطريقة مهمة جدا، ذلك أن هذه الجرائد تصدر يوميا وأنها تخاطب شريحة واسعة من المجتمع خاصة في المدن، مما يجعل من الإشهار يكون على نطاق واسع مقارنة مع الجريدة الرسمية التي يجهل أغلب المواطنين بوجودها.<sup>2</sup>

- تعليق نسخ من الإعلان.

يمكن إشهار عملية السمسرة العمومية عن طريق تعليق نسخ من الإعلان في الأماكن العمومية، لا سيما التعليق في مقر النظارة المعنية<sup>3</sup>، ويمكن التعليق في المحل المعروض للكراء نفسه سواء كان منزلا أو دكانا أو قطعة أرضية.

- الإشهار عن طريق البراح.

البراح هو الشخص الذي يقوم بإعلام الناس بحدوث واقعة ما ومكانها وتاريخها، وهذه الطريقة هي المعروفة في الفقه الإسلامي وعند العوام بالدلالة.<sup>4</sup>

وفي مجال عقد الكراء الوقي يكلف البراح بالمناداة في سوق البلد مكان وجود العقار، ويقوم بهذه العملية مرتين على أن تفصل بينهما مدة ثمانية أيام.

وقد ذهب بعض الباحثين<sup>5</sup> إلى وصف هذه الوسيلة بأنها تقليدية ومتجاوزة، لكن وفي مقابل ذلك ورغم أن هذه الوسيلة تبقى تقليدية إلى أنها عمليا تعتبر مفيدة جدا خاصة في العالم القروي، فبسبب مجموعة من العوامل المتداخلة منها ما يتعلق بوعورة الطرق،

1 - عبد الرزاق حباني، مرجع سابق، ص: 214.

2 - رضوان الطرييق، مرجع سابق، ص: 75.

3 - وهو ما نصت عليه المادة 6 من القرار الصادر بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف والتي جاء فيها ما يلي: " يشهر الإعلان عن إجراء السمسرة بجميع وسائل الإشهار ولا سيما عن طريق تعليقه بمقر النظار المعنية ".

4 - زكرياء سويدي، " الكراء الحبسي في التشريع المغربي بين امتيازات الأوقاف وحقوق المكثري " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وحدة قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية واقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية: 2006 - 2007، ص: 61.

5 - عبد الرزاق حباني، مرجع سابق، ص: 214.

ومنها ما يتعلق بالأمية، كلها عوامل تجعل من البراح أفضل وسيلة إشهار في العالم القروي، خاصة أن هذه الطريقة تتم أثناء الأسواق الأسبوعية وما تعرفها هاته الأخيرة من تجمهر وتجمع للناس، مما ينتج عنه علم الجميع بإجراء السمسرة العمومية<sup>1</sup>.

- الإشهار عن طريق شبكة الانترنت

تماشياً مع مستجدات العصر الحديث، فإن مجال الانترنت أصبح يشكل نافذة حول العالم، يمكنها أن تساهم في الإشهار بعملية السمسرة العمومية في وقت سريع وفي نطاق شاسع وواسع، بحيث يمكن لإدارة الأوقاف أن تخصص نافذة من الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وتجعلها خاصة بالإعلانات المتعلقة بالسمسرات العمومية، وأن تعتمد في تصنيفها لهذه الإعلانات على معيار المنطقة أو المدينة، فيمكن لكل شخص أن يختار المدينة التي يريد، وأن يطلع على المحلات المعروضة للسمسرة العمومية وكافة المعلومات المتعلقة بها.

وحتى لا يقع إرهاق الإدارة المركزية في القيام بهذه الإعلانات يمكن أن تقوم بإعطاء حق الولوج إلى إدارة الموقع الرسمي للوزارة، لكل نظارة الأوقاف بحيث يكون لهذه الأخيرة وضع إعلاناتها بنفسها.

3- إجراء السمسرة.

على خلاف القواعد العامة في عملية الكراء التي تقضي بأن يتم الكراء بتراضي الطرفين على الشيء المكروى وعلى الأجرة طبقاً للفصل 628 من قانون الالتزامات والعقود، يستفاد من خلال المادة 82 من مدونة الأوقاف، أن كراء العقارات الوقفية لا يمكن أن يتم إلا بعد إجراء سمسرة عمومية، وهذا أمر طبيعي لأن الإنسان لا يمكن أن يتراضى إلا على ما يملك، وما دام الناظر الذي يعقد الكراء باسم الأوقاف ليس له على هذه الأوقاف إلا حق الإدارة والإشراف، فإن إدارته لا يمكن أن تكون لها سلطة الفصل في هذا الأمر مخافة أن يبرم على الأوقاف ما فيه غبن لها، ففي ذلك ضمانة كبيرة للأوقاف، وقد ناقش بعض الفقهاء الكراء على المزايدة فأروا أنه ليس عقد بات، وإنما هو عقد خيار يثبت لمن زاد أكثر ما لم يترجح جانب غيره بوجه آخر، وفائدة هذا التمييز تظهر في أن عقد الكراء البات لا ينقض ولو جاء من يبذل أكثر مما يبذل إلا إذا كان الغبن واضحاً بيناً<sup>2</sup>.

1- رضوان الطريقي، مرجع سابق، ص: 76.

2- عبد الرزاق اصبيحي، "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب" منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط 2009، ص 225 و226.



ويعتبر شرط إجراء السمسرة شرط لازم لصحة عقد الكراء، هذه السمسرة هي التي تعتمد أساسا في تعيين المكثري وتحديد الوجيبة الكرائية والتزامات الطرفين، وبذلك فإن إبرام عقد الكراء الحبسي لا يتم بمجرد تراضي الطرفين على الشيء المكثري والأجرة طبقا لما ينص عليه الفصل 628 من ق.ل.ع<sup>1</sup>، وإنما يشترط لإبرامه فضلا عن حصول هذا التراضي، إجراء سمسرة عمومية.

وقد سعى المشرع من وراء إخضاع جميع الأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما لإجراءات السمسرة إلى تحقيق هدفين رئيسيين:

- أولهما: ضمان المنافسة الحرة والشريفة والمساواة بين المتنافسين من جهة.
  - ثانيهما: الالتزام بقواعد الشفافية والإشهار المسبق من جهة أخرى.<sup>2</sup>
- لكن ورغم أن المادة 61 من المدونة أقرت في فقرتها الأولى قاعدة إجبارية سلوك مسطرة السمسرة بالنسبة للأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما كشرط من شروط إبرام عقد الكراء الحبسي، إلا أنها أوردت استثناء على هذه القاعدة في فقرتها الثانية عندما أجازت للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف وبموجب مقرر معلل بإجراء هذه الأكرية عن طريق الاتفاق المباشر، وذلك في حالة معينة وهي تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض أو القيام بأحدهما لمرتين متتاليتين دون أن يسفر ذلك عن أية نتيجة.<sup>3</sup>

أما بخصوص طريقة إجراء وتنظيم السمسرة وماهية الإجراءات الواجب إتباعها في مختلف مراحل هذه السمسرة من البداية إلى النهاية، فلا يسعنا إلا أن نقول أن المشرع قد ترك أمر تنظيم جميع هذه المسائل الإجرائية الهامة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وذلك بمقتضى نص تنظيمي، بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف، الذي حدد إجراءات السمسرة وكيفية تنظيمها بالنسبة للأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما،

---

1- الفصل 628 من ق.ل.ع ينص على ما يلي: " يتم الكراء بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد".

2- المادة 61 من مدونة الأوقاف.

3- إكرام الهواري، " أسس تدبير ممتلكات الوقف العام - الكراء والمعوضة نموذجا - " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية: 2013 - 2012، ص: 41.

سواء من حيث تشكيل لجنة السمسرة أو نوع البيانات الواجب تضمينها في مطلب الكراء الموجه من الغير إلى ناظر الأوقاف .

وعموما، تتم إجراءات السمسرة العمومية حسب المادة 9 من القرار رقم 365.13 في المكان والتاريخ والساعة المحددين في الإعلان، ومن تم فعند حلول تاريخ السمسرة يتوجب على كل شخص راغب في المشاركة أن يحضر في الساعة المحددة لذلك إلى مكان إجرائها والذي غالبا ما يكون مقر النظارة أو موقع العقار نفسه.

وتفتح عملية السمسرة من طرف لجنة السمسرة<sup>1</sup> بالتذكير بمحلها وموضوعها وثمان افتتاحها الذي يكون محدد مسبقا من طرف اللجنة، وكذا شروط المشاركة فيها وبكافة المعلومات والبيانات سواء المنصوص عليها في مدونة الأوقاف أو غيرها من البيانات التي ترى اللجنة فائدة منها.<sup>2</sup>

وتختم السمسرة من لدن رئيس اللجنة بالإعلان عن رسوها على المزايد الذي قدم آخر أعلى عرض، فيكون على هذا الأخير أن يؤدي مبلغ ضمان الوفاء بالالتزام بنتيجة السمسرة، وصوائرها وكذا الوجيبة الكرائية<sup>3</sup>، وقد حددت المادة 41 من القرار التنظيمي رقم 365.13 صوائر السمسرة في نسبة 5% من السومة الكرائية، أما مبلغ الضمان فيحدد في مبلغ مساو للمبلغ الذي رست عليه، ويمكن للمزايد الذي رسا عليه المزاى حسب المادة 42 من نفس القرار المذكور أن يؤدي مبلغ الضمان والصوائر إما نقدا أو بواسطة شيك معتمد لقاء وصل.

1 - نصت المادة 8 من القرار 365.13 بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على لجنة السمسرة، فهذه اللجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ناظر الأوقاف الذي يوجد بدائرة نفوذه المال محل السمسرة أو من ينوب عنه رئيسا.

- موظف واحد على الأقل بالنظارة يعينه الناظر.

- رئيس مصلحة تسيير الأملاك الوقفية بالنظارة أو من ينوب عنه.

- ممثل عن الإدارة المركزية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عند الاقتضاء.

2 - تنص المادة 9 من القرار 365.13 بشأن تطبيق المادة 61 من مدونة الأوقاف على انه: " تتم السمسرة في المكان والتاريخ والساعة المحددين في الإعلان المنصوص عليه في المادة 15 أعلاه، وتفتح بالتذكير بمحلها وموضوعها وثمان افتتاحها وشروط المشاركة فيها وبالإحكام المتعلقة بها المنصوص عليها في مدونة الأوقاف، وغيرها من البيانات التي ترى اللجنة فائدة فيها ."

3 - وهو ما تنص عليه المادة 81 من مدونة الأوقاف بحيث جاء فيها: " يؤدي المكترري فور رسو المزاى عليه مبلغ ضمان وصوائر السمسرة والوجيبة الكرائية ."

وعند أداء مبلغ الضمان وصوائر السمسرة، تقوم اللجنة بإنجاز محضر مفصل يتضمن ما يلي:

- موضوع السمسرة.
  - البيانات المحددة للمال محل للسمسرة.
  - الثمن الافتتاحي للسمسرة والثمن الذي رسا به المزداد.
  - البيانات المحددة لهوية الشخص الذي رست عليه السمسرة.
  - ملخص الوقائع وظروف إجراء السمسرة.
- وعند الانتهاء من إعداد المحضر يوقعه كل من رئيس وأعضاء اللجنة والشخص الذي رست عليه المزايدة.

على العموم، وبعد مصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة، تصبح محاضر السمسرة وثائق رسمية في دلالتها على انعقاد العقد وعلى حقيقة مضمونه ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور.

ويرى بعض الفقه<sup>1</sup> في هذه الصبغة الرسمية التي أضفهاها المشرع على محاضر إجراء السمسرة بأنها " تغني عن التفكير في كتابة عقد الكراء ".

لكن وإن كان الأمر كذلك، لماذا علق المشرع حصول التسليم على توقيع المكثري على عقد الكراء؟ وهل يعتبر محضر إجراء المزايدة بمثابة عقد كراء؟ أم أنه يبقى مجرد حجة رسمية على صحة الوقائع المضمنة بها إلى حين إبرام العقد؟

نعتقد بأن المشرع المغربي عندما أضفى صبغة الرسمية على محاضر إجراء السمسرة، كانت غايته جعل هذه المحاضر حجة قوية وقاطعة على صحة الوقائع المضمنة بها إلى حين إبرام العقد، وحجتنا على ذلك مسألتين:

المسألة الأولى: تتمثل في كون المشرع علق إمكانية تسلم المكثري للعين المكتراة على توقيعه للعقد، والعقد المقصود هنا هو محضر إنجاز السمسرة بطبيعة الحال، لأن هذا المحضر قد سبق ووقع عليه المكثري، قبل حتى ما تصدر موافقة إدارة الأوقاف.

أما المسألة الثانية: تتمثل في أن المشرع جعل من أهم مكونات ملف السمسرة هو مشروع عقد الكراء.

---

1 - محمد شيليج، " تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية " تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية " مساهمة ضمن أشغال ندوة الأملاك الحيسية، نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 11-10 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص: 44.

وهكذا، من خلال ما سبق يتبين أن السمسرة تحتوي على كم هائل من الإيجابيات والامتيازات لفائدة إدارة الأوقاف، وإذا كانت لمسطرة السمسرة العمومية كل هذه الإيجابيات، فإن الفضول العلمي يدفعني للتساؤل عن نجاعة هاته المسطرة التي يخضع لها كراء الأموال الوقفية؟ وما إذا كانت كفيلة بمسايرة التطور الذي تعرفه العلاقات الكرائية في باقي الأنظمة العقارية التي تعرفها بلادنا؟

إذا قمنا بحفريات في مضمون السمسرة العمومية وجدناها حصنا منيعا وصلبا، أوجده المشرع حماية للأموال الوقفية، من كافة أنواع التحايل التي من المحتمل حدوثها سواء من طرف النظار أصحاب النية السيئة أو المكترين، وذلك عن طريق مجموعة من الامتيازات انطلاقا من افتتاح هاته المسطرة وإلى ختامها، لذا ون هذا المنطلق أمكننا القول بأنه يتعين تعميم هذه المسطرة على جميع عمليات الكراء وعدم استثناء أي معاملة منها.

وهو ما تفتن له المشرع المغربي بحيث نص في الفقرة الثالثة من المادة 61 من مدونة الأوقاف على أن جميع المعاوضات والأكرية المتعلقة بالعقارات الوقفية المخصصة لاحتضان منشآت وتجهيزات عمومية، يمكن إجراؤها عن طريق الاتفاق المباشر.

#### ثانيا: أنواع الأكرية الوقفية ومددها.

قبل صدور مدونة الأوقاف فقد كانت أنواع الكراء الوقفي تتلخص في الكراء القصير الأمد والذي ينظمه ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية في الباب الأول منه تحت عنوان "في الأكرية المعتادة"، وقد كانت مدته محددة في عامين إذا تعلق الأمر "بالرباع"، وهي العقارات المبنية كالحوانيت والفنادق والأهرية والحمامات والديار، وفي عام واحد إذا تعلق الأمر بكراء الأراضي الخالية من البناء لغرض فلاحي، إضافة إلى الكراء للأمد المتوسط، وكان ينظمه ظهير 22 ماي 1917 بشأن أكرية عقارات الحبس، والذي كان يحدد مدته في ثلاثة سنوات أو تسعة أعوام، وقد كان هذا النوع من الكراء يشمل العقارات المبنية والأراضي الفلاحية على حد سواء<sup>1</sup>، أما النوع الثالث والأخير وهو الكراء للأمد البعيد، وكان ينظمه ظهير 21 يوليوز 1913 في الباب الثاني منه تحت عنوان "الأكرية لأمد طويل"، وكان يقتصر فقط على الأراضي غير المبنية، والعقارات

1- القرار رقم 2707 المؤرخ في 2007/07/25، ملف مدني عدد 2006/1/1/3378. منشور في سلسلة "دليل العمل القضائي" مرجع سابق ص:37.

- ندوة التجارب الوقفية لدول المغرب العربي، الرباط، 30 رجب 1 و2 و3 شعبان 1420 هـ الموافق لـ 9 و10 و11 نونبر 1999م، 1422 هـ-2001م، ص: 163 و164.

المخرية دون سواها من الأموال الوقفية. كما أن مدته كانت محددة في عشر سنوات، مع إمكانية تجديده مرتين ولنفس المدة.<sup>1</sup>

أما في ظل ما استجد في مدونة الأوقاف الحالية، فقد ميزت الكراءات الحبسية في تصنيفها من خلال ما إذا كانت فلاحية أو غير فلاحية، أي على أساس نوع استعمال المال الوقفي وليس على أساس مدة الكراء كما كان عليه الحال في ظل النصوص القانونية السابقة.

- بالنسبة لكراء الأموال الوقفية غير الفلاحية:

نجد أن المشرع نظمته بأحكام خاصة وردت في المواد من 94 إلى 97 من المدونة، فقد نصت المادة 94 من المدونة على أنه: "تكرى الأملاك الوقفية غير الفلاحية لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، غير أنه يمكن تجديد هذه المدة بطلب من المكثري قبل انتهائها بمدة ثلاثة أشهر شريطة موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرة في المائة من هذه السومة عند كل تجديد".

- أما بالنسبة لكراء الأموال الوقفية الفلاحية:

فقد أفردت له مدونة الأوقاف أحكاما خاصة في المواد من 98 إلى 102 منها، إذ تنص المادة 98 من المدونة أنه: "تكرى الأملاك الوقفية الفلاحية لمدة لا تزيد عن ست سنوات<sup>2</sup>، غير أنه يمكن تجديد هذه المدة لمرتين بطلب من المكثري قبل انتهائها بستة أشهر على الأقل شريطة موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرين في المائة من هذه السومة عند كل تجديد".

وإذا ما أردنا إعمال مقارنة سريعة بين هذين النوعين من الكراء اللذين خصصت لهما المدونة أحكاما خاصة، أمكن لنا الخروج بالملاحظات التالية:

1- فاطمة بنشلال، " الأملاك الحبسية بين صلاية القانون وحركية الاقتصاد "رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة العقار والعقود، جامعة محمد الأول، وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية: 2008-2009، ص: 101 إلى 104.

2 - بعدما كانت المدة طبقا لهذه المادة لا تزيد عن ست سنوات، وذلك بمقتضى التعديل الذي عرفته بعض نصوص مدونة الأوقاف بموجب الظهير الشريف رقم 1.19.46 الصادر في 23 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6459 الصادر في 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) ص: 1377.

أ- بخصوص مدة الكراء:

تختلف مدة الكراء بحسب نوعه، فهي ثلاث سنوات في الكراء غير الفلاحي وست سنوات في الكراء الفلاحي، ويعود سبب هذا الاختلاف إلى أن أغلب المشاريع الاستثمارية التي يقيمها مكثرو الأموال الوقفية تتعلق بالأراضي الفلاحية ما دام أنه لا يمكن تأسيس أصول تجارية على المحلات الوقفية التجارية ولا الاستثمار في المحلات السكنية، ومن ثم تحتاج المشاريع الاستثمارية الفلاحية إلى وقت كاف لتؤتي النتائج المرجوة منها وتدر الريح المأمول فيها<sup>1</sup>، لذلك يكون من الطبيعي أن تصل مدة الكراء الفلاحي إلى عشر سنوات متجاوزة مدة الكراء غير الفلاحي المحدد في ثلاث سنوات.

ب- على مستوى عدد مرات تجديد الكراء المسموح بها قانونا:

نجد أنه بينما يسمح المشرع بتجديد مدة عقد الكراء الفلاحي لمرتين فقط، يجيز في المقابل تجديد مدة عقد الكراء غير الفلاحي لأكثر من مرتين ودون تقييد لعدد مرات التجديد. وعلة ذلك أن المشرع حرص على ضمان نوع من الاستقرار لمكتري المحلات الحسبية غير الفلاحية من شقق ومحلات تجارية وصناعية وحرفية دون التفریط بحقوق إدارة الأوقاف في استيفاء سومة كرائية معقولة لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تقل عن كراء المثل وفقا لما تقتضيه المادة 80 من المدونة.

في مقابل ذلك، تم تمكين إدارة الأوقاف من حق استرجاع الأراضي الفلاحية بعد مدة زمنية من كرائها، إما لعرضها من جديد على السمسرة أو طلب العروض أو تركها لمدة معينة لأجل استراحة تحفظها من الاستنزاف انسجاما مع ما تقتضيه الأعراف الفلاحية<sup>2</sup>، خاصة وأن مدة كل كراء فلاحي يمكن أن تستمر لمدة ثمانية عشر سنة في حدها الأقصى.

ج- بخصوص نسبة الزيادة في السومة الكرائية مقابل تجديد الكراء:

في هذا الإطار، نلاحظ أن مدونة الأوقاف قد حددت نسبة الزيادة في السومة الكرائية عند كل تجديد لكراء غير فلاحي في عشرة في المائة على الأقل (المادة 94 من مدونة الأوقاف)، في حين حددت هذه النسبة في الكراء الفلاحي في عشرين في المائة على الأقل

1- عبد الرزاق اصبيحي، "مراجعة السومة الكرائية وفق أحكام مدونة الأوقاف"- النظام القانوني للسومة الكرائية. منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الأعداد الخاصة" العدد الثالث، أكتوبر 2011، ص: 187.

2- عبد الرزاق اصبيحي، نفس المرجع، ص: 187.

(المادة 98 من مدونة الأوقاف)، ولعل السبب في ارتفاع نسبة الزيادة في السومة الكرائية هي الكراء الفلاحي مقارنة مع الكراء غير الفلاحي يرجع بالأساس إلى طول مدة الكراء الفلاحي والتي تصل إلى ست سنوات بخلاف مدة الكراء غير الفلاحي والتي لا تتجاوز الثلاث سنوات.

ومن تم فإن إدارة الأوقاف تحقق من خلال تجديد عقد كراء الأملاك الحبسية - فلاحية كانت أو غير فلاحية- الغاية المتوخاة من إجراء السمسرة أو طلب العروض، ألا وهي مراجعة السومة الكرائية في اتجاه الزيادة فيها بطبيعة الحال. كما وأن تجديد عقد الكراء الحبسي يوفر على إدارة الأوقاف الكثير من الجهد والوقت والمصاريف، ويحقق للمكثري الاستقرار ويوفر عليه عناء البحث عن محل بديل يرضي حاجاته.<sup>1</sup>

### المحور الثاني: حماية استثمار الأموال الوقفية عند كرائها.

من الطرق الشائعة لاستغلال الأموال الوقفية نجد عقود الكراء الذي يعد من أهم الأساليب الناجعة التي تحقق نفعاً اقتصادياً لإدارة الأوقاف والتي تضمن نجاحه في تحقيق الأهداف النبيلة المتوخاة منه، والتي غالباً ما تلجأ إليه إدارة الأوقاف بغية استغلال عقاراتها والانتفاع بمداخلها، الشيء الذي دفع بالمشرع إلى وضع نصوص قانونية لتنظيمه، توج بإصدار مدونة الأوقاف هادفاً من وراء ذلك حماية الأملاك الوقفية من الإهمال والاندثار. ولعل هذا الاهتمام التشريعي لعقود كراء العقارات الحبسية يبين وضوح مكانته ودوره البارز كأحد التصرفات الأساسية لاستثمار الأملاك الحبسية وتمتية مواردها المالية. غير أن المكثري قد لا يعرف أهمية وحرمة الوقف، أو قد يتماطل في الأداء، أو يقوم بتوليته العقار المكثري له أو التخلي عنه للغير... الخ، الأمر الذي يستدعي تدخل جهاز القضاء

1- عبد الرزاق اصبيحي، "مراجعة السومة الكرائية وفق أحكام مدونة الأوقاف"- النظام القانوني للسومة الكرائية " مرجع سابق، ص: 188.

- القرار عدد 580 مؤرخ في 2004/04/28- ملف مدني رقم 4/03-1143 أورده زكرياء العمري، مساهمة ضمن أشغال ندوة "النظام القانوني للأملاك الوقفية دراسات وأبحاث في ضوء المدونة الجديدة للأوقاف" مرجع سابق، ص: 204 و205.

- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 08/02/13 ملف رقم 07/3/906، منشور في سلسلة "دليل العمل القضائي" مرجع سابق، ص: 49 و50.

لتكريس تلك الحماية التي توخاها المشرع المغربي للأموال الحبسية حتى لا تهدر حقوق ومصالح الجهات المحبس عليها.<sup>1</sup>

تأسيسا على ما سبق، يمكن التساؤل عن مظاهر الحماية التي كرسها المشرع المغربي لاستثمار الأموال الوقفية العامة عند كرائها، من خلال الاقتصار لمظهرين فقط، ويتعلق الأمر بعدم أداء الوجيبة الكرائية من طرف المكتري (أولا)، ومسؤولية المكتري أثناء توليته أو تخليه عن العقار المكري له (ثانيا).

### أولا: التزام المكتري بأداء الوجيبة الكرائية:

تعتبر الأجرة ركنا جوهريا في عقد الكراء، وقد اعتبرها المشرع المغربي أولى الالتزامات الأساسية التي يتحملها المكتري<sup>2</sup> مقابل انتفاعه بالعين المكتراة. وهي بمثابة الثمن في التزام المشتري في عقد البيع، حيث يلتزم طبقا للفصل 667 من قانون الالتزامات والعقود بأدائها كاملة ولو لم ينتفع بالعين المكتراة، طالما أن المكري قد وضعها تحت تصرفه خلال الوقت وبالكيفية المحددة بمقتضى العرف أو القانون.<sup>3</sup>

وفي هذا الإطار فإن القواعد الخاصة المنظمة للكراء الحبسي سارت في نفس المنحى الذي نصت عليه القواعد العامة، حيث أن المكتري للعين الموقوفة ملزم حسب المادة 81 من مدونة الأوقاف بأداء الوجيبة الكرائية بالإضافة إلى مبلغ الضمان وصوائر السمسرة بمجرد رسو السمسرة عليه ولو حتى قبل مصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة<sup>4</sup>، خلافا لعقد الكراء العادي الذي يتم التحديد فيه بتراضي الطرفين<sup>5</sup> وفق مقتضيات المادة الثانية من القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري للمحلات

1 - حسن بوخرصي، " المستجدات التشريعية في المادة العقارية " مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، فبراير 2013، ص: 188.

2 - حسين بوخرصي، نفس المرجع، ص: 188.

3 - رضوان الطربيق، مرجع سابق، ص: 104.

4 - تنص المادة 81 من مدونة الأوقاف على انه: " يؤدي المكتري فور رسو المزاد عليه مبلغ ضمان وصوائر السمسرة والوجيبة الكرائية ".

5 - المعزوز البكاي، " خصوصيات عقد الكراء الحبسي " مساهمة ضمن أشغال ندوة " الأملاك الحبسية " المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير 2006، المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص: 464.



المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني التي جاء فيها: " تحدد بتراضي الأطراف، شروط وجيبة أكرية المحلات المشار إليها في المادة الأولى...".

وقد تعاملت مدونة الأوقاف بصرامة فيما يخص الإخلال بهذا الالتزام بحيث قررت من خلال المادة 95 على أنه: " إذا لم يؤد المكثري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ توصله بإنذار بالأداء اعتبر في حالة مماطل، وترتب عنه الحق في فسخ العقد مع التعويض".<sup>1</sup>

من هذا المنطلق يمكن القول بأن إخلال المكثري بأداء الوجيبة الكرائية يعتبر خرقا للقوة الملزمة للعقد وتعديا على الملكية العقارية للأوقاف، فالعقد المبرم بكيفية صحيحة يقوم مقام القانون إزاء طرفيه.<sup>2</sup>

ويستخلص من مقتضيات المادة 95 من مدونة الأوقاف أن المكثري - إدارة الأوقاف - ملزم بإثبات تماطل المكثري عن أداء الوجيبة الكرائية، وهذا الإثبات لا يتم إلا بتوجيه إنذار بالأداء، وهذا ما كرسته مجموعة من الاجتهادات القضائية أثناء نظرها في النزاعات الوقفية الناتجة عن عدم أداء الوجيبة الكرائية، وهكذا جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا<sup>3</sup> - " إذا لم يدفع المكثري للملك الحبسي كراء ثلاثة أشهر بعد إمهاله ثمانية أيام، فإن لإدارة الأحباس الحق في فسخ عقد كرائته...".

نفس الموقف عبرت عنه محاكم الموضوع، وفي هذا الإطار نورد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء<sup>4</sup> والذي جاء فيه: " وحيث إنه ليس ما يفيد الأداء رغم سبقية رفض المدعى عليه بالتوصل بالإنذار موضوع الدعوى، مما يكون معه متماطلا وتعين عليه الحكم عليه بالأداء والإفراغ والتعويض ".

1 - نفس المقتضى كان ينص عليه الشرط الخامس من ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بتحسين وضعية الأحباس العمومية التي جاء فيه:

" إن لم يدفع المكثري كراء ثلاثة أشهر بعد تأجيله ثمانية أيام فلإدارة الحق في فسخ كراء زيادة على محاكمته على التقاعس عن الدفع ".

2 - يراجع الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

3 - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 3555 بتاريخ 23/08/2011، ملف مدني عدد 2010/6/1/3572 (منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75، سنة 2012، ص: 58).

4 - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 3083 بتاريخ 03/07/2014، سملف رقم 14/22/2585 (غير منشور).

وهو ما أكدته أيضا المحكمة الابتدائية بوجدة<sup>1</sup> " وحيث إن تماطل المدعى عليه في أداء الواجبات الكرائية ثبت بمقتضى توصله بإنذار لأدائها داخل الأجل الممنوح له، وأن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية حددت التعويض المستحق في الأداء في مبلغ 300 درهم. الملاحظ أن المحكمة لا يمكنها أن تصرح بفسخ العقد إلا إذا ثبت لديها أن إدارة الأوقاف طالبت المكتري بالأداء وثبت توصله بالإنذار بالأداء فرفض، فإنها تقضي بفسخ عقد الكراء مع التعويض، دون أن تمنح المكتري أجلا جديدا لتسديد ما في ذمته، أي أنها تبقى مقيدة بمقتضيات المادة 95 من مدونة الأوقاف وذلك بتحقيق فقط مدى تماطل المكتري عن أداء الوجيبة الكرائية.

فالمشرع المغربي لم يلزم إدارة الأوقاف بسلوك طريقة معينة في توجيه الإنذار، مما يعني أنه يمكن لها أن توجه الإنذار عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط أو عن طريق المفوضين القضائيين... الخ.

وفي نظر أحد الباحثين<sup>2</sup> أن قصر مسألة التبليغ عن طريق المفوضين القضائيين تبقى أنجع وسيلة لتحقيق المبتغى، على اعتبار أن محاضر المفوضين القضائيين لم تعد تستعمل فقط كوسائل إثبات، بل أصبحت تستعمل بكثرة كوسائل دفاع لنفي ادعاءات الخصوم<sup>3</sup>، إذ بواسطتها يتفادى المكري العديد من المشاكل التي تترتب أحيانا على التبليغ بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، كرفض التسليم أو إهداء أن التبليغ قد تم لغير ذي صفة أو إهداء المكتري أن الغلاف البريدي كان خاليا من الإنذار.<sup>4</sup>

1 - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد 25555 في الملف رقم 09/2238 صادر بتاريخ 04/04/10 (غير منشور).  
2 - حسين بوخرصي، " المستجدات التشريعية في المادة العقارية «مرجع سابق، ص: 188.  
3 - ينظر:  
- يوسف وهابي، " حجية محاضر المحررين القضائيين أمام القضاء " مجلة الملف، العدد الثالث عشر، نونبر 2008، ص: 189.  
4 - لمزيد من التفصيل يراجع:  
- محمد الكشور، " الكراء المدني والكراء التجاري " قراءة في ظهير 24 ماي 1955 و25 دجنبر 1980، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، طبعة ثانية مزيده ومنقحة، طبعة 2007، ص: 97.  
- أحمد عاصم، " الحماية القانونية للكراء التجاري " دراسة نظرية تطبيقية للنصوص على ضوء قرارات المجلس الأعلى، الطبعة الثالثة، 1988، دار النشر المغربية بالدار البيضاء، ص: 50 - 51.

وهكذا فإنه في حالة عدم دفع أجرة الكراء، فإن للإدارة حق فسخ العقد مع إمكانية مطالبة المكثري بالتعويض للتماطل ولا يشفع له دفع الكراء بعد تقييد الدعوى<sup>1</sup>. كثيرا ما يثير المكثري بأن مدة الكراء المطالبة للوفاء بها قد طالها التقادم عملا بمقتضيات الفصل 391 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: " الحقوق الدورية والمعاشات وأكيرة الأراضي والمباني والفوائد وغيرها من الأداءات المماثلة، تتقادم في مواجهة أي شخص كان بخمس سنوات ابتداء من حلول كل قسط ". إلا أن المشرع المغربي نظرا للطبيعة الخاصة لديون الأوقاف التي يتم صرفها على بيوت الله أساسا أحاطها بالعديد من الضمانات، حيث إن الدفع بالتقادم الخماسي لا يرتكز على أساس قانوني سليم عملا بمقتضيات الفصل 378 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الثالثة الذي ينص على أنه: " لا محل للتقادم: بين ناقص الأهلية أو الحبس لغيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير ما دامت ولايتهم ولم يقدموا حساباتهم النهائية ".

والقضاء المغربي في أغلب أحكامه وقراراته له دور إيجابي في هذا الخصوص، حيث نجد حكم صادر عن ابتدائية فاس<sup>2</sup> يقضي بما يلي: " حيث يهدف الطالبان الأصلي والإضافي إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدة المدعية مبلغ 7832 درهم واجب كراء المدة الممتدة من أبريل 1998 إلى متم غشت 2005 بحساب 88 درهم في الشهر، إضافة إلى واجب كراء المدة الممتدة من شتنبر 2005 إلى متم فبراير 2006 وقدره 528 درهم مع النفاذ المعجل والصائر وتحديد مدة الإجبار في الأقصى.

وحيث أثار دفاع المدعى عليه، بالدفع بالتقادم على اعتبار أن تاريخ التوقف عن أداء الكراء هو شهر أبريل 1998 وتاريخ نهايته هو شهر غشت 2005.

وحيث ثبت للمحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف بأن العقار موضوع الدعوى تابع لوزارة الأوقاف، وهو بذلك يخضع للقوانين المنظمة للعقارات المحبسة، سيما وأن الأصل في العقارات التي تشرف على إدارتها وتمتلكها وزارة الأوقاف هي عقارات محبسة.

1 - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 441 صادر بتاريخ 1 يونيو 1959 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 26، مشار إليه من طرف:

- بوشعيب الناصيري، " استثمار العقارات الحبسية " مساهمة ضمن أشغال الندوة الجهوية الخامسة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، 26 و 27 أبريل 2007 ص: 96.

2 - حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 3955 صادر بتاريخ 2006/11/21 في الملف المدني رقم 2005/4029 (غير منشور).

وحيث من المعلوم قانونا استنادا إلى الفقرة الثالثة من الفصل 378 من قانون الالتزامات والعقود أنه: " لا محل لأي تقادم بخصوص الحبس.

وفي حكم آخر لنفس المحكمة<sup>1</sup> جاء فيه ما يلي: " حيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليها بما هو مضمن بوقائع الحكم أعلاه ".

وحيث أن كل ما أجاب به ودفع به نائب المدعى عليها لا يتركز على أي أساس من الواقع، لأنه لم يدل بأية حجة تفيد التراجع عن التزام المدعى عليها برفع السومة الكرائية إلى مبلغ 1000 درهم، كما أن المحل موضوع الكراء هو محل حبسي بإقرار الطرفين وبالتالي فإنه لا مجال لأي تقادم في شأنه حسب الفصل 378 من قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا فإن القضاء المغربي يسير في أغلب اتجاهاته إلى عدم قابلية ديون الأوقاف للتقادم، نظرا للطبيعة الخاصة للوقف، وما له من دور مهم في التنمية الاجتماعية ولاقتصادية والثقافية.<sup>2</sup>

وحسنا فعل المشرع المغربي حين نص بشكل صريح في المادة 55 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " تعتبر الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة ديونا ممتازة، لا تسقط بالتقادم، ويكون لاستيفائها حق الأولوية بعد أداء الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ونفقتها ونفقة الأولاد والأبوين وغيرهم ممن تجب عليه نفقته طبقا لأحكام مدونة الأسرة ".

هذا وينضاف إلى الالتزام بأداء الوجيبة الكرائية، التزام آخر يعتبر من التوابع التي يقع على المكترى واجب أدائها، ويتمثل أساسا في دفع جميع الضرائب التي تفرض على المحل المكترى، خاصة منها الضريبة على الخدمات الجماعية.

ومن خلال هذا الالتزام يستمر المشرع المغربي في التأكيد على موقفه الحمائي اتجاه الأموال الوقفية العامة، حيث إن المكترى في إطار الكراء تقع على عاتقه جميع الضرائب التي ترتبط بالاستفادة من الملك، بل إن الغريب في الأمر هو أنه يوضح الامتياز الذي منحه المشرع للأموال الوقفية.<sup>3</sup>

ثانيا: التزام المكترى بعدم توليته أو تخليه عن المحل المكترى له:

1 - حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 3694 صادر بتاريخ 2005/10/4 في الملف المدني عدد 5382/04 (غير منشور).

2 - حسين بوخرصي، " المستجدات التشريعية في المادة العقارية " مرجع سابق، ص: 194 - 195.

3 - رضوان الطريقي، مرجع سابق، ص: 106.

تأكيدا للطابع الحمائي للمشرع المغربي للأموال الوقفية العامة، جاء بقاعدة عامة تمنع المكثري من تولية المحل المكري له<sup>1</sup> أو التخلي عنه للغير<sup>2</sup>، وقيد تصرفه بضرورة الحصول على إذن كتابي من إدارة الأوقاف، وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 86 من مدونة الأوقاف إذ جاء فيها: " لا يجوز للمكثري تولية الكراء إلا بإذن كتابي من إدارة الأوقاف، كما يمنع الكراء من الباطن مطلقا.

وكل تصرف مخالف في الحالتين المذكورتين يقع باطلا ويكون سببا في فسخ عقد الكراء".

ومن ثم فهو التزام يقع على المكثري في إطار الكراء الوقفي، بحيث يتعين عليه التقيد به واحترامه تحت طائلة الفسخ والإفراغ.

نفس المقتضى كان منصوصا عليه في إطار الفصل 12 من ظهير تحسين الأحباس العمومية لسنة 1913، وكرسه الاجتهاد القضائي في العديد من المناسبات نذكر منها قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - والذي جاء فيه: "... لا يسوغ للمكثري أن يحيل أو يكري للغير جميع المحل المكري له أو بعضه إلا بإذن كتابة من إدارة الأحباس، وإلا فالإدارة تفسخ كرائه..."<sup>3</sup>

لكن الملاحظ في الواقع العملي أن إدارة الأوقاف لا تمنح الإذن الكتابي القاضي بالسماح بتولية الكراء إلا بعد الرفع من السومة الكرائية<sup>4</sup>، مما يمكن معه القول بأننا أمام مراجعة للوجيبة الكرائية.

---

1 - التولية هو أن يقوم المكثري الذي يسمى المكثري الأصلي بكراء المحل الموجود تحت يده إلى شخص ثان يسمى المكثري الفرعي، مع ما يترتب من ذلك من التزام هذا الأخير تجاه المكثري الأصلي بجميع الالتزامات التي نص عليها في العقد، بينما يبقى المكثري الأصلي ملزما تجاه المكري، أي صاحب المحل المكثري.

- عبد الرحمان الشرقاوي، " مميزات كراء أموال الأوقاف " مقال منشور ب" المستجدات التشريعية في المادة العقارية " الجزء الثاني، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الثامن 2014، منشورات مجلة الحقوق، ص: 214.

2 - يقصد بالتخلي عن الكراء تنازل المكثري عن حقه لفائدة شخص آخر بحيث يحل هذا الأخير محله في العلاقة الكرائية، حيث تصبح هذه العلاقة قائمة بين هذا الشخص باعتباره مكثريا جديدا وبين الجهة المكريّة، وهي علاقة ثنائية مباشرة.

- أنظر:

- محمد الكشور، " الكراء المدني والتجاري " مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص: 125 وما بعدها.

3 - قرار المجلس الأعلى عدد 1241 بتاريخ 23 مارس 2010 في الملف المدني عدد 2009/6/1/357 (غير منشور).

4 - عبد الرحمان الشرقاوي، " مميزات كراء أموال الأوقاف " مرجع سابق، ص: 209.

بل الأكثر من ذلك، أن إدارة الأوقاف سارت من الناحية العملية على فرض ما يسمى بالغبطة الذي هو عبارة عن مبلغ مالي جزافي يختلف بحسب طبيعة الملك الموقوف وموقعه وقيمته الاقتصادية يؤدي مقابل السماح لمكتر جديد بالحلول محل المكترتي القديم دون المرور من عملية السمسرة جبرا للضرر اللاحق بالحبس نتيجة التولية<sup>1</sup>.

الأمر الذي نتج عنه عدم قيام غالبية المكترين بأخذ الإذن من إدارة الأوقاف في القيام بهذه التولية، حيث تتم هذه الأخيرة دون موافقة من إدارة الأوقاف، في تحد منهم للإدارة والقانون، الأمر الذي قد يتسبب في أضرار كبيرة للأموال الوقفية نتيجة ذلك، مما يؤدي إلى ضعف استثمار هذه الأموال بشكل كبير.

وبالتالي يمكن طرح تساؤل حول مدى إقرار إدارة الأوقاف للغبطة سببا في عزوف

المكترين عن القيام بإجراء المصادقة على التولية؟ أم أن عقلية المكترتي هي السبب؟ بخصوص هذه المسألة، فإن مبادرة قامت بها نظارات الأوقاف على صعيد ربوع المملكة سنة 2005، تعتبر مثالا نموذجيا لتوضيح ما إذا كانت هذه الغبطة هي فعلا السبب في عدم طلب المصادقة على التولية أم لا، فرغبة من النظارة في تسوية تلك الأوضاع المعقدة بطرق ودية، وبأسلوب ترغيبي وتحفيزي، قررت إعفاء جميع المكترين الذين لا يتوفرون على عقود كراء أصلي يربطهم بإدارة الأوقاف من مبلغ الغبطة، ولكن النتيجة باءت بالفشل، بحيث لم يتقدم إلى نظارات الأوقاف إلا عدد قليل جدا من المكترين.

ومن هنا، يتبين أن عقلية المكترتي وحرصه الدائم على تحقيق مصلحته الشخصية الخاصة دون مراعاة المصلحة العامة للمجتمع واحتياجاته، هي السبب في ذلك، حيث أن لتلك العقلية دور كبير في الأوضاع المتردية التي يعاني منها القطاع الجبسي ببلادنا. وعليه، يتضح مما سبق أن مسألة التولية تثير مجموعة من الإشكاليات والصعوبات التي من شأنها التأثير على نجاح الاستثمار في أموال الوقف، والتي ينبغي على إدارة الأوقاف العمل على تجاوزها بغية تحقيق نجاح استثمار المشاريع الوقفية، وحسن تدبير أموالها.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، حاولت ملامسة موضوع استثمار الأموال الوقفية العامة عن الطريق الكراء وذلك من خلال مناقشة مزدوجة تمزج بين التشريع والقضاء.

1 - عيد الرزاق اصبيحي، "مراجعة السومة الكرائية وفق أحكام مدونة الأوقاف" مرجع سابق، ص: 182.

فمن الناحية التشريعية تعرضت للنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ويتعلق الأمر بمدونة الأوقاف، بالإضافة إلى بعض النصوص التي كان معمولا بها في ظل الضوابط الحسبية، وذلك من أجل المقارنة بينها وبين ما جاءت به مدونة الأوقاف، مع الاستعانة ببعض نصوص قانون الالتزامات والعقود.

أما من الناحية القضائية، فقد حاولت الوقوف على العديد من القرارات والأحكام الصادرة عن القضاء المغربي، المتعلقة بالمسائل الجوهرية المتعلقة بالموضوع، وذلك من خلال منازعات الأكرية العقارية.

وبما أن موضوع بحثنا تناول الاستثمار في الأموال الوقفية العامة، يلاحظ أن مدونة الأوقاف جاءت بمجموعة من المقتضيات والقواعد التي تمكّن من تفعيل نظام الحماية القانونية للوقف بما يكفل تحقيقه للبناء الاجتماعي والاقتصادي، وبالتالي حسن تدبيره واستثماره، بدءا بإقرارها لمبدأ حرية إثبات الوقف بجميع الوسائل، وإحداث مجلس أعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، لمعالجة المشاكل التي كان يطرحها ضعف المراقبة أو ضعف الحماية لنظام الوقف، وكذا تحديد كيفية القيام بكراء المال الوقفي، وتقبيده بالقيم التقديرية من أجل حسن استثمار الأموال الوقفية بالشكل الأنجح.

ويمكن القول، بأنه من خلال هذا البحث تبين أن المشرع المغربي بإحداثه مدونة الأوقاف استطاع إيجاد حلول مناسبة لبعض الصعوبات والمشاكل التي تتعلق باستثمار هذه الأموال خاصة العامة منها إداريا وماليا واستثماريا، وذلك من خلال ملائمة نصوصها التشريعية والقانونية للظروف المعاصرة والراهنة وتمكينه من آليات قانونية كفيلة بحمايتها، حيث حققت انسجاما تشريعا بين كل ما هو قانوني وفقهي واعتبرت أن الوقف والاستثمار أمران متلازمان يكمل أحدهما الآخر.

## ازدواجية النظام العقاري وإشكالية الاستثمار بالمغرب

ذ. فاطمة الزهراء الوجدي

باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة

مقدمة:

إن ازدواجية النظام العقاري بالمغرب هي سمة أساسية وجد بارزة على مستوى الواقع، فمن جهة هناك العقارات غير المحفظة التي تخضع لأحكام مدونة الحقوق العينية<sup>1</sup>، إذ كانت تحكمها قبل صدوره قواعد الشريعة الإسلامية والراجح والمشهور من فقه الإمام مالك، بينما يحكم العقارات المحفظة ظهير التحفيظ العقاري الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 والمعدل بمقتضى القانون رقم 14.07<sup>2</sup>.

هذه الوضعية المزدوجة التي خلفها النظام الاستعماري والتي اختار المشرع المغربي الحفاظ عليها حينما احتفظ بنظام التحفيظ العقاري إلى جانب قواعد الشريعة الإسلامية بعد الاستقلال، قد تسبب في استمرار وجود العقارات غير المحفظة رغم استمرار العمل بظهير التحفيظ العقاري، إضافة إلى ظهور مجموعة من المشاكل القانونية المرتبطة بهذا النوع من العقارات، إذ تؤثر سلبا على العقاري في حد ذاته، ثم على استثمار هذا العقار. فمن المعلوم أن العقار له تنظيم قانوني يناط بالمعاملات المتعلقة به، وهو ما يجعله محلا لاستثمارات مهمة ومتعددة، وكذا محل اهتمام كبير بالنسبة لمجموعة من القوانين، كالقوانين الاستثمارية، والقوانين الجبائية، والتوثيقية وغيرها. إلا أن تداخل المصالح والغايات واختلافها يساهم في الحد من نشوء الاستثمارات، وترتبت عنه أوضاع قانونية وواقعية، قائمة على منطلق غير سليم، وهذه الأوضاع هي التي تمثل المعوقات الأساسية للاستثماري في هذا المجال.

1- القانون رقم 39.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في (2 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص 5587.

2- القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص 5575 وما بعدها.



فوضوح وشفافية النظام العقاري يعدان الركيزة الأساسية لكل سياسة عمرانية أو سكنية، لكن الملك العقاري بالمغرب-وكما سبق أن رأينا-ظل يفتقر إلى تلك الميزتين لكونه عرف عدة خصوصيات عبر التاريخ، ترتب عنها خلق عدة أنظمة عقارية مختلفة. فما مدى تأثير ازدواجية الأنظمة العقارية على العقار في حد ذاته على جذب الاستثمارات العقارية؟ وما مدى مواكبة التشريع العقاري للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحالية؟

لأجل التطرق للموضوع، ثم اعتماد مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: ازدواجية النظام العقاري بالمغرب.

المبحث الثاني: آليات تشجيع الاستثمار العقاري بالمغرب

## المبحث الأول: ازدواجية النظام العقاري بالمغرب

يتسم العقار بالمغرب بازدواجية تظهر في وجود عقارات محفظة خاضعة لنظام التحفيظ العقاري، وعقارات غير محفظة خاضعة لمدونة الحقوق العينية.

### المطلب الأول: العقار المحفظ

لأجل الإلمام بجوانب النظام القانوني للعقارات المحفظة، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فئتين كالآتي:

### الفقرة الأولى: طبيعة العقار المحفظ

إن التحفيظ العقاري هو نظام استمد مبادئه من نظام توارنس الأسترالي والذي تحكمه قوانين واجتهادات قضائية مبنية. ويشكل الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري المعدل ب القانون 14.07 الإطار العام لمفهوم التحفيظ العقاري<sup>1</sup>.

فنظام التحفيظ العقاري هو نظام إشهار عقار عيني، يرتكز على العقار، وهو عبارة عن إجراءات تهدف إلى إخضاع العقار لمقتضيات ظهير 9 رمضان 1331 (الموافق ل 12 غشت

<sup>1</sup> - حيث نص على أنه: " يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبتلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له."

1913) الذي ينظم مسطرة التحفيظ العقاري والمعدل بالقانون 14.07 السالف الذكر، وذلك بإنشاء رسم عقاري قصد تثبيت وضعية العقار وتطهيره من كل حق سابق لم تتم الإشارة إليه في السجل العقاري<sup>1</sup>.

والعقارات سواء كانت أراضي زراعية أو مبنية قد تخضع لهذه الإجراءات ولا تنتهي بإقامة رسم ملكية إذا كان هناك تعرض قضت المحكمة بصحته أو غير مبنية<sup>2</sup>. ويعتبر نظام التحفيظ العقاري ضابطا للملكية العقارية ولسائر الحقوق العينية العقارية، ومظهرا للملكية من جميع ما كانت مثقلة به من حقوق قبل تحفيظها<sup>3</sup>. فالتحفيظ العقاري إذا، هو "وعاء قانوني وهندسي لكل الحقوق العينية والتكاليف العقارية المصاحبة للعقار في فترة معينة، من حيث أنه ينظمها ويحفظها ويصونها من كل من يمكن أن ينازع في وجودها<sup>4</sup>.

وتختلف الحقوق القابلة للتسجيل عن القابلة للتحفيظ، فهي تلك التي نص عليها الفصل 65 من ظهير 9 رمضان 1331 حيث جاء فيه أنه : يجب أن تشتهر بواسطة تسجيل في السجل العقاري جميع الأعمال والارتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي تكتسب قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو إقراره، أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات التي تفوق مدتها ثلاثة سنوات، وكل إجراء أو حوالة لقدر مالي يوازي كراء بناء أو أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء"<sup>5</sup>.

1 - المختار بن أحمد العطار، الوجيز في القانون العقاري والموريتاني، الطبعة الأولى، 1993، ص 9.  
2 Paul Droit croux Droit foncer Marocan Op cit P56

-المختار بن أحمد العطار ، الوجيز في القانون العقاري والموريتاني ، المرجع نفسه ، ص208و209.

3 - د محمد مهدي الجم التحفيظ العقاري في المغرب مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1980 ص 17

4- د محمد الحياتي عقد لبيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب مرجع سابق ص 8

5- بالإضافة إلى ذلك، فإن هناك حقوقا أخرى يتطلب تسجيلها بمقتضى مقتضيات خاصة نذكر منها:  
أولا: الحجز التحفظي على عقار محفظ وما قد يتبعه من فك أو تحويل إلى حجز عقاري تنفيذي.

ثانيا: الرهن الجبري المخول بحكم قضائي بدون رضی المدين.  
ثالث: حق الارتقاء العقاري بالمرور المقرر للأرض المحاطة بأرض أخرى يمكن تحديده بوضوح بناء على طلب مالك العقار المرتفق به.

رابعا: إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من اليوم الذي سجل فيه بالرسم العقاري تسجيلا منتظما العقد المتضمن صراحة الاحتفاظ بهذه الحقوق المبنية بأسمائها في العقد، أو من اليوم الذي وقع فيه تقييد مقال الدعوى الرامي على إثباتها تقييدا احتياطيا.  
خامسا: الحق المكتسب على الماء العمومي.

سادسا: تصنيف بناء ضمن البنيان الأثري.

سابعا: الحقوق المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

ثامنا: إلحاق الطرق والشبكات والمساحات بالأملك الجماعية يكون محل محضر يجب قيده باسمها في صك العقاري الأصلي للعقار موضوع التجزئة، والذي يباشر مجانا بطلب من الجماعة الحضرية أو القروية المعنية.

فكل عقار محفظ هو العقار الذي يتوفر صاحبه على رسم عقاري وتكون وضعيته المادية والقانونية ثابتة وسليمة وتشجع على الاستثمار<sup>1</sup>. إنه غالباً ما تقوم الدولة في إطار أي تنظيم لها وخاصة التنظيمات العقارية، بوضع آليات واستراتيجية شاملة تستطیع بموجها إدراك وتحليل الظاهرة العقارية ومعالجتها بموجب نصوص قانونية من حيث المبدأ، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مركز العقار المحفظ في القوانين المغربية<sup>2</sup>.

إلا هناك بعض الاستثناءات التي نص عليها المشرع تكون معها بعض الحقوق موجودة ومنتجة لأثارها. وقد استعمل المشرع في ظهير 1913 مصطلح التسجيل وأحياناً مصطلح التقييد وهما يهدفان إلى نفس الغاية، أي تقييد التصرفات بالسجل العقاري فمصطلح التسجيل بالغة الفرنسية (Enregistrement) يفيد أداء الواجبات المستحقة للخرينة بمناسبة إبرام التصرفات الناقلة للملكية وهي رسوم تستحق عن التوثيق العقارية العوضية، في حين أن مصطلح التقييد "Inscription" يفيد تقييد التصرفات الناقلة للملكية بالرسوم العقارية.

1 - ومن خلال التعريف الفقهي أعلاه يتضح أن التحفيظ العقاري بالمغرب يقوم على المبادئ والأسس الآتية: مبدأ التنظيم العيني: حيث أنه لكل عقار رسم خاص به متضمن لاسمه ورقمه التسلسلي وحدوده ومشتلاته فالتعرف على موقع العقار أو الرقم المسجل به كافي للإطلاع على وضعيته القانونية.

مبدأ عدم سريان التقادم بالنسبة للحقوق المسجلة، يبقى صاحب العقار المحفظ في مأمن من كل ادعاء بالحيازة، إذ أن حيازة العقار المحفظ لا تفيد شيئاً في التملك بالنسبة للحائز غير المالك مهما طالمت مدتها ما عدا تملك الثمار إذا كان حسن النية والذي يعتبر الأصل على أن يثبت العكس.

مبدأ التظهير المسبق حيث أن تأسيس الرسم العقاري لا يتم إلا بعد إتباع إجراءات معنية تقضي إلى تصفية العقار موضوع التسجيل من أي نزاع.

مبدأ مشروعية التقييد: أي أن المحافظ العقاري من واجبه التحري والتحقيق قبل البدء في أي تسجيل، فالسجل العقاري لا تقيد به إلا الحقوق المشروعة والمستندة على سبب صحيح.

مبدأ العلنية في التقييد: فالسجلات العقارية موضوعة رهن إشارة العموم للإطلاع عليها، إذ ليس هناك أي حق يجري تقييده في الكتمان أو منع ذوي الشأن من الإطلاع عليه.

مبدأ القوة الثبوتية، والتي تعني أن التصرفات التي تتم في الرسم العقاري تمثل الحقيقة بالنسبة للغير، وبالتالي فإن تسجيل التصرف يعطيه حجة مطلقة تخول الشعور بالأمان والإطمئنان للمالك نفسه ولكل من يريد التعامل معه في موضوع العقار.

2- ففيما يتعلق بقانون المسطرة المدنية، نجد مجموعة ومن النصوص التي تشير إلى الحجز التحفظي والتنفيذي، لاسيما مقتضيات الفصل 455، و 470، و 471 و 473.

كما أن القانون المتعلق بزراع الملكية من أجل المنفعة العامة (رقم 7.81)، نجده يتطرق للعقارات المحفظة في الفصل الأول منه، والفصل 37 منه،

هذا وتنص المادة 1 من قانون 218:00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية على سريان هذا القانون على الملكية المحفظة، كما نصت المادة 11 من نفس القانون على الملكية المحفظة، كما نصت المادة 11 من نفس القانون على إجراءات الإيداع والتقييد بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية. إضافة لذلك، فقد خصص هذا القانون أحكاماً خاصة بالعقارات المحفظة من المادة 49 إلى 59.

ويحتل العقار المحفظ مكانة مهمة كذلك في قانون الإيجار المفضي إلى تملك العقار حيث خصصت له المادة الخامسة منه في كل ما يتعلق بالتقييد الاحتياطي.

وقد تم استحضار العقار المحفظ كذلك في المادة 67 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

## الفقرة الثانية: مسطرة التحفيظ العقاري

تعتبر مسطرة التحفيظ العقاري من أهم المساطر فيما يتعلق بالعقارات وكذا للأطراف المتدخلة في هذه العملية؛ فمسطرة التحفيظ تبدأ عموماً بتقديم مطلب التحفيظ<sup>1</sup> الذي يجب أن يتوفر على مجموعة من البيانات<sup>2</sup> مقابل وصل أو من خلال تقديم تصريح. ولم يشترط المشرع المغربي شكلاً معيناً لمطلب التحفيظ بل اكتفى في الفقرة الأولى من الفصل ظهير التحفيظ العقاري 13 بالقول " يقدم طالب التحفيظ تصريحاً للمحافظ على الأملاك العقارية مقابل وصل يسلم له فوراً، مطلباً موقعا من طرفه أو من ينوب عنه بوكالة صحيحة". فالتصريح يقدم إما كتابة و إما بصورة شفاهية أمام المحافظ أو من ينوب عنه و الذي يتولى تحرير جميع المعلومات التي يدلي بها طالب التحفيظ بالتوقيع على تصريحاته<sup>3</sup>.

ويطلب المحافظ على الأملاك العقارية من طالب التحفيظ القيام بعملية ضبط الموقع - موقع العقار المطلوب تحفيظه - أو ما يسمى بخريطة التموقع، تفادياً لكون العقار يدخل في إطار العقارات المحفوظة أو التي في طور التحفيظ أو المحددة أو العقارات الخاصة. وقد أقر المشرع عملية إشهار واسعة لجميع عمليات التحفيظ انطلاقاً من تقديم مطلب التحفيظ حتى تأسيس الرسم العقاري ترسيخاً لمبدأ العلنية. وهذا الإشهار لا ينحصر في طالب التحفيظ فقط بل يشمل كل ذوي الحقوق على العقار المراد تحفيظه، بالإضافة إلى من يزعم أن لديه حقوق مرتبة على ذلك العقار، وحتى المحافظ العقاري<sup>4</sup>.

1 - نص المشرع في الفصل 10 من ظهير 12 غشت 1913 على ما لهم حق تقديم مطلب التحفيظ على سبيل الحصر في: مالك العقار المراد تحفيظه الشرك على الشبوع كل من يملك حقا عينيا على العقار من انتفاع استعمال سكنى الكراء الطويل الأمد الرهن الحيازي المنصب على العقار كل من له حق من الحقوق الإسلامية المنقرعة عن حق الملكية كل من له حق ارتقاء أو رهن رسمي الدائن الذي لم يقبض دينه عند أجله الولي أو الوصي أو المقدم نيابة عن ناقص أو ناقد الأهلية.

2 - هذه البيانات كالاتي : اسم العائلي والشخصي والصفة وتاريخ الميلاد والجنسية واسم الزوجة أو الزوج والنظام المالي للزوجية ومحل السكنى أو محل المخابرة وصف العقار مع الإشارة الى نوعه ومشملا ته مع ذكر اسم الملك مساحة العقار بالهكتار أو المتر المربع قيمة العقار الشرائية أثناء التحفيظ حدود العقار وعنوانين الجوار ومحل وجوده واسم المدينة والحي والشارع ... تفصيل الحقوق العينية العقارية المقررة على العقار وأصحاب هذه الحقوق التحملات العقارية الواقعة عليه بيان مصدر التملك والإدلاء بجميع العقود والوثائق المدعمة للتملك بيان حصة طالب التحفيظ في حالة التعدد الإشارة إلى مدن الحيازة وقوتها إمضاء طالب التحفيظ.

3- و إذا كان طالب التحفيظ لا يستطيع التوقيع أو يجهله فان المحافظ يشير إلى ذلك و يشهد بان مطلب التحفيظ قدم إليه من طرف المعني بعد أن يتحقق من هويته و هذا ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 13 من نفس الظهير.

4- وتتمثل عملية النشر في:

- النشر بالجريدة الرسمية.

- تعليق الإعلانات لدى الجهات الإدارية والقضائية.

وقد جاء القانون العقاري الجديد بمجموعة من المستجدات على مستوى عملية التحديد، هذه الأخيرة التي تعتبر من أخطر وأهم المراحل لكونها تحدد الحالة المادية والقانونية للعقار المطلوب تحفيظه، فالفصل 19 من ظ ت ع خول للسيد المحافظ تسيير عملية التحديد وأن ينتدب لهذه الغاية مهندسا مساحا طبوغرافيا محلقا من جهاز المسح العقاري مقيدا في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافين<sup>1</sup>. وفي نفس السياق، يتعين على وكيل الملك تسخير القوة العمومية عند الاقتضاء بطلب من المحافظ على الأملاك العقارية أو كل من له مصلحة<sup>2</sup>، حيث يحضر جميع الأشخاص الذين لهم علاقة بالعقار موضوع التحديد.

أما بخصوص إجبارية التحفيظ أو اختياريته، فإن المشرع المغربي قد جعله اختياريا كمبدأ عام بخصوص العقارات، وهو ما نص عليه الفصل السادس من ظهير التحفيظ العقاري المعدل و المتمم بالقانون 14.07<sup>3</sup>، إلا أنه قد جعل بعض الحالات تستوجب التحفيظ إجباريا، وهي حالات استثنائية نص عليها الفصلان السابع و الثامن من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل بالقانون رقم 14.07، وكذلك ما تم التنصيص عليه في الفرع السادس من ظهير التحفيظ العقاري و الخاص بالتحفيظ الإجباري، بالإضافة إلى الحالات الأخرى التي وردت ضمن نصوص قانونية أخرى.

---

وقد أوجب الفصل 17 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 على المحافظ العقاري أن يقوم خلال أجل عشرة أيام من تاريخ التوصل بطلب التحفيظ بتحرير ملخص له، غير أن هذا الأجل لا يحترم في غالب الأحيان مما ينتج عنه تأخير في النشر والإعلام والتحديد. ثم يبعث المحافظ الملخص المذكور إلى الجريدة الرسمية لتتولى نشره ويبلغ مضمونه إلى العموم بالوسائل المتاحة.

1- وتأتي عملية التحديد بعد نشر ملخص مطلب التحفيظ في الجريدة الرسمية وتعليقه لدى الجهات القضائية والإدارية، حيث يتم إعلان تاريخ التحديد بجميع الطرق ماعدا الجريدة الرسمية، تم توجه الاستدعاءات إلى كل الأطراف الذين يهمهم أمر حضور عملية التحديد.

- وقد تتطلب أحيانا عملية التحديد أكثر من تحديد واحد وتكون لكل واحد منها غاية معينة، وغالبا ما ينتدب المحافظ لهذه العملية مهندسا مساحا طبوغرافيا محلقا يقوم تحت مسؤوليته بانجاز عمليات التحديد بحضور طالب التحفيظ.

- التحديد الإعدادي أو الأولي.

- التحديد التكميلي التحديد التكميلي هو تحديد قد تستوجه الضرورة في بعض الحالات.

- التحديد النهائي.

وتجدر الإشارة إلى أن عملية التحديد تستوجب ترتيبات معينة لتمر هذه العملية في أحسن الظروف، وهذه الترتيبات منها ما يقوم به المحافظ ومنها ما يقوم به طالب التحفيظ. إذ ينجز التحديد في التاريخ والوقت المعين له ولأجل توفير الظروف الملائمة لإجراء عمليات التحديد.

2- حسب الفصل 20 من ظهير التحفيظ العقاري.

3- جاء في الفصل 6 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل و المتمم بالقانون 14.07 بأن: " إن التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب للتحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقا".

من خلال ما تم ذكره حول التحفيظ العقاري، يتضح جليا أهمية ومكانة العقارات المحفظة، إلا أن النظام الذي يُوَظَرها<sup>1</sup> لازالت تشوبه بعض العيوب أو النقائص التي يتعين تصحيحها حتى تؤدي الدور المنشود منه وتتعلق بصفة عامة بطول وبطء وتعقيدات المسطرة، وبمشاكل تحيين الرسوم العقارية وبمخاطر استغلال الحجة التي يتضمنها هذا النظام للاستحواذ على أملاك الغير<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: العقار غير المحفظ

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، نتطرق في الفقرة الأولى منه الى طبيعة العقار غير المحفظ، ثم في الفقرة الثانية إلى الإثبات في هذا النوع من العقارات.

#### الفقرة الأولى: طبيعة العقار غير المحفظ

يقصد بالعقار غير المحفظ ذلك العقار الأصيل أو العادي، غير الخاضع لنظام التحفيظ العقاري، بل الخاضع لأحكام مدونة الحقوق العينية بعدما كان يستمد مبادئه من أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك وبعض قواعد القانون المدني وكذا العادات والأعراف المحلية، ويتداول انتقال الملكية فيه بالبيع والهبة والإرث والوصية وغيرها<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على انه: " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار". تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

هذا وقد نظمت مدونة الحقوق العينية جميع الحقوق الواردة على العقار كيفما كان نوعه، ما لم يتعارض أي نص خاص مع أحكام القوانين الخاصة بالعقارات، فلا يعدل عن تطبيق مقتضياته إلا إذا خالف تشريعا خاصا بعقار من العقارات.

1- ظهير 12 غشت 1913 الذي وقع تنميته بنصوص قانونية فيما بعد والتي سبق ذكرها أعلاه، وقد تم إعداد مشروع قانون جديد للتحفيظ العقاري يسير في اتجاه تصحيح هذه الأوضاع لكنه لم ير النور لحد اليوم  
2 - محمد الوكاري العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية، ندوة الأنظمة العقارية في المغرب مرجع سابق، ص 247  
3 - يونس رياض العقار المحفظ بين النظام القانوني والواقع العملي دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق مراكش سنة 2001-2002 ص 37.

## الفقرة الثانية: الإثبات في العقار غير المحفظ

إن أهمية الملكية العقارية تلتزم بالتشدد في طرق إثباتها وخاصة فيما يتعلق بالعقار غير المحفظ نظرا لتعدد الآراء الفقهية وصعوبة استخراجها من مصنفات الفقه، وذلك ما يعطي العقار المحفظ نوعا من الامتياز المستند إلى نصوص تشريعية موجودة وبالمستطاع تطبيقها عند إثبات<sup>1</sup> المملك بيسر. وبالنظر إلى الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام العقار الأصيل وهو الحيابة<sup>2</sup>، فمن حاز عقارا بشرط معلومة أصبح مدعيا بملكته له يختص به ويتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، والمراد بها الحيابة الاستحقاقية<sup>3</sup> لا الحيابة التصرفية<sup>4</sup>.

وتواجه ملكية العقار غير المحفظ العديد من المشاكل في مجال الإثبات، حيث يمكن إسناده إلى دعوى الاستحقاق والكتابة<sup>5</sup> والميراث والقسمة والحيابة والشفعة<sup>6</sup>.

1 - الإثبات كما عرفه الأستاذ عبد المنعم البهي هو أوضح الحق وأظهره ومن ثمة فهو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية رتبت آثارها.

عبد المنعم البهي من طرق الإثبات الطبعة 1 ص 5

2 - وتنقسم الحيابة إلى

- حيابة استحقاقية يستحق بها الحائز الشيء المحوز ويمتلكه بها عند توفر شروطها وبذلك تكون داخلة ضمن أسباب كسب الملكية .

- حيابة عرضية أو تصرفية تتيح لصاحبها التصرف في الشيء والانتفاع به وحدة في يملك بها الشيء المحوز والحيابة الاستحقاقية بدورها تنقسم إلى نوعين :

حيابة تثبت المملك أو الحيابة المكسبة للملك وتنصب على عقار مجهل أصله بمن كان قبل هذا الحائز ويدخل في حكمها غيباء الأراضي الموات .

حيابة قاطعة للنزاع : أي قاطعة لحق الغير المحاز ، بعد إثبات موجباتها الشرعية.

3 - عبد العالي العبودي الحيابة فقها وقضاء عرض ندوة العقار بتاريخ 6 إلى 7 دجنبر سنة 1975 منشورات وزارة العدل ص 18 وما بعدها

4- وتتمثل شروط الحيابة الإستحقاقية في :

أن يكون واضعا يده على المملك؛

أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛

أن ينسب المملك لنفسه، والناس ينسبون إليه كذلك؛

ألا ينازع في ذلك منازع؛

أن تستمر الحيابة طول المدة المقررة في القانون؛

وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

5- ويراد بالإثبات بالكتابة الحجة التي يعزز بها المدعي مقاله لإثبات ما يدعيه إلا أن الوثيقة المستند إليها لإثبات الملكية يجب أن تكون مستوفية للشروط الموضوعية سواء كانت منجزة من طرف العدول أو من لدن الموثق أو كانت محررا عرفيا.

6- فالاستحقاق يتأسس على دعوى ترفع إلى القضاء مستوفية للشروط العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ويعتبر المطالب بملكية العقار هو المدعي في دعوى الاستحقاق، وأما خصمه أو المدعى عليه فهو الحائز.

وفيما يتعلق بالكتابة بقصد إثبات ملكية العقار غير المحفظ فليست على مستوى الشكلية، وإنما يمكن اللجوء إلى الاستدلال بالرسم الكتابي المثبت للملكية لأن أحكام الشرع مؤسسة تقوم على الرضائية في المعاملات والمبادلات.

فبيع العقار عموما يتأسس على واجب تحريره في محرر ثابت التاريخ حسب الفصل 489 من ق.ل.ع المغربي ، ومن هنا تعد الكتابة شكلية لازمة للقيام ببيع العقار غير المحفظ. وتقتضي المصلحة المشروعة إخضاعا لمقتضيات

وعوما يثير المملك الخاص غير المحفظ مشاكل قانونية في الواقع العملي، فالنزاعات المترتبة عنه تضاعف من عدد الدعاوى المتنازع فيها حول استحقاق العقار وذلك لتفشي ظاهرة التواطؤ والغش والتدليس<sup>1</sup>. وبصفة عامة تظهر الصعوبات التي تطرحها الملكية غير المحفظة على مستويات مختلفة:

- على مستوى اقتناء الملكية نتيجة النزاعات التي تطرحها دعاوى الحيابة والاستحقاق.

- على مستوى الاستثمار، حيث أن هذه الملكية تمنح ضمانات ضعيفة جدا.

- على مستوى عمليات الإعداد والتهيئة العقارية، وذلك بسبب المشاكل التي تعرفها عملية تحديد محتوياتها وحدودها والصعوبات في التعرف على ذوي الحقوق<sup>2</sup>.

إن الاختلاف الجذري في بعض القواعد المطبقة على نظام دون آخر، قد رتب مشاكل أخرى، تتمثل أولا في التنازع بين القواعد، المطبقة على العقار المحفظ مقارنة مع تلك الواردة على العقار غير المحفظ، بعضها يمس قواعد راسخة في الفكر الفقهي والقانوني. فبالنسبة للتقادم مثلا والذي هو من بين القواعد المطبقة في إطار العقار غير المحفظ، فهو ينقسم إلى نوعين، تقادم مكسب<sup>3</sup> وتقادم مسقط<sup>1</sup>؛ لكن بالرجوع إلى ظهير التحفيظ

---

الفصل 489 من ق.ل.ع نظرا لأهميته الاجتماعية والاقتصادية وخطورة التصرف فيه وفيما يتعلق بالوثيقة، فإن الأصل في الشهادة هو إشهاد العدول إلا عند الضرورة التي تقتضي شهادة الليف. وهي شهادة 12 شخصا غير العدول بما يعلمونه بحكم المخالطة والمجاورة والإطلاع على الأحوال وتكون شهادتهم مقبولة على وجه الاستثناء فلا يشترط فيهم شرط بل ستر الحال فقط.

والعدول العدلية المعتمدة لإثبات حق الملكية لا تتوفر على المعلومات المدققة للعقار بسبب عدم الدقة في تحديد مساحات الأملاك، كما أن السجلات العقارية هي سجلات غير مضبوطة بشكل كافي مما يعرقل عملية الإطلاع عليها. هذا ويعتبر الشهر المنظم منعدا حيث نجد نفس العقار قد يخضعه مالكة لتصرفات متعددة ومتلاحقة.

- د.محمد بن أحمد بونبات العقار غير المحفظ والمعاملات دراسة في ضوء الفقه والقضاء مرجع سابق ص 33

- يونس رياض العقار المحفظ بين النظام القانوني والواقع العملي مرجع سابق ص 76

- محمد بن أحمد بونبات العقار غير المحفظ والمعاملات مرجع سابق ص 34

- محمد الوكاري مداخلة بعنوان العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية ندوة الأنظمة العقارية في المغرب المرجع نفسه ص 246/245

1 - محمد الوكاري مداخلة بعنوان العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية ندوة الأنظمة العقارية في المغرب المرجع نفسه ص 245

2 - محمد الوكاري مداخلة بعنوان العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية ندوة الأنظمة العقارية في المغرب مرجع سابق ص 246

3 - يعتبر التقادم المكسب وسيلة من وسائل الإثبات وتفيد الحائز وتكتسبه ملكية العقار الذي يحوزه وهو يعتبر وسيلة إيجابية لمن يتمسك به ليرد به على القائم عليه في النزاع وتعتبر الحيابة في هذا الإطار مكسبة للحائز ما حازه من حقوق عينية باستثمار مدة معينة،

عبد العالي العبودي الحيابة فقها وقضاء مرجع سابق ص 81



العقاري لسنة 1913 نجد أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك<sup>2</sup>. وي طرح في هذا الصدد سؤال حول مصير الحقوق التي لم تسجل هل تسقط بالتقادم؟ إن الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يقضي بأن كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، إلا أن سريان المدة المذكورة لا يحصل إلا اعتبارا من تاريخ اكتساب الحق وفقا للفصل 380 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والذي ينص على أن التقادم لا يسري بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وعليه، إذ تمهون المشتري ولم يبادر إلى تسجيل حقه رغم اكتسابه عن طريق القضاء وانقضت مدة 15 سنة، فيمكن القول بالتقادم؛ ومع ذلك فالتقادم لا يسقط الحق بقوة بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به<sup>3</sup>.

## المبحث الثاني: آليات تشجيع الاستثمار العقاري بالمغرب

بالرغم من المجهودات التي تبذلها الدولة للنهوض بقطاع الاستثمار العقاري بشكل عام، لا تزال المشاكل المترتبة عن ازدواجية الأنظمة العقارية متفشية بل ومتطورة مع تطور المجتمع بكافة أطيافه، فقد لاحظنا أن هناك جمودا قانونيا واضحا يقابله توسع عقاري وفوضوي. هذه الوضعية التي تؤثر على استثمار مختلف أنواع العقارات بالبلاد تبرز ضرورة مراقبة السوق العقارية (المطلب الأول). وتستدعي استحضر البعد المالي، من خلال التفكير في تسهيل عملية تمويل المشاريع الاستثمارية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مراقبة السوق العقارية

#### الفقرة الأولى: تعميم نظام التحفيظ العقاري وتبسيطه

إن تعميم النظام سيساعد على إنعاش الاقتصاد ويسهل عملية تداول العقارات وتنمية القروض الرهنية، ويجعل نظام الضمانات يسير بشكل ملائم، أما العقارات غير المحفظة فلا يمكنها أن تكون محلا لضمانات تمنح لموزعي القروض الثقة اللازمة.

1- التقادم المسقط هو وسيلة سلبية تثبت انقضاء الحق بسكوت صاحبه عن المطالبة به أو بعدم استعماله إياه طبقا للقانون ولا يتمسك به إلا عن طريق الدفع بالتقادم المسقط، ولا يعتد فيه بحسن النية فالمدة تطول أو تقصر حسب طبيعة الحق ويرتبط بالحقوق الشخصية لا بالحقوق العينية (العقار غير المحفظ)

2 - وبالتالي فإن المشرع أقر بالنسبة للعقارات المحفظة قاعدة عدم سريان التقادم لأنه يتعارض مع مبدأ القوة المطلقة للسجل العقاري.

3 - محمد خيرى حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب مرجع سابق ص 528

على صعيد آخر، فإن تعميمه سيكون له تأثير إيجابي على الإنعاش العقاري، إذ سيجلب رؤوس الأموال للاستثمار في الميدان العقاري، الشيء الذي سيساعد على حل معضلة أزمة السكن الذي تعاني منها بلادنا بحدّة.

هذه العملية يجب أن تتكلف بها السلطات المحلية والجماعات، والوكالات الوطنية للمحافظة العقارية بفتح المطالب والدعوة للإلزامية للأفراد والجماعات إلى تقديم الوثائق والحجج لأجل إثبات ملكيتهم<sup>1</sup>، ومما لا شك فيه أن هذا التعميم سيؤدي حتما إلى وضع حد للازدواجية في إثبات الملكية كما سيؤدي إلى وضع حد للأسباب التي تؤدي إلى ضياع الحقوق في الملكية، وبطبيعة الحال، سينتج عنه حصول الدولة على مداخيل مالية هامة بمقتضى صوائر التحفيظ.

ومما لا شك فيه أن تعميم النظام يستدعي اللجوء إلى المعلومات التي تعتبر ضرورة ملحة لتسهيل المهمة على الممارسين. هذا وتعد مراجعة النصوص القانونية وتبسيط المساطر المرتبطة بها مسألة ضرورية لجعل النظام في خدمة الاستثمار العقاري، فالقوانين المنظمة للسجلات العقارية في بلادنا مر على سنها أكثر من 97 سنة، فأصبحت قديمة وتحتوي على التباسات وثورات، لذا من الواجب مراجعتها وتعديلها حتى تسير القرن الواحد والعشرين.

### الفقرة الثانية: وضع أسس الاحتياطات العقارية

إن تدخل السلطات العامة بإجراء استثناءات واسعة سابقة لعمليات استعمال الأراضي اللازمة للتمدن، يعتبر أمرا أساسيا لوضع أسس التحكم في الاستثمار بالعقارات؛ وفي هذا الإطار تحقق عملية الاحتياطات العقارية مزايا متعددة، أهمها:

- أنها تجعل السلطات العامة تستفيد من الربح الناتج عن تجهيزاتها للأراضي الواقعة في منطقة معينة، كما أنها توفر لها إمكانية الاقتصاد في ثمن العقارات عند شرائها للأراضي قبل ارتفاع قيمتها بنسب مرتفعة.

- كذلك تعتبر وسيلة فعالة لمقاومة الاستعمال العشوائي للمجال، وتمنع اتساع رقعة المساحات المبنية التي ينتج عنها انعدام التوازن الاجتماعي.

- ولعل رقابة تطور القيم العقارية من أهم مزايا هذه الوسيلة، فالمبدأ هو توفر السلطات العامة على احتياطي عقاري هام، وعندما تزداد الحاجة للأراضي محليا، ويبدأ

1- د أحمد أجدير، ملاحظات حول قانون التحفيظ العقاري وأسباب أهمية تعميمه وتبسيط مسطرته، ثمانون سنة من التحفيظ العقاري، حصيلة وآفاق، 1913-1933، ص.85.

ثمها في الارتفاع، تقوم بعرضها للبيع لأجل النقص من حدة ضغط الطلب عليها، على أن تعتمد إلى اقتناء أخرى عند استقرار الأئمة.

وإذا كانت مسطرة نزع الملكية<sup>1</sup> تشكل وسيلة لاقتناء الأراضي لتكوين رصيد عقاري، فإن حق الشفعة [ أو الأولوية]، يمنح مزايا متعددة، لذا يلزم التفكير في اعتماد أسس هذا الحق وتقنينه لفائدة الدولة<sup>2</sup>.

إلى جانب سياسة الاحتياطات العقارية كوسيلة للحد من المضاربة العقارية، ثمة وسيلة أخرى تقوم بنفس الدور وهي السياسة الجبائية، فقد وجدت العديد من الدول هذه الآلية أداة فعالة للتدخل بشكل غير مباشر في السوق العقارية في المجال الحضري، قصد التخفيف من مشكل تجميد الأراضي ومحاربة المضاربة العقارية<sup>3</sup>.

فالجباية العقارية تؤدي إلى تقليص هامش الربح الذي يعاقب عليه المضاربون بالنسبة للأراضي غير المبنية، فكلما ارتفعت قيمة الأرض بفعل المضاربة العقارية، كلما وجب الرفع من قيمة الضريبة على مستوى أكبر، ويهدف هذا الإجراء إلى الضغط على الملاكين من أجل عدم تجميع أراضيهم، فيقومون إما بنائها أو عرضها للبيع لكي يستفيد منها الآخرون خدمة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

### المطلب الثاني: تمويل الاستثمارات العقارية

إن تمويل الاستثمارات في المجال العقاري يجب أن يحظى بمركز الصدارة في كل ما يتعلق بالمشاريع العقارية، والذي لن يأتي إلا بتفعيل ودعم آليات التمويل العمومي، هذا الدعم الذي يجب أن يتم على محورين.

1- تخضع مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة للظهير الشريف رقم 1.81.254، بتاريخ 11 رجب 1402 [6 ماي 1982] والمرسوم رقم 2.82.382، المؤرخ في 2 رجب 1403 [16 أبريل 1983] لتطبيق القانون 7-81، والمنشوران بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 [15 يونيو 1983]، التشريع ال1ي ينظم مادة نزع الملكية.

2- فهذا الحق يخول السلطات العامة الأسبقية في اقتناء العقارات المعروضة للبيع من قبل مالكيها، لذا يمكن اعتباره نظاما وسطا، يقع بين الاقتناء بالتراضي والوسائل الجبرية المتمثلة في نزع الملكية. ويستعمل حق الأولوية لتحقيق غرضين: مقاومة المضاربات العقارية، ذلك عن طريق مراقبة العمليات العقارية وأئمة الأراضي والتدخل باقتناء العقارات التي تشوب عملياتها المضاربة.

تكوين احتياطي عقاري لفائدة السلطات العامة. وإذا كان هذا الإجراء بسيطا في تطبيقه، فإن النتائج المتوخاة منه تتوقف على قدرة وإمكانيات الإدارة التي تستعمله وعلى الوسائل المالية المخولة لها.

محمد الوكاري، العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية، مرجع سابق، ص.263.  
3- الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2000، ص.225.

## الفقرة الأولى: تفعيل الميزانية

يتمثل الأول في تفعيل الميزانية المخصصة للوزارة المنتدبة المكلفة بالإسكان والتعمير، وذلك عن طريق إيجاد الحلول والسبل الكفيلة لتجاوز مشكلة ضعف مصادر التمويل العمومية لإنجاز المشاريع العقارية بصفة عامة، والزيادة في الحصاص المالية المخصصة لقطاع الإسكان ضمن الميزانية العامة للدولة.

وإذا كانت مسألة الرفع من الاعتمادات المالية المخصصة لهذا القطاع، سواء على مستوى الميزانية العامة أو عن طريق اللجوء إلى الاقتراض الخارجي<sup>1</sup>، فإن التحكم في تلك الاعتمادات المالية يقتضي بالإضافة إلى تأطير وتوجيه الهيئات العاملة في القطاع لإيجاد رقابة شديدة على الكيفية التي تصرف بها تلك المبالغ المالية، حتى لا تزغ عن الدور المنوط بها وعدم إنفاقها في المشاريع الخارجة عن أهدافها.

كما أن النهوض بالاستثمار في القطاع العقاري يقتضي مواصلة الدولة لسياسة منح المساعدات والإعفاءات التي تقدمها لفائدة المتدخلين الخواص، بهدف تشجيع الاستثمار. ويعتبر تدعيم وخلق قنوات ووسائل فعالة لتوفير تمويل قار للاستثمار العقاري، إحدى الأولويات التي ينبغي أن تحظى بها كل سياسة عقارية<sup>2</sup>.

## الفقرة الثانية: دور القطاع البنكي

بما أن تمويل هذا القطاع يقتضي تخصيص مبالغ ضخمة تفوق بكثير القدرات المالية المتوفرة في إطار الميزانية العامة، فالأجدرنهج سياسة جديدة شأنها الدفع بالقطاع السكني للمساهمة أكثر في منح القروض العقارية.

وفي إطار ذلك، فقد عملت الدولة على إنشاء العديد من الصناديق الخاصة لضمان القروض الموجهة للسكن، ورغم ذلك فإنه حالياً وباستثناء مؤسسة القرض العقاري والفندي والبنك الشعبي والقرض الفلاحي الذين يتدخلون ويسايرون التوجهات الجديدة للدولة في مجال التمويل العقاري، فإن التجربة أبانت على أن باقي المؤسسات البنكية

1- وقد منح البنك الدولي ثلاثة قروض بقيمة إجمالية تبلغ 211,5 مليون دولار، منها ما هو مخصص لتحديث منظومة السقي بحوض أم الربيع بقيمة 70 مليون دولار، بتاريخ 17 يونيو 2010. [www.maroc.ma](http://www.maroc.ma)

2- ولذلك على سبيل الاستئناس فإن الحكومة المغربية قد أنشأت العديد من المؤسسات المالية العمومية تتولى توفير اعتمادات مالية موجهة لقطاع الإسكان، كما هو الشأن بالنسبة لصندوق الحسن الثاني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وصندوق التضامن للسكنى وصناديق الضمان الخاصة بالسكن. وذلك بخلاف القطاعات العقارية الأخرى كالقطاع الفلاحي الذي رغم ما تقدمه الدولة من منجزات على مستوى النهوض به، فلا تزال المشاريع المتعلقة بتمويله محتشمة جداً مقارنة مع القطاع السكني.

الأخرى لا تجازف في هذا النوع من الدخل المحدود، لهذا ظلت هذه المؤسسات تعتمد إلى سياسة الانتقاء عند الاقتراض، وفرض شروط مرهقة لا تلائم مستوى الدخل لفئات عريضة من السكان، وتحول دون استفادتهم من القروض السكنية.

كما ظلت أسعار الفائدة في ارتفاع متزايد، وعن نسبة تغطية القروض البنكية، فهي عادة ما تتراوح ما بين 75 إلى 90 بالمائة من المجموع الإجمالي لثمن العقاري وقلما تصل تغطية القروض البنكية نسبة 100%.

فرغم التدابير التي تتخذ قصد تفعيل دور المؤسسات البنكية في مجال التمويل العقاري، فإن خلق سياسة مالية محكمة من شأنها التخفيف من الإكراهات التي يعرفها قطاع الإسكان، تبقى رهينة بإصلاح القطاع البنكي برمته وتفعيل السوق الرهينة بالمغرب.

هذا وقد هدف المشرع المغربي من سن القانون الخاص بتسديد الديون الرهنية رقم 10.98 سنة 1999 إعطاء الفرصة للمؤسسات المالية المعتمدة التي تتوفر على قروض هائلة من التوفر على مصادر مالية أخرى، عن طريق تحويل تلك القروض الرهنية إلى سندات متداولة في السوق المالي الثانوي لتوفير السيولة المالية الموجهة أساسا لقطاع الإسكان<sup>1</sup>.

إن مواجهة إكراهات التمويل العقاري تقتضي من جهة إيجاد آليات للقرض الرهني تستجيب وحاجيات الأسر ذات الدخل الضعيف، كاستيفاء أقساط الدين من المنبع وتشجيع خلق مؤسسات صغيرة للقرض المتبادل أو التعاضدي واللجوء إلى وسائل إقراض تتكيف مع حاجيات الأسر التي تبني مساكنها عبر مراحل، بحيث يكون بإمكان هذه المؤسسات الحصول على تمويل مستمر، وتستطيع إقراض أعضائها بشروط ميسرة، وفي نفس الوقت الذي تراقبهم وتحثهم على الوفاء بالتزاماتهم في رد القروض<sup>2</sup>، وهو نفس الأمر الذي يجب أن يتخذ بالنسبة للفلاحين في إطار القروض الفلاحية.

ومن جهة ثانية، فإن إنعاش القروض العقارية أصبح رهينا بتكيف المؤسسات البنكية وبكل سهولة مع تطور السوق العقارية وذلك بعرضها لأدوات وآليات قرض جديدة. كما أن تعديل النصوص القانونية المتعلقة بالرهن العقاري تعد من الوسائل التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار، فيجب مراعاة مساطر الحجز العقاري وتبسيطها، كما يتعين خلق نظام

1- للتعق أكثر حول تقنية تسديد الديون الرهنية وجدواها الاقتصادية والاجتماعية يراجع: سفيان ادريوش، تسندي الديون الرهنية- مقارنة قانونية ومالية- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص.35 وما بعدها.

2- لطيفة بحوص، إشكالية الاستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية، مرجع سابق، ص.250.

لتأمين القروض العقارية، ولن يتأتى ذلك إلا بخلق قانون خاص بالرهن العقاري الذي سوف يمكن المؤسسات البنكية من انطلاقة جديدة اتجاه نظام التمويل السكني<sup>1</sup>، وتبقى أهم الاقتراحات في هذا الإطار:

- إعادة النظر في الوسائل المتاحة لاستغلال العقارات الفلاحية من أدوات للري وغيرها وتطويرها، وكذا في كيفية استغلال هذه الأراضي من طرف الشركات المكلفة بذلك في إطار استثمارها، والحيلولة دون هضم حقوق الفلاحين الصغار.

- إحصاء العقارات بمختلف أنواعها والإكثار من فرص التعاون والتنسيق بين مختلف الفاعلين في هذا المجال وتصنيفها.

- مساندة مناخ الاستثمار وتطويره وجذب مزيد من الاستثمارات العقارية وتشجيعها خاصة المغربية منها.

- وضع نظام لتمويل المشاريع العقارية ووضع إطار قانوني ومؤسسي لتحقيق استثمارات جيدة.

وأخيرا، لا بد من الإشارة إلى ضرورة توفير كفاءات علمية وطاقات مادية وبحوث دقيقة ومتعددة في هذا المجال، حتى يتسنى تحقيق الغايات والأهداف المرجوة من إصلاح النظام العقاري المغربي.

### خاتمة:

إن الازدواجية في النظام العقاري في حالة مصطنعة ومقصودة من طرف المستعمر لأجل تحقيق غايات تهدف إلى تعزيز تواجد الأجانب بالمنطقة. هذه الوضعية ورغم التدخلات التشريعية العديدة التي عرفتها، افتقدت إلى استحضار مجموعة من التجارب الأجنبية والمبادئ المتعلقة بالجهوية والتي يمكن أن توجه العقار خدمة الجهة أولا بحسب حاجياتها وإمكاناتها وتطلعات مجتمعيها، وبالتالي الحفاظ على هوية كل جهة ثم الهوية الوطنية.

فالوضعية المركبة والمعقدة للنظام العقاري ناتجة عن تداخل مجموعة من العوامل التاريخية والاجتماعية والاقتصادية، وي طرح تعدد الفاعلين مشكل التنسيق بينها في ظل غياب إطار شمولي ومندمج وقضاء متخصص للبحث في القضايا العقارية. وهو ما يدفعنا إلى

1- عبد القادر بوحامد، الاستثمار العقاري في قطاع الإسكان بالمغرب، مرجع سابق، ص.111.

القول بتعزيز الأمن العقاري قصد تحصين الملكية العقارية والرفع من قيمتها الاقتصادية والائتمانية من خلال سلسلة من الإجراءات، أهمه:

- إحداث أقسام عقارية متخصصة داخل المحاكم من أجل تسريع البت في القضايا العقارية، وحث القطاعات المتدخلة في العقار على إرساء وتطوير نظام معلوماتي جغرافي، وإجراء التحديد الإداري للأراضي الجماعية من أجل ضبط مساحتها بشكل دقيق، وتسريع وتيرة تصفية وضعيتها القانونية؛

- مراجعة الترسنة المؤطرة لقطاع العقار من أجل ملائمة التشريعات العقارية مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المغرب؛

- تدبير وحكمة القطاع: من خلل التأكيد على ضرورة اعتماد خطة عمل لتسريع وثيرة تعميم نظام التحفيظ العقاري، وتأمين التكوين الأساسي والمستمر للعاملين في القطاع، فضلا عن إرساء قاعدة بيانات قادرة على استيعاب وضبط المعلومات المتعلقة بالعقار العمومي من أجل تحسين معرفة مدبري الملك العمومي بمكوناته؛

- اعتماد منظور شامل يستحضر كافة الأبعاد القانونية والمؤسسية والتنظيمية والجزائية، ويراعي خصوصيات القطاع وطبيعة المزدوجة، ومراجعة وتحديث الترسنة القانونية المؤطرة للعقار؛

- وبخصوص تحسين دور العقار في ميدان الاستثمار ضرورة تيسير ولوج المستثمرين إلى العقار وتبسيط مساطره وتهيئة العقار العمومي وضمان الولوج إليه ضمن قواعد الشفافية، وكذلك تيسير تعبئة العقار لانجاز المشاريع الاستثمارية بشتى أصنافها وفق رؤية إستراتيجية وطنية بتنسيق بين الفاعلين العموميين.

## لائحة المصادر والمراجع

### القوانين:

- القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011.

- القانون رقم 39.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في ٤ من

ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر

2011

- ظهير 12 غشت 1913.

- مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة للظهير الشريف رقم 1.81.254، بتاريخ 11 رجب 1402 [6 ماي 1982] والمرسوم رقم 2.82.382، المؤرخ في 2 رجب 1403 [16 أبريل 1983] لتطبيق القانون 7-81، والمنشوران بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 [15 يونيو 1983]، التشريع الذي ينظم مادة نزع الملكية.
- قانون الالتزامات والعقود.

## المراجع باللغة العربية:

### الكتب:

- د أحمد أجدير، ملاحظات حول قانون التحفيظ العقاري وأسباب أهمية تعميمه وتبسيط مسطرته، ثمانون سنة من التحفيظ العقاري، حصيلة وآفاق، 1913-1933.
  - المختار بن أحمد العطار، الوجيز في القانون العقاري والموريتاني، الطبعة الأولى 1993.
  - الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2000.
  - عبد المنعم البهي من طرق الإثبات الطبعة 1.
  - د محمد مهدي الجم التحفيظ العقاري في المغرب مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1980.
  - محمد خيري حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2001.
  - د محمد الحياني عقد لبيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة ووراقة الكتاب بفاس، الطبعة الأولى، 1994.
  - د.محمد بن أحمد بونبات العقار غير المحفظ والمعاملات دراسة في ضوء الفقه والقضاء، سلسلة آفاق القانون، رقم 20، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010.
- ### الأطاريح والرسائل:
- سفيان ادريوش، تسنيد الديون الرهنية- مقارنة قانونية ومالية- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2004-2005.



- لطيفة بحوص، إشكالية الاستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية، اطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، 29 ابريل 2003، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات و اعمال جامعية، الطبعة الاولى 2007.

- عبد القادر بوحامد، الاستثمار العقاري في قطاع الإسكان بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2004-2005.

- يونس رياض العقار المحفظ بين النظام القانوني والواقع العملي دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص ، كلية الحقوق مراكش سنة 2001-2002  
**الندوات:**

- عبد العالي العبودي الحيازة فقها وقضاء عرض ندوة العقار بتاريخ 6 الى 7 دجنبر سنة 1975 منشورات وزارة العدل.

- محمد الوكاري العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية، ندوة الأنظمة العقارية في المغرب، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية و المدنية و العقارية بكلية الحقوق - جامعة القاضي عياض - بمراكش تنسيق الدكتور محمد بونبات و محمد مومن، يومي 5 و 6 ابريل 2002، المطبعة الوطنية، الطبعة الاولى، 2003.

### **المراجع باللغة الفرنسية:**

- Paul Decroux Droit foncier Marocain, 2 eme édition, édition la porte, 1977.

### **المواقع الالكترونية:**

[www.maroc.ma](http://www.maroc.ma)

## الحماية الجنائية للحيازة العقارية ودورها في تكريس العدالة العقارية

ذ. عادل أولاد بن سالم

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة

جامعة عبد المالك السعدي

### مقدمة:

يعتبر العقار أداة لتحقيق الاستقرار والسلم الاجتماعي لما له من دور فعال في الدورة الاقتصادية، وهو الآلية الأساسية لضمان حق المواطنين في السكن، كما يعتبر الوعاء الرئيسي لتحفيز الاستثمار المنتج المدخل والموفر لفرص الشغل ولانطلاق المشاريع الاستثمارية في مختلف المجالات، ولما كانت الحماية المدنية للملكية الخاصة قد لا تكفي هي الأخرى لدرأ الاعتداء؛ أقر المشرع الجنائي حماية أخرى من نوع آخر ألا وهي الحماية الجنائية، كحماية استثنائية في مواجهة التعديات على عقارات الأغيار وذلك بتقرير النصوص العقابية و الجزائية الخاصة بجرائم الاعتداء على الأملاك العقارية، على اعتبار أن الاعتداء على الحيازة العقارية أمر يهدد السلام المجتمعي والأمن العام، لذلك وإلى جانب الحماية المدنية لحيازة العقار، تدخل المشرع وأعطى حماية أخرى للحيازة العقارية عن طريق رفع دعاوى الدعوة العمومية إما بواسطة النيابة العامة أو بواسطة شكاية مباشرة في الموضوع مؤكدا على أن الحماية القانونية والقضائية للعقار تستدعي الحديث عن الحماية القانونية لتكريس الأمن العقاري.

ولقد حددت هذه التشريعات ضمن تقنياتها المدنية أسباب كسب الملكية، واعدت من بينها الحيازة، فإذا كان القانون يقرر الحقوق وينص في ذات الوقت على وسائل حمايتها، فإن هناك ظواهر أخرى لا تتوفر لها مقومات الحق وتتنفي بصدها فكرة الالتزام أو الدين، وهما العنصران البارزان لفكرة الحق، ومع ذلك فإن التعرض لأصحابها يمس بأمن المجتمع واستقراره، الأمر الذي فرض على المشرع التدخل لحمايتهم أسوة بحماية أصحاب الحقوق.<sup>1</sup>

1 - يوسف بن طامة: الحماية الجنائية لحيازة العقار في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص:11.

إضافة إلى هذا التنوع، فإن العقار بالمغرب يعيش تميزا آخر يتمظهر على مستوى الأنظمة العقارية الخاصة.<sup>1</sup> ولقد اهتم القانون الجنائي بحماية الحيابة عن طريق الدعوى المنصوص عليها في الفصل 570 من القانون الجنائي، وكذلك اهتم القانون الإجرائي بحماية مهمة الحائر، إذ تطرق المشرع المغربي إلى هذه الحماية في المواد 40 و 49 و 142 من قانون المسطرة الجنائية، وسنتطرق للحماية الجنائية وفقا للفصل 570 من القانون الجنائي الذي شرع لحماية الحائر الفعلي للعقار وواضع اليد عليه، فإن الحماية لا تتحقق ولا تتجسد على أرض الواقع إلا بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

والغاية من الحماية الإجرائية أيضا هو بقاء الحيابة بيد الشخص الحائر للعقار حتى تزول منه بطريقة شرعية منعا لكل إخلال بالنظام العام واستقرار المجتمع من الذين يدعون بحق لهم ويحاولون الحصول عليه بأنفسهم، ولقد لعب الاجتهاد القضائي دورا مهما في توسيع مجال الحماية للحيابة العقارية تماشيا مع نمو المجتمع وتطور الجريمة أمام جمود النصوص الجنائية المعتمدة، ومن هذا المنطلق تبرز إشكالية مدى تكريس المشرع الجنائي المغربي للحماية القانونية للحيابة العقارية؟

## المبحث الأول: تجريم الاعتداء على الحيابة العقارية في التشريع الجنائي

### المغربي

لقد اهتم القانون الجنائي بالعقار وأحاطه بضمانات خاصة لما له من آثار اقتصادية واجتماعية، حيث كان ومازال يعتبر موردا للثروة، وتتجلى بعض هذه الضمانات فيما قرره المشرع الجنائي لحماية العقار من الاعتداء عليه والمس به، بعقوبات صارمة تصيب المعتدي في أمواله وحرته، غير أن هذه الحماية لم تنل من التشريعات والدراسات ما يناسب أهمية العقار الاقتصادية والاجتماعية على غرار ما تحظى به الأموال المنقولة من كثرة المقتضيات القانونية التي تزخر بها المنظومة التشريعية.

1 - أمين العياطي: مساطر تحصين العقارات المخزنية إعاقة أم تشجيع للاستثمار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 19.

وبالرجوع إلى محتوى الفصل 570 من ق.ج<sup>1</sup>، نجد أنه لم يحدد بشكل دقيق العقارات المستهدفة بالحماية الجنائية، وإنما جاءت صياغته فضفاضة وشاملة، وهذا ما يثير العديد من التساؤلات والإشكالات.

## المطلب الأول: الحماية الجنائية للحيازة العقارية في ضوء الفصل 570 من

### ق.ج

الحماية الجنائية هي الحماية التي يمنحها القانون الجنائي للحائز نتيجة لعمل إجرامي يقع على الحيازة بقصد سلب حيازته، أي بمعنى آخر عندما يقترن النزاع على الحيازة بجريمة من جرائم الاعتداء على حرمة ملك الغير.

وتهدف الحماية الجنائية إلى إسباغ الحماية على كافة صور الحيازة للتقليل من منازعاتها جنائيا، كما تهدف إلى استقرار أوضاع المتنازعين، وذلك لحماية الأمن العام بالإضافة إلى تحديد دور النيابة العامة في حماية الحيازة<sup>2</sup>.

## الفقرة الأول: نطاق الحيازة العقارية بمقتضى الفصل 570 من القانون

### الجنائي

تعرف الحيازة بكونها وضع الإنسان يده على الشيء منقولاً كان أو عقاراً، ومن ثم يتمكن من التصرف فيه ردحا من الزمن<sup>3</sup>، وهذه الحيازة قد تكون سببا من أسباب الملكية للشيء محلها - أي حيازة مكسبة للملكية - ماديا أو قانونيا، كما قد تكون مادية فقط، وهي الحيازة المقتصرة على وضع اليد ليس إلا<sup>4</sup>.

ولأجل الوقوف على هذه الطبيعة، تبادر إلى أذهاننا تحديد الطابع المادي للحيازة المقصودة في الفصل 570 ق.ج (أولا)، وأيضا مناقشة الطابع الفعلي لهذه الحيازة (ثانيا).

1 - ينص الفصل 570 من ق.ج. على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم من انتزع عقارا من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس.

فإذا وقع انتزاع الحيازة ليلا أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحا ظاهرا أو مخبأ فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى سبعمائة وخمسين درهما".

2- محمد بنحسان، الحماية الجنائية للحيازة العقارية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بطنجة، السنة الجامعية 2015 - 2016، ص 27.

3 - محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي. الطبعة الأولى، 1990، ص: 312.

4 - وهي الحيازة العرضية التي تقوم على الانتفاع بالشيء بدون إمكانية تملكه ولو طال مدت حيازته قانونا.

## أولاً: الطابع المادي للحيازة العقارية:

باستقراء الفصل 570 ق.ج، يتضح من مضامينه أنه يوفر الحماية الجزرية للحيازة المادية بوجه عام، والتي تعني وضع اليد على العقار ولا تتطلب توافر كافة الشروط القانونية للملك الحقيقي، سواء وصفت بالفعلية أو التصرفية أو الاستغلالية أو العرضية<sup>1</sup>، لأن القاضي الجنائي لا شأن له بالحيازة القانونية مادام ذلك يدخل ضمن اختصاص القاضي المدني، حيث يمكن لغير المالك الحائز أن يستفيد من حماية الفصل ولو كان على حساب المالك الحقيقي، لكن الحيازة مركز يحميه القانون<sup>2</sup>.

ويتجلى من مضامين هذا القرار أن مفهوم الحيازة المحمية بمقتضى الفصل 570 ق.ج، ليس التي معناها التملك أو المؤدية له، وإنما تلك التي تفيد وضع اليد بعد توفر شروط معينة، تتمثل أساساً في وضع الحائز يده على العقار بصورة علنية واستمرار هذا الوضع مدة معينة من الزمن، إضافة إلى تصرفه في العقار المحاز. ولذلك، فإنه يتمتع الأبعاد التشريعية لمقتضيات الفصل 570 ق.ج، يلفت انتباهنا أنه لم يشر إلى الطابع المادي المراد حمايته بمقتضياته، إلا أنه إذا كان فعل الانتزاع يجعل صلة المتضرر بعقاره تتقطع أو يحد منها على الأقل، فإن ذلك لا يمكن أن يظهر إلا من خلال وضع اليد فعلياً على العقار، حيث لا يمكن تصور حيازة لا وجود لها في الواقع<sup>3</sup>.

## ثانياً: الطابع الفعلي للحيازة العقارية:

بتصفح نص الفصل 570 ق.ج، نجده لا يشير صراحة إلى الطابع الفعلي للحيازة ضمن مقتضياته، لكن هذه الأخيرة نفسها نصت على فعل الانتزاع كفعل مادي وسلوك خارجي يتبلور من خلال حيازة حقيقية تقوم على وضع اليد على العقار، مما يؤدي إلى الحد من علاقة المتضرر بعقاره دون أن يشترط توفر إثبات الملكية، يمكن القول أن روح الفصل 570 ق.ج تهم وضع اليد أي الممارسة الفعلية لجانب أو أكثر من جوانب الحيازة، وهو ما يجعلنا نميز بين ملكية العقار والحماية المقررة لها، وبين الانتفاع منه وما يضبطه من قواعد حمائية كذلك<sup>4</sup>.

1 - محمد العزوزي: حماية الحيازة العقارية في القضاء الجزري. مقال منشور بمجلة دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، سلسلة دقاتر المجل الأعلى، ع5، 2005، ص 38.

2- Jean Carbonnier, « Droit Civil », Tome iii, presses universitaire de France, paris 6eme édition, 1969, p 141.

3 - حسن البكري: الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي. ط1، مكتبة الرشد، سطات، 2001، ص: 11.

4 - محمد بنحسان، الحماية الجنائية للحيازة العقارية، مرجع سابق ص 30.

ولعل من البديهي، أن نقول أن حق الملكية حق عيني يتشكل من عناصر ثلاثة هي: عنصر الاستغلال، وعنصر التصرف، وعنصر الاستعمال، والتي لا يمكن مباشرتها دون وضع اليد المباشر على العقار، فالأصل إذن أن مالك العقار هو مالك للحيازة المادية والفعلية، لكن الاستثناء عن هذا الأصل هو وجود منتفع بحق من تلك الحقوق المتفرعة عن حق الملكية<sup>1</sup>.

الأمر الذي يقتضي التمييز بين الحيازة القانونية الخاضعة للقانون المدني، وتلك الحيازة الفعلية الخاضعة لمقتضيات الفصل 570 ق.ج، هذه الأخيرة التي تحمي المنتفع باعتباره مالكا لحق الانتفاع المنصب على حق من الحقوق العينية الأصلية، حيث أن المنتفع يمكن أن يستمد حيازة عقار بوسيلتين إما كحق عيني أو كحق شخصي، وهي حيازة حسب الفصل 570 ق.ج دائما تنتقل قانونيا من المنتفع إلى خلفه سواء كان خاصا أو كان عاما، والذي يستفيد أيضا من نفس الحماية المقررة للمنتفع.

### الفقرة الثانية: أركان جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير

ينص الفصل 570 ق.ج، على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم من انتزاع عقارا من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس. فإذا وقع انتزاع الحيازة ليلا أو باستعمال العنف أو التهديد أو التسلق أو الكسر أو بواسطة أشخاص متعددين أو كان الجاني أو أحد الجناة يحمل سلاحا ظاهرا أو مخبأ، فإن الحبس يكون من ثلاثة أشهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى سبعمائة وخمسين درهما".

حسب مضمون هذا الفصل، فإنه ولكي يتم العقاب بالحبس والغرامة، لابد من توفر ركن مادي في جريمة الترامي على ملك الغير<sup>2</sup>، والمتمثل في انتزاع عقار من حيازة الغير (أولا)، وركن معنوي يتجلى في نية إجرامية ذات طابع خاص يظهر (ثانيا).

#### أولا: الركن المادي:

من المتعارف عليه أن كل جريمة وحتى تعتبر تامة وكاملة فلا بد من توفرها على نشاط إجرامي، يفضي إلى نتيجة إجرامية، وعلاقة سببية تربط بينهما، وفي محاولة لاكتشاف النشاط الإجرامي في جريمة الترامي على ملك الغير، كان من الضروري أن نقوم بتحديد مضمون الركن المادي لهذه الجريمة، والذي يتجسد في انتزاع عقار من حيازة الغير وذلك عبر التطرق إلى مفهوم الانتزاع القانوني والفعلي (أ)، ثم المقصود بعقار في حيازة الغير (ب).

1 - حسن البكري: الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص 12.

2- محمد بنحسان، الحماية الجنائية للحيازة العقارية، مرجع سابق، ص 32

## أ- مفهوم الانتزاع:

يعني الانتزاع لغة أخذ وجذب الشيء بالقوة، ويقال نزع الشيء ينزعه نزعا فهو منزوع وانتزاعه أي اقتلعه واستلمه ومنه نزع عن الشيء أي كف وامتنع عنه<sup>1</sup>.  
إلا أنه يمكن القول إن الانتزاع المقصود هو الذي يؤدي إلى وضع اليد على العقار بدون إذن حائزه وبدون موافقته صراحة أو ضمنا، ولو لم يتم الدخول إليه والتصرف فيه، إنما مجرد منع الحائز من ممارسة نشاطه المعتاد على العقار. وهكذا يمكن القول بأن فعل الانتزاع يبدأ بنشاط مادي خارجي، يتجسد واقعا في الاستيلاء الفعلي على العقار بشكل يسمح بفرض السيطرة المادية عليه، مما ينتج عنه حرمان الحائز الشرعي من حيازة عقاره، ولعل هذا ما جعل المشرع المغربي يتجنب تحديد مفهوم أو تعريف معين لفعل الانتزاع، مادام أن هذا الأخير من الناحية الواقعية لا يمكن أن يتحقق بصورة أو صور محددة ومحصورة.

فهذا ما يؤكد ما تمت الإشارة إليه في كون الاستغلال لا يصح تحققه واقعا وماديا إلا عن طريق التدليس، أو القوة، أو التهديد...، قبل الخوض في هذه المسألة يجب التذكير بأن الانتزاع كفعل لا يرقى إلى جريمة انتزاع عقار في حيازة الغير مادام المنتزع لم يرافق ذلك الفعل المجرد بأي وسيلة من الوسائل المذكورة في الفصل 570 ق.ج.

في ظل هذا، فإن مجرد الدخول العرضي لا يمكن اعتباره جريمة ترامي على ملك الغير، في حين أن الركن المادي لهذه الجريمة يكون محققا عند حرمان صاحب الحيازة من حيازته ولو لم يتم فعليا هذا الدخول العرضي للمنتزع الذي قد يكتفي بوضع اليد بوسائل أخرى كوضع السياج أو المنع من دخول المنزل أو الأرض...<sup>2</sup>.

إذن، فكل انتزاع أدى إلى حرمان الحائز من الانتفاع بحيازته، وقطع العلاقة بينه وبين العقار المحازيرقي إلى صميم الفعل المادي لجنحة الترامي على ملك الغير.

## ب- أن ينصب الانتزاع على عقار في حيازة الغير:

لقد قام المشرع المغربي بتقسيم العقار بمقتضى القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية<sup>3</sup> إلى عقارات بالطبيعة وعقارات بالتخصيص، وتولت كل من المادة 6 والمادة

1 - ابن منظور: لسان العرب، مج 13، ط جديدة ومنقحة، ط6، دار صادر، بيروت، 2008، ص: 233.

2 - مصطفى حلمي: الحماية القانونية للعقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001، ص 106.

3 - ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 - 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

7 منه تبيان المقصود بالعقارات بالطبيعة والعقارات بالتخصيص مع حذف ما كان ينص عليه ظهير 2 يونيو 1915 الملغى بشأن العقارات بحسب المال الذي تنسحب عليه. وقد أقدم المشرع على تعريف العقار بالطبيعة في المادة 6 من المدونة بقوله: "العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته". فإذا كان هذا الموقف التشريعي لا يطرح إشكالا بخصوص العقار بالطبيعة عند تطبيق مقتضيات الفصل 570 ق.ج، فإنه يظل مهما بخصوص العقارات بالتخصيص، وكذلك الأملاك الجماعية والحقوق العينية، خصوصا وأن الفصل الأخير بدوره جاء عاما ولم يحدد شكل العقار الخاضع لمقتضياته، إلا أنه من الضروري الإشارة أن العقار المنتزع ودائما حسب الفصل 570 ق، فهو الذي يخرج من حيازة صاحبه ولكن يبقى في مكانه دون أن ينتقل إلى مكان آخر، وهذا هو الاختلاف بين فعل الانتزاع المقصود في الفصل 570 ق.ج وفعل السرقة المعاقب عليه في الفصول 505 و 512 و 518 من ق.ج حسب الحالات. حيث أن السرقة المنصبة على العقار بالتخصيص لا بد لفعالها الإجرامي أن يحدث انصرافا وتحولات في مكان وزمان العقار المسروق، مما يعني أن يكون الفعل المادي للسرقة مقرونا بنية التملك ونقل الشيء من مكانه إما لبيعه أو تبيده<sup>1</sup>، مما يمكن القول معه بأن القصد الجنائي يبقى حدا فاصلا في التمييز بين فعل الانتزاع وفعل السرقة المنصبين على العقار.

### ثانيا: الركن المعنوي:

يتطلب قيام الركن المعنوي في جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير، توفر القصد الجنائي الذي يتمثل في النية الإجرامية لدى الجاني، إلا أنه في بعض الأحيان من الضروري توفر قصد جنائي خاص تبعا لخطورة الفعل الجرمي. وباستقراء المقتضيات الزجرية التي أفردتها المشرع المغربي للحيازة، نجده قد خصص لها فصلا وحيدا يحميها من جريمة الترامي وهو الفصل 570 ق.ج، مما يؤدي إلى جعل هذه الجريمة تتميز بخصوصيات تجعلها مختلفة عن باقي الجرائم، خاصة عندما نطلع على مضامين هذا الفصل والتي جاءت ضمن فقرتين تعدد مجموعة من الوسائل، التي يشكل توفرها الركن المعنوي لهذه الجريمة، حيث يبقى القاضي في القول بتحقيق هذا الركن ملزما

1 - ماني حمادي: شروط إعمال الحماية الجنائية للحيازة العقارية في التشريع الجنائي المغربي والمقارن - تونس ومصر نموذجا، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 26، فبراير 2006، ص 15.



بإبراز مدى توفر إحدى تلك الوسائل من عدمه أثناء تعليل حكمه، ومن ثم خضوع الفعل للأحكام الجزية أو إدراجه ضمن الأحكام المدنية.

والركن المعنوي هو توجه إرادة الجاني إلى تحقيق النشاط الإجرامي، ويكون الهدف منه هو مخالفة القانون، فانصراف المجرم إلى تحقيق الفعل الجرمي بعد أن يكون قد قرر القيام به، وبهذا لا يكفي لقيام جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير مجرد انتزاع الحيازة وانتزاعها، بل لابد من توافر عنصري: الركن المادي والركن المعنوي، ولأجل أن تتوفر للحائز الحماية الجنائية يجب أن يلازم انتزاع الحيازة - الركن المادي - العنصر المعنوي أو القصد الجنائي<sup>1</sup>.

ويتوفر القصد الجنائي في جريمة الاعتداء على حيازة الملك العقاري بتوجيه الفاعل إراداته إلى تجريد الحائز من حيازته للعقار، مع علمه بحقيقة ما يقدم عليه من الناحية الواقعية، أي إدراكه بأنه يقوم بإخراج ملك عقاري من حيازة صاحبه وحرمانه من الحقوق التي يمارسها بهذه الحيازة، إذ تكون الغاية من الدخول إلى العقار هي احتلاله وحرمان حائز من الاستغلال حتى ولو كان هذا الأخير يتصرف في العقار بلا حق شرعي ولا عبرة في ذلك ما إذا كان المنتزع هو المالك للعقار أو لا، إذ الحماية مقررة للحائز لأن المشرع يهدف بهذه الحماية إلى عدم الإخلال بالأمن العام وعلى من يملك حق العقار أن يلتجئ إلى القضاء لاستصدار حكم باسترجاع حقه.

ويتحقق القصد الجنائي ولو كان الجاني لا يقصد تملك العقار المنتزع أو حيازته كما إذا كان هدف مجرد الانتقام فقط كما ينتفي القصد الجنائي بالجهل والغلط كما يغلط الجاني في موقع العقار وحدوده<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: وسائل انتزاع الحيازة العقارية وعقوبتها

لقد قام المشرع المغربي بتحديد مجموعة من الوسائل من خلال الفصل 570 من ق.ج الذي يعاقب على ارتكاب جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير، هذه الوسائل التي يتم بها إتيان الفعل المادي لهذه الجريمة، حيث أنه باقتران هذا الفعل بأحد تلك الوسائل أو ببعضها يكون الفاعل مرتكباً لجريمة انتزاع عقار من حيازة الغير ويتم الحكم عليه بالعقوبة المقررة لذلك الفعل.

1 - إبراهيم البكري: حماية الحيازة بين مقتضيات القانون المدني والقانون الجنائي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ماستر العقار والتنمية، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2012/2013، ص: 72.

2- أحمد بنعجيبة: جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير، مجلة الإشعاع عدد 24 دجنبر 2001، ص 87.

### الفقرة الأولى: وسائل انتزاع الحيابة حسب مقتضيات الفصل 570 ق.ج

في هذه الفقرة سنتعرض لوسائل انتزاع الحيابة طبقا للفقرة الأولى من الفصل 570 ق.ج (أولا)، ثم لوسائل انتزاع هذه الحيابة طبقا للفقرة الثانية من نفس الفصل (ثانيا).

#### أولا: وسائل الانتزاع طبقا للفقرة 1 من الفصل 570 ق.ج:

حتى يمكن مؤاخذة المتهم بجريمة انتزاع عقار من حيابة الغير والحكم عليه بالعقوبة المقررة في الفقرة الأولى من الفصل 570 ق.ج أن يتم انتزاع الحيابة إما عن طريق الخلسة (أ) أو عن طريق التدليس (ب).

#### أ- استعمال الخلسة:

عرف جانب من الفقه الخلسة بكونها: الاستيلاء على العقار بسرعة وفي غفلة من الحائر كالقيام بحرث الأرض أو غرسها في ظرف وجيز أثناء غيبة الحائر السابق أو ابتعاده عن مكان الأرض لعمل ما<sup>1</sup>؛ والغيبة هنا ليست هي الغيبة المحددة شرعا في الاختفاء والانقطاع عن أنظار الجمهور إلى حد احتمال فقدان أو الموت، وإنما هي عدم حضور المتضرر وعدم تواجده بالعقار الذي استهدفه فعل انتزاع الحيابة، ومن هذا المنطلق، فإنه كلما انعدمت هذه المميزات، فإن الفعل يبقى في حد ذاته عملا مدنيا تسري عليه قواعد القانون المدني والمسطرة ما تعلق منها بالحيابة.

#### ب- استعمال التدليس:

إن مفهوم التدليس في الميدان الجنائي لا يختلف عن مفهومه في الميدان المدني، فإذا كان هذا الأخير يجسده في كل استعمال للوسائل الاحتمالية قصد إيقاع المتعاقد الآخر؛ وصور التدليس لا تقع تحت الحصر بل هي تتعدد بتنوع أساليب الإجرام من الصور التي عرضت على القضاء واستعمل فيها التدليس بدهاء؛ حيث جاء في قرار محكمة النقض: "حيث أن الطاعن لما تسلم المفتاح من المشتكي واستغل ثقته فيه مما يجعل عنصر التدليس في جريمة انتزاع عقار من حيابة الغير متوفرا على النحو المحدد في الفصل 570 من القانون الجنائي"<sup>2</sup>.

1 - عبد السلام النونيو: دور القضاء الزجري في حماية الحيابة العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية 2011-2012 ص: 23.

2 - قرار محكمة النقض عدد 419-3 صادر بتاريخ 1996-3-12 ملف جنحي عدد 27770 (غ.م).

ثانيا: وسائل انتزاع طبقا للفقرة 2 من الفصل 570 ق:

تتجلى هذه الوسائل في انتزاع الحيازة ليلا (أ) أو انتزاع الحيازة بالعنف والتهديد (ب) أو بالتلسق والكسر (ج) أو بواسطة أشخاص متعددين (د) أو باستعمال السلاح (ه).

أ- انتزاع الحيازة ليلا:

لم يعرف القانون الجنائي الليل كأحد عناصر ارتكاب جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير، وقد تم الاكتفاء بالتعريف الفقهي اعتمادا على المفهوم الفلكي وهو الفترة الزمنية الممتدة من غروب لشمس إلى شروقها في اليوم الموالي، أي الفترة التي يخيم فيها الظلام والتي تكون فيها الجريمة أشد خطرا وأكثر سهولة.

والحكمة من تشديد العقوبة في هذه الحالة، هي أن الليل هو الوقت الذي يأوي فيه الناس للراحة من عناء الأعمال، فالمجني عليه يباغت بالجريمة، وقد خلد إلى الراحة واستسلم إلى النوم فلا يمكنه الدفاع عن حرمة مسكنه كما كان سيدافع أثناء النهار<sup>1</sup>.

ب- انتزاع الحيازة بالعنف أو التهديد:

يقصد بالعنف في جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير كل ما يقوم به الجاني ضد الأشخاص لإجبارهم على عدم التعرض له في سبيل ارتكاب الجريمة<sup>2</sup>. وإن كان العنف الذي يعتد به هو الذي يقع على الأشخاص لا على الأشياء حسب هذا الرأي، فإن هناك من يذهب إلى ضرورة التوسع في مفهوم العنف ليشمل العنف ضد الحيوانات أو الأشياء، كمنع حيوانات صاحب الحيازة من الدخول أو إخراجها من العقار بالقوة وكذلك استعمال القوة ضد الأشياء بغير الكسر والتلف، مثل تحويل مجرى المياه وردم منبعه أو وضع حواجز تمنع الدخول إلى الملك العقاري<sup>3</sup>، وبذلك فالعنف الذي يعتد به في إطار الفصل 570 ق.ج، قد يكون موجها ضد الحائز نفسه أو ضد الأشياء الموجودة في العقار<sup>4</sup>.

أما التهديد فلا يقتضي استعمال العنف وإنما يقتصر على التلويح به فقط، والتهديد بالعنف قد يكون صريحا يوجهه منتزع الحيازة علانية على من يحاول اعتراضه فيها عزم عليه، وقد يكون ضمنيا يستفاد من الملابس والمظاهر المحيطة بعملية الانتزاع، وهكذا يستنتج التهديد بالعنف من مجرد استيلاء المتابع على العقار بمحضر حائزه السابق، فتحديه

1 - جواد الهروس: الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي. رسالة لنيل دبلوم ماستر الدراسات العليا، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، سنة 2009، ص: 199.

2 - إبراهيم البكري: حماية الحيازة العقارية بين مقتضيات القانون المدني والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص: 168.

3 - أحمد الخليلشي: شرح قانون المسطرة الجنائية، ج2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ط5، 2001، ص: 469.

4 - طارق السباعي: تطبيقات جنائية ج2، مطبعة الصومعة، الرباط، ط 1988، ص: 46.

للحائز قرينة على عزمه استعمال العنف إذا بدا أي رد فعل<sup>1</sup>، حيث يكفي أن يصدر من الجاني ما يفيد عزمه على استعمال العنف من مظاهر مادية توجي بأن في نيته استعماله، وبذلك اعتبر المشرع أن التهديد بالعنف كالعنف نفسه<sup>2</sup>.

#### ج- التسلق أو الكسر:

المقصود بالتسلق هو دخول الأماكن المسورة من غير أبوابها مهما كانت طريقتة، يستوي في ذلك استعمال سلم أو حبل أو الصعود على الجدار أو القفز إلى الداخل من نافذة أو الهبوط إليه من أي ناحية كمنزل مجاور أو سور مبني<sup>3</sup>.

ويعرف الفصل 513 ق.ج التسلق بأنه: "يعد تسلقا للدخول إلى منزل أو مبنى أو ساحة أو حظيرة أو أية بناية أو حديقة أو بستان أو مكان مسور، ذلك بطريق تسور الحوائط أو الأبواب أو السقوف أو الحواجز الأخرى".

#### د- انتزاع الحيازة بواسطة أشخاص متعددين:

يتوفر عنصر التعدد عندما ترتكب جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير من طرف شخصين فأكثر، ساهموا في تنفيذ الأفعال المادية لجريمة انتزاع الحيازة، ولا يقف دورهم عند المشاركة لأن ظرف التعدد مقصور على تعدد المساهمين دون غيرهم حسب ما جاء في الفصل 129 من القانون الجنائي.

#### هـ- استعمال السلاح:

لقد حاول المشرع إعطاء تعريف للسلاح وذلك بموجب الفصل 303 من القانون الجنائي والذي ينص على أنه: "يعد سلاحا في تطبيق هذا القانون جميع الأسلحة النارية والمتفجرات وجميع الأجهزة والأدوات والأشياء الوافرة أو الراضة أو القاطعة". من خلال الفصل 570 يمكن القول، أن هذه الجريمة تقوم كلها بتوفر الركن المادي لها مقترنا بظرف واحد من هذه الظروف، وتبعا لذلك فإن توفر ظرف واحد يغني عن باقي الظروف في قيام الجريمة بجميع عناصرها، وأن ما يجب توضيحه هو نوع هذا الظرف لمعرفة العقوبة التي ستطبق<sup>4</sup>.

1 - أحمد الخليلشي: م س، ص: 469.

2 - أبو مسلم الحطاب: العقار بالطبيعة وقواد حمايته جنائيا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص - وحدة التكوين والبحث القانوني المدني، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص: 81.

3 - حامد عكاز وعز الدين الدين: الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، ص: 554.

4 - عبد الحفيظ بلقاضي: القانون الجنائي - القسم الخاص - دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، ص: 184 - 185.

## الفقرة الثانية: العقوبات الجنائية المقررة لحماية الحيابة العقارية

إن المشرع عاقب كل من يعتدي على هذا الحائز بانتزاعه منه للعقار بإحدى الوسائل المشار إليها في الفصل 570 من القانون الجنائي، يكون قد ارتكب جريمة انتزاع عقار من حيازة الغير ويتعرض للعقوبة المنصوص عليها في هذا الفصل.

### أولاً: العقوبة المقررة طبقاً للفقرة 1 من الفصل 570 ق.ج:

يتضح من خلال مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 570 ق.ج، أن المشرع أفرد عقوبة مخفضة هي الحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين درهم إلى خمسمائة درهم. وهذه الفقرة لا تثير أي إشكال حيث تكون هذه العقوبة قاصرة على حالي انتزاع العقار من الغير إما باستعمال الخلسة أو التديليس مع عدم وجود أي ظرف من الظروف المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل المذكور، وإن توافر ظرف واحد يغني عن باقي الظروف في قيام الجريمة بجميع عناصرها.

### ثانياً: العقوبة المقررة طبقاً للفقرة 2 من الفصل 570:

يطرح السؤال حول الظروف التي عددها المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 570 من ق.ج، والتي أوجب لتطبيق عقوبتها أن يقترن أحدها أو بعضها بالسلوك المادي للجريمة، فهناك من يعتبر<sup>1</sup> أن الظروف المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 570 من ق.ج هي ظروف مشددة للجريمة المذكورة في الفقرة الأولى منه، وهذا يعني أن الفصل 570 يتعلق بجريمة واحدة، وأنه يتعين على المحكمة التي تنظر في الجريمة أن تبرز ذلك في حكمها ومع توافر أحد الظروف المذكورة في الفقرة الثانية عنصر الخلسة أو التديليس، حيث أن حماية الملكية العقارية طبقاً لمضمون الفصل 570 ق.ج، لا تقوم إلا في حالة انتزاع العقار من حيازة صاحبه خلسة أو باستعمال التديليس، أما في غياب أحد هذين العنصرين فلا مجال لتكليف الفعل الجرمي بجريمة الاعتداء على الملكية العقارية وإنما يجب البحث عن وصف آخر<sup>2</sup>.

1 - طارق السباعي: مرجع سابق، ص: 45.

2 - العربي مياد: الحماية الجنائية للملكية العقارية، مجلة القانون المغربي، ع11، مارس 2007، ص 35.

## المبحث الثاني: دور القضاء في حماية الحيابة العقارية وتحقيق الأمن

### العقاري

فالقضاء بصنفيه قضاء الحكم وقضاء النيابة العامة؛ يعتبر الحامي الطبيعي للحقوق بصفة عامة، وفي مجال الملكية العقارية، يعد من أهم الآليات القانونية الرامية إلى حماية الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها، أما بالنسبة للنيابة العامة فإن الآليات التشريعية المخولة لها في نطاق حماية الملكية العقارية، منها ما تتقاسمها مع باقي أجهزة الدولة ومنها ما تنفرد بها لطبيعة مركزها، أضف إلى ذلك أن النيابة العامة مؤسسة قضائية منوط بها رفع الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء نيابة عن المجتمع كلما تعلق الأمر بجرائم انصببت على الملكية العقارية وسلطتها في هذا المجال لتعزيز الأمن العقاري من أجل تحصين الملكية العقارية والرفع من قيمتها الاقتصادية والائتمانية، أما فيما يتعلق بقاضي التحقيق كجهاز قضائي، فهو الساهر على ما يعتبر من أهم وأخطر مراحل النظر في الدعوى العمومية سواء كان ذلك أمام المحاكم العادية أو المحاكم الاستثنائية، إذ يملك سلطات واسعة للتقرير في حرية الأفراد وممتلكاتهم، كما يتولى مباشرة مهامه من خلال العديد من النصوص القانونية المعقدة، والتي تترك له هامشا واسعا من السلطة التقديرية المتوقفة في الأساس على مهاراته العلمية والعملية.

### المطلب الأول: نطاق تدخل النيابة العامة في منازعات الحيابة العقارية.

حفاظا على استقرار المراكز القانونية للأطراف إلى أن تتغير بحكم قضائي، وحفاظا للأمن العام والحيولة دون حصول الأفراد على ما يدعونه من حقوق عن طريق الجريمة، وبغير الالتجاء إلى القضاء وضمانا لاستقرار الأوضاع الناشئة عن الحيابة؛ فقد خول المشرع للنيابة العامة تحت ضوابط معينة وإجراءات قانونية لحماية المتضرر من جرائم الاعتداء على الحيابة.

### الفقرة الأولى: صلاحيات النيابة العامة في حماية الحيابة العقارية.

لقد منح المشرع الجنائي المغربي للنيابة العامة صلاحيات تحت مساطر وإجراءات معينة لحماية الطرف المتضرر من جرائم انتزاع الحيابة العقارية.

## أولاً: شروط تدخل النيابة العامة:

تنص الفقرة الثامنة من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "يجوز له (أي لوكيل الملك) إذا تعلق الأمر بانتزاع حيازة بعد تنفيذ حكم من يأمر باتخاذ أي إجراء تحفظي يراه ملائماً لحماية الحيازة أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه".

واضح إذن، أن النص صريح في إسناد اختصاص جديد للنيابة العامة، مؤداه إرجاع الحيازة إلى الأشخاص الذين كانت لهم بموجب حكم قضائي، ثم انتزعت منهم بفعل جرمي يرتكب بعد تنفيذ الحكم، وهو إجراء يهدف إلى محو آثار الجريمة في انتظار صدور حكم قضائي قد تطول إجراءاته<sup>1</sup>. غير أن تدخل النيابة العامة رهين بتوفر الشرطين الآتيين:

### 1- تحقق اعتداء على الحيازة العقارية بعد تنفيذ حكم قضائي:

ويتحقق انتزاع حيازة العقار من يد الغير بقيام بنشاط مادي خارجي يجسده من الناحية الواقعية في الاستيلاء الفعلي على العقار بشكل يؤدي إلى فرض سيطرة مادية عليه، الأمر الذي ينتج عند حرمان الحائز الشرعي من حيازته. كما يتحقق الانتزاع أيضاً ولو لم يشغل الجاني ما نزع من غيره بحرمانه منه كمنعه من استغلاله، خلافاً للاتجاه الذي يشترط تحقق احتلال بشأنه من طرف المعتدى بثبوت الجرم، والذي لا ينصف الضحية ويجعل الجاني في حالة لا عقاب رغم ما ارتكبه من جرم<sup>2</sup>.

### 2- عرض الأمر على القضاء في أجل معين:

إن حماية المشروعية والقانون تقتضي أن يعرض الإجراء المأمور به من طرف النيابة العامة في مجال الحيازة العقارية على الهيئات القضائية المختصة بمراقبته وذلك حسبما تقتضي به صياغة المادتين 40 و49 من قانون م.ج.

وعموماً يتعين على النيابة العامة متى أمرت بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو بأي إجراء تحفظي لحماية الحيازة أن تعرض عملها على المحكمة أو قضاء التحقيق المختصين، داخل أجل ثلاثة أيام ابتداء من اليوم التالي لصدوره.

## الفقرة الثانية: فعالية الصلح وأثره في حماية الحيازة العقارية.

إن المشرع على غرار التشريعات الحديثة قد خول للنيابة العامة التدخل في المنازعات المعروضة عليها من خلال آلية الصلح والذي يعد بديلاً للعقوبة السالبة للحرية بوسيلة

1- نجيب شوقي: قراءة في المقترحات الجديدة الواردة في الفرقة الثامنة من الفصل 40 من ق.م.ج، الجديد 20.01 عرض ألقى بمقر محكمة الاستئناف بالحسيمة غير منشور ص: 7.

2- يحيى الحسن: الحيازة وحمايتها في الميدانين المدني والجزري، المعيار عدد 30 يونيو 2003/ ص: 157.

حضرية<sup>1</sup>، تتماشى مع التوجهات الحديثة للسياسة الجنائية التي بواسطتها يتمكن الأطراف من فض المنازعات بطرق سلمية تغني من اللجوء الى القضاء، وإسوة بالعديد من التشريعات المقارنة؛ عمد المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية الجديدة إلى تبني مبدأ الصلح بالمادة 41 من ق.م.ج<sup>2</sup> كألية حديثة وحضرية لاستبدال العقوبة السالبة للحرية ولفض النزاع قبل تحريك الدعوى العمومية، وتكمن إيجابيات هذه المسطرة في النقاط الآتية:

- تخفيف العبء على المحاكم وريح الوقت.
  - جعل القضاء يركز مجهوده على القضايا الأساسية.
  - محاربة البطء في البت في القضايا خاصة منها ما يرتبط بحرية الأفراد.
  - تطويق النزاعات القائمة بخصوص بعض الجرائم المحدودة.
  - تخفيف الاكتظاظ الذي تعاني منه السجون.
  - تحقيق نوع من التوازن بين حقوق الإنسان وحقوق المجتمع.
- ويخول موضوع الصلح<sup>3</sup> القضائي في مراجعة أطراف النزاع بمحض إرادتهم أو باقتراح من النيابة العامة "وكيل الملك أو نائبه" لفض النزاع بشكل حي مع توثيق الصلح بمحضر رسمي، وما من شك في أن هذا الإجراء يوطد العلاقة الإنسانية بدل إقامة الدعوى العمومية التي قد تنتهي بإدانة أحد الأطراف، مما يكرس البغضاء والحقد في النفوس وعدم رضى المحكوم عليه بالعقوبة.

وقد أكدت المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية الجديد على الطابع الاختياري وليس الإلزامي للصلح وجعله من اختصاص النيابة العامة. علما بأن القانون الجديد حافظ لها على اختصاصاتها التقليدية في حماية المجتمع وإقامة الدعوى العمومية واستعمال حق الملائمة، كما سمح فقط بالمصالحة في بعض القضايا للحفاظ على علاقات الاستقرار الاجتماعية. ويتوفر قاضي النيابة العامة على سلطة تقديرية في التحري والبحث عند

1- لحسن بيهي، أي دور للنيابة العامة في أفق قانون المسطرة الجنائية الجديد، مقال منشور بمجلة انفاص حقوقية، العدد الثاني، دجنبر 2003، ص 62.

2 - عبرت الصيغة الأولية لمشروع قانون المسطرة الجنائية المقدمة من طرف مديرية الشؤون الجنائية والعمومي على كلمة الصلح بمصطلح السدد، وقد أثار هذا التعبير جملة من الملاحظات أثناء مناقشة المادة 41 من ق.م.ج في لجنة العدل والتشريع ليتفق النواب في النهاية على استبدال كلمة سدد بكلمة صلح.

3 - يمكن تعريف لفظ السدد اصطلاحيا كما ورد في لسان العرب لابن منظور بأنه: "القصد في القول والوفق والإصابة والتسديد والتوفيق للسداد أي للصواب"، كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حفاها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح"، راجع جلال ثروت: في نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الحديثة للطبعة الأولى 1997 الإسكندرية.



مباشرة لإجراء الصلح، وهو بهذه الصفة لا ينصب نفسه مكان أطراف النزاع بل يقترح ولا يلزم، كما أنه يوضح ويفسر ولا يمارس أي ضغط.

### المطلب الثاني: دور قضاء التحقيق في حماية الحيازة العقارية

يعد التحقيق مرحلة مهمة وبارزة للنظر في الدعوى العمومية، أمام المحاكم العادية والاستثنائية على حد سواء، أوكل المشرع القيام به إلى جهاز قضائي مستقل عن جهازي المتابعة والحكم، وهكذا فقاضي التحقيق يعتبر أهم جهة خصها قانون المسطرة الجنائية، بأمر القيام بترجمة مسطرة التحقيق إلى إجراءات ملموسة وعملية<sup>1</sup>، باعتباره يشكل قناة وسطى بين مسطرتي البحث التمهيدي والمحاكمة النهائية، ولهذا لا يمكن لقضاء الحكم أن يتدخل في عمله إلا باتخاذ إجراء معين أو الامتناع عنه.

### الفقرة الأولى: الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

بالرجوع إلى المادة 142 من القانون الجنائي، يمكن القول أنه في حالة تحقق اعتداء على الحيازة العقارية، يجوز لقاضي التحقيق الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وهو اختصاص يتقاسمه مع مؤسسة النيابة العامة ولكن بشروط مغايرة، وبالتالي يمكن القول أن قاضي التحقيق حسب المشرع المغربي يجمع بين اختصاصين: إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه<sup>2</sup>، ومراقبة نفس الإجراء إذا ما قدمت به النيابة العامة.

وفي إطار المادتين 40 و 49 من القانون الجنائية، يجعلنا نتساءل عن مدى هذه المراقبة في ظل الهيمنة الكبرى للنيابة العامة وعدم التكافؤ بين المؤسساتين لأنه لا يعقل أن يختص قاضي التحقيق كدرجة ثانية لمراقبة الأمر والقاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو أي إجراء تحفظي لحماية الحيازة أمرت به النيابة العامة، فهذا الأمر سيؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية للأطراف فكان المشرع حرياً أن يمنح صلاحية المراقبة للمحكمة<sup>3</sup>.

1 - محمد أحداق: شرح المسطرة الجنائية - مسطرة التحقيق الإحصائي - الجزء الثاني، طبع وتوزيع مكتبة سجالمة، الطبعة الأولى، مكناس، 2005، ص: 9.

2 - إن التوجه السليم هو اعتبار إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من النظام العام، طالما أن هذا الإجراء مرتبط بالدعوى العمومية، وأنه لا يمكن للأطراف الاتفاق على إمكانية الإفلات من العقاب وعدم جدوى هذا الاتفاق على فرض وجوده، وما دام أن من حق المحكمة أن تثيره تلقائياً، فإن قاعدة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من النظام العام، وأن الأمر بذلك لا يعتبر خروجاً عن مبدأ حياد القاضي أو الحكم بما لم يطلبه منه الخصوم، لأنه متى كانت القاعدة متعلقة بالنظام العام فإنه يكون من حق المحكمة أن تحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه دون أن تحتاج في ذلك إلى طلب من الخصوم.

3 - ينص الفصل 106 من القانون الجنائي على أن: " الرد هو إعادة الأشياء أو المبالغ أو لأمتعة المنقولة الموضوعة تحت يد العدالة إلى أصحاب الحق فيها، ويمكن للمحكمة أن تأمر بالرد ولو لم يطلبه صاحب الشأن.

ومن خلال كل هذا، نجد اختصاص قاضي التحقيق بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ليس اختصاصا أصيلا أي مرتبطا بجنحة انتزاع عقار من حيازة الغير بمفهوم الفصل 570 من ق.ج، وإنما الظاهر أنه اختصاصا مرتبطا بتكليف الأفعال المرتكبة بوصف أشد، يجعلها خاضعة للتحقيق الإلزامي أو الاختياري كما هو الشأن بالنسبة لحالتي ارتباط فعل الاعتداء على الحيازة العقارية أو ارتباطه بجنح أو جنایات مما يوجب التحقيق فيها، إما بصفة قانونية أو اختيارية، ومن غير هاتين الحالتين نعتقد أنه لا مجال للحديث عن اختصاص قاضي التحقيق في منازعات الحيازة.

### الفقرة الثانية: التنفيذ

من اللازم لتحقيق غاية تشريع الفصل 570 ق.ج بالحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، هو تنفيذه وترجمته على أرض الواقع، إلا أن هذا التنفيذ كثيرا ما يطرح صعوبات جمة تتعلق أساسا بالجهة المكلفة بتنفيذه، وكذا الجهة المختصة بالبت في صعوبة تنفيذه. ومهما يكن من أمر، فإذا اعتبر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تعويضا مدنيا فإنه يتم الحكم به في إطار الدعوى المدنية التابعة التي يمارسها الطرف المتضرر، ويخضع تنفيذه لمسطرة تنفيذ الأحكام المدنية حسب مقتضيات القسم التاسع من ق.م.م، وحسب هذه المقتضيات فإن تنفيذ الحكم يتم بناء على طلب من المستفيد أو من ينوب عنه<sup>1</sup>، ويتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك بعد الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وتبليغ الحكم موضوع التنفيذ للمحكوم عليه، ولا يتم التنفيذ إلا بعد استصدار شهادة من كتابة الضبط تفيد عدم الطعن بالتعرض أو الاستئناف ضد الحكم موضوع التنفيذ، وإن كان قابلا للطعن بالنقض أو تم الطعن فيه لأن هذا الأخير لا يوقف التنفيذ حسب مقتضيات الفصل 361 ق.م.م.

أما إذا اعتبر الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه جزءا من العقوبة الجزائية، فإن المسطرة المتبعة في تنفيذه تخضع لقواعد المسطرة الجنائية المتعلقة بتنفيذ المقررات القضائية، خاصة الفصل 597 الذي ينص على أنه: "تقوم النيابة العامة والطرف المدني كل فيما يخصه بتتبع تنفيذ المقرر الصادر بالإدانة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القسم، وإذا تعلق الإشكال في التنفيذ بالصعوبة الوقتية التي تنصب على الحكم الصادر في الدعوى المدنية التابعة، فإن الاختصاص في نظرنا ينعقد حتما لقاضي المستعجلات للبت

1 - الفصل 429 من، قانون المسطرة الجنائية.

فيه<sup>1</sup>. يقع التنفيذ بطلب من النيابة العامة عندما يصبح المقرر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية أو الطعن بالنقض لمصلحة الأطراف"<sup>2</sup>.

وعليه، فالحكم بإرجاع الوضع إلى حاله يستلزم قانونا التمتع بحجية أمام القاضي المدني، ففصل المحكمة الجزرية في موضوع الإرجاع يمنع المحكمة المدنية من إعادة البت في نفس الموضوع، ويتعين عليها أن تعتد بما جاء في الحكم الجنائي حتى لا يكون حكمها مخالفا لمقتضيات القواعد العامة ولقاعدة"، وذلك راجع لسبقية البت وحتى لا تتضارب الأحكام وتتعارض الاختصاصات<sup>3</sup>.

لكن إذا ما ثبت وأن قامت المحكمة الجزرية بعدم الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، معتبرة الأمر يدخل ضمن الدعوى المدنية، فإن الحكم الجنائي الذي أثبت الاعتراف على الحيازة وأدانه لا تكون له أدنى حجية أمام القضاء المدني الذي من حقه البحث في موضوع الإرجاع كموضوع جديد تماما عن ذلك الذي تعرض له الحكم الجنائي، ويقوم أثناء ذلك في البت في طلب المتضرر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه<sup>4</sup>.

### خاتمة:

نظرا للمكانة التي منحها المشرع المغربي للحيازة العقارية لكي تكون سببا للملكية، فإنه منحها الحماية المدنية والجنائية من أجل تحقيق الأمن العقاري، ذلك من خلال تجريم الاعتداء على الملكية العقارية، ورغم أن القضاء الجزري يساير التطورات والاعتداءات التي تتعرض له الملكية العقارية، فإنه يتعين مواكبة هذه المجهودات من خلال سن مقتضيات تشريعية حديثة تعزز الترسنة القانونية المغربية لسد القصور الذي تعرفه المقتضيات الجنائية المنظمة للحماية الجنائية للحيازة العقارية سواء من الجانب الموضوعي أو الإجرائي، ذلك من أجل تحقيق عدالة عقارية ببلادنا وأمن عقاري.

1 - كنزة غنام، الأحكام الصادرة عن القضاء الجزري في الدعاوى العقارية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2011، ص 124.

2 - حسن البكري: الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي، مرجع سابق، ص: 124.

3- نجيب شوقي: م س، ص: 112.

4 - عدلي أمير: الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1993، ص: 196.

## توجهات القضاء الإداري حول آلية الطعن في قرار التحفيظ العقاري

ذ. محمد براد

باحث في القانون العقاري

### مقدمة:

إذا كان القضاء ملزما باحترام كل حق مقرر قانونا لفائدة شخص أو جهة ما، باعتباره مفروضا على سائر المكلفين به ويقتضي احترام سائر الناس له، فإن الحقوق في هذه الحالة تستند في وجودها أساسا إلى القانون، لأنه هو الذي ينظمها ويحميها، وهنا تكمن مكانة القضاء الإداري في حمايته للحقوق والحريات.

وإذا كان القضاء الإداري يعد قضاء الشرعية فإن دفع الاعتداء يعد من صميم مبدأ الشرعية، فإن القاضي الإداري هو حامي الملكية الخاصة وحارسها من كل مساس من أي طرف.

وتمتاز الرقابة القضائية على أعمال الهيآت الإدارية بطابعها الدستوري، وهو ما يعكس أهمية الرقابة باعتبارها وسيلة قانونية وقضائية لمعينة كيفية تطبيق القانون، من طرف الهيآت وتصحيح القرارات والممارسات الخاطئة أو غير المشروعة، بردها إلى الشرعية بشكل يضمن سيادة القانون وضمن المساواة أمامه<sup>1</sup>.

لابد من الإشارة هنا في هذا المقام إلى أن موضوع الرقابة القضائية على قرارات المحافظ على الأملاك العقارية، كان دائما محل اهتمام وانشغال الباحثين من جهة، لأنه مجال خصب لتقاطع الفقه الإداري والعمل القضائي اتفاقا واختلافا، ومن جهة أخرى لأن القرارات المذكورة هي تمظهر واقعي وتجسيد مادي لتعامل مرفق عام وحساس، هو مرفق المحافظة العقارية مع مرتفقيه من المواطنين، وما يفرزه هذا التعامل من طعون تعرض على القضاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نورا الحجامي الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري، سلسلة البحث القانوني، 7، منشورات مجلة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، ص 69

<sup>2</sup> محمد عبد العتاق، الرقابة القضائية على قرارات المحافظ (الحلقة الثانية)، مقال بجريدة الصباح، بتاريخ 4 يوليوز 2015

وتظهر أهمية التأسيس الدستوري للرقابة القضائية باعتباره ضماناً لعدم تحصين أي قرار إداري أو إفلاته من الطعن، وكذا حظر أي تقييد لممارسة الحق في التقاضي ومخاصمة القرارات الإدارية غير المشروعة<sup>1</sup>.

فقبول الطعن في قرار التحفيظ يكرس سمو الرقابة القضائية كأهم صورة من صور الرقابة على أعمال الإدارة وقراراتها، إذ يعد القضاء الإداري الأقدر على حماية مبدأ الشرعية وحماية الحقوق والحريات.

لكن قبول الطعن في قرار التحفيظ بالرغم من خرقه للمقتضى المنصوص عليه في الفصل 62 من ظ.ت.ع. إلا أننا نلاحظ انقسام آراء القضاء بين مؤيد ومعارض بالرغم من وضوح الدستور، إلا أننا وفي هذا المقام سنحاول مناقشة أسس اتجاه القضاء الإداري المعارض لإلغاء قرار التحفيظ والنتائج المترتبة عنه، على أن تتم معالجة أسس اتجاه القضاء الإداري المؤيد لإلغاء قرار التحفيظ العقاري في مناسبة أخرى إن شاء الله.

### **المطلب الأول: أسس اتجاه القضاء الإداري المعارض لإلغاء قرار التحفيظ.**

يعتبر فقه القانون الخاص بأن قرار التحفيظ العقاري ليس معللاً وليس قابلاً لأي طعن كيفما كان ويكتسي نهائية قطعية لا يمكن إطلاقاً إلغاؤه أو تغييره أو سحبه ولو عن طريق قرارات قضائية تقضي بذلك، انسجاماً مع الفصل 64 من ظ.ت.ع. التي ينص على أنه لا يمكن إقامة أية دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ، وكذا الفصل 62 من نفس القانون الذي ينص على أن رسم الملكية له صفة نهائية ولا تقبل الطعن، وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المسجلة .

فالرغم من أن نهائية الرسم العقاري الذي يؤسسه المحافظ العقاري بعد اتخاذه قرار التحفيظ تطرح عدة نقاشات، إلا أن الاجتهاد القضائي كان في معظم الأحيان يحترم مقتضيات الفصلين 62 و64 من ظهير التحفيظ العقاري.

### **الفقرة الأولى: قوة الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري.**

إن قرار تأسيس الرسم العقاري، فلا يقبل الطعن باعتباره المنطلق الوحيد للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة، وهو ما ينص عليه الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري وأكدته العمل القضائي

<sup>1</sup> محمد الهيني، الأسس والمنطلقات الدستورية لإصلاح وتطوير العدالة، دار الأفاق المغربية، سنة 2013 ص 87

المتواتر على مستوى محكمة النقض، وبالتالي يبقى للمتضرر من التحفيظ المذكور الحق فقط في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن التحفيظ نتيجة التدليس.

#### 1. مظاهر القوة في الفصل 62:

من مظاهر قوة الفصل 62 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07 بشأن الرسم العقاري أن له صفة نهائية، ويعتبر دليلاً قاطعاً على ما سجل فيه عند التحفيظ كما أنه يعد نقطة الانطلاقة الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية المنصبة على العقار المحفظ، بحيث تكون الحقوق المدونة فيه هي الحقوق الوحيدة المتعلقة بالعقار. لا يمكن الطعن فيها ولا إنكارها، وكل حق لم يدون في الرسم يعتبر غير موجود ولا يمكن لأي شخص أن يحتج به مادام لم يعمل على تسجيله أثناء التحفيظ.

يستشف من الفصلين أعلاه أن لهذه القاعدة وجه سلمي وآخر إيجابي. وتكمن الأولى في تحفيظ للعقار وتطهيره من جميع الحقوق السابقة غير المسجلة أثناء التحفيظ فمثل هذه الحقوق تتلاشى نهائياً وتصبح معدومة فلا يمكن الاعتداد لها. أما الوجه الثاني الإيجابي فيتمثل في أن رسم التمليك الذي نظمته المحافظ إثر إنجاز عملية التحفيظ يعتبر صفة نهائية غير قابلة للطعن ونقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية المقررة على العقار وقت تحفيظه. إن كان من شأن تأسيس الرسم العقاري وتطهيره من الحقوق السابقة الحفاظ على الملكية العقارية، وعدم حيازة العقار المحفظ بالتقادم... فإن هذا ينصب في مصلحة المستفيد من التحفيظ بصفة خاصة واستقرار المعاملات بصفة عامة.

وهو نفس الموقف الذي اتبعه المجلس الأعلى أيضاً في قرار صادر عنه بتاريخ 28/10/1992 والذي جاء فيه: "حقاً فإن نص الفصل 62 صريح في أن رسم الملكية له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة... وعليه فما دام أن الحق العيني الذي تطالب به الشركة المطعون ضدها كان موجوداً قبل تأسيس الرسم العقاري فيكون... قد تطهر من ذلك الحق العقار المعني بمجرد تأسيس رسم الملكية الذي لم يشمل، والذي له صفة نهائية ولا يقبل أي طعن، مما لا يسمح معه للمتضرر بإقامة دعوى المطالبة بذلك الحق"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 2605 الصادر بتاريخ 28/10/1992 منشور عند عبد العزيز توفيق: "قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال

وفي قرار للغرفة المدنية في محكمة النقض و هي تنظر في طلبات النقض التي يرفعها الأطراف أكدت منذ أمد بعيد الصفة النهائية للرسم العقاري قضت فيه: " لا يمكن التشطيب على رسم عقاري وإعادة مسطرة التحفيظ لأن رسم الملك الناتج عن التحفيظ له صفة نهائية."<sup>1</sup> ، وفي قرار قضت فيه " إنه طبقا للفصل 62 من نفس الظهير بعد عملية التحفيظ يصبح لرسم الملكية الصفة النهائية ولا يقبل الطعن "

كما أكد القضاء الإداري قاعدة عدم قابلية قرار تأسيس الرسم العقاري للطعن بالإلغاء حيث جاء في قرار لمحكمة النقض " أن قرار التحفيظ باعتباره صادرا عن سلطة إدارية يكون قابلا للطعن بالإلغاء وأمام جهة القضاء الإداري ذلك أن قرار التحفيظ كما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وحسب نص مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 حول التحفيظ العقاري يعتبر قراراتها لا رجعة فيها ومن هذا المنطلق لا يقبل الطعن أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو أمام القضاء العادي، وأن المشرع قد افترض أن بعض الأشخاص قد يتضررون من قرار التحفيظ والحالة أنه ملك للغير أو مقاضاة المستفيد من التحفيظ إذ كان قد استعمل تدليسا أو تزويرا للوصول إلى العقاري اسمه"<sup>2</sup>.

بل إن الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض اعتبرت حصانة الرسم العقاري وقوة الفصل 62 والتنصيصات الواردة به، والتي تشكل عنوانا للحقيقة قرينة مطلقة في إثبات ملكية من حفظ العقار باسمه ترتب الحماية القضائية وتخول لمالكة طلب استرداده من غاصبه بالمسطرة الاستعجالية وهكذا قضت محكمة النقض أن " قاضي الأمور..... يختص بالنظر من يحتل عقارا محفظا دون أن يكون مسجلا برسمه العقاري ولو استظهر بعقد أو أي وثيقة أخرى "<sup>3</sup>. وفي قرار آخر جاء فيه " من حق المالك الذي ثبت ملكه برسم عقاري أن يرفع أمره إلى قاضي المستعجلات ليجعل حدا لكل تعد يمس بحقه، وأن ذلك تدبير مؤقت مستعجل تحتمه الميزة الخاصة بالرسم العقاري الذي يلزم الجميع مضمونه"<sup>4</sup>

وإمعانا في الفصل 62 من ظ.ت.ع. والاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض، يتضح أن قرارات المحافظ العقاري بتأسيس الرسم العقاري لا تقبل الطعن سواء أمام القضاء الإداري أو أمام القضاء العادي ذلك أن قراراتها تعتبر نهائية لا رجعة فيها. وأمام هذا

أربعين سنة " ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1999، ص 206 وما بعدها

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 2212 بتاريخ 1998/04/01 ملف مدني عدد 95/1/2164

<sup>2</sup> قرار عدد 420 الصادر في 2002/4/11 ملف إداري عدد 99/1/4/24

<sup>3</sup> قرار عدد 688 الصادر بتاريخ 1978/1/8 ملف مدني عدد 66942

<sup>4</sup> قرار مدني عدد 110 صادر بتاريخ 1971/4/21

الوضع حاول المشرع المغربي التلطيف من حدة هذا النص التشريعي من خلال منح المتضررين رفع دعاوى للتعويض وجبر الضرر سواء على المحافظ العقاري أو على المستفيد من التحفيظ.

2. نطاق الحقوق العينية الواردة في الفصل 62:

إذا كان الاتجاه الفقهي المؤيد للتحسين التشريعي لقرار التحفيظ " يتشبه بحرفية الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري و يذهب إلى القول بأن قاعدة التطهير عامة و مطلقة تسري على الجميع "سواء تعلق الأمر بخلف خاص أو خلف عام أو غيره"<sup>1</sup>، و سواء تعلق الأمر بحق الملكية أو باقي الحقوق والتحملات العقارية. كما أنها تسري على جميع الحقوق العينية، فإن محكمة النقض سارت في نفس الاتجاه في العديد من القرارات.

كما أكدت الغرفة الإدارية في محكمة النقض في قرارها " إن قرار التحفيظ كما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى و حسب مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 حول التحفيظ العقاري يعتبر قراراتها لا رجعة فيها، و من هذا المنطلق فإنه لا يقبل أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو أمام جهة القضاء العادي...و أن المحكمة الإدارية أخطأت عندما أخضعت قرار التحفيظ باعتباره صادرا عن سلطة إدارية في شخص المحافظ لمراقبة القضاء الإداري، و الحالة أن القرار المذكور لا يخضع لأية رقابة و أن عملية التحفيظ التي تنطوي على تطهير العقار المذكور تعتبر عملية نهائية لا رجعة فيها"<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر وبصياغة أكثر وضوحا وتكريسا للصفة النهائية للرسم العقاري " حيث إنه وإن كان المحافظ العقاري سلطة إدارية، وما يصدر عنه من مقررات يمكن الطعن فيها بطريق الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، فإن المقرر الصادر بتحفيظ العقار يعتبر مقرا نهائيا بمفهوم الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري... و لا يخضع للمراقبة عن طريق الشطط في استعمال السلطة"<sup>3</sup>.

أ. من حيث الأشخاص:

تثير الحقوق الناشئة خلال مسطرة التحفيظ العقاري العديد من الإشكالات القانونية المرتبطة بنطاق تطبيق قاعدة التطهير من حيث الأشخاص (الخلف العام والخلف الخاص).

<sup>1</sup> محمد المقوم، قاعدة التطهير بين مقتضيات إنعاش الاستثمار وضرورة تحقيق العدالة على ضوء القانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، وجدة السنة 2010/2011 ص 72

<sup>2</sup> قرار عدد 420 بتاريخ 2002/4/11 ملف إداري، عدد 99/1/4/24 منشور بمجلة الأمن العقاري.

<sup>3</sup> قرار عدد 100 صادر بتاريخ 2002/10/10 ملف إداري عدد 2002/1/4/460



فقد يقع أن تنشأ حقوق عينية خلال مسطرة التحفيظ، ويتقاعس المستفيد أو يتعذر عليه الإعلان عنها قبل أن يتخذ المحافظ قرار التحفيظ، ويثار التساؤل بشأن أعمال قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من قانون التحفيظ العقاري. فسريران قاعدة التطهير في مواجهة الخلف الخاص الذي تلقى حقوقه مباشرة من طالب التحفيظ عرف تضاربا وخلافا في أوساط الفقه والقضاء منذ عهد الحماية إلى حدود سنة 1999. وكمثال عن هذا التضارب، نسوق قرارين صادرين من نفس المحكمة وهي محكمة الاستئناف بالرباط.

القرار الأول : "التطهير لا يطبق على حق الملكية الذي كان تعاقد عليه صاحب العقار قبل التحفيظ و أن المشتري محق في المطالبة بملكية هذا العقار حتى بعد التحفيظ، لأن التطهير يتناول فقط الحقوق التي يدعيها أشخاص من الغير لا تربطهم أي رابطة بطالب التحفيظ، و لكنه لا يتناول الحقوق التي يطالب بها الخلف الخاص لطالب التحفيظ..."<sup>1</sup>.

القرار الثاني و هو صادر عن نفس المحكمة اعتبرت فيها قاعدة التطهير تشمل الكافة دون تمييز ما لم يصدر عن البائع الذي أسس الرسم العقاري باسمه إقرار بحقوق الغير فقد جاء في القرار "القرار" الشراء الذي أبرم قبل التحفيظ و لم يقع الإدلاء به أثناء مسطرة التحفيظ لا يمكن الاحتجاج به فيما بعد ما لم يقربه البائع"<sup>2</sup>.

إلى أن "استقر موقف محكمة النقض منذ تأسيسها سنة 1957، في قراره الشهير الصادر بتاريخ 1999/12/29 على استثناء الحقوق التي تنتقل مباشرة من طالب التحفيظ و التي لم يتم التصرف فيها ثانية، و لم يقع الإعلان عنها من قاعدة التطهير"<sup>3</sup>، حيث جاء فيه " حيث ثبت صحة ما عابه الطاعن عن القرار المذكور، ذلك أن الطالب بصفته مشتريا ( أي خلفا خاصا) من نفس طالب التحفيظ المطلوب، الذي تحول مطلبه للتحفيظ إلى رسم عقاري، لا

<sup>1</sup> قرار أشار إليه محمد الكشور، التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29

دجنبر 1999، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى سنة 2005 من ص 193 إلى ص 102

<sup>2</sup> قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1972/4/21 في الملف الإداري عدد 18272، منشور بمجلة قضاء

المجلس الأعلى العدد 26 ص 32

<sup>3</sup> شكيب حيمود، وسائل حماية الحقوق الناشئة خلال مساطر التحفيظ العقاري، مقال منشور مجلة دفاتر محكمة

النقض، أشغال الندوة الوطنية في

موضوع الأمن العقاري، عدد 26، المملكة المغربية محكمة النقض، مطبعة الأمانة الرباط ص 534

يواجه كالخلف الخاص ( الورثة) بمقتضيات الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري، و لذلك فإن القرار غير مرتكز على أساس سليم و معرضا للنقض و الإبطال<sup>1</sup>.  
وقد علق الأستاذ محمد الكشور على هذا القرار بقوله "إن المجلس الأعلى في قراره هذا رأى بأن مقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري من شأنها أن تفرز كثيرا من الظلم، لأن صياغة هذه المقتضيات قد ارتبطت بسياسة الاستيطان بالمغرب، بدء من سنة 1912، التي كان من شأنها تسهيل الاستحواذ على أراضي الفلاحين البسطاء"<sup>2</sup>. في حين علق الأستاذ حسن البكري أن القاعدة التي قررها المجلس الأعلى في قراره المذكور " ليس لها من ظهير التحفيظ العقاري أي نص يؤيدها، و أن استناد المجلس الأعلى على الفصل 62 من الظهير المذكور رغم عدم تنصيبه على أي تمييز في آثار التحفيظ من حيث مصدر الحقوق و من حيث أصحابها فيه نوع من التكليف الذي يحمل النص ما لا يحتمل ما دام واضحا صياغة و مضمونا"<sup>3</sup>.

إلى ذلك جاء في قرارات لمحكمة النقض:

" حيث صح ما نعتة الوسيلة ذلك أن قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري قاصرة على الحقوق و الاتفاقات المحتج بها من طرف الغير و يتعين على هذا الأخير أن يعلن عنها أثناء مسطرة التحفيظ طبقا للفصل 84 من نفس القانون، و لا يحتج بها على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ الذي أصبح مالكا للرسم العقاري و الذي لم يزد هذا الرسم إلا تدعيما و تثبيتا لملكيته، فلا يسوغ له أن يتحلل من تصرفاته و اتفاقاته التي أنشأها على هذا العقار، و المحكمة لما اعتبرت غير هذا تكون قد خرقت الفصل 62 المذكور و عرضت قرارها للنقض"<sup>4</sup>

كما أعلنت في قرارها الصادر بتاريخ 2012/09/25

" أن قاعدة التطهير...قاصرة على الحقوق و الاتفاقات المحتج بها من طرف الغير لا على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ."<sup>5</sup> ، كما أبانت عن علة استثناء

<sup>1</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 5925 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1999 في الملف المدني عدد 94/1151 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 62 ص 451 و ما بعدها.

<sup>2</sup> محمد الكشور " التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي، م س، ص 67 - 68

<sup>3</sup> حسن البكري، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 5925 الصادر بتاريخ 1999/12/29، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 61، الإصدار

الإلكتروني دجنبر 2004، ص 454 و ما بعدها.

<sup>4</sup> قرار عدد 3778 بتاريخ 2012/09/04 ملف مدني عدد 2010/7/1/4099 و ارد بمجلة القضاء والقانون عدد

164 ص 251

<sup>5</sup> قرار عدد 4149 الصادر بتاريخ 2012/09/25 في الملف 2011/7/1/3487

الخلف الخاص من قاعدة التطهير في قرار لها بتاريخ 2013/01/15 والذي ورد فيه : " إن قاعدة التطهير...لا يحتج بها على الخلف الخاص الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ الذي أصبح مالكا للرسم العقاري و الذي لم يزد هذا الرسم إلا تثبيتا و تدعيما للملكية و يبقى ملوما بتنفيذ التزاماته التي أنشأها على هذا العقار و من حق خلفه الخاص أن يطالبه بتنفيذها رضاء و قضاء، و من هذه الالزامات نقل ملكية المبيع و تسجيل العقد بالرسم و الحصول على حكم قابل للتسجيل يقوم مقام العقد..."<sup>1</sup> و هو نفس القضاء الذي كرسه في قرارها الصادر بتاريخ 2013/4/2<sup>2</sup> و في قرارها الصادر بتاريخ 2013/7/9<sup>3</sup> ، و في قرارها الصادر بتاريخ 2013/11/26<sup>4</sup> لتعلن في سنة 2014 عن استقرارها على نفس القضاء في قرارها عدد 374 و الذي ورد فيه : " إن قاعدة التطهير...لا يحتج بها على الخلف الخاص الذي اشترى من طالب التحفيظ الذي أصبح مالكا للرسم العقاري و الذي لم يزد هذا الرسم إلا تدعيما و تثبيتا للملكية، فلا يسوغ له التحلل من تصرفاته و اتفاقاته التي أبرمها بشأنه..."<sup>5</sup> .

ومن جهة ثانية فقد قضت محكمة النقض في غرفتها الإدارية أن قاعدة التطهير تسري حتى على الجماعات الحضرية، و أنه لا وجود لأي نص قانوني يستثني الجماعات الحضرية من هذه القاعدة<sup>6</sup> ، إضافة إلى أن قاعدة التطهير لا تسري على الأملاك العامة و الحقوق المكتسبة على مياه الأملاك العامة و الأملاك المحبسة أو الموقوفة و الحقوق المنجمية<sup>7</sup> كما لا تسري على الارتفاقات الطبيعية و القانونية و حقوق الدول و حقوق الورثة<sup>8</sup> .

#### ب. من حيث الحقوق:

تسري قاعدة التطهير على جميع الحقوق العينية التي لم يصرح بها أثناء عملية التحفيظ وفق الفصل 62 من ظ. ت.ع." إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة

<sup>1</sup> قرار عدد 14 الصادر بتاريخ 2013/01/15 في الملف المدني عدد 2012/7/1/3258

<sup>2</sup> قرار عدد 152 الصادر في 2013/4/2 في الملف 2012/7/1/3378

<sup>3</sup> قرار عدد 342 الصادر في 2013/7/9 في الملف عدد 2012/7/1/3258

<sup>4</sup> قرار عدد 55 الصادر في 2013/11/26 في الملف عدد 2012/7/1/4779

<sup>5</sup> قرار عدد 374 الصادر بتاريخ 2014/6/24 في الملف عدد 2013/7/1/2969

<sup>6</sup> قرار عدد 3743 بتاريخ 21 أكتوبر 2009 في الملف عدد 2007/1/1/1119 منشور في سلسلة دراسات وأبحاث، منشورات مجلة القضاء المدني، كتاب المنازعات العقارية، الجزء الأول مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 235

<sup>7</sup> أحمد أجعون، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية و المحاكم الادارية، دار الأمان الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 267

<sup>8</sup> مداخلة محمد بن يعيش "الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري" في الندوة التي نظمها ماستر الدراسات العقارية، تحت عنوان " السياسة العقارية بالمغرب واقع و آفاق"، جامعة عبد المالك السعدي: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة بتاريخ 2016/06/04

الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقارات وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة".

يتضح من خلال هذا الفصل أن تحفيظ العقار وتأسيس الرسم العقاري له يظهره من جميع الحقوق السابقة التي لم يتضمنها هذا الرسم الذي لا يقبل أي طعن كيفما كان نوعه، وعليه فإن قاعدة التطهير تسري في مواجهة أي حق لم يدلى به أثناء مسطرة التحفيظ لكون الرسم العقاري يظهر العقار من كل الحقوق التي لم يشملها هذا الرسم سواء كان حق ملكية أو باقي الحقوق المتفرعة عنها وسواء كانت حقوقاً أصلية أو تبعية.

لكن ما هي الحقوق العينية العقارية التي يمكن أن يظهر منها العقار؟

بالرجوع إلى الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 نجده قد حصر الحقوق العينية العقارية في: ملكية العقارات والانتفاع بها، والأحباس، وحق الاستعمال والسكنى، والكراء الطويل الأمد، والسطحية، والرهن الحيازي، وحق الارتفاق والتكاليف العقارية العقارية والامتيازات والرهن الرسمية، والحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستيجار والجلسة والزينة والهواء. غير أن القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ميز بين الحقوق العينية العقارية الأصلية (المادة 9) عن الحقوق العينية التبعية (المادة 10) ووجد حق الاستعمال من الاقتران بالسكنى رغم الإشارة إلى السكنى ضمن النطاق المحدد الذي يمكن أن يمارس فيه هذا الحق، وعض الحقوق العرفية الإسلامية بمجموعة من الحقوق كالعمرى والزينة والهواء والتعلية، وأضاف الحقوق العرفية المنشأة قبل دخول القانون 39.08 حيز التنفيذ، وجعل الامتيازات والرهن الحيازي والرهن الرسمية حقوقاً عينية تبعية.

ومع أن هذا السرد و الجرد للحقوق العينية العقارية يعطي الانطباع بأنها المستهدفة بالتحفيظ إلا أن الأمر ليس كذلك، لأن مقتضيات الفصلين 10 و 11 من ظهير التحفيظ العقاري المتمم والمغير بالقانون 14.07 حصرت الحقوق العينية العقارية التي يجوز تقديم مطلب تحفيظ بشأنها وهي حق الانتفاع، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، الزينة، الهواء والتعلية و الحبس ولم تنص على حق العمرى وحق الاستعمال<sup>1</sup>.

مما يعني أن الحقوق العينية العقارية التي قد تنال منها قاعدة التطهير إذا لم يحتج بها أثناء سريان مسطرة التحفيظ هي الحقوق التي يجوز أن تكون موضوع مطلب التحفيظ كما

<sup>1</sup>ابراهيم بولحيان، التحفيظ العقاري والحقوق الشخصية، مقال منشور في "دفاتر محكمة النقض" أشغال الندوة الوطنية في موضوع "الأمن العقاري" عدد 26، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الامنية الرباط ص 508

أسلفنا الذكر، وبالتالي يمكن أن تكون محل تعرض. وإذا تعلق الأمر بدعوى حق عيني عقاري فإنه من الطبيعي أن يكون لها الأثر في إثبات أو نفي الحقوق العينية موضوع طلب التحفيظ لأن الاستحقاق و الحيازة المكتسبة للملكية هي التي تعتمد كأساس صحيح في الطالب و التعرض عليها و هي التي تثبت وضعية طالب التحفيظ و المتعرض اتجاه الحقوق العينية العقارية التي يستهدفها التحفيظ أساسا<sup>1</sup>. بينما الحقوق الشخصية لا يستهدفها التحفيظ و لا تكون محل مطلب التحفيظ و لا تعرض<sup>2</sup>؛ فقد جاء في قرار لمحكمة النقض " أن تقديم مطلب التحفيظ يخول للمحكمة اعتبار صاحب المطلب حائزا يحق له الدفاع عن حيازته و المطالبة بإغلاق النوافذ المفتوحة على الأرض . موضوع الطلب . لأن الدعوى شخصية ووجود نزاع آخر مع الغير لا يمنع قيام ضرر النوافذ، و لو تم فتحها على أرض عارية"<sup>3</sup>. و في قرار آخر " أن وجود الأرض في طور التحفيظ لا يمنع المتضرر من المطالبة بإزالة ضرر قطع الطريق المؤدية إليها و لا يحتاج المتضرر إلى تقديم طلبه على شكل تعرض لإثبات الملك أو الارتفاق بل يكفي طلب إرجاع الحالة التي لا تؤثر في أداء الحقوق العقارية التي يجب أن ترفع على شكل تعرض، لأن الحيازة التي هي وضع اليد لا تعني بالضرورة وجود حق عيني"<sup>4</sup>.

#### الفقرة الثانية: أهمية الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري.

قوة الفصل 64 من قانون التحفيظ العقاري:

من مظاهر قوة الفصل 64 الذي نسخ و عوض بالقانون رقم 14.07 " لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ . ويمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء التعويضات" وهذا يكون المشرع قد منع الطرف المتضرر من إقامة دعوى عينية، و حصر المجال فقط لإقامة دعوى شخصية نتيجة ارتكاب التدليس مع ضرورة إثباته.

و في هذا الإطار فقد ظلت محكمة النقض في غرفتها الإدارية من خلال العديد من قراراتها متشبثة بحرفية النص القانوني معتبرا أن قرار التحفيظ هو قرار نهائي ينتج عنه أمرين اثنين الأول هو أثر التطهير وإقامة الرسم العقاري، والثاني هو عدم قابلية قرار التحفيظ لأي طعن

<sup>1</sup> ابراهيم بولحيان م س، ص 516

<sup>2</sup> ابراهيم بولحيان، م س، ص 517

<sup>3</sup> قرار عدد 5/429 الصادر بتاريخ 2013/09/10 في الملف المدني 2013/5/1/149 منشور في "دفاتر محكمة النقض عدد 26

<sup>4</sup> قرار عدد 4282 الصادر بتاريخ 2008/08/17 في الملف المدني 2009/1/1/1385 منشور في "دفاتر محكمة النقض عدد 26

وحسمه لكل نزاع متعلق باستحقاق العقار. وفي هذا السياق تندرج العديد من القرارات الصادرة عن محكمة النقض نذكر منها:

قرار المجلس الأعلى ( محكمة النقض حاليا)<sup>1</sup> " لا يمكن أن تقام دعوى عينية عقارية بالمخارجة التي كانت قائمة وقت عملية التحفيظ لم يقع بها تعرض، وإنما يمكن أن تقام بها دعوى تعويض إذا تبث التدليس في عملية التحفيظ ".  
قرار محكمة النقض و الذي جاء فيه : يقرر الفصلان 62 و64 من ظهير التحفيظ العقاري قاعدة أن التحفيظ أي الرسم العقاري يطهر العقار من الحقوق السابقة عليه وهي قاعدة تسري على الجميع لا فرق بين المشتري وغيره ولا بين حسن النية وسيئها ولا تقبل أية دعوى عينية لحق ضرر من جراء التحفيظ و إنما ترفع دعوى التعويض"<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة عدم جواز المطالبة بالحقوق المتضررة من التحفيظ عينا، تعتبر من المقترضات الأمرة ذات الصلة بالنظام العام والتي تلتزم المحكمة بإثارها من تلقاء نفسها دون أن يتوقف أعمالها على التمسك بها في شكل دفع من طرف المدعى عليه. وهو ما أقره المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1992/1/29 ملف مدني رقم7، حيث جاء فيه المقترضات المنصوص عليها في الفصل 2 والفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري وكذا الفصل 64 الذي يمنع إقامة أية دعوى بحق عيني تطهر منه العقار بالتحفيظ ولا يبقى للمتضرر إلا أن يطالب بالتعويض تتضمن قواعد أمرة لها صلة بالنظام العام، يجب أن تثيرها المحكمة تلقائيا كلما تبين لها أن الحق المدعى به قد تطهر منه العقار المحفظ .

#### 1. تحريك دعوى التعويض:

تشكل دعوى التعويض في قضايا التحفيظ العقاري ضمانا و حماية أساسية من بين الضمانات التي تفرد بها ظهير التحفيظ العقاري لحماية حق الملكية من أي ضرر من جراء مسطرة التحفيظ العقاري أو التقييد بالسجل العقاري، ولهذا الغرض تبني الظهير المذكور ازدواجية مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية، وكان الهدف من إقرار هذه الازدواجية هو دفع المحافظ على الأملاك العقارية إلى أن يكون أكثر حرصا ويقظة أثناء ممارسة مهامه، لأنه هو المؤتمن على حق الملكية، و من جهة ثانية إعطاء المتضررين من قراراته من

<sup>1</sup> قرار عدد 1401 بتاريخ 1987/6/17، ملف مدني رقم 99219 وورد في مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى، 2009 ص 6.

<sup>2</sup> نورا الحجامي، الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري، م س، ص 93

الضمانات و الوسائل القانونية لمساءلته في حالة حصول الضرر<sup>1</sup>: حيث يصبح بإمكان المتضرر من قرار التحفيظ رفع دعوى التعويض متى توفرت شروط قيام مسؤولية المحافظ وتم إثبات العلاقة السببية بين خطأ المحافظ و بين الضرر الحاصل للطرف المتضرر، فإن لهذا الأخير الحق في أن يرفع دعوى التعويض ضد المحافظ لدى المحكمة المختصة، فإن كان الخطأ المرتكب من طرف المحافظ خطأ شخصيا فإن الجهة المختصة لرفع الدعوى هي المحكمة العادية ، أما إن كان خطأ مصلحيا فإن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية، غير أنه في بعض الأحيان يصعب تكييف الخطأ هل هو شخصي أو مصلحي. ففي هذه الحالة تقوم المحكمة المعروض عليها النزاع بالبث في قرار مستقل إن كانت مختصة، ويكون قرارها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى الذي يحسم في مسألة الاختصاص داخل أجل 30 يوما.

كان ذلك فيما يخص الاختصاص النوعي، أما فيما يخص الاختصاص المكاني، فإنه حسب الفصل 28 من ق.م.م. يمكن أن تقام دعوى التعويض إما أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب للضرر وإما أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار المدعي.

أما فيما يتعلق بالمحافظ العقاري فقد حدد الفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يوليوز 1915 في فقرته الأخيرة موطن المحافظ في المكتب الذي يمارس فيه مهامه، وبالتالي فإن دعوى التعويض يجب أن ترفع في محكمة الموطن الذي يمارس فيه المحافظ مهامه ما دامت مسؤوليته قائمة.

يشترط في التعويض أن يكون كاملا و كافيا لتغطية الضرر الذي لحق بالمدعي و كذا جميع النفقات التي أنفقها و سينفقها لإصلاح الخسائر التي نتجت بفعل الضرر الحاصل، و قد ترك المشرع السلطة التقديرية في تحديد قيمة التعويض الذي يجب على القاضي أن يراعي فيه درجة الخطأ المرتكب و إن كان مبنيا على خطأ جسيم أو تدليس للمدعى عليه، و يتم تحديد قيمة التعويض يوم إصدار الحكم و ليس يوم حصول الضرر لأنه غالبا ما يمضي وقت طويل بين تاريخ حدوث الضرر و تاريخ الحكم بالتعويض مع الأخذ بعين الاعتبار انخفاض القيمة الشرائية للنقود و ارتفاع قيمة العقارات و كذا الحقوق العينية الواردة عنها، كما أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار نسبة مساهمة المحافظ في الضرر فإن اجتمع خطأ

<sup>1</sup> سعيد أبرباش، دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرفقية، مقال منشور في "دفاتر محكمة النقض" أشغال الندوة الوطنية في موضوع " الأمن العقاري " عدد 26، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، مطبعة الامنية الرباط ص 570

المحافظ الشخصي مع خطأ المتضرر نفسه أو خطأ الغير، تم تقسيم تحمل التعويض وفق نسبة كل منهما.

ويشكل الفصلان 64 و97 أهم ركائز مسؤولية المحافظ على الاملاك العقارية، حيث نص الفصل 64 على أن المحافظ مسؤول شخصيا عن الضرر الناتج من جراء التحفيظ إذت ثبت تدليسه، في حين تص الفصل 97 على الإغفالات التي قد تطل السجلات والشهادات وعدم شرعية وبطلان التقييدات والبيانات والتقييدات الاحتياطية والتشطيبات المضمنة بالسجل العقاري. وهكذا يتم الطعن في قرار المحافظ على الأملاك العقارية إما عن طريق الإلغاء ضد قراراته المذكورة المتخذة أثناء جريان مسطرة التحفيظ، أو القرارات المتعلقة بالتقييد أو التشطيب من السجل العقاري ، أو من خلال سلوك دعوى التعويض في إطار المسؤولية الشخصية أو المرفقية لجبر الضرر الناتج عن الخطأ الشخصي أو الخطأ المرفقي<sup>1</sup>.

## 2. صندوق التأمينات:

إن الهدف من تأسيس صندوق التأمين يرجع أساسا إلى إمكانية الحلول محل المحافظ في تعويض المتضررين من جراء القرارات التي يتخذها هذا الأخير، وذلك بعد الرجوع على المحافظ أولا وإثبات حالة إفساره وعدم استطاعته تغطية التعويض الذي تحكم به المحكمة المختصة، ويؤسس صندوق التأمين باقتطاع يباشر على مجموع الحقوق المتحصلة للمحافظة العقارية. وقد حددت نسبة الاقتطاع في نسبة 2 في المائة وذلك طبقا للفصل 59 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915. يتضح إذن مما سبق أن المبدأ هو مطالبة المحافظ العقاري بالتعويض والاستثناء هو متابعة صندوق التأمين وذلك طبقا للفصل 80 من ق.ل.ع. والذي ينص صراحة على أنه " .. لا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب الأضرار الناتجة عن تدليس مستخدمها أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

وفي هذا الصدد، صدر قرار عن المجلس الأعلى ( النقض حاليا) أقر مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية و الرهون، حيث جاء فيه : " يكون المحافظ على الملكية العقارية مسؤولا شخصيا عن الضرر الناتج خاصة عن إغفال تقييد في السجلات أو عن عدم صحة

<sup>1</sup> سعيد أبرباش، دعوى التعويض في نظام التحفيظ العقاري بين مسؤولية المحافظ الشخصية والمرفقية م س، ص



التأشيرات أو التشطيبات المضمنة في الرسم العقاري، و ذلك কিفما كانت الضحية المتضررة، ولا يمكن مساءلة الدولة إلا في حالة عسر الموظف أو وراثته<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: التعويض كبديل عن إلغاء قرار التحفيظ.

بالرغم من تأكيد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) على نهائية الرسم العقاري، لكنه لطف نوعا ما من هذه النهائية دون المساس بها وذلك من خلال العديد من القرارات: قرار صادر بتاريخ 16/7/1998 و الذي ورد فيه " لكن حيث إنه إذا كان قرار التحفيظ كما ينص عليه الفصلان 62 و 64 من ظهير 12 غشت 1913 قرارا نهائيا لا يقبل أي طعن، و أن المتضررين من عملية التحفيظ في إمكانهم الرجوع بتعويضات عن الأضرار التي لحقتهم من جراء التحفيظ في حالة إثبات عنصر التدليس كما يمكن الرجوع على المحافظ إذا ثبت ارتكابه لخطأ جسيم في عملية التحفيظ و الذي يعتبر بمثابة غش، و إنه بالمقابل يمكن الطعن في كل الإجراءات المتخذة من طرف المحافظ، و السابقة على إنشاء الرسم العقاري ما دام من شأنها أن تؤثر في مركز الطاعنين<sup>2</sup> مثل الطعن في إجراء الإعلان عن انتهاء التحديد للملك موضوع مطلب التحفيظ، لكن من دون المطالبة بإلغاء قرار التحفيظ، انطلاقا من كون أن دور قاضي الإلغاء يقتصر على مراقبة مشروعية المقررات الإدارية المطعون فيها و إلغاء ما يثبت عدم مشروعيته من دون أن ينتقص من نهائية الرسم العقاري، مما يعني " أن الطعن في الرسم العقاري لا يجب أن يؤدي إلى إلغائه...بل إلى إلغاء الإجراءات الخاطئة فيه"<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن الاتجاه المعارض لإلغاء قرار التحفيظ.

يتضمن الفصل 62 من ظ.ت.ع. قاعدة مطلقة ونهائية وغير قابلة للطعن والتقدم لاعتبارات تتعلق بضرورة ضبط الملكية وتأسيس قاعدة عقارية ثابتة تخدم الأمن العقاري والائتمان العقاري وجلب الاستثمار وتحقيق الاستقرار الاجتماعي. لا شك أن للاتجاه القضائي المعارض لإلغاء قرار التحفيظ نتائج إيجابية بالرغم من الانتقادات الموجهة إليه، لما يحققه تحصيل قرار التحفيظ من أمن عقاري (الفقرة الأولى) وجلب للاستثمار (الفقرة الثانية). وتحديد لهوية العقار (الفقرة الثالثة).

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض، منشور في كتاب "المحافظ العقاري بين متطلبات الاختصاص وإكراهات المسؤولية" محمد الحياي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002 ص 91

<sup>2</sup> نورا الحجامي، الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري، م س، ص 95  
<sup>3</sup> ادريس الحفناوي، إشكالية تعميم نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2012/2013 ص 381

## الفقرة الأولى: الأمن العقاري.

لقد شكل التحفيظ العقاري و ما يزال، الوسيلة الحضارية لحماية الملكية وتقوية مناعتها، كما احتل مكانة متميزة على رأس الأنظمة القانونية الأكثر تطورا لإدماج الملكية العقارية في الحياة الاقتصادية عبر تيسير عملية التداول، وتشجيع عملية العمران، وتنمية الفلاحة، وتمكين الدولة من المعطيات القمينة بإنجاز المخططات الاقتصادية والاجتماعية، عبر توفير الوعاء العقاري الكافي لسد الحاجيات في مجال السكن وغيره ، وتأمين ضمانات التملك، بما يحد من النزاعات، ويحمي الحقوق، و هي الشروط الكفيلة بضمان الأمن العقاري، من خلال قاعدة التطهير التي هي أساس تنشيط التجارة العقارية وغيرها من الأنشطة التجارية المرتبطة بالعقار، و عماد البيئة الصالحة للاستثمار، و سند كل تنمية مستدامة<sup>1</sup>.

إن من الآثار القانونية لقاعدة التطهير تثبيت الملكية العقارية و توفير الأمن العقاري لملاك العقارات، ذلك "أن تحفيظ العقار طبقا لمقتضيات القانون العقاري، يطهر العقار المحفظ من جميع ما يمكن أن يمس الحقوق المسجلة، ويعطي الرسم العقاري قوة قانونية لا تقبل النزاع، مما يوفر الطمأنينة لملك العقار. وهذه القوة نابعة من الدقة التي تمتاز بها مسطرة التحفيظ، و من التشخيص العلمي الدقيق لحدود العقار و أوصافه و معالمه بناء على تصاميم هندسية مضبوطة يقوم بها مهندسون مؤهلون"<sup>2</sup>. لأن التحفيظ العقاري يعد الوسيلة الفعالة لصيانة الثروة العقارية و تثبيتها وفق نموذج يؤسس لملكية عقارية مستقرة و يحميها من كل تسلط<sup>3</sup>، و "هو الوعاء القانوني و الهندسي الذي يوظف الحقوق العينية و الارتفاقات العقارية الواقعة على العقار بالشكل الذي يحفظها و يمنعها من كل ادعاء أو منازعة"<sup>4</sup> عن طريق حماية الدولة لها و اعتراف القانون بها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مداخلة مصطفى فارس، في أشغال الندوة الوطنية في موضوع " الأمن العقاري"، مجلة دفاتر محكمة النقض، العدد 26، مطبعة الأمانة الرباط، ص 10

<sup>2</sup> المختار بن أحمد العطار، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص 43

<sup>3</sup> محمد الوكاري، العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية، الانظمة العقارية في المغرب، مقال منشور في أعمال الندوة

الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية و المدنية و العقارية، الطبعة الأولى، سنة 2003، عدد 101 ص 241

<sup>4</sup> محمد الحياتي، في أنظمة الشهر العقاري في العالم، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، وجدة، الطبعة الأولى 2004 ص 40

<sup>5</sup> عبد الخالق أحمدون، التحفيظ العقاري بالمغرب، مقتضياته القانونية و إشكالاته العملية، مطبعة طوب بريس، الرباط، ص 31

إن الأمن العقاري والثقة الذي توفره قاعدة التطهير تساهمان في خلق الأرضية القانونية و الهندسة الصلبة للملكية و التي من شأنها أن تعرف المسؤول عن سياسة التخطيط بالوضعية العقارية حتى يتسنى له إعداد مخططاته للتنمية الاجتماعية والاقتصادية<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: جلب الاستثمار.

من أجل أن يلعب العقار دوره في التأسيس للمشاريع الاقتصادية والاجتماعية و جلب الاستثمارات الداخلية والخارجية، يجب أن يكون على قدر كبير من الثبات و الاستقرار و الخلو من الشوائب و النزاعات، إذ يجعل صاحبه بمنأى من أي مطالبة أو منازعة، و هو ما يتحقق من خلال نظام العقارات المحفوظة التي تتميز بنوع من الاستقرار في الملكية و الثبات في المعاملات نتيجة الإجراءات و المراحل الدقيقة التي تمر منها مسطرة التحفيظ العقاري سواء في شقها الإداري أو القضائي، الأمر الذي يشجع المؤسسات المالية و الشركات الكبرى على التعامل مع هذا النوع من الأملاك بشتى أنواع المعاملات المالية نتيجة القوة القانونية و الحجية الاثباتية التي يتميز بها العقار المحفوظ من خلال تأسيس الرسم العقاري الذي يمتاز بالصبغة النهائية و غير قابل للطعن و الخالي من جميع الحقوق غير المسجلة فيه بفعل قاعدة التطهير<sup>2</sup>.

إذن، فمما لا شك فيه أن العقار المحفوظ يشكل بامتياز رافعة أساسية للاستثمار المنتج و الدفع بعجلة التنمية و خلق المزيد من فرص العمل، و تحريك النشاط الاقتصادي من خلال توفير البنية الأساسية لإقامة المشاريع الاستثمارية في شتى المجالات الصناعية و السياحية و الفلاحية و غيرها<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمالك، فالتحفيظ العقاري يمنح تلك الثقة المنشودة و الحجة القاطعة على ملكه و يمنحه الاستقرار الذي هو أساس المعاملات خاصة حينما يلتجئ إلى المؤسسات المالية للحصول على قروض للاستثمار الشخصي في مشاريع اقتصادية أو اجتماعية أو خدماتية. و بالمقابل فهو يحقق مصلحة لهذه المؤسسات التي ترتكز بواسطته على ضمانات عينية عقارية قائمة على أسس قانونية متينة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الخالق أحمدون، الوجيز في الحقوق العينية العقارية، حق الملكية، مطبعة سبارتيل، طنجة، ص 373

<sup>2</sup> نورا الحجامي، الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري، م س، ص 101

<sup>3</sup> المملكة المغربية، رئاسة الحكومة، الورقة التأطيرية للمناظرة الوطنية حول السياسة العقارية للدولة المقامة تحت شعار "إصلاح منظومة العقار: من أجل تنمية شاملة ومستدامة" «المنظمة بالصخوريات يومي 8 و 9 دجنبر 2015

ص 5

<sup>4</sup> نورا الحجامي، الطعن في قرار التحفيظ بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري م س ص 101

هكذا ساهم اتجاه القضاء الإداري المعارض لإلغاء قرار التحفيظ من خلال دفاعه عن "مبدأ نهائية الرسم العقاري بشكل كبير في تحريك عجلة الاقتصاد الوطني بواسطة الارضية الصلبة التي يوفرها الرسم العقاري للملكية العقارية، التي جعلت الجميع يقبل على التعامل فيه وهم مطمئنين على حقوقهم<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد، لن نكون مبالغين إذا صرحنا بالقول بأن العقار المحفظ كان وما زال أساس كل عملية تنمية وقطب الرحي الذي تدور في فلكه كل العمليات الاقتصادية والانتاجية.

### الفقرة الثالثة: تحديد هوية العقار.

تمتاز مسطرة التحفيظ العقاري بالدقة في تثبيت الملكية العقارية على اعتبار أنها تنطلق من تشخيص علمي دقيق لحدود العقار وأوصافه ومعالمه، بناء على تصاميم هندسية مضبوطة تقوم بها مصالح المحافظة العقارية بناء على طلب من مالك العقار أو ممن يعينهم تحفيظ العقار أو بأمر من القانون أو من الدولة عبر آلية إيداع مطلب التحفيظ. ففي فترة التحديد و من خلال إنجاز محضر التحديد و التصميم المؤقت أو خلال مرحلة المسح العقاري التي يتم القيام فيها بعمليات طبوغرافية وتقنية تسهم في رسم معالم العقار بشكل دقيق سواء من حيث الموقع أو المساحة أو الحدود أو المشتملات، بالإضافة إلى وعاء القطعة أو القطع<sup>2</sup> المعنية انطلاقاً من البيانات الواردة في مطلب التحفيظ. وبعد القيام أيضاً بعملية قانونية يتم فيها استفسار طالب التحفيظ و جميع المتدخلين عن كل ما يتعلق بالملك المعني من حقوق عينية أو منازعات أو تحملات قد ترد عليه، بالإضافة إلى اعتبار التحديد فرصة لمعاينة الحيازة ومدتها<sup>3</sup>، لذلك تعتبر عملية التحديد إجراءً أساسياً و مرحلة هامة و مفصلية في مراحل مسطرة التحفيظ. فالتحفيظ استناداً إلى هذه العمليات يرمي إلى وضع رسم عقاري يبين حدود العقار ومساحته وطبيعته ومواصفاته ومميزاته بكل دقة مع إقامة خريطة دقيقة التفاصيل يتم إلحاقها بالرسم العقاري الذي يعمل المحافظ العقاري على تسجيله بالسجل العقاري.

<sup>1</sup> محمد المقوم، قاعدة التظهير بين مقتضيات إنعاش الاستثمار وضرورة تحقيق العدالة على ضوء القانون 14.07، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة 2010/2011، ص 67

<sup>2</sup> بصري هشام، إشكالات تدبير مسطرة التحديد على ضوء القانون 14.07، منشورات المنبر القانوني العدد 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2012، ص 13

<sup>3</sup> بصري هشام، م س، ن ص

والواضح أن هذه الإجراءات القانونية والتقنية توفر الجهد والوقت في البحث والتنقيب عن وضعية العقار من الناحيتين القانونية والمادية، حيث إن المتعامل في العقار يستطيع بمجرد الاطلاع على الرسم العقاري أن يتعرف بشكل دقيق وواضح على حالة العقار سواء من حيث الواقع (الحدود و المساحة..) أو من حيث الوضعية القانونية بطريف التعريف بمالك العقار وذوي الحقوق المثقلة للملك أصلية كانت أو تبعية، و حتى يكون على بينة من أمره قبل أن يقدم على أي تعامل بشأن هذا العقار<sup>1</sup>، كما أنها تضع تحت تصرف مؤسسات السلف و الدولة رسوما، تشكل بحد ذاتها دليلا كافيا وقاطعا لحق الملكية و الحقوق العينية و التحملات العقارية المتعلقة بالعقار، و تطلع الكل بكيفية سهلة و بسيطة على وضعيته القانونية و المادية<sup>2</sup>، و على أصوله و تاريخه.

---

<sup>1</sup> محمد مومن، الأنظمة العقارية في المغرب، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، منشورات نفس المركز، سنة 2003 عدد 101 ص 302 و 303  
<sup>2</sup> عبد الخالق أحمدون، الوجيز في الحقوق العينية حق الملكية، م س، ص 374

## الحماية الدولية للمهاجرين غير النظاميين بين الحق في التنقل ومبدأ السيادة

د. محمد الغواطي، أستاذ باحث

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

د. محسن المدني، دكتوراه في القانون العام

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسبي

جامعة محمد الخامس

### مقدمة:

في سبيل احتواء المشاكل المترتبة عن الهجرة بأوضاعها المختلفة، اهتدى المجتمع الدولي إلى التفكير في صياغة حلول قانونية لقضايا المهاجرين أينما كانوا، معتبرا حقوقهم مسألة إنسانية من الدرجة الأولى، فقد ترجم هذا التوجه إلى اعتماد اتفاقيات دولية منصفة كلياً على الهجرة، إضافة إلى اتفاقيات حقوق الإنسان التي توفر حماية عامة للإنسان أينما وجد، فتحول الهجرة من ظاهرة اجتماعية إلى ظاهرة تهدد أمن المجتمعات كان لها الأثر المباشر في تعرض المهاجرين إلى أشنع أنواع التمييز والمعاملات اللاإنسانية، حيث لم يعد مفهوم الأمن مقتصرًا على الرؤية الواقعية ذات البعد العسكري للأمن بل تعداه ليشمل أبعاداً جديدة بما فيها البعد الاجتماعي مؤثراً بذلك على دلالات مفاهيم أخرى كمفهوم الهجرة التي تمت أمننتها منذ بداية الثمانينات وأصبحت رهاناً آمناً سياسياً بعدما كانت رهاناً اجتماعياً اقتصادياً.

لما أضحت الهجرة غير النظامية مشكلة إنسانية بفعل ما يكابده روادها من معاناة سواء قبل أو بعد عملية العبور إلى دول المقصد، أصبح لزاماً على الدول تمتيع هؤلاء المهاجرين بالحماية المستحقة بناءً على ما تقضي به القواعد القانونية الدولية، والارتقاء بمبدأ السيادة إلى مواكبة التحولات التي يعرفها العالم، ثم تيسير تدخلات الأجهزة التي تضطلع بالذود عن حقوق هذه الفئة من المهاجرين ضد كل المعاملات اللاإنسانية والمهينة التي يتعرضون لها؛ وفي هذا السياق يمكن طرح الإشكالية الأساسية: إلى أي حد استطاعت الحماية الدولية لحقوق الإنسان ضمان الحق في التنقل للمهاجرين غير النظاميين في ظل

مبدأ السيادة؟ هذه الإشكالية وغيرها من الأسئلة سنحاول الإجابة عنها من خلال المحاور التالية:

### الفرع الأول: الحماية الدولية للمهاجرين غير النظاميين

وعيا منه بمشكل الهجرة الدولية وخصوصا الهجرة غير النظامية، سعى المجتمع الدولي إلى تطوير الحماية الدولية للمهاجرين من خلال تناولها في نصوص دولية خاصة تتطرق إلى الوضعية الهشة التي يحياها المهاجرون، وذلك بعد ما كان يعالجها سابقا بمنظار الوثائق الدولية لحقوق الإنسان.

### أولاً: الحماية على ضوء الصكوك الدولية لحقوق الإنسان

منذ إقرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والذي كرس الحق في التنقل، أصبحت حقوق المهاجرين مشمولة بحماية العديد من المواثيق العالمية والإقليمية، بحيث تعترف لهذه الفئة بمجموعة من الحقوق خاصة الحقوق المتعلقة بمبدأ المساواة وعدم التمييز؛ حيث يقوم القانون الدولي لحقوق الإنسان على مقدمة منطقية تقتضي بأن ينعم جميع الأشخاص، بما لهم من قيمة إنسانية أساسية، بكافة حقوق الإنسان بدون تمييز، حيث نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على عدم التمييز في التمتع بكافة الحقوق والحريات بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، وهذا يعد تكريسا واضحا لمبدأ عدم التمييز حتى في التعامل مع المهاجرين غير النظاميين والمواطنين<sup>1</sup>، وهذا عبرت عنه بشكل صريح المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بالقول بأن الدول "تتعهد باحترام الحقوق المعترف بها في العهد، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون الجنس، أو اللغة، أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب"، هذا باستثناء الحقوق التي هي حكم على المواطن المنصوص عليها في المادة 25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فضلا عن ذلك تنص المادة 26 من العهد على أن "الناس سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته، وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز

1-انظر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.

وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة في التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون... أو الأصل القومي أو الاجتماعي... أو غير ذلك من الأسباب"<sup>1</sup>؛ وفي هذا الصدد أوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن الحقوق المبينة في العهد تنطبق على الجميع بصرف النظر عن المعاملة بالمثل، وبصرف النظر عن جنسيتهم أو انعدام الجنسية، وبذلك فإن القاعدة العامة تقضي بكفالة كل حق من الحقوق المنصوص عليها في العهد دون تمييز بين المواطنين والأجانب، مما يلاحظ أنه لا يجوز تقييد حقوق الأجانب بالقيود التي يبيح القانون فرضها بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وتحديداً يسمح العهد للدول بالترقية بين المواطنين والأجانب فيما يتصل بفتتين من الحقوق، هما الحقوق السياسية المكفولة صراحة للمواطنين وحرية التنقل، ففيما يتعلق بالحقوق السياسية تنص المادة 25 على أن يكون لكل مواطن الحق في أن يشارك في تسيير الشؤون العامة، وأن يتقلد المناصب وينتخب، وأن يتاح له الوصول إلى الخدمة العمومية<sup>2</sup>، أما فيما يتعلق بحرية التنقل فالفقرة الأولى من المادة 12 من العهد تنص على حقوق المقيم بصفة قانونية في حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان الإقامة وكذلك حرية المغادرة مع تقييد هذه الحرية حماية للأمن القومي والنظام العام والصحة العامة والآداب العامة وحقوق الآخرين وحريةهم حيث لم تذكر المهاجر المقيم بصفة غير نظامية فهو لا يتمتع بهذه الحقوق المذكورة في المادة 12، كما تنطبق المادة 13 من العهد إلى الضمانات المتوفرة للأجنبي المقيم بصفة قانونية حول عدم جواز طرده تعسفياً<sup>3</sup>.

وعلى غرار الفقرة 1 من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تنص الفقرة 2 من المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن تضمن الدول الأطراف في هذا العهد جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق أو اللون... أو الأصل القومي أو الاجتماعي... أو غير ذلك من الأسباب<sup>4</sup>، وهنا نستحضر التعليق العام رقم 14 لسنة 2000

1-المادة 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966

2-مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، حقوق غير المواطنين صفحة 8

3-منصوري رؤوف، مرجع سابق صفحة 38

4-تنص المادة 2 فقرة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن "تتعهد الدول الأطراف في العهد تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من اي تمييز بسبب العرق او اللون



للجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعندما ناقشت حق التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه، بحيث نصت الفقرة 34 على ما يلي "الدولة ملزمة بشكل خاص باحترام الحق في الصحة عن طريق جملة من الأمور من ضمنها عدم منع أو تقييد إتاحة فرصة متكافئة لجميع الأشخاص بما فيهم... المهاجرون غير النظاميون<sup>1</sup>، غير أن الفقرة الثالثة من المادة الثانية تضع استثناء لقاعدة المساواة هذه بالنسبة للبلدان النامية، إذ تنص على أن "للبلدان النامية، أن تقرر، مع إيلاء المراعاة الواجبة لحقوق الإنسان ولاقتصادها القومي، إلى مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين"، لكن ما يجب ملاحظته هو أن الفقرة 3 من المادة 2 يجب تأويلها باعتبارها استثناء من قاعدة المساواة، تأويلاً ضيقاً، ولا يجوز أن تستند إليها إلا البلدان النامية وفي مجال الحقوق الاقتصادية فقط باعتبار مجال تدخل الدولة يكون مباشراً، ولا يجوز أن تفرز الدول بين المواطنين والأجانب من حيث الحقوق الاجتماعية والثقافية<sup>2</sup>.

وتوضح الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري أيضاً الطابع الضيق للاستثناءات ومبدأ المساواة العام، فهي تشير إلى أنه يجوز للدول أن تميز بين المواطنين والأجانب، غير أنها بخلاف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تقضي بأن تكون معاملة جميع غير المواطنين بشكل متساو، وتعرف التمييز العنصري في الفقرة 1 من المادة 1 كما يلي "يقصد بتعبير التمييز العنصري أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في ميدان آخر من ميادين الحياة العامة"، غير أنه يبدو وللوهلة الأولى أن الفقرتين 2 و3 من المادة 1 من الاتفاقية تحدان من تطبيقها فيما يتعلق بالتمييز ضد الأجانب، فالفقرة 2 من المادة 1 تنص على أنه تسري هذه الاتفاقية على أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين والأجانب من جانب أي دولة طرف فيها، وتمحص الفقرة 3 من المادة 1 الفقرة 2

أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني...."

1- المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة "التعليق العام رقم 14 حول الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه تحت رقم 12/2000/4 الصادر في 2000/08/11 فقرة 34 صفحة 11

2- مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان مرجع سابق صفحة 12,13

من المادة 1 حيث تنص على أنه يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه الاتفاقية بما ينطوي على أي مساس بالأحكام القانونية السارية في الدول الأطراف فيما يتعلق بالجنسية أو المواطنة أو التجنس<sup>1</sup>، شرط خلو هذه الأحكام من أي تمييز ضد أي جنسية معينة، بيد أن لجنة القضاء على التمييز العنصري أشارت في جلستها العامة الحادية عشر إلى ضرورة قراءة هذه الأحكام في ضوء حقوق الإنسان في مجمله حيث في غشت 2004 اعتمدت اللجنة التوصية العامة رقم 30 بشأن التمييز ضد الأجانب، التي احتوت على مجموعة من المبادئ نذكر من بينها:

- إن الدول ملزمة بضمان المساواة بين المواطنين والأجانب في التمتع بحقوقهم المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالقدر المعترف بموجب القانون الدولي والمبين بوجه خاص في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- ويشكل التفریق على أساس الجنسية أو المركز من ناحية الهجرة نوعاً من التمييز متى كانت معايير هذا التفریق غير مطبقة بموجب هدف مشروع ولا تتناسب مع بلوغ هذا الهدف.
- يجب ألا تؤدي سياسات الهجرة وأي تدابير متخذة في سياق مكافحة الإرهاب سواء من حيث غايتها أو مفعولها، إلى التمييز على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو العرقي.
- يجب ألا تنطوي إجراءات الترحيل أو إجراءات الإبعاد الأخرى على التمييز بين الأجانب على أساس العرق أو الأصل القومي، وينبغي ألا تفضي إلى تدخل غير مناسب في الحق في الحياة العائلية.
- ويتعين إزالة العقوبات التي تعترض تمتع غير المواطنين بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لاسيما في مجالات التعليم والسكن والعمل والصحة.
- وتستند التوصية العامة رقم 30 إلى جميع الحماية السابقة لصالح غير الأجانب وتفسيراتها، الصادرة لا عن لجنة القضاء على التمييز العنصري فحسب، بل أيضا عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمؤسسات الأخرى المعنية بحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

1- انظر المادة 1 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965

2-مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان مرجع سابق صفحة 11,10,9

كما يتسق النظام الإقليمي لحقوق الإنسان إلى حد بعيد مع الحماية التي توفرها المعايير الدولية، غير أنه يكشف عن عدة استفاضات مهمة في تلك المعايير، فقد نصت المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على "التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الاتفاقية، دون أي تمييز مهمما يكن أساسه كالجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الانتماء إلى أقلية قومية أو أي وضع آخر"<sup>1</sup>، وكذلك عن استثناءات معينة عن مبدأ المساواة العام، فالفقرة 1 من المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 مثلا تكرر المبدأ العالمي القاضي بحق الفرد في الحرية والأمان على شخصه، غير أنها استفاضت في هذا المعيار حيث نصت على أنه "لا يحرم أحد من حريته" إلا في بعض الحالات المحددة ولا يكون ذلك إلا "وفقا لإجراء منصوص عليه في القانون"، وأن قائمة الاستثناءات من الحق في الحرية الوارد في الفقرة 1 من المادة 5 حصريا، كما أن التفسير الضيق لهذه الاستثناءات هو وحده الذي يتفق مع هدف المادة 5، ألا وهو حماية الفرد من الاحتجاز التعسفي<sup>2</sup>.

ونشير هنا إلى أن المحكمة الأوروبية خلصت إلى وجود ميز بين المواطنين الأوروبيين والأجانب فيما يتعلق بالترحيل المباح، ففي قضية س. ضد بلجيكا صدر أمر بترحيل مواطن أوروبي عاش في بلجيكا أكثر من 37 سنة، بسبب إدانته بالإضرار الإجرامي وحياسة مخدرات والتأمر وادعى أنه تعرض للتمييز بسبب العرق والجنسية انتهاكا للمادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1950، لأن ترحيله بمثابة معاملة أقل مواتاة من معاملة المجرمين الذين هم في حماية من هذا التدبير في بلجيكا لكونهم رعايا دولة من الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، وخلصت المحكمة إلى عدم حدوث انتهاك للمادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لأن مثل هذه المعاملة التفضيلية مستندة إلى هدف وتبرير معقول نظرا إلى أن الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي تشكل نظاما قانونيا خاصا، ... أوجد مواطنة خاصة به، وهذا ما يؤكد أن النظام الأوروبي لحقوق الإنسان يتعامل مع الأجانب غير الأوروبيين بسياسة حمائية تمييزية تقوم على تجاوز كل المبادئ المنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية والميثاق

<sup>1</sup>-محمد اليزاز، "الحماية الدولية للمهاجرين، حالة المهاجرين المغاربة في أوربا"، دفاثر الدراسات والأبحاث حول حركة الهجرة المغربية، ج. 8 ماي 2006 صفحة 17

<sup>2</sup>- للتوسع أكثر انظر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950

الأوروبي لحقوق الإنسان المتعلقة بالمساواة، عكس الحماية الدولية للأجانب المهاجرين غير النظاميين المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية الخاصة<sup>1</sup>.

### ثانيا: إقرار الحماية للمهاجرين غير النظاميين في اتفاقيات دولية خاصة

تشكل الاتفاقية الدولية رقم 97 ورقم 143 لمنظمة العمل الدولية واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحماية حقوق كل العمال وأفراد أسرهم الموقعة سنة 1990 قاعدة قانونية مفصلة للسياسات الهجرية في دول الاتحاد الأوروبي.

إن اهتمام منظمة العمل الدولية<sup>2</sup> بالدفاع عن العمال ومصالحهم وتنظيم شروط العمل، لم يكن يتم بمعزل عن اهتمامها بفئة من العمال الأكثر تعرضا للاستغلال والتمييز، لهذا وجهت المنظمة عنايتها بوضع قواعد تحمي العمال المهاجرين، حيث أكدت في ديباجة دستورها، أن مصالح العمال المهاجرين من الأهداف الأولية لها، لذا ترجمت هذا الهدف في اتفاقيتين هامتين ترسمي عددا من المبادئ والمعايير التي تهم هذه الطائفة من العمال وهما:

\_ الاتفاقية رقم 97 المتعلقة بالهجرة من أجل العمل لسنة 1949، التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 22 يناير 1952، وهي تضم 32 مادة و 3 ملاحق، وتقضي بالخصوص، بتعهد كل دولة طرف، بإنشاء إدارة مناسبة ومجانية تقوم بتقديم المساعدات للعمال المهاجرين<sup>3</sup>، حيث احتلت هذه الاتفاقية أهمية واضحة في تنظيم اليد العاملة الأجنبية وتبيان الحقوق الواجبة لصالحها.

\_ الاتفاقية رقم 143 المتعلقة بالهجرة في ظروف تعسفية، والمساواة في الفرص، ومعاملة الأجانب لسنة 1975، وقد تم عقدها في مؤتمر عام في جنيف، من طرف مجلس إداري لمكتب العمل الدولي في يوليو 1975، تضمنت قسمين: الأول خاص بالهجرة في ظروف تعسفية، حيث طالبت خلاله الدول الأعضاء باحترام حقوق العمال المهاجرين، والحد من

1-مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان مرجع سابق صفحة 13

2-أنشئت منظمة العمل الدولية سنة 1919 بموجب معاهدة فرساي للسلام وأصبحت سنة 1946 وكالة متخصصة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة، يوجد مقرها في جنيف، وهي تعتمد بصورة رئيسية على الحوار بين كافة الأطراف المعنية كالتقانات وممثلي أرباب العمل والحكومات

3-كإمدادهم بالمعلومات وبيانات صحيحة (المادة 2) كما تلزم الدول الأطراف باتخاذ إجراءات لتسهيل ومغادرة وسفر واستقبال المهاجرين بفرص العمل (المادة 4) كما تتعهد بتمتع المهاجرين برعاية طبية كافية (المادة 5) ومعاملتهم بنفس معاملتها لرعاياها بدون تمييز (المادة 6)

التشغيل غير الشرعي، والحد من هجرة عمال تنناني وضعيتهم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، أما القسم الثاني، فيستمد مقتضياته من الاتفاقية رقم 111 لسنة 1958، التي فرضت على الدول الأعضاء، ضمان المساواة في المعاملة، في مجالات العمل، والضمان الاجتماعي، والحريات الفردية والجماعية<sup>1</sup>.

ورغم المضمون الإيجابي لهذه الاتفاقية في توسيع الحماية القانونية الدولية لصالح المهاجرين، إلا أنها لم تلقى ترحيبا من معظم الدول المستقبلة لليد العاملة، حيث لم تصادق عليها إلى حدود منتصف التسعينات سوى 17 دولة، وهذا الموقف السلبي من الاتفاقية، دليل على عدم اعتراف الدول الأوروبية بالحماية التي يوفرها القانون الدولي<sup>2</sup>.

وفي سبيل احتواء المشاكل المترتبة عن الهجرة بأنواعها المختلفة، توصل المجتمع الدولي إلى صياغة حلول قانونية لقضية المهاجرين، أينما كانوا معتبرا حقوقهم مسألة إنسانية بالدرجة الأولى، وذلك بغرض رد الاعتبار لهذه الفئة المحرومة من التمتع بأهم الحقوق الإنسانية، لذلك تطلب الأمر تبني مقاربة عالمية ذات طابع شمولي.

وسيتحدد هذا المنحى في إبرام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال وأفراد عائلاتهم. بتاريخ 18 دجنبر 1990<sup>3</sup>، تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة بالقرار رقم 158/45، التي جاءت كتتويج لمجهود فريق من الخبراء الدوليين طيلة اثني عشرة سنة، حيث تعتبر أهم الاتفاقيات ذات العلاقة بالهجرة والمهاجرين، فقد فتحت فصلا جديدا في تاريخ الجهود المبذولة لإقرار حقوق العمال المهاجرين، ولضمان تلك الحقوق واحترامها وفق المبادئ والمعايير الواردة في اتفاقيات منظمة العمل الدولية، وهي اتفاقية دولية شاملة، استلهمت الكثير من المفاهيم والمبادئ من الاتفاقيات القائمة الملزمة قانونا، ومن دراسات الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان، واستنتاجات اجتماعات الخبراء، وتوصياتهم، والمناقشات التي أجريت بشأن مسألة الهجرة والمهاجرين في الكثير من المنتديات الدولية خلال العقدين الماضيين.

وتضع الاتفاقية مثل جميع الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، المعايير التي تبلور نموذجا للقوانين والإجراءات القضائية والإدارية لمختلف الدول، وتتضمن تعهد حكومات

<sup>1</sup>-مصطفى عبد العزيز مرسي، مرجع سابق صفحة 216

<sup>2</sup>-محمد البزاز، مرجع سابق صفحة 17,16

<sup>3</sup>-دخلت حيز التنفيذ في فاتح يوليو 2003

الدول التي تصادق على الاتفاقية أو تنظم إليها، بتطبيق أحكامها، واتخاذ ما يلزم من تدابير، لموائمة تشريعاتها الوطنية ونصوصها.

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية التي جاءت بها الاتفاقية يتأكد أنها تناولت مجموعة من المعايير الملزمة للدول الأطراف، بشأن حماية ورعاية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، وهي تستند في ذلك عموماً على الصكوك الدولية الأساسية في ميدان حقوق الإنسان، من أجل ضمان المساواة في الحقوق بين العمال المهاجرين والمحليين، كما ترمي هذه الاتفاقية إلى تطبيق حقوق الإنسان الأساسية التي تم الاعتراف بها عالمياً لصالح المقموعين الجدد في عصرنا الحديث "المهاجرون".

وفي ذات الوقت تشكل هذه الاتفاقية تقدماً هاماً من أجل الدفاع عن الحقوق الأساسية للعمال المهاجرين الوافدين عن طريق الهجرة النظامية أو غير النظامية وحقوق أسرهم، وذلك من خلال تغطية جميع جوانب وأبعاد الهجرة من البلد الأصلي إلى بلد العمل. بالمقابل لم تبادر أي من الدول المستقبلة الكبرى إلى التوقيع على هذه الاتفاقية، وبالتالي لا يزال نطاق الاتفاقية محدوداً في الظرف الراهن، بسبب التردد الواضح لبلدان أوروبا وأمريكا الشمالية، وهو ما يثير قلق المنظمات الدولية المدافعة عن حقوق الإنسان عامة و حقوق المهاجرين خاصة، حيث تهرب الدول الأوروبية من المصادقة أو الانضمام إلى هذه الاتفاقية الدولية رغم مرور أزيد من 28 سنة على اعتمادها<sup>1</sup>، وهذا التماطل يدل على رغبة متعمدة لهذه الدول في عدم الانخراط في توفير الحماية القانونية لهذه الفئة الهشة التي تعاني كل أشكال التمييز والمعاملة اللانسانية...، على العكس من ذلك نجد تزايد وعي الدول النامية<sup>2</sup>، باستعمال هذه الأداة القانونية للدفاع عن مواطنيها في بلد الهجرة، وحمايتهم من السياسات التمييزية وسوء المعاملة التي قد يكونون ضحية لها<sup>3</sup>.

---

1- محمد البزاز، مرجع سابق صفحة 22,21

2- تجدر الإشارة إلى أن عدد الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية 40 دولة غالبيتها من دول المنشأ، وفي هذا الصدد يجب التنويه بكون المغرب من بين الدول التي كانت سباقة إلى المصادقة على هذه الاتفاقية بمقتضى ظهير رقم 01/93/5 بتاريخ 14 يونيو 1993

3- نشير في هذا الصدد إلى أن المغرب واعي بمختلف جوانب الهجرة، حيث ما فتئ يبذل جهوداً من أجل تعزيز النهوض بحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المهاجرين بشكل خاص، لهذا عمل المغرب على خلق وزارة مكلفة بالجالية المقيمة بالخارج وشؤون الهجرة

أما بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو الذي تم التوقيع والمصادقة عليه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 بتاريخ 10 نونبر 2000<sup>1</sup>، فيهدف إلى تعزيز التعاون الدولي في مجال الهجرة الدولية والتنمية من أجل معالجة الأسباب الجذرية للهجرة وبخاصة ما يتصل بالفقر، كما يهدف إلى أقصى حد من فوائد الهجرة الدولية بمن يعينهم الأمر، ويركز على ضرورة معاملة المهاجرين معاملة إنسانية وحماية حقوقهم الإنسانية حماية تامة<sup>2</sup>، ومحاربة أنشطة الجماعات الإجرامية المنظمة في مجال تهريب المهاجرين وسائر الأنشطة الإجرامية ذات الصلة الموضحة في البروتوكول.

أما عن مسؤولية المهاجرين الجنائية تعرضت لها المادة 5 من البروتوكول<sup>3</sup> إلا يصبح المهاجرون عرضة للملاحقة الجنائية بمقتضى هذا البروتوكول من جراء كونهم هدفا للسلوك المبين في المادة 6 من هذا البروتوكول.

التجريم في المادة 6 "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية في حالة ارتكابها عمدا ومن أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى، أو في الحالات التالية:

(1) تهريب المهاجرين.

(2) القيام بفرض تسهيل على المهاجرين كإعداد وثيقة سفر مزورة أو تدبير الحصول على

وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.

---

1- دخل حيز التنفيذ في 28 جانفي 2004 بعدما صادقت عليه 40 دولة بحسب ما تشترطه المادة 22 من البروتوكول  
2- فقد تم بالفعل إدراج مسألة صيانة حقوق المهاجرين في هذا البروتوكول، وهي الخطوة تعد مسألة إيجابية بل وتعتبر انجازا كبيرا على اعتبار العقاب التي تعاني منها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم وكذلك بالنظر إلى الاختلاف الكبير الذي حدث بين الدول حول هذه النقطة، حيث أن بعضها أصرت على أن يقتصر نطاق البروتوكول على مسألة تهريب المهاجرين فقط، لكن الرأي الغالب رجح إدراج حماية المهاجرين على اعتبار أنها فئة هشة، انظر

Ollusnatalia, "protocol against the smuggling of migrants by land, air and sea supplementing the united nations convention against transnational organized crime atool for criminal justice persone", resource material serie no 62 tokyo, february 2004 page 35

3- ان المادة 5 هذه وان كانت ترفع عن البروتوكول دعوته إلى فرض مراقبة على المهاجرين، إلا أنها تعطي الضوء الأخضر للدول لفعل ذلك، أولا من خلال وضعهم "موضوع" للسلوك الإجرامي وليس ضحايا له، وهذا لا يجعل حمايتهم مسألة ذات أولوية، وثاني تبين أنها لم تنطبق إلى الحق في الهجرة المكرس في المواثيق الدولية على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 13

3) تمكين شخص ليس مواطناً، أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية من البقاء فيها دون التقييد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة.

أما المادة 18 من البروتوكول فقد ركزت على إعادة المهاجرين المهربين، يشمل هذا الإجراء الأشخاص الذين يكونون هدفاً للسلوك المبين في المادة 6 السابق ذكرها، ويجوز للدول الأطراف أن تتعاون مع المنظمات الدولية المختصة في تنفيذ إعادة المهاجرين المهربين<sup>1</sup>.

رغم وجود قوانين دولية تعنى بشؤون المهاجرين بصفة عامة والمهاجرين غير النظاميين بصفة خاصة، إلا أنه يمكن القول إنها تبقى مجرد قوانين نظرية غير ملزمة يمكن تجاوزها دون أي عقاب، بمرر حماية السيادة الوطنية عن طريق تقييد الحق في التنقل المنصوص عليه في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، حيث دائماً ما تطرح جدلية الحق في مغادرة البلد الأصل والحق في الدخول إلى بلد آخر.

### الفرع الثاني: جدلية الحق في التنقل وحدود السيادة الوطنية

تقود جدلية الهجرة والسيادة إلى ملامسة إشكالية الهجرة من باب المعادلة بين حرية التنقل المتاحة للأفراد كمبدأ أساسي من مبادئ حقوق الإنسان (أولاً)، وضرورة محافظة كل دولة على أمنها ونظامها العام من جهة أخرى (ثانياً).

#### أولاً: الهجرة وإلزامية فتح الحدود

إذا كانت المواثيق الدولية تنص على وجوب حسن معاملة المهاجرين النظاميين، فإنها كذلك تؤكد على أهمية حرية حركة المهاجرين استناداً إلى تطبيق المبادئ المتعلقة بحرية حركة الأفراد وفتح الأسواق أمام العمالة سواء كانت وطنية أو أجنبية.

لا يخفى أن حرية التنقل تعتبر من المبادئ الجوهرية لحقوق الإنسان المتعارف عليها دولياً، فالمادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أنه "لكل فرد الحق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة ولكل فرد الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده وفي العودة إليه".

<sup>1</sup> - يحيوي سهام، مرجع سابق صفحة 157



كذلك ينص الفصل 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ما يلي: "لكل فرد حق الحرية والأمان على نفسه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراءات المقررة فيه...". إذن فالقاعدة العامة هي حرية التنقل والاستقرار بين وداخل الدول، وما القيود التي جاء التنصيص عليها في عبارتي "لا يجوز" و"...إلا لأسباب" لا يمكن أن تسمح بتقييد العام، بل إنها ليست سوى حالة شاذة.

وهكذا جاء الفصلان 12 و13 من العهد المذكور لتتيمم المقتضى القانوني القاضي بأن القاعدة هي حرية التنقل، وبالتالي لا ينبغي للاستثناء من تعميم يذكر، إذ ينص الفصل 12 على الآتي:

1- لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما، حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.

2- لكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده.

3- لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي والنظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحريةهم وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد.

4- لا يجوز حرمان أحد تعسفا من حق الدخول إلى بلده.

وينص الفصل 13 من العهد على "لا يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم دولة طرف في هذا العهد إلا تنفيذا لقرار اتخذ وفقا للقانون، وبعد تمكنه ما لم تحتم دواعي الأمن القومي خلاف ذلك، من عرض الأسباب المؤيدة لعدم إبعاده ومن عرض قضيته على السلطة المختصة أو على من تعينهم خصيصا لذلك، ومن توكيل من يمثله أمامها أو أمامهم". إذن فحرية التنقل مكفولة ومضمونة كحق وليس كمنحة مهداة، والأجنبي بمجرد تواجده بأي أرض، يتمتع بنفس الحقوق التي تعطى للمواطن من حرية التنقل والإقامة، وأن لكل شخص الحق في مغادرة أي بلد بما فيها بلده، ويكرس ذلك مبدأ المساواة كآلية في تقوية وتمتين حرية التنقل التي تعتبر رافعة قوية في تحريك دولة حقوق الإنسان<sup>1</sup> كعولمة جزئية أو قطاعية من عولمة كلية صارت دين العصر الحالي.

1- محمد ازوكان، "إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة"، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الطبعة الأولى، 2004، صفحة 32

ففي عصر العولمة كيف تتزايد الأسفار في كل الاتجاهات ولا تتطور في اتجاه أوروبا؟ وكيف يكون طبيعياً أن تنتقل البضائع ورؤوس الأموال ويمنع البشر من حق التنقل؟ وكيف يمكن أن تفتح الفضاءات الثقافية على بعضها البعض من دون أن يتجه الناس إلى الالتقاء والتعاون؟ وكيف تجتاز القنوات الفضائية الحدود ولا ينمو في الناس حب الإطلاع<sup>1</sup>. ذلك أن فتوحات العولمة وإنجازاتها العلمية والتقنية تطلق إمكانيات لا سابق لها للتواصل والتجاوز والتبادل والتداول أو للنقل والانتقال، من هنا فالعولمة تدعو إلى حرية حركة الأفراد، غير أن الدول الأعضاء في المنظمات الإقليمية لا ترغب في ذلك استناداً إلى عوامل داخلية وخارجية. فبالرغم من اتفاقيات الشراكة الأوروبية المتوسطية على حرية انتقال السلع والخدمات عبر حدود الدول الأعضاء في عملية برشلونة، لاسيما قيام منطقة الازدهار المشترك عام 2010، إلا أنه يلاحظ أن القيود على حرية تنقل الأفراد ما زالت موجودة بشكل ملحوظ بين الدول الأعضاء في عملية برشلونة، بل إن البعض يؤكد على أن الرقابة على الهجرة هي أشد ما تكون عليه في عصر العولمة مقارنة بالفترات الزمنية السابقة، فالحدود تفتح أو تغلق تماشياً مع قرارات وسيادة الدول، بالرغم من شعارات العولمة المنادية بحرية تنقل الأفراد من بلد إلى آخر.

وإذا كان الوقوف ضد حركة التداول التي يتيحها العالم المعولم هو من سمات الفكر الرجعي والفاشي كما يرى كل من الفيلسوف الإيطالي "انطونيو نيغري Antonio Negri" والناقد الأمريكي "مايكل هارديت Michael Hardt"، فإن ذلك يضع على المحك حقيقة الديمقراطية الغربية وتغنيها بشعارات حقوق الإنسان.

ومع ذلك فإن السلطات الوطنية والدولية عبر العالم والمعنية بمسألة الهجرة تجمع على نتيجة مفادها أنه يستحيل من الناحية المادية ممارسة مراقبة فعالة للحدود في دول مفتوحة كما هو الشأن بالنسبة للدول الصناعية<sup>2</sup>، الأمر الذي يفسر تواجد كم هائل من المهاجرين غير النظاميين بالبلدان الأوروبية.

إذا كان الوضع الطبيعي يتمثل في أن يهاجر المرء إلى حيث الموارد، فإن الهجرة تبعاً لذلك مسألة طبيعية، وما الجغرافيا السياسية والحدود السياسية للدول وما ترتب عنها من

<sup>1</sup>-الهجرة غير القانونية انظر الموقع، تاريخ التصفح 2016/04/22

<http://www.thissiyria.net/2006/05/30articles/01.html>

<sup>2</sup>-Francoise gaspard, claudeservan-schreiber; «la fin des immigrés». Collection seuil essais, mars 1984, page 33

صد للهجرة، إنما هو مسألة ضد نواميس الطبيعة ما دامت لا تمت بصللة لأعمال الغزو أو الاحتلال المدانة أخلاقيا وقيميًا.

وإذا كان المنظور الأوروبي أضحى يعتبر الهجرة غير النظامية جريمة منظمة تصل عقوبتها إلى السجن أحيانا، فإن المنع هو الذي حولها إلى جريمة منظمة، فلو كانت الهجرة مسموح بها لما تحولت إلى جريمة وما كان للمهاجرين أن يهاجروا في قوارب لا تتوفر فيها شروط السلامة<sup>1</sup>. إن مأساوية هذا النمط من الهجرة ناتجة عن سياسيات قائمة على غلق الحدود في وجه البشر وجعل حرية التنقل تهم البضائع دون الإنسان، وكأن العوامة تعني فقط فتح الحدود أمام تدفق السلع والخدمات والشركات متعددة الجنسيات ورأس المال الأجنبي المقترن بالدول المتقدمة، وليس بالضرورة حرية تنقل العمالة والمهاجرين القادمين من الدول النامية.

### ثانيا: الهجرة وإلزامية حماية الحدود:

إن القيود المفروضة على الهجرة تعتبر ظاهرة معاصرة طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، فهي لم تكن معرفة خلال القرن التاسع عشر، إذ تساوت حركة المهاجرين مع حركة رؤوس الأموال. فلقد النقص الخاص في القوة البشرية تم فتح حدود دول الشمال على مصراعها أمام العمال لاسيما القادمين من دول الجنوب، فكانت تلك انطلاقة الهجرة الجماعية من الجنوب إلى الشمال، حيث لم يكن يخامر البلدان المستقبلية والبلدان المصدرة على السواء شك في كون تدفق المهاجرين إلى أوروبا ظاهرة مؤقتة أملت ضرورة إعادة الإعمار وبناء اقتصاديات تلك الدول، غير أنه بتوالي السنين وتبعاً لزيادة تدفق عدد المهاجرين من دول الجنوب إلى دول الشمال، أصبحت الهجرة غير النظامية هاجس ومشكلة حقيقية للدول المستقبلية خلفت انعكاسات سلبية على المستوى السياسي والاجتماعي والإنساني والأمني، مما دفع بدول الإتحاد الأوروبي وتحت الأزمة البترولية إلى اتخاذ قرار يقضي بإغلاق حدودها في وجه المهاجرين النازحين...<sup>2</sup>

1- موسى الأشخم، "الهجرة غير الشرعية المشكلة والإبعاد"، مجلة دراسات مجلة دراسات المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، السنة الثامنة، العدد 28 ليبيا 2007 صفحة 98

2- الطيب الشراوي، "تقديم القانون رقم 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية والهجرة غير المشروعة، إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم 03.02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب وبالهجرة غير المشروعة"، أشغال الندوة الوطنية بمرآش يومي 19 و20 دجنبر 2003 نظمتها وزارتي الداخلية والعدل، الرباط، جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية 2004، صفحة 19

وهكذا نجد أن الدول الداعية إلى العولمة والداعية إلى فتح الحدود وإلى حرية انتقال رؤوس الأموال والسلع هي نفسها الدول التي تدعو إلى محاربة الهجرة بدعوى السيادة الوطنية وهذه هي المفارقة، فالمسألة لها جانب قانوني من حيث أنه في القانون الدولي مبدأ متفرع عن سيادة الدولة وهو حق الدولة في تنظيم دخول الأجانب وإقامتهم على أراضيها وهذا مبدأ معترف به في القانون الدولي، وهو وليد السيادة الإقليمية...<sup>1</sup>. ولكن ينبغي أن تأخذ السيادة في شموليتها لأن هناك فقط سيادة واحدة لا تقبل التجزئة إلى سيادة ضد الهجرة، وأخرى ضد انتقال المعلومات ورؤوس الأموال، غير أن ذلك لا يفي ومن منطلق تطبيق مبدأ السيادة حق كل دولة في حماية حدودها الوطنية والمحافظة على أمنها ونظامها العام. ذلك أن الاعتراف بحرية تنقل الأشخاص لا يعني فتح الباب على مصراعيه للأشخاص للتنقل بدون مراقبة، فهذه الحرية يجب أن تكون منظمة ومضبوطة، فيغض النظر عن القيود القانونية التي تفرضها الحكومات، توجد هناك قيود آلية وثقافية تزيد من تعقيد حرية تنقل الأشخاص الذين يكونون مرغمين في غالب الأحيان هرباً من الحروب والبطالة والفقر، وهذا ما دفع بعض المحللين إلى الحديث عن الهجرة المفروضة<sup>2</sup>. كذلك وبعد أحداث 11 ستمبر 2001 سببرز جدلية الهجرة والإرهاب، مما سيؤدي إلى تشديد الإجراءات المتعلقة بمراقبة الحدود والهجرة غير النظامية، بل إن الأمر يستند إلى درجة التأثير في التشريعات الدولية المتعلقة بالهجرة، غير أن ذلك لا يحصد سوى نتائج عكسية<sup>3</sup>.

وبالعودة إلى تيمة السيادة من حيث تزامنها وتدافعها مع الهجرة، تتعامل المدرسة الكلاسيكية أو التقليدية في العلاقات الدولية مع الهجرة من منطلق السيادة الكاملة للدولة، ذلك بأنه إذا كانت للتحويلات الاقتصادية الهائلة آثار كبرى على سياسيات الدول واقتصادياتها حيث عرفت سيادة الدول بذلك تراجعاً بحيث أصبح دورها محدوداً أمام قوة ودور الفاعلين الاقتصاديين، إلا أن ذلك لا يعني بالنسبة للدول المتقدمة انهيار الدولة أو

1- عمران الصفرائي، الهجرة غير الشرعية المشكلة والأبعاد، مرجع سابق صفحة 91.

2- محمد ازوكان، مرجع سابق صفحة 33.

3 Francoise gaspard, claudeservan-schreiber, opcit page 34

غياب دورها، بل إن هذا الدور يتحدد للتكيف مع المتغيرات العالمية<sup>1</sup> والتي تعتبر ظاهرة الهجرة غير النظامية إحدى إفرازاتها.

ويلاحظ في هذا السياق أن أوروبا تنحى هذا المنحى، حيث تسمح بانتقال رؤوس الأموال والتقنية والعمالة فيما بينها، على اعتبار أن هناك اتفاقيات تنظم ذلك في إطار الاتحاد الأوروبي، ولكنها تضع في نفس الوقت العراقيل أمام انتقال العمالة الوافدة من دول جنوب البحر الأبيض المتوسط ودول إفريقيا جنوب الصحراء.

هكذا إذن في الوقت الذي تتعالى فيه أصوات جديدة في علم العلاقات الدولية تدعو إلى ربط هذا العلم بالأخلاق، حيث تؤكد المدرسة السلوكية على أهمية الدول ذات السيادة على ضرورة مراعاة المشاعر الإنسانية للمهاجرين، لاسيما غير النظاميين منهم لأنهم أكثر عرضة للمعاناة.

ففيما يخص مسألة ازدواجية المعايير في التعامل مع مكونات النظام العالمي، فإن الدول الغربية، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، يعتبر هذا الأمر خاضعا لتوجهاتهم البرغماتية المستمدة من الحفاظ على أمنهم ومصالحهم العليا، وذلك عبر كل الوسائل المتاحة والممكنة، إذن هم لا يتعاملون وفق ما نراه بل بناء على ما يرونه هم، وهذا أمر طبيعي وإن لم يكن مقبولا لدينا.

### خاتمة:

تعمل الدول الأوروبية على تشديد المراقبة والحراسة ونهجها السياسات التقييدية التي أصبحت شاغلا أمنيا مضمرا في كامل المقاربة الأوروبية لمسألة الانتقال الحر لتزداد صرامة خاصة بعد أحداث سبتمبر 2001<sup>2</sup>، هذه المقاربة التي استمدت وجودها من الربط بين الهجرة غير النظامية والتهديدات الأخرى العابرة للحدود في ظل التحولات التي عرفها العالم بداية التسعينات، حيث تزامنت هذه الظاهرة كتهديد أمني مع التطور والتوسع في مفهوم الأمن بعد أن كان مقتصرًا على الدولة باعتبارها الفاعل الوحيد في الساحة الدولية كوحدة تحليل مركزية في الدراسات الأمنية، وإنما تركز كذلك على الفرد والمجتمع وهي ممتدة من القطاع السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، والبيئي، إلى جانب القطاع العسكري.

---

انادية الهواس، "قانون دخول وإقامة الأجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة، نظرة حول المعطيات الداخلية والدولية ومدى مساهمتها في صدور هذا القانون"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 61 مارس ابريل 2005 صفحة 64.

<sup>2</sup>- يحيوي سهام، نفس المرجع صفحة 47

## تعدد الزوجات بين التقييد والمنع

د. عبد الهادي الشاوي، أستاذ باحث

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

جامعة ابن زهر

### مقدمة:

التعدد مشروع بالكتاب و السنة و الإجماع<sup>1</sup>، وقد أجازت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 التعدد بشرط العدل بين الزوجات، وأصبح بمقتضى تعديل 1993 على من يريد التعدد إشعار الزوجة الأولى برغبته في الزواج، والثانية بأنه متزوج بغيرها، وللزوجة أن تشرط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها، وللزوجة إذا لم تكن قد وضعت شرط عدم الزواج عليها أن ترفع الأمر للقاضي للنظر في الضرر الحاصل لها، وفي جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي بالتعدد.

أما مدونة الأسرة فقد قيدت التعدد، وأصبح لا يأذن به القاضي إلا إذا توفرت دواعي موضوعية واستثنائية كإصابة الزوجة بالعقم، أو بمرض يمنعها من الجماع... إضافة إلى قدرة الزوج المالية للإنفاق على الزوجتين (الفقرة الثانية)، كما أن المحكمة لا تأذن بالتعدد في حالة وجود شرط عدم التعدد وكذا إذا خيف عدم العدل بين الزوجات ( الفقرة الأولى).

1 - التعدد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: "وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا" (سورة النساء الآية 3) ومن أدلة الكتاب العزيز أيضا، قوله عز و جل: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة و أن تصلحوا و تتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا." (سورة النساء الآية 128).

ومن السنة فعله صلى الله عليه وسلم، وفعل أصحابه رضوان الله عليهم وتقريره صلى الله عليه وسلم لفعلهم، وأمره من أسلم ممن كان في عصمته أكثر من أربعة نسوة بطلاق ما فوق الأربعة، ففي موطأ الإمام مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال لرجل من ثقيف أسلم وتحتة عشر نسوة: " أمسك منهن أربعة و فارق سائرهن." و في رواية الإمام الترمذي عن عبدا لله بن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم و له عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير أربعة منهن.

أما الإجماع فقد أجمعت الأمة منذ صدر الإسلام على إباحة التعدد و الجمع بين أربع نسوة كحد أقصى، من غير تكبير و لا شذوذ من حيث مبدأ التعدد، و حرمة ما زاد على ذلك و مخالفة قاعدة التحريم تجعل العقد على الخامسة فاسدا ويفرق بينهما ويحد العاقد إن كان عالما بالتحريم ويلحق النسب فيه إذ يجتمع الحد والنسب في هذه الحالة.

## الفقرة الأولى: الحالات التي يمنع فيها التعدد

تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليهما" يتضح من خلال هذه المادة بأن التعدد يمنع في حالتين فقط وهما:

### أولاً: وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليهما:

تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليهما". فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليهما فإن إمكانية التعدد تكون قد حسمت منذ البداية، إذ أن الزوج في هذه الحالة يمنع من التعدد مادام مرتبطاً بالزوجة المستفيدة من الشرط<sup>1</sup>. وتكريساً لمبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج، أجاز المشرع لكلا الزوجين وضع شروط إرادية تكون ملزمة لمن إلزم بها، بشرط ألا تكون مخالفة لمقاصد العقد والقواعد الأمرة للقانون، وهذا ما أكدت عليه المادة 47 من مدونة الأسرة: " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلاً والعقد صحيحاً".

وفي هذا السياق نص الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

فمتى تبين للمحكمة وجود شرط عدم التعدد في عقد الزواج لا تأذن للزوج بالتعدد ولو لم تتمسك به الزوجة، وفي حالة إخلال الزوج بهذا الشرط باستعماله وسائل تديسية واحتيالية من أجل التعدد يحق للزوجة طلب التطليق، وهذا ما أكدت عليه المادة 99 من مدونة الأسرة " يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق".

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، فمتى تنازلت الزوجة عن هذا الشرط بإرادتها الحرة والسليمة أي بدون ضغط أو إكراه يحق للزوج طلب الإذن من المحكمة من أجل التعدد.

1 محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة: الجزء الأول. الزواج، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2018 الصفحة 333.

## ثانياً: تحقيق العدل بين الزوجات:

جعلت مدونة الأسرة العدل بين الزوجات من الشروط الأساسية للتعدد حيث نصت المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات". والعدل المقصود هو العدل المقدر عليه في الأفعال الظاهرة التي يملكها الزوج بإرادته، كالقسم والمبيت والسكن والملبس والمأكل والمشرب وغيرها من الأمور المادية الملموسة. أما الأمور القلبية الباطنية التي لا يملك الإنسان التصرف فيها بإرادته الكاملة فيغتفر عدم العدل فيها والميل فيها إلى جهة دون أخرى لقوله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة".

وقد سُئل أبو عبيد الله الحفار عن الرجل الذي تكون له زوجتان، هل يجوز له الميل لإحدهما دون الأخرى؟ فأجاب: الحكم الشرعي في رجل تكون له زوجتان أن يسوي بينهما في جميع الأشياء، فإن قسم بينهما في اليوم و الليلة فيكون مع الواحدة يوماً و ليلة، ومع الأخرى مثلها، ولا يأتي الواحدة في يوم الأخرى و لا في ليلتها، ولا يترك جماع واحدة لينشط لجماع الأخرى، بل يسوي بينهما بأقصى جهده، وما لا يدخل تحت اختياره فلا يؤخذ به، كمحبة إحدهما دون الأخرى، فإذا مال بقلبه للواحدة لم يلزمه أن يحب الأخرى، لأن ذلك خارج عن كسبه، بل يؤمر ألا يفضل المحبوبة بشيء<sup>1</sup>.

لكن كيف يمكن للمحكمة أن تتأكد من أن طالب الإذن بالتعدد سيعدل بين زوجاته، خاصة وأن الخوف من عدم العدل لمنع التعدد قيد سابق لأوانه فلا يمكن أن يتصور إلا بعد وقوعه.

فالقاضي لا يمكنه الوقوف على إمكانية تحقيق الزوج للعدل بين الزوجات من عدمه ، لأن هذا الأمر متعلق بالضمير الإنساني والأخلاقي للزوج، فقد يظهر أمام القضاء عزم الزوج على العدل بين الزوجات، لكن بعد حصوله على الإذن يتخلف على وعده. إذ لا يتصور منطقياً أن يرفع الزوج طلب الإذن بالتعدد أمام المحكمة ويقول أمام القضاء أنه لن يستطيع أن يعدل بين الزوجات.

إذن مسألة العدل بين الزوجات لا يمكن التأكد منها إلا بعد الزواج من امرأة ثانية أو ثالثة أو رابعة، فهي مسألة مفترضة الوقوع وليست محققة الوقوع.

1 - الونشريسي، المعيار الجزء الثالث، المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب، الصفحة 184.



فالقاضي هنا يتأكد من وجود مظاهر خارجية فقط لطالب التعدد من أجل معرفة مدى إمكانية العدل من توفر الموارد الكافية لإعالة أسرته أو توفير مسكن لكل واحدة منهما وغير ذلك. وفي هذا الإطار جاء في حيثيات حكم صادر عن ابتدائية طنجة ما يلي: "حيث إن من المعلوم أن التعدد في التشريع الإسلامي قوامه العدل بين الزوجات بمعنى أن التشريع الإسلامي لم يجعله مطلقاً بل أحاطه بمجموعة من الشروط تجعل إباحته حالة استثنائية أو ضرورة لها مبرراتها مصداقاً لقوله تعالى "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم".

فضلاً على أنه طبقاً للمادة 40 فإن التعدد منوط بالعدالة كذلك وأن تشنج العلاقة الزوجية بين الطرفين وطغيان الخلاف بينهما لما من شأنه أن يحول دون تحقيق العدل المطلوب بين الزوجات.

وحيث إنه في ظل غياب الشرط المذكور يبقى الطلب غير مبرر ويتعين التصريح برفضه<sup>1</sup>.

لكن المشرع المغربي لم يقرر أي جزاء في حالة مخالفة الزوج لشرط العدل بين الزوجات، ومع ذلك فهذه المسألة لا تثير في نظري أي إشكال لأنه يمكن الرجوع في هذا الشأن إلى مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي نصت بشكل واضح على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من كان له امرأتان فكان يميل مع إحداها على الأخرى بعث يوم القيامة وأحد شقيه ساقط"<sup>2</sup>، ويتدخل الحاكم متى رفعت المتضررة الأمر إليه للتعزير أو التفريق.

### الفقرة الثانية: الحالات التي يجوز فيها منح الإذن بالتعدد

تنص المادة 41 من مدونة الأسرة على أنه: "لا تأذن المحكمة بالتعدد:

1 حكم صادر عن ابتدائية طنجة قسم قضاء الأسرة في ملف عدد 13/293 رقم 13/1618/293 بتاريخ 13/05/2013. أوردته ملاك زباني، تعدد الزوجات بين الحظر والتقييد على ضوء النص القانوني والاجتهاد القضائي بحث نهائية التدريب بالمعهد العالي للقضاء سنة 2013-2015.

2\_ أخرجه أبو داود في السنن: كتاب النكاح، باب القسم بين النساء وابن ماجه في السنن: كتاب النكاح، باب القسم بين النساء.

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.  
- إذا لم تكن لطالبيه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة".  
وفي نفس السياق نصت المادة 42 من مدونة الأسرة على أنه: "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة؛ يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية".  
فمدونة الأسرة إذا قيدت التعدد بمجموعة من الشروط منها ما تم التنصيص عليه بشكل مباشر كالمبرر الموضوعي الاستثنائي والقدرة المادية على إعالة الأسرتين ومنها ما تم التطرق إليه بشكل غير مباشر وذلك من خلال تعقيد مسطرة الحصول على الإذن بالتعدد، وعموما يمكن اختزال هذه الشروط في:

#### أولا: وجود مبرر موضوعي استثنائي:

نصت المادة 41 من مدونة الأسرة على أن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛ لكن المشرع المغربي لم يحدد المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي تاركا أمر تقديره للمحكمة حسب كل حالة على حدة.  
وقد ذهب الدكتور محمد الكشور إلى أن المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان، ومن ذلك أن تكون الزوجة عاقرا أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي أو ليست لها الرغبة فيه مطلقا، أو تصاب بمرض عضال يقعدها في الفراش، أو تصير الزوجة طاعنة في السن خلافا لزوجها الشاب أو تكون للزوج قوة جنسية جامحة، بحيث لا تكفيه زوجة واحدة<sup>1</sup>.

كما ذهب الأستاذ حسن العجمي إلى أنه يتحقق المبرر الموضوعي الاستثنائي إذا كان الطلب الرامي للتعدد مبني على سبب مشروع، وحتى يكون كذلك لا بد أن تتوفر فيه صفتي الموضوعية الاستثنائية وهما أمران متلازمان لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وقد جاء في

1 محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة: الجزء الأول. الزواج، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2018 الصفحة 335.

المدونة غير معطوفين أحدهما عن الآخر، فتحقق صفة الموضوعية بدون صفة الاستثنائية يجعل الطلب غير مبرر والعكس صحيح<sup>1</sup>.

والزوج هو المكلف بإثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي، والمحكمة هي التي تقدره وتكيفه هل هو فعلا مبرر موضوعي استثنائي يسمح بالتعدد أم لا، مع الإشارة إلى وجوب التضييق ما أمكن في ذلك التكييف، لأننا أمام رخصة تحمل طابع الاستثناء الذي يجب عدم التوسع في تفسيره.

ومتى تعلق المبرر الموضوعي بشخص الزوجة كما لو ادعى الزوج أنها تنفر من العملية الجنسية، فيجب استدعاؤها من جانب المحكمة قصد الاطلاع على حالتها والاستماع إليها. وسواء قبلت المحكمة المبرر الموضوعي الاستثنائي المدعى به أو رفضته، فيجب عليها أن تعلق موقفها سواء بالقبول أو بالرفض<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار نورد حكما صادرا عن المحكمة الابتدائية بتارودانت؛ جاء فيه أنه: "حيث يهدف المدعي في طلبه بالإذن له بالتعدد، وحيث أن العلاقة الزوجية ثابتة بين الطرفين وفق رسم الزواج، وحيث أسس المدعي طلبه على سبب موضوعي واستثنائي متمثل في أن زوجته لا تقدر على المعاشرة الحميمية كونها تعاني من مرض على مستوى الرئة وأنه يخاف انتقال العدوى.

وحيث أكدت المدعى عليها ما جاء على لسان المدعي معززا دعواه بملف طبي للمدعى عليها.

وحيث إن المحكمة بعد دراستها لوثائق الملف، تبين لها أن طلب المدعي مؤسس قانونا مما يتعين معه الاستجابة له"<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق، ذهبت المحكمة الابتدائية بالناظور هي الأخرى في نفس الاتجاه معتبرة إصابة الزوجة بمرض السكري مبررا موضوعيا يعطي للزوج الحق في التعدد<sup>4</sup>.

1 حسن عجمي، "التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، الموقع [www.mahkamaty.com](http://www.mahkamaty.com) تاريخ التصفح 16/04/2020، الساعة 22:25.

2 محمد الكشور، مرجع سابق ص: 335.

3 حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتارودانت ملف عدد 2019/22 بتاريخ 07/04/2019 حكم غير منشور.

4 حكم صادر عن ابتدائية الناظور قسم قضاء الأسرة عدد 2012/05/16222 بتاريخ 2012/05/16، أورده الدكتور إدريس الفاخوري تعدد الزوجات بين النص القانوني وواقع العمل القضائي. تعليق على قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/06/23. موقع [www.maroclaw.com](http://www.maroclaw.com) تاريخ الإطلاع على الموقع 2020/04/14 الساعة 18:35.

لكن ما قد تراه بعض المحاكم مبررا موضوعيا واستثنائيا قد تراه محاكم أخرى عكس ذلك، فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بتارودانت في حكم لها أن المدعي يهدف من طلبه الإذن بالتعدد وصرح أن زوجته مريضة بالأعصاب منذ 11 سنة وأنها لا تقدر على تحريك أطرافها بشكل عادي معززا طلبه بالوثائق الطبية، وأكدت المدعى عليها ذلك مضيفة بأنها توافق له على التعدد. وبعد دراسة المحكمة للملف تبين لها أن المدعي لم يؤسس طلبه على أي مبرر موضوعي استثنائي معتبر قانونا...<sup>1</sup>

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بخنيفرة جاء فيه: " إذ أكد الزوج طالب التعدد من خلال وقائع دعواه أن زوجته لم تعد تقدر على القيام بشؤون بيت الزوجية وكذلك على المعاشرة الزوجية لكبر سنهما إذ تبلغ من العمر 54 سنة. وعزز طلبه بشهادة طبية تفيد أن الزوجة بها تعفن بجهازها التناسلي وصرحت أمام الطبيب بأنها لم تعد ترغب في المعاشرة الزوجية، إلا أن المحكمة قضت برفض طلبه"<sup>2</sup>.

### ثانيا: التوفر على الموارد الكافية لإعالة الأسرتين:

لا يكفي للإذن بالتعدد وجود مبرر موضوعي استثنائي بل لابد أن يتوفر الشخص الراغب في التعدد على القدرة المالية للإنفاق سواء على المرأة المراد التزوج بها أو التي في عصمته.

وهو ما كرسته المادة 41 من مدونة الأسرة التي نصت بشكل واضح على أن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين وضمنان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

كما قررت المادة 42 من مدونة الأسرة أن يكون طلب الإذن بالتعدد مرفقا بإقرار عن الوضعية المادية لمن يريد التعدد، سواء بشهادة تثبت دخل الفرد أو رقم معاملته التجارية أو رصيده في البنك أو أي حجة أخرى تنفيذ الوضعية المادية للمعني بالأمر، وإلا وجب الحكم بعدم قبول الطلب في حالة عدم الإدلاء بمستندات تعزز طلبه.

وحتى إذا توفرت القدرة المالية ووجد المبرر الموضوعي الاستثنائي، فإن السلطة التقديرية تبقى للقاضي بمنح الإذن من عدمه، لأن وجود المبرر الموضوعي الاستثنائي والموارد

1 حكم صادر عن ابتدائية تارودانت قسم قضاء الأسرة ملف عدد 2019/08 بتاريخ 2019/02/27 غير منشور.

2 - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بخنيفرة ملف عدد 2006/943 حكم رقم 1024 بتاريخ 2006/12/18. أورده حسن عجمي، "التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، الموقع

www.mahkamaty.com تاريخ التصفح 16/04/2020، الساعة 22:25

الكافية لإعالة الأسرتين من عدمهما هي من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع .

ففي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيث جاء فيه: " أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين بمقتضى عقد الزواج، وأنهما رزقا بثمانية أبناء. وحيث صرح المدعي طالب التعدد بأنه يرغب في امرأة ثانية بعدما أصبحت المدعى عليها غير قادرة على تحمل أعباء الزوجية لمرضها.

وحيث أن الثابت من خلال معطيات الملف وما راج أمام المحكمة بجلسة البحث، أن المدعي متقاعد وله دخل يناهز 6000 درهم إلى 7000 درهم شهريا حسب تصريحه ولا يتوفر على أي مدخول آخر غير المذكور. وعليه فإن وضعيته المادية والاجتماعية تجعله غير قادر في نظر المحكمة على تحمل أعباء أسرتين وضمان جميع الحقوق في إطار المساواة بينهما خاصة وأن المدعى عليها في حاجة إلى رعاية طبية وبحاجة إلى العلاج وعليه يكون طلبه والحالة هذه غير متوفر على الموارد الكافية لإعالة الأسرتين مما يتعين عدم قبول طلبه<sup>1</sup>.

وفي نفس الإطار، رفض قسم قضاء الأسرة بسلا في أحد أحكامه منح الإذن بالتعدد معللا حكمه بكون طالب التعدد أب لأسرة مكونة من 4 أبناء كلهم يتابعون دراستهم، وأن أجرته لا تتعدى 4200 درهم شهريا لا تمكن من إعالة أسرتين بل إنها تبقى كافية لإعالة أسرة واحدة مثل أسرة طالب التعدد وفي حدود التوسط<sup>2</sup>.

وفي هذا المنحى أيضا، قضت المحكمة الابتدائية بالخميسات برفض طلب الإذن بالتعدد، لعدم كفاية ما يصرف لطالبه من معاش لإعالة الأسرتين، حيث جاء في هذا الحكم أنه: " بالإطلاع على وثائق الملف ثبت أن طالب الإذن له مورد مالي وحيد، هو معاشه الذي لا يتجاوز مبلغ 1544 درهم شهريا، وهو غير كاف لإعالة أسرتين"<sup>3</sup>.

---

1 حكم صادر عن ابتدائية تزنيث قسم قضاء الأسرة عدد 2019/86 حكم رقم 79 بتاريخ 2019/04/03 غير منشور.  
2 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بسلا، رقم 18 ملف عدد 07/8/4 بتاريخ 2008/04/09 أورده الدكتور إدريس الفاخوري تعدد الزوجات بين النص القانوني وواقع العمل القضائي. تعليق على قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/06/23. موقع [www.maroclaw.com](http://www.maroclaw.com) تاريخ الإطلاع على الموقع 2020/04/14 الساعة 18:35.

3 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالخميسات، حكم عدد 17، ملف عدد 10/2005 بتاريخ 2005/06/28. أورده الدكتور إدريس الفاخوري مرجع سابق.

يتضح إذن أن التحقق من الموارد الكافية لإعالة الأسرتين يبقى من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع التي يجب عليها أن تأخذ بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان لأن المستوى المعيشي يختلف من منطقة لأخرى.

مما يعني أن المعيار المعتمد في هذا الشرط معيار شخصي أكثر منه موضوعي يراعي القاضي في اعتباره ظروف الشخص ومكان تواجده وبيئته.

### ثالثاً: تقييد التعدد من خلال المسطرة المتبعة:

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 42 من مدونة الأسرة، نجد أنها تنص على أنه في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة. بحيث يتعين على طالب التعدد تقديم طلب بمقال مكتوب وموقع عليه، يتضمن تحديد أطراف الطلب وبيان هويتهم وتحديد الوقائع والطلبات خاصة الأسباب الموضوعية المبررة للتعدد والتأشير على الطلب بصندوق المحكمة<sup>1</sup>.

بعد تقديم الطلب وتفعيلاً لمقتضيات المادة 43 من مدونة الأسرة تستدعي المحكمة الزوجة المراد تزوج عليها للحضور، فإذا توصلت شخصياً ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذاراً تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبث في طلب الزوج في غيابها. وفي هذا السياق، ذهبت المحكمة الابتدائية بالرباط إلى أنه بناء على تخلف المدعي عليها عن الحضور رغم استدعائها.

حيث أثبت المدعي المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد يبقى طلبه له مؤسساً ويتعين الاستجابة له<sup>2</sup>.

وإذا تخلف المدعي عن الحضور رغم إشعاره فإنه يعتبر متراجعا عن طلبه الرامي إلى التعدد.

1 عبد الهادي الشاوي، محاضرات في قانون الأسرة الزواج وانحلال ميثاق الزوجية، المطبعة قرطبة، أكادير 2019 ص 82.

2 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالرباط رقم 3146 ملف عدد 58/3 بتاريخ 17/07/2008. أورده الدكتور إدريس الفاخوري تعدد الزوجات بين النص القانوني وواقع العمل القضائي-تعليق على قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2015/06/23. موقع [www.maroclaw.com](http://www.maroclaw.com) تاريخ الإطلاع على الموقع 2020/04/14 الساعة 18:35.

وفي هذا الإطار جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت أنه: حيث تخلف المدعي عن الحضور رغم سابق الإشعار.

وحيث أن دعوى التعدد تقتضي حضور مقدم الطلب والمحكمة لا تتوفر على العناصر الكافية فيه للبت في موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

أما إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء هو إدلاء الزوج ببيانات ومعطيات غير صحيحة بسوء النية، طبقت عليه المحكمة العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي، بشرط أن تتقدم الزوجة بشكاية في الموضوع.

وفي حالة توصل الزوجة بالاستدعاء وحضورها في الوقت المحدد يتم إجراء المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين، ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

وللمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما.

وإذا ثبت للمحكمة أثناء المناقشة تعذر استمرار العلاقة الزوجية وفشلت في محاولة الصلح بين الزوجين وأصرت الزوجة المراد الزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء جميع حقوقها وحقوق أولادها الملزم الزوج بالإنفاق عليهم<sup>2</sup>، ويجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد بصندوق المحكمة داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام، وهذا الأجل يتبين على أنه قصير بالمقارنة مع أجل شهر لإيداع مستحقات الزوجة عند الطلاق، ويروم المشرع من وراء تقليص هذا الأجل التضيق على طالب التعدد من أجل حمله على التخلي عن طلبه، وبمجرد إيداع المستحقات تصدر المحكمة حكما بالتطليق ويكون غير قابل لأي طعن في جزئه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، باعتباره طلاقا بائنا، أما الشق المتعلق بالمستحقات فيحق الطعن فيه بالاستئناف، وإذا لم يقم الزوج طالب التعدد بإيداع المبالغ المستحقة يعتبر متراجعا عن طلبه.

أما في الحالة التي يصر فيها الزوج على طلب الإذن بالتعدد وتصر الزوجة على الرفض مع عدم مطالبتهما بالتطليق، تطبق المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة وذلك تفعيلاً لمقتضيات المادة 45 من مدونة الأسرة، ليصبح

1 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت رقم 18 ملف رقم 2019/09 بتاريخ 2019/04/10 غير منشور.

2 المادة 45 من مدونة الأسرة.

التعدد المرفوض من طرف الزوجة رغم توفر شروطه السالفة الذكر سببا من أسباب الشقاق.

لكن تفعيل مسطرة الشقاق بدون طلب من الزوجين يعتبر خروجاً عن الحياد الذي تفرضه طبيعة وظيفتها المتمثلة في البث في حدود طلبات الأطراف، فيجب على المحكمة ألا تنصب نفسها مطالباً بحقوق أحد طرفي النزاع، إلا أن الملاحظ على المستوى العملي أن الرأي القضائي الراجح هو عدم تطبيق مسطرة الشقاق تلقائياً من طرف المحكمة في الحالة التي يتمسك فيها الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولا توافق الزوجة على ذلك. وعلى ما يبدو أن لهذا الرأي مبرراته التي تركز أساساً على الرغبة في الحفاظ على تماسك ووحدة الأسرة وصيانة أواصر المودة والانسجام داخلها.

وفي حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاهما بذلك. يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي<sup>1</sup>.

---

1 - المادة 46 من مدونة الأسرة.



## حماية المدين من الشروط التعسفية في القروض العقارية

ذ. أنس حامي الدين

باحث بيلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة

جامعة عبد المالك السعدي

### مقدمة:

تشكل القروض العقارية أحد أهم أنواع القروض التي تقدمها البنوك لعملائها، وتلعب هذه القروض دورا كبيرا في تسريع مسلسل التنمية الاقتصادية والاجتماعية عبر مختلف القطاعات الحيوية وذلك من خلال تمويل قطاع السكن وتمويل استثمارات المنعشين العقاريين وتمويل الاستثمارات السياحية كبناء الفنادق وتجهيزها. وهكذا فالقرض الذي تقدمه المؤسسة المالية يأخذ شكل عقد، إلى أن هذا العقد يتوفر على طبيعة خاصة، فهو ليس كالعقود العادية التي تبرم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة في جو من الحرية الكاملة ومعرفة كل طرف لحقوقه والتزاماته، وذلك على قدم المساواة بينهم وفق مبدأ الحرية التعاقدية. ذلك سواء تعلق الأمر بمرحلة التفكير أم المفاوضات أم التكوين وكذا مرحلة تنفيذ العقد.

فالعقد القرضي ينعقد بين طرف ضعيف يتمثل في المدين المقترض، وبين طرف قوي يتمثل في المني المقترض، بما يتوفر عليه هذا الأخير من قوة ونفوذ اقتصاديين، بحيث يعمل المقرض على إدراج شروط وضعها مسبقا وبدون حرية مناقشة، هذه الشروط التي تعتبر مجحفة بالطرف الآخر الذي لم تتوافر له حرية مناقشتها، وبالتالي يختل مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين، مما يخل بالتوازن العقدي.

ولذلك فمثل هذه الشروط تعتبر شروطا تعسفية، وبالتالي يبقى من الضروري التدخل لفرض حماية من الناحية القانونية للطرف الضعيف (المدين المقترض)، وكذا فرض رقابة قضائية تمثل حماية تعزز الحماية التشريعية في مثل هذه العقود.

إذا كانت المؤسسات البنكية من بين المؤسسات المالية المعنية بدعم وتنشيط دواليب الاقتصاد الوطني والعالمي والمحافظة على استقراره وتوازنه، فإنه وللقيام بهذا الدور المالي والتنموي يتعين على هذه المؤسسات مراعاة مجموعة من الضوابط والمعايير الرقابية عند تعاملها مع عملائها، وذلك من أجل تفادي الوقوع في بعض المخاطر المالية التي قد تؤدي

حال تحققها إلى تعرض هذه المؤسسات لجملة من الصعوبات المالية التي قد تؤثر على حياتها التجارية كما تؤثر على المدين المستفيد من القرض.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن موضوع حماية المدين المقترض من الشروط التعسفية في القروض العقارية يحظى بأهمية قصوى بالنظر إلى المجال الواسع والشاسع للأشخاص المستهدفين بمقتضياته، لذلك فبدون مقترضين محميين لا يمكن الحديث عن نمو وازدهار اقتصادي.

وعلى ضوء هذه المعطيات، يمكن طرح الإشكالية التالية: أين تكمن الشروط التعسفية للمدين في القروض العقارية؛ هل في ضخامة سعر الفوائد البنكية أم في طرق احتساب هذه الفوائد أو هما معاً؟

للإحاطة بهذه الإشكالية سأعتمد المطلبين التاليين:

**المطلب الأول: ضخامة سعر الفوائد البنكية المستخلصة من طرف البنوك.**

**المطلب الثاني: احتساب الفوائد البنكية بطرق مضرة بالمدين.**

**المطلب الأول: ضخامة سعر الفوائد البنكية المستخلصة من طرف البنوك.**

تعددت العراقيل التي تعيق فعالية انخراط القطاع البنكي في تمويل السكن والتخفيف من الأزمة التي يعرفها، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى المخاطر الائتمانية وأثرها على تعثر القروض العقارية، وهي مخاطر ناتجة عن التكلفة المرتفعة للقروض السكنية، حيث أن المؤسسات البنكية تتعسف في احتساب وتقاضي الفوائد المستخلصة والتي تصل إلى مبالغ كبيرة تفوق رأس مال القرض بكثير، ويضاف إليها احتساب الضريبة على القيمة المضافة على أساس منتوج الفوائد البنكية، مما يزيد من الأعباء التي يتحملها المقترض، كما تؤدي عملية رسملة الفائدة البنكية إلى سرعة تضخم المديونية بشكل كبير، وإثقال كاهل المقترض بإعادة احتساب سعر الفائدة كل مرة بعد رفع رأس مال القرض بسبب رسملة الفوائد المضافة إليه، مما يجعل السعر المذكور في ارتفاع مستمر دون بعد آخر ليصل الأمر في نهاية المطاف إلى عجز المقترض عن الأداء والإطاحة به في مستنقع الاستدانة المفرطة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد المهيم حمزة، "النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن - دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 434.

وتعتبر الفائدة البنكية بمثابة الأجر المستحق للمقرض، حيث يعرفها البعض على أنها: "أجر كراء النقود يلتزم المقرض بدفعه إلى البنك مقابل التنازل المؤقت له عن السيولة"<sup>1</sup>.

إذ يتم تحديد هذا الأجر وفق نسبة مئوية يتم احتسابها عن كل سنة، وتسمى "سعر الفائدة" والذي يمكن تعريفه على أنه: "نسبة مئوية يؤديها المستفيد من القرض للمؤسسة البنكية المقرضة مقابل استفادته من المبالغ التي منحت له في شكل قرض".

وبتاريخ 17 مارس 2010 صدر قرار لوزير الاقتصاد والمالية عدد 947/10، يخضع سعر الفائدة السنوية المطبقة على الائتمان باتفاق بين مؤسسان الائتمان وزبائنها، كما أجاز أن تكون ثابتة أو متغيرة وألزم أن تشير عقود القرض إلزاميا إلى إمكانية تحويل قرض بسعر فائدة متغير إلى قرض بسعر فائدة ثابت والعكس صحيح.

ولتفعيل هذا القرار، صدرت دورية لوالي بنك المغرب بتاريخ 12 ماي 2010 لتطبيق قرار وزير المالية أعلاه؛ حيث يمكن القول إن سعر الفائدة يمكن تحديده بشكل قانوني أو اتفاقي وهذا ما سنوضحه أسفله:

أ. سعر قانوني: وهو السعر الذي تولى المشرع تحديده بنص خاص، ويطبق هذا السعر في جميع الحالات المنصوص عليها قانونا، وأيضا في حالة عدم الاتفاق على تحديد السعر كتابة.

ب. سعر اتفاقي: وهو السعر الذي يحدد بإرادة أطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يمكن لأطراف عقد القرض الاتفاق على إنتاج القرض لفوائد بنسبة مئوية معينة، والفائدة الاتفاقية تكون إما ذات طبيعة استثمارية للمال المقرض، أو تكون ذات طبيعة تأخيرية في حالة التأخير في الوفاء بهذا المال<sup>2</sup>.

ويعد ارتفاع الفوائد البنكية من أخطر المسائل التي تشكل عبئا كبيرا على المقرض، ذلك أنه وبحكم حاجته إلى اقتناء سكن يأويه مع أسرته لمواجهة متطلبات الحياة من غير توفره على الوسائل المادية الكافية، يجد نفسه مضطرا للاستدانة من أجل تحقيق هذه الحاجة، الأمر الذي يجعله عرضة لتعسف البنوك بفرض فوائد مرتفعة ومبالغ فيها مقارنة مع مستوى دخله، فلا يعقل كسب رهان اجتماعي كبير على مستوى حل أزمة السكن

1 الطاهر لحرش، "تقنيات البنوك - دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2003، ص 70.

2 عبد المهيم حمزة، "النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن - دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية"، م س، ص 435.

التي يعرفها المغرب عن طريق التمويل البنكي في ظل أسعار فوائد مرتفعة تفوق في الغالب نسبة 10%. في حين أن أسعار الفائدة على مستوى أسواق الرساميل تقل عن ذلك بكثير، مع العلم أن أغلب القروض السكنية توزع على مداخل تقل عن 5000 درهم، بالإضافة إلى أن مجموعة من المدينين المقترضين لا يتوفرون على دخل قار<sup>1</sup>، فالقدرة الشرائية للراغبين في الحصول على السكن في الغالب تبقى غير متناسبة مع استيعاب ارتفاع الفوائد، بالإضافة إلى تكاليف القرض الأخرى<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المؤسسات البنكية تتمسك في إطار منحها للقروض السكنية بهذه الأسعار المرتفعة للفوائد البنكية، غير أنها تقوم بتخفيض هذه الأسعار في حالة وجود اتفاقية تلزمها بشروط تفضيلية أكثر، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للاتفاقية المبرمة بين المؤسسات البنكية ومؤسسة محمد السادس للنهوض بالأعمال الاجتماعية للتربية والتكوين، والاتفاقية المبرمة مع مجموعة الضحى وبعض المؤسسات البنكية في إطار الحصول على القروض السكنية.

فبناء على مقتضيات الاتفاقية المبرمة مع مؤسسة محمد السادس للنهوض بالأعمال الاجتماعية للتربية والتكوين<sup>3</sup>، مثلا أصبح بإمكان رجال التعليم الراغبين في الحصول على مسكن والمنخرطين في المؤسسة الاستفادة بنسب فائدة تفضيلية من قروض تتراوح أسعار فائدتها بين 2% و 4.25% ودون احتساب الضريبة ويحدد مبلغ القرض ومدته بناء على السلم الإداري للمستفيد وبمعدل اقتطاع يصل إلى 35% من المبلغ الإجمالي الشهري للمستفيد، لكن يشترط ألا يكون هذا الأخير يملك سكنا، وأن يكون العرض الذي توجه إلى هذه القروض هو اقتناء الأرض أو بناؤها أو اقتناء السكن الشخصي الرئيسي، كما يشترط أن لا يكون متعهدا بقروض جارية في مجال السكن<sup>4</sup>.

وبالإضافة إلى المغالاة في تحديد سعر الفوائد البنكية، تعمد البنوك إلى تقصير المدة المشترطة لاسترجاع القرض، حيث يصل الحد الأقصى للاستفادة من قرض السكن إلى

1 سفيان ادريوش، "تسنيدي الديون الرهنية - مقارنة قانونية ومالية: دراسة تحليلية ونقدية للسوق الرهنية الأولية والثانوية بالمغرب"، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص 40 - 41.

2 سفيان ادريوش، "تسنيدي الديون الرهنية - مقارنة قانونية ومالية: دراسة تحليلية ونقدية للسوق الرهنية الأولية والثانوية بالمغرب"، م س، ص 113.

3 للاطلاع على مختلف الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن مع الأبنك انظر الرابط الإلكتروني التالي: <https://fm6education.ma>، اطلع عليه بتاريخ 28.04.2020.

4 عبد القادر بوحامد، "الإستثمار العقاري في قطاع الإسكان بالمغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص 56.

15 سنة بالنسبة لقروض النظام العام، و 25 سنة بالنسبة لقروض النظام الخاص، هذه المدد وإن كانت في الأصل غير مشجعة على اقتناء منزل أو شقة نظراً لضعف المداخل عند غالبية الأفراد، إلا أن المؤسسات البنكية نادراً ما تصل إليها في عملية التمويل، الشيء الذي يتعذر معه في الغالب على المقترض الاستجابة لواجب دفعات التسديد الشهرية التي تكون مرتفعة بسبب قصر مدة القرض، مما يجعل مؤسسات القرض تفضل الاهتمام بتمويل الفئات ذات الدخل القار والمرتفع، والتي قد تفرض عليها نسبة اقتطاع من الدخل الصافي قد تصل إلى 45% شهرياً<sup>1</sup>.

وإلى جانب أسعار الفائدة البنكية المستحقة يتحمل المقترض أيضاً عبء تسديد الضريبة على القيمة المضافة التي يعمل البنك على القيام بحجزها من المبلغ حيث تلجأ المؤسسات البنكية إلى حيلة تروم من خلالها إلى إخفاء هذه التكاليف الباهظة عن المقترض خلال مرحلة إبرام العقد، وذلك باقتصارها على تضمين هذه الأخيرة سعر الفائدة فقط دون ذكر تكاليف القرض الأخرى من مصاريف إدارية، ومصاريف دراسة الملف ومصاريف منح القرض، مثل مصاريف منح الرسوم، مما يجعل المقترض في وضعية غير متبصرة فيقدم على التعاقد دون أن يعرف حقيقة التكلفة الإجمالية التي سيتحملها<sup>2</sup>.

وقد أحسن المشرع المغربي لما ألزم المؤسسات البنكية بالإخبار بالتكلفة الإجمالية للقروض السكنية في كل عمليات إشهارها وتحديد هوية المقرض وعنوانه وطبيعة القرض والغرض منه<sup>3</sup>، كما ألزم تضمين العرض المسبق وكذا عقود القرض السكني بندا يشير إلى التكلفة الإجمالية للقرض وسعره الفعلي الإجمالي<sup>4</sup>، كما أن المشرع حرص على عدم المغالاة في تحديد أسعار الفوائد والتضخيم من التكلفة الإجمالية للقرض، وعمل على ابتداع طريقة مهمة لتحديد نطاق أسعار الفوائد البنكية وتسهيل مراقبتها والتقليص من تعدد المصاريف والعمولات، حيث وضع حداً أقصى لسعر الفائدة يجمع كل مصاريف القرض ويمثل ثمن القرض الحقيقي، ويدعى هذا السعر بالسعر الفعلي الإجمالي Taux Effectif Global، والذي

1 عبد العزيز بوسته، "الإقراض البنكي في مجال السكن"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2002-2003، ص 92.

2 عبد المهيم حمزة، "النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن - دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية"، م س، ص 437 و 438.

3 يراجع بهذا الصدد المادة 115 من قانون 31.08، ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، جريدة رسمية 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432، (7 أبريل 2011)، ص 1072.

4 يراجع هنا المادة 118 من قانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

يجب لتحديده حساب معدل الفائدة مضافا إليه كل المصاريف والعمولات أو الأجور المرتبطة بمنح القرض<sup>1</sup>، غير أنه لا تدخل الضريبة على القيمة المضافة وبعض التكاليف الخاصة ضمن السعر الفعلي الإجمالي<sup>2</sup>.

ونجد أن قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، منح لوزير المالية أن يحدد بقرارات الشروط المتعلقة بتوزيع القروض والتي من بينها تحديد أسعار الفائدة المستحقة عليهما، وذلك من خلال المادة 51 منه التي جاء فيها: "يجوز للوزير المكلف بالمالية في إطار دعم سياسات الحكومة أن يحدد بموجب قرارات، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، فيما يخص جميع مؤسسات الائتمان أو كل صنف أو صنف فرعي من هذه المؤسسات، الحد الأقصى للفوائد التعاقدية وأسعار الفائدة التي يمكن تطبيقها على الادخار والشروط المتعلقة بتوزيع القروض من خلال اتفاقيات مع المؤسسات المعنية"<sup>3</sup>.  
وألزمت المادة 154 من قانون 103.12 على أنه "يجب أن يخبر الجمهور وفق الشروط المحددة بمنشور، يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات

1 يراجع بهذا الصدد المادة 3 من قرار وزير المالية والخصوصة 06-2250 الصادر في 29 شتنبر 2006 المتعلق بتعيين الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية المستحقة لمؤسسات الائتمان.

2 تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2006 الصادر في 23 أكتوبر 2006 المتعلق بالحد الأقصى للفوائد التعاقدية المستحقة لمؤسسات الائتمان على أن السعر الفعلي الإجمالي لا يشمل العناصر التالية:

- الضريبة على القيمة المضافة؛
- مصاريف الملف، بالنسبة للقروض الاستهلاكية في حدود 150 درهم للملف الواحد؛
- المصاريف المتعلقة بتكوين الضمانات (أتعاب الموثق، الضريبة التوثيقية، رسم التسجيل في السجل العقاري، رسوم رفع اليد، رسوم التنبير، رسوم التسجيل في السجل التجاري...)
- مصاريف الإجراءات القضائية المتخذة من أجل استيفاء الديون غير المؤداة (الرسوم القضائية، أتعاب المحامين، مصاريف ترجمة العقود، مصاريف تنقل موظفي كتابة الضبط، المصاريف التي تم إنفاقها لحجز المنقولات والعقارات...)

- الغرامات المفروضة عن التأخير، والتي تحدد نسبتها في 2% سنوياً كحد أقصى؛
- الفوائد التي قد يتم اقتطاعها في حالة السداد المسبق لقرض ما، وذلك في حدود شهر واحد من الفوائد التي يتم حسابها على أساس السعر المطبق على القرض؛

- مصاريف تحويل مبالغ القروض إلى الحسابات البنكية للمستفيدين منها؛
- مصاريف رجوع الأوراق التجارية وإشعارات الاقتطاع غير المؤداة؛
- المصاريف المرتبطة بالتذكرات الموجهة للعملاء لسداد الأوراق التجارية وإشعارات الاقتطاع غير المؤداة.

3 وهذا مقتضى ليس بالجديد وإنما سبق ونظمه المشرع في المادة 42 من قانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها "رغبة في ضمان تنمية الاقتصاد والدفاع عن العملة وحماية المودعين والمقترضين، يجوز للوزير المكلف بالمالية أن يحدد بقرارات، فيما يخص جميع مؤسسات الائتمان أو كل صنف فرعي من هذه المؤسسات، الشروط المتعلقة بجمع الأموال من الجمهور وتوزيع القروض بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان".

- ظهير شريف رقم 1.05.178 صادر في 15 محرم 1427 (14 أبريل 2006) بتنفيذ القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، جريدة الرسمية عدد 5397، بتاريخ 21 محرم 1427 (2 فبراير 2006).

الائتمان بالشروط التي تطبقها مؤسسات الائتمان على عملياتها، ولاسيما فيما يتعلق بسعر الفوائد المدينة والدائنة والعمولة ونظام تواريخ القيمة<sup>1</sup>.

وقد عمل وزير المالية والخصوصية في السابق على إصدار قرارا يحمل رقم 2250-06 بتاريخ 29 شتنبر 2006 يتعلق بتعيين الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية المستحقة لمؤسسات الائتمان<sup>2</sup>، فحدد فيه طريقة احتساب السعر الفعلي الإجمالي المعمول به فيما يتعلق بالقروض التي تمنحها مؤسسات الائتمان، وعلى رأسها قروض السكن، بحيث أوجب أن لا يتجاوز سعر الفائدة المتوسط الذي تطبقه مؤسسات الائتمان نفسها على القروض الاستهلاكية خلال السنة المدنية السابقة مع زيادة 200 نقطة أساسية<sup>3</sup>، كما يصحح الحد الأقصى المذكور في فاتح أبريل من كل سنة باعتبار تغير سعر الودائع البنكية لستة أشهر وسنة المسجلة خلال السنة المدنية السابقة<sup>4</sup>، وقد أسند هذا القرار صلاحية تفعيله وتنفيذه إلى بنك المغرب<sup>5</sup>.

وتفعيلا لهذا القرار، أصدر والي بنك المغرب منشورا يحمل رقم 19/2006 ويتعلق بالحد الأقصى للفوائد التعاقدية المستحقة لمؤسسات الائتمان، بحيث اعتبر أن السعر الفعلي الإجمالي هو سعر سنوي لأجل مستحق يعبر عنه بعددين عشرين<sup>6</sup>؛ والذي يجب أن لا يتجاوز في أي فترة مدة القرض السعر الأقصى للفوائد التعاقدية المعمول بها في تاريخ توقيع العقد<sup>7</sup>.

ويعمل والي بنك المغرب على نشر السعر الفعلي الإجمالي من أجل إخبار الجمهور وإعلام المقترضين عبر الجريدة الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ومن بينها الموقع الرسمي لبنك المغرب.

وبتاريخ 17 مارس 2010 أصدر وزير الاقتصاد والمالية قرارا يحمل رقم 10-947 يتعلق بتنظيم الفوائد المطبقة على عمليات الائتمان<sup>8</sup>، حيث منح هذا القرار لأطراف عقد القرض حرية الاتفاق على تحديد سعر الفائدة السنوية<sup>9</sup> شريطة أن لا يتجاوز السعر الفعلي

1 هذه المقتضى تضمنه القانون السابق رقم 34.03 في المادة 116، وبقي نفس المقتضى ولم يطرأ عليه أي تغيير.

2 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5470 بتاريخ 2 نونبر 2006.

3 المادة الأولى من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 2250-06 بتاريخ 29 شتنبر 2006.

4 المادة الثانية من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 2250-06 بتاريخ 29 شتنبر 2006.

5 المادتان 5 و 7 من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 2250-06 بتاريخ 29 شتنبر 2006.

6 المادة 2 من منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2006 الصادر في 23 أكتوبر 2006.

7 المادة 6 من منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2006 الصادر في 23 أكتوبر 2006.

8 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5832 بتاريخ 22 أبريل 2010.

9 المادة الأولى من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 10-947 الصادر بتاريخ 17 مارس 2010.

الإجمالي المحدد مسبقاً، كما منح هذا القرار لأطراف عقد القرض حرية الاختيار حسب رغبة المقترض لنوعين من سعر الفائدة وهو: سعر الفائدة الثابت أو سعر الفائدة المتغير.<sup>1</sup>

ويقصد بسعر الفائدة الثابت هو: معدل الفائدة الذي لا يعرف أي تغيير خلال مدة القرض، حيث يبقى نفس السعر ونفس النسبة طوال مدة القرض، ولا يتغير ولو بتغير الهامش الذي يحدده بنك المغرب، فلا يستفيد المقترض في هذه الحالة من الانخفاض المحتمل لسعر الفائدة أثناء مدة القرض، وهو بالرغم من ذلك يعد الحالة الأكثر شيوعاً واستعمالاً في القروض السكنية، وذلك لأن هذا السعر يلعب دوراً إيجابياً في حماية المقترض من ارتفاع نسبة الفائدة، وتمكينه من معرفة قدر الفوائد التي سيؤديها بشكل دقيق.

أما سعر الفائدة المتغير هو: معدل الفائدة الذي تتغير قيمته أو نسبته دورياً لأنه مرتبط بعوامل اقتصادية تؤثر فيه بالزيادة أو النقصان، ويخضع هذا التغيير لمرجع قياسي يتكون من حد أدنى وحد أقصى لتغير نسبة الفائدة يدرج ضمن بند التقييس بشكل يراعي فيه مصلحة المقترض والمقرض، واختيار المقترض لسعر الفائدة المتغير يجعله أمام احتمالين: إما أن يستفيد من انخفاض سعر الفائدة عن ذلك الذي كان معمولاً به وقت الاقتراض، أو أن يتضرر جراء ارتفاع سعر الفائدة الذي يكون في مصلحة البنك المقرض.<sup>2</sup>

إلى هنا نستنتج أنه إذا كان المقترض في القروض السكنية يملك حرية الاختيار بين الفائدة المتغيرة والفائدة الثابتة، فإن من مهام المقرض إطلاعها على مزايا ومساوئ تطبيق كل نوع من الأسعار، كما ألزم المشرع أن تشير عقود القرض إلزامياً إلى إمكانية تحويل قرض بسعر فائدة متغير إلى قرض بسعر فائدة ثابت والعكس صحيح.

وتحدد شروط ممارسة هذا الخيار باتفاق بين مؤسسات الائتمان وعملائها، غير أنه لا يمكن ممارسة هذا الخيار سوى مرة واحدة طوال مدة القرض.<sup>3</sup>

لكن يلاحظ أنه على مستوى الواقع العملي أن هذا الأمر لا يتحقق بسبب لجوء غالبية الأبنك إلى فرض أسعار فوائد اتفاقية موحدة، وبالتالي تغييب عنصر المنافسة وترجيح المنطق الاحتكاري<sup>4</sup>، مما يضرب في مبدأ حرية المنافسة الذي حرص قانون حرية الأسعار والمنافسة على تنظيمه وتقنين ممارسته.

1 المادة 2 من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 10-947 الصادر بتاريخ 17 مارس 2010.

2 أنس حامي الدين "دور المنتجات البنكية البديلة في التمويل العقاري"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 33.

3 المادة 6 من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 10-947 الصادر بتاريخ 17 مارس 2010.

4 A.Himit, La liberalisation des taux d'interêt, Alwassit magazine, N°15 Avril-Mai 1997, p 19.



ولهذا نجد الاختلافات بين أسعار الفوائد المعروضة من قبل الأبنك قليلة، حيث تبقى مماثلة إن لم نقل موحدة. فقلما تغامر المؤسسات البنكية في تقديم عروض مخفضة لاكتساب عدد أكبر من الزبناء، فبالرغم من تحرير أسعار الفوائد البنكية وتنظيمها بالاكتفاء بوضع حد أقصى إلا أنها تظل جد عالية مقارنة بالدخل الشهري والقدرة الشرائية لأغلب المقترضين.

أما إذا بلغت ضخامة الفوائد البنكية المفروضة إلى درجة تجاوز الحد الأقصى الذي حدده المشرع، فإن الفصل 876 من قانون الالتزامات والعقود، منح للمقترض حق التخلص من الفوائد الاتفاقية كلما تجاوزت الحد الأقصى بشرط إخطار الدائن كتابة وأن يتم هذا الإخطار قبل دفعه لأصل الدين بعد عام من إبرام عقد القرض<sup>1</sup>.

هذا ما يجعلنا نلاحظ محدودية آثار هذا الفصل في ربط تجاوز الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية بأي جزاء مدني أو جنائي، حيث يكتفي بتحويل المقترض إمكانية التسديد المتبقي لأصل الدين بعد مرور عام من إبرام العقد، ويشترط إخطار المقرض كتابة مقابل تنازل المقترض عن الأجل الذي منح له من أجل أداء مبلغ القرض والفوائد.

انطلاقاً مما سبق، يبدو أن الفصل 876 من ق.ل.ع يسمح بتجاوز الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية في ظل عدم تكريس لبطلان الزيادة التي تفوق هذا الحد الأقصى وعدم ترتيبه لأي جزاء مكتفياً بتهديد البنك بالتسديد المبكر وفق شروط تعجيزية في حق المقترض.

### المطلب الثاني: احتساب الفوائد البنكية بطرق مضرة بالمدين

في حقيقة الأمر تدخل دراسة مناهج وكيفية احتساب الفوائد البنكية في إطار علم الرياضيات المالية وليس في إطار علم القانون، إلا أن ذلك لا ينفي تأثير القانون على هذه العمليات الحسابية، حيث يعمل المشرع على تحديد إطار لا ينبغي تجاوزه، إذ يخضع تنظيم الفوائد البنكية للمغرب فضلاً عن القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود، لبعض القوانين الخاصة كقانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، وكذا بعض قرارات وزير المالية ومناشير بنك المغرب المتعلقة بتحديد سعر الفائدة، غير أن المؤسسات البنكية لا تتقيد بكل هذه النصوص القانونية، حيث يلاحظ صدور بعض

1 ينص الفصل 876 من ق.ل.ع على: "إذا تجاوزت الفوائد الاتفاقية الحد الأقصى المحدد على نحو ما هو مبين في الفصل السابق، كان للمقترض الحق في أن يدفع أصل الدين بعد عام من تاريخ العقد. وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر، غير أنه يجب على المقترض إخطار الدائن كتابة بعزمه على الدفع قبل إجرائه بثلاثة أشهر على الأقل. ويتضمن هذا الإخطار بقوة القانون تنازلاً من المقترض عما يكون قد منح له من أجل أطول".

الممارسات التعسفية المرتبطة باحتساب الفوائد بشكل يضر بالمقترض، وغالبا ما تشمل هذه الممارسات الجوانب التقنية لحساب الفوائد والأقساط الشهرية والضريبة على القيمة المضافة، وكذا رسملة الفوائد وإدماجها في أصل الدين بطرق معقدة، واستمرار احتساب السعر الاتفاقي للفوائد في مرحلة ما بعد قفل الحساب، وسأحاول أن أوضح جزءا من الطرق المضرة بالمقترض من خلال نقطتين أساسيتين:

### أولا: إثقال كاهل المدين بسبب التعسف في رسملة الفوائد البنكية

تعد مسألة احتساب الفائدة البنكية من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات من الناحية العملية، إذ يلجأ البنك في غالب الأحيان إلى اعتماد طريقة حسابية جد معقدة، وغير واضحة لتحديد مبالغ الأقساط الواجب على الزبون دفعها دوريا لإبراء ذمته من قيمة القرض الممنوح له<sup>1</sup>، وجاء في مدونة التجارة الكتاب الرابع (العقود التجارية) في المادة 496 أنه "يبين كشف الحساب بشكل ظاهر سعر الفوائد والعمولات ومبلغها وكيفية احتسابها"<sup>2</sup>. فإغفال هذه المادة يعد من أهم الأسباب التي تؤدي إلى تردد الأفراد عن طلب الاقتراض البنكي من أجل السكن وتخوف من ارتفاع نسبة الفوائد وغموض طريقة حسابها على المدين المقترض من أجل السكن، بحيث يتجاوز عادة مجموعها أصل الدين ويزداد الوضع تفاقمًا عندما يتعلق الأمر برسملة الفوائد Capitalisation des intérêts، ويقصد بها إضافة الفوائد المستحقة إلى مبلغ رأسمال القرض لتصبح جزءا منه بل تنتج بدورها فوائد إضافية، أي أنها تشكل بعد الرسملة إلى جانب أصل الدين أساسا لاحتساب الفوائد البنكية<sup>3</sup>.

وعليه، فإن رسملة الفوائد عبارة عن منهجية رياضية لاحتساب الفوائد البنكية في حالة تخلف المقترض عن أداء الفوائد المستحقة على قرضه، حيث يتم إضافة هذه الفوائد المستحقة على رأسمال القرض، ليتم احتساب الفوائد الواجبة عليه بناء علمها معا، وبالتالي تحقق عملية الرسملة ربحا واضحا وإضافيا لصالح المؤسسات البنكية<sup>4</sup>.

1 نور الدين قريش، "إشكالية احتساب الفوائد البنكية"، مقال منشور بموقع العلوم القانونية، تاريخ الاطلاع عليه 5 مارس 2015.

2 ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، جريدة رسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996، ص 2187.

3 عبد العلي العضاوي، "من أجل المساهمة في توحيد اجتهاد المحاكم التجارية في موضوع الفوائد البنكية والقانونية والتعويضات وما يدخل في حكمها"، الطبعة الثانية، دار أبي رفرق للطباعة والنشر، الرباط، 2007، ص 64.

4 تنص المادة 497 من مدونة التجارة على: "يسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة للبنك المحظور كل ثلاثة أشهر ويساهم احتمالا في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد".

ونرى أن كيفية احتساب الفوائد البنكية تظل مسألة جد صعبة على المدين المقترض، بل إنه قد يصعب حتى على من هو أكثر المأما بمجريات العمل البنكي الوصول إلى معرفة المعدل الحقيقي للفائدة المطبقة عليه، وهذا ما يتنافى مع القواعد المتعلقة بممارسة المهنة البنكية، التي تقتضي أن يكون الزبون على علم بجميع الشروط التي يطبقها البنك على القروض ولاسيما احتساب الفوائد بشكل مبسط.

وتشكل عملية رسملة الفائدة البنكية مظهرا بارزا لتعسف المؤسسات البنكية في حق طالبي القروض السكنية باعتبارهم أطرافا مدينين ومستهلكين في عقد القرض السكني، حيث تؤدي إلى سرعة تضخم المديونية عليهم بشكل كبير، وإثقال كاهلهم بإعادة احتساب سعر الفائدة كل مرة بعد رفع رأسمال القرض بسبب رسملة الفوائد المضافة إليه، مما يجعل السعر المذكور في ارتفاع مستمر دورة بعد أخرى، ليصل الأمر في نهاية المطاف إلى عجز المقترض عن الأداء والإطاحة به في دوامة الاستدانة المفرطة.

ومن بين المبررات التي تعلل بها البنوك قيامها برسمة الفوائد هو كونها لا تعتمد في منح القروض على مواردها الذاتية، وإنما تلجأ بدورها إلى الاقتراض من المؤسسات المالية الأخرى لتوفير الموارد المالية الكافية، بحيث تجد نفسها ملتزمة بإرجاع ما اقترضته في الأجل المحدد لها مع الفوائد، وبالتالي فإن أي تأخير للمقترض في إرجاع دينه يسبب للبنك خسارة فادحة<sup>1</sup>.

وانطلاقا من هذا التبرير، أصبحت المؤسسات البنكية تنظر إلى عملية رسملة الفوائد باعتبارها غرامة عن تماطل المقترض في أداء استحقاقه، وتعويضا للبنك عما يتحمله من خسائر بسبب تأخر المقترض عن تسديد أقساط الدين<sup>2</sup>، وذلك بسبب تضمين عقد القرض السكني شرطا يقضي بتحميل المقترض في حالة التخلف عن سداد أداء فوائد اتفاقية تأخرية وفوائد جزائية، مما يعني أنه في حالة استخلاص هذه التعويضات والقيام موازاة مع ذلك برسمة الفوائد، فإن البنك يكون قد ألزم المقترض بالتعويض مرتين عن ضرر واحد، وهذا أمر لا يستقيم لأن القضاء المغربي تواتر على تكريس قاعدة مفادها أن الضرر لا يعوض مرتين<sup>3</sup>.

1 أنس حامي الدين، "دور المنتجات البنكية البديلة في التمويل العقاري"، م س، ص 37  
 2 عبد العلي العضاوي، "من أجل المساهمة في توحيد اجتهاد المحاكم التجارية في موضوع الفوائد البنكية والقانونية والتعويضات وما يدخل في حكمها"، م س، ص 64 - 65  
 3 جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أنه: "اعتباراً لما هو مسطر أعلاه يكون ما تمسكت به الطاعنة من طلبات مردودة على حالتها، لأنه لا يمكن أن يعوض على ضرر مرتين".  
 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 2007/109 بتاريخ 9 يناير 2007، غير منشور.

لكن العمل القضائي بدوره لم تصل جراته إلى درجة منع رسملة الفوائد البنكية بسبب وجود طرف غير تاجر في العلاقات الائتمانية، حيث درج قبل صدور مدونة التجارة على إباحة الرسملة في نهاية كل ستة أشهر بالنسبة للحسابات الجارية في مواجهة الطرف المدني، وهكذا ورد في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أنه: "لا يسوغ للمقترض معارضة ما صادق عليه عن طواعية للقول بأن مبلغ القرض كان مخصصاً لأغراضه المدنية الخاصة من جهة، كما أن البنك لا يمكنه أن يتبع موضوع استعمال مبلغ القرض الذي وضعه رهن إشارة زبونه من جهة أخرى، وبالتالي فإنه بمجرد ما يدرج مبلغ القرض في الحساب الجاري، فإنه يصبح قابلاً لرسملة الفوائد عند كل ستة أشهر"<sup>1</sup>.

ثانياً: احتساب الفوائد البنكية بالسعر الاتفاقي ورسملتها بعد قفل الحساب

جرى العمل البنكي على إدراج عقود القرض السكنية في حساب الاطلاع، لتتبع أداءات المقترض، وعند تخلف الزبون عن الوفاء باستحقاقات القرض في الموعد لدرجة عجزه عن إرجاع وتسديد أقساط متعددة للقروض مع الفوائد المستحقة عليها، في هذه الحالة جرت الممارسة العملية للبنك أن يقوم بعد مواجهته بهذه العوارض بإقفال هذا الحساب، وهي عملية داخلية تبقى مصالح المؤسسة البنكية هي المضطلة بها، وذلك تمهيداً لتصفية الرصيد النهائي لهذا الحساب وتحديد وضع الأطراف وترتيب النتائج القانونية التي ستمخض عن ذلك، وهو ما أشارت إليه المادة 504 من مدونة التجارة<sup>2</sup>.

بيد أن الممارسة البنكية بالمغرب تطرح إشكالا له علاقة بحماية المدين في القروض السكنية في حالة قفل الحساب البنكي، حيث درجت المؤسسات البنكية على احتساب مبلغ الفوائد التأخيرية بعد الإقفال بنفس سعر الفوائد الاتفاقية الاستثمارية، وذلك رغم غياب أي اتفاق في عقد القرض على اعتماد هذا السعر<sup>3</sup>.

وبناء عليه، أرى أن مطالبة البنك بأداء فوائد بنكية بعد قفل الحساب على أساس السعر الاتفاقي المعمول به طيلة المدة السابقة للقفل، وإصداره على هذا الطلب، حتى ولو كان هذا السعر مخالفا لما تم الاتفاق عليه في عقد القرض، أمراً يشكل نوعاً من

<sup>1</sup> Cour d'appel de Rabat, Arrêt du 26 Janvier 1943, La Gazette des tribunaux de Maroc, N°936 du 21 Aout 1943, p 131.

<sup>2</sup> تنص المادة 504 من مدونة التجارة على أنه: "عن إقفال الحساب، تمنح مدة لتصفيته وبنائها يتحدد الرصيد النهائي".

<sup>3</sup> عبد المهيم حمزة، "النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن"، م س، ص 45 و46.

التعسف والضرر من البنك إلى الزبون المقترض، وذلك لغياب الأساس القانوني لهذه المطالبة.

كما يلاحظ كذلك على مستوى الواقع العملي أن أسعار الفائدة المعلن عنها من طرف البنوك تختلف عن الأسعار المطبقة فعلياً من طرفها، وذلك راجع إلى اعتماد السنة البنكية على 360 يوماً وذلك دون اعتبار مقتضيات الفصل 873 من ق ل ع الذي ينص على أنه: "لا يسوغ حساب الفوائد إلا على أساس سعريين عن سنة كاملة" وهي السنة المدنية المكونة من 365 يوماً أو 366 يوماً بالنسبة للسنة الكبيسة، مما يؤدي إلى الرفع من نسبة الفائدة بما يعادل 1.338% في السنة البسيطة و 1.666% في السنة الكبيسة<sup>1</sup>.

وبررت البنوك هذا التوجه باعتباره عرفاً بنكياً يجري العمل به بمختلف دول العالم، إضافة إلى أنه لا يخدم المؤسسة البنكية فقط، بل يخدم الزبون كذلك عندما تكون المؤسسة البنكية هي المدينة بالفوائد البنكية.

هذا العرف البنكي تم إلغاؤه ضمناً من طرف المشرع الفرنسي، بمقتضى المرسوم رقم 944-85 بتاريخ 4 شتنبر 1985، والمتعلق باحتساب السعر الفعلي الإجمالي والذي يحيل في فصله الأول على السنة المدنية، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإلغاء بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 10 يناير 1995 معتبرة أن: "سعر الفائدة يجب ألا يحدد وفق العرف البنكي المتعلق بالسنة البسيطة المتكونة من 360 يوماً، بل يجب أن يحدد استناداً إلى السنة الكاملة التي يبلغ عدد أيامها 365 أو 366 يوماً"<sup>2</sup>.

ومن وجهة نظري، فالمشرع الفرنسي كان صائباً بإلغائه لهذا العرف البنكي بهدف حماية المدين المقترض ولما فيه من ضرر لهذا الأخير، حيث يجد نفسه أمام زيادة قد تثقل كاهل المدين المقترض، وكم نتمنى أن يحذو المشرع المغربي حذو نظيره الفرنسي في هذا الأمر ليسد نافذة من نوافذ تعسف البنوك على المدين المقترض.

خاتمة:

ختاماً، إلى ما سبق نرى أن حماية المقترض من الشروط التعسفية في القروض العقارية تقتضي العمل على ثلاثة واجبات:

1 مصطفى الوصبي، "احتساب الفوائد والعمولات بين العمل القضائي والعمل البنكي"، مجلة المحاكم التجارية، العدد السابع - عدد خاص - فبراير 2011، ص 73.

2 يراجع بهذا الصدد: نور الدين قريش، "إشكالية احتساب الفوائد البنكية"، موقع العلوم القانونية تاريخ الاطلاع عليه 5 مارس 2015، بتصرف.

الواجهة الأولى: تتمثل في الدور الذي ينبغي أن يقوم به المشرع في سد الثغرات وتلافي مظاهر القصور لمواجهة تعسف مؤسسات الائتمان.

الواجهة الثانية: تتشكل في الدور الذي يجب أن يضطلع به الاجتهاد القضائي الذي عليه أن يخرج من وضع التحفظ ويقدم قرارات جريئة تتصدى لتعسف البنوك وتتعقب شروطها المجحفة.

الواجهة الثالثة: تتمثل في دور جمعيات المجتمع المدني في توعية المدين المقترض بحقوقه وتبصيره بالمخاطر التي قد يتعرض لها من جهة، ومن جهة أخرى بالانتصاب كطرف مدني للدفاع عن حقوق المدين المقترض باعتباره طرف ضعيف أمام المؤسسة البنكية.

## الإنتربول ودوره في مكافحة الجريمة المنظمة

د. محمد هيثم العُرجي  
أستاذ مشارك .كلية الحقوق  
جامعة عدن-اليمن

### الملخص:

تعتبر الجريمة المنظمة العابرة للحدود أو كما يصطلح عليها البعض "الإجرام المنظم الدولي" أحد أكبر التحديات التي تواجه العالم، فهي أخطر نوع من الجرائم منتشرة في وقت السلم والحرب، تتميز بخصائص عديدة أهمها التنظيم الهيكلي الذي تتبعه مجموعاتا عبر أنحاء العالم مثل المافيا الإيطالية والياكوز اليابانية والجماعات النيجرية، كما أنها تشمل عدة أشكال أبرزها جريمة غسل الأموال، وجريمة تهريب المخدرات والاتجار بها، كذلك جرائم الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين. كل هذه الصور الخطيرة تفرض على العالم أن يعمل على مكافحتها، وباعتبار أن الجريمة المنظمة من الجرائم المتشعبة التي يصعب مكافحتها من قبل دولة واحدة، لجأت الدول إلى إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، من أجل خلق سبيل للتعاون في مكافحة هذه الجريمة التي لا تتوان في خلق الرعب والألمن للشعوب والدول، مستخدمة في ذلك الرشوة والإفساد ومختلف أنواع الجرائم للسيطرة على ذوي النفوذ والسلطة واستغلالهم في خدمة أهدافها الغير مشروعة، وهو أمر له تأثيره على الاستقرار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي لمختلف الدول.

### Abstract

Cross-border organized crime, or sometimes referred to as international organized crime, is one of the biggest challenges facing the world ; it is a most dangerous crime in peace and war time. One of its importance characters is the structural organization followed by its groups throughout the world, such as the Italian Mafia, the Japanese Yakoz and the Nigerian group. It also has several forms, notably

money laundering, drug trafficking and trading, human trafficking and smuggling. All these dangerous images forces the world to combat them and regard that organized crime in one of the branching which cannot be fought by one state. States formed international organization of criminal police in order to find a way for creating cooperation to combat this crime which creates horror and insecurity for peoples and states by using bribery, corruption and various kinds of crimes in order to dominate and utilize men of authority and using them to serve their illegal objectives, which affects social, political and economic stability for various states.

### مقدمة:

شهد العالم خلال النصف الثاني من القرن الماضي تطوراً كبيراً في الأنشطة الإجرامية، وتزايداً ملحوظاً في عدد المجموعات الإجرامية التي أصبحت تهدد استقرار الدول وأمن المواطن، وتؤثر على جهود التنمية الاقتصادية وعلى التطور في جميع الميادين، وقد تجاوزت الأعمال الإجرامية المنظمة حدود الإقليم الواحد وتعدت آثارها وأضرارها الحدود الإقليمية إلى الدولية، وهذا ما جعلها جريمة خطيرة ضد الأمن الإنساني والنظام الدولي، وضد حقوق وحرّيات الأفراد الأساسية.

إن الجريمة المنظمة تشكل تهديداً مباشراً للأمن والاستقرار على الصعيدين الوطني والدولي، وتمثل هجوماً مباشراً على السلطة السياسية والتشريعية، بل تتحدى سلطة الدولة نفسها، وهي تهدم المؤسسات الاجتماعية والاقتصادية، وتضعفها مسببة فقداناً للثقة في العمليات الديمقراطية، وهي تخل بالتنمية، وتحرف مكاسمها عن اتجاهها الصحيح وتلحق الضرر بجموع العالم كله، وقد ساعدت الظروف والتغيرات العالمية على زيادة حجم التنظيمات الإجرامية عبر الدول وخاصة في ظل العولمة الاقتصادية، وثورة الاتصالات والمواصلات، وانعكس ذلك على زيادة أنواع الأنشطة التي تمارسها الجريمة المنظمة العابرة للحدود. الأمر الذي أدى إلى محاولة تكثيف الجهود الدولية والإقليمية والوطنية من أجل مكافحة هذه الجريمة، ومن بين هذه الآليات المخصصة لمحاربة الإجرام المنظم نجد: المنظمة الدولية للشرطة الجنائية أو ما يعرف حالياً باسم " الإنتربول"، التي تم



إنشائها سنة 1923؛ ويظهر هدفها الأساسي في ضمان التعاون والتنسيق بين الدول لتعقب المجرمين والقبض عليهم في أي بلد كانوا.

وقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي لما تكتسبه الجهود الدولية المبذولة في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود.

ولتسليط الضوء أكثر على هذا الموضوع نظراً لأهميته من الناحية القانونية وعلى الصعيد الدولي، سنقسم هذا البحث إلى ثلاثة محاور مسبقة بمقدمة وهي:

المحور الأول: ماهية الجريمة المنظمة

المحور الثاني: الهيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول)

المحور الثالث: جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود.

## المحور الأول: ماهية الجريمة المنظمة

تشمل الأنشطة الإجرامية المنظمة عبر الحدود الوطنية في السنوات الأخيرة عدة مجالات أهمها: غسيل الأموال ذات المصدر غير مشروع، جرائم الحاسوب من (قرصنة واختراق غير مشروع لأنظمة الغير وبرامجهم، من خلال تقليد البرامج أو نسخها أو تدميرها)، وجرائم النصب والتزوير، والاتجار بالأشخاص، والنشاطات الإرهابية، والاتجار بالأسلحة المحظورة أو بالمخدرات وتهريب الآثار، والاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية، وخطف السيارات، وغير ذلك من الجرائم التي ترتكها الجماعات الإجرامية<sup>(1)</sup>.

وسنبحث ذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الجريمة المنظمة.

---

1-Report Measures to Combat Organized Crime\_ department of Justice \_Canada \_ February, 2004\_p2

المطلب الثاني: خصائص الجريمة المنظمة.

المطلب الثاني: أشكال الجريمة المنظمة.

## المطلب الأول: مفهوم الجريمة المنظمة

رغم أن الجريمة المنظمة تعد في الواقع حقيقة إجرامية بالغة الخطورة إلا أنها لم تكتسب بعد صفة الوضوح والتحديد في التشريعات الجنائية، فرغم تعدد الدراسات التي تناولت ظاهرة الإجرام المنظم على المستويين الوطني والدولي، لا يوجد حتى الآن تعريف متفق عليه لهذه الجريمة سواء في التشريع أو الفقه<sup>(1)</sup>.

وبسبب اختلاف رؤية المشرع للجريمة المنظمة في كل دولة من الدول تبعاً لواقعها السياسي والاقتصادي والاجتماعي، لا يوجد مفهوم واضح للجريمة المنظمة يحظى باتفاق دولي<sup>(2)</sup>.

### ○ تعريف الجريمة المنظمة:

باستثناء الآراء والأبحاث التي تطرق إليها رجال الفقه، فإننا لا نجد تعريفاً موحداً للجريمة المنظمة، لكن المحاولات الفقهية والجهود التي بذلت في المحافل الدولية نجحت في الاتفاق على تحديد بعض العناصر الواجب توافرها في المحاور الأساسية لتعريف الجريمة المنظمة، وعليه فإنه لتحديد معنى الجريمة المنظمة لا بد أن نحدد المعنى اللغوي والاصطلاحي والفقهي لها، مع التطرق إلى موقف القوانين الوطنية والدولية لها.

أولاً: التعريف اللغوي:

تفيد كلمة (جريمة) لغة (الجرم) الذنب، فيقال منه (جرم) و (أجرم) و (اجترم)<sup>(3)</sup>.

1- د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة في القانون المقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2001، ص16.

2- د. كوركيس يوسف داود: الجريمة المنظمة، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2001، ص15.

3- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، ط1، الكويت، 1983، ص100.

ووفقاً لما انتهى إليه الفقه الإسلامي يطلق لفظ (الجريمة) على العمل . فعلاً كان أو امتناعاً الذي يعطيه القانون ذلك الوصف، ويقرر له عقاباً<sup>(1)</sup>.

ونظم: أي نظم اللؤلؤ جمعه في السلك وبابه ضرب ونظمه تنظيماً.

والانضمام: الاتساق.

وفعل نظم: (Action d'organizer) يفيد التدليل على الحالة أو الوضع الذي عليه الجماعة أو الاتحاد الذي تجمعت إرادة أعضائه لتحقيق أهداف محددة<sup>(2)</sup>.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

ظهر اصطلاح الجريمة المنظمة حديثاً بعد التطور الذي شهده الإجرام الدولي كبديل لكلمة " مافيا" التي تطلق اسم الجماعة الإجرامية<sup>(3)</sup>، ويقال بأن "المافيا" كلمة عربية تعني " مكان للملاذ" أثناء مدة الحكم العربي لصقلية<sup>(4)</sup>، وقد توارد على كلمة مافيا عدة تعريفات فقهية نجد منها:

أ- مجتمع هرمي التكوين، يضم مجموعة من الخارجين عن القانون من أصل صقلي أو إيطالي<sup>(5)</sup>.

ب- مجموعة من الأفراد يتمتعون بصفة الديمومة وتجمعهم روابط قوية كالقربة أو العرف<sup>(6)</sup>.

ومن خلال ما تقدم نحاول أن نعطي تعريفاً للجريمة المنظمة بأنها " مجموعة من الأفعال والنشاطات غير المشروعة وفقاً للقانون، تقوم بها منظمة إجرامية تتكون من ثلاث

1- د. علي الراشد، القانون الجنائي والمدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1974، ص215.

2- فائز يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، 2002م، ص30.

3- PIERRE TREMPLOY ET MAURICE CUSSON, MARCHES CRIMINALS Transationaux er Analyse strategique, la Criminalit Organisee, la doc framiop ciy, p23..

4- راجع الدكتور عبد الفتاح مراد، جرائم المافيا ضد الفضاة والإنسانية، مدلة المحاماة، العدد 3 و 4، نقابة المحامين القاهرة، ماري وأبريل 1991، ص 32، 33.

5- راجع الدكتور عبد الفتاح مراد، نفس المرجع السابق الذكر، ص 32 و 33.

6- انظر الدكتور حسن الشريف، الإرهاب الدولي وانعكاساته في الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، مرجع سبق ذكره، ص 214.

أعضاء فأكثرت وتعتمد على التنظيم والاحتراف والتعقيد، وذلك بهدف الحصول على الربح المالي وتتعدى نشاطاتها حدود الدولة الواحدة".

## المطلب الثاني: خصائص الجريمة المنظمة

انطلاقاً من التعريفات التي أوردناها سابقاً للجريمة المنظمة والإشكالات التي لا زالت تعترى هذا المفهوم في الأنظمة القانونية المعاصرة، سنستعرض أهم الخصائص التي يمكن أن تجمعها الجريمة المنظمة والتي تميزها عن الأنماط الأخرى من الجرائم العادية، وهي على النحو التالي:

### 1- التنظيم والبناء الهيكلي المتدرج:

يعد التنظيم الدقيق من أهم خصائص الجريمة المنظمة، فلا بد من وجود نظام يبين آلية العمل في المنظمة الإجرامية، ويقوم بتقسيم الأدوار بين الأعضاء وتحديد علاقة بعضهم ببعض من جهة وعلاقتهم بالمنظمة الإجرامية من جهة أخرى<sup>(1)</sup> وتجدر الإشارة إلى أن المنظمات الإجرامية ليست كلها على الدرجة ذاتها فيما يتعلق بالتنظيم والهيكل، إذ تتنوع هذه المنظمات من جماعات تعتمد على هيكل متدرج يقوم على أساس العلاقات شبه العائلية إلى شبكات معقدة وعلى درجة عالية من التنظيم<sup>(2)</sup>.

يقوم التنظيم في المنظمة الإجرامية على أساس المستويات المتدرجة الواضحة التي تتصف بالثبات والاستمرارية والإحكام والتدرج الهرمي<sup>(3)</sup>، ففي قاع الهرم يقع الجنود الذين يتم تجنيدهم وفقاً لطقوس خاصة، ثم رؤساء الفرق، ثم مجموعة المستشارين، ثم نواب الرئيس، وأخيراً على قمة الهرم. رئيس التنظيم الإجرامي أو الزعيم الذي يحتفظ بالسلطة المطلقة على جميع الأعضاء في المنظمة، ويسهم هذا الهيكل المتدرج في إخفاء شخصية رؤساء المنظمات، الذين لا يمكن بسهولة ربطهم بالنشاطات الإجرامية التي قام بها الجنود، كما أنه لا يمكن القبض عليهم متلبسين<sup>(4)</sup>.

1- محمد بن علي القحطاني، الجريمة المنظمة، بدون دار نشر، الرياض، ط1، السعودية، 2001، ص49-50.  
2- أحمد فاروق زاهر، الجريمة المنظمة، ماهيتها، خصائصها، أركانها، مركز الدراسات والبحوث في أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2007، ص5.  
3- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص50.  
4- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص14.

## 2-التخطيط الجماعي:

يتعين أن يكون السلوك الإجرامي المكون للجريمة المنظمة وليد تخطيط دقيق، فالتخطيط عنصر مهم وحيوي لتحقيق أهداف الجماعة الإجرامية المنظمة، ودليل على أن أعضاء هذه الجماعات لا يرتكبون جرائمهم مصادفة أو نتيجة انفعال شخصي أو ردة فعل على ظروف معينة أو بشكل عشوائي أو بصورة منفردة، لأن عمل هذه الجماعات يتصف بالمستوى العالي من الدقة والانضباط في التخطيط والتنسيق والتنفيذ<sup>(1)</sup>، حتى تضمن نجاح أعمالها واستمرارها.

## 3-الاستمرارية:

يقصد بالاستمرارية: امتداد حياة المنظمة واستمرارها في تحقيق أهدافها بصرف النظر عن انتهاء حياة أو عضوية أي فرد فيها، عن انتهاء حياة فرد فيها أو عضويته فإن هناك من يحل محل الأعضاء الذين يقتلون أو يسجنون أو يخرجون من التنظيم لأي طرف، وأياً كانت مستوياتهم، دون أن يؤثر ذلك في التنظيم أو يعني انتهاء التنظيم أو انهياره<sup>(2)</sup>.

يتربط على خاصية الاستمرارية في ممارسة النشاط الإجرامي أثر مهم يتمثل في أن غياب أي عضو من أعضاء المنظمة الإجرامية لا يؤثر في بقائها وممارسة مختلف نشاطاتها الإجرامية<sup>(3)</sup>.

## 4.النطاق العابر للحدود الوطنية:

أسهم وجود التطور التقني لوسائل الاتصالات المختلفة، وتطور وسائل النقل، والاتجاه العالمي لفتح الحدود بين الدول، وانتشار الأسواق العالمية، في سهولة تنقل الناس والبضائع والخدمات بين الدول. وهو ما ساعد بدوره في توسيع نشاطات أعضاء المنظمات الإجرامية من الجريمة المنظمة المحلية إلى الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية<sup>(4)</sup>.

1- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص14، والدكتور محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص51.  
2- نياز البدائية، المنظور الاقتصادي والتقني والجريمة المنظمة، ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها التي أقيمت في المدة بين 14 و18 تشرين الثاني 1998، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 1999، ص201.

3- كوركييس يوسف داود، المرجع السابق، ص37.

4- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص51.

حددت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية عام 2000 الحالات التي تكون فيها الجريمة عابرة للحدود الوطنية فيما يأتي: (أ- إذا ارتكب الجرم في أكثر من دولة واحدة، ب- إذا ارتكب في دولة واحدة ولكن جرى جانب كبير من الإعداد والتخطيط له أو توجيهه والإشراف عليه في دولة أخرى، ج- إذا ارتكب في دولة واحدة، ولكن اشتركت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس نشاطات إجرامية في أكثر من دولة واحدة، د- إذا ارتكب الجرم في دولة واحدة ولكن كانت له آثار شديدة في دولة أخرى)<sup>(1)</sup>.

#### 5- استخدام الوسائل غير المشروعة:

لا يمكن للجريمة المنظمة تحقيق أهدافها وجني الأرباح الطائلة إلا باعتماد وسائل غير مشروعة كالعنف والفساد والتهديد والابتزاز والرشوة والإيذاء والخطف<sup>(2)</sup>.

تعد الرشوة من أهم الأساليب التي تلجأ إليها المنظمات الإجرامية، حيث تسمح لها بالسيطرة على المشروعات والمؤسسات الاقتصادية والمالية، والتسلل إلى المؤسسات السياسية والإدارية والقضائية، من أجل ضمان أن يتعاون العاملون فيها معهم في تحقيق أهدافهم، ولحمايتهم من المساءلة القانونية<sup>(3)</sup>.

إن استخدام العنف أمر معتاد في ارتكاب الجرائم المنظمة، مثل السطو المسلح والقتل والاعتصاب والتهديد والاختيال، فبواسطته تتمكن المنظمات الإجرامية من أن تفرض سيطرتها ونفوذها، وتحقق منعها من رقابة الأجهزة القانونية<sup>(4)</sup>.

وقد يباشر العنف في مواجهة السكان بهدف تخويفهم وإحباط أية محاولة لمقاومة النظام الذي تفرضه المنظمة عليهم، أو قد يمارس في مواجهة الدولة بهدف إضعاف هيكل الشرطة والقضاء والسلطات العامة فيها<sup>(5)</sup>.

#### 6- تهدف إلى الربح وجني الأموال:

1- راجع: المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية.

2- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص7.

3- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص54.

4- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص53.

5- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص20، 21.

تتميز الجريمة المنظمة عن غيرها من الجوانب السياسية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي وأشهر صور هذه الجرائم هي جريمة الإرهاب التي لا تدخل في إطار الجرائم المنظمة، لأن أهدافها ليست بالضرورة اقتصادية، ولكنها في المقام الأول تأخذ طابعاً سياسياً، ولكن هذا لا يعني أنه ليس هناك تداخل بين هاتين الصورتين، فالإرهاب يمكن أن يشكل إحدى الوسائل التي تستخدمها الجريمة المنظمة للوصول إلى أهدافها.

### المطلب الثالث: أشكال الجريمة المنظمة

تتعدد صور الجريمة المنظمة بحيث لا يمكن حصرها، وقد تضمنت عدة فقرات من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة لعام 2000م، صوراً لبعض الجرائم المنظمة على سبيل المثال لا الحصر؛ جريمة غسيل أو تبييض الأموال وإفساد الموظفين، كما أُلحق بالاتفاقية بروتوكولان، حيث اختص الأول بجريمة الاتجار بالأشخاص، أما الثاني فقد تناول جريمة الاتجار غير المشروع بالأسلحة والمتفجرات.

ونظراً لكثرة الجرائم التي تشكل الجريمة المنظمة، فقد راعينا في اختيار أهم صور الجريمة المنظمة التي تشكل تهديداً قوياً على الأمن الدولي، وهي:

#### أولاً- جريمة غسيل الأموال:

تعتبر جرائم غسيل الأموال أخطر جرائم عصر الاقتصاد الرقمي، إنها التحدي الحقيقي أمام مؤسسات المال والأعمال، وهي أيضاً امتحان لقدرة القواعد القانونية على تحقيق فعالية مواجهة الأنشطة الجرمية ومكافحة أنماطها المستجدة.

وغسيل الأموال أيضاً، جريمة لاحقة لأنشطة جرمية حققت عوائد مالية غير مشروعة، فكان لزاماً إسباغ المشروعية على العائدات الجرمية أو ما يعرف بالأموال القذرة، ليتاح استخدامها بيسر وسهولة، ولهذا تعد جريمة غسيل الأموال مخرجاً لمأزق المجرمين المتمثل بصعوبة التعامل مع متحصلات جرائمهم خاصة تلك التي تدر أموالاً باهظة، كتجارة المخدرات وتهريب الأسلحة والرقيق وأنشطة الفساد المالي ومتحصلات الاختلاس وغيرها<sup>(1)</sup>.

1- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص 4، 5.

## ثانياً - جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات

أكدت أغلب المؤسسات والهيئات الدولية المتخصصة في مجال المخدرات توسع زراعة المخدرات بين منطقتين هامتين: عرفت الأولى بالمثلث الذهبي، حيث يطلق هذا المصطلح على دول تايلاند ولاوس ومينمار، أما المنطقة الثانية فعرفت بالهلال الذهبي، ويقصد بها أفغانستان وباكستان وإيران. لكن في الوقت الحاضر انتشرت زراعة المخدرات في أغلب بقاع العالم مثل: بعض أجزاء إفريقيا، والشرق الأوسط، وفي بعض أقطار الأمريكيتين، وكذلك في أجزاء مختلفة ضمن ما كان يسمى الاتحاد السوفيتي<sup>(1)</sup>.

## ثالثاً- جريمة الاتجار في البشر

إذ يعتبر الاتجار في البشر جريمة ذات طبيعة خاصة، باعتبار أن موضوعها سلعة متحركة ومتجددة تتمثل في فئة خاصة من البشر يعانون من الفقر الشديد والبطالة وعدم الأمان الاجتماعي، وهم في أغلب الحالات النساء والأطفال؛ وبهذا تنتج عن هذه الجريمة آثار اقتصادية واجتماعية وأخلاقية مدمرة.

## رابعاً- جريمة تهريب المهاجرين (الهجرة غير المشروعة)

تعد الهجرة غير الشرعية أحد أهم المجالات التي تعمل فيها الجماعات الإجرامية الدولية، وذلك من حيث عمليات تهريب المهاجرين غير الشرعيين، حيث تعمل على تنظيم الهجرات غير الشرعية جماعات تهريب مختلفة الأشكال بهدف تحصيل عائدات مالية ضخمة، وتنظم لهذا الشأن عقود شفوية مع المهاجرين غير الشرعيين، حيث يدفع من خلالها المهاجر غير الشرعي قيمة مالية يختلف مقدارها حسب الدول المراد الهجرة إليها وطبيعة الحدود والمسافات، مع غياب شروط الأمان خلال عملية التنقل، خاصة مع توفير وسائل نقل (مراكب بحرية) في الغالب تكون غير صالحة للاستعمال ولا تحتوي على وسائل الأمان أو شروط الملاحة المناسبة، زيادة على ذلك تحميلها أوزاناً تفوق طاقتها الفعلية، مما يجعلها عرضة للخطر أمام أدنى عارض ممكن<sup>(2)</sup>.

1- مصطفى عمر التير وآخرون، المخدرات والعولمة، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، المملكة السعودية، 2007م، ص20.

2- أحمد عبدالعزيز الأصغر وآخرون، مكافحة الهجرة غير المشروعة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، المملكة السعودية، 2010م، ص29.



## المحور الثاني: البنيان التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية (الإنتربول)

أثبتت الواقع أن أي دولة منفردة لا تستطيع القضاء على الجريمة المنظمة، يضاف إلى ذلك مسألة هروب المجرمين من الدولة التي ارتكبوا فيها أعمالهم الإجرامية إلى دولة أخرى بهدف التخلص من المتابعات القضائية، وهنا تظهر مسألة التعاون والتنسيق بين الدول لتعقب المجرمين والقبض عليهم في أي بلد كانوا فيه، فقد أوجد المجتمع الدولي جهازاً شرطياً دولياً يعرف باسم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، والذي أوكلت له مهمة رئيسية في مطاردة المجرمين الدوليين.

وفي السنوات الأخيرة ونظراً لخطورة الجرائم المنظمة العابرة للحدود فقد تركزت جهود واهتمامات الإنتربول بصورة أساسية في مكافحتها بالإضافة إلى مكافحة ظاهرة الإرهاب، وذلك من خلال اتخاذ الوسائل اللازمة منها والقضاء عليها. وتأسيساً على ما سبق سنقسم هذا المحور إلى مطلبين:

المطلب الأول: الإطار التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية.

المطلب الثاني: أجهزة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

### المطلب الأول: الإطار التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية

منظمة الإنتربول كغيرها من المنظمات الدولية لها نظام داخلي يحدد معظم القضايا التنظيمية الخاصة بها والأهداف التي تعمل من أجلها، لذلك سنتناول تبيان نشأة الإنتربول وكيفية العضوية فيه، ما هي أهدافه التي يسعى إلى تحقيقها.

## أولاً: نشأة الإنتربول:

تعد منظمة الإنتربول من أقدم صهور التعاون الشرطي في مكافحة الجريمة المنظمة أنشئت عام 1923م في فيينا تحت اسم اللجنة الدولية للشرطة الجنائية، وقد أطلق عليها الاسم الحالي عام 1956م، هي منظمة رسمية بين الحكومات<sup>(1)</sup>.

كما يشكل الإنتربول أكبر منظمة شرطية في العالم، ينضوي تحته 188 بلد عضواً، تتمثل مهمة الإنتربول في تسهيل التعاون الشرطي العابر للحدود ودعم ومساعدة جميع المنظمات والسلطات والأجهزة المعنية بمنع الإجرام أو مكافحته.

تقع الأمانة العامة للإنتربول في فرنسا وتحديداً بمدينة ليون، ويضم الإنتربول سبعة مكاتب إقليمية في الأرجنتين والكامرون وكون دايفور والسلفادور وكينيا وتايلاندا وزمبابوي، ومكتب تمثيلي لدى هيئة الأمم المتحدة في نيويورك وأخر لدى الاتحاد الأوروبي في بروكسل، ويوجد مكتب مركزي وطني في كل البلدان الأعضاء، يعمل فيه موظفون تابعون لهيئات إنفاذ القانون الوطنية ويتمتعون بمستوى عالٍ من التدريب، حيث يكون دور هذا المكتب الاتصال بالأمانة العامة والمكاتب الإقليمية والبلدان الأخرى التي تطلب المساعدة في سياق التحقيقات التي تقوم بها خارج أراضيها وكذلك للبحث عن المجرمين بهدف توقيفهم<sup>(2)</sup>.

## ثانياً: العضوية في الإنتربول:

تشمل العضوية تبعاً للمادة 45 من القانون الأساسي للمنظمة، البلدان التي كانت أعضاء في اللجنة الدولية للشرطة الجنائية قبل دخول القانون الأساسي لعام 1956م حيز النفاذ؛ حيث تنص المادة 45 من القانون الأساسي للإنتربول على اعتبار جميع " الهيئات التي مثلت البلدان المذكورة في الملحق (1)" من القانون الأساسي أعضاء في الإنتربول، " إلا إذا أعلنت بواسطة سلطاتها الحكومية المختصة عدم قبولها: القانون الأساسي، وكان يفترض أن يعلن عدم القبول خلال الأشهر الستة التالية لتاريخ دخول القانون الأساسي حيز التنفيذ.

1- محمد جهاد البرايزات، الجريمة المنظمة، المرجع السابق، ص160.  
2- نشرة إعلامية رقم: COM/FS/2010-01/G1-01، الإنتربول (عرض عام)، متاحة على الموقع الرسمي للإنتربول:

## المطلب الثاني: أجهزة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية

سنعالج في إطار هذه المطلب نقطتين هامتين من خلال بيان الهيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية، والثانية معرفة الهيئات والفروع التي يتكون منها الإنتربول، والاختصاصات العامة للمنظمة في حد ذاتها.

### أولاً: البناء التنظيمي للمنظمة الدولية:

لقد أخذت منظمة الإنتربول كغيرها من المنظمات الدولية بمبدأ تعدد الأجهزة بنص صريح في المادة الخامسة من ميثاق المنظمة التي جاء فيها تتكون المنظمة من الأجهزة التالية:

○ الجمعية العامة: وهي السلطة العليا في المنظمة وتتكون من ممثلي الدول الأعضاء وتجتمع مرة كل عام إضافة إلى عدد من الدورات الاستثنائية، وتختص الجمعية بتحديد السياسة العامة للمنظمة وإصدار القرارات المتعلقة بالمسائل التي تختص المنظمة بمعالجتها.

○ اللجنة التنفيذية: تتكون من 13 عضواً وهم رئيس المنظمة وثلاثة نواب للرئيس وتسعة أعضاء يتم اختيارهم من الدول الأعضاء، ويتم انتخاب الرئيس لمدة 4 سنوات والنواب والأعضاء لمدة 3 سنوات، وتختص اللجنة بتنفيذ قرارات الجمعية العامة.

○ الأمانة العامة: تتكون الأمانة العامة من الأمين العام والإدارات الدائمة للمنظمة ومن أهم هذه الإدارات:

● إدارة التنسيق الشرطي: التي تضم شعبة مكافحة الإجرام العام وشعبة مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، وشعبة الإجراءات الاقتصادية والمالية وشعبة الاستخبار الجنائية.

● إدارة القضايا القانونية: تختص بتقديم الخبرة القانونية في جميع مجالات التعاون الأمني وصياغة الأنظمة وتوصيات وقرارات المنظمة، وجمع المعلومات المتعلقة بالإجرام الدولي وتحليلها.

● إدارة الدعم التقني: تضم هذه الإدارة شعبة الاتصالات وشعبة الحاسب الآلي، وشعبة البحث والتطوير وفرع التقاضي الآلي.

- المكاتب المركزية الوطنية: وهي المكاتب التي يتم إنشاؤها في الدول الأعضاء لتكون حلقة وصل بين الأجهزة الشرطية في الدولة وبين المكاتب الوطنية، وبينها وبين الأمانة العامة للإنتربول من ناحية أخرى.
  - المستشارون: تستعين المنظمة بعدد من المستشارين ذوي الخبرة العالمية تعيينهم اللجنة التنفيذية لدراسة مسائل خاصة ومحددة تتعلق بعمل المنظمة.
  - اللجنة الدائمة لتكنولوجيا المعلومات: تتألف اللجنة من عدد من الفنيين ومن رؤساء المحطات الإقليمية ومن ممثلي عدد من المكاتب المركزية الوطنية وتجتمع مرتين سنوياً، وتقدم المشورة الفنية فيما يتعلق باستخدام المنظمة للوسائل التكنولوجية.
- كما أنه بالرجوع إلى المادة (11) من ميثاق الإنتربول نجده يسمح للمنظمة بإنشاء أجهزة فرعية حيث نصت على أن "للجمعية العامة لمنظمة الإنتربول أن تشكل لجاناً لمعالجة موضوع خاص".

### المحور الثالث: جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية (الإنتربول)

في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود

يبدل الإنتربول جهوداً مضيئة وفاعلة في مكافحة الجريمة المنظمة من خلال ممارسة عدد من المهام الخاصة بمكافحة هذه الظاهرة في الوقت الحالي، سواء من ناحية المبدأ، أو من ناحية التطبيق الفعلي أيضاً. واستناداً على ما تقدم سنقسم هذا المحور إلى مطلبين:

المطلب الأول: اهتمام الإنتربول بالجريمة المنظمة وطرق مكافحتها.

المطلب الثاني: أدوات وبرامج الإنتربول في مجال مكافحة الجريمة المنظمة.

### المطلب الأول: اهتمام الإنتربول بالجريمة المنظمة وطرق مكافحتها

أولت المنظمة اهتماماً خاصاً بمكافحة الجريمة المنظمة من خلال العديد من القرارات الهامة التي تم اتخاذها على مستوى الجمعية العامة للإنتربول، ومن أهم هذه القرارات القرار رقم (AGN/57/RES/17) الذي تم اتخاذه خلال دورة 57 الجمعية العامة المنعقدة في

بانكوك عام 1988م بعنوان الجريمة المنظمة، والقرار AGN/26/RES/8 الذي تم تبنيه في دورة الجمعية 62 المنعقدة في أوريا عام 1993م تحت عنوان التعاون الدولي والحرب ضد الجريمة المنظمة. كما أعلنت الجمعية العامة للإنتربول في جلستها السابعة والستين في القاهرة عام 1998 أن محاربة الجريمة المنظمة يمثل إحدى أولويات الشرطة الدولية في قيامها بالدور المتمثل بتنسيق تعاون الشرطة الدولية ضد الجريمة المنظمة<sup>(1)</sup>.

يوظف الإنتربول بكثير من الإجراءات المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة من خلال الكراسات التي تعدها الأمانة العامة بشأن الأشخاص المطلوبين لضلعهم في منظمات إجرامية، وتتضمن الكراسات الصور والبصمات والأسماء المستعارة وتفاصيل الهوية لهؤلاء الأشخاص، وتوزع هذه الكراسات على جميع المكاتب الوطنية المركزية للإنتربول في الدول الأعضاء.

تقوم المنظمة بدور هام في مجال تسليم المجرمين سواء متهمين هارين أو محكوم عليهم في مجال الإجرام المنظم<sup>(2)</sup>. كما يوظف الإنتربول بدور هام في مكافحة تزيف العملة باعتباره نشاطاً رئيسياً من أنشطة الإجراءات المنظم، ويعقد الإنتربول في هذا الإطار مؤتمرات دولية لمكافحة تزيف العملة، يسلط فيها الضوء على حجم هذه الجريمة والأساليب الجديدة المستخدمة فيها.

ونظراً لما يمتلكه الإنتربول من إرادة حقيقية معلنة ووسائل نقدية ومعلوماتية في مكافحة الجريمة المنظمة، فإنه ينتظر من المجتمع الدولي تقديم كامل الدعم في هذا المجال لتفعيل وسائل الإنتربول في زيادة التنسيق والتعاون الدولي، ويتأتى ذلك من خلال إيلاء الأجهزة الأمنية في الدول الأعضاء أهمية خاصة بتفعيل وتوثيق العلاقة مع الإنتربول بواسطة المكتب المركزي من خلال الشفافية في تمرير المعلومات والإحصائيات ذات الصلة بالجريمة المنظمة، والمساهمة الفعالة في البرامج والأنشطة التي تمارسها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، كما يتطلب من الدول التي لم تصل فيها الجريمة المنظمة إلى حد الظاهرة أن تولي استشراف المستقبل بالنسبة لهذه الجريمة أهمية خاصة، وأن تبادر إلى الاستفادة من خبرات وتجارب الإنتربول في هذا المجال من خلال الندوات والدورات التدريبية التي يتبناها الإنتربول في إطار مكافحة الجريمة المنظمة.

1- EIPO, the role of Interpol in the fight against transnational organized crime, draft resolu on n -1 agn 68.p.res/12,2005.

2- محمد فتحي عبد، التعاون الأمني الدولي والعولمة، محاضرات منشورة، أقيمت على طلبة الدكتوراه بجامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية، 2003، ص 82.

ومما لا شك فيه، أن من أهم وسائل التحري عن اتجاهات الجريمة المنظمة في الخارج بغية وصولها إلى دولة ما، هي تتبع المعلومات التي يوفرها الإنترنت من خلال استخباراته الجنائية وشبكة معلوماته الحاسوبية التي تضم الكثير من المعلومات المتجددة في هذا المجال.

تحقق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية عدة مهام مفيدة في مجال تبادل المعلومات والتعاون الدولي ضد الجريمة المنظمة عبر الدول<sup>(1)</sup>. والجدير بالذكر أن الإنترنت ركز أنشطته على الجريمة المنظمة والأنشطة الإجرامية ذات العلاقة بها مثل غسل الأموال، ويشغل الإنترنت حالياً شبكة اتصالات لاسلكية مؤمنة تغطي كافة أنحاء العالم حيث تربط الدول الأعضاء من خلال مكاتبهم الوطنية الرئيسية بعضها مع البعض ومع سكرتارية الإنترنت في فرنسا. وتسهل هذه الشبكة النقل السريع للرسائل الإلكترونية والتي تشمل الرسائل المكتوبة، الصور الفوتوغرافية، البصمات وغيرها، وتنقل الشبكة أكثر من 2 مليون رسالة كل عام وهي توفر التسهيلات الأساسية لتنفيذ عمل المنظمة.

## المطلب الثاني: أدوات وبرامج الإنترنت في مجال مكافحة الجريمة المنظمة

يستخدم الإنترنت مجموعة من الأدوات والبرامج التي تهدف إلى مكافحة جميع أشكال الجريمة المنظمة والقضاء عليها، وسنتناول بعضاً من هذه الأدوات والبرامج كالآتي:

أولاً: أدوات الإنترنت في تعزيز التعاون الشرطي الدولي:

تتركز جهود الإنترنت على وظائف أساسية يوظف فيها موارده بغية تحقيق أكبر قدر من التعاون في مجال مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود تتمثل في:

### 1- منظمة الإنترنت الخاصة بالنشرات الدولية:

من أهم المهام التي يضطلع بها الإنترنت مساعدة أجهزة الشرطة لبلدانه الأعضاء في تبادل المعلومات العامة المتعلقة بالإجرام باستخدام منظومة نشرات الإنترنت الدولية، فضلاً عن ذلك، تستخدم الأمم المتحدة منظومة النشرات لتنبية الشرطة إلى أشخاص خاضعين للجزاءات التي تفرضها الأمم المتحدة على تنظيمات تهدد الأمن الدولي مثل (تنظيم

<sup>1</sup> - Anderson Malcoln, interpol and the developing of police cooperation, Unite states of America, 1997, p60.

القاعدة)، وتستخدمها أيضاً المحكمتان الدوليتان ليوغسلافيا السابقة ورواندا للبحث عن أشخاص مطلوبين لتورطهم في انتهاكات جسيمة للقوانين الدولية في مجال حقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

#### أ- لمحة عن النشرات الدولية:

كما تعد نشرات الإنترنت أداة أساسية للتعاون الشرطي كما يبين ذلك نحو 80% من عدد النشرات الصادرة في السنوات القليلة السابقة لعام 2003م، وفي نفس الفترة تزايد عدد البلدان التي تستعمل إجراءات طلب النشرات الإلكترونية بنسبة 70% أي 80% من 181 دولة عضواً، ولقد تم تلقي أكثر من 73% من طلبات النشرات بهذه الطريقة.<sup>(2)</sup>

#### ب- أنواع النشرات:

هناك العديد من النشرات التي تصدرها الإنترنت، على اختلاف مضامينها وأهدافها وهي على النحو التالي:

- النشرة الحمراء: طلب لتوقيف شخص يجري البحث عنه أو احتجازه بشكل مؤقت تمهيداً لتسليمه استناداً إلى مذكرة توقيف.
- النشرة الزرقاء: لجمع معلومات إضافية عن هوية شخص أو نشاطاته غير المشروعة في سياق قضية جنائية.
- النشرة الخضراء: للتزويد بالتحذيرات بشأن أشخاص ارتكبوا جرائم جنائية ويرجح ارتكابهم جرائم مماثلة في بلدان أخرى.
- النشرة الصفراء: للمساعدة على تحديد مكان أشخاص مفقودين لاسيما القاصرين أو على تبيان هوية أشخاص عاجزين عن التعريف بأنفسهم.
- النشرة السوداء: للحصول على معلومات عن جثث مجهولة الهوية.
- النشرة الخاصة بالإنترنت: لتنبيه الشرطة إلى مجموعات وأشخاص خاضعين إلى الجزاءات التي تفرضها الأمم المتحدة على تنظيم القاعدة.

1- نشرة إعلامية رقم: 02-03/G1/2011-COM/FS، النشرات، متاحة من خلال الموقع:

<http://www.interpol.int/comernt/download/786/6303/version/9/file/G102.pdf>

2- الإنترنت في العمل، تقرير النشاط لعام 2003م، الأمانة العامة للإنترنت، ليون، فرنسا، 2003م، ص4.

- النشرة البرتقالية: لتحذير الشرطة والهيئات العامة والمنظمات الدولية من مواد خطيرة أو أحداث أو أعمال إجرامية يمكن أن تمثل خطراً على الجمهور<sup>(1)</sup>. وتتضمن النشرات نوعين رئيسيين من المعلومات:

- تفاصيل الهوية الكاملة والأوصاف البدنية والصورة، وبصمة الأصابع والمهنة.
- معلومات قضائية مثل التهمة الموجهة للشخص والقانون الذي ذكرت فيه التهمة. وتنشر هذه النشرات في المنظومة الخاصة بها، ويمكن نشرها في الموقع العام للإنتربول للحصول على معلومات حول الشخص من طرف الجمهور.

## 2- منظومة اتصالات الإنتربول العالمية 1-24/7:

يتمثل وظيفة الإنتربول الأساسية في توفير خدمات اتصالات شرطية عالمية مؤمنة، بتبادل فعال للمعلومات الشرطية الهامة في الوقت المناسب، وتخزينها ومعالجتها ويتضمن هذا كله تطبيق منظومة الاتصالات للإنتربول في كافة البلدان الأعضاء، والتدريب الخاص بها.

في يناير 2003م، بدأت المنظمة بتطبيق البنية التحتية الجديدة للاتصالات عالية الأمانة والمرتكزة على الإنترنت والمعروفة بـ 1-24/7. تعزز هذه المنظمة نظام إنتربول السابق وترفع من قدرته على تعاون سريع وفعل لمكافحة الإرهاب وكافة صور الجرائم الدولية الخطيرة، ومع مرور العام الأول من استحداث هذه المنظومة أصبحت 84 دولة عضواً و10 موقع إضافية مرتبطة بالمنظومة مع واجهة تفاعل خالية من العيوب، للاتصال فيما بينها.

ويهدف الإنتربول من خلال هذه المنظومة إلى تمكين أجهزة الشرطة في جميع البلدان التي تشكل أعضائه من طلب بيانات شرطية غاية في الأهمية وإرسالها والوصول إليها بشكل فوري ومأمون.

1- خالد بن مبارك القيروبي القحطاني، التعاون الأمني الدولي في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة دكتوراه، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2006م، ص151.



### 3- نظام الإنتربول لتتبع الأسلحة النارية والمتفجرات (IWETS):

يسمح هذا النظام بتتبع الأسلحة النارية والمتفجرات، حيث يستطيع المستعملون تفتيش قاعدة البيانات للأسلحة المسروقة والمتفجرات، كما يستطيعون نشر وثائق تحقيق والوصول إليها عن طريق نشرة إلكترونية<sup>(1)</sup>.

ثانياً: أنشطة الإنتربول في مكافحة أشكال الجريمة المنظمة:

يبدل الإنتربول جهود كبيرة لمكافحة مجموعة من الجرائم التي تعتبر أشكالاً للجريمة المنظمة العابرة للحدود، وبالتالي سنبيين دور الإنتربول في مكافحة جريمة من هذه الجرائم كالتالي:

(أ) دور الإنتربول في مكافحة المخدرات:

من بين الأدوار الأساسية التي يقوم بها الإنتربول في ميدان مكافحة صور الجريمة المنظمة، دعم أجهزة الشرطة الوطنية والدولية المعنية بمكافحة إنتاج المخدرات غير المشروع والاتجار في المواد الخاضعة للرقابة والسلائف الكيميائية، ويتمثل هذا الدعم في:

- جمع وتحليل بيانات عملية الضبط الواردة من البلدان الأعضاء ومن أجهزة إنفاذ القانون الوطنية المختصة بالمخدرات.

- إصدار تنبيهات بشأن المخدرات لتنبيه مجموعة إنفاذ القانون على الحالات الفريدة وتقنيات الاتجار الجديدة، حيث يمكن تعميم المعلومات والصور في مدة دقائق معدودة على جميع المكاتب المركزية الوطنية التابعة للإنتربول.

ومن أهم نشاطات الإنتربول في إفريقيا، كان عند أسند فريق التحرك إزاء أحداث يوليو 2008م، شرطة غينيا بيساو، إثر ضبط كمية من الكوكايين كانت مهربة على متن إحدى الطائرات، حيث أكدت الأدلة التي جمعها فريق التحرك تورط مجموعة إجرام منظم من أمريكا الجنوبية<sup>(2)</sup>.

1- الإنتربول في العمل، الأمانة العامة للإنتربول، تقرير النشاط العام 2003م، مرجع سابق، ص 19.  
2- نشرة إعلامية رقم: COM/FS/209-07/DCO-01، الاتجار في المخدرات، متاحة من خلال الموقع الرسمي للإنتربول: [www.interpol.int](http://www.interpol.int)

## 2- دور الإنترنت في مكافحة التهريب البشري والهجرة غير الشرعية:

يعمل الإنترنت مع هيئات دولية لديها هدف مشترك يتمثل في مكافحة تهريب البشر، وتشمل اليوروبول والوكالة الأوروبية لإدارة التعاون في العمليات على الحدود الخارجية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (FRONTEX)، والمركز الدولي لتطوير سياسات الهجرة والمنظمة الدولية للهجرة ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة.

خاتمة

مما لا شك فيه أن هذه الدراسة أوصلتنا إلى مدى فضاة الآثار المترتبة عن الجريمة المنظمة العابرة للحدود، التي تعتبر من الجرائم الحديثة نتيجة مواكبتها للتطور الدولي في مختلف مجالات الحياة، خاصة منها العلمية والتكنولوجية المتمثلة في المواصلات والاتصالات، وكذا سياسة الانفتاح العالمي الاقتصادي على وجه التحديد. وقد خرجت هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات أود هنا أن أسجل أهم النتائج ثم التوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- 1- إن مصطلحات الجريمة المنظمة، الجرائم المستحدثة، الجماعات الإجرامية المنظمة، العصابات الإجرامية، الإجرام المعاصر، تعكس بدرجة متباينة وجوانب من حقيقة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وهو المصطلح المناسب في هذا الصدد؛
- 2- تأخذ الجريمة المنظمة العابرة للحدود العديد من الصور أو الأشكال التي تتسم بالخطورة كونها تؤثر بشكل سلبي على كل الأصعدة كالمجتمع والاقتصاد، وهي الآن في تزايد مستمر نتيجة تحالف التنظيمات الإجرامية الدولية وتطور التكنولوجيات المستعملة في تنفيذ تلك الصور الإجرامية؛
- 3- تشابه الجريمة المنظمة مع عدة جرائم دولية بنفس الخصائص كالتنظيم والتخطيط بهدف تحقيق أهداف بمختلف باختلاف الجرائم مثل الجرائم الدولية والإرهاب الدولي.

-4

ثانياً: التوصيات:

- 1- سن القوانين الخاصة بمكافحة جرائم التكنولوجيا لوجود علاقة مترابطة بينها وبين الجريمة المنظمة وإن العمل على مكافحة تلك الأنواع من الجرائم هي مكافحة الجريمة المنظمة؛
- 2- عقد دورات تدريبية للرفع من كفاءة رجال الأمن والقضاة والمحققين، لأجل تطوير أساليب عملهم بما يتلائم وقدرات الجريمة المنظمة ولتحصينهم من الوقوع تحت إغرائها وتحسين أدائهم وظروفه؛
- 3- تطوير أساليب التحقيق في الجرائم المنظمة واستخدام التقنيات المتطورة في إجراءاته ومعداته.

## القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة

ذ. مولاي عبد العاطي الأصغر

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق

جامعة الحسن الأول سطات

### مقدمة:

تعتبر العدالة الدستورية من أبرز أسس دولة الحق والقانون في ظل منظومة الحكم الليبرالية في العصر الحديث. وهذا يرجع في المقام الأول لما تضطلع به الأجهزة القضائية المكلفة بالعدالة الدستورية من دور في حماية الدستور باعتباره القانون الأعلى في الدولة، ورسم حدود تدخلها وتحديد مهامها وضبط العلاقات القضائية بها، ويكاد الفقه الدستوري أن يتفق على اعتبار نوعا معينا من "العدالة الدستورية"<sup>1</sup> هي جوهر النظام الدستوري الديمقراطي الحديث، بناء على أنها تحتل أهمية في ترسيخ وتوطيد "دولة اجتماعية قانونية"<sup>2</sup>، بينما ذهب فريق فقهي آخر إلى حصر دورها في القيام بوظيفة ضمان احترام سمو الدستورية<sup>3</sup>.

والعدالة الدستورية هي أحد التطبيقات الفعلية لمنظومة الحكم الديمقراطية في الدولة الليبرالية المعاصرة، بما تحققة من توازن بين السلطات الدستورية، وما تمارسه من رقابة على أعمالها، لا سيما التشريعية منها تحقيقا لضمان مطابقتها لأحكام الدستورية، ورسمها للحدود الفاصلة بين تدخل كل سلطة وأخرى، واحتراما للحقوق والحريات التي تعتبر أحد أركان دولة الحق والقانون<sup>4</sup>.

تكتسي مسألة العضوية بالمجالس الدستورية أهمية بالغة في عملية البناء الديمقراطي إذ يؤثر الأسلوب المتبع في اختيار القضاة على درجة استقلال القضاء الدستوري في مواجهة

1. J. Lopez Guerra los procesos constitucionales. Madrid CEC 1992 p 118

2) Alvaro Rodrigues Berrejo el tribunal constitucionales renocion y bretos actualidad labor 1 (1999) p 135.

223 Lopez Guerra los procesos constitucionales. Madrid CEC 1992 p 1. J

محاضرات: الاستاذ عبد الاله فوننير، مادة القضاء الدستوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكاد، 2015-2016،

تجاوزت السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومدى اتسام عمل المحكمة الدستورية بالفعالية القضائية وفق ما تمليه الضوابط الدستورية التي تسمو على كل الاعتبارات السياسية. هكذا، فقد عملت الدول على إخضاع العضوية بمجالسها الدستورية لمجموعة من الضوابط التي نصت عليها دساتيرها وقوانينها التنظيمية، وحددت الجهات المسؤولة عن تعيين القضاة والشروط والمؤهلات التي يجب أن تتوفر في المترشح. واستندت عملية التأسيس للرقابة الدستورية على القوانين على منطقتين متباينتين، فالأساس القضائي للرقابة ارتبط بالعمل القضائي للمحكمة الدستورية الأمريكية، من خلال سابقة "مارب وري ضد ماديسون"<sup>1</sup>، كما شكلت "الأبحاث النظرية للفقهاء هانس كلسن"<sup>2</sup> الأساس الذي بمقتضاه تأسست الرقابة الدستورية في "التجربة الأوروبية"، حيث تبنت إسبانيا هذا النموذج الذي أقره دستور 1978.

تكمن أهمية الموضوع الذي نحن بصدد دراسته في بناء نظام القضاء الدستوري أولاً من حيث العضوية والسهر على تصحيح مكامن الخلل أو الهوة البرلمانية، ثم حماية البرلمان من سيطرة السلطة التنفيذية بالإضافة إلى تحسين مستوى أداء البرلمان. يتمحور الموضوع على إشكالية أساسية مفادها أن المحكمة الدستورية تغيرت من حيث طبيعتها، إذن ما هي أبرز معالم هذا التحول من حيث العضوية؟ إن السؤال الجوهرى المطروح يقتضي منا طرح أسئلة فرعية للإجابة عليه وهي كالتالي:

ما هي أبعاد العدالة الدستورية، وما هي أهدافها؟ كيف تطور القضاء الدستوري بالمغرب؟ كيف هي طبيعة المحكمة الدستورية بالمغرب وإسبانيا؟

للإجابة عن جل هاته الأسئلة الفرعية لابد من وضع تصميم:

المبحث الأول: العدالة الدستورية: أبعادها وأهدافها ومسار تطورها بالمغرب

المطلب الأول: فكرة العدالة الدستورية وأبعادها وأهدافها

المطلب الثاني: مسار تطور العدالة الدستورية بالمغرب

المبحث الثاني: نظام القضاء الدستوري المغربي والإسباني

المطلب الأول: التشكيل السياسي للمحكمة الدستورية

---

Rousseau Dominique. «La justice constitutionnelle en Europe». Collection clefs politiques. Montchrestien: 1<sup>er</sup> Novembre 1992. p15.

Rousseau Dominique. «La justice constitutionnelle en Europe». Collection clefs politiques. Montchrestien: 2<sup>ème</sup> Novembre 1992. p20.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمحكمة الدستورية

المبحث الأول: العدالة الدستورية، أبعادها وأهدافها ومسار تطورها بالمغرب

ارتبطت العدالة الدستورية كفكرة وتطبيق من جهة، بشكل وثيق بنمو وتطور حركة الدسترة الجديدة، ومن جهة أخرى برزت "كنتيجة" متزامنة ومتوافقة مع الطفرة النوعية التي عرفتها الديمقراطية.

تعرف الدستورية بكونها آليات تسمح "بتقييد سلطة الحاكمين انطلاقا من اعتماد المشروعية الديمقراطية"<sup>1</sup>، وذلك بواسطة "نسق فعال للكواجيمهم العمل الحكومي، من خلال توزيع السلط" أو مجموعة من القواعد التي تضمن المنافسة السليمة وتقر بمسؤولية الحكومة<sup>2</sup>.

المطلب الأول: فكرة العدالة الدستورية وأبعادها وأهدافها

الفقرة الأولى: فكرة العدالة الدستورية

ترجع فكرة العدالة الدستورية في أصولها الأولى، باعتبارها أحد مكونات الهندسة الدستورية لأنظمة الحكم، إلى الرغبة في إقرار آلية مؤسسية يخضع بموجبها عمل السلطات العمومية داخل الدولة لمجموعة من القواعد الموحدة والمرجعية ذات مكانة عليا ضمن القاعدة الهرمية لتسلسل القواعد القانونية المطبقة في الدولة، والتي تتضمنها الوثيقة الدستورية.

وانطلاقا من المبدأ القانوني العام الذي يقضي بأن وجود قاض يسهر على تطبيقها، فإن وجود قواعد دستورية تحكم عمل السلطات العمومية الدستورية، فرض بكيفية متدرجة في تاريخ الأنظمة السياسية الليبرالية، إحداث آلية قضائية، يسند لها أمر مراقبة عمل السلطات الدستورية، ومدى مطابقتها لأحكام الدستور.

والملاحظ أن هذا التوجه لم يكن مكتمل العناصر منذ المراحل الأولى للأخذ بفكرة العدالة الدستورية، بل حكمه منطق التدرج، وتحكمت فيه عوامل تاريخية وسياسية متعددة، جعلت من العدالة الدستورية مطلبا لم يعرف سبيله إلى التطبيق دفعة واحدة، ووفق منظور واحد بل كان الأخذ به متدرجا، وتطبيقه وفق اجتهادات مختلفة.

الفقرة الثانية: أبعاد العدالة الدستورية

محمد أتركين: الدستورية وتقييد سلطة الحاكمين، أنظر جريدة المساء، يوم 22-04-2011  
2 محمد أتركين: الدستور والدستورية: من دستاتير فصل السلط الى دستاتير صك الحقوق، سلسلة الدراسات الدستورية (1)، الطبعة الأولى، 2007، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ص 5.

لقد كانت فكرة العدالة الدستورية ذات بعدين عند اعتمادها في تاريخ الأنظمة الدستورية هما:

البعد السياسي: ويكمن في أن آلية تحقيق العدالة الدستورية هي بالأساس آلية من آليات تحقيق التوازن في بنية النظام السياسي، ووسيلة من وسائل ضبط العلاقة بين مؤسساته، طبقاً لإجراءات خاصة، ووفق قواعد محددة.

البعد الدستوري: ويكمن في طابع المؤسساتي الذي تمارس في إطاره العدالة الدستورية، والذي تمثله المؤسسة أو الجهاز القضائي الذي يوكل له أمر القيام بهذه المهمة، والسهر على النهوض بها، وبالتالي فإن هذه المؤسسة أو الجهاز هي بدورها تعتبر جزءاً من النسق الدستوري ومكوناً من مكوناته، تخضع هي الأخرى للقواعد والمبادئ المنصوص عليها في وثيقة الدستور.

وجدير بالذكر، أن إخضاع السلطات الدستورية التقليدية، البرلمان والحكومة، لرقابة الجهاز المكلف بالعدالة الدستورية في تاريخ الأنظمة السياسية ليست عملية سهلة ولا ميسرة بل تمت عبر مخاض طويل في مسلسل بناء هذه الأنظمة، وفي مسار وضع القواعد المؤطرة لعمل مؤسساتها وأجهزتها.

### الفقرة الثالثة: أهداف العدالة الدستورية

لقد شكلت العدالة الدستورية جزءاً من تاريخ الديمقراطية في بناء هذه الأنظمة، تحكمت فيه عوامل متعددة ومتنوعة، منها ما هو داخلي كما هو الشأن بالنسبة للتيارات السياسية المتحكمة في أجهزة ومؤسسات النظام السياسي، وآليات اشتغاله، وطبيعة الأيديولوجيات السياسية السائدة، ومنظومة القيم الثقافية، والتوازنات القائمة بين مكونات المجتمع، وكلها عوامل كان لها تأثير بليغ في تبني الأنظمة السياسية والدستورية لمنظومة العدالة الدستورية؛ ومنها ما هو خارجي، كما هو الحال بالنسبة للتفاعل الحاصل بين التجارب الأجنبية الخاصة بتطبيقات العدالة الدستورية لدى كل نظام على حدة، والتأثير الذي تمارسه كل تجربة عند اقتباسها نموذجاً يحتذى به بالنسبة للتجارب الأخرى.

ومن خلال استقراء التجارب، نجد أن أهم ما يميز العدالة الدستورية في ضوءها هي سعيها لتحقيق ثلاثة أهداف أساسية:

الهدف الأول: ويتمثل في حماية الدستور باعتباره الوثيقة المرجعية المتضمنة للقواعد والمبادئ المؤطرة للنظام السياسي مما يفرض ضرورة الالتزام بها واحترامها والتقييد بها من قبل جميع أجهزة السلطات العمومية المشرفة على تدبير الشأن العام في الدولة. وهذا

الهدف من شأنه الإسهام في تحقيق التوازن والاستقرار وضبط العلاقة القائمة بين أجهزة النظام السياسي ومؤسساته، في حدود ما تقره الوثيقة الدستورية، وما ترسمه من قواعد تتصل بصلاحيات هذه المؤسسة وبالأدوار التي تنهض بها.

الهدف الثاني: هو حماية الحقوق والحريات الجماعية والفردية بناء على المبادئ الدستورية والقانونية العامة، وعلى أحكام الدستور<sup>1</sup>. فهو هدف العدالة وجوهرها، لاسيما العدالة الدستورية التي تشكل أساسا من أسس الديمقراطية، وآلية من آليات تحقيقها، ويتضح من خلال الرجوع الى حقائق التاريخ، أن انتقال الأنظمة السياسية من الطابع الشمولي نحو القيم الديمقراطية، رهين بما توفره من حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم الفردية والجماعية. بل إن جوهر الدستور أصلا، والوثائق الدستورية المرجعية في تاريخ الأنظمة الدستورية الليبرالية، يكمن في المقام الأول في وضع الآليات الكفيلة بحماية الحقوق والحريات.

الهدف الثالث: ويكمن في حماية دولة الحق والقانون، من خلال وضع الآليات الضابطة لعمل مؤسسات الدولة، وإخضاعها لعدد من القواعد التي ترسم اختصاصاتها وحدود تدخلها، بعيدا عن منطق الهيمنة واحتكار السلطة، وبعيدا عن التحكمية والاقصاء، ولكن إقرارا لمبادئ سيادة القانون وضوابط العدل والإنصاف<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: مسار تطور العدالة الدستورية بالمغرب

عرفت العدالة الدستورية بالمغرب على غرار باقي الدول الاخرى تطورا متدرجا في مسار تأسيسها منذ صدور أول دستور للمملكة سنة 1962 إلى اليوم. ويمكن من خلال الفقرات التالية تقديم أهم مراحل تطور مرفق القضاء الدستوري الذي شكل التجسيد الفعلي للعدالة الدستورية بالمغرب، باعتبارها عدالة دستورية اعتمدت النظام القضائي المختص، والتعرف على المرحلة الهامة في مسار هذه العدالة، والتي تميزت بتأسيس مجلس دستوري متخصص، حدد المشرع قواعد تأليفه وتنظيمه وصلاحياته بموجب قانون تنظيمي، يمكن من استعراض أهم مضامينه؛ ويمكن التميز في تاريخ العدالة الدستورية بالمغرب بين مرحلتين أساسيتين.

1 طارق التلمساني: القضاء الدستوري المغربي "المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين" مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، 2016 العدد 37/38، السنة 12، ص 61.  
محاضرات: الاستاذ عبد الاله فونثير، مادة القضاء الدستوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، 2016-2015<sup>2</sup>



### الفقرة الأولى: مرحلة ما قبل 1992

وتتعلق بمرحلة اعتماد أول دستور للمملكة سنة 1962، والتي امتدت إلى غاية شروع الغرفة الدستورية للمجلس الأعلى في مزاولة مهامها ابتداء من شهر أكتوبر 1977. والغرفة الدستورية فهي لا تعدو أن تكون غرفة بالمجلس الأعلى خصوصيتها تكمن في كيفية تعيين أعضائها، فهي ليست محكمة دستورية قائمة الذات<sup>1</sup>. وقد تميزت هذه المرحلة بممارسة ما عرف باللجنة الدستورية المؤقتة مهام العدالة الدستورية، خلال الفترة اللاحقة لدستور 1962، ما بين 11 يونيو 1963 و13 نونبر 1963، والفترة اللاحقة لدستور 1970، أي ما بين 9 أكتوبر 1970 و3 أبريل 1971، وأخيرا الفترة اللاحقة لدستور 1972، وبعد البرلمان المنتخب عنه يعد انقضاء فترة انتقالية دامت 5 سنوات، أي ما بين 24 غشت 1977 و20 أكتوبر 1977.

هذه المرحلة بمختلف فتراتها، أصدرت خلالها اللجنة الدستورية المؤقتة بضعة قرارات لا تشكل أي قيمة إضافية، ولا تعكس أي عمل تأسيسي في مسار العدالة الدستورية، يتضح أن هاته المؤسسة كان أداؤها ضعيفا نظرا لحالة الاستثناء التي عرفها المغرب سنة 1965، ثم أن اختصاصها محدود.

### الفقرة الثانية: مرحلة ما بين 1992 و2011.

استمر العمل بالغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى الى غاية صدور دستور 1992 الذي أحدث المجلس الدستوري و ينظمه القانون التنظيمي 29.93<sup>2</sup> كجهاز مستقل دون أي تبعية، ماديا ومعنويا، مع مراجعة بنية تأليفه من حيث الكم والنوع وتوسيع اختصاصاته بموجب قانون. وقد مارس مهامه في المجالات التي حددها الدستور، وبصفة خاصة في المجالات التالية:

- البث في مطابقة القوانين التنظيمية للدستور، قبل إصدار الأمر بتنفيذها.
- البث في مطابقة القوانين العادية للدستور.
- البث في الاختلاف بين الحكومة والبرلمان عندما تقوم الحكومة بعدم قبول اقتراح أو تعديل.
- البث في مطابقة الأنظمة الداخلية للبرلمان للدستور.

<sup>1</sup> عبد العزيز النويضي "المجلس الدستوري المغربي" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. العدد 29 – سلسلة مؤلفات وأعمال اجتماعية – الطبعة الثانية، صفحة 35.

<sup>2</sup> القانون رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري، ظهير شريف رقم 1.94.124 صادر بتاريخ 14 رمضان 1414 (25 فبراير 1994) ج ر عدد 4244 بتاريخ 2 مارس 1994 وتم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 8.98 في سنة 1989.

- البث في المنازعات الانتخابية الخاصة بأعضاء مجلس النواب.
  - البث في صحة عملية الاستفتاء.
  - البث في الطابع الرسمي أو التنظيمي للنصوص التشريعية من حيث الشكل (الظواهر والمراسيم والملكية) بناء على طلب الحكومة.
- وقد أصدرت الغرفة الدستورية خلال هذه المرحلة التي دامت قرابة 17 سنة، قرارات متعددة في مجالات مختلفة.

ومع الحراك الذي عرفه المغرب سنة 2011 وحجم النقاش السياسي والحقوقى الذي واكب مراجعة نص دستور 2011، عاد سؤال القضاء الدستوري برهانات أعمق وأشمل بإحداث المحكمة الدستورية وتم توسيع اختصاصاتها وطرق عملها.

### المبحث الثاني: نظام القضاء الدستوري المغربي والاسباني

عمل الدستور المغربي الجديد على إنشاء المحكمة الدستورية كما سبق الإشارة باعتبارها هيئة مستقلة بذاتها<sup>1</sup>، من أجل تكريس الشرعية الدستورية في مختلف النصوص والقوانين التي تنظم حياة الأفراد و الجماعات داخل المجتمع<sup>2</sup>. سوف نبسط في هذا المبحث الثاني تأليف الهيئة بكل من المغرب واسبانيا خصوصا بعد تأسيسه وإصدار القانون التنظيمي.

### المطلب الأول: التشكيل السياسي للمحكمة الدستورية دراسة مقارنة

خصص الدستور المغربي الباب الثامن للمحكمة الدستورية من المادة 129 إلى المادة 134. أما الدستوري الإسباني خصص الباب التاسع للحديث عن المحكمة الدستورية من المادة 159 إلى المادة 165.

### الفقرة الأولى: تكوين المحكمة الدستورية بالمغرب

#### أولا: تأليف المحكمة الدستورية:

طبقا لأحكام الفصل 130 من الدستور 2011 أن المحكمة الدستورية تتألف من اثني عشر عضوا يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد. ستة أعضاء يعينهم الملك بموجب ظهير شريف من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي العلي، و ستة أعضاء ينتخب نصفهم من قبل مجلس النواب و ينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين، من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بعد التصويت بالاقتراع السري و

المختار مطبع، القانون الدستوري وأنظمة الحكم المعاصرة، مطبعة إمسيتين، الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص104.

<sup>2</sup> كريم الحرش: الدستور الجديد للملكة المغربية "شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد3، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2012، ص154.

بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس، علما أنه يتم كل ثلاث سنوات تجديد ثلث كل فئة من أعضاء المحكمة. ونظرا للتجاذبات التي يعرفها النقاش السياسي داخل البرلمان، فإن المشرع الدستوري احتتمل عدم انتخاب الأعضاء الذين يختارهم المجلس داخل الأجل القانوني، فنص على أنه إذا تعذر على المجلسين أو أحدهما انتخاب هؤلاء الأعضاء، داخل الأجل القانوني للتجديد تمارس المحكمة اختصاصاتها و تصدر قراراتها وفق نصاب لا يحتسب فيه الأعضاء الذين لم يقع بعد انتخابهم. وقد نصت الفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 130 من الدستور على أن " يعين الملك رئيس المحكمة الدستورية من بين الأعضاء الذين تتألف منهم". ويفهم من ذلك أن الرئيس يمكن أن يكون من ضمن الستة الذين يعينهم الملك أو من الستة الآخرين، وذلك بعدما كانت المادة الأولى من القانون التنظيمي للمجلس الدستوري سابقا تنص على أنه " يختار الملك رئيس المجلس الدستوري من بين الأعضاء الذين يعينهم".

نصت المادة 4 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية المغربية على أنه: يؤدي رئيس المحكمة الدستورية وأعضاؤها، قبل مباشرة مهامهم، قسم بين يدي الملك على أن يقوموا بالمهام المسندة إليهم بإخلاص وأمانة ويمارسوها بكامل النزاهة في ظل احترام الدستور، وأن يكتفوا سر المداومات والتصويت، وألا يتخذوا أي موقف علني أو يفتوا في أي مسألة من المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصات المحكمة الدستورية.

#### ثانيا: الشروط المؤهلة لعضوية المحكمة:

أما عن الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية، فهم يختارون من بين الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في مجال القانون، وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية والذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمس عشر سنة والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة.

#### ثالثا: حالات التنافي:

حدد القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية المهام التي لا يجوز الجمع بينها وبين عضوية المحكمة الدستورية كعضوية الحكومة أو مجلس النواب أو مجلس المستشارين أو المجلس الأعلى للسلطة القضائية أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي أو كل هيئة ومؤسسة من المؤسسات المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من دستور.

إلى جانب التنافي السابق، فإنه أيضا لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وبين ممارسة أي وظيفة عامة أخرى أو مهمة عامة انتخابية أو شغل منصب مهما كان مقابل أجر

في شركة تجارية أو مزاوله مهام يؤدي عنها من قبل دولة أجنبية أو منظمة دولية غير حكومية.

وأخيراً، لا يجوز أيضاً حسب المادة السادسة الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وممارسة أي مهنة حرة، كممارسة مهنة المحاماة. ويحدد القانون التنظيمي المتعلق بقواعد تنظيم المحكمة الدستورية و سيرها والاجراءات المتبعة أمامها ووضعية أعضائها، وطريقة اجراء التجديدين الاولين لثلث أعضائها وكيفية تعيين كل من يحل محل أعضائها الذين استحال عليهم القيام بمهامهم أو استقالوا أو توقفوا أثناء مدة عضويتهم.

### الفقرة الثانية: تأليف المحكمة الدستورية الاسبانية

#### أولاً: تعيين أعضاء المحكمة:

تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً يعينهم الملك، ويقترح مجلس النواب أربعة منهم بأغلبية ثلاثة أخماس أعضائه وبنفس الأغلبية يقترح مجلس الشيوخ أربعة أعضاء آخرين، كما تقترح الحكومة عضوين ويقترح المجلس العام للسلطة القضائية عضوين" المادة 1/159 من دستور 1978".

نصت المادة 204 من القانون الداخلي للمجلس على كيفية اقتراح التعيين لمجلس النواب<sup>1</sup>، أما المادة 184 من القانون الداخلي للمجلس تتعلق بكيفية اقتراح أعضاء المحكمة الدستورية من مجلس الشيوخ<sup>2</sup>.

الفقرة الأولى: يتفق في الجلسة العامة للغرفة على اقتراحات التعيين لأربعة مستشارين في المحكمة الدستورية وفق المادة 159/1 من الدستور.

الفقرة الثانية: يمكن لكل فريق برلماني ان يقترح اكثر من أربعة مرشحين في المحكمة الدستورية، ويمكنهم ان يتدخلوا اتر الاقتراح لمدة لا تتجاوز 5 دقائق.

الفقرة الثالثة: يمكن للنواب ان يكتبوا في البطاقة اكثر من 4 أعضاء.

الفقرة الرابعة: يرشح أربعة أعضاء الدين حصلوا علي 5/3 من أعضاء مجلس النواب لكل واحد منهم كحد ادنى.

الفقرة الخامسة: اذا لم يعطي التصويت الأول أربعة مناصب بالشروط التي حددها الفقرة السابقة، يجرى التصويت بالتتابع، و الذي يمكن بواسطته ان يقلل تدريجيا من عدد المرشحين. ابتداء من عدد لا يتجاوز ضعف المناصب المراد تغطيتها، ويمكن في هذه التصويتات المتتابعة ان تدرج في البطائق عدد متساوي من المرشحين الدين يغطون المناصب، ويمكن لرئيس ان يحدد مدة معقولة للطعن في التصويتات.

الفقرة السادسة: تسوى إمكانية التعادل بتابع مسطرة الاقتراح في التصويت اخر بين الدين حصلوا على عدد متساوي من الأصوات.

2الفقرة الأولى: يمكن لكل فريق او عشرة أعضاء في مجلس الشيوخ ان ينتخبوا أربعة مستشارين في المحكمة الدستورية: يقترح تعيينهم على الملك وفقا للمادة 159 من الدستور: وان يقدموا اكثر من أربعة مرشحين لتغطية المناصب الأربعة من بين الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في تلك المادة.

الفقرة الثالثة: يكون التصويت بالبطائق ويمكن لكل عضو في مجلس الشيوخ ان يقترح اكثر من اسم كاقترح لتغطية المناصب ويقدمها الى مكتب المجلس لتصويت عليها ويعلن الأربعة المنتخبون الدين حصلوا على اكبر عدد من الأصوات، و التي ينبغي دائما ان لا تقل عن 5/3 اغضاء مجلس الشيوخ الذين تتألف منهم الغرفة في تلك اللحظة،

### ثانيا: شروط صحة التعيين:

و يجب أن يعين أعضاء المحكمة الدستورية من بين قضاة ومدعين عموميين وأساتذة جامعيين وموظفين عموميين ومحامين، حيث يتوجب أن يكونوا جميعهم قانونيين مشهود لهم بالكفاءة وتفقو مدة مزاولتهم لمهنتهم الخمس عشرة سنة<sup>1</sup>.

نستنتج أن المشرع اشترط شرطين هما التكوين القانوني وممارسة المهنة لمدة تفوق 15 سنة دون أن يحدد سن أدنى للمستشارين، لذلك فالحد الأدنى غير مطروح إشكاله؛ ويضيف القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية في مادته 18 شرط المواطنة حيث تنص على أنه: يجب أن يعين أعضاء المحكمة الدستورية من بين المواطنين الإسبان الذين كانوا قضاة مستشارين أو مدعين عامين... الخ. هناك شبه تقارب في شروط التعيين بين المغرب واسبانيا. كما نص القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية في مادته 21 على: يقدم الرئيس ببقية مستشاري المحكمة الدستورية امام الملك لتولية مناصبهم القسم.

### ثالثا: حالة التنافي:

بالنظر إلى الفقرة الرابعة من المادة 159 التي نصت على أنه لا يمكن الجمع بين صفة عضو في المحكمة الدستورية وبين أي تمثيل سياسي أو وظائف سياسية أو إدارية أو الاطلاع بمهام إدارية في حزب سياسي أو نقابة أو العمل داخل حزب أو نقابة أو ممارسة مهنة القضاء أو النيابة العامة أو أي نشاط مهني أو تجاري من أي نوع. فيما عدا ذلك يخضع أعضاء المحكمة الدستورية لنفس نظام التعارض الذي يطبق على أعضاء السلطة القضائية. مما سبق نجدها أنها كرست حالة التنافي المطلقة من خلال انتفاء العضوية مع أي نشاط، سواء كان سياسيا او اقتصاديا او مهنيا. وهي مسألة تمنع التدخلات التي تصدر عن القطاعات التي يمكن أن يكون القاضي مرتبطا بها.

كما نصت المادة 19 من القانون التنظيمي للمحكمة في فقرتها الأولى على مايلي: يتنافى منصب المستشار في المحكمة الدستورية مع منصب المدافع عن الشعب، مع النيابة في مجلس النواب أو العضوية في مجلس الشيوخ، مع أي منصب إداري أو سياسي في الدولة أو

---

الفقرة الرابعة: يعاد التصويت في حالة عدم الحصول على الأغلبية 5/3 بين اثنين من ذلك المرشحين الذين حصلوا على مثل هذه الأغلبية وحصلوا على أكبر عدد من الأصوات.

الفقرة الخامسة: في حالة التعادل يعاد التصويت.  
بالنسبة لاقتراح مستشارين من اثنين من الحكومة يجب ان يتم التداول فيه في إطار مجلس الوزراء كما ينص على ذلك النظام القانوني للإدارة العامة للدولة. ويتم الموافقة على اقتراح المستشارين أيضا في إطار الجلسة العامة للمجلس العام للسلطة القضائية.

المادة 159 من الدستور الاسباني 1978.

في الجماعات المستقلة أو في المقاطعات أو أي هيئة محلية أخرى، مع ممارسة أي اختصاص أو نشاط خاص بالسلك القضائي أو المدعى العام، ثم مع العمل في كل أنواع المحاكم، وفي أي نظام قضائي، بالإضافة مع أداء دور في وظيفة توجميهية في الأحزاب السياسية أو النقابات أو الجمعيات والمؤسسات و المدارس المهنية، ومع كل أنواع العمل في الخدمة، مع أي دور في الأنشطة المهنية او التجارية ...

وفي حالة حدوث التنافي نصت الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على:

عندما يحدث سبب من أسباب حالة التنافي لمستشاري المحكمة الدستورية يجب أن يتخذ موقفه في الاستقالة من المنصب، أو النشاط الذي يتنافى مع المنصب بعد العشرة أيام التالية عن التعيين، وإذا لم يقرر ذلك يعتبر غير مقبول في المنصب، وتطبق المسطرة في حالة التنافي المفاجئ.

#### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمحكمة الدستورية

على الرغم من كون طبيعة المحكمة الدستورية، وطبيعة العلاقة بين هذه المحكمة وباقي الجسم القضائي لم تتحدد بشكل واضح لا في نص الدستور ولا في نص القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، فإن ثمة أكثر من مؤشر قد يدفع الباحث للإقرار بأننا اليوم أمام رقابة قضائية على دستورية القوانين، ولكن بخصوصية مغربية، ونورد هنا تحليلا لكل مؤشر من هذه المؤشرات:

أولاً: إحداث محكمة دستورية بدل المجلس الدستوري، ولن يكون مجرد تغيير في المسميات، بل جاء استجابة لمطلب العديد من الهيئات السياسية والمدنية والحقوقية منها بالتحديد؛ التي أكدت أكثر من مرة على ضرورة إسناد مراقبة دستورية القوانين إلى هيئة قضائية تعمل بحكم طبيعتها القضائية، من حيث استقلاليتها وكفاءتها تحديداً، على ضمان سمو حقيقي للدستور. وهذا ما نلمسه بقوة في العديد من المذكرات المرفوعة للجنة المكلفة بإعداد مشروع نص الدستور. إلا أنه إذا تأملنا "الهندسة الدستورية"، نجد أن تنظيم "المحكمة الدستورية" جاء معزولاً ومستقلاً عن تنظيم "السلطة القضائية"، بحيث خصص الباب السابع من دستور المملكة المغربية لتنظيم "السلطة القضائية" وخصص الباب الثامن منه " للمحكمة الدستورية"، مما يؤشر لتوجه المشرع الدستوري لنزع الصفة القضائية عن المحكمة الدستورية أو على الأقل إضعافها؛ وهذا خلافاً للتوجه الذي سارت عليه العديد من التجارب الدستورية المقارنة كدستور الاتحاد الألماني.

ثانيا: أصبحت المحكمة الدستورية، في ظل دستور 2011، مشكلة من اثني عشر عضواً، يعينون لمدة 9 سنوات غير قابلة للتجديد؛ وتضم هذه العضوية ثلاث فئات كما سبق الإشارة.

#### خلاصة:

تضل التجريبتين المغربية والإسبانية في مجال القضاء الدستوري شاملة من المفاتيح الأساسية التي تؤدي إلى فهم دولة القانون وصحة تصويرها بصفة عامة، والدولة المغربية والإسبانية بصفة خاصة، وهو مفتاح أيضا يكشف لنا عن قوة النظام ومدى البعد الذي ذهب إليه في مجال السلطة السياسية، وعلاقتها بالمواطن والمجتمع. ومن خلال تحليلنا إلى مميزات المحكمة الدستورية المغربية الإسبانية تكويننا ووظيفيا يتبين لنا مدى محافظتها على مبدأ تعميق الحماية للحرية والحقوق الفردية والجماعية، وضمان الحرية لممارستها، وجاء ذلك ملازما لطبيعة نظام الحكم في البلدين التي لا يمكن أن يتصور في ظلها إلا الأعمال والأنشطة للسلطات الحاكمة وفقا للقانون. وفي ظل هذا النظام تكريس الأسس والضمانات العريضة لمبدأ المشروعية، وكان من أهداف المبدأ أن يسود القانون في مواجهة الكافة بما فهم الدولة. ومع ذلك فان أهم ما يمكن استنتاجه هو أن المشرع الدستوري المغربي والإسباني قد تمكن من وضع ترسانة تشريعية دستورية حديثة تضاهي تلك الموجودة في الدول العريقة في الديمقراطية.

#### بيبلوغرافيا:

##### الكتب باللغة العربية:

- محمد أتركين: الدستور والدستورانية: من دساتير فصل السلط الى دساتير صك الحقوق، سلسلة الدراسات الدستورية (1)، الطبعة الأولى، 2007 مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء.
- محمد أتركين: الدستورانية وتقييد سلطة الحاكمين، أنظر جريدة المساء، يوم 22-04-2011.
- محاضرات: الاستاذ عبد الاله فونتير، مادة القضاء الدستوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، 2015-2016.

- طارق التلمساني: القضاء الدستوري المغربي "المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين" مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، 2016 العدد 37/38، السنة 12.
- عبد العزيز النويضي "المجلس الدستوري المغربي" منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. العدد 29 - سلسلة مؤلفات وأعمال اجتماعية - الطبعة الثانية.
- كريم الحرش: الدستور الجديد للملكة المغربية "شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، العدد3، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2012.
- المختار مطيع، القانون الدستوري وأنظمة الحكم المعاصرة، مطبعة إمستين، الرباط، الطبعة الأولى، 2016، ص104.
- **الدساتير والقوانين التنظيمية:**
  - الدستور المغربي 2011.
  - الدستور الاسباني 1978.
- قانون رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري، ظهير شريف رقم 1.94.124 صادر بتاريخ 14 رمضان 1414 (25 فبراير 1994) ج رعد 4244 بتاريخ 2 مارس 1994 وتم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 8.98 في سنة 1989.
- الظهير الشريف رقم 139141 بتاريخ 16 شوال 1435 الموافق 13 غشت 2014 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 13-066 المتعلق بالمحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 6288 بتاريخ 8 ذو القعدة 1435 شتنبر 2014.
- **كتب باللغة الفرنسية و الاسبانية :**
  - Rousseau Dominique. «La justice constitutionnelle en Europe».Collection clefs politiques .Montchrestien: 1<sup>er</sup> Novembre 1992.
  - Alvaro Rodrigues Berrejo el tribunal constitucionales renocion y bretos actualidad labor 1 (1999)
  - J.Lopez Guerra los procesos constitucionales .Madrid CEC 1992



## "تأهيل الإطار البشري دعامة لنجاعة التحول الديمقراطي في الجزائر: "مبدأ المشاركة نموذجا"

د. أوكيل محمد أمين

أستاذ محاضر، قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر

### ملخص:

تعتبر الديمقراطية التشاركية أبرز مظهر مجسد للتحول الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي في الجزائر في الوقت الراهن؛ فالمقاربة التشاركية تقوم على أساس خلق ديناميكية تفاعلية جديدة بين الدولة والمجتمع، قصد إيجاد بدائل وحلول ملائمة وناجعة لانشغالات الجمهور عن طريق الانفتاح على جميع الأطراف الفاعلة فيه، لغرض تفعيل الديمقراطية التشاركية وتجاوز النقائص التي تطرحها الديمقراطية التمثيلية. وفي هذا الصدد، قد حرصت الدولة على تكريس الديمقراطية التشاركية في الدستور كإحدى الدعائم الأساسية للبناء الديمقراطي في الدولة، وآلية من آليات التسيير على مستوى الجماعات الإقليمية.

غير أنّ تكريس الديمقراطية التشاركية في المنظومة القانونية للدولة، يقتضي انتقال المواطن وقوى المجتمع المدني إلى مصاف الشريك الفعلي، بحكم أنّ الجمهور ينبغي أن يكون فاعلا أساسيا في تجسيد الديمقراطية التشاركية، وفي هذا الصدد فإنّ التجربة الفتية للديمقراطية التشاركية في الجزائر تطرح انعكاساتها، نظرا لعدم ترسيخ واستقرار معالم هذا النمط من التسيير في واقع الممارسة الوطنية، وهو ما يصعب على الأطراف المعنية بتفعيل مبدأ المشاركة كجمهور، الاضطلاع بالدور المنوط بها، وهذا فضلا عن عدم استعداد الكادر البشري من مسؤولين وموظفين للتكيف مع مبدأ المشاركة، الأمر الذي ينجم عنه بالنتيجة صعوبة انسجام الأطراف المعنية بسياسة المشاركة - كالموظفين وأعضاء المجالس المحلية المنتخبة، مع ما يحمله هذا النمط من مقاربات جديدة وأبعاد تشاركية التي يفرضها مبدأ المشاركة في اتخاذ القرار وتدبير الشأن العام، مما قد يرهن نجاح المقاربة التشاركية ويعرقل فعاليتها المأمولة.

وعلى هذا الأساس تهدف هذه الدراسة إلى بيان جدوى تأهيل وتكوين الأطراف المعنية بتجسيد مبدأ المشاركة، وتبيان سياسة الدولة في تكوين الموارد البشرية وأساليب تنمية قدرات الموظفين وكذا المواطنين لمواكبة التحول الديمقراطي الذي يفرضه إعمال مبدأ المشاركة الجمهور في تسيير شؤونه المحلية. الكلمات الدالة: المشاركة، التأهيل، التدريب، الاستشارة. المعلومة.

## **Abstract**

**"Rehabilitation of human resources is a pillar of the effectiveness of democratization in Algeria : Principle of participation as a model"**

Participatory democracy is the most visible manifestation of democratic transformation and institutional reform in Algeria at the moment. The participatory approach is based on the creation of a new interactive dynamic between the state and the society in order to find suitable and effective alternatives and solutions to the concerns of the public by opening up to all its actors for the purpose of activating participative democracy and overcoming the shortcomings posed by representative democracy. In this regard, the State has endeavored to enshrine participatory democracy in the Constitution as one of the basic pillars of democratic building in the State and a mechanism of governance at the regional level. However, the establishment of participatory democracy in the legal system of the state requires the transfer of citizens and civil society forces to the ranks of the actual partner, since the public should be an essential actor in the embodiment of participatory democracy. In this regard, the youthful experience of participatory democracy in Algeria reflects its implications, And the stability of the parameters of this type of governance in the practice of national, which makes it difficult for the parties concerned to activate the principle of participation as the public to carry out the role assigned to it, as well as the lack of readiness of human cadre of officials and staff to adapt to the principle of the participant The result is that it is difficult for the parties involved in the participatory policy - such as elected officials and local council members - to share the new approaches and participatory dimensions

imposed by the principle of participation in decision-making and management of public affairs, which may jeopardize the success of the participatory approach and hamper its desired effectiveness. . On this basis, the aim of this study is to demonstrate the feasibility of rehabilitating and forming the parties concerned to reflect the principle of participation and to demonstrate the State's policy in the formation of human resources and staff development methods to cope with the democratic transformation imposed by the principle of public participation in the conduct of its local affairs.

**Keywords** Participation, information, habilitation, consultation.

### مقدّمة:

شهد مسار الانتقال الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي وترشيد الخدمة العمومية في الجزائر تحولا هاما خلال العقد الأخير، جسّده إقرار مبدأ المشاركة بشكل صريح في قانون البلدية 10.11، ثم تكريسه لاحقا بشكل أوثق بموجب التعديل الدستوري الأخير في 2016. لقد اعترف المؤسس الدستوري بالديمقراطية التشاركية كإحدى الدعائم الأساسية للبناء الديمقراطي في الدولة، وأسلوب جديد للتسيير المحلي يقف بجانب النظام الكلاسيكي لممارسة السلطة وتسيير الشؤون العمومية، ويرمي لمعالجة النقائص التي يطرحها نظام الديمقراطية التمثيلية الذي يحجب المشاركة الجماهيرية ويغيّب إرادة الشعب، ذلك أنّ المقاربة التشاركية تقوم على أساس بلورة استراتيجية تفاعلية جديدة بين مؤسسات الدولة وشرائح المجتمع ككل، قصد إيجاد حلول لانشغالات الجمهور وخلق قنوات مباشرة بينه وبين مركز اتخاذ القرار وممارسة شؤون التسيير العمومي، لا سيما على المستوى المحلي وتقوية علاقة المواطن بمرافقه العمومية.

بيد أنّ تكريس الديمقراطية التشاركية في المنظومة القانونية للدولة والتمكين القانوني والسياسي لها، يطرح مسألة مدى استعداد الكادر البشري المسؤول عن تأطير وتنفيذ سياسة المشاركة ومدى تأهله لاستيعاب أسس وأبعاد وأهداف المقاربة التشاركية الجديدة، وهذا فضلا عن قابلية أطراف المجتمع المدني المعنية باستراتيجية المشاركة في الانخراط في مسارها التحضيري والتنفيذي، بحكم أنّ الجمهور ينبغي أن يكون جزءاً ثابتاً في الاستراتيجية العامة للتسيير والتنمية المحلية، وفعلا محوريا في اتخاذ القرارات والتصرفات العمومية، باعتباره شريكا لا غنى عنه في تجسيد الديمقراطية التشاركية، وفي هذا الصدد فإنّ حدائنة التجربة

التشاركية في الجزائر تنبني كأهم هاجس أمام نجاح مبدأ المشاركة، حيث أنّ اعتماده كنموذج للتسيير العمومي يعد أمرا حديثا مقارنة بنظام الديمقراطية التمثيلية.

وعلى هذا الأساس يؤدي عدم ترسيخ معالم النموذج التشاركي للتسيير في الممارسة الوطنية إلى عرقلة اندماج الأطراف المعنية بسياسة المشاركة في سياسة التسيير وإدارة الشؤون العمومية، نظرا لما قد يطرحه الانتقال الديمقراطي الراهن من فرضية عدم كفاءة أو جاهزية الكادر البشري من مسؤولين وموظفين لوضع مبدأ المشاركة موضع التنفيذ ، الأمر الذي ينجم عنه بالنتيجة صعوبة تكيف الأطراف المعنية بسياسة المشاركة - كالموظفين وأعضاء المجالس المحلية المنتخبة - مع ما يحمله هذا النمط من مقاربات جديدة وأبعاد تشاركية التي يفرضها مبدأ المشاركة في اتخاذ القرار وتدير الشأن العام، مما قد يرهن نجاح المقاربة التشاركية ويعرقل فعاليتها المأمولة.

وبناء على ما تقدّم بيانه تهدف هذه المقالة إلى بيان جدوى تأهيل وتكوين الأطراف المعنية بتجسيد مبدأ المشاركة وكذا أهمية نشر ثقافة المشاركة وترسيخ قواعدها لدى الجمهور، وتبيان نظرية الدولة في تكوين الموارد البشرية وأساليب تنمية قدرات الموظفين الإداريين، وهذا لما واكبه التحول الديمقراطي الذي يفرضه إعمال مبدأ المشاركة وانخراط المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية، وهو ما يدفعنا لدراسة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل سياسة الدولة في إرساء قواعد تأهيل وتكوين الموارد البشرية في مجال إشراك المنتخبين والجمهور في تجسيد الديمقراطية التشاركية في الجزائر؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا اعتماد خطة مكونة من محورين يتضمن الأول، الإطار البشري كفاعل محوري لتجسيد المقاربة التشاركية والتحول الديمقراطي، بينما عالجتنا في الثاني تأهيل الإطار البشري كحتمية لتأطير التحول الديمقراطي وتكريس ممارسة مبدأ المشاركة.

**المحور الأول: الإطار البشري كفاعل محوري لتجسيد مقاربة المشاركة والتحول الديمقراطي**

يعتبر مبدأ المشاركة السياسية أهم متغيّر في مسار الانتقال والتحول الديمقراطي في الجزائر، حيث برز هذا المبدأ الجديد ليعالج القصور القائم في نظام الديمقراطية التمثيلية الذي كان يُغيّب الجمهور عن سلطة اتخاذ القرار نتيجة انفصال الهيئة المنتخبة عن القاعدة الانتخابية، مما انعكس سلبا عن مردودية المرافق العامة وزاد في تدني الخدمة العمومية وأداء المسؤولين الإداريين عن التسيير العمومي، وأظهر الإدارة وموظفيها بطابع

متسلط ومنغلق عن جموع المتعاملين وبعيد عن تطلعات الجمهور. ومن هذا المنطلق فإن المقاربة التشاركية تأتي لإضفاء ديناميكية جديدة في أداء المرافق العامة ونمط ضمان الخدمة العمومية، تقوم على أساس انفتاح الإدارة وموظفيها وكذا الهيئات المنتخبة على المتعاملين، وهو ما يستدعي تنمية قدرات الكادر الوظيفي ليكون على استعداد تام لتقوية قنوات الاتصال بشرائح الجمهور المختلفة، قصد تمكين المواطنين من المشاركة في تدبير شؤونهم العامة، وصولاً لتحقيق اندماج تكاملي بين الكادر الوظيفي في الدولة والجمهور في إطار استراتيجية اتخاذ القرار وتسيير الشأن العام.

وعلى هذا الأساس يتضح أنّ الإطار البشري هو الأداة الأساسية لتطبيق المقاربة التشاركية وتسيير الشؤون العمومية في الدولة. يتجسّد المورد البشري في سياق أعمال المقاربة التشاركية بشكل مزدوج، وذلك عن طريق الكادر الوظيفي المسؤول عن تطبيق مبدأ المشاركة كالموظفين الإداريين أو المسؤولين المحليين المكلفين بسياسة التسيير من جهة باعتبارهم فاعلين رسميين (أ) والجمهور باعتباره الشريك الفعلي المعني بتجسيد الديمقراطية التشاركية (ب).

#### أ- الكادر الوظيفي: (الفاعل الرسمي):

يعتبر الكادر الوظيفي الفاعل الرسمي في تجسيد مبدأ المشاركة، لكونه الإطار المسؤول عن وضع مبدأ المشاركة موضع التنفيذ والإشراف ومتابعة مجريات تدخل الجمهور في سياسة التسيير العمومي؛ ويتكون الإطار الوظيفي المسؤول عن سياسة المشاركة من موظفين عموميين (1)، بالإضافة إلى منتخبين محليين (2).

#### 1- الموظفون العموميون: التعريف والتصنيف:

نستعرض دراسة الموظفين العموميين بمحاولة وضع تعريف لهم، ومن ثم تحديد معايير تصنيفاتهم القانونية في التشريع الوطني.

#### أولاً/ تعريف الموظف العمومي في القانون الجزائري:

يُعرّف الموظف العمومي في الجزائر بأنه كل عون تم تعيينه في وظيفة عمومية دائمة ورسّم في رتبة معينة في السلم الإداري ، بحيث يعدّ الترسيم الإجراء القانوني لتثبيت الموظف العمومي في وظيفته ؛ يُستنتج من هذا التعريف ارتكاز مفهوم الموظف العمومي على جانبين أساسيين هما: الديمومة والترسيم، بحيث ترتبط الخاصية الأولى (الديمومة) بفكرة استمرارية المرافق العامة التي تقتضي دوام تقديم الخدمة العمومية، بينما تنصرف الخاصية الثانية

لتبيان الوضعية القانونية للموظف بالتحديد وأهليته بالتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات المرتبطة بها وفق السلم الإداري المحدد لمساره الوظيفي.

ثانيا/ تصنيفات الموظف العمومي في الجزائر:

يصنّف الموظفون العموميون حسب مستوى التأهيل المطلوب لشغل الوظائف الموافقة له، وذلك حسب أربعة مجموعات مختلفة تشكّل سلك الوظيفة العمومية، وذلك كما يلي:

- المجموعة أ خاصة بالموظفين الحائزين مستوى التأهيل المطلوب لشغل نشاطات التصميم والبحث والدراسات.

- مجموعة ب خاصة بالموظفين الحائزين مستوى التأهيل المطلوب لشغل نشاطات التطبيق.

- مجموعة ج خاصة بالموظفين الحائزين مستوى التأهيل المطلوب لشغل نشاطات التحكم.

- مجموعة د خاصة بالموظفين الحائزين مستوى التأهيل المطلوب لشغل نشاطات التنفيذ.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ المجموعات الميمنة أعلاه تنقسم إلى أصناف فرعية توافق مختلف مستويات تأهيل الموظفين، وكل صنف يشمل درجات توافق تقدّم الموظف في خبرته ورقم استدلالي موافق لذلك<sup>(1)</sup>. ويعتبر تحديد مستويات التأهيل في تصنيف أسلاك الموظفين العموميين أهم ركائز التي يقوم عليها بناء الوظيفة العمومية، وهو أداة أساسية لتسيير الموارد البشرية بما ينطبق مع معايير الكفاءة والجدارة في تأدية الخدمة العمومية، وتنمية قدراتها على مدار مسارها الوظيفي.

ومن دون أدنى شك فإنّ ممارسة الاختصاصات المرتبطة بمجال المشاركة تنطبق مع جميع النشاطات المتضمنة في المجموعات السابق بيانها.

## 2- المنتخبون المحليون:

علاوة عن الموظفين العموميين المكلفين بتطبيق سياسة المشاركة ووضعها موضع التنفيذ، فإنّ الكادر البشري المسؤول عن تنفيذ الديمقراطية التشاركية يتمثل في أعضاء المجالس

<sup>1</sup> انظر في هذا الصدد:

مرسوم رئاسي 07-307 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لمرتبات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، جريدة رسمية رقم 61 مؤرخة في 30 سبتمبر 2010، ص 10.

المنتخبة لكونهم الإطار البشري الممثل لإرادة الشعب والمفوض عنه باعتباره المصدر الأساسي لممارسة السلطة.

وباعتبار مبدأ المشاركة نموذج جديد لممارسة السلطة على المستوى المحلي كما نص عليه المؤسس الدستوري مؤخرا في المادة 15 من الدستور خلال التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016<sup>1</sup>.

وهذا فضلا عن كون المجالس المنتخبة هي فضاء ممارسة المشاركة كما تنص عليه المادة 17 من الدستور، فإن المنتخبين المحليين المكونين لهذه المجالس هم الكادر البشري المسؤول مباشرة عن الإشراف على تجسيد الفعل التشاركي ومشاركة الجمهور في إطار سياسة التسيير العمومي.

#### أولا/ أعضاء المجالس البلدية:

يُقصد بأعضاء المجلس البلدي كلا من رئيس وأعضاء المجالس الشعبية البلدية، فالمرشح لم يكتف بالنص في قانون 10.11 المتضمن قانون البلدية الجديد على أن البلدية هي قاعدة النظام اللامركزي، بل نص صراحة على كونها الفضاء الأنسب لممارسة المواطنة ومشاركة المواطنين في شؤون التسيير المحلي عبر المجالس المنتخبة<sup>(2)</sup>. وعلاوة على ذلك تضمن قانون رقم 10.11 بابا خاصا بمبدأ المشاركة شملت أحكامه التأكيد على دور البلدية الأساسي في ممارسة الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في التسيير المحلي، وعلى دور المجالس المنتخبة في حث المواطنين على المشاركة بالإضافة إلى الجمعيات المحلية، فضلا عن تكريسه أدوات المشاركة كالأستشارة وحق الاطلاع على النشاط الإداري بغية تقريب المواطنين من مجريات اتخاذ القرار وتسهيل إشراكهم في دعم التنمية المحلية<sup>3</sup>. وهي الأدوات الأساسية لتفعيل المشاركة، والتي يشرف على تسييرها وإدارتها علاوة عن الموظفين الإداريين المنتخبون المحليون كرئيس وأعضاء المجلس الشعبي البلدي.

#### ثانيا/ أعضاء المجالس الولائية:

<sup>1</sup> جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.  
<sup>2</sup> حسب ما جاء في نص المادتين 2 و103 قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011.  
<sup>3</sup> انظر:  
أوكيل محمد أمين، إشكالات تنفيذ الديمقراطية التشاركية على مستوى المجالس الشعبية البلدية، المجلد 5 العدد 2 السنة 2019، ص 193.

على غرار أعضاء المجالس الشعبية البلدية يضطلع كل من رئيس وأعضاء المجالس الولائية بدور أساسي في ممارسة الديمقراطية التشاركية، وبالرغم من أن المشرع لم يخص مبدأ المشاركة في قانون الولاية رقم 07.12<sup>(1)</sup> بنفس العناية القانونية التي حظي بها في قانون البلدية<sup>(2)</sup>، فإنّ معاينة دوافع مراجعة قانون الولاية تكشف مستوى الأهمية التي أولاها المشرع لهذه الهيئة لتكريس المواطنة وتفعيل دور المواطنين في التسيير الجوّاري، حيث يتبيّن من جملة الأهداف اعتبار الولاية فضاءً مكمّلاً للبلدية في تقديم خدمة عمومية جوّارية للجمهور ومكاناً لمشاركة المواطنين في التسيير المحلي وممارسة الديمقراطية المحلية. والجدير ذكره أن هذه الأهداف والدواعي تعد ترجمة لفحوى الخطاب الرئاسي الموجه للامة في 15 أبريل 2011، الذي قرن أسباب مراجعة قانون البلدية بدوافع مراجعة قانون الولاية<sup>(3)</sup>.

#### ب- الجمهور: (الشريك الفعلي):

لا يتوقف الإطار البشري المكلف بتجسيد مبدأ المشاركة في تسيير الشؤون العمومية عند الجانب الرسمي فقط الممثل بالكادر الوظيفي أو المنتخبين المحليين، بل يجب أن تشمل المقاربة التشاركية مصدر السلطة المباشر لكونه صلب المشاركة وأساسها الفعلي، ولذلك فالعمل التشاركي يأخذ معناه الحقيقي عند إشراك الجمهور في سياسة التسيير. ويتكون الجمهور بالتحديد من المواطنين (1) وفعاليات المجتمع المدني (2):

#### 1- المواطن:

يقتضي مبدأ المشاركة إقحام المواطنين في سياسة التسيير وتدبير شؤونهم العمومية لاسيما على المستوى المحلي، وهو ما أدركه المؤسس الدستوري الجزائري جيدا من خلال

<sup>1</sup> قانون رقم 07/12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخة في 29 فيفري 2012.

<sup>2</sup> راجع في هذا الصدد: مناقشة مشروع قانون الولاية أمام مجلس الامة، الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الامة، الدورة التشريعية الثالثة، الفترة الخريفية، الجلسة المنعقدة يوم 25 جانفي 2012، مجلس الامة، الجزائر، العدد 21، ص 4. نقلا عن: حمدي مريم، دور الجماعات الاقليمية في تكريس الديمقراطية التشاركية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2016، ص 41.

<sup>3</sup> حيث جاء في الخطاب الرئاسي: " في إطار لامركزية أوسع وأكثر نجاعة وحتى يصبح المواطنون طرفا في اتخاذ القرارات التي تخص حياتهم اليومية وبيئتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا بد من مضاعفة صلاحيات المجالس المحلية المنتخبة وتمكينها من الوسائل البشرية والمادية اللازمة لممارسة اختصاصاتها. ولهذه الغاية ذاتها سنتم مراجعة قانون الولاية". راجع نص خطاب رئيس الجمهورية الموجه للامة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm>

(تاريخ الاطلاع عليه: 5 أوت 2018)



إقراره مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العمومية كما يتبين ذلك من خلال نص ديباجة الدستور<sup>(1)</sup> وكذا نص المادة 17 من الدستور: " المجلس المنتخب...مكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية." ولعلّ التكريس الأبرز لدور المواطنين في تسيير شؤونهم العمومية هو قانون البلدية 10.11<sup>(2)</sup> الذي تضمّن ذلك صراحة من خلال اعترافه بدور المواطن في ممارسة مبدأ المشاركة كما يبدو ذلك جليا من خلال نص المادتين 2 و103 منه، وهذا علاوة عن تخصيصه بابا خاصا بمبدأ المشاركة، وهو الباب الثالث بعنوان: **مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية**، يقع في 4 مواد: من المادة 11 إلى المادة 14.

## 2- فعاليات المجتمع المدني:

يتبوأ المجتمع المدني مكانة رفيعة في صلب المقاربة التشاركية، فالديمقراطية التشاركية على أساس الانفتاح على فعاليات المجتمع المدني الناشطة على المستوى المحلي، عن طريق تبني سياسة إدماجية لفعالياته المختلفة في استراتيجية تسيير الشؤون المحلية، والتي تتكون من فئات معينة تدعى "هيئات المشاركة"<sup>(3)</sup>، تتكون الهيئات المؤهلة للمشاركة من الجمعيات المعتمدة قانونا أو مجموع الهيئات المعتادة على العمل الجماعي (l'action associatif)، بالإضافة إلى لجان الأحياء (Les comités de quartiers)، بحيث تعد هذه الهيئات في مجموعها فعاليات أساسية في تكوين المجتمع المدني. ومع اعتبار الطبيعة المعنية لتنظيمات

<sup>1</sup> جاء في نص الفقرة العاشرة من ديباجة دستور 1996 ما يلي: "...الشعب الجزائري ناضل ويناضل من أجل الديمقراطية...ويعتزم على بناء مؤسسات أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية...". دستور 28 نوفمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل وتمتم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 والقانون رقم 02-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 وبالقانون 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

<sup>2</sup> انظر:

قانون رقم 10.11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011.  
<sup>3</sup> خصّ مشروع القانون المذكور تقسيمات المجتمع المدني المؤهلة لممارسة الديمقراطية التشاركية بوصف "هيئات المشاركة"، وقام بتحديدتها كالآتي:

- لجان الأحياء

- لجان المشاركة الخاصة

- هيئات الاستشارة العامة

انظر في هذا الصدد: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية المعد من طرف وزارة الداخلية والجماعات المحلية، متوفر على الرابط:

http://www.interieur.gov.dz/images/democrative-participative.pdf (تاريخ الاطلاع: 18-9-2018)

المجتمع المدني فإن ذلك لا ينف اعتبار أفرادها فاعلين محوريين في تجسيد العمل التشاركي (1)

**المحور الثاني: تأهيل الموارد البشرية كحتمية لتأطير التحول الديمقراطي وتكريس مبدأ المشاركة**

لا تكتمل سياسة الإصلاح الديمقراطي والمؤسساتي المسطرة من طرف الدولة إلا بعد المبادرة بعملية تأهيل وتكوين الموارد البشرية، ونعني بذلك الموظفين الإداريين(ب) باعتبارهم الكادر البشري الرسمي المعني بتوفير المرافقة التقنية والدعم الفني للأطراف الأخرى المكلفة بممارسة الديمقراطية التشاركية وإعدادها المسبق لتنفيذ أطر الديمقراطية التشاركية ومواكبة أبعادها المختلفة (ب).

#### أ- حتمية تدريب الموظفين الإداريين:

الموظفون الإداريون باعتبارهم تقنيون يحملون كفاءات مهنية في ميادين تخصصهم، يعملون تحت تصرف المنتخبين المحليين لكون هؤلاء المنتخبون هم المفوضون المباشرون لممارسة السلطة وإدارة الشؤون العمومية سيما على النطاق المحلي، ومع ذلك فإنهم في حاجة لدعم تقني وفني لتوجيه وتصويب مشاريعهم وخياراتهم التنموية. ومن هذا المنطلق يكون تدريب الكادر الوظيفي وتأهيله ضروريا للتحكم في مفهوم وآليات المشاركة ثم تأطير نشاط المنتخبين المحليين والمعنيين بممارسة الديمقراطية التشاركية ووضع التنفيذ، باعتبارها معطى جديد يحتاج إلى تكوين وتكييف الموارد البشرية المكلفة بتطبيقه مع أبعادها وأهدافها الجديدة.

#### 1- مفهوم التدريب وضوابطه:

التدريب هو عملية تعلم مبرمج لسلوكيات معينة بناء على معرفة يجري تطبيقها لتحقيق غايات محددة (2)، وهو أحد العناصر الأساسية المكونة لسياسة تسيير الموارد البشرية في الوظائف الإدارية، وتراعي سياسة التدريب المتغيرات التالية (1):

<sup>1</sup> حول دور كلا من المجتمع المدني والحركة الجمعوية في تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر، راجع: - أوكيل محمد أمين، إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول؟ مجلة فعلية القاعدة القانونية، مجلة دولية محكمة تصدر عن مخبر فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، العدد 1-2017.

- أوكيل محمد أمين، "عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر"، مجلة القانون، العدد 9 ديسمبر 2017.

<sup>2</sup> انظر:

بولقواس سناء، التدريب كمدخل أساسي لتنمية أداء الموارد البشرية في المؤسسات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 7 السنة 2015، ص 275.

- الطابع التقني للوظيفة وما تتطلبه من مهارات وخبرات تقنية يتعذر اكتسابها خلال التكوين الجامعي، حيث يقتضي الامر التكوين الدائم من خلال التريصات أو العمل الميداني.
- التطور المستمر والمتسارع الذي تفرضه المتغيرات والتطورات التي تمس الوظيفة العامة كالتقنيات الحديثة في مجال الإدارة والتسيير والتواصل، وهو ما يستدعي اكتساب الموارد البشرية لهذه التقنيات والمهارات طوال فترة تأدية الخدمة.
- خصوصيات الخدمة العمومية وامتيازات السلطة العامة وتأثيرها على سلوكيات وتصرفات الموظفين حتى لا تتعسف في استعمالها أو الإساءة بها للمتعاملين مع الإدارة.

## 2- منهجية إجراء التدريب:

يقوم نظام التدريب في الإدارة الجزائرية على أساس تشخيص حاجيات الموارد البشرية ذات الصلة بالتدريب وتحديد الوسائل والأدوات اللازمة لتنظيم التدريب.

### أولا/ تحديد نمط التدريب:

قسّم المشرع الجزائري سياسة تدريب الموظفين الإداريين إلى ثلاثة أنماط أساسية حسب حاجيات الموارد البشرية، وهذا حسب ما يظهر من خلال نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96-92 المؤرخ في 3 مارس 1996 المتعلق بتكوين الموظفين وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم<sup>(2)</sup>:

- التكوين المتخصص: ويتعلق بحالة الالتحاق بوظيفة جديدة لأول مرة أو يشغل وظيفة عالية أو لتحضير عملية المسابقات.
- تحسين المستوى: يتعلق بتحسين المعارف والمعلومات للموظفين وتنمية كفاءاتهم وإثرائها وتعميقها وضبطها.
- تجديد المعلومات: تتعلق بالتكّيف مع وظيفة جديدة ناجمة عن تغير الوسائل والتقنيات أو لوجود تغيرات في تنظيم المصلحة أو المرفق.

<sup>1</sup> انظر:

حامدي نور الدين، مرجع سابق، ص 80-81.

<sup>2</sup> جريدة رسمية رقم 16 مؤرخة في 6 مارس 1996.

وبحكم ارتباط التكوين المتخصص بحالة الالتحاق بوظيفة لأول مرة أو لتحضير المسابقات، فإنه يستثني من سياسة تدريب الموظفين في مجال ممارسة الديمقراطية التشاركية لعدم انطباقها مع أهدافه، وتعلقها مباشرة بحالتي تحسين المستوى وتجديد المعارف بحكم تكيفهما مع الطابع الحديث للمقاربة التشاركية في تسيير الشؤون العمومية. هذا وقد ألزم المرسوم التنفيذي رقم 96-92 المذكور أعلاه في المادة الثالثة منه الإدارات العمومية بإعداد مخططات سنوية خاصة بالتدريب وفق احتياجاتها الأولوية، وذلك بالتنسيق مع مصالح الوظيفة العمومية، بالنظر إلى التطورات المترابطة بين المؤهلات الإدارية والمهنية والمخصصات المالية في الميزانية.

#### ثانيا/ إجراء دورات التدريب:

تتم عملية التدريب بواسطة إجراء دورات تكوينية بناء على انتقاء مسبق للموظفين المعنيين بإجراءات التدريب، حيث تُحدث لدى كل مؤسسة عمومية أو إدارة لجنة مكلفة بإعداد دورات التكوين للموظفين وتحسين المستوى وتجديد المعارف<sup>(1)</sup>، وتعد هذه اللجنة، قائمة تأهيل بناء على معايير ومقاييس انتقاء حسب مؤهلات ونظام تقييم الموظفين. وتقام دورات التدريب بشكل متناوب أو متواصل<sup>(18)</sup> وذلك حسب الجدول التالي:

- دورات قصيرة المدى: إذا كانت مدة التدريب تقل عن ستة أشهر أو تساويها.
  - دورات متوسطة المدى: إذا كانت مدة التدريب تفوق ستة أشهر وتساوي سنة.
  - دورات طويلة المدى: إذا كانت مدة التدريب أكثر من سنة إلى حد ثلاثة سنوات.
- والملاحظ أن المرسوم التنفيذي يفقر لنمط التدريب الميداني وهو أمر ضروري في تطبيق مبدأ المشاركة نظرا لطبيعة العملية لهذا الأخير وما يقتضيه من عمل ميداني وجواري.

#### 3- مجالات تدريب الموظفين في إطار تنفيذ سياسة المشاركة:

المشاركة هي نموذج جديد لتسيير المرافق العمومية ونمط عصري لتقديم الخدمة العمومية، وبحكم حداثة اعتماد قواعد المشاركة في تسيير الإدارات العمومية، فإن سياسة تدريب الموظفين تكون ضرورية لتأهيل الموارد البشرية وتكييفها مع خصوصية مبدأ المشاركة، لإعدادهم حول آليات تطبيق المشاركة والأطر القانونية اللازمة لممارسة

<sup>1</sup>حسب نص المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 96-92 المتعلق بتكوين الموظفين وتحسين مستوى وتجديد المعلومات، مرجع سابق.

الديمقراطية التشاركية، ومستلزمات ترشيد الخدمة العمومية، لتمكينهم من الاضطلاع بدورهم الفني المرتبط بتفعيل وممارسة مبدأ المشاركة.

كما يرمي التدريب لتكوين الموظفين على خبرات المشاركة في مجال تسيير الشؤون العمومية، فيما يتعلق بتأطير تدخل المنتخبين المحليين وتوجيههم<sup>(1)</sup> وتقديم الاستشارة الضرورية والدعم التقني لهم فيما يتعلق بتطبيق آليات المشاركة (الاستشارة، التحقيق العمومي والتشاور وغيرها من آليات المشاركة المتوفرة في القانون الوطني).

وبالإضافة إلى ما سبق فإنّ التدريب يهدف لتنمية قدرات الموظفين في التحكم في قنوات التواصل والاعلام، قصد ترشيد منهجية التعامل مع الشركاء، لتغيير النظرة التقليدية القائمة لدى الموظفين الإداريين على اعتبار أن المتعاملين مع الإدارة كأنهم أفراد مرتفقين بحاجة لإشباع خدمات معينة، بدل اعتبارهم شركاء ومسؤولين عن اتخاذ القرار.

#### ب- رهانات تأهيل وتأطير فواعل ممارسة الديمقراطية التشاركية

تفرض حداثة المقاربة التشاركية في الجزائر واقعها بشدة على جهود ومساعي الدولة للدفع بسياسة الإصلاح الإداري والمؤسسي، ذلك أن نموذج التحول الديمقراطي لا يزال طرحا جديدا غير مستقر القواعد وراسخ الأركان لدى الفواعل البشرية المعنية بتجسيده (1). ولذلك يكون تدخل الموظفين الإداريين ضروريا لتأهيل وتأطير سبل وأدوات مشاركة الفواعل الأساسية في تطبيق الديمقراطية التشاركية (2).

#### 1- تأهيل المنتخبين والمسؤولين المحليين:

تتمحور سياسة تأهيل الكادر المحلي في تكوينهم حول محاور تجديد سبل التواصل والتخاطب مع الساكنة وتدريبهم على معالم التشاركية فضلا عن تحسيس الجمهور بدورهم الفاعل في معادلة تجسيد المقاربة التشاركية المحلية.

#### أولا/ تجديد الأداء والخطاب السياسي:

تأتي المشاركة كأسلوب جديد للتسيير الديمقراطي مكمل للنموذج التمثيلي الذي كان يجعل من المنتخبين المحليين الفاعلين المباشرين في تسيير الشؤون العمومية، بحيث يجعل مبدأ المشاركة -كما يستدل من تسميته-الجمهور شريكا في تسيير الشؤون العمومية بجانب الممثلين المنتخبين، ولذلك يكون أول متغير يدفع لتأهيل المنتخبين المحليين هو تأهيلهم لاستيعاب أبعاد التحول الديمقراطي وقبول مركز الجمهور المغير لوضعه في نظام الديمقراطية التمثيلية، بوصفه شريكا دائما في اتخاذ القرار وليس هيئة انتخابية فقط،

<sup>1</sup> حسب نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 96-92، مرجع نفسه.

ولذلك فإن هذا المتغير في النسق العلائقي بين الأطراف المعنية بالمشاركة في تسيير الشؤون العمومية (علاقة أفقية)، يستدعي تغييرا ضروريا في طريقة تعامل المنتخبين المحليين مع الجمهور وتنظيمات المجتمع المدني<sup>(1)</sup> وتكوينهم فيما يتعلق بضرورات الاستماع والاصغاء لتطلعات الساكنة.

ثانيا/ ضرورة تكوين أعضاء المجالس المنتخبة:

علاوة عن ضرورة تغيير ذهنية تعامل المنتخبين المحليين مع الجمهور باعتبارهم شركاء في اتخاذ القرار وليس كتلة ناخبة يجري الالتقاء بها في المواعيد الانتخابية فقط، يقتضي إعمال الديمقراطية التشاركية، تحكّم المسؤولين المحليين في آليات إعمال المشاركة القانونية فيما يتعلق بتسيير الشؤون العمومية، وفي هذا الصدد نسجل غياب دورات تكوينية للمنتخبين المحليين في الجزائر، بعكس بعض التجارب المقارنة التي تنص تشريعاتها على سياسة تكوين المنتخبين المحليين وفترات تكوينهم وحتى حقهم في تحديد الميزانية الخاصة والملائمة بتأهيلهم<sup>(2)</sup>.

ثالثا/ تحسيس الجمهور ونشر ثقافة المشاركة:

الديمقراطية التشاركية مرتبطة بسياسة المدينة وتسيير شؤون المواطنين فيها، بحكم أن منطق المشاركة يقتضي قيام كل من المجالس المنتخبة والادارات المحلية والمرافق العمومية بالعمل في إطار تشاركي مع الجمهور وفعاليات المجتمع المدني. لكن الملاحظ لحد الآن هو غياب إطار مرجعي أو ميثاق رسمي في الدولة يبيّن واجب مشاركة الإدارة وموظفيها الجمهور في تجسيد المقاربة التشاركية، وأهداف وأبعاد تفعيل هذه الشراكة لكون الجمهور يعد فاعلا في تدبير شؤون المدينة، وهو ما يقتضي إعلام الكادر البشري من موظفي الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا منتخبي المجالس المحلية بجدوى مساهمة الجمهور وجمعيات المجتمع المدني في اتخاذ القرار وتدبير الشؤون العمومية حتى يتحقق مفهوم المشاركة<sup>(3)</sup>.

فالمقاربة التشاركية تقتضي إقامة ورشات حوار ونقاش عام ودائم مع الساكنة، وتوعية المواطنين بدورهم المحوري وتحسيسهم بمكانتهم الأساسية في تجسيد العمل

<sup>1</sup> انظر:

Gue Poquet, " Démocratie de proximité et participation des habitants à la politique de la ville" ", CREDOC, Paris 2001, p40.

<sup>2</sup> *ibid*, p40.

<sup>3</sup> انظر:

L'article 73 de la loi du 27 Fevrier 2002, relative à la démocratie de proximité, JORF du 28-02- 2002.

التشاركي، وتعريفهم بحقوق المواطنة التي يُتوسم فيهم ممارستها انطلاقاً من الحي الذي يقيمون فيه إلى غاية الهيئات والفضاءات العمومية المخصصة للحوار والمشاركة<sup>(1)</sup>.

## 2- مجالات تأهيل الإطار البشري المسؤول عن تجسيد الديمقراطية التشاركية:

سبقت الإشارة إلى المكانة الحيوية والأساسية التي يأخذها الإطار البشري من منتخبين رسميين وكذا الفاعلين في المجتمع المدني في تجسيد مقاربة التحول الديمقراطي، حيث يقوم مبدأ المشاركة الديمقراطية على إشراك الإطار البشري في مجريات تحضير وتنفيذ الفعل التشاركي وتسيير الشأن العام المحلي، ويتم ذلك بواسطة إتاحة مداخل أساسية لتفعيل المقاربة التشاركية تتم وفق أطر متكاملة يشرف على تحضيرها وتنفيذها الموظفون الإداريون، نبيّتها في الآتي:

### أولاً/ الاعلام الإداري والحق في النفاذ إلى المعلومة ( Le droit d'accès à l'information ):

يعتبر الاعلام الإداري دعامة أساسية لتفعيل مبدأ المشاركة، بحيث يفرض على الكوادر والموظفين المسؤولين عن تسيير الشأن الإداري واجب تعريف المواطنين والمتعاملين مع الإدارة بحقوقهم والتزاماتهم، علاوة على التزام الموظفين الإداريين بالكشف عن نشاطات المرافق التي يديرونها ومشاريعها ذات الصلة بمصالح الجمهور<sup>(2)</sup>، وذلك إما بالنشر أو الإعلان أو التبليغ وهو ما كرّسه المشرع في العديد من التشريعات أهمها مرسوم 88-131 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن في نص المادتين 8 و24 منه، والمادة 11 من قانون البلدية، وكذا في نص المادة 18 من قانون الولاية<sup>(3)</sup> حيث تسهم وسائل الاعلام الإداري في تنمية الشفافية وتقوية روابط الثقة والنزاهة بين الإدارة والمواطنين<sup>(4)</sup>، وتسهيل اندماجهم في مقاربة التسيير

<sup>1</sup> انظر:

أوكيل محمد أمين، إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول؟، مرجع سابق، ص101.

<sup>2</sup> انظر:

*Gue Poquet, op cit, p35.*

<sup>3</sup> جاء في نص المادة 18 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، التالي: " يلصق جدول اعمال الدورة فور استدعاء اعضاء المجلس الولائي، عند مدخل قاعة المداولات، وفي الاماكن الخاصة باعلام الجمهور، لا سيما الالكترونية منها، وفي مقر الولاية وفي مقرات البلديات التابعة لها". مرجع سابق.

<sup>4</sup> انظر:

أوكيل محمد أمين، شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير المحلي في الجزائر، مداخلة لمقابلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول متغيرات الإدارة العمومية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 10 و11 أبريل 2017، ص4.

التشاركي وتعزيز أدواته من قبيل التشاور والاستشارة. كما تمارس الإدارة وظيفة الإعلام عن طريق ضمان حق النفاذ إلى المعلومة من خلال تمكين المواطنين من الحصول والاطلاع على الوثائق الإدارية، المكفول في العديد من القوانين أهمها قانون البلدية<sup>1</sup>، والذي كرسه المؤسس الدستوري مؤخرا بموجب المادة 51 من الدستوري خلال التعديل الدستوري في 2016.

### ثانيا/ الاستشارة العمومية (La consultation publique):

يعد إجراء الاستشارة آلية لمشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية، لأنه يقيم قناة اتصال مباشرة بين الجمهور وبين الموظفين والمسؤولين عن اتخاذ القرار، تسمح باطلاع المواطنين عن الإجراءات التحضيرية لاتخاذ القرارات ومعرفة مشاريع الإدارة المستقبلية وأخذ رأيهم ومقترحاتهم بشأنها<sup>(2)</sup>؛ بحيث تتيح هذه الآلية للمسؤولين المحليين استشارة المنتخبين في القضايا الهامة كاليئة والتهيئة العمرانية والتنمية المحلية ورصد موقفهم اتجاهها من جهة، علاوة عن الافصاح صراحة عن سياسة الإدارة المحلية في التسيير المحلي وإعلام أصحاب الشأن بها بشكل واضح وشفاف من جهة ثانية. وعلى هذا الأساس قام المشرع بتقنين إجراء الاستشارة في قانون البلدية، حيث جاء في نص المادة 11 منه، الآتي: "يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التنمية والتهيئة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية...".

### ثالثا/ التشاور العمومي (La concertation publique):

يقتضي التشاور العمومي تدخل المواطنين في مسار اتخاذ القرار بشأن أي ملف أو قضية تهم الشأن العمومي، ويتم التشاور العمومي في إطار هيئات مخصصة كمجالس الاحياء أو لجان خاصة (Ad hoc)، تشرك الموظفين الإداريين والمنتخبين المحليين من جهة، والجمهور أو منظمات المجتمع المدني من جهة ثانية<sup>(3)</sup>. وتطبق آلية التشاور في بعض القوانين الخاصة كقانون رقم 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة مثلا، الذي نص فيه المشرع صراحة

<sup>1</sup> انظر في هذا الصدد:

أوكيل محمد أمين، الحق في النفاذ إلى المعلومة على مستوى المجالس الشعبية البلدية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10 العدد 1 السنة 2019، ص 41.42.

<sup>2</sup> انظر:

حمدي مريم، مرجع سابق، ص 135.

<sup>3</sup> انظر في هذا الصدد:

Gue Poquet, op cit, p21.



على اعتماد مبدأ التنسيق والتشاور كأحد المبادئ الأساسية التي تستند عليها سياسة المدينة<sup>(1)</sup>، وذلك عن طريق تنسيق السلطات المحلية مع المواطنين والفاعلين في المجتمع المدني من أجل المساهمة في إرساء دعائم سياسة المدينة، وكذا تسهيل مشاركة الحركة الجمعوية في إجراءات التسيير الجوّاري وتحسين الإطار المعيشي للسكان ودراسة آثاره وتقييم نتائجه، حيث نص على ضرورة إشراك الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين في سياسة تطوير المدينة عن طريق أساليب جديدة تقتضي إبرام عقود شراكة بينهم وبين الجماعات المحلية<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الإطار تسهر المجالس المحلية لا سيما البلديات على تشجيع جميع المبادرات الرامية إلى تأهيل المباني القديمة والأحياء السكنية التي تضطلع بإنجازها جمعيات المجتمع المدني<sup>(3)</sup>. كما نجد قانون 20-04 المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة<sup>(4)</sup>، ينص صراحة على اعتماد مبدأ التشاور بين الجماعات الإقليمية والفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين بأشراك المواطنين قصد الوقاية من الأخطار الكبرى والاطلاع على الترتيبات الموضوعة لتجنبها أو وضع حد لانتشارها.

#### خاتمة:

يعد مبدأ المشاركة نموذج عصري لتسيير الشؤون العمومية وهو أحدث متغيّر في مسار الانتقال الديمقراطي والإصلاح الإداري والمؤسّساتي في الجزائر، يقوم على أساس تمكين الجمهور من المشاركة في اتخاذ القرار وتسيير شؤونه العمومية في إطار المجالس المنتخبة والمؤسسات الإدارية، لكن هذا المعطى الجديد بحاجة إلى عملية تأطير ومتابعة تقنية وفنية للفاعلين والمسؤولين عن تنفيذه حتى يتم توظيفه في الاتجاه السليم، وهنا يبرز دور الموارد والكوادر البشرية في أهليتها في الاضطلاع بهذا الدور، والذي يفرض مقدّماً إخضاعها لدورات تدريب بحكم حداثة هذا النمط الجديد في التسيير الإداري والمؤسّساتي في الدولة.

وفق هذا الأساس كانت دراستنا متمحورة على إبراز الإطار البشري المعني بسياسة التأهيل والتدريب ككل، ثم التركيز على الموظفين الإداريين لدورهم المزدوج في التدريب على أبعاد هذا

<sup>1</sup> راجع نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.

<sup>2</sup> حسب ما تنص عليه المادة 21 من قانون 06-06، مرجع سابق.

<sup>3</sup> حسب نص المادة 19 فقرة 2 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

<sup>4</sup> راجع نص المادة 9 من قانون 20-04 المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة مؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 18 أوت 2004.

المبدأ الجديد ثم دورهم في تكوين وتأهيل الأشخاص الفاعلين المسؤولين عن تطبيق المقاربة التشاركية، وعليه سمحت لنا هذه الدراسة بالوصول إلى مجموعة من النتائج نبينها فيما يلي:

- ينقسم الإطار البشري المعني بسياسة التأهيل المرتبطة بتجسيد المقاربة التشاركية، من فاعلين رسميين وهم أعضاء المجالس المنتخبة كوتهم المفوضين مباشرة من طرف الشعب لممارسة السلطة وتسيير الشؤون العمومية، ومن الموظفين الإداريين باعتبارهم الكوادر التقنية المؤهلة لتأطير وتوجيه ممارسة الديمقراطية التشاركية، بالإضافة إلى المواطن وفعاليات المجتمع المدني باعتبارهم شركاء في ممارسة الديمقراطية التشاركية؛

- يخضع الموظفون الإداريون إلى دورات تدريبية خاصة بالتكوين وتحسين المستوى وتجديد المعلومات ينظمها المرسوم التنفيذي 96-92، وبحكم الطابع الحديث لمبدأ المشاركة، فإن دورات التدريب المنطبقة معه هي تلك المتعلقة بتحسين المستوى وتجديد المعارف نظراً لأن التكوين المتخصص متعلق بالالتحاق بالوظائف الجديدة فقط؛

- يعد تدريب الموظفين أمر حتمي للتمكّن من مفهوم وآليات المقاربة التشاركية، ثم لدورهم الفني والتقني في تأطير وتوجيه الكوادر والفاعلين لاسيما المنتخبين وممثلي المجتمع المدني المعنيين بتجسيد الديمقراطية التشاركية؛

- المشاركة هي نموذج جديد لتسيير المرافق العمومية ونمط عصري لتقديم الخدمة العمومية، وبحكم حداثة اعتماد قواعد المشاركة في تسيير الإدارات العمومية، فإن سياسة تدريب الموظفين تكون ضرورية لتأهيل الموارد البشرية وتكييفها مع خصوصية مبدأ المشاركة، وإعدادهم حول آليات تطبيق المشاركة؛

- يرمي التدريب لتكوين الموظفين على خبرات المشاركة في مجال تسيير الشؤون العمومية، فيما يتعلق بتأطير تدخل المنتخبين المحليين وتوجيههم وتقديم الاستشارة الضرورية والدعم التقني لهم فيما يتعلق بتطبيق آليات المشاركة؛

- يهدف التدريب لتنمية قدرات الموظفين في التحكم في قنوات التواصل والاعلام، قصد ترشيد منهجية التعامل مع الشركاء، لتغيير النظرة التقليدية القائمة لدى الموظفين الإداريين على اعتبار المتعاملين مع الإدارة كأنهم أفراد مرتفقين بحاجة لإشباع خدمات معينة، بدل اعتبارهم شركاء ومسؤولين عن اتخاذ القرار؛

- يرتكز دور الموظفين الإداريين فيما يتعلق بتأهيل المنتخبين المحليين في مجال ممارسة مبدأ المشاركة، على تعريفهم بدور الجمهور كشريك أساسي في تدبير الشؤون العمومية وفي اتخاذ القرار الإداري، وليس وعاء انتخابيا فقط، فضلا عن تدعيمهم فنيا في مجال ممارسة آليات المشاركة الأساسية لا سيما الاعلام والاستشارة والتشاور العمومي. وعلاوة عن النتائج التي تم التوصل لها، سمحت لنا هذه الدراسة بالتماس التوصيات التالية:

- ينبغي الإسراع بمراجعة وتحيين نظام التدريب المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 96-92 المتعلق بالموظفين الإداريين ليستجيب مع الطابع العملي في تطبيق مبدأ المشاركة وما يتطلبه من عمل ميداني وجواري؛

- يستوجب نجاح المقاربة التشاركية تدريب المسؤولين المحليين والكوادر البشرية على فنيات وأساسيات الحوار والاستماع والإصغاء والتواصل مع الجمهور، باعتباره شريك أساسي في أعمال الديمقراطية التشاركية وتسيير الشؤون العمومية؛

- نلتمس من المشرع توسيع سياسة التدريب لتشمل أعضاء المجالس المنتخبة مباشرة لكونهم المسيرين القانونيين، والمسؤولين عن اتخاذ القرار والاشراف على تدبير الشؤون العمومية، فضلا عن كون مبدأ المشاركة يفرض إقامة قنوات تواصل وفضاءات استماع مباشرة للجمهور؛

- لازالت سياسة الدولة لحد الآن تفتقر لمنهجية واضحة في التكوين وتدريب أعضاء المجالس المنتخبة، لذلك ينبغي إعداد دورات تكوينية بشكل منتظم للكوادر البشرية على مستوى المجالس المنتخبة؛

- ينبغي أن تشمل سياسة تأهيل الكوادر البشرية تكوين الأعضاء الفاعلين في المجتمع المدني وكذا تحسيس المواطنين بدورهم المحوري في تجسيد الديمقراطية التشاركية.

## قائمة المراجع:

### أولا/ باللغة العربية:

#### الرسائل

- حمدي مريم، دور الجماعات الاقليمية في تكريس الديمقراطية التشاركية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2016.

#### المقالات

- أوكيل محمد أمين، إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول؟ مجلة فعلية القاعدة القانونية، مجلة دولية محكمة تصدر عن مخر فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، العدد 1-2017.
- أوكيل محمد أمين، "عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر"، مجلة القانون، العدد 9 ديسمبر 2017.
- أوكيل محمد أمين، "إشكالات تطبيق الديمقراطية التشاركية في المجالس المحلية المنتخبة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 5 العدد 2 السنة 2019.
- أوكيل محمد أمين، الحق في النفاذ إلى المعلومة على مستوى المجالس الشعبية البلدية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10 العدد 1 السنة 2019.
- بولقواس سناء، التدريب كمدخل أساسي لتنمية أداء الموارد البشرية في المؤسسات العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 7 السنة 2015.
- حامدي نور الدين، تسيير الموظفين العموميين في الجزائر من مقاربة تسيير الموارد البشرية، مجلة البحوث السياسية والادارية، العدد الثاني سنة 2016.

#### المدخلات

- أوكيل محمد أمين، شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير المحلي في الجزائر، مداخلة ملقاة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول متغيرات الإدارة العمومية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 10 و11 أبريل 2017.

#### الداستير

- دستور 28 نوفمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 والقانون رقم 02-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 والقانون 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

### القوانين

- قانون 04-20 المتعلق بالوقاية من الاخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة مؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 18 أوت 2004.
- قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.
- قانون رقم 11/10 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011.
- قانون رقم 12/07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخة في 29 فيفري 2012.
- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 26 يوليو 2006.

### المراسيم

- مرسوم رئاسي 07-307 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لمرتبات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، جريدة رسمية رقم 61 مؤرخة في 30 سبتمبر 2010.
- مرسوم تنفيذي رقم 96-92 المؤرخ في 3 مارس 1996 المتعلق بتكوين الموظفين وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم، جريدة رسمية عدد 26 سنة 1996.

### التقارير

- نص خطاب رئيس الجمهورية الموجه للامة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:
- <http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm>
- (تاريخ الاطلاع عليه: 5 أوت 2018).

- مشروع قانون الديمقراطية التشاركية المعد من طرف وزارة الداخلية والجماعات المحلية، متوفر على الرابط:

<http://www.interieur.gov.dz/images/democrative-participative.pdf>

(تاريخ الاطلاع: 2019-9-18).

ثانيا/ باللغة الأجنبية

- Gue Poquet, " Démocratie de proximité et participation des habitants à la politique de la ville " , CREDOC, Paris 2001.

-La loi du 27 Fevrier2002, relative à la démocratie de proximité, JORF du 28-02: 2002.

## حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رؤساء الجماعات الترابية - دراسة مقارنة -

ذ. اويسلام محمد

إطار عالي بوزارة التجهيز والنقل

باحث في سلك الدكتوراه

جامعة مولاي اسماعيل- مكناس

### مقدمة:

الأصل أن الجماعات الترابية في شخص رؤسائها حرة في تدبير شؤونها والمبادرة بشأنها، وبالكيفية التي تراها ناجعة وفعالة؛ فهي بذلك حرة في اتخاذ القرارات التي تدخل في اختصاصاتها، ولا يقف أمامها إلا ما تقتضيه مبادئ الشرعية، والحرص قدر المستطاع على استجاباتها لتطلعات الساكنة؛ ولا يسمح لأي جهة طبقاً لمبدأ التدبير الحر، أن تملّي عليها ما من شأنه أن يجبرها على التنازل عن حريتها في التدبير باعتبارها أبرز مقومات الحكامة الترابية<sup>(1)</sup>.

غير أنه ولاعتبارات أمنية، وسياسية، وإدارية...، لم يجعل مشرع القوانين التنظيمية<sup>(2)</sup> حرية الجماعات الترابية مفتوحة النطاق، بل رسم لها حدود وحدد لها سقفاً، تحسباً لإساءة ممارستها أو المبالغة في فهم مغزاها؛ الذي يروم في جميع الأحوال تشجيع الأجهزة المنتخبة للدفع بعجلة التنمية الترابية إلى الأمام.

في هذا السياق، حرص المشرع على ضمان مكانة ممثلي السلطة المركزية على المستوى الترابي في جميع مناحي تدبير التنمية الترابية، تارة كسلطة الإشراف تسود ولا

1- طبقاً للفصل الأول من الدستور، والمقتضيات والمبادئ الدستورية المنصوص عليها في الباب التسع منه، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر - 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

2- الصادر بتنفيذه:

- ظهير شريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الجريدة الرسمية عدد 6380-6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6585؛

- ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية عدد 6380-6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6660؛

- ظهير شريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية عدد 6380-6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6625.

تحكم؛ تتلقى جميع محاضر الاجتماعات ونسخ القرارات والمقررات المتخذة من طرف الجماعات الترابية في مجالات اختصاصها للإخبار<sup>(1)</sup>؛ وتارة أخرى كجهاز يمارس كطرف في اللعبة بصفته مراقب للشرعية يحرك مسطرة المراقبة الإدارية بمعناها الضيق<sup>(2)</sup>، ويراقب الملازمة بتحريك امتياز التأشير<sup>(3)</sup>؛ وتارة ثالثة كطرف ينفرد لوحده بالقرار الترابي بعد توفر شروط استبعاد الجهاز المنتخب بالجماعة.

وباعتباره من القرارات الحيوية التي يقف مصير التنمية الجماعية عليها، لم يكتفي المشرع في تأكيد الحضور المبدئي لسلطة المراقبة الإدارية في تدبير قرار الميزانية الترابية بتقنية التأشير؛ التي تخول لها التدخل بإصدار الأوامر والنواهي، والتعليمات والنصح لرؤساء الجماعات؛ وتمكنهم من التعبير عن حضورهم، وتأكيد مواقفهم اتجاه مشاريع الميزانيات بجرة قلم تحتل الرفض أو القبول، مع احتفاظ الأجهزة المنتخبة بوجودها طرف في الحوار؛ بل كرس امتياز آخر أكثر إثارة للسؤال، أنعم به السلطة المذكورة، بموجبه تستطيع تنحية رؤساء الجماعات، وسلب الاختصاص منهم، بالحلول محلهم في اتخاذ المتعين، كلما توفرت شروط ذلك قانونا؛ اصطلاح عليه مشروع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية: بالحلول.

وباستحضار المتغير الترابي الجديد، يبدو أن حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رئيس المجلس الجماعي ينطوي على تضييق للسلطات الممنوحة لهذا الأخير<sup>(4)</sup>، وفيه تشويش على الحرية والاستقلال الإداريين والماليين للجماعات، باعتبارهما مبدأين يكتسبان قدسية دستورية تفرض احترامهما<sup>(5)</sup>.

إذن أي ضمانات لهذا المتغير الذي يقوده مبدأ التدبير الحر أمام هذا الامتياز؟

1- المواد 116 و 113 و 107 من القوانين التنظيمية للجماعات وللجهات وللعمالات والأقاليم على التوالي.  
2- نقصد بالمفهوم الضيق للمراقبة الإدارية، مسطرتي التعرض والبطان؛ راجع المواد 115 و 117 من القانون التنظيمي للجماعات، والمواد 112 و 114 من القانون التنظيمي للجهات، والمواد 106 و 108 من القانون التنظيمي للعمالات والأقاليم..

3- التأشير يقتصر فقط على مجموعة محددة من القرارات من بينها أساسا مقرر الميزانية، وبرنامج عمل أو تنمية الجماعة، للإطلاع على لائحة هذه القرارات؛ راجع المواد 118 و 115 و 109 من القوانين التنظيمية للجماعات وللجهات وللعمالات والأقاليم على التوالي.

4- يونس ابلاغ، شروط حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رؤساء مجالس الجماعات الترابية- تعليق على أمر المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 2251 بتاريخ 21 يوليوز 2017 في ملف رقم 1548/7101/2017، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 12 مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، الرباط 2019 ص 242.

5- كما يستفاد ذلك من خلال الفصول 135 و 136 و 138 و 140 و 141، من الدستور.



سنحاول البحث في ألباز هذه الإشكالية: بالوقوف في (النقطة الأولى) على الأساس النظري لمؤسسة الحلول، وفي (النقطة الثانية) على ضمانات مبدأ التدبير الحرأثناء مباشرة هذه المسطرة في المجالين الإداري والمالي.

### المطلب الأول: الأساس النظري لمؤسسة الحلول

الحلول أسلوب من الأساليب الإدارية للرقابة الممارسة على القرار التنموي الترابي، شأنه في ذلك شأن التعرض وطلب القراءة الجديدة، والتأشير يستأثر بامتياز تحريكه العمال وكذا السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية على مستوى مراكز الجهات، أمام رؤساء الجماعات الترابية؛ فهو مظهر من مظاهر الحوار وبالأحرى المستوى الأقصى الذي يمكن أن يتخذه هذا الحوار بين الجهاز المنتخب بالجماعة، وسلطة المراقبة الإدارية.

بناء عليه ماذا يقصد في منظومة التدبير الترابي بالحلول؟، وما الحكمة من وراءه؟ (الفقرة الأولى)، وكيف عبر المشرع الدستوري والعادي عن هذا الامتياز (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: مفهوم الحلول

جدير بالإشارة أن المشرع المغربي لم يقدم تعريفا بهذا التدبير، بل اكتفى فقط بتنظيم مسطرته، والحالات التي تستوجبها، لذلك سيتم الركون إلى المحاولات الفقهية لفك لغز هذه المؤسسة القانونية (أولا)، والحكمة التي تخفيها من وراء تكريسها (ثانيا).

#### أولا: دلالة الحلول من المنظور الفقهي:

فقها، يقصد بالحلول قيام الجهة الوصائية بمقتضى سلطاتها الاستثنائية المحددة قانونا، مقام الجهة اللامركزية لتنفيذ بعض التزاماتها القانونية التي لم تقم بها، بقصد أو لعجز أو إهمال؛ فهي وسيلة تسمح لسلطة الوصاية أن تتدخل محل السلطة اللامركزية<sup>(1)</sup>، كما يقصد بها أحد الأساليب الإدارية للرقابة؛ بموجبها يسمح للسلطة الوصاية بمقتضى سلطاتها الاستثنائية المحددة قانونا، أن تتخذ باسم الهيئات اللامركزية ولحسابها، عملا قانونيا أو ماديا رفض رئيس المجلس الجماعي، أو امتنع بصورة تعسفية أو

1- محمد الأعرج، حلول سلطة السلطة المحلية محل رؤساء الجماعات الترابية في مجال الصرف المالي -تعليق على قرار الغرفة الإدارية في الملف رقم 235-2001، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 83 تحت عنوان المنازعات الإدارية والدستورية في تطبيقات القضاء المغربي، 2013، ص 263.

غير مشروعة عن اتخاذها<sup>(1)</sup>؛ كما يعتبر وسيلة فعالة في مجال الوصاية على الأعمال تسمح لسلطة الوصاية باتخاذ القرار موضوع الرفض من طرف هذا الأخيرة ولحسابها، بواسطته تحل إرادة واختيار سلطة الحلول محل إرادة واختيار السلطة المنتخبة بهذه الجماعات<sup>(2)</sup>.

من خلال التعاريف أعلاه، وكذا التعاريف الأخرى، يكاد الفقه يتفق على كون الحلول مسطرة استثنائية<sup>(3)</sup> يتم تحريكها في حالات محددة، عند تقاعس أو إهمال أو عجز رؤساء الجماعات الترابي في أداء مهامهم وممارسة اختصاصاتهم التنموية.

ونظرا لخصوصيته في المجال المالي، يمكن القول أن المفهوم الفقهي أعلاه، يكاد يقتصر على الحلول الإداري دون المالي<sup>(4)</sup>؛ هكذا يمكن الاستقرار في تحديد المفهوم المالي للحلول على تعريفين: الأول مرتبط بالشرعية ويدور في فلكها؛ ويعني حلول سلطة المراقبة الإدارية، محل السلطة المنتخبة المخالفة للقانون أو المقصرة في تطبيقه، كما لو في حالة عدم إدراج نفقة من النفقات الإجبارية. والثاني ذو نكهة الملائمة قوامه؛ حلول إرادة سلطة التأشير محل إرادة السلطة المنتخبة كما لو في الحالة التي يشتد فيها الحوار بين أعضاء المجلس وأدى إلى عدم التصويت على مشروع الميزانية في الأجل المحدد قانونا؛ أو في الحالة التي يشتد فيها الحوار بين رئيس المجلس وسلطة التأشير بعد رفض الأول أخذ الأسباب التي أدت إلى رفض التأشير على مشروع الميزانية بعين الاعتبار.

1- إيمان الداودي، الوالي والعامل والتنمية المحلية بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2014-2015، ص 191.

2- أمينة عياد، المراقبة الإدارية في النظام الإداري الترابي المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014-2015، ص 103.

3- يعرفه أيضا الأستاذ محمد اليعكوبي "إن الحلول تقنية يمكن مضمونها في أن سلطة الرقابة تنجز عملا كان مبدئيا مفروضا على السلطة المراقبة التي تخلفت عن واجبها أو أهملت ممارسة اختصاصاتها"، محمد اليعكوبي، تأملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب" دون ذكر المطبوعة، الطبعة الثانية، 2008، ص 124.

4- تتجلى في الملاحظات التالية:  
الأولى: إن نعتة بأسلوب استثنائي يعني أن الحلول أبغض الحلول إلى المشرع يتم تحريكه في حالة الضرورة القصوى وبعد وجود أسباب جد دقيقة، وتحت حراسة مشددة، وتحت ضمانات تحمي المبدأ وتحافظ على الطابع الاستثنائي لهذه المسطرة

- الثانية: إن ربط الحلول بسبب أو بحالات الامتناع أو الإهمال أو العجز يجعله وفق هذا المفهوم، يستغرق إداري فقط دون المجال المالي، حيث وإن كان وسيلة مقابل تقاعس وإهمال أو تقصير رؤساء الجماعات الترابية، فإن القوانين التنظيمية في مقتضيات المنظمة للقرار المالي الترابي أقرت بالحلول في حالات تتجاوز حالات الامتناع، والإهمال والتقصير، أو العجز وعدم القيام بالواجب؛ فالحلول المالي يعبر عن صراع الإرادتين علما أن إمكانية الحلول في المجال المالي واردة ولو قام صاحب الاختصاص الإصلي بدوره، وبدل عنايته في القيام بمهامه.

## ثانيا: أهمية ومزايا الحلول:

يعتبر الحلول شكلا من أشكال حضور السلطة المعينة في التدبير العمومي الترابي، تبرره اعتبارات قانونية وسياسية وإدارية، وحقوقية إنسانية..؛ ذلك أنه إذا كانت إدارة القضايا المحلية مفوضة للأجهزة المنتخبة بالجماعات مبدئيا، فأحيانا قد تكون المصلحة العامة مهددة بسبب الأنانية الترابية الضيقة، أو بتهاون أو تقصير، أو بتقاعس مقصود من المجلس الجماعي أو رئيسه؛ ولضمان حماية هذه المصلحة، خول المشرع للعمال وللسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية امتياز الحلول محل جهاز الجماعة للقيام بالمتعين<sup>(1)</sup>؛ على هذا الأساس ينطوي الحلول على مزايا، ويكتسي أهمية كونه:

- يبقى الوسيلة الوحيدة التي يمكن أن تشكل ضغط معنوي على الجهاز التداولي، تجبره مسبقا على التعاطي مع المناقشات والمداوات، بنوع من النوعية والفعالية، وعلى التسريع من الإفراج عن القرارات وترك كل الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى عرقلة وفرملة عجلة التنمية بالجماعة؛ كما تشكل نفس الضغط على الجهاز التنفيذي بالجماعة، حيث تجبره مسبقا على القيام بعمله بعد أن فكر في الإمساك عن القيام به، كما تجبره أيضا على التفاني والفعالية في تنفيذ القرارات التنموية، وعلى الحرص قدر المستطاع على تحقيق الجودة والوظيفية في كل القرارات التي يتخذها للحيلولة دون إتاحة الفرصة لسلطة المراقبة الإدارية لاقتحام مجال تخصصه تحت ذريعة الامتناع أو التهاون، أو التقصير أو العجز عن السداد.

كما يعتبر العصا السحرية الضامنة لانسجام الممارسة الترابية مع المبادئ القانونية الجاري بها العمل، وحماية منظومة الحقوق عبر الحرص على احترام القانون والوفاء بالالتزامات وأداء الواجبات، وضمان الاستمرار في تقديم الخدمات طبقا لمضمون الفصل 154 و155 من الدستور<sup>(2)</sup>؛ كما يعد الوسيلة الكفيلة بحماية المصلحة العامة

1 - Mohamed BRAHIMI, La commune Marocaine un siècle d'histoire de la veille du protectorat à 2009, Revue Marocaine d'administration locale et de développement, Série « thèmes actuels N° 65 bis 2010, p 240.

2- ينص الفصل 154 من الدستور على "يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنین في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات. تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي أقرها الدستور"

وينص الفصل 155 منه على " يمارس أعوان المرافق العمومية وظائفهم، وفقا لمبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة"

وضمن توافق البرامج التنموية للجماعات عموديا مع التوجهات التنموية العامة للدولة<sup>(1)</sup>، وأفقيا مع برامج التنمية الجهوية بالنسبة للجماعات والعمالات والأقاليم<sup>(2)</sup>.

إن هذا الجانب الإيجابي والصحي للحلول، لا يخفي وجهه السلبي، الذي يطفو إلى الواجهة، ويتبادر إلى الأذهان بمجرد النظر إليه من زاوية الاستقلال والحرية الترابيين، حيث يثير تخوفات الضرب في حرية واستقلال الجماعات، والحد من مبادرتها خاصة في المجال المالي الذي يتميز بالنسبية والتوقعية، وما يمكن أن ينتج عن هذه الميزة من اختلاف رؤى المتدخلين بين ذوي الاختصاص الأصيل، ومن بيدهم امتياز الحلول. هذا التخوف يثير فضول البحث في الحدود التي رسمها المشرع لهذا الامتياز؟

### الفقرة الثانية: الأساس القانوني للحلول

المبدأ العام في مجال الوصاية: "لا وصاية إلا بنص"؛ هذا المبدأ يعطي حمولة خاصة في مجال الحلول بسبب الطابع الاستثنائي له، فلا يمكن للسلطة المعنية أن تحل محل رئاسة الجماعة وتتصرف محلها و تحت مسؤوليتها إلا في الحالات التي يخول لها

---

1- تنص المادة 3 المرسوم الصادر بتحديد مسطرة إعداد برنامج تنمية الجهة وتتبعه و تحيينه وتقييمه و هيئات الحوار و التشاور لإعداده، على " تطبيقا لأحكام المادة 83 من القانون التنظيمي السالف الذكر رقم 111.14، يحدد برنامج التنمية الجهوية لمدة ست سنوات، البرامج والمشاريع التنموية المقررة برمجتها أو إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجهة ، اعتبارا للنوعيتها وتوطينها وكلفتها، مع مراعاة ما يلي:

- تحديد برنامج التنمية الجهوية للأولويات التنموية للجهة؛

- مواكبة برنامج التنمية الجهوية للتوجهات الإستراتيجية لسياسة الدولة والعمل على بلورتها على المستوى الجهوي...". المرسوم رقم 299.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج تنمية الجهة وتتبعه و تحيينه وتقييمه و هيئات الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482 بتاريخ 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5341

2- تنص المادة 3 من المرسوم بتحديد مسطرة إعداد برنامج عمل الجماعة وتتبعه و تحيينه وتقييمه، و آليات الحوار و التشاور لإعداده، على " تطبيقا لأحكام المادة 78 من القانون التنظيمي السالف الذكر رقم 113.14 ، يحدد برنامج عمل الجماعة لمدة ست (6) سنوات ، البرامج والمشاريع التنموية المقرر برمجتها أو إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجماعة مع مراعاة ما يلي:

- تحديد برنامج عمل الجماعات للأولويات التنموية بالجماعة؛

- السعي إلى تحقيق الانسجام والإلتقائية مع توجهات برنامج التنمية الجهوية وبرنامج تنمية العمالة أو الإقليم عند وجودها...." المرسوم رقم 301.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج عمل الجماعة وتتبعه و تحيينه وتقييمه، و آليات الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482- 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5346

نفس المضمون في المادة 3 من المرسوم رقم 300.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج تنمية العمالة أو الإقليم وتتبعه و تحيينه وتقييمه و هيئات الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482 بتاريخ 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5344

القانون ذلك<sup>(1)</sup>: في هذا الإطار، ومن خلال مزاياه، يبدو أن الحلول يستمد أساسه في القانون الأسى<sup>(أولاً)</sup>، قبل أن ينال اعتراف المشرع التنظيمي <sup>(ثانياً)</sup>.

### أولاً: الأساس الدستوري الضمني:

يمكن استنتاج الأساس الدستوري المفترض للحلول من خلال الفصل 145 الذي ينص في فقرته الأولى على "يمثل ولاية الجهات وعمال الأقاليم والعمالات، السلطة المركزية في الجماعات الترابية".

ويعتبر تمثيل السلطة المركزية أول المهام الرئيسية التي أنيطت بالعمال و الولاية دستوريا؛ هذه المهمة تؤهلهم إلى تمثيل الحكومة كجهاز جماعي، والوزراء فرادى؛ أي أن المشرع الدستوري قد جعل مهمة التمثيل تركز على ترتيب منطقي للمهام الدستورية المنوطة بالولاية والعمال، حيث يمكن فهم ما تبقى من اختصاصاتهم من خلال تحليل أبعاد هذه الوظيفة<sup>(2)</sup>. وستضمن لهم الصفة التمثيلية، إشعارهم من المركز بكل المخططات والبرامج التي تهم السياسة العامة للحكومة، أو البرامج القطاعية التي تهم كل وزارة على حدى سواء تعلق الأمر بالمجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو الإداري؛ كما تخول لهم هذه الصفة، السهر على تنفيذها على المستوى الترابي وذلك بمساعدة رؤساء الجماعات على ذلك، وكلما عاينوا مخالفة الجماعة للتوجه التنموي العام- بالامتناع أو التقصير أو الإهمال أو... يتعين عليهم التدخل لإرجاعها إلى جادة الصواب<sup>(3)</sup>، وإن اقتضى الأمر حلول محلهم للقيام بالمتعين.

وفي نفس السياق أناط الدستور بالولاية والعمال مهمة تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها<sup>(4)</sup>. إن تكليف الولاية والعمال بمهام تأمين تطبيق القانون، يحيل على الحرص الشديد والمتابعة الدقيقة من قبل ممثلي السلطة المركزية لمختلف الأنشطة التي تقوم بها الوحدات الترابية من أجل القيام بمهامها، والوقوف

1- ميمونة هموش، طول سلطة الوصاية محل رئيس المجلس الجماعي: المادة 77 من الميثاق الجماعي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 114 يناير- فبراير 2014، ص 169.

2- كريم الحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية -شرح وتحليل-، سلسلة العمل التشريعي والإجتهاد القضائي (6)، الطبعة الثانية، سطات 2016، ص 283.

3- محمد العربي مياد، اختصاصات عمال العمالات و الأقاليم على ضوء الدستور الجديد، مجلة القضاء الإداري، العدد الثاني، السنة الأولى، شتاء/ربيع، 2013 ص 108.

4- تنص الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور على: "يعمل الولاية والعمال، باسم الحكومة، على تأمين تطبيق القانون، وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها..."

عن كُتِبَ على ما تتخذه في هذا الشأن من قرارات وما تقوم به من إجراءات<sup>(1)</sup>، والتأكد من جدية وقانونية ما يتخذه رؤساء الجماعات الترابية من مواقف تهم بالخصوص اتخاذ أو عدم اتخاذ قرار معين، أو القيام بإجراء معين، أو اتخاذه بهذا الشكل دون ذلك؛ وكل معاينة منهم لحالة خرق أو تجاوز طال القانون، فهم مجبرون بتدارك الأمر بالوسائل الموضوعية رهن إشارتهم مبدئياً وهي: التعرض، والبطلان ثم رفض التأشير، وإن اقتضى الأمر تداركه بممارسة الحلول وذلك أقصى الأحوال.

### ثانياً: الحلول في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية:

لا تخلو الترسنة القانونية المنظمة للشأن الترابي من مقتضيات خاصة تنظم مسطرة الحلول، وفي هذا الصدد نشير أن هذه القوانين السابقة، ميزت بين الحلول في المجال الإداري عنه في المجال المالي؛ بينما كرست الأولى صراحة<sup>(أ)</sup>؛ اكتفت بإقرار حالاته في المجال المالي، واستمر نفس النهج حتى في ظل القوانين التنظيمية الجديدة<sup>(ب)</sup>.

#### أ- الأساس القانوني الصريح للحلول الإداري:

في المجال الإداري خول الفصل 77 من القانون 17.08 المتعلق بالميثاق الجماعي لسنة 2009<sup>(2)</sup>، للسلطة الإدارية المحلية المختصة؛ إمكانية الحلول محل رئيس المجلس الجماعي والقيام بالواجب محله، إذا رفض أو امتنع عن القيام بالأعمال الواجبة عليه بمقتضى القانون، وكان هذا الرفض أو الامتناع، من شأنه أن يترتب عنه التملص من مقتضى تشريعي أو تنظيمي، أو المس بالمصلحة العامة أو الإضرار بحقوق الأفراد<sup>(3)</sup>، وذلك بعد استنفاذ شروط ذلك كما هي محددة في القوانين المذكورة، وكذا المرسوم التطبيقي المحدد لكيفيات ممارسة سلطة الحلول<sup>(4)</sup>.

1- عبد الفتاح اليحيوي، مؤسسة الوالي والعامل وآفاق عدم التمرکز الإداري بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 100 سنة 2014، ص 98.

2. ظهير شريف رقم 1.08.153 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تنميته وتغييره، الجريدة الرسمية عدد 1430-27-5711 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 536.

3- نفس المضمون في المادة 57 من القانون رقم 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.97.84 صادر في 23 من ذي القعدة 1417 (2 أبريل 1997) بتنفيذ القانون رقم 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4470 بتاريخ 1997/04/03 ص 556؛ والمادة 44 من القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العمالات والأقاليم، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 ص 349.

4- مرسوم رقم 2.04.161 الصادر في 14 من جمادى الأولى 1425 (2 يوليو 2004) بتحديد كيفيات ممارسة سلطة الحلول، جريدة رسمية عدد 5230 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1425 (15 يوليو 2004).

وقد حاول مشرع القوانين التنظيمية عقلنة الحلول في المجال الإداري بتطبيق مسطرته، بالمزيد من الضمانات التي كانت يفتقر إليها في النظام السابق، لعل أبرزها إسناد مهمة تدبير مسطرته إلى القضاء<sup>(1)</sup>، في هذا الصدد، وطبقا للمواد 76 و79 و77 من القوانين المذكورة المتعلقة بالجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي: إذا امتنع رئيس المجلس الجماعي عن القيام بالأعمال المنوطة به، لا يجوز للسلطة المحلية الممثلة في العامل أو الوالي الحلول محله إلا بعد إقرار حالة الامتناع بإقرار قضائي استعجالي.

### ب- الحالات القانونية للحلول في المجال المالي:

بالمقابل في المجال المالي نظم المشرع مسطرة الحلول تنظيما ضمنيا، يمكن استنتاجها من خلال حالاته المحددة في القوانين التنظيمية<sup>(2)</sup> وهي:

- الأولى: تتعلق بعدم تسجيل نفقة من النفقات الإجبارية<sup>(3)</sup>؛

- الثانية: تتعلق بعدم التصويت على الميزانية من طرف المجلس الجماعي<sup>(4)</sup>؛

- الثالثة: تتعلق بعدم عرض الميزانية للتأشير في الأجل المحددة قانونا<sup>(5)</sup>؛

- الرابعة: تتعلق بعدم الأخذ بأسباب رفض التأشير على الميزانية<sup>(6)</sup>.

وهي الحالات التي سنفصل فيها في المطلب أدناه.

### المطلب الثاني: ضمانات مبدأ التدبير الحر في إطار مسطرة الحلول

باستحضار خاصية التوقع<sup>(7)</sup> التي تميز المراحل الأولى للقرار الميزانياتي، يثير

الحلول المالي، تخوفات النيل من قدسية مبدأ التدبير الحر خاصة وأن أسبابه نسبية تعكس

1- تنص المادة السادسة من المرسوم المتعلق بتحديد كفاءات مسطرة الحلول على "إذا استمر رئيس المجلس الجماعي بعد انصرام الأجل المحدد في الامتناع أو الرفض الصادر الإعذار في شأنه، اتخذ العمال قرارا يضمن بيان دواعي الحلول وموضوعه..."

2- وهي نفسها في القانون السابق رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 45.08. الجريدة الرسمية عدد 5711 الصادرة في 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009) ص 545. راجع المواد 19 و21 و24 و42 من القانون المذكور

3- المواد 192 و205 و183، من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

4- المواد 188 و201 و179 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

5- المواد 195 و208 و186 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

6- المواد 191 و204 و182 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

7- المادة 152 من ق.ت للجماعات مثلا تنص "الميزانية هي الوثيقة التي يقدر ويوزن بموجبها بالنسبة لكل سنة مالية مجموع موارد وتكاليف الجماعة..."

خصوصية مرحلة التحضير والإعداد؛ في هذا الصدد، بينما تسعى السلطة المنتخبة إلى مطابقة أعمالها وقراراتها للقوانين الجاري بها العمل، تعمل سلطة المراقبة الإدارية على إخضاعها إلى معايير وهواجس وخلفيات نسبية ظرفية ليست بالضرورة مطابقة بشكل قطعي لروح القانون<sup>(1)</sup>؛ مما يجعل إشكالية الضمانات التي أرساها المشرع في تنظيمه لمسطرة وكيفية ممارسة هذا الإمتياز، للحيلولة دون الإجهاز بمبدأ التدبير الحر، تطفو إلى السطح.

وسنحاول الكشف عن مظاهر تهديد مبدأ التدبير الحر في إطار مسطرة الحلول المالي، وذلك بإعمال دراسة مقارنة بين هذا الأخير ومسطرته في المجال الإداري؛ من حيث شروط مباشرة هذا وذاك، وضمانات التدبير الحر في كل منهما.

هكذا تنص المواد 76 و79 و77 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي على " إذا امتنع الرئيس عن القيام بالأعمال المنوطة به بمقتضى أحكام هذا القانون التنظيمي وترتب على ذلك إخلال بالسير العادي لمصالح الجماعة، قام عامل العمالة أو الإقليم/الوالي بمطالبته بمزاولة المهام المنوطة به.

بعد انصرام أجل سبعة أيام من تاريخ توجيه الطلب دون استجابة الرئيس، يحيل عامل العمالة أو الإقليم/الوالي الأمر إلى القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية من أجل البت في وجود حالة الامتناع...

إذا أقر الحكم القضائي حالة الامتناع، جاز للعامل أو الوالي الحلول محل الرئيس في القيام بالأعمال التي امتنع هذا الأخير عن القيام بها".

من خلال مضمون المواد أعلاه، يمكن اختزال شروط ممارسة الحلول في المادة الإدارية، في وجود الامتناع (الفقرة الأولى)؛ وتوجيه طلب القيام بالواجب بعد الامتناع (الفقرة الثانية)؛ ثم إقرار قضائي لوجود حالة الامتناع (الفقرة الثالثة)؛ هذه الشروط هي في الحقيقة ضمانات لفائدة مبدأ التدبير الحر؛ فهل هي نفسها في إطار مسطرة تدبير قرار الميزانية؟ وإن اقتضى الأمر، هل يمكن إسقاطها على الحلول المالي؟ أم أن القرار الميزانياتي مستثنى في الأصل من هذا المكتسب الدستوري؟ وهو ما سنحاول مناقشته وتحليله أدناه.

1- وهذا ناتج عن تعدد المعايير التي تتحكم في المهمة الرقابية التي يتولاها العمال والولاة على الجماعات الترابية، حيث إلى جانب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، نجد دوريات ومذكرات وقرارات وتعليمات وزارية أمثلتها مثلا ظرفية استثنائية، أو أزمة عابرة، لا تعكس دائما روح القانون.



## الفقرة الأولى: امتناع رئيس المجلس الجماعي عن القيام بالأعمال المنوطة به

يفترض شرط الامتناع أن تكون الهيئة المنتخبة بالجماعة، قد امتنعت وأمسكت عن القيام بالأعمال المنوطة بها، وتدخّل ضمن الاختصاصات المخولة لها بموجب القوانين الجاري بها العمل<sup>(1)</sup>؛ ويقصد بالامتناع هنا؛ عدم اتخاذ أي إجراء أو عمل تمهيدي لقرار، أو أية مبادرة في التحضير أو الإعداد لاتخاذ هذا القرار.

وبمفهوم المخالفة؛ لا يجوز ممارسة الحلول بعد القيام بمثل هذه الإجراءات التمهيديّة، أو بمجرد اختلاف الرؤى بين رئيس المجلس وسلطة المراقبة الإدارية<sup>(2)</sup> بشأن قرار تمهيدي أو نهائي اتخذته الرئيس فعلياً، حيث في هذه الحالة تطبق الأحكام المتعلقة بالمراقبة الإدارية بسناريوهاتها الثلاثة، المتمثلة في تحريك مسطرة البطلان أو التعرض أو المقتضيات المتعلقة بالتأشير<sup>(3)</sup>.

هذا ويفترض الامتناع أن يترتب عنه تملص عن مقتضى قانوني، أو احتقار لقرار قضائي، أو بمفهوم المواد 76 و79 و77 المشار إليها، أن يؤدي الامتناع إلى الإخلال بالسير العادي لمصالح الجماعة؛ فمخالفة نص قانوني، أو احتقار لقرار قضائي، يوجي إلى وجود حالة قانونية أو حالة واقعية مستعجلة من شأن الامتناع أو التأخر أو التهاون أو التقصير من الرئيس، أن يؤدي إلى ارتباك في السير العادي لمصالح الجماعة.

وعليه، فالحلول غير المسبوق بالامتناع؛ يعتبر تطاول غير مشروع وغير مبرر على مجال اختصاص الرئيس، كما ينطوي على انتزاع حق وحرية المبادرة من الأجهزة المنتخبة على المستوى الجماعات.

وعن مدى إمكانية إسقاط هذا الشرط، أو بالأحرى هذه الضمانة على تدبير قرار الميزانية؛ نستحضر في المقام الأول حالات الحلول المالي وهي:

- الأولى: تتعلق بعدم تسجيل نفقة من النفقات الإجبارية،<sup>(4)</sup>:

1- راجع الأقسام: القسم الثاني والقسم الثالث من القوانين التنظيمية الثلاثة.

2- محمد الأعرج، م.س، ص 264.

3- راجع الباب الرابع من كل قانون تنظيمي للجماعات الثلاثة والمتعلقة بالمراقبة الإدارية، ثم الأبواب الثلاثة من القسم الخامس المتعلق بالتأشير.

4- المواد 192 و 205 و 183، من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

- الثانية: تتعلق بعدم التصويت على الميزانية من طرف المجلس الجماعي<sup>(1)</sup>؛
- الثالثة: تتعلق بعدم الأخذ بأسباب رفض التأشير على الميزانية<sup>(2)</sup>؛
- الرابعة: تتعلق بعدم عرض الميزانية على للتأشير في الأجل المحددة قانونا<sup>(3)</sup>.
- الحالة الأولى المتعلقة بعدم تسجيل نفقة من النفقات الإجبارية:

يشكل تسجيل النفقات الإجبارية بوثيقة الميزانية، أو صرفها، المجال الخصب لممارسة الحلول؛ ويقصد بهذا النوع حلول العامل أو الوالي محل رئيس المجلس الجماعي في تسجيل نفقة أو نفقات إجبارية محددة من طرف المشرع، رفض الأخير إدراجها، رغم دعوته إلى تدارك الإغفال، وتمكينه من الأجل المعقول لمراجعة أوراقه.

وعن إمكانية إسقاط شرط الامتناع على هذه الحالة؛ تجب الإشارة أن الحلول فيها مرتبط بالشرعية ولا ينطوي على عرقلة لمبدأ التدبير الحر مبدئيا، ويمكن إبراز ذلك من خلال الخصوصية القانونية والإدارية للنفقات الإجبارية، والتي تتجلى فيما يلي:

- الدقة في تنظيمها: حيث حدد المشرع لائحتها بشكل دقيق<sup>(4)</sup>، وعبر عنها بصيغ واضحة لا تثير أي غموض، ولا تقبل أي تأويل من شأنه أن يفتح نوافذ الملائمة أمام سلطة الأعيان كما كان ذلك متاح في ظل القانون السابق<sup>(5)</sup>؛

- إن مبدأ وجوب إدراج النفقات الإجبارية في الميزانية الجماعية، شأنها في ذلك شأن الميزانية العامة للدولة<sup>(1)</sup>، والميزانيات الجماعية المقارنة<sup>(2)</sup>؛ مبدأ متعارف عليه وقاعدة خالدة في التدبير المالي، تبرره عدة اعتبارات قانونية إدارية حقوقية إنسانية<sup>(3)</sup>؛

---

1- المواد 188 و 201 و 179 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.  
2- المواد 191 و 204 و 182 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.  
3- المواد 195 و 208 و 1864 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.  
4- وهي طبقا للمواد 196 و 174 و 181 من القوانين التنظيمية المتعلقة بالجهات والعمالات والأقاليم والجماعات على التوالي.

- الرواتب والتعويضات الممنوحة للموارد البشرية بالجماعة وكذا أقساط التأمين؛ ومساهمات الجماعات في هيئات الاحتياط وصناديق تقاعد الموارد البشرية بالجماعات والمساهمة في نفقات التعاضديات؛ والمصاريف المتعلقة باستهلاك الماء والكهرباء والمواصلات؛ والديون المستحقة.  
- وفي المساهمات الواجب تحويلها لفائدة مجموعات الجماعات الترابية ومؤسسات التعاون بين الجماعات؛ والالتزامات المالية الناتجة عن الاتفاقيات والعقود المبرمة من لدن الجماعات؛ والنفقات المتعلقة بتنفيذ القرارات والأحكام القضائية الصادرة ضد الجماعات؛ والمخصص الإجمالي لتسيير المقاطعات بالنسبة للجماعات ذات نظام المقاطعات.

5- المادة 41 من القانون 45.08

- مرونة المسطرة: بالرغم من عدم إخضاع هذه الحالة للمسطرة القضائية وإلحاقها بالحلول الناتج عن امتناع رئيس المجلس الجماعي عن صرف نفقة وجب تسديدها من طرف الجماعة<sup>(4)</sup>، فإن المرونة تتجلى في إحاطتها بشروط مقبولة نسبيا، حاول من خلالها المشرع تحاشي تدخل سلطة المراقبة الإدارية، لاقتحام مجال تخصص الجهاز المنتخب إلا في أقصى الأحوال<sup>(5)</sup>؛

1- المادة 14 من القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.15.162 صادر في 14 شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6370 بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 نونبر 2015) ، ص 5810..

2 - l article L 2321-2 pour les communes, et L 4321-1 pour les régions, code général des collectivités territoriales- dernière modification le 19 avril 2020- document généré le 23 avril 2020, copyright-C- 2007-2020, legifrance.

3- يتخذ الحلول لتسجيل النفقات أو نفقة إجبارية أبعاد مختلفة تحكمها فلسفة احترام روح القانون واحترام الحقوق والحريات والوفاء بالالتزامات وجبر الضرر اللاحق بالغير بسبب التقصير، فلا جدوى إذن من إضفاء الصفة الإجبارية على نفقة معينة إذا لم يقترن ذلك بجزاء يترتب عن عدم تسجيلها والإصرار على ذلك يرفض طلب تسجيلها وهو حلول محله لمباشرة التسجيل باعتباره في هذه الحالات وسيلة من وسائل التنفيذ الإداري.

كما يفترض منطق البحث عن بدائل طرق التنفيذ العادي على الجماعة منح إمكانية حلول محل رئيس المجلس الجماعي عند رفضه إدراج النفقات الإجبارية التي نتجت عن مسؤولية الجماعة التقصيرية أو العقدية وكذا غرامات وذعائر تماطلها أو تقصيرها تجاه الأغيار.

كما أن مبدأ استمرار المرفق العام والسير العادي للمرفق العام يبرر التدخل لتسجيل نفقات رواتب الموظفين والتعويض الممنوحة للموارد البشرية بالجماعة وكذا أقساط التامين ومساهمات الجماعة في هيئات الاحتياط وصناديق التقاعد للموارد البشرية.

كل هذه الأهداف الحساسة والاستراتيجية لا يمكن إسناد مهمة تحقيقها لرئيس الجماعة لوحده، بل يستوجب ضمان تحقيقها إتاحة الفرصة احتياطيا لجهاز معين يتدخل محل رئيس المجلس الذي لم يكتفِ للنص القانوني المحدد لهذه النفقات ولا إلى طلب السلطة المعنية بتسجيلها، ذلك أن إضفاء الصفة الإجبارية على نفقة أو نفقات معينة لا يكون مجديا إذا لم تكن للعامل أو الوالي صلاحية التدخل لتسجيلها وخاصة وأن تدخله هنا يندرج ضمن إطار حماية واحترام الشرعية مما يجعل هذا التدخل في هذه الحالات مرغوب فيه.

4- المواد 198 و 211 و 189 ، من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

5- حيث أناط المشرع صلاحية إدراجها في وثيقة الميزانية من حيث المبدأ لرؤساء الجماعات الترابية، وجعل احتياطيا حق ممثلي السلطة المركزية القيام بتسجيلها بعد:

أولاً: تذكير الرئيس بالإعقال ودعوته إلى تسجيل النفقة: إن دعوة رئيس المجلس الجماعي بإدراج النفقة الإجبارية قبل مباشرة ذلك من طرف العامل أو الوالي، يحمل في عمقه مضمون تولد من رحم التدبير الحر، حيث يقتضي هذا الأخير ترقية أساليب التعاون بين السلطة المعنية والسلطة المنتخبة وتنصيب الأولى في خدمة ومساعدة الثانية مبدئيا، والحرص قدر المستطاع على أن توضع مشاريع الميزانية وتتخذ القرارات من طرف الأجهزة المنتخبة، وليس التردد بها وانتظار فرصة السقوط حتى يتم الإجهاد بها..

ثانيا: مرور الأجل القانوني دون تسجيلها: إلى جانب شرط دعوة رئيس المجلس للقيام بتسجيل النفقة الإجبارية منح المشرع أجل 15 يوما لرئيس المجلس الجماعي وأعضاءه لتدارس والتداول بشأنها، وذلك تحت طائلة تدخل هذه السلطة المعنية بتسجيلها طبقا للمواد 195 و 208 و 186 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي. - راجع المواد 192 و 205 و 183 من القوانين المذكورة

لكل هذه الاعتبارات، يبقى التدخل والحلول محل رئيس المجلس الجماعي لتسجيل النفقات الإجبارية، مبررا طالما أن الأمر يتعلق بنفقات ضرورية ومستعجلة، أملتھا اعتبارات استمرار مرفق الجماعة في تقديم الخدمات وتنشيط القرب<sup>(1)</sup>، ومقبولا باعتباره تدبير احتياطي استثنائي حظي بتنظيم تشريعي محكم راعي مبدأ التدبير الحر إلى حد كبير، لا يتم اللجوء إليه إلا بعد تظاهر رئيس المجلس بمظهر الممتنع عن تسجيل النفقة موضوع الإغفال.

أما بخصوص الحالات الثلاثة الأخرى، يلاحظ أنه يصعب الحديث عن وجود الامتناع أو ما يفيد ذلك، وهذا راجع إلى خصوصية مسطرة القرار المالي التي يتحكم فيها ممثل السلطة المركزية؛ حيث ربط المشرع ممارسة الحلول مباشرة بفشل مسطرة التداول من طرف المجلس بشأن مشروع الميزانية، أو بفشل حوار مع الرئيس في مسطرة التأشير.

ولا يخفى على كل باحث، الفرق الواضح بين الامتناع في المجال الإداري وعدم اعتماد الميزانية من طرف المجلس بعد فشل المداولة الثانية بالنسبة للحالة الأولى؛ وعدم الأخذ بأسباب رفض التأشير بعين الاعتبار بالنسبة للحالة الثانية؛ وعدم عرض الميزانية للتأشير داخل الأجل المحدد بالنسبة للحالة الأخيرة، حيث لا تنصرف أسباب الحلول المالي في هذه الحالات إلى مفهوم الامتناع، وذلك للأسباب التالية:

-السبب المرتبط بالحالة الأولى: والمتعلقة بفشل المداولة الثانية في اعتماد والتصويت الإيجابي على الميزانية؛ فالجماعات مطالبة باتخاذ الإجراءات اللازمة لاعتماد الميزانية في التاريخ المحدد قانونا حسب الجماعة<sup>(2)</sup>، وإذا لم يتأت اعتمادها في التاريخ المبدئي، يدعى المجلس للاجتماع في دورة استثنائية داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوم ابتداء من تاريخ رفض الميزانية، لمداولة الأسباب والمبادرة بشأن المقترحات التي تمكن من تفادي رفضها. ومهما كانت نتائج هذا الاجتماع، يتعين على رئيس المجلس أن يوجه إلى عامل العمالة أو الإقليم، أو السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية بالنسبة للجهات، الميزانية المعتمدة أو غير المعتمدة، مرفقة بمحاضر مداولات المجلس في أجل أقصاه فاتح ديسمبر

1 - Abderrahmane HADDAD, les procédures budgétaires des collectivités locales, thés pour l'obtention du doctorat en Droit Public, université sidi Mohamed Ben Abdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Fes, année universitaire 2000, p76.

2- وهو 05 نونبر بالنسبة للجهات، و 15 نونبر بالنسبة للجماعات و العمالات والأقاليم؛ راج المواد 198 و 185 و 176 من القوانين المذكورة على التوالي.

بالنسبة للجهات<sup>(1)</sup>، و 10 من نفس الشهر بالنسبة للجماعات الأخرى<sup>(2)</sup>، ليتسنى له وضع ميزانية التسيير على أساس آخر ميزانية مؤشر عليها مع مراعاة تطور تكاليف وموارد الجماعة<sup>(3)</sup>.

إن هذه الحالة إن كان الحلول فيها مبررا، لكونه الوسيلة الكفيلة بتجاوز "البلوكاج" الميزانياتي الذي قد يكون سببه سياسي أكثر منه موضوعي، بحكم التركيبة السياسية والحزبية التي تتكون منها المجالس الجماعية، وحجم الصراعات التي تصل في بعضها إلى الخلاف وشد الحبل ورفع شعار "المعارضة من أجل العرقلة"....؛ إلا أن المشرع، يؤخذ عليه نوع من التسرع في إسناد حق الحلول لممثل سلطة المراقبة الإدارية مباشرة بعد فشل المداولة الثانية، متجاوزا في ذلك رئيس المجلس الذي يوجد في هذه الحالة في وضعية كان أولى بالمشرع أن يسند إليه مهمة استكمال مسلسل الإعداد بتمكينه من صلاحية إحالة المشروع كما تم تحضيره وإعداده من طرفه، وترك المسطرة تسيير في مجراها العادي طبقا للمقتضيات المتعلقة بالتأشير. إن هذا المقترح أتى في سياق غياب المعالجة التشريعية للأثار القانونية لهذا النوع من الحلول؛ أهو نهائي سيطوى ملف الميزانية برمته؟ أم تدبير مؤقت ريثما يحدث إجماع المجلس بشأن المشروع الأصلي لتستأنف المسطرة العادية من جديد...؟<sup>(4)</sup>.

- السبب المرتبط بالحالة الثانية: والمتعلقة بالحلول الناتج عن عدم الأخذ بعين الاعتبار أسباب رفض التأشير؛ في هذا الصدد، لقد سبق وأن رأينا بأن الامتناع في المجال الإداري يفترض السلوك السلبي من طرف الرئيس؛ أي أنه لم يحرك ساكنا للقيام بواجبه؛ في حين أن عدم الأخذ بعين الاعتبار أسباب رفض التأشير خلال التعديل، يفترض أن الرئيس أبقى بالمشروع كما هو عليه دون تعديله بعد إعداده واعتماده. فالرئيس يستوي أن يأخذ بتوصيات سلطة التأشير أو يتركها بعد القراءة الثانية؛ ففي كل الأحوال يكون قد قام بالعمل

1- المادة 200 من القانون التنظيمي المتعلق بالجهات.

2- المواد 187 و 178 من القانون التنظيمي للجماعات وللعمالات والأقاليم على التوالي.

3- المواد 188 و 201 و 179 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي.

4- نفس الملاحظة، ونفس القصور في الحالات الثلاثة للحلول؛ فالمشرع لم يكن دقيقا في هذا الشأن، وإن استعمل عبارة "ميزانية التسيير" التي قد تقبل التفسير الذي يعتبرها مؤقتة طالما أن التسيير يعني فقط النفقات الإلزامية التي تضمن سير المرفق باستمرار وانتظام، إلا أن اعتماد هذا التفسير لا يغني عن الجوانب الأخرى التي تحتاج إلى نوع من التنصيص الصريح والتدقيق التشريعي فيها؛ من قبيل ما هو عدد الدورات الاستثنائية التي يمكن أن يعقدها المجلس في حالة فشل الأولى والثانية؛ ما هو الأجل الأقصى للتصويت على الميزانية؟، وما هو التكيف القانوني ومصير النفقات والمداخل المنجزة خلال سريان ميزانية التسيير؟.....

المنوط به المتجلي في تحضير المشروع وبذل العناية اللازمة في تحضيره، وعدم الأخذ بأسباب رفضه لا يمكن تفسيرها بالامتناع أو تهرب أو تقاعس، بل قد يكون موقفه هو الأقرب إلى الواقع، وبالتالي من حقه التمسك بموقفه أمام إملاءات سلطة التأشير، خاصة وأن الأمر يتعلق بمرحلة التوقع وما تتميز به من النسبية.

- السبب المرتبط بالحالة الثالثة: المتعلقة بحالة عدم عرض الميزانية للتأشير داخل

أجل 20 نوفمبر؛ في الحقيقة يصعب تصور امتناع رئيس المجلس الجماعي عرض الميزانية للتأشير داخل الأجل القانوني، بعد استنفاد إجراءات إعدادها والتصويت عليها، وإن حدث هذا السيناريو، فإن الحلول في هذه الحالة لا يعارض حرية الجماعة. طالما أنه أتى بعد الإمتناع، لضمان السير العادي للمرفق والحيولة دون ارتباكه.

أما السيناريو الذي يثير الريبة والشك؛ هو عدم عرض الميزانية داخل الأجل المحدد للتأشير عليها بسبب خارج عن طاقة الجماعة، ودون تقصيرها؛ في هذا الإطار، إذا سلمنا بشرعية الحلول الناتج عن تقصير وتهاون وإصرار الرئيس على عدم عرض المشروع داخل الأجل القانوني المحدد؛ فإن المواد 195 و 208 و 186 من القوانين التنظيمية للجماعات والجهات والعمالات والأقاليم على التوالي، تؤثر على الحلول المالي غير المسبوق بشرط الامتناع، خاصة إذا أخذنا في الحسبان تعدد الأسباب التي قد تؤدي إلى خرق أجل عرض الميزانية للتأشير، والتي لا تكون دائما راجعة إلى تقصير الجماعة وسوء نيتها، بل الواقع قد يفرض على الجماعات عدم عرضها في الأجل المذكور، لكي توفر لنفسها الأجل المعقول لتحضير ومناقشة والتصويت على الميزانية، بسبب تأخر السلطة المركزية –وزارة الداخلية- في موافقتها في الأجل المعقول بالتوجهات العامة؛ فكيف يمكن تحميل الجماعات، تبعات ناتجة عن تقصير السلطة المركزية؟، هل مدة الشهر أو أقل منه، التي غالبا ما تتركها الدوريات التوجيهية أمام الجماعات الترابية، كافية لمباشرة إجراءات تحضير والتداول بشأن الميزانية وعرضها للتأشير في تاريخ أقصاه 20 نوفمبر، علما أن الجماعات لا يمكن لها عمليا، البدء في تحضير الميزانية قبل التوصل بهذه الدوريات؟<sup>(1)</sup>.

1- على سبيل المثال تم إصدار الدورية رقم F/1690 المتعلقة بإعداد ميزانيات الجماعات الترابية برسم سنة 2017 في تاريخ 2016/10/17، في هذا الإطار، وأخذا بعين الإعتبار الأجل الأقصى المحدد في 20 نوفمبر لعرض الميزانية على سلطة التأشير؛ يكون أمام الجماعات ما مجموعه 23 يوم للقيام بعملية تحضير مشاريع ميزانياتها وعرضه على لجنة المالية، ريثما تحال على المجلس للنقاش والتداول بشأنها. أمام هذا الوضع لا شك ان ضرورة استنفاد هذه المراحل كلها قبل 20 نوفمبر أمر يصعب تصوره، وحتى وإن حدث سيولد ضغط كبير لا يطاق على الجماعات. وهي معادلة بديهية فكلما تأخر إصدار الدورية التوجيهية سيؤدي إلى تآكل الأجل المعقول الواجب منحه

وعليه بالرغم من قيام رئيس المجلس الجماعي بواجبه في تحضير وإعداد مشاريع الميزانية وعرضها أمام المجلس، وإحالتها للتأشير؛ قد تستبعد سلطة المراقبة الإدارية، وحلول محلها ميزانية نموذج "ميزانية التسيير"؛ مما يعني أن الحلول في المجال المالي يتجاوز وجود حالة الامتناع من الجهاز المنتخب، والقيام بالعمل الممتنع عنه من طرف سلطة المراقبة الإدارية؛ إلى حلول توجهات ونوايا، وتخمينات هذه السلطة محل توجهات وتقديرات رئيس المجلس الجماعي، وقناعات أغلبية مجلس الجماعة.

### الفقرة الثانية: مطالبة الرئيس بالقيام بمهامه

بعد معاينة السلطة المعينة حالة الامتناع، ألزمها المشرع بمطالبة رئيس مجلس الجماعة بالتدخل للقيام بعمله أو بالتزامه القانوني قبل مباشرة مسطرة الحلول، ومنحه أجل محدد في 7 أيام حتى يستجيب للدعوة الموجهة، في هذا الإطار، نص مشروع القوانين التنظيمية على "...إذا امتنع الرئيس عن القيام بالأعمال المنوطة به بمقتضى أحكام هذا القانون/ هذه القوانين التنظيمية، وترتب على ذلك إخلال بالسير العادي لمصالح الجماعة، قام عامل العمالة/السلطة المكلفة بالداخلية بمطالبته بمزاولة المهام المنوطة به<sup>(1)</sup>.

بناء عليه، وبالرغم من معاينة السلطة المعينة حالة الامتناع، لا ينعقد اختصاصها في التدخل للقيام بالعمل أو الواجب موضوع الامتناع من طرف الرئيس، بل التدخل رهين مطالبة الرئيس مسبقا بالتراجع عن موقفه والتدخل للقيام بعمل أو الواجب شخصيا باعتباره صاحب الاختصاص مبدئيا؛ وبمفهوم المخالفة فإن عدم استنفاد شرط المطالبة يعتبر القرار المتخذ من طرف سلطة الحلول، مشوبا بعيب جوهرى حتى ولو قبل رئيس المجلس بالحلول دون سابق مطالبة<sup>(2)</sup>.

ويعتبر شرط المطالبة المسبقة ضمانا أساسية لحماية التدبير الحر ومبدأ استقلال الجماعات الترابية في تدبير شؤونها؛ ذلك أن توجيه الطلب للرئيس لتدارك الامتناع سيتيح له الفرصة لتدارك الأمر بعد الإغفال أو التهاون أو التقصير الناتج عن سوء تقديره للأمر.

---

للجماعات، مما قد يسبب في تأخر الجماعة بدورها في عرض الميزانية على سلطة التأشير، وإحكام مجال اختصاصها بناء على هذا السبب يحمل في طياته معاقبة الجماعة بسبب لا يد لها فيه، وتواطئ - ضمني - بين السلطة المركزية وممثليها الترابيين التشويش على مبدأ التدبير الحر

1- راجع على سبيل المثال، المواد 76 و79 من القوانين المذكورة على التوالي.  
2- محمد بوجيدة "وصاية الدولة على الجماعات الحضرية والقروية بعد ميثاق 30 شتنبر 1976" رسالة لنيل دبلوم السلك العالي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، سنة 1985، ص 106.

أضف إلى ذلك أن توجيه الطلب ينطوي في عمقه على خطاب التذكير والتنبيه، إذ سيحول دون مباغتته في اقتحام مجال اختصاصه من طرف جهات خارجية، فتوجيه الطلب من قبل سلطة المراقبة الإدارية يمكن تفسيره بنوع من المساعدة التي يمكن أن تقدمها سلطة المراقبة الإدارية خاصة وأن احتمال سوء التقدير، وعدم استيعاب مضامين بعض الاختصاصات ونطاقها من قبل المجلس الجماعي أو رئيسه وارد جدا، وبالتالي يشكل الطلب حصانة لمجال الاختصاص المنوط بالجهاز المنتخب إلى أقصى الأحوال، حفاظا على ديمقراطية القرار الترابي كأبرز مقومات الحكامة الترابية.

كما يعد شرط توجيه الطلب قبل الحلول، إعلان رسمي من سلطة المراقبة الإدارية بتدشين مسطرة الحلول<sup>(1)</sup>؛ يجعل الرئيس بمجرد التوصل به، على بينة وعلم بماهية المسطرة التي قد تدخل فيها العلاقة، وبماهية الإجراءات والتدابير التي تنتظره وأثارها على مكانته القانونية من زاوية الاختصاصات المنوطة به؛ مما سيتيح له فرصة تروى نفسه وترتيب مستنتجاته، للدفاع عن موقفه أمام القضاء الذي يرجع له الاختصاص في إثبات حالة الامتناع.

وعن الشكل الذي يجب أن يقدم به الطلب؛ تجب الإشارة أن مشرع القوانين التنظيمية، لم تحرص على تحديد الشروط الشكلية الواجب أن يفرغ فيها الطلب، والقالب الشكلي الذي يجب أن يكون عليه، عكس المرسوم المتعلق بتحديد كفاءات ممارسة سلطة الحلول، التي ألزمت في أن يكون الإعدار مكتوبا ومعللا ومضمنا موضوع الحلول بشكل دقيق<sup>(2)</sup>.

في هذا الإطار، وتلافيا للصعوبات التي تثيرها القرارات أو الطلبات الشفوية من حيث موضوعها وتبليغها...؛ بديهي أن يكون الطلب الموجه إلى الرئيس مكتوبا نظرا للحجة التي يكتسبها القرار الكتابي باعتباره الشكل الذي يجب أن تعبر فيه الإدارة عن إرادتها الملزمة<sup>(3)</sup>، خاصة وأن المشرع وضع حدا للقرارات الشفوية بموجب القانون رقم 03.03<sup>(4)</sup>؛

1- يونس ابلاغ، مرجع سابق، ص 245.

2- المادة الخامسة منه

3- ميمونة هموشة، م.س، ص 176.

4- ظهير شريف رقم 1.02.2002 صادر في 12 جمادى الأولى 1423 (23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01.03 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، جريدة رسمية 5029 بتاريخ 12 أغسطس 2002، ص 2282.



بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية لسنة 2002 طبقا للمادة الأولى منه<sup>(1)</sup>.

وقد ربط المشرع سريان أجل الطلب، في 7 أيام من تاريخ توجيهه إلى الرئيس، حيث يكون هذا الأخير ملزما بالتدخل داخل الأجل المحدد للقيام بالواجب، ومرور هذا الأجل دون تحريك الساكن، بمثابة إعلان ضمني منه بقبوله واستعداده للمسطرة القضائية.

بالمقابل إذا كان الطلب في مسطرة الحلول الإداري ينطوي على توسل من طرف سلطة المراقبة الإدارية، وإجراء يمنح للرئيس مكانة وكاريزما لاثقة به كمسؤول أول في جماعته، فإن الحوار في المجال المالي يتخذ منحي مغاير، يتسم بالقسرية والعنف<sup>(2)</sup> وينطوي على استصغار للرئيس، وعدم الاكتراث إليه ولمواقفه حيال مشاريع الميزانية، حيث لا يعدو أن يكون مجرد شبح يتم تثبيته كقنطرة للعبور إلى مسطرة الحلول.

في هذا الإطار، يتم الحلول بوضع ميزانية التسيير في الحالة الثانية المتعلقة بفشل المداولة الثانية من طرف المجلس الجماعي بشأن الميزانية، بعد دراسة الميزانية غير المعتمدة، وأسباب ذلك وكذا المقترحات المقدمة، وأجوبة رئيس المجلس الجماعي في شأنها؛

أما بالنسبة للحالة الثالثة يتم تبليغ الرئيس بأسباب رفض التأشير قبل ممارسة الحلول<sup>(3)</sup>، وتلزم عليه فورا توصله بهذه الأسباب، العمل على تعديل المشروع وأخذ أسباب رفض التأشير بعين الاعتبار وعرضها للتصويت من جديد داخل أجل 10 أيام من تاريخ توصله بكتاب رفض التأشير<sup>(4)</sup>.

أما في إطار الحلول المتعلقة بالحالة الرابعة؛ فسلطة التأشير تكون ملزمة بتوجيه استفسار إلى رئيس المجلس الجماعي قبل العمل على وضع ميزانية التسيير على أساس آخر ميزانية مؤشر عليها مع مراعاة تطور تكاليف وموارد الجماعة.

1- تنص المادة الأولى من القانون رقم 03.01 على "تلزم إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام، بتعليل قراراتها الإدارية الفردية الصادرة لغير فائدة المعني المشار إليها في المادة الثانية بعده تحت طائلة عدم الشرعية، وذلك بالإفصاح كتابة في صلب هذه القرارات على الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذها".

2- محمد يعكوبي، تأملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب، م.س، ص 176.

3- أنظر المواد 191 من القانون التنظيمي للجماعات و 204 من ق.ت للجهات والمادة 182 من ق.ت للعمليات والأقاليم.

4- الفقرة الثانية من المواد 191 و 204 و 182 من القوانين التنظيمية المذكورة على التوالي.

إن انتظار أجوبة رئيس المجلس وتقصي رأيه في الحالة الثانية؛ وتبليغ أسباب الرفض في الحالة الثالثة<sup>1</sup>، وتوجيه استفسار إلى الرئيس في الحالة الرابعة<sup>2</sup>، شروط لا يمكن معادلتها مع شرط المطالبة المنصوص عليها في المجال الإداري؛ حيث إذا كان شرط المطالبة يشكل فعلا ضمانا حمائية لمبدأ التدبير الحر، وحصانة أكيدة لمجال اختصاصات رئيس المجلس الجماعي، فإن شرط تقصي رأي الرئيس، وتبليغه، واستفساره، في حالات الحلول المالي المذكورة على التوالي، مجرد تدابير شكلية لن تغير الواقع والنتيجة في شيء، طالما أن المسطرة ستنتهي بالحلول كيفما كانت إدعاءات الرئيس ودفوعاته أمام سلطة التأشير، التي تتقمص دور الخصم والحكم في آن واحد، أمام غياب مؤسسة القضاء.

### الفقرة الثالثة: صدور قرار قضائي يقر بحالة الامتناع

لما كان الحلول ينصب على الميادين الأكثر حساسية في المادة الاقتصادية والاجتماعية، وبهم التقنيات الإدارية والمالية الأكثر حيوية؛ كان لابد من التفكير في تكريس الوسائل الموازية تضمن عقلنة هذه المسطرة الاستثنائية، حماية لحرية المبادرة للجماعات الترابية وحرية التدبير واتخاذ القرارات التنموية.

وإذا كان الحلول في المجال الإداري والمالي يفترض منه طبقا لمبدأ التدبير الحر أن ينبنى على أسس الشرعية، ويستهدف مطابقة الممارسة الترابية للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، غير أنه لا يمكن استبعاد سيناريو إقحام اعتبارات الملائمة وإخفائها وراء معايير الشرعية في الحلول سيما في الحالتين الثالثة والرابعة؛ مما يثير إشكالية الملائمة في مباشرة مسطرة الحلول، وما لها من انعكاسات على تنزيل التوجه الترابي الجديد، الذي ينبنى على الاستقلال والحرية الإداريين والماليين، الأمر الذي يبرز أهمية الإشراف المبدئي للقضاء الإداري في مسطرة الحلول.

بناء عليه، وطبقا للقوانين التنظيمية<sup>(3)</sup>، لم يعد العامل أو ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية، يتقمص دوري خصم وحكم في مسطرة الحلول في المجال

1- المواد 191 و 204 و 182 من القوانين التنظيمية المذكورة على التوالي

2- المواد 195 و 208 و 186 من القوانين التنظيمية المذكورة على التوالي

3- المواد 76 و 79 من ق.ت للجماعات والجهات على التوالي.

الإداري، بحيث أصبحت يده مشلولة عكس النظام القانوني السابق<sup>(1)</sup>، في إثبات حالة الامتناع وإقرارها وإصدار قرار الحلول؛ وبصيغة أخرى، فمجرد معاينة الامتناع وتوجيه مطالبة بالتدخل لتدارك الأمر إلى الرئيس، لا يجعل اختصاص سلطة المراقبة الإدارية بالتدخل لممارسة الحلول منعقدا، بل يجب استئناف المسطرة بإحالة النزاع إلى القضاء الاستعجالي بالمحكمة الإدارية، بعد انصرام الأجل الممنوح للرئيس دون الاستجابة لطلبها برفع الامتناع والقيام بواجبه، من أجل البت في وجود حالة الامتناع من عدم وجودها<sup>(2)</sup>.

إن إسناد صلاحية إثبات وجود حالة الامتناع للقضاء الإستعجالي الإداري في مسطرة الحلول الإداري؛ ليعتبر في الحقيقة ضمانا فعلية في خدمة مبدأ التدبير الحر، حيث سيقطع هذا المستجد القانوني الطريق أمام سلطة الحلول في إمكانية إخفاء اعتبارات ونوايا متشعبة بالملائمة في دواعي الحلول، وفي أعمال سلطتها التقديرية في تكييف موقف رئيس المجلس الجماعي، بخلاف النظام القانوني السابق الذي تتمتع في ظلها سلطة الحلول بسلطة تقديرية واسعة في إعلان الامتناع وإثباته، ومن تم إصدار قرار يتضمن بيان دواعيه وموضوعه<sup>(3)</sup>.

بالمقابل في المجال المالي، سرعان ما خابت آمال المهتمين بالشأن الترابي والمدافعين عن الاستقلال الإداري والمالي الترابي؛ حيث، يلاحظ أن المشرع ظل أسير توجهه الرامي إلى تكريس استئناف مسطرة الميزانية الترابية من نعمة التدبير الحر، ومصرا على استمراره عبر مراحلها، في إفراغها من أبسط الضمانات التي تملها متطلبات الحكامة ويفرضها المتغير الترابي الجديد.

ففي الوقت الذي كان ينتظر منه تعميم ضمانة القضاء على التدبير الترابي بشكل عام، والحرص على ضمان حضور القضاء في مسطرة الميزانية المتسمة بالتعقيد فنيا، تقنيا

1- تنص المادة السادسة من مرسوم صادر بتحديد كفايات ممارسة سلطة الحلول على "إذا استمر رئيس المجلس الجماعي بعد انصرام الأجل المحدد في الامتناع أو الرفض الصادر الإعدار في شأنه، اتخذ العامل قرار يتضمن بيان دواعي الحلول وموضوعه.

ولهذه الغاية يتوفر العامل على جميع السلطات والوسائل المادية والبشرية الضرورية لممارسة العمل الذي رفض الرئيس القيام بها، ويجوز له أن يطلب المستخدمين اللازمين للتنفيذ التدابير الأمر باتخاذ.

2- تنص الفقرة الأخيرة من المواد 76 و79 من القوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات والجهات على التوالي مثلا على "إذا أقر الحكم القضائي حالة الامتناع جاز للوالي أو العامل الحلول محل الرئيس في القيام بالأعمال التي امتنع هذا الأخير عن القيام به.

3- المادة السادسة من المرسوم بتحديد كفايات ممارسة سلطة الحلول، م.س.

وسياسيا...؛ فاجئ المشرع، الجميع بإقصائه الممنهج لهذه المؤسسة المستقلة، كما لو لم يسبق وأن أشركها في المساطر الأخرى التي يخضع لها القرار الترابي<sup>(1)</sup>.

إن متصفح "القسم الخامس" من كل القوانين التنظيمية الثلاثة، سيدرك سرعة البرق التي مر بها المشرع في تنظيم مسطرة الميزانية، وسيستنتج بالتبعية مدى استخفافه بمبدأ التدبير الحر، على غير عاداته في الأقسام "الثانية" و "الثالثة" التي نلمس فيها - نوعا ما - الاعتبار الذي حضي به المبدأ المذكور، من خلال حجم الضمانات التي أنعم بها أمام امتيازات سلطة المراقبة الإدارية.

لذلك، وحتى في ظل القوانين التنظيمية، لم يكتب للقضاء الإداري أن يشارك في تدبير مسطرة الحلول المالي، ولم تتاح له فرصة المساهمة في تدليل الصعوبات التي تثيرها خاصة في بعدها العلائقي، بل جعل المشرع هذه المهمة تنفرد بها سلطة المراقبة الإدارية، على غرار النظام القانوني السابق، الذي اعترف لها بامتياز تقمص دورين: طرف منازع، وحكم في النزاع<sup>(2)</sup>.

هكذا خولت للسلطة المذكورة وضع الميزانية - نموذج - تسمى ميزانية التسيير إذا لم يفلح المجلس الجماعي في الإفراج الإيجابي على المداولة الخاصة بمناقشة الميزانية؛ أو في حالة ما إذا لم يأخذ رئيس المجلس أسباب رفض التأشير بعين الاعتبار؛ كما تتمتع بنفس الإمكانية في حالة عدم عرض مشروع الميزانية على التأشير داخل أجل القانوني المحدد في 20 نوفمبر<sup>(3)</sup>.

ومن جهتنا، نعتقد أن إقصاء المشرع للقضاء الإداري في مسطرة الحلول المالي، منطوق غير سليم وغير مستساغ، ولا يتماشى مع المكانة الدستورية للتنظيم اللامركزي ببلادنا. وكان حريا به إشراك هذه المؤسسة في تدبير المنازعة الميزانية على غرار المجال الإداري؛ في هذا الصدد، إذا كان رئيس المجلس الجماعي في حاجة إلى القضاء الإداري لتكثيف الامتناع وإثبات مدى وجوده، في إطار الحلول الإداري<sup>(4)</sup>، فإنه في المجال المالي يكون في أمس الحاجة

1- راجع الباب المتعلق "بالمراقبة الإدارية" في القوانين التنظيمية.

2- المادة 21 من القانون 45.08 والمادة 24 منه والمادة 19 و 20 من نفس القانون.

3 المواد 195 و 208 و 186 من القوانين التنظيمية للجماعات وللجهات والعمالات والأقاليم على التوالي -

4- راجع مثلا حيثية المر الصادر عن المحكمة الإدارية بالداري البيضاء، أوردها يونس ابلاغ، في متن تعليقه على نفس الأمر، مرجع سابق، ص 250..

إلى هذه الضمانة، ومرغوب فيها لتكييف وتحديد ماهية عدم الأخذ بأسباب رفض التأشير، ومدى جدية وواقعية موقف هذا الطرف أو ذاك.

كما يكون أيضا في حاجة إلى ضمانة القضاء للوقوف على الأسباب التي حالت دون عرض الميزانية للتأشير داخل الأجل القانوني المحدد، خاصة وأن أسباب عدم عرضها عديدة قد لا تكون للجماعة يد فيها كما لو في الحالات التي تتأخر فيها الجماعات في عرض الميزانية داخل الأجل المحدد بسبب تأخر السلطة المكلفة بالداخلية في موافاتها بالمذكرات التوجيهية كما فصلنا في ذلك سلفا.

### خاتمة:

في الأخير، يمكن القول أن مسطرة الحلول المالي، مظهر من مظاهر استثناء المشرع للقرار الميزانياتي من نعمة المبادئ الجديدة للتدبير الترابي سيما مبدأ التدبير الحر، كما يعتبر من زاوية الضمانات، آخر حلقة من حلقات المسلسل الذي أطلقه المشرع، والرامي في نهجه إلى إضعاف الأجهزة المنتخبة أمام سلطة المراقبة الإدارية، بحيث يبدو أنه من الصعوبة بما كان، الحديث عن التدبير الحر في إطار مسطرتة. في هذا الإطار، إذا كان يعاب على التأشير كونه ينطوي على لجم وتقييد لحرية الجماعات؛ فإن الحلول تجاوز التقييد وأتى لإستنصال بقايا حرية الجماعات، وكسر ما تبقى من شوكة الأجهزة المنتخبة.

لائحة المراجع المعتمدة:

القوانين:

- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر - 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

- ظهير شريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، الجريدة الرسمية عدد 6380- 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6585؛

- ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، الجريدة الرسمية عدد 6380- 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6660؛

- ظهير شريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية عدد 6380-6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015) ص 6625.

- القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.15.162 صادر في 14 شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6370 بتاريخ فاتح رمضان 1436 (18 نونبر 2015)، ص 5810..

- ظهير شريف رقم 1.02.2002 صادر في 12 جمادى الأولى 1423 (23 يوليوز 2002) بتنفيذ القانون رقم 01.03 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، جريدة رسمية 5029 بتاريخ 12 أغسطس 2002، ص 2282.

- القانون رقم 45.08 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.09.02 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 45.08. الجريدة الرسمية عدد 5711 الصادرة في 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009) ص 545

- ظهير شريف رقم 1.08.153 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي كما تم تميمه وتغييره، الجريدة الرسمية عدد 5711-27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص 536.

- القانون رقم 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.97.84 صادر في 23 من ذي القعدة 1417 (2 أبريل 1997) بتنفيذ القانون رقم 47.96 المتعلق بتنظيم الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4470 بتاريخ 1997/04/03 ص 556.

- القانون رقم 79.00 المتعلق بتنظيم العمالات والأقاليم، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.269 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 2002/11/21 ص 349

### المراسيم

- المرسوم رقم 299.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج تنمية الجهة وتبعه و تحيينه وتقييمه و ليات الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482 بتاريخ 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5341

-المرسوم رقم 301.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج عمل الجماعة وتتبعه و تحيينه وتقييمه، و آليات الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482- 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5346

- المرسوم رقم 300.16.2 الصادر في 23 رمضان 1437 الموافق ل 29 يونيو 2016 بتحديد مسطرة إعداد برنامج تنمية العمالة أو الإقليم وتتبعه و تحيينه وتقييمه و ليأت الحوار و التشاور لإعداده ج.ر. عدد 6482 بتاريخ 9 شوال 1437 الموافق ل 14 يونيو 2016 ص 5344

- مرسوم رقم 2.04.161 الصادر في 14 من جمادى الأولى 1425 (2 يوليو 2004) بتحديد كفاءات ممارسة سلطة الحلول، جريدة رسمية عدد 5230 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1425 (15 يوليو 2004):

#### الدوريات:

-الدورية وزير الداخلية رقم F/1690 المتعلقة بإعداد ميزانيات الجماعات الترابية برسم سنة 2017 المملكة المغربية، وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات الترابية ، صادرة بتاريخ 2016/10/17

#### الكتب :

-محمد اليعكوبي، تأملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب" دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية، 2008.

- كريم الحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية -شرح وتحليل-، سلسلة العمل التشريعي والإجتهاذ القضائي(6)، الطبعة الثانية، سطات 2016.

#### الأطروحات والرسائل:

- إيمان الداودي ،الوالي والعامل والتنمية المحلية بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخمس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2014-2015..

-أمنية عياد، المراقبة الإدارية في النظام الإداري الترابي المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جماعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014-2015.

- محمد بوجيدة "وصاية الدولة على الجماعات الحضرية والقروية بعد ميثاق 30 شتنبر 1976" رسالة لنيل دبلوم السلك العالي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، سنة 1985.

#### المقالات:

- يونس ابلاغ، شروط حلول سلطة المراقبة الإدارية محل رؤساء مجالس الجماعات الترابية- تعليق على أمر المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 2251 بتاريخ 21 يوليوز 2017 في ملف رقم 1548/7101/2017، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 12 مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، الرباط 2019.
- محمد العربي مياد، اختصاصات عمال العمالات و الأقاليم على ضوء الدستور الجديد، مجلة القضاء الإداري، العدد الثاني، السنة الأولى، شتاء/ ربيع ، 2013
- محمد الأعرج، حلول سلطة السلطة المحلية محل رؤساء الجماعات الترابية في مجال الصرف المالي -تعليق على قرار الغرفة الإدارية في الملف رقم 235-2001، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 83 تحت عنوان المنازعات الإدارية والدستورية في تطبيقات القضاء المغربي، 2013
- عبد الفتاح يحيوي، مؤسسة الوالي والعامل وأفاق عدم التمرکز الإداري بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 100 سنة 2014،
- ميمونة هموش، حلول سلطة الوصاية محل رئيس المجلس الجماعي: المادة 77 من الميثاق الجماعي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 114 يناير- فبراير 2014 .

المراجع باللغة الفرنسية:

#### ARTICLE :

- Mohamed BRAHIMI, La commune Marocaine un siècle d'histoire de la veille du protectorat à 2009, Revue Marocaine d'administration locale et de développement, Série « thèmes actuels N° 65 bis 2010.

#### LA THESE :

- Abderrahmane HADDAD, les procédures budgétaires des collectivités locales, thés pour l'obtention du doctorat en Droit Public, université sidi Mohamed Ben Abdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Fes, année universitaire 2000.

#### **Les lois :**

- Code général des collectivités territoriales- dernière modification le 19 avril 2020- document généré le 23 avril 2020, copyright-C- 2007-2020, legifrance



## التدبير الحديث للنفقات العمومية المتمحور حول النتائج. Modern Management of Public Expenditures Based on Results

هشام العقراوي: باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

جامعة الحسن الثاني

### ملخص الدراسة:

شكل خطاب إصلاح وتحديث منظومة نفقات الدولة مطلباً ملحا من أجل تجاوز الاختلالات والعيوب التي طبعت المقاربة التقليدية لتنفيذ نفقات الدولة المبنية على الوسائل، و تهدف الدراسة إبراز ومقاربة التجربة المغربية في مسار إصلاح التدبير المالي واستحضار تجليات وأسس التدبير الحديث للنفقات العمومية للدولة واعتمادها على إعادة هيكلة الميزانية وفق منطق الأهداف ووضع برامج متعددة السنوات، اللجوء إلى آلية شمولية الاعتمادات، ثم اللجوء إلى الشراكة والتعاقد، ثم التدبير المعلوماتي للنفقات العمومية، تبسيط المساطر، اللجوء إلى نظام المراقبة المخففة بعد خضوع المصالح الأمانة بالصرف لافتحاص الكفاءة التدييرية و إرساء المقاربة الحديثة للتدبير القائمة على نجاعة الأداء والنتائج، ومنح حرية أوسع للمدبرين العموميين في اتخاذ القرارات الكفيلة بتحقيق الأهداف المسطرة، وكذا ترشيد النفقات العمومية وترتيب الأولويات بالنظر إلى محدودية الموارد، وذلك بغاية ضمان فعالية ونجاعة اقتراح وتنفيذ النفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: التخطيط المالي، شمولية الاعتمادات، التبويع الوظيفي للميزانية، تبويب الميزانية على أساس البرامج. نظام المراقبة المخففة، نجاعة الأداء.

### Abstract:

The reform and modernization of the state expenditure system was an urgent demand in order to overcome the imbalances and defects that characterized the traditional approach to the implementation of state expenditures based on the means. The study aims to highlight and approach the Moroccan experience in the process of reforming financial management and evoking the manifestations and

foundations of the modern management of public expenditures and relying on restructuring. Budgeting according to the logic of objectives and multi-year programs, resorting to a mechanism of comprehensiveness of appropriations, then resorting to partnership and contracting, then information management of public expenditures, simplification of procedures, resort to a loosely controlled system after subject It is mandated to spend to examine the administrative efficiency and establish the modern approach to management based on the efficiency of performance and results, and give greater freedom for public managers to make decisions to achieve the objectives set, as well as rationalize public expenditures and prioritization in view of limited resources, in order to ensure the effectiveness and efficiency of the proposal and implementation of public expenditures.

**Key words:** Financial planning, comprehensiveness appropriations, Functional tab of the budget, Budget tab Based on the programs, loosely controlled system, Performance efficiency.

## مقدمة:

عرف التدبير المالي بالمغرب بعد التسعينيات توجهها نحو اعتماد آليات التدبير العمومي، وتبني خطاب الإصلاح المالي وفق مقترب التخطيط ومحورية النتائج و إعداد السياسات العمومية، للتحكم في توجهات السياسة المالية والإنفاق العمومي بالمغرب لمواجهة أزمة التنمية السوسيو اقتصادية، والحد من مظاهر هدر المال العام والرفع من المردودية المالية، ثم توطيد أسس نظام اقتصادي تنافسي ومنتج للثروة؛ و في سياق يتسم بندرة الموارد المالية، و تزايد حاجيات السكان، باشر المغرب عدة إصلاحات هيكلية تهدف تفعيل مبادئ الحكامة، وتنمية الرأسمال البشري وتعزيز آليات التضامن والتماسك الاجتماعي والمجالي<sup>1</sup>.

وقد كرست الهندسة الدستورية 2011 هذا التوجه الاصلاحى عبر تخصيص بابا للحكامة و مؤسسة مبادئ الشفافية و المحاسبة والمساءلة، و منح اختصاصات استشارية

---

1 : Oualalaou Ftah lah: « Stratégie et axes de la réforme budgétaire au Maroc » ،Revue marocaine d'audit et de développement ،N 25 ،2008.p 20.

جديدة للقضاء المالي والتنصيب على هيئات الحكامة، في هذا السياق أكد الخطاب الذي ألقاه جلالة الملك في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة، يوم الجمعة 14 أكتوبر 2011، أن ديمقراطية الدولة والمجتمع، تحسين مناخ الأعمال، يتطلب انتهاج مبادئ الحكامة، وتفعيل المبادئ والآليات التي ينص عليها دستور 2011 وعلى رأسها مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة والمسائلة القضائية والسياسية، وتخليق الحياة العامة<sup>1</sup>.

وتم ترجمة الاصلاح الدستوري للمالية العامة ضمن مقتضيات القانون التنظيمي رقم 130.13 الذي عمل على إتمام محاور الإصلاحات المالية التي تمت مباشرتها منذ سنة 2001، كما بلور قواعد تديرية تحد من النقائص التي كانت تعترى القانون التنظيمي السابق، ومن بين المبادئ التي جاء بها القانون التنظيمي للمالية<sup>2</sup>:

وتهمتم المقاربة الحديثة لتدبير مالية الدولة على التخطيط والبرمجة وكذا على ترشيد تدبير الاعتمادات، وذلك بالنظر إلى أهمية هذه الإجراءات في إرساء المقاربة الحديثة للتدبير القائمة على نجاعة الأداء والنتائج ومنح الحرية الواسعة للمدبرين العموميين في إتخاذ القرارات الكفيلة بتحقيق الأهداف المسطرة، وكذا ترشيد النفقات العمومية وترتيب الأولويات بالنظر إلى محدودية الموارد<sup>3</sup>.

1: الخطاب الذي ألقاه جلالة الملك في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة، يوم الجمعة 14 أكتوبر 2011

2: مبدأ شمولية الاعتمادات: والتي تتعلق بتوسيع المسؤولية والمرونة في مجال تدبير الأمرين بالصراف أو الأمرين بالصراف المساعدين للاعتمادات الموضوعة تحت تصرفهم، في مقابل هيكلة كراساتهم الميزانية حول مشاريع مهيكلة، وتحديد أهداف يتم قياس تحقيقها عبر مؤشرات الأداء.

اللاتمركز الميزانياتي من خلال التعاقد: باعتباره نمط جديد لتدبير العلاقة بين الإدارة المركزية ومصالحها اللامركزية. يندرج اللاتمركز الميزانياتي في إطار تعزيز الفعالية وتقوية الاستقلالية المالية، ويتم أيضا اللاتمركز الميزانياتي عبر عقود تبرم بين الإدارة المركزية والمصالح اللامركزية.

البرمجة المتعددة السنوات: التي تسمح بتدبير ميزانياتي وفق رؤية متعددة السنوات. والتي تهدف إلى تعزيز الانضباط الميزانياتي العام، بغية تحسين ظروف إعداد قانون المالية، وتوضيح الرؤية الاستراتيجية للسياسات القطاعية؛

إصلاح منظومة المراقبة: يتمثل هذا الإصلاح في ملائمة منظومة المراقبة مع منهجية التدبير المرتكز على النتائج، وتمثلت أولى تدابير هذا الاتجاه في التقريب الوظيفي لمراقبة الالتزام بالنفقات والخزينة العامة للمملكة. وإحداث المراقبة الترابية للنفقة المتمثلة في المراقبة المخففة المطبقة على نفقات المصالح الأمانة بالصراف التي يجب أن تتوفر على نظام داخلي لمراقبة المشروعية، وكذا اقتصاص نجاعة الأداء.

الشراكة: يتعلق الأمر بربط علاقة شراكة بين الدولة والفاعلين المحليين، في منظور يأخذ بعين الاعتبار البعد الترابي، وفقا لمبدأ الحكامة الجيدة، ويسمح هذا النسق التديري بتعزيز التنسيق والتوازن بين الشركاء بغاية وضع إطار تعاقدي مناسب يركز على تقييم النتائج.

3: بودعكات محمد: التدبير المرتكز على النتائج في المالية العمومية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني، فضاء القانون العام، [www.espacedroitpublic.com](http://www.espacedroitpublic.com) بتاريخ 06/04/2017 ص 1.

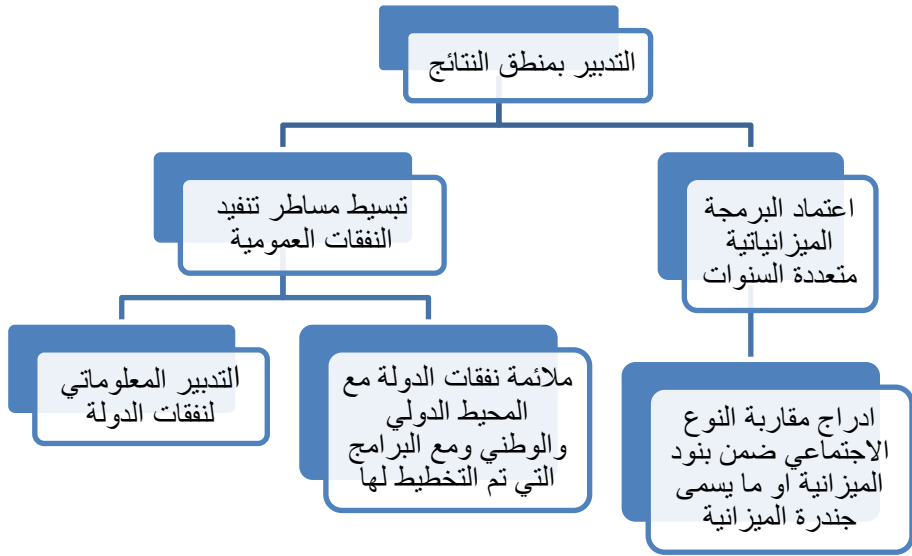
ونظرا لأهمية الآليات الحديثة في ترشيد الإنفاق العمومي، سأحاول عبر مقارنة وظيفية تحديد الآليات الحديثة المتعلقة بالميزانية القائمة على آلية التخطيط المالي وذلك عبر برمجة النفقات العمومية على المدى المتوسط «كمطلب الأول»، مع الإشارة خلال «المطلب الثاني» إلى أهمية الإجراءات الجديدة التي اتخذتها الدولة في تدبير الاعتمادات، والتي ترمي إلى توسيع صلاحيات الأمرين بالصرف في تدبير اعتماداتهم والتحكم فيها، وفي نفس المطلب سنتناول إعادة تبويب الميزانية ودوره في إرساء المقاربة الجديدة للتدبير القائمة على نجاعة الأداء والنتائج.

### المطلب الأول: الآليات الحديثة لتدبير نفقات الدولة.

يتم تنفيذ نفقات الدولة بناء على الاعتمادات الممنوحة للأمرين بالصرف بمقتضى قانون المالية، ولهذا فمن الطبيعي أن يكون لتدبير هذه الاعتمادات انعكاسات على تنفيذ النفقات العمومية وإنجاز المشاريع العمومية، فإذا كان التخطيط والبرمجة يمكن للأمرين بالصرف من تحديد الأهداف المتوخاة من الإنفاق العام والنتائج التي يرمون تحقيقها سواء على المدى المتوسط والبعيد، فإن شمولية الاعتمادات وعمليات ترحيل هذه الاعتمادات من سنة مالية إلى أخرى، من شأنها أن تمنح حرية واسعة للأمرين بالصرف في تدبير ميزانياتهم، وكذا الاستعمال الجيد للنفقات العمومية مما يمكن من تنفيذ السياسات العمومية وفق ما هو مخطط له<sup>1</sup>.

محاور التدبير الحديث للمالية العامة.

1: كاير عثمان: إصلاح القانون التنظيمي للمالية من أجل إقرار المساءلة المالية، منشور بالمجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 8 سنة 2012، ص 174.



المصدر: تركيب شخصي.

### تدبير نفقات الدولة بين منطق الوسائل والنتائج.



المصدر: تركيب شخص<sup>1</sup>.

### الفقرة الأولى: دور البرمجة والتخطيط المالي في تحديث منظومة نفقات الدولة.

يعتبر التخطيط المالي والبرمجة من بين أهم المراحل الأساسية في إعداد الميزانية وتنفيذ النفقات، وعليه فقد تم الاهتمام بها مؤخرا كآليات حديثة تمكن الأمرين بالصرف

<sup>1</sup>: دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي ص 27.

من التدبير الجيد لنفقاتهم وترتيب الأولويات والاهتمام بالنتائج، خاصة أمام ندرة الموارد وضغوطات ضمان التوازنات المالية<sup>1</sup>.

وتعتمد البرمجة على آلية تخطيطية حديثة يطلق عليها إطار النفقات على المدى المتوسط، حيث يتم التخطيط على المدى المتوسط لمدة لا تتعدى ثلاثة سنوات، إلا أنه لا يمكن الحديث عن هذا الإطار ما لم تتوفر الإدارة على رؤية بعيدة؛ أي ما يعد تخطيطا استراتيجيا حيث يتم فيه تحديد الأهداف الاستراتيجية للإدارة<sup>2</sup>.

ويعد إطار النفقات على المدى المتوسط من الآليات التي تم اعتمادها مؤخرا في كثير من البلدان وذلك في إطار مسلسل تحديث مساطر تدبير الميزانية، وتهدف إلى وضع برمجة على مدى ثلاث سنوات، يتم تحيينها كل سنة من أجل ملاءمتها مع تطور الظرفية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد<sup>3</sup>، وتتجلى أهمية هذه المقاربة الحديثة في تحقيق الأهداف التالية:

○ توضيح الرؤية فيما يخص السياسات القطاعية التي يتم ترجمتها على شكل نفقات في برامج عمل مختلف القطاعات الوزارية، وقرارات توزيع الموارد اللازمة لذلك وتوظيفها على المدى المتوسط، مما سيمكن من تعزيز انسجام هذه السياسات مع أهداف التحكم في الميزانية واستقرار التوازنات الماكرو اقتصادية.

○ توفير إطار لمدة ثلاث سنوات لفائدة القطاعات الوزارية يمكنها من تفعيل سياساتها التعاقدية، والالتزام بالنتائج وتقديم الحسابات في إطار الشفافية خاصة مع المصالح اللامركزية.

○ تحسين شروط إعداد قوانين المالية التي سيتم تدعيمها عبر إطار يمتد على ثلاث سنوات، والذي سيتم إعداده في إطار الحوار والتشاور بين مختلف الأطراف المعنية. يرمي إطار النفقات على المدى المتوسط إلى تأمين توزيع أنجع للموارد وتنسيق أفضل بين التدخلات القطاعية، وتحسين مسلسل برمجة الميزانية عبر إضفاء مزيد من المرونة في توزيع

1: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد السادس، ص 38.

2: مرجع سابق ص 39.

3: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص

الموارد العمومية وضبط التوقعات المتعلقة بتطور النفقات العمومية وكذا انسجامها مع الإكراهات المرتبطة بالتحكم في عجز الميزانية<sup>1</sup>.

يفتح إطار النفقات العمومية على المدى المتوسط إمكانيات الحوار الاستراتيجي والذي يسمح بتقديم الميزانيات القطاعية مجمعة، وبالتالي فهو يوفر رابطا بين الميزانية والوثائق الاستراتيجية للحكومة؛ إذ يسهل تحديد الاختلالات الرئيسية لأي إعادة تخصيص، سواء بين القطاعات « اعتمادا على الأولويات والقدرة على الاستيعاب » أو فيما يخص تركيبة النفقات حسب نوعها « تطور الأجور الحقيقية، العلاقة بين الاستثمار والتسيير » أو للأخذ بعين الاعتبار التكاليف المتكررة لمشاريع الاستثمار<sup>2</sup>.

وفي ما يخص تطبيق هذه الآلية الجديدة، فإن البنك الدولي يرى أنه في الإدارة المالية لا تعتبر دائما كلفة سياسية ما في السنة المقبلة مؤشرا جيدا على تكلفتها مع الوقت، ونأخذ على سبيل المثال النفقات الإنتاجية المرتبطة بإنشاء مدرسة جديدة في سنة واحدة، فهي قد تؤدي إلى نفقات تشغيلية إضافية في المستقبل، ورغم تمحور التركيز القانوني حول الموازنة السنوية، من المعترف به أن الحكومات تحتاج إلى فهم تداعيات السياسات على صعيد الإنفاق في السنوات القادمة « السنوات الثلاث القادمة » عادة إن تطوير التوقعات المستقبلية القطاعية كجزء من إطار إنفاق متوسط الأجل يعد من الإصلاحات التي تتطلب موارد كبيرة، لذا قد تقرر البلدان التي تتمتع بقدرة محدودة على صعيد الإصلاح عدم المباشرة بهذه المبادرة<sup>3</sup>.

وتم تطبيق هذه الآلية الجديدة بالمغرب، في مرحلة أولى، بستة قطاعات وزارية قبل تعميمها على باقي القطاعات الوزارية، وفي هذا الإطار تم إصدار دليل منهجي لإعداد إطار النفقات على المدى المتوسط وكذا منشور الوزير الأول رقم 3/2007 بتاريخ 8 فبراير 2007 يدعو القطاعات الوزارية إلى إتخاذ التدابير الضرورية لإنجاز إطار النفقات على المدى المتوسط وإحالاته على المصالح المعنية بوزارة المالية<sup>4</sup>.

1: الوزاني محمد: تطور مناهج الرقابة على المال العام بالمغرب، بحث لنيل دبلوم الماستر تخصص المنازعات العمومية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة المولى إسماعيل، ص 57.

2 : Marc Raffino et Boris Samuel :Le cadres de dépenses a moyen terme un instrument utile pour les pays a faible revenu ؟ Revue Stateco، N 100، 2006 p 113.

3: البنك الدولي: إصلاح إدارة المالية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، لمحة عامة عن التجربة الإقليمية، الجزء الأول يونيو 2010، ص 40.

4: كاير عثمان: إصلاح القانون التنظيمي للمالية من أجل إقرار المساءلة المالية، منشور بالمجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 8 سنة 2012 ص 175.

ويتم إعداد إطار النفقات على المدى المتوسط القطاعية من طرف كل وزارة خلال مرحلتين: تقوم الأولى قبل إعداد مشروع الميزانية السنوية، حيث تقوم الوزارة بإعداد إطار النفقات القطاعية الأصلية على المدى المتوسط، وتسمح هذه العملية بتوضيح الخيارات بشأن استراتيجية الميزانية وإجراء الانتقاء الأولي للبرامج داخل كل قطاع ويمر إعداد هذا الإطار عبر ثلاثة مراحل:

- صياغة الاستراتيجية القطاعية أو تحيينها ويجب أن تتضمن الوثائق المرفقة لإطار النفقات على المدى المتوسط لمحة موجزة عن هذه الاستراتيجية وتحديد التدابير اللازمة لتنفيذها، كما إن تحديد الاستراتيجيات القطاعية يعتبر شرطا أساسيا لصياغة الأولويات واقتراح الأهداف ذات الصلة وتحديد برامج تحقيق هذه الأخيرة، وهو جزء من رؤية متعددة السنوات تتطلب تقييما شاملا للسياسات المطبقة والتشاور مع مختلف الوزارات. إذ يسمح عرض الاستراتيجيات القطاعية بشرح الاتساق العام بين الأهداف المتبناة وتبرير الخيارات.
- تحديد الخط المرجعي الخاص بتعيين مشاريع إطار النفقات على المدى المتوسط التي تم إعدادها السنة الماضية من الناحية التقنية.
- تحليل التغييرات على مستوى التنفيذ بالنسبة للخط المرجعي.

أما المرحلة الثانية: فتهتم وضع الصيغة النهائية وتهدف إلى تحيين إطار النفقات على المدى المتوسط الأصلي، أخذا بعين الاعتبار التحكيمات التي تمت أثناء إعداد الميزانية السنوية مع ضمان مطابقة بين معطيات السنة الأولى لإطار نفقات على مدى المتوسط ومشروع ميزانية السنة، ويجب أن تحترم توقعات السنتين المقبلتين في إطار الأهداف العامة للميزانية التي وضعتها الحكومة.

يتم إعداد إطار النفقات على المدى المتوسط الإجمالي من طرف وزارة المالية عبر الدمج بين إطار النفقات القطاعية على المدى المتوسط لاستخلاص موجز توقعات النفقات على المدى المتوسط بالنسبة لكل وزارة.

لقد أشار القانون التنظيمي للمالية الجديد رقم 130.13 في المادة الخامسة التي تنص على أنه يتم إعداد قانون المالية للسنة استنادا إلى برمجة ميزانية ثلاث سنوات، وتعيين هذه البرمجة كل سنة لملاءمتها مع تطور الظرفية المالية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد، وتهدف هذه البرمجة في الخصوص إلى تحديد تطور مجموع الموارد وتكاليف الدولة على مدى



ثلاث سنوات، اعتمادا على فرضيات اقتصادية ومالية واقعية ومبررة، ويجب الإشارة إلى أن مضمون هذه البرمجة وكيفيات إعدادها سيتم بنص تنظيمي<sup>1</sup>.

## الفقرة الثانية: اعتماد آلية شمولية الاعتمادات ضمانة لحكامة النفقات العمومية.

يلعب تدبير الاعتمادات دورا مهما في تنفيذ النفقات العمومية، وفي إطار تحديث آليات التدبير، فقد اتخذت الدولة عدة إجراءات في هذا الشأن، وقد تم مؤخرا اعتماد شمولية الاعتمادات كإجراء حديث يهدف إلى منح المرونة للأمرين بالصرف في تدبير الاعتمادات الموكولة إليهم<sup>2</sup>. ومنحهم نوعا من الحرية في تدبير الإنفاق العام، وكان ذلك فرصة للوزارات لإعادة النظر في طرق إعداد ميزانياتهم، إذ صاروا مطالبين بإعدادها على شكل برامج مع تحديد مؤشرات للأداء كأول خطوة نحو التدبير القائم على النتائج<sup>3</sup>. أما فيما يتعلق بترحيل الاعتمادات من سنة إلى أخرى، والذي كان يطرح مشاكل عديدة تنعكس على إعداد وتنفيذ الميزانية، فقد اتخذت الحكومة والبرلمان إجراءات مهمة تروم التحكم في الاعتمادات المرحلة.

### أولا: أهمية شمولية الاعتمادات في تدبير نفقات الدولة:

تدخل شمولية الاعتمادات في إطار المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية التي تهدف إلى تحسين فعالية النفقات العمومية وإصلاح التدبير العمومي، وذلك من أجل توجيهه نحو النتائج ومراقبة الأداء؛ يتوخى هذا الإجراء الجديد تبسيط مساطر تدبير الميزانية وتوفير مرونة أكبر في استعمال الاعتمادات، وذلك بتمكين المصالح المعنية عند الاقتضاء من القيام بإعادة توزيع اعتماداتها ما بين السطور داخل نفس الفقرة دون اللجوء إلى تأشيرة وزارة المالية<sup>4</sup>. تجد شمولية الاعتمادات بالمغرب أساسها في منشور الوزير الأول رقم 11/01 بتاريخ 25 دجنبر 2001 حول ملاءمة برمجة ميزانية الدولة وتنفيذها مع اللاتركيز، فهي تشكل إلى جانب اعتماد منهجية جديدة لتدبير الميزانية القائمة على النتائج، ولعل أهم الإجراءات التي

1: المادة 5 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130/13.

2: **بودعكات محمد**: التدبير المرتكز على النتائج في المالية العمومية، مرجع سابق ص 13.

3: **اضريف عبد النبي**: قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 13-113 ونصوصه التطبيقية، منشورات EMALIV سلسلة النصوص القانونية العدد 9 مطبعة بني ازناسن، الطبعة الرابعة سنة 2016، ص 56.

4: **جيري نجيب**: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص 59.

قررتها الحكومة في إطار تحديث التدبير المالي للدولة وتبسيط مساطر الميزانية وتخفيف عبء المراقبة المالية القبلية<sup>1</sup>.

قد يتم عبر تحويل الاعتمادات، أو تغيير المخصصات المدرجة في مواد فقرات وسطور الميزانية قبل اعتماد هذا الإجراء، بمقرر يصدره الوزير المكلف بالمالية باقتراح من الأمرين بالصرف المعنيين، لقد كان هذا الإجراء يتطلب وقتا طويلا مما تضطر بعض المصالح إلى تفادي اللجوء إلى هذه المسطرة بالرغم من أهميتها في تدبير الاعتمادات، وهذا ما يجعل بعضها تلتجئ إلى تقنية أخرى، وإن كانت تتطلب هي الأخرى وقتا طويلا، وهي تخفيض الاعتمادات ثم إعادة تفويضها في السطر المطلوب<sup>2</sup>.

من أجل ذلك، تم في مرحلة أولى، حذف التأشير المسبقة لوزارة المالية بالنسبة لتحويل الاعتمادات ما بين سطور نفس الفقرة، وذلك بمقتضى المادة 17 من مرسوم 401-98 الصادر في 2 أبريل 1999 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية، حيث أعطت المادة 17 للأمرين بالصرف والأمرين بالصرف المساعدين الحق في التغيير بمقررات المخصصات المدرجة في السطور بنفس الفقرة داخل أبواب الميزانية العامة وميزانيات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة والحسابات الخصوصية للخرينة، إلا أن الاستفادة من هذا الحق يتوقف على ضرورة الحصول على إذن من الوزير المكلف بالمالية لاستعمال هذه التقنية وذلك بقرار يتخذ بناء على اقتراح من الأمر بالصرف المعني.

وللحصول على هذا الإذن، يتعين على القطاعات الوزارية إعادة هيكلة تفاصيل الميزانية بشكل تظهر معه بوضوح مختلف المهام والبرامج والمشاريع على مستوى الفقرات مع تقديم في ملحقات الأبواب المتعلقة بالمعدات والنفقات المختلفة والاستثمار بالميزانية العامة وميزانيات مرافق الدولة المسيرة بطريقة مستقلة والحسابات الخصوصية للخرينة الخاصة بالأمر بالصرف المعني، مؤشرات مرقمة تطابق الموضوع المقرر لكل فقرة من الفقرات المخصصة لها في الميزانية المعنية وتثبت بواسطتها العلاقة بين الاعتمادات المفتوحة والنتائج المتوخاة من استعمالها<sup>3</sup>.

1: جيري نجيب: مرجع سابق ص 61.

2: مرجع سابق ص 63.

3: نجيب جيري: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص 61.

يجوز لوزير المالية أن يوقف مؤقتاً الإذن الممنوح لتحويل الاعتمادات، عندما يصير هذا الشرط غير متوفر، وذلك بقرار يتخذه وزير المالية بعد اطلاع رئيس الحكومة، كما يجب على الأمر بالصرف أن يقوم كل سنة بتقييم ما أنجز من المؤشرات بالمقارنة مع النفقات المنجزة، وأن يخبر بذلك الوزير المكلف بالمالية.

ولقد تم استثناء بعض نفقات التسيير من تطبيق مبدأ شمولية الاعتمادات لتفادي بعض الانزلاقات في تدبير الاعتمادات كالوقود، شراء السيارات، مصاريف الاستقبالات... إن إمكانية تحويل الاعتمادات ما بين سطور نفس الفقرة الذي يكون نتيجة شمولية الاعتمادات، من شأنه أن ينعكس ايجابياً على جودة تنفيذ النفقات العمومية فهو:

○ يساعد على حل المشاكل المتعلقة بالتنزيل المالي وعدم كفاية الاعتمادات على مستوى الأمرين المساعدين بالصرف دون الحاجة إلى الرجوع في كل مرة إلى الإدارة المركزية.

○ نجاح مجموعة من الأمرين المساعدين بالصرف في استعمال وإنقاذ مبالغ مهمة من الاعتمادات الموكولة إليهم، والتي يمكن أن تفقدها بسبب المشاكل في تدبير الاعتمادات.

○ توسيع مجال تدخل المديرين، بالسماح لهم بالتدخل في الوقت المناسب وتجاوز الصعوبات البسيطة التي من شأنها أن تعرقل تحقيق الأهداف الرئيسية.

○ تقليص الحالات التي يفقد فيها الأمر بالصرف أو الأمر المساعد بالصرف الاعتمادات، بفضل سوء توزيعها على سطور نفس الفقرة.

○ تقليص من عدد الحالات التي يطلب فيها الأمر المساعد بالصرف اعتمادات إضافية تمكنه بالالتزام بالنفقة التي تتجاوز الاعتمادات المفوضة.

○ الحد من بعض الممارسات الغير القانونية التي يلجأ إليها الأمرون بالصرف كحل لبعض المشاكل المتعلقة بالتدبير كتمويل النفقة، والتي تقوم على أساس الالتزام على الورق بنفقة تتعلق بموضوع معين غير الذي يتم تنفيذه في الواقع، كأن يلتزم بشراء معدات معلوماتية، على أن يتم وبتوافق مع المورد، تسليم أثاث المكتب.

تهدف شمولية الاعتمادات كذلك تخفيف القيود التي قد تنجم عن التقسيم الصارم الوارد في تبويات ميزانية الدولة، ويتم ذلك من خلال منح الأمرين بالصرف ونوابهم مرونة أكبر للتصرف في الاعتمادات الموضوعة رهن إشارتهم وتحميلهم بالمقابل مسؤوليات مباشرة في تحقيق الأهداف المحددة لهم، ويتطابق هذا المبدأ مع هدف ترسيخ نظام عدم التركيز،

وقد اتخذت في سبيل تحقيق هذا المبدأ جملة من الخطوات انتهت بإلغاء القيود والشروط المتعلقة بتحويل الاعتمادات، وهي إجراءات تمس بصلاحيات البرلمان الترخيضية والرقابية ما دامت لا تتطابق مع التقسيم والتوزيع الذي قام الجهاز التشريعي بالتخصيص به، إلا أنها تمنح هامشاً من الحركة للمقررين العموميين لملائمة النفقات العمومية مع الأهداف المسطرة لها<sup>1</sup>.

أمام اللجوء المفرط إلى تقنية شمولية الاعتمادات فينبغي مراعاة البرمجة الجيدة لبنود الميزانية، على مستوى الأمرين المساعدين، بدعوى أن شمولية الاعتمادات تسمح لها بحل مشاكل التدبير.

وقد أشار المجلس الأعلى للحسابات في تقريره لسنة 2011 إلى أنه بالرغم من شبه تعميمه لمبدأ شمولية الاعتمادات على جميع القطاعات الوزارية، إلا أنه لم يشمل جميع أنماط الميزانيات والفصول<sup>2</sup>، وهكذا نجد أن أغلبية السطور داخل الميزانية العامة والحسابات الخصوصية ومرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة، لم تستفد من هذه المرونة وهو ما يقلل من أثر هذه المنهجية على تحديث وتسريع تنفيذ النفقات العمومية.

وقد جاء القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13 ليوسع من مجال تحويل الاعتمادات، فقد أشار إلى إمكانية تحويل الاعتمادات داخل نفس البرنامج وما بين البرنامج داخل نفس الفصل، ونص المرسوم رقم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية بتاريخ 15 يوليوز 2015<sup>3</sup> ليفصل في كيفية تطبيق هذا الإجراء، حيث نصت المادة 23 على أنه يجوز للوزير المكلف بالمالية أن يأذن بموجب مقرر بالقيام بتحويلات للاعتمادات بين برامج نفس الفصل على ألا يفوق مجموع الاعتمادات التي كانت موضوع تحويل خلال نفس السنة، بالنسبة لكل برنامج من البرامج المعنية في حدود سقف 10 % من المخصصات الأولية المفتوحة بموجب قانون المالية فيما يتعلق بفصل المعدات والنفقات المختلفة وفصل الاستثمار من الميزانية العامة، وكذا نفقات الاستغلال والاستثمار لمرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة وعلى الحسابات المرصودة لأموال خصوصية<sup>4</sup>، وفي إطار تطبيق شمولية الاعتمادات المخصصة للجهات؛ فقد نص المرسوم المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية بتاريخ 15 يوليوز 2015، على أنه يجوز للوزير المكلف بالمالية أن يأذن بموجب مقرر للأمرين

1: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، ص 61.

2: التقرير السنوي الصادر عن المجلس الأعلى للحسابات سنة 2011 ص 50.

3: المرسوم رقم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية بتاريخ 15 يوليوز 2015.

4: المادة 23 من المرسوم رقم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية بتاريخ 15 يوليوز 2015.

بالصرف والأمينين المساعدين بالصرف، القيام بتحويلات للاعتمادات بين الجهات داخل نفس البرنامج.

#### ثانيا: إجراءات ترحيل الاعتمادات:

يقصد بترحيل الاعتمادات نقل الاعتمادات والالتزامات التي لم تكن محل أداء إلى غاية 31 دجنبر من السنة المعنية إلى السنة المقبلة، فقد يحدث أن تلتزم الإدارة بنفقة سواء تعلق الأمر بصفقة أو اتفاقية.... ولم تتمكن من إصدار الأمر بأدائها إلى غاية نهاية السنة، وهذا يمكنها من ترحيل الاعتمادات والالتزامات المتعلقة بها إلى السنة القادمة، سواء تم البدء في تنفيذ هذه النفقة أو لم يتم بعد. وقد عمل المجلس الأعلى للحسابات من خلال تقاريره على تسجيل عدة ملاحظات تهم أسباب اللجوء إلى ترحيل الاعتمادات:

- ضعف نظام الترحيلات، إذ أن غالبية الأمينين بالصرف لم يتمكنوا من إعداد البيانات المطلوبة بكيفية دقيقة وهو ما ينم عن غياب آليات تتبع إنجاز مشاريع وبرامج الاستثمارات العمومية.
- عدم الإدلاء بالأسباب الكامنة وراء ترحيل الاعتمادات بشكل كامل، إذ أن الأمينين بالصرف لم يدلوا بالمعلومات المطلوبة حسب كل التزام آجال التنفيذ وطبيعة النفقات ونسبة التنفيذ....

○ عدم القيام بتخفيض الالتزامات المتعلقة بالاعتمادات المتبقية. وتتجلى المخاطر المرتبطة بترحيل الاعتمادات في صعوبة ضبط عملية نقلها، بسبب ضعف الاشتغال بالأنظمة المعلوماتية التي لها القدرة على ضبط عملية ترحيل الاعتمادات، إلى جانب ذلك هناك إكراه ضعف المصدقية في محاسبة الأمينين بالصرف<sup>1</sup>. وقد حاولت الحكومة من خلال معظم قوانين المالية التخفيف من اللجوء إلى ظاهرة ترحيل الاعتمادات نظرا لما لها من أثر سلبي على فعالية نفقات الاستثمار.

وللتحكم في ترحيل الاعتمادات فقد نص القانون التنظيمي الجديد لقانون المالية في المادة 63 على أنه «لا يجوز أن ترحل الاعتمادات المفتوحة برسم نفقات الاستثمار بالميزانية العامة وأرصدة الالتزام، المؤشر عليها والتي لم يصدر الأمر بصرفها، ترحل، ما لم ينص قانون

1: التقرير السنوي الصادر عن المجلس الأعلى للحسابات سنة 2011، ص 53.

المالية للسنة على خلاف ذلك في حدود سقف 30% من اعتمادات الأداء المفتوحة بميزانية الاستثمار لكل قطاع وزاري أو مؤسسة برسم السنة المالية<sup>1</sup> .

ويقوم مبدأ شمولية الاعتمادات على منح الأمرين بالصرف ونوابهم مرونة أكبر للتصرف في الاعتمادات الموضوعة رهن إشارتهم، وتهدف شمولية الاعتمادات كذلك إلى تحسين تنفيذ وبرمجة النفقات العمومية، والتقليص من الأجل التي كانت تستغرقها التحويلات في ظل المقاربة التقليدية لتدبير الميزانية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: إعادة تبويب الميزانية على أساس البرامج.

يشكل إعادة تبويب الميزانية على أساس البرامج والأداء إحدى الدعامات الأساسية لتطبيق التدبير القائم على النتائج، إذ يوفر قاعدة على أساسها يمكن اتخاذ قرارات الإنفاق، كما يعمل هذا التبويب على الربط بين الميزانية والأهداف الاستراتيجية للإدارة، كما يعمل على توفير سبل الرقابة على الحكومة لتحقيق أهدافها، كما يسعى هذا التبويب أيضا إلى توجيه الاهتمام بتوثيق العلاقة بين الخطط الطويلة والقصيرة الأمد<sup>3</sup>؛ ومنه كيف يمكن للتصنيف الحديث لبنود الميزانية ترشيد تنفيذ النفقات العمومية؟

### الفقرة الأولى: التصنيف الحديث للميزانية كآلية لترشيد النفقات العمومية.

يقصد بتصنيف الميزانية تجميع لعناصر النفقات والإيرادات ذات الطبيعة المتجانسة في مجموعة من الحسابات الرئيسية والفرعية بناء على أسس معينة بهدف تسهيل عملية المتابعة والرقابة، ويتبع المغرب حاليا عدة تصنيفات، وذلك لتحديد المبادئ التي يتم على أساسها إعداد الميزانية وتحديد أوجه وأهداف الإنفاق؛ وبالتالي سنحاول تناول مختلف التصنيفات ويتعلق الأمر بالتصنيف الإداري ثم الوظيفي والاقتصادي<sup>4</sup>.

#### أولا: التبويب الإداري:

تقدم نفقات الميزانية العامة داخل الأبواب في فصول منقسمة إلى مواد وفقرات وسطور حسب أوجه تخصيصها أو الغرض منها أو طبيعتها، يقرر فيما يرجع لنفقات التسيير

1: المادة 63 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130/13 المنفذ بموجب ظهير شريف رقم 62.15.2 الصادر في 15 شعبان 1436 2 يونيو 2015 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6378 بتاريخ 19 من «29 رمضان 1436 15» يوليو 2015.

2: الوزاني محمد: تطور مناهج الرقابة على المال العام بالمغرب – المراقبة الداخلية والتدقيق الداخلي، مرجع سابق، ص 50.

3: بودعكات محمد: التدبير المرتكز على النتائج في المالية العمومية، مرجع سابق ص 5.

4: الوزاني محمد: تطور مناهج الرقابة على المال العام بالمغرب – المراقبة الداخلية والتدقيق الداخلي، مرجع سابق، ص 59.

عن كل قطاع وزاري أو مؤسسة فصل للموظفين والأعوان، وفصل للمعدات، ويخصص لنفقات الاستثمار فصل عن كل قطاع وزاري أو مؤسسة<sup>1</sup>.

هكذا فننفقات الميزانية العامة تجمع في ثلاثة أبواب تتمثل في نفقات التسيير ونفقات الاستثمار والنفقات المتعلقة بخدمة الدين العمومي، ويشير الفصل على وجه التحديد، إلى ميزانيات الوزارات أو المؤسسات، إذ تتوفر كل وزارة أو مؤسسة على ثلاثة فصول، ففي ميزانية التسيير هناك فصل لنفقات الموظفين والأعوان وفصل للمعدات والنفقات المختلفة، بينما يخصص لنفقات الاستثمار فصل عن كل قطاع وزاري أو مؤسسة<sup>2</sup>.

لم يتم تقسيم الميزانية إلى فصول ومواد وفقرات، حسب القانون المعتمد قبل 1989 المتضمن لقواعد محددة، هذا الإصلاح يرمي إلى وضع حد للتعسف الذي يعرفه تقسيم الميزانية وإعطاء معنى لهذه التقسيمات الفرعية.

فالفصل يعد الوحدة الأساسية لتنفيذ النفقة العمومية، فهو إطار موجه للاعتمادات، فهو يشير دائما إلى وزارة أو مؤسسة، باستثناء الفصل المتعلق بالنفقات غير المتوقعة، وبالتالي يعطي لكل وزارة رمزا قارا لا يتغير مع تغيير قوانين المالية.

ويعد التقسيم الإداري للنفقة أسلوب بسيط وسهل وآمن لتوزيع العمليات المالية، وخاصة النفقات العمومية، لكنه أسلوب تقليدي ولا ينسجم مع الأدوار التي صارت تمارسها ميزانية الدولة في الحياة السوسيو-اقتصادية، خصوصا أبعادها الوظيفية، كما لا يتطابق مع المستجدات التي تعرفها أنظمة التدبير الحديثة، مما يتطلب اعتماد مناهج جديدة لإدماج البعد الوظيفي في الميزانية والانتقال بها من ميزانية وسائل إلى ميزانية برامج وأهداف<sup>3</sup>.

**ثانيا: تبويب النفقات بالميزانية على أساس الأبعاد الوظيفية والاقتصادية:**

يتم تقسيم النفقات بناء على الوظيفة التي يتم تخصيص النفقة لأدائها، فالنفقات العامة من خلال هذا التقسيم لم تعد أداة لتمويل الأجهزة الإدارية للدولة فحسب، بل أداة لتنفيذ السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ أي أن هناك أهدافا متعددة تسعى الدولة إلى تحقيقها، وبالتالي أصبح من الضروري أن يجري تقسيم النفقات العامة على أساس وظائف الدولة، التي تضطلع بها «الدفاع، الأمن،

1: دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي ص30

2: أضرىف عبد النبي: قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 13-113 ونصوصه التطبيقية، مرجع سابق ص 125.

3: أضرىف عبد النبي: قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 13-113 ونصوصه التطبيقية، مرجع سابق ص 106.

الخدمات الصحية، الخدمات التعليمية....» وليس وفقا للوحدات الإدارية التي أعطيت حق التصرف في النفقات كالوزارات<sup>1</sup>.

يتم التجميع في كل وظيفة البرامج والمشروعات والأنشطة التي تعمل في مجال طبيعة هذه الوظيفة، وتحقيق نتائجها وفقا لما هو مخصص من نفقات لكل من هذا التجميع وذلك بغض النظر عن الإدارات العمومية القائمة بالإنفاق؛ أي أن التبويب الوظيفي يتجه إلى عرض النفقات المخصصة للوظائف العامة للدولة وليس عرضها على أساس الإدارات العامة المتخصصة لها هذه النفقات<sup>2</sup>.

إن تبويب الميزانية على أساس الوظائف التي تقوم بها وتضمن كل وظيفة منها البرامج والأنشطة الرئيسية، وتحديد أهداف كل نشاط من الأنشطة فيها، بالإضافة إلى تحديد مؤشرات كمية ونوعية لها، تستخدمها الإدارة للتأكد من تحقيق تلك الأهداف وقياس أداء الإدارات التنفيذية، كل ذلك يشكل عنصرا هاما في التحول من ميزانية قائمة على ثقافة الوسائل المتاحة إلى ميزانية قائمة على النتائج والأهداف<sup>3</sup>.

أما في ما يتعلق بالتصنيف الاقتصادي؛ فيقصد به التبويب حسب الطبيعة الاقتصادية للنفقة، ويهدف إلى بناء جسور بين الميزانية العامة ومحاسبة الدولة، وذلك بالسماح للحصول على المعلومات الضرورية لاستكمال تجميع الحسابات الوطنية انطلاقا من البيانات المتعلقة بالمحاسبة العمومية من جهة، وإلى تسليط الضوء على آثار النفقات والإيرادات على مختلف الفاعلين الاقتصاديين<sup>4</sup>.

يستند التصنيف الاقتصادي على مستوى النفقات، على السطر الذي يشكل إحدى تقسيمات الفقرة، فكل فقرة يتم تقسيمها إلى سطور على أساس الطبيعة الاقتصادية التي تغطيها هذه السطور، يعطي لكل سطر رمز اقتصادي ويمكن لعدة سطور أن تأخذ رمزا اقتصاديا واحدا، يتميز الرمز الاقتصادي بالدقة الكبيرة لأنه يمكن أن يأخذ أربعة أرقام وكل رقم يعبر عن الانتقال إلى درجة الدقة أكثر تقدما، فالرقم الأول يشير إلى الفئة الاقتصادية

1 بن به إبراهيم: نظام مسؤولية المدبرين العموميين أمام القضاء المالي – دراسة قانونية قضائية مقارنة- منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية الطبعة الأولى 2017، ص 106.

2: دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي، منشورات وزارة المالية والخصوصية بشراكة صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة سنة 2005 ص 30.

3: دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج، مرجع سابق ص 31.

4: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص 112/111.



الرئيسية التي يدخل في إطارها الاعتمادات المفتوحة، بينما يشير الثاني إلى تقسيم فرعي لهذه الفئة الرئيسية، بينما يشير إلى تفصيل للفئة الثانوية<sup>1</sup>.

ومما لا شك فيه، أن هيكل الميزانية المعمول به حاليا له إيجابياته، إلا أنه لا يعكس التفاعلات داخل نفس القطاع بين النتائج التي تم الحصول عليها بفضل تعاون مجموعة من الوسائل «الموظفون، التسيير والاستثمار..» وليس فقط بفضل اعتمادات الاستثمار، كما لا يعكس التفاعلات القطاعية بين مختلف مكونات الاستثمار بالنسبة لوزارة معينة، مما يجعل من الصعب تحديد دقيق لمساهمة مختلف النفقات العمومية في تحقيق نفس الهدف.

### الفقرة الثانية: تدبير النفقات العمومية على أساس النتائج – محورية الأداء-

يشكل البرنامج أو المشروع الوحدة الأساسية التي يقوم عليها التدبير المرتكز على النتائج، فبرمجة الاعتمادات، وتنفيذ النفقات العمومية والمساءلة يجب أن تتم على هذا الأساس، ولتحقيق ذلك يجب إعادة النظر في هيكل الميزانية التي يجب تبويبها على أساس البرامج، وبما أن النتائج وتحقيق الأهداف هي المرتكزات الأساسية لهذا التدبير، فإنه يهتم بإعداد المؤشرات التي تمكن من رصد وتتبع أداء الوزارات ومدى تحقيق الأهداف المسطرة<sup>2</sup>.

#### أولا: تبويب الميزانية على أساس البرامج:

يشكل إدخال ميزانية البرامج عنصرا جوهريا بالنسبة للإصلاحات التي انخرط فيها المغرب في مجال المالية العمومية، والتي تهدف إلى تحديث آليات إعداد وتنفيذ والرقابة على النفقات العمومية، والتي تتطلب إعادة النظر في بنية وجدادة الميزانية والانتقال من التصنيف الإداري والوظيفي إلى التصنيف على أساس البرامج<sup>3</sup>.

وقد نص القانون التنظيمي الجديد لقانون المالية في المادة 38 على أنه: تقدم نفقات الميزانية العامة داخل الأبواب في فصول منقسمة إلى برامج وجهات ومشاريع أو عمليات، كما تقدم نفقات كل مرفق من مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة وكذا كل حساب من

1: مرجع سابق ص 114.

2: جفري سعيد: ما الحكامة؟ منشورات مطبعة الأمانة بالرباط، توزيع مكتبة الرشد سطات، العدد الأولى سنة 2014، ص 23.

3: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص 107.

الحسابات المرصودة لأمر خصوصية داخل كل فصل، في برنامج وعند الاقتضاء في برامج منقسمة إلى جهات ومشاريع أو عمليات<sup>1</sup>.

وتم تعريف البرنامج بأنه؛ مجموعة متناسقة من المشاريع والعمليات التابعة لنفس القطاع الوزاري أو المؤسسة، تقرن به أهداف محددة وفق غايات ذات منفعة عامة وكذا مؤشرات مرقمة لقياس النتائج المتوخاة والتي ستخضع للتقييم قصد التحقق من شروط الفعالية و النجاعة والجودة المرتبطة بالإنجازات<sup>2</sup>.

إن إعداد ميزانية البرامج بين الإدارة المركزية والمصالح اللامركزية، هي عملية تفاعلية تمر عبر مجموعة من المراحل؛ تبدأ بإعداد الإطار الاستراتيجي، حيث المرحلة الأولى: تقطيع أنشطة الوزارة وفقا للمجالات الاستراتيجية للنتائج، وذلك من أجل إقامة صلة قوية ومتسقة ما بين أنشطة الإدارات والسياسات الحكومية، كما يجب أن تكون هذه الأنشطة متسقة مع السياسات القطاعية المتوسطة الأجل للوزارة المعنية<sup>3</sup>.

وتعد دراسة البرنامج جوهر وحجر الأساس في تطبيق ميزانية البرامج، إذ أنه في هذا الأسلوب ينتقل الاهتمام من الوحدة الحكومية إلى البرنامج، لذلك فدراسة البرنامج وتحديد معالمه وخصائصه من طرف الإدارة المركزية تعد من أساسيات تطبيق هذا الأسلوب، وترمي هذه الدراسة إلى التأكد من أهمية الاستمرار في البرنامج أو من الضروري اقتراح برامج أخرى بديلة، وتحديد الأولويات بالمقارنة مع البرامج الأخرى، ثم تقييم مدى ملائمة البرنامج مع حاجيات المواطنين وأولويات السياسة الحكومية.

وقد اعتبر المغرب سنة 2014 مرحلة تجريبية للقانون التنظيمي لقانون المالية، ذلك من خلال تطبيق مقارنة جديدة للميزانية المعتمدة على البرامج بالنسبة لأربع قطاعات وزارية وهي: التربية الوطنية، الفلاحة والصيد البحري، المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر، ووزارة الاقتصاد والمالية، كما تخضع ميزانيات مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة لمتطلبات المقارنة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج وحسن أداء الخدمات المقدمة للمواطنين، وتهدف هذه المقارنة إلى إرساء تغيير عميق في ممارسات الميزانية وكذا التسيير المالي بالمغرب، وتماشيا مع هذه المقارنة الجديدة للتدبير الميزانياتي، يجب أن تستوفي هذه المرافق لشروط الأهلية والمتعلقة بما يلي: تغطية 50 من نفقاتها بواسطة موارد ذاتية،

1: المادة 38 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

2: المادة 39 من القانون التنظيمي للمالية رقم 130.13.

3: الوزاني محمد: تطور مناهج الرقابة على المال العام بالمغرب، مرجع سابق ص 54.

في إطار ترشيد إحداث مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة، وتهدف هذه العملية إلى إبراز العلاقة بين الاعتمادات المرصدة للعملية والبرنامج أو نشاط معين والنتائج المحددة والمنتظر إنجازها بواسطة الاعتمادات، على أن تكون هذه النتائج قابلة للقياس بواسطة مؤشرات للأهداف يتم تحديدها سلفاً أثناء إعداد ميزانيات المرافق<sup>1</sup>.

ويواجه تطبيق ميزانية البرامج عدة صعوبات وعراقيل يمكن إجمالها فيما يلي:

- صعوبة تحديد مؤشرات قياس الأداء لبعض الأنشطة الإدارية.
- ضعف خبرة وكفاءة الموظفين، حيث يتطلب تطبيق ميزانية البرامج توفر بعض الخبرات الفنية المتخصصة في الوزارات والإدارات العمومية.
- القصور في مجال التخطيط لدى الوزارات، حيث يتم التركيز على البرامج والمشاريع كغايات في حد ذاتها دون ربطها بالأهداف الاستراتيجية للوزارة أو الأهداف والأولويات الوطنية.
- ارتفاع تكلفة تطبيق هذا المفهوم، لما يتطلبه من جهود وأعباء كثيرة لإعداد التقارير الخاصة بمراحل إعداد وتنفيذ ومتابعة وتقييم البرامج والمشاريع، هذا علاوة على تكاليف التدريب اللازمة لتأهيل الموظفين في الوزارات والإدارات العمومية على ميزانية البرامج.
- عدم ملائمة الهياكل الإدارية للوزارات والمصالح اللامركزية لمتطلبات تطبيق الميزانية القائمة على النتائج، حيث تتداخل اختصاصات هذه الوزارات، وقد تقوم أكثر من وزارة بتطبيق برامج متشابهة أو بجزء من برنامج، ويتربط على ذلك غياب النظرة الشمولية للبرامج وصعوبة تقييم وتحديد المسؤولية<sup>2</sup>.

#### ثانياً: أليات تتبع تنفيذ ميزانية البرامج:

يشكل الرصد أو التتبع: أحد العناصر الأساسية في التدبير الميزانياتي القائم على النتائج، فهو يمكن من تقييم دقيق لأداء المصالح اللامركزية، ويتم عرض ميزانية البرامج على شكل وثيقة نموذجية تتضمن الالتزامات المتبادلة بين الإدارة المركزية والمصالح الخارجية، وكذا سلسلة من المؤشرات، يتم دمجها في لوحة أو عدة أدوات القيادة، و يتم رصد وتتبع تنفيذ ميزانيات – البرامج – عبر هذه المؤشرات ولوحات القيادة<sup>3</sup>.

1: Mimoun Lmimouni، La réforme du contrôle des dépenses de l'état ، RFFT N 102 JUIN 2008 P 108.

2: المجموعة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية، دليل اللقاء التدريبي، أهمية التحول من موازنة البنود إلى موازنة البرامج والأداء ودور الجهاز الأعلى للرقابة في ذلك، بيروت من 2009/10/02 إلى 2009/10/02 ص 58.

3: الوكالة الكندية للتنمية، منهج الإدارة بالنتائج، دليل الجمعيات الأهلية في تطبيق الإدارة بالنتائج، يونيو 2008، ص 15.

ومن الأسباب الرئيسية لنجاح منهجية الإدارة بالنتائج، هو تركيزها المستمر على عمليتي المتابعة والتقييم من أجل ضمان تحقيق النتائج المرجوة، حيث أنه ما إن يتم تحديد النتائج المرجوة للمشروع أو البرنامج أثناء مرحلة التخطيط، تظهر الحاجة إلى ضرورة وجود دليل لقياس الأداء ولتتبع مدى تقدم الأهداف المسطرة، وهنا تعتبر المؤشرات أهم أداة لقياس وتتبع التقدم المحرز نحو تحقيق النتائج جزئياً أو كلياً<sup>1</sup>.

فالمؤشر هو وحدة قياس ما يجب قياسه باستخدام مدى أو معيار للقياس، إلا أنه لا يوضح الاتجاه أو التغيير، ومن ثم فإن المؤشرات يجب أن تكون أدوات لقياس محايدة مثل عدد ... بدلا من زيادة أو نقصان، تقوم المؤشرات بدور هام خلال المراحل المختلفة للبرنامج، ففي مرحلة تخطيط أو تصميم المشروع تشير إلى التغييرات المحددة في بيان النتائج، وخلال مرحلة التنفيذ تشير إلى الإجراءات الجاري إعدادها وما إذا كانت الأنشطة تضي في طريقها المحدد من قبل، وخلال عملية المتابعة وإعداد التقارير فإنها تساعد المسؤولين بالمشروع على متابعة مدى ما تحقق من تقدم على أن تظل التقارير مرتكزة حول النتائج<sup>2</sup>.

ويحدد لكل مؤشر هدفا واحدا أو أكثر، يتيح التحقق من الإنجاز، ضمن مسارات لقياس أداء الإدارة، إذ بعد تنفيذ البرامج والأنشطة المحددة في الميزانية العامة، لا يكفي لقياس أداء إدارة ما وتحديد هدف لها، وإنما يجب تحديد المؤشرات اللازمة لكل هدف بمفرده، ويتمتع كل مؤشر بمجموعة من الخصائص أهمها<sup>3</sup>:

- أن يكون المؤشر متجانسا مع الهدف دالا بوضوح على تحقيقه، من أجل التمكن من قياس حسن الأداء.
- أن يعكس مضمون المؤشر النتيجة المنتظرة من البرنامج، على أنه يجب تجنب المؤشرات المهمة التي توصل إلى نتائج هامشية غير أساسية لا تمت بصلة إلى الأهداف الموضوعية لقياس الأداء أو تلك التي يكون لها نتائج عكسية تسهم في تضليل الإدارة والجهات الرقابية ولا تساعد على تحسين الأوضاع التي تستهدفها عملية قياس الأداء.

1: جيري نجيب: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، مرجع سابق ص 107.

2: الوكالة الكندية للتنمية، منهج الإدارة بالنتائج، دليل الجمعيات الأهلية في تطبيق الإدارة بالنتائج، يونيو 2008، ص 15.

3: المجموعة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، دليل اللقاء التدريبي، أهمية التحول من موازنة البنود إلى موازنة البرامج والأداء ودور الجهاز الأعلى للرقابة في ذلك، بيروت من 2009/10/02 إلى 2009/10/02 ص 58. انظر الموقع الإلكتروني التالي:

واتضح لنا من خلال دراسة التجربة المغربية في تبني التدبير المتمحور حول النتائج أنها لازالت تعاني من عدة اكرهات منها:

- قصور في لجوء الأمرين بالصرف إلى آلية ترحيل الاعتمادات، بل لازال يتم اللجوء إلى التنفيذ من أجل التنفيذ فقط بدون هدف.
- ضعف في هيكلية الميزانية وفق التصنيف الحديث القائم على البرامج لثلاثة سنوات، ومراعاة البعد الاقتصادي في إعداد الميزانية وتجاوزا التقسيم الكلاسيكي للميزانية.
- محدودية ثقافة التدبير المتمحور حول الأداء.

### خاتمة:

يتسم مسلسل تنفيذ نفقات الدولة بالبطء والتأخير؛ حيث إن نصف الالتزامات بالنفقات لا تتم إلا في الشهرين الأخيرين من السنة، ونفس المعطى يتم على مستوى الصفقات العمومية، وتتجلى أسباب البطء والتأخير في ضعف المعلومات لدى المصالح الأمرة بالصرف، كما أن خضوع تدبير نفقات الدولة لعدة أصناف من النصوص التنظيمية والتشريعية يساهم في تعقيد مسلسل تنفيذ النفقات العمومية، بسبب تعدد المتدخلين في مسلسل النفقة على مستوى الإعداد أو التنفيذ أو في عملية المراقبة، وإذا كان هذا التعدد يرمي عقلنة تدبير المالية العمومية والوقاية من سوء تدبيرها، فإنه من جهة أخرى يؤدي إلى تعقيد مساطر تنفيذ الميزانية وتكريس هيمنة وزارة المالية في أغلب مراحل التنفيذ.

إضافة إلى ذلك فإن المقاربة التقليدية لتدبير النفقات العمومية تركز على منطلق الوسائل بدون أهداف، وتتميز بثقل الرقابة السابقة الممارسة على نفقات الدولة، حيث تخضع جميع العمليات المالية للتأشيرة المسبقة للمحاسب العمومي، كما أن المراقبة السابقة، تقتصر على مشروعية العمليات؛ وهذا المعطى لا يساهم في الرفع من فعالية تنفيذ النفقات العمومية نظرا لغياب مراقبة الأداء، مع تقادم نظام المحاسبة العمومية. ولهذا شكل خطاب إصلاح وتحديث منظومة نفقات الدولة مطلبا ملحا من أجل تجاوز الاختلالات والعيوب التي طبعت المقاربة التقليدية لتنفيذ نفقات الدولة المبنية على الوسائل، وترتكز المقاربة الحديثة على أساس النتائج على العناصر التالية:

إعادة هيكلية الميزانية وفق منطلق الأهداف ووضع برامج متعددة السنوات، اللجوء إلى آلية شمولية الاعتمادات، اللجوء إلى آلية الشراكة والتعاقد، ثم التدبير المعلوماتي للنفقات العمومية، تبسيط المساطر، اللجوء إلى نظام المراقبة المخففة بعد خضوع المصالح الأمرة بالصرف لافتحاص الكفاءة التدبيرية.

## لائحة المراجع

### الخطب الملكية:

الخطاب الذي ألقاه جلاله الملك في افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الخامسة من الولاية التشريعية الثامنة، يوم الجمعة 14 أكتوبر 2011

### الكتب:

إبراهيم بن به: نظام مسؤولية المدبرين العموميين أمام القضاء المالي – دراسة قانونية قضائية مقارنة-منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية الطبعة الأولى 2017.  
سعيد جفري: ما الحكامة؟ منشورات مطبعة الأمنية بالرباط، توزع مكتبة الرشاد سطات، العدد الأولى سنة 2014.

عبد النبي اضريف: قانون ميزانية الدولة على ضوء القانون التنظيمي للمالية 13-113 ونصوصه التطبيقية، منشورات EMALIV سلسلة النصوص القانونية العدد 9 مطبعة بني ازناسن، الطبعة الرابعة سنة 2016.

### المقالات:

عثمان كاير: إصلاح القانون التنظيمي للمالية من أجل إقرار المساءلة المالية، منشور بالمجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 8 سنة 2012.

نجيب جيري: تنزيل الدستور المالي بالمغرب بين ضرورة الإصلاح ورهان الحكامة المالية، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد السادس الطبعة الأولى 2013.

### الندوات والأيام الدراسية والتقارير:

دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي، منشورات وزارة المالية والخصوصية بشراكة صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة سنة 2005.

تقرير صادر عن البنك الدولي، إصلاح إدارة المالية في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، لمحة عامة عن التجربة الإقليمية، الجزء الأول يونيو 2010.

أيام دراسية بالمجموعة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، دليل اللقاء التدريبي، أهمية التحول من موازنة البنود إلى موازنة البرامج والأداء ودور الجهاز الأعلى للرقابة في ذلك، بيروت من 2009/10/02 إلى 2009/10/02.

تقرير صادر عن الوكالة الكندية للتنمية، منهج الإدارة بالنتائج، دليل الجمعيات الأهلية في تطبيق الإدارة بالنتائج، يونيو 2008.

### النصوص التشريعية والتنظيمية:

- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 29 يوليوز 2011 الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.
- القانون التنظيمي للمالية رقم 13/13 المنفذ بموجب ظهير شريف رقم 62.15.2 الصادر في 15 شعبان 1436 2 يونيو 2015 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6378 بتاريخ 19 من « 29 رمضان 1436 » 15 يوليو 2015.
- المرسوم رقم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية بتاريخ 15 يوليوز 2015.

### Revus et articles:

- Oualalaou Ftah lah:** « Stratégie et axes de la réforme budgétaire au Maroc » ،Revue marocaine d'audit et de développement ،N 25 ،2008.
- Mohamed Moume:** Le contrôle de la dépense publique ،revue al maliya. N 102 année 2008.
- Mimoun Lmimouni:** La réforme du contrôle des dépense de L'état ، RFFT N 102 JUIN 2008.

## الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي

د. عبد الرحيم رضاي، أستاذ باحث

كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية بأكادير

جامعة ابن زهر

### مقدمة:

قدمت الحواسيب الآلية وشبكات الأنترنت الرقمي في جميع مناحي الحياة، حيث أضحى من السهل الوصول إلى معلومات متوافرة في تخصصات ومجالات معينة، وصار التعامل مع قواعد البيانات والنظم الآلية حقيقة واقعية تسري فيها المعلومات، ويجري التعامل معها بمختلف الصور من إدخالها وتخزينها ومعالجتها وتعديلها إلى آخره. إلا أن هذا التقدم المذهل واكبه من جهة أخرى تطور الفكر والعقل البشري الإجرامي، مما أدى إلى إفراز أنواع جديدة من السلوك الإجرامي تمثلت في ظهور الجريمة المعلوماتية.

وأمام هذا الوضع المقلق اهتم المجتمع الدولي بمسألة مكافحة الجرائم الإلكترونية، وعملت معظم التشريعات الجنائية على توفير الحماية القانونية وإيجاد نظام عقابي لمرتكب جرائم الحاسوب وشبكة المعلومات لما تنطوي عليه من مخاطر عديدة وخسائر كبيرة تلحق بالمؤسسات والأفراد باعتبارها تستهدف الاعتداء على البيانات والمعلومات وتمس الحياة الخاصة للأفراد.

وقد نتج عن الطبيعة التقنية والفنية للجريمة الإلكترونية نوع جديد من الأدلة في مجال الإثبات الجنائي، يطلق عليه الدليل الإلكتروني، فأصبح بالتالي لزاما على أجهزة العدالة التعامل مع هذا الأخير، كدليل مستحدث في مجال الإثبات الجنائي، مما يحتم عليها أن تأخذ به مواكبة للتطور التكنولوجي من جهة أو مكافحة الإجرام المعلوماتي من جهة ثانية. ويعتبر موضوع الدليل الإلكتروني في المجال الجنائي من المواضيع التي شغلت فقهاء القانون والمشرعين، وهذا الاهتمام يرجع لكون هذا الدليل دليلا مستحدثا وذو طبيعة صعبة ومعقدة، فهو الوسيلة الرئيسية لإثبات الجريمة المعلوماتية؛ وبالتالي أصبح القاضي الجنائي يستند إليه ويبني حكمه عليه.

ولكل ما سلف، فإن الدليل الإلكتروني يطرح إشكال محوري يتمثل أساسا في مدى حجية هذا الدليل أمام المحاكم؟ وما تأثيره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي؟ ويتفرع عن هذا الإشكال عدة تساؤلات وهي كالتالي:



ما المقصود بالدليل الإلكتروني؟ وكيف يمكن استخلاصه من البيئة الإلكترونية التي يتواجد بها؟ وماهي الصعوبات التي تواجه الجهات المختصة في الحصول على الأدلة الإلكترونية؟ وما تأثيرها على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي؟

وسنعمد للإحاطة بهذا الاشكال تقسيم ثنائي، نتناول فيه مبحثين حيث سنعنون المبحث الأول بماهية الدليل الإلكتروني والقواعد الإجرائية لاستخلاصه، في حين المبحث الثاني فسيكون بعنوان القيمة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي.

### **المبحث الأول: ماهية الدليل الإلكتروني والإجراءات الخاصة لاستخلاصه**

يعد الإثبات الجنائي بالأدلة الإلكترونية من أبرز تطورات العصر الحديث، والتي جاءت لتلائم الثورة العلمية والتكنولوجية والتقنية في عصرنا الحالي، والتي تطور معها الفكر الإجرامي الذي صاحب ظهور ما يعرف بالجرائم المعلوماتية، هذه الأخيرة التي لم يعد خطرها أو أثارها محصورة في النطاق الإقليمي لدولة معينة، الأمر الذي بات يثير بعض التحديات القانونية والعملية أمام الأجهزة المعنية بمكافحة الجريمة وبالذات فيما يخص إثبات هذه الجرائم.

ومن ثم كان لا بد من البحث عن حلول مناسبة تتوافق مع طبيعة هذه الجرائم المستحدثة فيما يخص قبول الدليل الإلكتروني ومباشرة بعض إجراءات التحقيق عبر الفضاء المعلوماتي، خاصة أن الدليل الإلكتروني هو دليل فني وتقني يتطلب وسائل خاصة للحصول عليه.

### **المطلب الأول: ماهية الدليل الإلكتروني**

ترتكز عملية الإثبات الجنائي للجرائم المعلوماتية على الدليل الإلكتروني باعتباره الوسيلة الرئيسية لإثبات هذا النوع من الجرائم، وهذا ما يقتضي منا ضرورة التطرق إلى تعريف هذا الدليل وكذا بيان بعض الخصائص التي تميزه عن باقي الأدلة في الميدان الجنائي.

### **الفقرة الأولى: تعريف الدليل الإلكتروني**

إن التعاريف التي جاءت فيما يخص الدليل الإلكتروني، كانت متباينة، ومختلفة، وهذا راجع للعلم الذي ينتمي إليه هذا الدليل، فاختلقت بين أولئك الباحثين في المجال التقني، والباحثين في المجال القانوني.

فقد عرف بعض الفقه الدليل الإلكتروني بكونه الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر، وهو يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها

وتحليلها، باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيات خاصة، وهو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة، مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ القانون وتطبيقه.<sup>1</sup>

وعلى ما يبدو فإن هذا التعريف قد قصر مفهوم الدليل الإلكتروني على ذلك الذي يتم استخراجها من الحاسوب الآلي، وبالتالي ضيق من دائرة الأدلة الإلكترونية المستمدة من أية آلة إلكترونية أخرى.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه ذلك الجزء المؤسس على الاستعانة بتقنية المعالجة التقنية للمعلومات، والذي يؤدي إلى إقناع قاضي الموضوع بثبوت ارتكاب شخص ما لجريمة عبر الأنترنت.<sup>2</sup>

وعرفت المنظمة العالمية لدليل الكومبيوتر IOCE الدليل الإلكتروني بأنه المعلومات ذات القيمة المستحتملة والمخزنة أو المنقولة في صورة رقمية.<sup>3</sup>

وعموماً فإن الدليل الإلكتروني له دور أساسي في التعرف على كيفية حدوث الجريمة المعلوماتية بغرض إثباتها ونسبتها لمرتكبها ومن ثم محاكمتهم وتنفيذ الحكم عليهم.

### الفقرة الثانية: خصائص الدليل الإلكتروني

للدليل الإلكتروني خصوصيات تجعله يمتاز عن الأدلة الجنائية التقليدية، هذه الخصائص التي يمكن إجمالها فيما يلي:

○ الدليل الإلكتروني دليل علمي: الدليل الإلكتروني هو الواقعة التي تؤكد عن وقوع فعل جرمي، وهذه الواقعة مبناهما علمي، حيث أن مبنى العالم الافتراضي علمي، وهذه الخاصية يعنى بها أن الدليل الإلكتروني لا يمكن الحصول عليه ولا الإطلاع

1 محمد نافع فالح رشدان العدواني، حجة الدليل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات في المسائل الجنائية (دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأردني)، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون العام تشرين الثاني 2015، ص 19-20

2 ضياء علي احمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2011، ص 282.

3 سلامة محمد لمنصوري، تطبيق مبدأ الاقتناع القضائي على الدليل الإلكتروني، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية، كلية القانون، قسم القانون العام، نوفمبر 2018 ص 18.

على فحواه إلا باستخدام الأساليب العلمية<sup>1</sup>؛ وعليه فإن الدليل الإلكتروني يستند للمنطق العلمي ولا يخرج عنه؛

○ الأدلة الإلكترونية تتكون من بيانات ومعلومات ذات هيئة إلكترونية غير ملموسة، لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات الحاسبات الآلية؛

○ الأدلة الإلكترونية يمكن استرجاعها بعد محوها، وإظهارها بعد إخفائها، فهناك العديد من البرامج الحاسوبية التي تكمن وظيفتها في استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغائها؛

○ الدليل الإلكتروني قابل للنسخ: يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الإلكترونية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية والحجية الثبوتية، الشيء الذي لا يتوفر في أنواع الأدلة الأخرى؛ مما يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد التلف والفقء، والتغيير عن طريق عمل نسخ طبق الأصل من الدليل.<sup>2</sup>

بالإضافة إلى ما تم ذكره، فإن الأدلة الجنائية الإلكترونية تمتاز بكونها ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان إلى آخر عبر شبكة الاتصال متعددة لحدود الزمان والمكان.

والدليل الإلكتروني أيضا يمكن من رصد المعلومات على الجاني وتحليلها في ذات الوقت، فهذا الدليل يمكنه أن يسجل تحركات الفرد، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته، وبعض الأمور الشخصية عنه، لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.<sup>3</sup>

1 شهرزاد حداد، الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جنائي للأعمال، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق-السنة الجامعية 2017/2016 ص 13

2 بشرى عواطة، حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945، قسم العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون الأعمال: السنة الجامعية 2017-2018 ص 31.

3 عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية دراسة تطبيقية مقارنة المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص 14-15.

## المطلب الثاني: إجراءات وصعوبات الحصول على الدليل الإلكتروني

ترتب عن الانتشار الواسع لوسائل الاتصال، ظهور نمط جديد من الإجرام، تجسد في انتشار الجرائم المعلوماتية، هذه الأخيرة التي فرضت بقوة على أجهزة العدالة الجنائية التعامل مع أشكال مستحدثة من الأدلة غير المادية في مجال الإثبات الجنائي، الشيء الذي جعل العديد من الدول تعمل على تطوير أساليب كشف وضبط هذه الجرائم بما يحقق متطلبات العدالة الجنائية. ومن هذا المنطلق سنعالج في هذا المطلب الاجراءات المتبعة للحصول عن الدليل الإلكتروني مع بيان مختلف الصعوبات التي تواجهها أجهزة التحقيق في جمع هذا النوع من الأدلة.

### الفقرة الأولى: إجراءات الحصول على الدليل الإلكتروني

○ التفتيش:

يتطلب الأمر في كثير من الأحيان ولوج البيئة المعلوماتية بحثا عن الدليل وكشف مرتكب الفعل الجرمي وتعبه، فالتفتيش في نظم المعالجة الآلية من أخطر المراحل لأنه يكون على طابع غير مرئي ولا يعد إلا أن يكون معلومات إلكترونية ليس لها مظهر محسوس خارجيا. لذلك فيتطلب لإجراء التفتيش في نظم المعلومات أن يكون القائم به على دراية وعلم بتلك التقنيات المستحدثة؛ ومع ذلك فإن التفتيش وما في حكمه في نطاق البيئة الافتراضية ينظر إليه في كثير من الأحيان، على أنه غير مجد لما يكتنفه من صعوبات أثناء تنفيذه مقارنة مع التفتيش في الجرائم التقليدية.<sup>1</sup>

ومما لاشك فيه فإن إجراءات التفتيش وحجز الدليل الإلكتروني في الجريمة الإلكترونية يتطلب قواعد شكلية تنسجم وطبيعة الجرائم المعلوماتية، وهذا ما أوصت به المادة 19 من اتفاقية بودابست التي تقر بضرورة تأمين عملية التفتيش والدخول على أي نظام كومبيوتر أو أي جزء منه والبيانات المخزنة فيه، وضمان عملية البحث أو الدخول المماثل أو أي جزء موجود في مكان آخر، إضافة إلى منح الهيئات المختصة صلاحية الضبط والتأمين للبيانات وأخذ نسخ منها والاحتفاظ وجعلها غير قابلة للدخول عليها أو حذفها من النظام.<sup>2</sup>

1 موسى مسعود ارحومة، الاشكاليات الاجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني [www.iefpedia.com](http://www.iefpedia.com) تاريخ الدخول 2019-12-04 الساعة 21h50.

2 هشام ملاطي، خصوصيات القواعد الاجرائية للجرائم المعلوماتية محاولة لمقاربة مدى ملاءمة القانون الوطني مع المعايير الدولية، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية لسلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط الخميس 05 دجنبر 2013، مطبعة الأمنية، الرباط الصفحة 73

وبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية المغربي، نجد أن المشرع نظم التفتيش بمقتضى المواد 59، 60، 62 ووضع له ضوابط يجب احترامها من قبل القائمين به، إلا أنه باستقراءنا لهذه المواد نلاحظ أنها لم تتطرق إلى تفتيش النظام المعلوماتي، وهنا يطرح السؤال حول مدى إمكانية وقابلية البيانات المعلوماتية لأن تكون محلا للتفتيش من عدمه طبقا للنصوص التقليدية، ذلك أن إجراءات التفتيش المضمنة بتلك المواد تبقى خاصة بالجرائم التقليدية، وبهذا فإنها لا تساير القواعد المنصوص عليها في اتفاقية بوداسبت.

أما المشرع الجزائري، فقد أجاز صراحة تفتيش المنظومات المعلوماتية، وذلك بموجب المادة 05 من القانون 09/04 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، وذلك من خلال السماح للسلطات القضائية المختصة، وكذا ضباط الشرطة القضائية من الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها وكذا منظومة تخزين معلوماتية<sup>1</sup>.

وعليه فإننا ندعو المشرع المغربي التدخل من أجل تعديل مواد التفتيش تماشيا مع ما جاءت به الاتفاقيات التي وقع عليها وذلك لأن القواعد الإجرائية الواردة في قانون المسطرة الجنائية الحالي لم تعد كافية وقادرة على ضبط الجريمة الإلكترونية، حيث أن إجراءات التفتيش وحجز الدليل الإلكتروني يحتاج إلى قواعد شكلية تنسجم مع خصوصية الجرائم المعلوماتية.

#### ○ حجز الدليل الإلكتروني:

إن النتيجة الطبيعية التي ينتهي إليها التفتيش هي ضبط الأدلة التي يتم الحصول عليها أثناءه، فغالبا ما تنتهي عملية التفتيش بحجز الوسائل والأدوات والأسلحة التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة؛ ذلك أن الغاية من الحجز تكمن في المحافظة على الأدلة من الاندثار، فالمشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من المادة 57<sup>2</sup>، أعطى صلاحية للسلطات المختصة بحجز كل ما يمكن أن يفيد في البحث وكشف الحقيقة. فالحجز لا يرد إلا على الأشياء المادية، وعلى هذا الأساس فإن ضبط المكونات المادية للحاسوب لا تثير أي إشكال، لكن هذا الأخير يثار في حالة إذا ما تم تعلق الأمر

1 سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية تخصص العلوم الجنائية، جامعة الحاج لخضر باتنة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2012-2013 ص 147.

2 انظر المادة 57 من قانون المسطرة الجنائية الجديد.

بمكونات الحاسوب المعنية التي لا تصلح بطبيعتها محلا لوضع اليد، فمقتضيات المادة 59 من القانون السالف الذكر، تفرغ على أنه يمكن لضابط الشرطة القضائية إجراء تفتيش لمنزل إذا كان ذلك سيساعد على حجز أوراق ومستندات تساعد على إثبات الجناية أو الجنحة. ومن هنا يتضح أن المشرع لم يعترف بعد بالمستندات الإلكترونية، إذا تم حجزها في التفتيش كأداة لإثبات الجريمة، ذلك أن المادة 59 قاصرة فقط على الأوراق ومن تم استبعاد الوثائق الأخرى بما في ذلك الرقمية، والحال أنه يتعين اعتماد صيغة تشمل هذه الأخيرة وبالتالي إتاحة إمكانية الولوج إلى الوسائط الإلكترونية والتحفز على البيانات واستغلال مضامينها في البحث لاعتمادها كأدلة عند الاقتضاء<sup>1</sup>.

غير أن الملاحظ أن المشرع قد تدارك هذا النقص في المادة 59<sup>2</sup> من مشروع قانون المسطرة الجنائية حيث ضمن المعطيات المعلوماتية بجانب المستندات والأوراق العادية. ○ إجراء تعقب عمليات التواصل:

منحت المادة 18 من اتفاقية بودابست للسلطات المختصة صلاحية إصدار الأوامر إلى الأشخاص لتقديم البيانات الموجودة على الكمبيوتر الذي بحوزتهم أو تحت سيطرتهم، وكذا كل مقدم خدمة من أجل تقديم ما يتعلق بالخدمات الموجودة بحوزته أو تحت سيطرته<sup>3</sup>. وتقابل المادة 18 من الاتفاقية المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية التي أجازت لقاضي التحقيق أو الوكيل العام للملك، إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك وإذا تعلق الأمر بجرائم محددة على سبيل الحصر في نفس المادة، التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وأخذ نسخ منها أو حجزها، غير أن ما يعاب على هذا الإجراء هو أن الجريمة المعلوماتية لا تدخل في زمرة الجرائم المحددة في المادة 108.

كما أنه وإن كان قانون المسطرة الجنائية يتضمن بعض الأحكام التي تتعلق بجمع أو تسجيل الاتصال، وهذا ما يبدو من خلال المادة 114 من نفس القانون، حيث سمح المشرع أثناء القيام بعمليات التقاط الاتصالات المأذون بها وتسجيلها وأخذ نسخة منها وحجزها، بإمكانية الحصول على المعلومات والوثائق الضرورية للتعرف على الاتصال الذي سيتم

1 حفيظ الزاوي، الآليات القانونية والاجرائية للحد من آثار الجريمة الإلكترونية على الائتمان المالي، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف برباط الخميس 05 دجنبر 2013، مطبعة الأمنية الرباط ص 162.

2 المادة 59 من مشروع قانون المسطرة الجنائية "..... أو يحوزون مستندات أو وثائق أو معطيات أو أدوات معلوماتية...."

3 ضياء علي احمد نعمان، عبد الرحيم بن بوعيدة، موسوعة التشريعات الإلكترونية المدنية والجنائية، الجزء الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2010.

التقاطه من أي مستغل لشبكة عامة أو مصلحة الاتصالات، فإن هذه المقتضيات تبقى قاصرة لارتباطها بمسطرة التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد، والتي لا تدخل في طياتها الجرائم المعلوماتية.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: صعوبات جمع الأدلة الإلكترونية

عملت العديد من التشريعات الجنائية على وضع قواعد موضوعية لمحاربة الجرائم المعلوماتية وإجراء تعديلات في القواعد الإجرائية بتطوير أدوات وأساليب ضبط هذه الجرائم، إلا أن هناك صعوبات تعترى السلطات المختصة في الحصول على الدليل الإلكتروني، هذه الأخيرة التي يمكن اجمالها في النقاط التالية:

○ إخفاء الدليل: تقع الجريمة المعلوماتية في بيئة افتراضية، الشيء الذي يصعب معه اكتشاف هذه الجريمة بل وحتى التحقيق فيها، فالدليل في الإجراء المعلوماتي سهل طمسه أو محوه، فضعف الأنظمة الرقابية تمكن مرتكبي الجرائم الإلكترونية من التسلل والعبث في النبضات والذبذبات الإلكترونية، هذه الأخيرة التي تكون غير مرئية بالعين المجردة، فهي تصل في حجمها وشكلها ومكان تواجدها إلى درجة شبه منعدمة بحيث أنه لا يمكن رؤيتها إلا من خلال الاستعانة بأجهزة ووسائل تقنية.<sup>2</sup> وهكذا يستطيع الجناة في الجرائم الإلكترونية إخفاء جرائمهم وطمس آثارها في وقت قياسي وقبل أن تصل إلى سلطات التحقيق، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبات تعيق إجراءات التحقيق الرامية إلى الوصول للدليل.

○ غياب الدليل المادي: على عكس الجرائم التقليدية التي تكون فيها الأدلة مرئية فإن الجرائم التي تقع على النظم المعلوماتية أو بواسطتها تكون أدلتها عبارة عن بيانات غير مرئية، لا تفصح عن شخصية معينة عادة، مسجلة إلكترونياً بصورة مرمزة عن دعائم أو وسائط التخزين ضوئية لا يستطيع الإنسان قراءتها، وبالتالي يمكن التلاعب بها دون أن تترك أي آثار، الشيء الذي يعوق أو يحول دون كشف شخصية المجرم.<sup>3</sup>

1 يوسف فجاج، خصوصية البحث عن الجريمة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني [www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)، تاريخ الدخول 12-2019-05 على الساعة 20min12

2 جاسم خريبط خلف، صعوبات الدليل الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني [www.lasy.net](http://www.lasy.net)، تاريخ الدخول 2019-12-05 على الساعة 2h30min

3 ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، م س، ص 341

ولعل صعوبة كشف الدليل تزداد بصورة خاصة متى ارتكبت هذه الجرائم في مجال العمل من قبل العاملين ضد المؤسسات التابعين لها، فبحكم الثقة في هؤلاء يسهل عليهم اقرار جرائمهم دون أن يتركوا أية آثار تدل عليهم<sup>1</sup>.

كما أن سرعة مرور البيانات الرقمية عبر الشبكات لأقل من جزء من الثانية مع مهارة المجرمين في تدمير الأدلة أو تحريف أو تعديل البيانات لحماية أنفسهم يكون له تأثير عكسي عند البحث عن دليل إدانة أو البراءة<sup>2</sup>.

فالمجرم المعلوماتي يتسم بالذكاء والخبرة مقارنة بالمجرم العادي، وهذا ما يجعله يخطط ويدبر الجريمة قبل الإقدام على ارتكابها، محصنا نفسه بوسائل الحماية الفنية التي من شأنها إعاقة مهمة أجهزة التحقيق في الوصول إلى الدليل.

وتعزيزا لكل ماسبق، فإن الوصول إلى الدليل الإلكتروني تعثره العديد من العقبات تكمن في أن الجناة في الجرائم المعلوماتية غالبا ما يتوقفون في إخفاء هوياتهم، الشيء الذي يصعب معه على أجهزة التحقيق تعقبهم أو كشف أمرهم.

## المبحث الثاني: القيمة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات

### الجنائي

إن القاضي الجنائي لا يمكنه أن يفصل في الدعوى إلا بعد إحاطته بوقائعها، والتي تطرح أمامه في شكل أدلة وهذه الأخيرة تعتبر الوسيلة التي يبني على أساسها قناعته، وقد توجس كل من الفقه والقضاء خيفة من الدليل الإلكتروني لإمكانية عدم تعبيره عن الحقيقة نظرا لما يمكن أن تخضع له طرق وأساليب الحصول عليه من التزيف والتحريف والعبث، وهو ما يثير مسألة مشروعية الأخذ به، إذ يشترط في الأدلة الجنائية بوجه عام والدليل الإلكتروني بوجه خاص أن يكون مشروعاً من حيث وجوده ومن حيث الحصول عليه، فمجرد وجود دليل يثبت وقوع الجريمة ونسبتها إلى شخص معين لا يكفي، إذ يلزم أن تكون لهذه الأدلة قيمة قانونية، وقيمة هذه الأخيرة تتوقف على مسألتين رئيسيتين: الأولى هي مشروعية الدليل والثانية حجية هذا الأخير على الوقائع المراد إثباتها.

1 موسى مسعود ارحومة، الإشكاليات الاجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون التي تنظمه أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس خلال 28 و 29 أكتوبر 2009 منشور بالموقع [www.ieFpedia.com](http://www.ieFpedia.com)

2 عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، دراسة تطبيقية مقارنة، م س، ص 32



## المطلب الأول: مشروعية الدليل الإلكتروني

تفرض القوانين الجنائية على القاضي بالالتزام بعدم قبول أي دليل تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، وهذا من أجل حماية حقوق والأفراد وحياتهم؛ وعليه فإننا سنتطرق في هذا المطلب الى مشروعية وجود الدليل الإلكتروني وكذا مشروعية الحصول عليه.

### الفقرة الأولى: مشروعية وجود الدليل الإلكتروني

تقتضي مشروعية وجود الدليل الإلكتروني أن يعترف المشرع الجنائي بهذا الدليل من خلال تضمينه ضمن قائمة الأدلة القانونية والتي يمكن للقاضي الاستناد إليها في تكوين قناعته، فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي يستقيم عليه بنيران القانون الجنائي، ينعكس على قواعد الإثبات في الميدان الجزري مما يفرض ضرورة خضوعها أيضا لمبدأ الشرعية والتي تستلزم عدم قبول أي دليل غير منصوص عليه قانونا.

وفي هذا الإطار، تختلف طريقة الإقرار بالدليل الإلكتروني وقبوله من طرف القاضي الجنائي من دولة لأخرى، وذلك بحسب نظام الإثبات السائد فيها والذي لا يمكن أن يخرج عن إحدى الأنظمة التالية:

○ نظام الإثبات المقيد: ومفاد هذا النظام، أن المشرع هو الذي يقوم بتحديد الأدلة وبشكل حصري والتي يجب على القاضي قبولها والاستعانة بها، ذلك أن القاضي لا يكون له أي دور في أعمال سلطته التقديرية في قبول أي دليل عرض عليه، ومن ثم يقتصر عمله فقط في فحص الدليل والتحقق من مشروعيته.

ومن هنا يتضح أن القاضي الجنائي في نظام الإثبات المقيد لا يسعه الحكم بالإدانة حتى ولو كان يقينا أن الفاعل ارتكب الفعل الجرمي المنسوب إليه.

فحجية الدليل الإلكتروني في ظل هذا النظام تعتمد على ما إذا كانت الأدلة الإلكترونية محددة من قبل المشرع، ومن ثم فإن خلو القانون من النص عليها سيهدر قيمتها الإثباتية ولو توافرت فيها شروط اليقين.

ويمكن أن يعاب على نظام الإثبات المقيد أن من شأنه تقييد القاضي على نحو يفقده سلطته في الحكم بما يتفق مع الواقع، ولذلك فإن هذا النظام بدأ ينحصر نطاقه حتى في الدول التي تعتبر الأكثر اعتناقا له، فنجد بريطانيا مثلا قد بدأت تحقق من غلوائه، حيث

ظهر ما يعرف بقاعدة الإدانة دون أدنى شك، والتي يعني بها أن القاضي يستطيع أن يكون عقيدته من أي دليل ولو لم يتم التنصيص عليه من قبل المشرع.<sup>1</sup>

○ نظام الإثبات الحر: إن نظام الإثبات الحر بصفة عامة لا يحدد طرقا معينة للإثبات، وإنما يترك الحرية لأطراف الدعوى بغرض تقديم ما يتوفرون عليه من أدلة، فيقوم القاضي بتقييم هذه الأخيرة، ومن التوصل إلى قناعة معينة بخصوص الأدلة المطروحة أمامه، وإن كان هذا الأمر ينطبق على الأدلة التقليدية، فإن ذلك لا يثير أي مشكلة إذا ما تم تطبيقه على الأدلة الإلكترونية، فالدليل الإلكتروني هو تطبيق من تطبيقات الأدلة العلمية، بما تتميز به من موضوعية وحياد وكفاءة في إقناع القاضي الجنائي، هذه الصفات التي دفعت البعض إلى الاعتقاد إلى أنه كلما اتسعت مساحة الأدلة العلمية ومنها الأدلة الإلكترونية كلما قل دور القاضي في التقدير.<sup>2</sup>

فالقاضي الجزري في هذا النظام له الحرية في قبول أو رفض الدليل الإلكتروني عندما يرى أن وجوده لا يتناسب منطقيا مع ظروف وملابسات الواقعة. ولعل من بين التشريعات التي أخذت بهذا النظام نجد المشرع المغربي وذلك من خلال المادة 286<sup>3</sup> من قانون المسطرة الجنائية التي تقر أنه يمكن إثبات الجرائم بأي وسيلة من وسائل الإثبات ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، وبالتالي فإن المبدأ هو أن الإثبات في الميدان الجزري حر بمعنى أن كل وسائل الإثبات التي يقرها القانون يمكن الاستدلال بها أمام القضاء الجزري الذي لا يجوز له أن يرفض ما لم يقضي القانون بذلك - لأحد الأطراف تقديم أي دليل يراه منتجا في إقناع المحكمة من وجهة نظره.<sup>4</sup> ومنه فإن هذا النظام يصلح فيه الأخذ بالدليل الإلكتروني دون وجود أي عائق على أساس أهم مبدأ فيه هو حرية الإثبات الجنائي الذي يقوم على أساس عدم تحديد أي لائحة مسبقة للأدلة من قبل المشرع، فيبقى القاضي بذلك حر في تقدير هذه الأدلة.

1 أحمد اسماعيل عبد الوهاب، حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، جامعة النينبي، كلية الدراسات العليا، السنة الجامعية 2018، ص 45.

2 لبيض عادل، نزلي بشري، اثبات الجريمة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي جامعة قاصدي مرياح-ورقلة- كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق- السنة الجامعية 2017-2018 ص 62

3 تنص المادة 286 على أنه: "يمكن اثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الأتية بعده إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحتم بعدم إدانة المتهم وحكمت ببرائته.

4 عبد الواحد العلمي، شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية -الجزء الثاني- مطبعة الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة السادسة 2018

○ نظام الإثبات المختلط: وهو نظام وسط ما بين نظام الإثبات المقيد ونظام الإثبات الحر، وفيه يحدد التشريع الأدلة المقبولة مع منح القاضي الحق في تقديرها، فله الحق في استبعاد أي دليل لا يقتنع به، فعلى سبيل المثال لو حدد التشريع المنظم للأدلة الإلكترونية أن الأدلة المقبولة هي الأقراص المغناطيسية والمخرجات الورقية، وكان هذان الدليلان معروضين أمام القضاء الجزري في قضية ما، فالقاضي له الأخذ بأي الدليلين، والذي يقتنع به ويضمن له ويستبعد الدليل الآخر.

فالمشرع الياباني مثلا، حدد طرق الإثبات المقبولة في أقوال المتهم والشهود والقرائن والخبرة، أما بالنسبة للدليل الإلكتروني، فقد قرر أن السجلات الإلكترونية والمغناطيسية تكون غير مرئية، وبذلك لا يمكن استخدامها كدليل في المحكمة إلا إذا تم تحويلها إلى صورة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطباعة.<sup>1</sup>

واعتبارا لما سبق، فإن مسألة مشروعية الدليل الإلكتروني في الوجود تثور بالدرجة الأولى في الدول التي تتبنى نظام الإثبات المقيد، إذ لا يمكن في ظل هذا الأخير الاعتراف بالدليل الإلكتروني بأية قيمة إثباتية ما لم يحدده القانون صراحة ضمن قائمة الأدلة المقبولة.

أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتمد على نظام الإثبات الحر كما هو الشأن في القانون المغربي، فمسألة مشروعية الأدلة الإلكترونية لا تثار إطلاقا، على أساس أن قبول الدليل أو استبعاده يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، لأن مبدأ هذا النظام هو حرية الأدلة؛ على اعتبار أن المشرع لا تعهد إليه سياسة النص على قائمة أدلة الإثبات.

### الفقرة الثانية: مشروعية الحصول على الدليل الإلكتروني

إن الإدانة في أي جريمة، لا بد وأن تكون مبنية على أدلة مشروعة تم الحصول عليها وفق قواعد قانونية، ومن طرف السلطات المختصة بجمع الدليل الجنائي بما يتضمنه من أدلة مستخرجة من وسائل إلكترونية. فمتى تم الحصول على الدليل خارج قواعد الأخلاق والنزاهة واحترام القانون فلا يعتد بقيمته وذلك لعدم مشروعيته. وعليه فإن إجراءات جمع الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية إذا خالفت القواعد الإجرائية التي تنظم كيفية الحصول عليه فإنها تكون باطلة، وبالتالي بطلان الدليل المتحصل منها فلا تصلح لأن تكون أدلة تبنى عليها في الإدانة في المواد الجنائية<sup>2</sup>. وفي إطار تكريس إلزامية احترام مبدأ مشروعية

1 شهرزاد حداد، الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات، م.س، ص 80

2 سعيداني نعيم، آليات البحث والتحرير عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، م س ص 210

الدليل الإلكتروني، صادقت لجنة الوزراء التابعة للمجلس الأوروبي بتاريخ 01/28/1981 على اتفاقية خاصة بحماية الأشخاص من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية، ومن أبرز المحاور التي تطرقت لها الاتفاقية ضرورة أن تكون البيانات المضبوطة كاملة، صحيحة ودقيقة ومستمدة بطرق مشروعة وعدم إفشائها أو إستعمالها في غير الأغراض المخصصة لها، وفي السياق ذاته أوصى المؤتمر الدولي الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات المنعقد في البرازيل في الفترة 04-09 إلى 09/09/1994 بأن كل الأدلة المتحصل عليها عن طريق انتهاك حق من الحقوق الأساسية للمتهم تعد باطلة ولايجوز التمسك بها أمام القضاء وأكد عن ضرورة إحترام مبدأ المشروعية عند التحقيق والبحث عن الدليل في الجرائم الإلكترونية وإلا ترتب عليه بطلان الإجراءات.<sup>1</sup>

واقترءاء بالنصوص الدولية، وضعت مختلف القوانين الإجرائية الداخلية نصوص تتضمن ضوابط لشرعية الإجراءات الماسة بحقوق وحرية الأفراد، فنجد المشرع المغربي نص على جزاء البطلان عند عدم احترام الإجراءات المنصوص عليها قانونا وذلك في مجموعة من المواد من أهمها المادة 63 من قانون المسطرة الجنائية والتي نصت على أنه: "يعمل بالاجراءات المقررة في المواد 59 و60 و62 أعلاه تحت طائلة بطلان الإجراء المعيب وماقد يترتب عنه من اجراءات". أيضا نصت المادة 751 من نفس القانون بأنه "كل إجراء يأمر به القانون ولم يثبت إنجازاه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز...."، فالظاهر أن هذه النصوص القانونية تعكس فكرة واحدة مبدؤها اتجاه إرادة المشرع في احترام حقوق المتهم الذي لا يجب إدانته وفق أدلة متحصلة عليها بطريقة غير مشروعة.

ولكل هذا فإن معيار قبول الأدلة الإلكترونية يرتكز أساسا على احترام الحقوق وتمتع المتهم بجميع الضمانات التي خولها القانون له في جميع مراحل الدعوى، وهو الأمر الذي يحرص عليه القاضي الجنائي ليأخذ بي ما هو مشروع ويتصدى بذلك الدليل غير المشروع.

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي

يُعنى بحجية الدليل الإلكتروني ما يتمتع به من قوة استدلالية في صدق نسبة الفعل الجرمي إلى شخص معين أو كذبه، أو يمكن القول بأنها قيمة ما يتمتع به الدليل المتحصل من الحاسوب بأنواعها المختلفة من قوة استدلالية في كشف الحقيقة<sup>2</sup>. وبمجرد الحصول

1 مقرّاش محمد بن علي، حجية أدلة الإثبات أمام القاضي الجزائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2018-2019 ص 63-64

2 ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي، الظاهرة والتطبيقات، م.س، ص 309

على الدليل وتقديمه إلى القضاء لا يكفي لاعتماده كدليل إدانة، إنما يجب تقييمه وفحصه، وهذه المسألة هي مسألة موضوعية تدخل في صميم سلطة القاضي التقديرية، إلا أن الطبيعة الفنية والعلمية للدليل الإلكتروني قد تجعله يتمتع بقيمة إثباتية قد تصل إلى حد اليقين.

ومما سبق طرحه سوف نستعرض الشروط الواجب توفرها في الدليل الإلكتروني ثم نبرز أثر هذا الدليل في الدعوى الجنائية.

#### الفقرة الأولى: شروط اكتساب الدليل الإلكتروني للحجية

يتطلب الدليل الإلكتروني من أجل اقترابه نحو الحقيقة وقبوله كدليل في الإثبات توافر مجموعة من الشروط أهمها:

○ وجوب يقينية الأدلة الإلكترونية: يشترط في الدليل الإلكتروني أن يكون غير قابل للظن أو الشك حتى يشيد عليه الحكم بالإدانة، لأنه لا مجال لدحض قرينة البراءة أو افتراض عكسها إلا عند بلوغ اقتناع القاضي حد الجزم واليقين. فالقاضي الجزائي يعتمد في اقتناعه بالأدلة على نوعين من المعرفة: الأولى هي المعرفة الحسية وتستنبط من الحواس بعد معاينته لهذه المخرجات وفحصها، أما الثانية فهي المعرفة العقلية التي يدركها القاضي عن طريق الاستقراءات والتحليلات التي يجريها على المخرجات الإلكترونية وربطها بالوقائع التي أحاطت بها، فإن لم ينته القاضي باليقين بأن الجريمة المعلوماتية غير منسوبة إلى المتهم، يفرض عليه الحكم بالبراءة، لأن الشك يفسر لصالح المتهم<sup>1</sup>؛ وعليه فإن الشك يجب أن يستفيد منه المجرم المعلوماتي.

○ وجوب مناقشة الأدلة الإلكترونية: يعني هذا المبدأ بصفة عامة أن القاضي لا يمكن أن يؤسس إقتناعه إلا على أدلة الإثبات التي طرحت في جلسات المحاكمة، وخضعت لحرية مناقشة أطراف الدعوى. فجميع الأدلة المتحصلة لإثبات الجرائم المعلوماتية سواء أكانت مطبوعة أو اتخذت في شكل أشرطة أو أقراص ممغنطة، يشترط لقبولها أن تتم مناقشتها بالجلسة أمام أطراف الدعوى والحضور، بل وحتى التقارير المنجزة من طرف الخبير المنتدب من قبل القاضي فإنها تناقش في الجلسة.

1 براهيمي جمال، التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2018، ص

كما لا يجوز للقاضي أن يبني اقتناعه على رأي الغير إلا إذا كان هذا الأخير من الخبراء والفنيين الذين كما قلنا تم انتدابهم من طرفه وارتاح ضميره لرأيهم، فقرر الاستناد إليه ضمن الأدلة القائمة في أوراق الدعوى المعروضة عليه.<sup>1</sup> وعليه، فإنه إذا كان القانون يشترط لاكتساب الدليل الإلكتروني حجة في الإثبات أن يخضع لمناقشة علانية في جلسة المحاكمة، فإن دور القاضي في ذلك يبقى محدودا بسبب النقص في درايته بالأمر الفنية والتقنية، لهذا يجب أن يكون القاضي الجنائي له خبرة في التعامل مع تقنية المعلومات وأنظمة معالجة البيانات ومع الأدلة المتحصلة عليها من الأجهزة الإلكترونية حتى يتسنى له مناقشة الدليل الإلكتروني بكل جوانبه وعناصره.

### الفقرة الثانية: أثر الدليل الإلكتروني في الإثبات في الدعوى الجنائية

لقد تعاضم دور الإثبات العلمي مع بروز الدليل الإلكتروني في حقل الأدلة الجنائية كأفضل دليل لإثبات الجرائم الإلكترونية، الشيء الذي يجعل منا نتساءل ما إذا كان على القاضي أن يسلم ويبني اقتناعه بالأدلة الإلكترونية على أساس أن أمرها محسوم علميا؟ فقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة الى إتجاهين:

**الإتجاه الأول:** يرى بأن الدليل الإلكتروني باعتباره دليل علمي فإنه يتمتع بقوة ثبوتية ملزمة للقاضي وحجته في ذلك، أن الأدلة الإلكترونية يمكن التغلب على مسألة التشكيك في مصداقيتها من خلال إخضاعها لاختبارات تمكن من التأكد من صحتها وسلامتها، فحسب هذا الإتجاه لا يجب الخلط بين الشك الذي يشوب الدليل الإلكتروني بسبب إمكانية العبث به أو لوجود خطأ في الحصول عليه، وبين القيمة الإقناعية للدليل، فالحالة الأولى لا يملك القاضي الجزائي الفصل فيما لأنها مسألة فنية والقول فيها هو قول أهل الخبرة، فإن توافرت في الدليل الإلكتروني الشروط المذكورة سابقا وكان سليما من التلف والتحريف والعبث، فإنه يلزم القاضي بقبوله.<sup>2</sup>

وعلى هذا الأساس فإن الدليل الإلكتروني حسب أصحاب هذا الإتجاه أصبح يقيد القاضي في أعمال سلطته التقديرية، ويجبره على الحكم بمقتضاه، حتى وإن كان لم يكن مقتنعا بصحته.

1 الهام بوالظمين، الإثبات الجنائي في مجال الجرائم الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص جنائي أعمال، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي-كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2017-2018 ص83.

2 مفراش محمد بن علي، حجية أدلة الإثبات أمام القاضي الجزائي، م.س، ص 74-75

*الاتجاه الثاني:* يرى أن الوسائل العلمية بما في ذلك الأدلة الإلكترونية ليست دليلا مستقلا في ذاته، وإنما هي مجرد قرائن يتم دراستها لاستخلاص دلالتها، ومفاد ذلك أنه لا يمكن الإعتماد عليها وحدها في الإثبات الجنائي ذلك أن مجرد توافر الدليل الإلكتروني لا يعني أن القاضي الجنائي مجبر بالحكم به مباشرة، كما أنه غير ملزم بالأخذ بتقرير الخبير متى تم الإستعانة به، فإن اطمأن له عمل به، وإن لم يقتنع به طرحه<sup>1</sup>. وعليه وحسب هذا الاتجاه، فإنه لا يمكن الجزم بحجية الدليل الإلكتروني مهما علا شأنه ولا يمكن اعتباره دليلا قاطعا لأنه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، شأنه شأن باقي الأدلة. وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى أن المشرع المغربي فيما يخص قبول القاضي الجنائي الدليل الإلكتروني في مسألة الإثبات فإنه يأخذ بطريقتين، بطريقة مباشرة ومعناها أن القاضي الجزري المغربي يأخذ بالأدلة الإلكترونية ويدرجها في أحكامه ضمن حيثياته باعتباره قرينة معززة لباقي وسائل الإثبات الأخرى، أما الطريقة الأخرى فهي غير مباشرة وفيها يتم الأخذ بالدليل الإلكتروني فقط استنادا إلى الإعتراف القضائي<sup>2</sup>.

وأخيرا يمكن القول إنه بالرغم ما يتمتع به الدليل الإلكتروني من قوة ثبوتية وقيمة علمية، فإنه دائما يحتاج في الأخذ به أو رفضه لقاضي يتمتع بسلطة تقديرية، وهذا ما عملت به أغلب التشريعات التي منحت للقاضي الجنائي الحرية في تقييم هذا الدليل، والتي نجد من جملتها المشرع المغربي الذي أعطى هذه السلطة للقاضي، وقد أحسن صنعا في ذلك لأن الدليل الإلكتروني كباقي الأدلة التقليدية الأخرى، يمكن أن يكون فيه غلط أو تحريف أو غش وغيرها من الأمور التي قد تعصف بحرية الأفراد وحقوقهم.

خاتمة:

مع التطور الذي تشهده الحياة، ظهرت جرائم جديدة مختلفة عن الجرائم التقليدية، وهذه الجرائم هي الجرائم المعلوماتية؛ هذه الأخيرة التي يصعب معها تطبيق القواعد الإجرائية الخاصة بالجرائم التقليدية، وذلك راجع للطبيعة الفنية والتقنية التي تمتاز بها، هذا الشيء جعل من استخلاص الدليل الإلكتروني كوسيلة لإثبات الإجرام المعلوماتي أمرا صعبا، الأمر الذي فرض على التشريعات الجنائية النهوض من أجل وضع نصوص وإجراءات خاصة للحصول على هذا الدليل وبالتالي نسبة الجريمة إلى مرتكبها وتنفيذ العقوبة عليه.

1 سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، م.س، ص 222  
2 محمد زروق، حجية الدليل الإلكتروني ومشروعيته أمام القاضي الجنائي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني [www.droitentreprise.com](http://www.droitentreprise.com) تاريخ الدخول 2019/12/11 على الساعة 8h30min

وتخضع مسألة قبول الأدلة الإلكترونية أو رفضها، للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي الذي له الحرية في تقدير هذه الأدلة والحكم وفق ما يميله عليه ضميره بعد فحصها أمامه بكيفية واضحة.

وأخيرا، نشير إلى أن المغرب عمل أمام التسارع غير المسبوق لتنامي ظاهرة الإجرام المعلوماتي على إحداث أجهزة متخصصة لمكافحة هذا النوع من الجرائم، فقد بادرت المديرية العامة للأمن الوطني إلى خلق فرقة تابعة لمديرية الشرطة القضائية تعنى بالإجرام المعلوماتي، كما تم إنشاء وحدات خاصة بالبحث والتحقيق في هذا النوع من الجرائم الإلكترونية وتتجلى في:

- وحدة الجرائم المعلوماتية التابعة للفرقة الوطنية للشرطة القضائية؛
- وحدة الجرائم المعلوماتية التابعة للمديرية العامة للأمن الوطني على الصعيد المركزي؛
- مديرية نظم المعلومات التابعة لإدارة الدفاع الوطني.

إلا أنه رغم ذلك، فإن المشرع المغربي مازال يعتمد في مسألة الحصول على الدليل الإلكتروني على القواعد الإجرائية التي تخص الجرائم التقليدية، ومن هنا نحثه بالتدخل من أجل تعديل مواد التفتيش مسايرة مع الاتفاقيات التي جاءت لمحاربة الجريمة الإلكترونية.



## الإثبات بالاعتراف في الميدان الجزري: بين الحجية والنسبية

د. محمد أنس ولد محمد فال

باحث متخصص في العلوم الجنائية

ودراسات علم الاجتماع الجنائي وحقوق الإنسان

### مقدمة:

لعل من أكثر وسائل الإثبات شيوعا في الميدان الجزري: وسيلة الاعتراف، فقد ظل هذا الدليل حتى عهد قريب سيد الأدلة، حتى برزت دعوات نقده وتمحيصه وبيان مدى نسيته.

ويقتضي الحديث عن الإثبات بالاعتراف تحديد مفهومه تعريفا وتصنيفا (أولا) ليتأسس على ذلك نقاشه نقاشا سليما يبرز مدى حجيته أو نسبيته (ثانيا).

### أولا: التعريف والتصنيف:

#### أ: التعريف:

"الاعتراف بالذنب الإقرار به"<sup>1</sup> هذا لغة، و أما قانونا فيعرف بأنه: " إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المستندة إليه"<sup>2</sup>.

كما عرفه بعض الفقهاء أيضا بأنه " إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة أو بمشاركته فيها"<sup>3</sup>، أو هو " إقرار المتهم على نفسه بكل أو بعض ما نسب إليه"<sup>4</sup>.

وفي الفقه الإسلامي عرف الإقرار بأنه: " الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير"<sup>5</sup>، فكأن فقهاء الشرع الإسلامي أرادوا بهذا التعريف الجمع بين الإقرار في الميدان المدني والجنائي، هذا الأخير الذي يشمل فيه حق الغير – بطبيعة الحال – الحق العام .

<sup>1</sup> - اسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1990م، ج4، ص177.

<sup>2</sup> - د. روف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، جمهورية مصر العربية، ط 14، 1982، ص588.

<sup>3</sup> - الخليلي، أحمد: شرح قانون المسطرة الجنائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1999، ج 2، ص 108.

<sup>5</sup> - المحامي إلياس أبو عبيد: نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2005، ج1، ص284.

<sup>6</sup> - محمد ابن فرحون: تبصرة الحكام بأصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995، ج 2، ص 56.

وقد تناولت المسطرة الجنائية المغربية الاعتراف في المادة 293 - دون أن تعرفه -  
قائلة: "يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة، لا يعتد بكل  
اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه، وعلاوة على ذلك يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه  
للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي".

أما القانون الموريتاني فقد اكتفى في المادة 387 من قانون الإجراءات الجنائية  
بالقول، إن الاعتراف كأى عنصر من عناصر الإثبات يرجع فيه إلى تقدير القاضي.  
بيد أنه نص في المادة التمهيدية من ذات القانون على أنه: "لا يعتد بالاعتراف المنتزع  
تحت التعذيب أو العنف أو الإكراه".

ورأينا أنه - وإن كان قد أحسن حين نص على استبعاد الاعتراف الصادر عن إكراه -  
فلقد كان حريا به أن يجدد التنصيص على الحكم في سياقه من قانون الإجراءات،  
وخصوصا المادة 387 سالفة الذكر، كما كان من الضروري، النص على الجزاء القانوني  
لمرتكب العنف أو الإكراه، كما فعل القانون المغربي في المادة 293 من قانون المسطرة  
الجنائية.

وهو جزاء منصوص عليه في كلا القانونين المغربي والموريتاني للعقوبات (انظر المادة  
2-231 من القانون الجنائي المغربي، والمادة 180 من القانون الجنائي الموريتاني).  
بيد أنه من الضروري في سياق الحديث عن مفهوم الاعتراف تمييزه عن إجراءين  
متقاربين، هما: الإقرار المدني، والشهادة.

فبالنسبة للأول يقال: إن الإقرار المدني هو إقرار الخصم (المدعى عليه) للمدعي بالحق  
الذي يدعيه مقدرا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه، والإقرار المدني هذا يلزم القاضي  
به وهو حجة على المقر به، وهو سيد الأدلة وأقواها في المسائل الحقوقية، فما على القاضي  
سوى التأكد من شروط صحة المقر من حيث: الإرادة والحرية والإدراك والبلوغ، ثم بعد  
ذلك يحكم به؛ وهنا نجد الفرق بين هذا الإقرار وبين الاعتراف في المفهوم الجزائي، الذي  
يخضع إلى قناعة المحكمة في أن تأخذ به، على علاقته أو تركه جانبا، كما أن الإقرار المدني لا  
يجب للمقر أن يعدل عن إقراره إلا لخطأ في الوقائع، وعلى المقر أن يثبت الخطأ حتى  
يستطيع العدول عن إقراره، والإقرار المدني لا يجوز تجزئته كما هو الحال في الاعتراف  
الجنائي، كما أن الإقرار المدني قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، كالسكوت أو الامتناع عن  
الاعتراض.

أما بالنسبة للشهادة، فإذا كان الاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بارتكابه الجريمة المسندة إليه، فإن الشهادة هي أن يدلي شخص بما رآه أو سمعه عن الجريمة أو فاعلها سواء كانت شهادته لإثبات التهمة أو نفيها، وهي من الأدلة القوية في الإثبات الجزائي، وللقاضي سلطة مطلقة في تقديرها.

ولعل أهم الفوارق بين الاعتراف والشهادة تتجلى في الأمور التالية:

- الشاهد شخص محايد وليس خصما في الدعوى الجنائية.
- الاعتراف اختياري، أما الشهادة فهي واجب.
- يلزم الشاهد بحلف اليمين القانونية قبل أداء الشهادة، أما المتهم فلا يحلف اليمين.

ب: التصنيف:

يصنف الاعتراف بحسب الجهة التي يصدر أمامها إلى اعتراف قضائي واعتراف غير قضائي، كما يصنف من حيث وصفه القانوني، إلى اعتراف مسبب للإدانة، وآخر مانع من العقوبة.

1: تصنيف الاعتراف من حيث جهة صدوره، وهو نوعان كما أسلفت، قضائي، وغير

قضائي:

- الاعتراف القضائي : وهو الذي يصدر عن المتهم أمام المحكمة نتيجة استنطاق القاضي له، و يجمع بين كونه إجراء يبشره المتهم بإقراره على نفسه بارتكاب الفعل المنسوب إليه، ودليلا تأخذ به المحكمة، وهو إجراء من إجراءات الإثبات، وضمونه هو الدليل الذي تعتمد عليه المحكمة<sup>1</sup>.

وكثيرا ما يثار التساؤل حول الاعتراف أمام النيابة العامة هل هو اعتراف قضائي أم لا؟ وقد تدخل القضاء وحسم في الموضوع عندما اعتبرت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) الاعتراف المدلى به أمام النيابة العامة اعترافا قضائيا (قرار عدد 7/509 بتاريخ 200/02/17 ملف جنحي عدد 99/20399، وقرار عدد 7/1082 بتاريخ 2000/04/13 ملف جنحي عدد 99/7/6/20411).

- الاعتراف غير القضائي : وهو كل اعتراف يصدر من المتهم خارج نطاق المحكمة أو قضاء التحقيق، وله صور متعددة، فهو إما أن يقدم إلى القضاء في صورة وروده في

<sup>1</sup> - وزارة العدل: شرح قانون المسطرة الجنائية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، المملكة المغربية، 2007، ج 2 ص46.

محاضر جمع الاستدلالات، أو أمام مجلس قضاء مدني بصدد دعوى مدنية عالقة أمامه،<sup>1</sup> أو في محرر مستقل صادر من المتهم نفسه، وكثيرا ما يصدر في محرر صادر عن مرتكب الجريمة قبل انتحاره يعترف فيه بارتكابه الجريمة، كما يمكن أن يأتي ضمن تحقيق إداري يجريه مرجع إداري، أو في محضر التحقيق الابتدائي بمعناه الضيق<sup>2</sup>، وفي الحالتين الأخيرتين خاصة - صدوره أمام الشرطة القضائية، أو أمام السلطة الإدارية - فإن الضمانات تكون أقل، لأن من يباشرها لا يمارس فيها سلطة تحقيق أو حكم، ولا يتلقى ما يحصل أمامه من اعترافات في أوضاع وقيود وإجراءات رسمها القانون مقدا لتحقيق التوازن بين حقوق الدفاع، وما يلزم لإظهار الحقيقة من وسائل التحقيق والبحث.

ولذا فإن الفقه قد تحت عن عدة شروط لقبول هذا الاعتراف:

- أن يتم الإدلاء به طوعا واختيارا، وليس نتيجة الضغط والإكراه.

- إثبات الظروف التي تم فيها الإدلاء به.

- ضرورة اقتناع المحكمة بصحة الاعتراف غير القضائي، مطمئنة إلى صدقه ومطابقتها للحقيقة والواقع، مستندة إلى أسباب مقبولة، ومعقولة ودوافع معروفة ومحددة.

- أن يعترف المتهم مرة أخرى أمام المحكمة بارتكابه وقائع الجريمة مع استظهار بواعثه من غير تعسف أو تنافر في حكم العقل والمنطق.

- يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال الإقرار، كما أنه في حالة العدول عن الاعتراف يجب ألا يعترف به كدليل في الإثبات، وأن لا يؤخذ في الاعتبار<sup>3</sup>.

ولم يكتف البعض بوضع هذه الشروط فقط، بل رأى ضرورة استبعاد الاعتراف غير القضائي، سيما إن صدر أمام الشرطة أو ضابط المخابرات في غير حضور المدعي العام، لما يشكله من اعتداء على الحرية الفردية، وعلى ضمانات الدفاع، فهو في الغالب لا يصدر من المتهم إلا نتيجة الخوف، والتهديد والتنكيل بمختلف أنواعه وأشكاله، خاصة عندما يتعلق الأمر بالجرائم الماسة بأمن الدولة.

إن اطمئنان المحكمة إلى الاعتراف غير القضائي مرتبط باطمئنانها إلى كيفية وظروف صدوره وتناسقه أو تعارضه مع الوقائع الثابتة بوسائل إثبات أخرى، وهكذا تقدر المحكمة

<sup>1</sup>-المحامي إلياس أبو عيد: مرجع سابق، ص 283.

<sup>2</sup>- محمد عيد الغريب: حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني، وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، بدون ذكر المطبعة، 1997، ص 103.

<sup>3</sup>-مراد أحمد العبادي: اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص

الاعتراف المسجل في محضر الشرطة القضائية بكيفية تختلف عن تقديرها للاعتراف المدلى به أمام قاضي التحقيق أو ممثل النيابة العامة.

فبالنسبة للاعتراف الأول يشوبه الارتياب من ناحية ظروف وكيفية صدوره، هل كان مفصلا، هل كان بعبارات صريحة، و هل أدلى به المتهم تلقائيا وبداهة أو بعد تردد، وكيف كانت حالته النفسية وانفعالاته أثناء إدلائه به، وهل نوقش في هذا الاعتراف، وكيف عرضت عليه وقائع الجريمة عندما أجاب بالاعتراف...؟ إلى غير ذلك من عشرات الأسئلة، ثم يبقى بعد ذلك، ما إذا كان الاعتراف لا تعارضه وقائع ثابتة في الملف.

أما بالنسبة للاعتراف المدلى به أمام قاضي التحقيق فإن الارتياب في كيفية وظروف صدوره يكون -مبدئيا- مستبعدا، لأن قاضي التحقيق لم يسجل الاعتراف إلا بعد مناقشة المتهم فيه، ولو كانت هناك ملاحظات أو ملاحظات تشوبه لسجلها معه، لأنه هيئة قضائية يقدر بدقة ما يجري أمامه من وقائع، وما يترتب عليها من آثار قانونية<sup>1</sup>.

بل إن هناك من يرى أن الاعتراف أمام قاضي التحقيق يعد اعترافا قضائيا، شأنه في ذلك شأن الاعتراف أمام النيابة، ولا يجعل الاعتراف القضائي مقتصرًا على الذي يصرح أمام هيئة الحكم<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن التشريعات الأنجلوسكسونية لا تعترف بأية حجية للاعتراف غير القضائي<sup>3</sup>.

## 2: تصنيف الاعتراف من حيث الوصف القانوني:

يصنف الاعتراف في هذا المنحى إلى:

– الاعتراف كدليل من أدلة الإثبات ضد المتهم.

– الاعتراف كسبب مانع من العقوبة.

فعلى النموذج الأول، أعرض الفصل 493 من القانون الجنائي المغربي الذي يورد اعتراف المتهم – سواء تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عنه، أو كان على شكل اعتراف قضائي – على أنه سبب لإثبات جرمي الفساد والخيانة الزوجية، وذلك بالإضافة إلى المحاضر الرسمية التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس (نص القانوني الجنائي المغربي على جرمي الفساد والخيانة الزوجية في الفصلين 490، 491 على التوالي).

<sup>1</sup> - الخمليشي أحمد: مرجع سابق، ص 112

<sup>2</sup> - محمد صبحي نجم: قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961م أحكام تطبيقه ومضمونه، بدون دار النشر، ط 1، 2000م، ص 335.

<sup>3</sup> - مراد أحمد العبادي: مرجع سابق، ص 122.

ومثال هذا المعنى في القانون الجنائي الموريتاني يتجلى في نص في المادة 307 على أنه: "كل مكلف ذكرا كان أو أنثى ثبت بالشهود الأربعة، أو بالإقرار (وهذا محل الاستدلال) أو بالحمل، أنه ارتكب جريمة الزنى عن طواعية يعاقب بالجلد مائة جلدة أمام المأ والحبس مع التغريب سنة إذا كان بكرا، وبالرجم أمام المأ إذا كان محصنا". أما النموذج الثاني - الاعتراف كسبب للإعفاء من العقاب - فيؤخذ به في بعض الجرائم التي يصعب اكتشافها و إثبات التهمة على مرتكبها، فهو الذي يشجع الجناة على كشفها، وإرشاد و تبليغ الجهات المختصة عنها وعن هوية مرتكبها، قبل إحالتها إلى القضاء<sup>1</sup>.

ومثاله في " مجموعة القانون الجنائي " المغربي، ما نص عليه الفصل 213 من أنه : " يتمتع بعذر معف من العقوبة، فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في الفصول 203 إلى 205 (وهي الجرائم المتعلقة بالمساس بأمن الدولة الداخلي عبر عصابة أو تجمع ثوري ) الأشخاص الذين انخرطوا في العصابات المسلحة من غير أن يباشروا فيها قيادة ما ولم يتولوا فيها أي وظيفة معينة، وعلاوة على ذلك فإنهم انسحبوا منها عند أول إنذار يصدر من السلطات المدنية أو العسكرية، أو انسحبوا بعد ذلك ولكن قبض عليهم خارج أماكن التجمع الثوري، دون أن يحملوا سلاحا ودون أن يبدوا مقاومة ".

أما قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني فقد نص في المادة 98 - في سياق حديثه عن الجنايات والجنح ضد أمن الدولة - على أنه: " يعفى من العقوبة المقررة أول من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها ".

وإذا كان قانون الإجراءات الموريتاني لم يحدد ما إذا كان المبلغ هنا معترفا بالمشاركة الجرمية أم لا...؟! فإنني أرى أن سياق العموم يقتضي ذلك بطبيعة الحال.

### ثانيا: تقييم الاعتراف:

وهو فرع يهدف إلى غرلة الآراء المتعلقة بالاعتراف ونقاشها، وقد تم تقسيمه إلى حجبة الاعتراف، ثم إلى نسبية الاعتراف.

<sup>1</sup> محمد صبحي نجم: مرجع سابق، ص 337.

### أ: حجية الاعتراف:

مهما يكن من رأي المنتقدين للاعتراف كوسيلة إثبات، فإن القضاء ما يزال في مقدمة ما يعتمد عليه في أحكامه: الاعتراف، ولا يلتجئ إلى وسائل الإثبات الأخرى إلا حينما ينعدم أمامه الاعتراف نهائياً، أو يكون أمام اعتراف تحف به ملابسات الشك والارتياب.

وملابسات الاعتراف التي تجعله يتفاوت في قوته الإثباتية هي:

- نسبه إلى التهم.

- كيفية وظروف صدوره.

- مدى انسجامه مع وقائع القضية والوسائل الأخرى.

لذلك كان الاعتراف الأدنى مرتبة في الإثبات هو الذي يحوم الشك حول نسبه إلى المتهم كما إذا وصل إلى المحكمة عن طريق الشهود، بينما الذي يقع في قمة قوته الإثباتية هو الذي يصدر أمام المحكمة - الاعتراف القضائي - يدلي به المتهم بعبارات مفصلة ودقيقة تقتنع المحكمة بصدقه، ولا يتعارض مع وقائع القضية، ومع وسائل الإثبات الأخرى.

ويقع بين النوعين السابقين الاعتراف الذي تثبت نسبه إلى المتهم مع بقاء كيفية وملابسات صدوره منه مجهولة كالاقرافات المضمنة في محاضر الشرطة القضائية.

ولكن يجب إثارة ملاحظة هامة، وهي، أن القيمة الإثباتية للاعتراف مادامت مرتبطة بالملابسات السابقة التي أشرنا إليها فإنه، لا يكفي القول بأن الاعتراف القضائي - الصادر في جلسة المحكمة - يعلو في حجية الإثبات الاعتراف غير القضائي، بل لابد من ملاحظة تلك الملابسة بدقة، فقد يطمئن القاضي إلى اعتراف صدر أمام قاضي التحقيق مثلا، ولا يطمئن إلى اعتراف قضائي صدر عن المتهم في الجلسة كما إذا اتى هذا الاعتراف الأخير متعارضاً مع وقائع ثابتة في الملف أو ناقشت المحكمة فيه المتهم فتبين من أجوبته وجود ارتياب في صدقه<sup>1</sup>.

### ب: نسبية الاعتراف:

إذا كان المؤيدون للاعتراف كوسيلة إثبات يذهبون إلى القول بأنه سيد الأدلة وأنه يفيد اليقين لصدوره من المتهم نفسه، فإن معارضيهم يرون أنه لا يصلح نهائياً للإثبات لأنه لا يصدر إلا من شخص أبله أو مريض أو على الأقل ضعيف النفس والسيطرة على أعصابه،

<sup>1</sup> - الخليلي، أحمد: مرجع سابق، ص 111.

يتأثر بمواجهته مع ضابط الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق، فهذه بالاعتراف استجابة لرغبة هؤلاء.

أما الشخص الكامل التمييز والهادئ التفكير فلا يعقل أن يعترف بالجريمة ليعرض نفسه للعقوبة الجنائية<sup>1</sup>.

وهكذا، فإنه بالرغم من أهمية الاعتراف فإن كثيرا من الناس يعترفون بجرائم لم يرتكبونها، إما تحت وطأة التعذيب أو يكونوا مدفوعين بعاطفة من الغرور أو الرغبة في تخليص عزيز عليهم، وعلى العكس من ذلك، يمكن أن يأخذ باستعمال الأساليب التي تفقد المهتم السيطرة على إرادته الواعية مثل التخدير والتنويم المغناطيسي وجراحة الدماغ نتيجة للتطور العلمي في هذا الميدان<sup>2</sup>.

ولأن الاعتراف نسبي ومن الأهمية والخطورة بمكان، فقد وضع القانون عدة شروط لتعزيز حججه وتقليص عنصر النسبية فيه، وهذه الشروط هي:

1- أن يكون صادرا من المتهم على نفسه بصفة شخصية، أما إذا كان صادرا من المتهم على متهم آخر، فإن ذلك موكول للسلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تعتمد على شهادة متهم على آخر متى اطمأنت إليها (قرار عدد 4/1125 بتاريخ 03/9/24 ملف جنحي عدد 01/3817)<sup>3</sup>، والاجتهادات القضائية لا تأخذ به، أي أن شهادة متهم على متهم لا تجوز، ولو أن البعض ذهب إلى الأخذ بها إذا كانت هناك قرائن قوية أخرى تعززها.

2- يشترط أن يكون الاعتراف صريحا لا غموض فيه، فلا يستنتج من هرب المتهم مثلا، أو تغييره أو تصالحه مع المجني عليه على تعويض معين، كما ينبغي أن ينصب على نفس الواقعة الإجرامية، لا على ملابساتها المختلفة، فتسليم المتهم مثلا بأنه كان موجودا في مكان الجريمة في وقت وقوعها، أو بوجود ضغينة بينه وبين القتيل، أو بأنه يحرز سلاحا من النوع الذي وقعت به الجريمة، أو بأنه سبق له أن اعتدى على المجني عليه أو هدده بالقتل أو بأنه استفاد من القتل ... إلخ، كل ذلك لا يعد اعترافا بارتكاب القتل، وإن كان فيه ما يصح أن يعد مجرد دلائل موضوعية لا تكفي للإدانة، إلا إذا عززتها أدلة كافية.

<sup>1</sup>- الخليلي، أحمد: مرجع سابق، ص 108.

<sup>2</sup>- عبد السلام بن حدو: الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، مطبعة اسباطيل - طنجة، ط 5، 2005م ص 189.

<sup>3</sup>- قرار وارد في كتاب وزارة العدل: " شرح قانون المسطرة الجنائية"، ج 2 ص 47.



3 - يشترط فيه أيضا أن يصدر من متهم متمتع بالتمييز، فلا يعتد باعتراف صادر عن مجنون، حتى ولو كان في وقت الجريمة متمتعا بقواه العقلية، ولا عبرة كذلك باعتراف قد يصدر تحت تأثير مسكر، أو مخدر أو تنويم مقنطيسي، أو تأثير نفساني.

4 - أن يكون المتهم حرا وقت اعترافه، فلا عبرة باعتراف ولو كان صادقا إذا جاء نتيجة إكراه مادي، أو معنوي مهما كان قدره، والاعتراف المادي في أقوى صورته يتمثل في التعذيب، والضرب، أو الاستعانة بكلب بوليسي. أما الإكراه المعنوي فيتمثل في الوعد أو الوعيد، بشرط قيام رابطة السببية بينهما وبين الاعتراف.

والإكراه يبطل الاعتراف المترتب عليه بطلانا من النظام العام، مهما كان قدر هذا الاعتراف من الضلالة، ومن ثم فيجب عدم التعويل على الاعتراف في هذه الحالة وإلا كان الحكم باطلا، لأنه إذا كان ماديا فهو يعد بحد ذاته جريمة تستوجب العقاب (الفصل 2-231 من ق ج المغربي والمادة 180 من ق ج الموريتاني)، وإذا كان معنويا، يعد عملا غير مشروعاً أجمعت الشرائع على استنكاره، ومستوجبا بالأقل المسؤولية التأديبية.

لذا نصت المادة 293 من قانون المسطرة الجنائية المغربي في فقرتها الثانية والثالثة على أنه: " لا يعتد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه. وعلاوة على ذلك يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي".

كما نصت المادة التمهيدية من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني على أنه: " لا يعتد بالاعتراف المنتزع تحت التعذيب أو العنف أو الإكراه".

فإذا تمسك المتهم بأن الاعتراف المعزو إليه كان وليد إكراه، تعين على حكم الإدانة إذا أخذ به أن يرد على هذا الدفع بما يفنده، وإلا كان معيبا بما يستوجب نقضه، أما إثارة صدور الاعتراف عن إكراه أمام محكمة النقض لأول مرة فلا تقبل لأنها تتطلب تحقيقا في الموضوع (كما قضت بذلك محكمة النقض المصرية ، بتاريخ 1955/04/26م رقم 277)<sup>1</sup>.

وحماية منه لحقوق الإنسان، فقد نص القانون الجنائي المغربي، على عقوبات رادعة في حق من يمارس التعذيب من أجل انتزاع الاعتراف، حيث نص في الفصل 231 على أن : "كل قاض أو موظف عمومي أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية يستعمل أثناء قيامه بوظيفته أو بسبب قيامه بها، العنف ضد الأشخاص أو يأمر باستعماله بدون مبرر شرعي، يعاقب على هذا العنف على حسب خطورته ، طبقا لأحكام الفصول 401 إلى 403 مع تشديد العقوبات على النحو التالي:

<sup>1</sup> - ذكره د. روف عبيد في كتابه مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 590.

إذا كانت الجريمة جنحة ضبطية أو تأديبية، فإن العقوبة تكون ضعف العقوبة المقررة لتلك الجنحة؛

إذا كانت جناية معاقبا عليها بالسجن من خمس إلى عشر سنوات فإن العقوبة تكون السجن من عشر إلى خمس عشرة سنة؛

إذا كانت جناية معاقبا عليها بالسجن من عشر إلى عشرين سنة، فإن العقوبة تكون من عشرين إلى ثلاثين سنة؛<sup>1</sup>

ولأن السياق سياق خطير يتعلق كما عنوانته مجموعة القانون الجنائي " بشطط الموظفين في استعمال سلطتهم إزاء الأفراد وممارسة التعذيب" وحتى لا يترك القانون الجنائي فرصة للإفلات من العقاب عبر التأويل واستغلال الغموض الذي يكتنف النص الجنائي في بعض الأحيان، قام بتعريف التعذيب في الفصل 1-231 بالقول: " يقصد بالتعذيب بمفهوم هذا الفرع، كل فعل نتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدي أو نفسي يرتكبه عمدا موظف عمومي، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه في حق شخص لتخويفه أو إرغامه أو إرغام شخص آخر على الإدلاء بمعلومات أو بيانات أو اعتراف بهدف معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص آخر، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه".

وتأكيدا على هذا المعنى، نص الفصل 2-231 على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات الأشد يعاقب بالسجن من خمس إلى خمس عشرة سنة وغرامة من 10000 إلى 30000 درهم كل موظف عمومي مارس على شخص التعذيب المشار إليه في الفصل 1-231 أعلاه".

أما قانون العقوبات الموريتاني فقد نص في المادة 180 منه على أن: "كل موظف أو مأمور عمومي أو حاكم إداري أو عون أو مأمور للحكومة أو الشرطة أو منفذ لأوامر أو أحكام قضائية أو قائد أعلى أو تابع للقوة العمومية، يستعمل العنف أو يحمل الغير على استعماله دون سبب شرعي ضد الأشخاص أثناء أو بمناسبة قيامه بوظيفته، يعاقب بحسب طبيعة وخطورة هذا العنف، مع رفع العقوبة القاعدة المنصوص عليها في المادة 190 الآتية".

5- يرى رؤوف اخليف أنه يشترط لصحة الاعتراف أن يكون قضائيا، أي أن يصدر من المتهم على نفسه في مجلس القضاء، أما الاعتراف غير القضائي – وهو ما قد يرد ذكره في

<sup>1</sup> -تم تغيير وتنميط الفصل 231 بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 43.04 الذي يتعلق بتغيير وتنميط مجموعة القانون الجنائي (أو قانون مناهضة التعذيب) كما أضيفت أحكام الفصول من 1-231 إلى 8-231 إلى مجموعة القانون الجنائي بمقتضى نفس القانون، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.20 بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006).

التحقيقات نقلا عن أقوال منسوبة إلى المتهم خارج مجلس القضاء، مثلا أمام الشهود، أو في محضر جمع استدالات، أو تحقيق إداري، أو في محضر التحقيق الابتدائي بمعناه الضيق، أو أمام سلطة الإحالة - فليس هناك ما يمنع من أن يكون سببا في الإدانة، لكن قيمته بحسب رأيه تتوقف على ما للمحرر الذي تضمنه أو على ما لشهادة الشاهد الذي نقله من قيمة فيه، وهو لا يصلح على أي حال لأن يكون سببا في عدم سماع شهادة الشهود طبقا للمادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، خلافا للاعتراف القضائي الذي جرى القول بأنه يكفي، ولو كان هو الدليل الوحيد في الدعوى لتسيب حكم الإدانة ما دامت قد توافرت له شروطه المطلوبة.

بيد أن المتهم إذا أصر على اعترافه ( غير القضائي ) في الجلسة عد ذلك اعترافا قضائيا، وصح وحده سببا للإدانة، ولعدم سماع الشهود، أما إذا أنكر صدوره منه، وجب اعتباره اعترافا غير قضائي، ولو صرد بناء على إجازات صحيحة روعيت فيها كل الضمانات المطلوبة<sup>1</sup>.

6- إذا كان الاعتراف قد جرى نتيجة استجواب في مجلس القضاء فينبغي أن يكون الاستجواب جرى صحيحا بحضور المتهم ومحاميه معا، وكذلك إذا كان الاعتراف قد جرى خارج مجلس القضاء وأراد قاضي الحكم الأخذ به، وجب أن تكون الضمانات التي فرضها القانون أمام سلطات التحقيق الابتدائي قد روعيت، لأن بطلان الاستجواب لأي اعتبار كان يترتب عليه بطلان الدليل المستمد منه مباشرة، وكذلك الشأن أيضا إذا صدر الاعتراف بسبب مواجهة باطلة.

<sup>1</sup>-د. رءوف خليل: مرجع سابق، ص 590.

## إشكالية تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

د. لبنى السباعي

باحثة في القانون الخاص

### مقدمة:

كل منازعات التنفيذ قد تكون موضوعية وقد تكون وقتية، وهذه الأخيرة هي ما يعرف بإشكالات التنفيذ، وهي التي تسبق تمام التنفيذ، في حين تعرف منازعات التنفيذ اللاحقة لتمام هذا التنفيذ بدعاوى عدم الاعتداء<sup>1</sup>، والمبدأ العام لا يفرض أي تنفيذ جبري إلا بمقتضى سند تنفيذي، وهذا السند يمكن أن يكون حكماً أو أمراً أو محرراً موثقاً، وبصفة عامة الأوراق التي حولها القانون هذه الصفة.

وهكذا، فإن تنفيذ الأحكام القضائية . جنائية ومدنية . إجراء ضروري لصدورها، وإلا فإن الحكم يبقى بدون قيمة إذا لم يحصل تنفيذه، فإذا كان حكماً زجرياً تولت النيابة العامة بمقتضى ق.م.ج عملية التنفيذ، في حين تخضع هذه الأحكام القضائية لقواعد ق.م.م إذا ما كان الحكم مدنياً، وفعالية هذا التقسيم لا تتحقق إلا بعد التحديد الدقيق للطبيعة القانونية للحكم المراد تنفيذه، إلا أن غموض هذه الطبيعة يخلف مشاكل على مستوى التنفيذ، وهو الأمر الذي يظهر بخصوص الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، من هنا يثار التساؤل حول المسطرة اللازم سلكها لتنفيذ هذا الحكم وحول الجهة المختصة بتولي الصعوبات التي يمكن أن تعترض ذلك التنفيذ، وإذا كان تنفيذ إرجاع الوضع إلى حاله نظرياً لا يطرح أي إشكال، إلا أنه على المستوى الواقعي تعترضه إشكالات ناجمة دائماً عن اختلاف الآراء حول طبيعة الأمر، أهمها تضارب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مع مقتضيات الفصل 166 من ق.م.م إضافة إلى الصعوبات الناجمة عن المسائل التقنية .

### اولا: الجهة المختصة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه

1 عدلي أمير، "اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستحدث من أحكام محكمة النقض والفقه القانوني"، مرجع سابق، ص 436.

تعترى تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه صعوبات شتى على مستوى التطبيق العملي، ومن بينها صعوبة تحديد الجهة المختصة للنظر في هذا التنفيذ، فهل هي رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الإستئناف كقاضيان للمستعجلات حسب مقتضيات الفصل 149 من ق.م.م، أم هي المحكمة المصدرة للحكم القاضي بالإدانة وإرجاع الحال إلى وضعه طبقاً لمنطوق المادة 599 ق.م.ج.

الملاحظ أن الفقه والقضاء تباينت مواقفهما بخصوص هذه المسألة، حيث ذهب اتجاه إلى اعتبار قاضي المستعجلات سواء أكان رئيساً للمحكمة الابتدائية أو رئيساً أولاً لمحكمة الإستئناف هو صاحب الاختصاص في البت في كل صعوبة يخلفها تنفيذ الحكم بإرجاع الوضع إلى حاله، علمهم في ذلك المادة 598 من ق.م.ج التي تنص صراحة على أن التنفيذ يكون بطلب من الطرف المدني طبقاً لقواعد المسطرة المدنية، وهذه الأخيرة تقضي بأن الصعوبات الناجمة عن التنفيذ يختص بالبت فيها قاضي الأمور المستعجلة<sup>1</sup>، وهو نفس الموقف الذي سارت عليه بعض المحاكم كما هو الشأن بالنسبة للأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بفاس عدد 61 والذي جاء فيه: "وحيث إن ذلك لا يشكل صعوبة في التنفيذ ما دامت المحكمة وقفت على محل التنفيذ وحددته...، نأمر تبعاً لذلك بمتابعة إجراءات التنفيذ والإستعان بالمعاينة..."<sup>2</sup>.

وما يمكن قوله بخصوص هذا الرأي، هو أنه جعل إرجاع الوضع إلى حاله ذو صبغة مدنية كباقي التعويضات المحكوم بها في إطار الدعوى المدنية، وهو ما يخالف ما استقر عليه المجلس الأعلى لما اعتبره بمثابة الرد المرتبط بالعقوبة الجزية حتى ولو لم يطلبه الطرف المتضرر، كما أن تطبيق المادة 598 ق.م.ج يمكن أن يصبح مستعصياً عندما تحكم المحكمة الجزية بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، مع أن المتضرر تخلى عن تنصيب نفسه كمطالب بالحق المدني، ففي هذه الحالة لا مفر من أن تتولى النيابة العامة تنفيذ الإرجاع، مما يترتب عنه أن تكون المحكمة المصدرة للحكم المدني هي المختصة بالنظر في صعوبة تنفيذ ذلك الإرجاع، إضافة إلى أن هذا الرأي لما استند إلى المادة 598 ق.م.ج التي تحيل على قواعد المسطرة المدنية لأجل تنفيذ التعويضات المدنية من طرف المحكمة الجزية في إطار الدعوى المدنية التابعة، يكون مرة أخرى خالف اجتهادات المجلس الأعلى التي جعلت إرجاع الوضع

1 رشيد العراقي، "اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 16، أبريل، 1986، ص 37.

2 أمر استعجالي عدد 51 صادر بتاريخ 2001/05/29 عن المحكمة الابتدائية بفاس في الملف عدد 00/164 (غير منشور).

إلى حاله ضمن رد ما يلزم رده، وبالتالي فهو تدبير مرتبط بالعقوبة الجزية مما لا يمكن معه أن تشملها قواعد المسطرة المدنية.

بينما يرى اتجاه ثاني بأن الصعوبات الناتجة عن تنفيذ الأحكام الجزية تبقى من اختصاص المحكمة الجنحية المصدرة للحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، تماشياً مع مقتضى المادة 599 ق.م.ج والتي أرجعت النظر فيما يعترض التنفيذ من مسائل نزاعية عارضة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المقصود تنفيذه، فهذا الفصل سلب الاختصاص من قاضي المستعجلات وفق الفصل 436 ق.م.م، وجعله ينعقد للمحكمة صاحبة الحكم المراد تنفيذه، وذلك بالبت في الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الجزية المتعلقة بعملية التنفيذ مهما كانت صورها<sup>1</sup>، ولعل هذا ما ذهب إليه بعض رؤساء المحاكم الابتدائية، كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة الابتدائية بسطات حيث قضى رئيسها في مرات عديدة بعدم اختصاصه للبت في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ أحكام جزية، وعلله في ذلك أن المحكمة الجزية هي المحكمة مصدرة الحكم، لذلك تبقى صاحبة الاختصاص للبت في تلك الصعوبات، حيث جاء في قرار له عدد 86/174: "... وحيث إن مثل هذه الصعوبة قد انصبت على الدعوى المدنية التابعة للدعوى العمومية... مما يجعلها لا تدخل في اختصاص رئيس المحكمة بل يتعين إثارتها أمام المحكمة المختصة..."<sup>2</sup>

يبدو أن هذا الاتجاه يساير الصواب لما اعتبر المحكمة الجزية المصدرة للحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه الذي يشوبه إشكال في التنفيذ هي المختصة للبت في وجود صعوبة من عدمها، خاصة وأن هذه الأخيرة تؤدي إلى إيقاف التنفيذ لمصلحة مثيرها، فإذا كانت المادة 600 ق.م.ج قد حددت طريقة البت في الأمر ثم سمحت للمحكمة بحق إيقاف التنفيذ، مما يجعل هذه المادة كقانون خاص أولى بالتطبيق من النص العام الوارد في ق.م.م والذي هو الفصل 436، إضافة إلى أن الفصل 26 من القانون الأخير يعطي صراحة صلاحية البت في الصعوبات الناجمة عن تنفيذ الأحكام لكل محكمة هي مصدرة الحكم.

نستنتج إذن، أن الجهة المخولة حق البت في إشكالات تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هي التي اعتد بها الاتجاه الثاني لكونها متماشية أكثر مع القواعد العامة التي تجعل صعوبات تنفيذ المقررات القضائية من اختصاص المحاكم المصدرة

1 الشرفازي الغزواني نور الدين، "الصعوبة في تنفيذ الأحكام المدنية والجزرية"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 23، يونيو 2001، ص 93.

2 أمر استعجالي عدد 86/174 صادر بتاريخ 1986/05/12 عن المحكمة الابتدائية بفاس في الملف عدد 86/167 (غير منشور)، أورده عبد الجبار عزوزي.

للحكم، ولعل ذلك له من المبررات ما يكفي لتبنيه، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، أن المحكمة التي قضت بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تكون أدري بجوانب النازلة، لذلك من مصلحة أطراف النزاع والعدالة، أن تقوم المحكمة مصدرة الحكم بمراجعة هذا الأخير كلما حدث إشكال عند تنفيذه، وليس قاضي الاستعجال الذي لم يشارك لا من بعيد ولا من قريب في مناقشة الحكم وإصداره، كما أنه لا يستساع مطالبة قاضي المستعجلات بإزالة غموض اعترى التنفيذ أو توضيح لبعض<sup>1</sup> معالمه كونه لم يتدخل في صياغة منطوق الحكم، حيث من الأفضل هنا العودة إلى المحكمة صانعة القرار.

إلا أنه ويتجاوز هذه النقطة المتعلقة بإشكاليات تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بين اعتباره من اختصاص المحكمة الجنحية أو المدنية أو القضاء الاستعجالي، وأيضاً تثار صعوبات ومشاكل تعتبر مهمة بمكان لكونها تنصب أثناء مرحلة التنفيذ الواقعي للحكم القاضي بالإرجاع، فأين تكمن هذه الصعوبات وما هي مظاهرها؟

ثانياً: الصعوبات المثارة أثناء تنفيذ الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه جاء في المادة 597 من ق.م.ج أنه: "تقوم النيابة العامة والطرف المدني، كل فيما يخصه، بتتبع المقرر الصادر بالإدانة حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القسم. يقع التنفيذ بطلب من النيابة العامة عندما يصبح المقرر غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية، أو الطعن بالنقض لمصلحة الأطراف...".

في حين جاء في المادة 598 من القانون نفسه على أنه: "يمكن أن يجري التنفيذ بطلب من الطرف المدني طبقاً لقواعد المسطرة المدنية بمجرد ما يصبح المقرر الصادر بمنح التعويضات المدنية نهائياً لعدم قبوله لأي طريق من طرق الطعن العادية...".

إن قراءة المادتين تجعلنا نطرح التساؤل حول أي مسطرة يجب اتباعها في تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه؟ خاصة وأن المادتين تقرران مسطرتين مختلفتين في تنفيذ المقررات القضائية، وهكذا إذا تم النظر إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من منظور أنها جزء من الشق الجزري مادام أنها عقوبة رادعة للمحكوم عليه، إلى جانب العقوبة الجسدية والغرامة، فإن المقرر القضائي الخاص بهذا الإرجاع تتولى تنفيذه النيابة العامة، وذلك بعد استنفاد كافة طرق الطعن العادية أو الطعن بالنقض، مما يكسبه قوة الشيء المقضي به، فالنيابة العامة هي المخولة قانوناً السهر على حماية الأفراد

1 عبد الجبار العزوزي، "حماية الحيابة العقابية أمام القضاء الجزري بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الجريمة وما ينتج عن ذلك من إشكالات التنفيذ"، مقال منشور بمجلة الدفاع، العدد 2، يناير 1999، ص 134.

والمجتمع والدفاع عنهما في منازعات الدعوى العمومية، وعليه فإن هذا الجهاز عند تنفيذه لإجراء الإرجاع يتعين عليه أن يعتمد بذلك إلى قسم التنفيذ التابع للمحكمة. كما نجد في الواقع ما يجرى الطرف المدني وكل مشتك مدني لا يتوفر على صفة الطرف المدني من أي حق في مباشرة تنفيذ ذلك الإجراء.

أما إذا اعتبر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تعويضاً عينياً يحكم به في إطار الدعوى المدنية التابعة، فإن تنفيذه يتم وفق مسطرة تنفيذ الأحكام المدنية بناء على طلب مقدم من المستفيد أو من ينوب عنه، وفي هذه الحالة فإن التنفيذ يكون على أساس الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم القاضي بالإرجاع، يتم تبليغه إلى المحكوم عليه، ولا يجري هذا التنفيذ إلا بعد استصدار شهادة من كتابة الضبط تفيد عدم الطعن بالتعرض أو الاستئناف ضد الحكم موضوع التنفيذ.<sup>1</sup>

ومن هنا يظهر أن الطرف المؤهل لتنفيذ الحكم بالإرجاع هو الطرف المشتكي سؤاله كانت له صفة الطرف المدني أو لم تتوفر له، ويتولى مهمة التنفيذ قسم التنفيذ بالمحكمة الواقع العقار موضوع الاعتداء بدائرة نفوذها.

والواضح أن كل هذا يخلق متاعب للمحكوم له قصد تمكينه من الحياة التي انتزعت منه بفعل جرمي، ومرد هذه المتاعب تحديد الطبيعة القانونية للحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، مما يجعلنا نتساءل حول الوقت الذي يصبح فيه الحكم القاضي بالإرجاع قابلاً للتنفيذ وفق المسطرتين؟

حسب المادة 597 من ق.م.ج فإن جهاز النيابة العامة لا يباشر التنفيذ إلا بعد استنفاد الحكم لكل طرق الطعن العادية أو الطعن بالنقض ويحصل على قوة الشيء المقضي به بصفة نهائية، أما إذا تعلق الأمر بالتنفيذ الذي يباشره الطرف المتضرر في إطار الدعوى المدنية التابعة، فإنه وحسب المادة 598 من ق.م.ج فإنه لا يتم إلا بعدما يصبح حكم الإرجاع نهائياً وغير قابل لأي وجه من أوجه الطعن العادية.

وتبعاً لهذا الاختلاف في المسطرتين، فإنه يمكننا أن نتساءل حول أيهما أنجع للطرف المتضرر لأجل استيفاء حقه؟

مما لا شك فيه، أن الاطلاع على هاتين المسطرتين وما يرد عليهما من تباين بينهما، بين ما هو إيجابي للمتضرر وسلي للمحكوم عليه. والعكس صحيح. ينطلق من مدى اعتبار الحكم بالإرجاع من قبيل ما يلزم رده حسب مقتضيات المادتين 105 و 106 ق.ج، وهو ما

<sup>1</sup> حسن بكري، مرجع سابق، ص 123.



يتضح مع أنه إذا تولت النيابة العامة مهمة التنفيذ على اعتبار أن الإرجاع جزء من العقوبة، فإن هذا الأخير لا يسري تنفيذه كلما كان الحكم قابلاً للطعن بالنقض أو الطعن بإحدى الطرق العادية، وبالتالي يفقد المتضرر ميزة سلك المسطرة الأخرى التي تسمح له بالتنفيذ بمجرد انقضاء آجال طرق الطعن العادية.<sup>1</sup>

كما أن الحكم بالإرجاع يفقد الصفة الوقتية التي تميزه، إلا أنه إذا تم تكييف الحكم القاضي بالإرجاع على أنه جزء من الدعوى المدنية التابعة وليس رداً، فإن ذلك يخدم مصلحة المتضرر الذي يطالب بالتنفيذ بمجرد استيفاء آجال طرق الطعن العادية، في حين يكون سلبياً على المتهم الذي يفقد الحيابة رغم طلبه النقض.

خلاصة القول، وفي منظورنا نعتبر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كجزء من الدعوى العمومية أمراً إيجابياً لما يمنحه هذا التكييف القانوني من مزايا تتجلى في حماية الحيابة العقارية المادية والفعلية بما فيها من حماية للاستقرار الاجتماعي وردع خاص وعام، وأيضاً لوقف متاعب المتضرر في الحيرة بين المسطرتين السابقتين أيهما سيلجأ إليها، وهو ما سيزكي ثقة المتقاضين في استيفاء حقوقهم عن طريق القضاء الساهر على تطبيق القانون، إلا أنه على المشرع أن يعيد النظر في مقتضيات المادة 597 ق.م.ج وذلك بالنص على أن تتولى النيابة العامة التنفيذ رغم الطعن بالنقض في الحكم بالإرجاع مادام أن إرجاع الحالة يبقى إجراءً وقتي لا يمس الجوهر وأيضاً لما في ذلك من امتيازات لمصلحة المتضرر من أهمها تطويل المسطرة وتعقيدها عليه.

إن تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يخلف إشكالات تثار أثناء ذلك التنفيذ، وعلى رأسها اصطدام إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بمقتضيات المادة 166 ق.م.م وما بعده المتعلق باسترداد الحيابة (أولاً). زيادة على صعوبات تقنية تتعلق بتقديم طلب إرجاع الوضع إلى حاله أمام المحكمة المدنية وعلاقته بقواعد استرداد الحيابة (ثانياً).

أ - تضارب إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مع مقتضيات الفصل 166 ق.م.م:

إذا كانت مقتضيات المادة 532 ق.م.ج وكذا اجتهادات المجلس الأعلى يعتبران الطعن بالنقض يوقف تنفيذ الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، حالة اعتباره جزءاً من الدعوى العمومية، ويدخل بالتالي في إطار دعاوى الرد المنصوص عليه في المواد 105 و 106 ق.م.م، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الجانب هو مدى إمكانية التي يملكها المتهم حتى يحتج على الطرف المتضرر الذي طالب باسترداد الحيابة مرتكزاً في ذلك

<sup>1</sup> يوسف بن طامة، مرجع سابق، ص 49.

على الفصل 166 ق.م.م بتطبيق قاعدة "عقل الجنائي للمدني"، خاصة أمام السلطة الممنوحة للقضاء الجزري في إثارة استرداد الحيازة في كل وقت حتى ولو لم يطالب بذلك المتضرر؟

من الواضح أن هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات والتي يمكن تقصيصها عبر الرجوع إلى مصدر الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وإذا ما كان جزءاً من الحكم القاضي بالإدانة في جنحة الاعتداء على حيازة الغير.

وعليه، وفي حالة ما إذا قامت المحكمة الجنحية القاضية بالإدانة في جنحة الترامي بإصدار قرار بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كجزء من الدعوى العمومية، فإنه يصبح في حكم رد ما يلزم رده، وبالتالي تكون المحكمة الجنحية مطالبة بإثارته تلقائياً ولو لم يطالب به المتضرر لاعتباره من صميم النظام العام، فإذا أغفلت هذه المحكمة البت في الإرجاع فإن صاحب المصلحة من حقه المطالبة باستعادة حيازته ولكن أمام نفس المحكمة طبقاً لمقتضيات المادة 599 ق.م.ج، أما في حالة ما إذا رفضت الفصل في أمر الإرجاع فهي تكون ملزمة بتعليل قرارها بتبيان موجبات هذا الرفض.

من هنا فإن المتهم يكون من حقه التمسك بما جاء في منطوق الحكم الجنحي تطبيقاً لمبدأ "الجنائي يعقل المدني"، وبالتالي فإن لجوء المتضرر إلى القضاء المدني عملاً بمقتضيات الفصل 166 ق.م.م من أجل استرداد الحيازة، يبقى مرفوضاً بناء على قاعدة "سببية البت" حالة ما إذا كان هناك وحدة في الموضوع والأطراف والمنازعة.

غير أن الذي يثير الانتباه في هذا الشأن هو إذا كان الفصل 570 ق.ج أقر جنحة انتزاع الحيازة من الغير، وعاقب عليها متى توفرت إحدى الوسائل التي تشكل الركن المعنوي<sup>1</sup> للفعل الجرمي، ويفرض اللجوء إلى القضاء الجزري لأجل الفصل في النزاع، فكيف نفسر إقدام المشرع على النص في الفقرة الثانية من الفصل 166 ق.م.م على أنه يمكن للمتضرر رفع دعوى استرداد الحيازة المنتزعة بالعنف أو الإكراه، علماً أن هاتين الوسيلتين يمكن أن تكونا جزءاً من الوسائل الواردة في الفصل 570 ق.ج، وبالتالي اللجوء إلى القضاء المدني من أجل استرداد الحيازة المدنية والفعلية؟

وهذا يدعونا إلى مناقشة المشرع من أجل تفادي هذا التضارب بين ما أقره الفصل 570 ق.ج والفصل 166 ق.م.م خصوصاً ما يهم استرداد الحيازة التي انتزعت تحت وسيلة من الوسائل المشككة للركن المعنوي لجنحة الترامي على حيازة الغير.

<sup>1</sup> منير عدي، مرجع سابق، ص 63.

إلا أن ما يمكن الجزم به بخصوص دعوى الحيازة المقررة في الفصل 166 ق.م.م هو أن هذا الأخير لا يتكفل إلا بحماية الحيازة الفعلية، لأن الحائز الفعلي لأبد من حماية حيازته مادام لم ينتزعها منه القانون<sup>1</sup>، وهي نفس الحيازة التي تقرر حمايتها بمقتضى الفصل 570 ق.ج.

كما نشير إلى أن آراء الفقه اختلفت حول العلاقة بين طلب إرجاع الوضع إلى حاله وعلاقته بقواعد استرداد الحيازة، فإذا كان هناك اتجاه يعتبر دعوى الإرجاع أمام المحكمة المدنية هي دعوى الحيازة طبقاً للفصل 166 ق.م.م، فإن اتجاهاً ثانياً اعتبرها دعوى تعويض تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، في حين نحي اتجاه ثالث إلى الدعوى بإقامة هذه الدعوى أمام المحكمة الجنحية جاعلاً إياها ضمن ما يلزم رده.

ونستنتج مما سبق أن الهدف من دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه هو واحد يتجلى في استعادة المتضرر للحيازة المنتزعة منه بفعل الاعتداء، مما يجعلنا نرجح أن يتبع هذا المتضرر المسطرة الأسهل في نظره لاستيفاء حقه، مادام الأمر لا يتعلق بالفصل في جوهر الحق، وإنما يرمي المحافظة وصيانة وضع قائم إلى حين الفصل في الموضوع، فغياب نص صريح يفصل ويحدد المسطرة المتبعة بشكل واضح لممارسة دعوى الإرجاع هو الذي يسمح بتعدد وظهور كل تلك التكييفات السابقة الذكر.

وفي نظرنا نعتقد أن أسهل مسطرة يمكن للمتضرر اللجوء إليها هي تلك التي تعتمد في تطبيقها على كون إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه جزء من الدعوى العمومية، تختص به المحكمة الجزئية دون سواها، لما فيها من سرعة وليونة لتفادي تعقيدات وكثرة شروط المسطرة المدنية بخصوص استرداد الحيازة واستيفاء التعويض.

ونختتم بالقول بأن الأمر لا يقف عند هذا التضارب القانوني بين مقتضيات الفصل 166 ق.م.م وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، بل يتعداه أيضاً إلى صعوبات تواجه عملية التنفيذ خلال إنجازها وهي المعروفة بالصعوبات التقنية.

ب: الصعوبات الناجمة عن المسائل التقنية

إذا كان الفصل 570 ق.ج في الغالب هو مرد الحكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فيما يهم جرائم انتزاع عقار من حيازة الغير، إلا أن تنفيذ حكم الإرجاع هذا من المعلوم أنه يصطدم بمسائل تقنية على مستوى الواقع العملي، والتي تشكل ما يعرف

1 نجيب شوقي، "حماية الحيازة العقارية على ضوء مقتضيات المواد 166 إلى 170 من قانون المسطرة المدنية"، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 11، ماي 2005، ص 109.

بالصعوبات التنفيذية، فالالاقتصار بإصدار الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بصفة عامة ولا يحتوي أي تفصيل أو تحديد، يبقى هو الدافع إلى وقوع ذلك التضارب والاصطدام، فالملاحظة البارزة في الأحكام القاضية بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أنها تتوقف عند عدم تبيان صفات العقار المحكوم بإرجاعه اسماً وحدوداً ومساحة<sup>1</sup>، ولعل هذا كفيل بتبرير كل تلك الاحتجاجات التي يثيرها أطراف النزاع وقت التنفيذ.

هذا كله يثير عدة مشاكل بالنسبة للجهاز التنفيذي بالمحكمة، حيث يضطر مأمور الإجراءات أمام الصعوبات العملية التي تعترضه إلى اللجوء أو الاستعانة بالخبرة قصد التوصل إلى تحديد الجزء الذي يقتضي إرجاعه حيازته للمتضرر<sup>2</sup>، مما يجعل التنفيذ يسقط في متاهات المماطلة والتسويق الذي قد يلجأ إليها المحكوم عليه.

لهذا يمكن أن نقول إن هذا الإشكال نابع من عدم تحديد الهوية القانونية والكاملة للعقار، والمراد إرجاع حيازته لمستحقها، ومن ثم فإنه إذا كانت الرغبة أكيدة في تسريع وثيرة تنفيذ أحكام إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، يلزم على القاضي المصدر للحكم الذي يقرر ذلك الإرجاع أن يتولى تحديد تلك الهوية الكاملة والقانونية للعقار، إلا أنه ولكي يقوم القاضي بذلك لابد من أن يتوفر على كافة المعلومات والبيانات والوثائق التي تعرف بالعقار وتحدده.

وهنا، يطرح الإشكال بين ما إذا كان العقار محفظاً أو غير محفظ، فبالنسبة للعقارات المحفظة فلا شك أن أمر تحديد هويتها يكون يسيراً، مادام أن اسمها وحدودها ومساحتها تكون ظاهرة وفق وثائق قانونية تحظى بالشرعية أمام الجميع، والتي لابد أن يدلي بها صاحب المصلحة حتى يسهل على القضاء مأمورية تحديد الهوية المادية والقانونية للعقار، من خلال الحكم الذي يصدره والقاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، أما إذا تعلق الأمر بالعقارات غير المحفظة، فلا بد أن الأمر لن يخلو من الالتباسات والإشكالات والتي لا مفر للفصل فيها من اللجوء إلى الاستعانة بالخبرة الضرورية في ذلك الشأن، حيث أن الخبرة وحدها تستطيع تحديد اسم العقار في حالة ما إذا كان يسري هذا الإسم على عقار واحد أو مجموعة من العقارات، وأيضاً تحديد المساحة التي يمكن أن تكون واحدة تشمل أجزاء عقارية لا علاقة لها بالنزاع، أو تغفل مساحة لها علاقة مباشرة بموضوع النزاع، وهو نفس الشيء بالنسبة لتحديد الحدود.

1 حسن البكري، مرجع سابق، ص 131.

2 نجيب شوقي، "دور مؤسسة وكيل الملك في جرائم الإعتداء"، مرجع سابق، ص 123.

ولعل هذه الصعوبات أثناء التنفيذ هي التي تجعل مأمور التنفيذ أثناء تحريره لمحضر تسليم حيازة العقار إلى صاحبها يضمنه عبارة "سلم العقار على حاله" وربما يجعله يلجأ إلى هذا الحل، هو درؤه لتحمل أي مسؤولية عما هو منوط به من مهام من جهة، والقيام بواجب التنفيذ من جهة ثانية.

لكن الأمر لا ينتهي عند هذا الحد، بل إن المتضرر غالباً ما يلجأ من جديد إلى القضاء قصد استرجاع الحيازة العقارية وفق الهوية الصحيحة للعقار، وهذا من شأنه أن يقض . يهدم . تلك الثقة التي يرغب المشرع في إشاعتها بين المتقاضين.

## المحددات النظرية لمفهوم الإثبات في المادة الجنائية

د. عبد الحميد المليحي  
دكتور في القانون الخاص  
باحث في العلوم الجنائية  
كلية الحقوق- طنجة-

### مقدمة:

إن الإثبات في المادة الجنائية من أهم الأعمدة التي يقوم عليها صرح العدالة الجنائية برمتها، إذ بواسطته تتحصل القناعة لدى المحكمة- من خلال الأدلة التي توفرت في الدعوى- على حصول واقعة مجرمة ومن نسبتها للمتابع أمامها من عدمه، ومن هذه الزاوية- وما يترتب عنها من نتائج بالغة الشأن- تبتدئ أهمية نظام الإثبات بل خطورته البالغة، وخصوصا على المتابع بخرق القانون الجنائي أمام القضاء، الذي بمجر وضع القضية بين يديه، العمل بكل تجرد ونزاهة على الوصول إلى الحقيقة وإلها وحدها، فيقرر بأن الواقعة المتابع بها أمامه قدى حصلت بالفعل، أو أنها لم تحصل، وفي حالة حصولها يقرر ما إذا كانت تسند إلى المتابع بها أمامه، أم لا ستند ليأتي للمحكمة تبعا لما اقتنعت به، إصدار حكمها في موضوع الدعوى، إما بالإدانة أو بالبراءة أو الإعفاء.

وهذا ما جعل المشرع في الأنظمة المقارنة على اختلاف مشاربها، يوجد مرجعية قانونية متميزة، تحكم موضوع الإثبات في المادة الجنائية. يمكن التمييز فيها بين قواعد أو أحكام عامة تسري على نظام الإثبات الجنائي عموما، وقواعد أو أحكام خاصة تحكم كل وسيلة من وسائل الإثبات بصفة خاصة.

### المطلب الأول: المقصود بالإثبات الجنائي وأهميته

نظرا لما يتطلبه الإثبات الجنائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به، ورسم الإجراءات التي يتم بها تقديم الأدلة إلى القضاء. فإنه يبدو من الضروري أن تخضع هذه المسائل لتنظيم قانوني، لذلك فإن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضي حتما وجود نظام للإثبات، إلا أن التنظيم القانوني للإثبات لا يتخذ صورة واحدة، فقد يقتصر هذا التنظيم على رسم إجراءات تقديم أدلة للقضاء، تاركا تحديد ما يعتبر من الأدلة ووزن قوة كل منها في الإثبات الجنائي إلى سلطة القاضي التي تتضمن فوق ذلك حق توجيه الخصوم إلى الدليل، بل وقدرة

القاضي على التحقق من صحة الوقائع المدعاة بنفسه. كما أن التنظيم قد يمتد في صورة أخرى ليشمل كل ما يتعلق بالإثبات فيحدد الأدلة التي يمكن تقديمها، ويعين بدقة قوة كل دليل منها ويلزم القاضي بأن يقف موقف الحياد المطلق في معركة الإثبات.

### الفقرة الأولى: في تحديد مصطلح الإثبات الجنائي

يدل الإثبات في اللغة على الحجة أو الدليل، ويدل أيضا على البرهان أو البينة، وهو يعني إقامة الدليل أو البرهان على أمر من الأمور، وتقديم الحجة على حصوله أو عدم حصوله. والإثبات في اللغة<sup>1</sup> هو الدليل أو البرهان أو البينة أو الحجة<sup>2</sup>، أو هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل، ويعتبره البعض الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، والمقصود بالحقيقة هنا كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة عليه لإعمال حكم القانون عليها<sup>3</sup>، وذلك من خلال التقرير القانوني للجريمة من حيث ارتكابها ونسبتها إلى الجاني من أجل تطبيق قانون العقوبات عليه.

ولهذا فالإثبات لغة : مصدر أثبت بمعنى اعتبر الشيء دائماً مستقراً أو صحيحاً، وثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً، ويقال ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً فهو ثابت إذا أقام به، وأثبتته السقم إذا لم يفارقه، ورجل ثبت الغدر إذا كان ثابتاً في قتال أو كلام، ورجل ثبت : إذا كان لسانه لا يزال عند الخصومات، وقد ثبت ثباته وثبوتته وتثبت في الأمر والرأي، واستثبت : تأتي فيه ولم يعجل، واستثبت في أمره إذا شاور وفحص عنه، ورجل ثبت أي ثابت القلب<sup>4</sup>، ومعنى : تثبتتاً في قوله عز وجل (وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَتَثْبِيتاً مِنْ أَنْفُسِهِمْ)<sup>5</sup> أي : ينفقونها مقرين بأنها يثيب الله عليها<sup>6</sup> ومعنى التثبيت في قول الله عز وجل (

<sup>1</sup> كلمة الإثبات: هي مصدر رباعي من الفعل " أثبت على وزن " أفعل إفعال " وهو يدل على حدوث فعل بلا زمن محدد، وفعل ثلاثي مزيد بالهمزة، والمصدر "إثبات" ودخلت عليه الألف واللام للتعريف ويسمى تأكيد وجود الحق بالبينة " إثباتاً" وهناك لفظ بمعنى الدليل مشتق من المصدر إثبات، وهو "ثبت" بفتحين والجمع إثبات، كسب وأسباب، ويسمى الدليل "ثبناً" إذ هو يودى إلى استقرار الحق لصاحبه.

انظر: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، الطبعة الأمريكية 1338 هـ - 1910م ج 1 ص 36

<sup>2</sup> محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية، ط 1977 م ص 3

<sup>3</sup> لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري (711) دار صادر بيروت

لبنان - الطبعة الأولى سنة 1968 م - : مادة ثبت - ج 2 ص - 19

<sup>4</sup> الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري ( ت 393هـ) تحقيق/ أحمد عبد الغفور عطا الله

- دار العلم للملايين بيروت لبنان - الطبعة الثانية 12.2 هـ - 1984 - ما ثبت - ج 1 ص 245.

<sup>5</sup>سورة البقرة: جزء من الآية رقم 265.

<sup>6</sup> الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي

( ت 671 هـ) تحقيق / أحمد عبد العلي البردويني- دار الشعب القاهرة- الطبعة الثانية 1372 هـ ج 3 ص 314

وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ. مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ<sup>1</sup> فَمَعْنَى تَثْبِيتِ الْفُؤَادِ تَسْكِينِ الْقَلْبِ فَكَلِمَا كَانَ الْبِرْهَانُ وَالِدَلَالَةُ أَكْثَرَ عَلَى الْقَلْبِ كَانَ الْقَلْبُ أَسْكَنَ وَأَثْبَتَ<sup>2</sup>، وَمِنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ مَعْنَى الْإِثْبَاتِ الرَّسُوخَ وَالْإِقَامَةَ عَلَى الشَّيْءِ سِوَاءَ أَكَانَ مَادِيًّا كَالثَّبَاتِ فِي مَوْضِعٍ، أَوْ كَانَ مَعْنَوِيًّا كَالثَّبَاتِ عَلَى رَأْيٍ، وَيَأْتِي الْإِثْبَاتُ بِمَعْنَى إِقَامَةِ الْحُجَّةِ وَالِدَلِيلِ.

ويؤخذ من كلام الفقهاء أن الإثبات يعني: إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع<sup>3</sup>. فالمقصود من الإثبات وصول المدعي إلى حقه أو منع التعرض له، فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي وتبين أن المدعي عليه مانع حقه أو متعرض له بغير حق يمنعه القاضي عن تمرده في منع الحق ويوصله إلى مدعيه<sup>4</sup>. فالإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية.

وفي الاصطلاح القانوني، يعني الإثبات في المادة الجنائية، إقامة الدليل أو البرهان، على وقوع الجريمة أو نفيها، وعلى إسنادها إلى المتهم أو براءته منها<sup>5</sup>؛ فهو تأكيد لحق متنازع عليه أو مسألة غير مؤكدة بحيث ترتب أثراً قانونياً بالدليل الذي أباحه القانون، وفي المواد الجنائية - بصفة خاصة - يقصد بالإثبات إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها<sup>6</sup>، وفي معنى آخر هو التوصل بإجراءات الخصومة الجنائية للكشف عن الحقيقة التي يبني عليها الحكم ويعتبر الدليل الوسيلة المبحوث عنها في التحقيقات بغرض إثبات صحة واقعة تهم الجريمة أو ظروف من ظروفها المادية أو الشخصية، والدليل يبحث عنه من أجل إثبات الوقائع ونفيها، وليس لإثبات مبدأ يقرحاً أو

<sup>1</sup> سورة هود : جزء من الآية رقم 120

<sup>2</sup> جامع البيان في تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري: لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري (ت 310) دار الفكر للطباعة والنشر بيروت 1305 هـ - 12 ص - 145

<sup>3</sup> قواطع الأدلة في الأصول: لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمانى (ت 489 هـ) تحقيق/ محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي - دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى 1997 م - ج 2 ص - 157

<sup>4</sup> العقود الدرية في تنقيح المسائل الحامدية: محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين (ت 1252 هـ) دار المعرفة بيروت - ج 1 ص - 301، الفناوى الهندية: للشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند الأعلام - المكتب الإسلامي - محمد أزديبير، ديار بكر، تركيا- الطبعة الثالثة 1393- ج 3 ص - 403، تحفة المحتاج بشرح المنهاج: لشهاب الدين أحمد

(5) د/ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية - ص - 23

<sup>5</sup> -لاحظ محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن"، الجزء الأول النظرية العامة، طبعة

أولى القاهرة 1977، بند 1، ص: 1

<sup>6</sup> د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1995 م، 767



يفرض واجبا، وإن ذلك من شأن القانون<sup>1</sup>. ويرد الإثبات على واقعة تنتمي إلى الماضي، باعتبار أن عمل القاضي ينصب على الجريمة والمسؤولية التي تنشأ عنها، وهو ما ينتهي إلى الماضي<sup>2</sup>

والإثبات في المواد الجنائية هو كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة بحيث يصبح موضوع الإثبات الجنائي يتضمن إثبات وقوع الجريمة - بوجه عام- من جهة، ونسبة هذه الجريمة للمتهم - بوجه خاص- للمتهم من جهة ثانية<sup>3</sup>.

ومنذ أن استقر مبدأ براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته، أصبح لزاماً على سلطات التحقيق والادعاء عبء إقامة الدليل أو البينة على قيام المتهم بارتكاب جريمته، وبدون توافر هذا الدليل فإنه لا يمكن لسلطات الادعاء أو المحكمة أن تقيم الدعوى على الجناة أو محاولة إدانتهم على ما اقترفوه من أفعال.

فالإثبات الجنائي يراد به إقامة الدليل اليقيني على صحة حدوث الوقائع الجنائية المؤثرة في وقوع ماديات الجريمة وقيام معنوياتها كما تطلبها القانون بجميع ظروفها ونسبتها إلى المتهم بارتكابها، وذلك وفق الضوابط التي أخضعها لها المشرع والتي يراعي فيها التوازن بين مصلحة المجتمع في عقاب المذنب، ومصالحته في المحافظة على حريات أفراد<sup>4</sup>. لهذا فالوسائل التي

<sup>1</sup> أحمد التل: الأدلة في المواد الجزائية، مجلة الشرطة، العدد 16، أكتوبر 1979 م، ص 38

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني المرجع السابق، ص 769

<sup>3</sup> محمد نعيم فرحات: الإثبات الجنائي - دراسة تأصيلية لاتجاهات الفقه المصري وأحكام محكمة النقض، 1432 هـ - 2011، ص 7

<sup>4</sup> راجع في هذا الشأن أنيس حسيب السيد المحلاوي: القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي بوسائل الإثبات الحديثة، مطبعة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ص: 26 ولم تعرف التشريعات الإثبات بنوعيه (الجنائي والمدني) وإن خصصت لكل منهما حقاً خاصاً في التشريع لاختلافها وتظهر صور الاختلاف بينهما في التالي:

1- وسائل الإثبات المدني تهيأ قبل النزاع وقبل البدء في إقامة الدعوى فنفس الوسائل التي يتم على أساسها إثبات الحق تُعتمد كوسائل للإثبات. لأن في التعامل المدني مطلوب إثبات ذلك التعامل كما في حالة الدين فالمتعاملين يتبنون تعاملهم عن طريق الكتابة إلا أن هذه الوسيلة قابلة لإثبات العكس. أما في المجال الجنائي فتبدأ بعد رفع الدعوى فالجاني يحاول إخفاء كل أثر يدل على فعله أو نسبته إليه. الأمر الذي يستدعي إجراء التحقيق والتوسع فيه للوصول إلى أدلة تثبت قيام الجاني بفعله المتهم به.

2- وفي الإثبات المدني تكون أدلة الإثبات مقيدة في حين كونها غير ذلك في الإثبات الجنائي، وبهذا تثبت حرية القاضي في بناء قناعته الوجدانية في المجال الجنائي.

3- الإثبات في المجال المدني ينظمه في الغالب قانون قائم بذاته في حين أن الإثبات في المجال الجنائي يدخل ضمن قانون أصول المحاكمات الجنائية.

ومن ثم أستطيع أن أطرح التعريفات التالية للإثبات الجنائي وأراه مستكملاً لعناصر الإثبات وهو: ما يقدمه الخصوم من دليل مشروع ويعتمده القضاء لإثبات واقعة معينة، ويتضح من هذا التعريف المختصر للإثبات أن له معاني ثلاثة:

1- العملية المشروعة التي يقوم بها المدعي أمام القضاء لإثبات أن اعتداء ما حصل على مصلحة أو حق يحميه القانون عن طريق إقامة الدليل.

يتمسك بها أطراف الدعوى، كالاقرار أو الخبرة أو القرائن أو المعاينة أو الشهادة كلها تدخل في المصطلح القانوني والإجرائي للإثبات المختلفة، أي إنتاج الدليل، ويتم هذا الإنتاج، عن طريق جمع الأدلة في مرحلة أولى وتقديمها لقضاء التحقيق أو النيابة العامة قصد تمحيصها، فإذا نتج عن هذا التمحيص أدلة تسند الإدانة، أحييت على مرحلة المحاكمة، حيث يتم تقدير قيمة الحجج والأخذ منها بتلك التي تولد الجرم واليقين في دائرة اقتناع القاضي، بحيث إذا تحقق هذا الجرم، وجب تبرئة ساحة المتهم.

### الفقرة الثانية: أهمية الإثبات الجنائي

إن نظرية الإثبات، من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم، فيما يعرض لها من أفضية<sup>1</sup>. إن هذه الأهمية دفعت بعدة تشريعات إلى إحلال الإثبات مكانة رفيعة، وإفراده بقوانين خاصة ومستقلة<sup>2</sup>. وللإثبات أهمية كبيرة في الإجراءات الجنائية، ذلك أن نطاق الإثبات الجنائي لا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم، بل إنه يتسع لإقامته أمام سلطات التحقيق، بل وسلطات الاستدلال كذلك، ويعني ذلك أن نطاق الإثبات أوسع من أن ينحصر في مرحلة المحاكمة<sup>3</sup>.

والإثبات في المواد الجنائية محكوم بقواعد خاصة تجعل له ذاتية متميزة تنعكس على قواعده على نحو يجعل له نظرية مستقلة عنه في فروع القانون الأخرى سواء من حيث عبئه أو أدلته<sup>4</sup>، وهدف الإثبات في الإجراءات الجنائية هو البحث فيما إذا كان من الممكن أن يتحول "الشك" إلى "يقين"، وتستهدف قواعد الإثبات تمحيص هذا "الشك"، وتحري

2- ما يستطيع بواسطته المدعي من إقناع القاضي بأن هناك واقعة حصلت.

3- خلاصة ما وصل إليه المدعي من إقناع القاضي بتعلق حقه في واقعة معينة.

على أن مجال الإثبات لا يقتصر على إقامة الدليل أمام القاضي بل يتسع ليشمل سلطات التحقيق والاستدلال، ومن يحاول الإثبات هو من يحاول كشف الحقيقة التي يريد إظهارها عن طريق القضاء وعن طريق اتخاذ الإجراءات التي رسمتها الخصومة الجنائية، ومن ثم يخضع الإثبات في المواد الجنائية لقواعد تختلف عن تلك التي تحكم الإثبات في المواد المدنية، وذلك لا اعتبار قد ترجع إلى أهمية موضوع الإثبات بين المواد المدنية والمواد الجنائية، ومنها ما يرجع إلى أهمية الدعوى الجنائية بالنسبة للمجتمع على خلاف الدعوى المدنية التي لا تهم بالدرجة الأولى سوى الخصوم.

<sup>1</sup> عبد الرازق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثاني، ص: 10

<sup>2</sup> يحظى الإثبات بمكانة خاصة في القوانين الأنجلوساكسونية، وذلك اعتباراً لكون الإجراءات الجنائية تدور كلها حول مشكلة الإثبات لاحظ:

MERLE et VITU: « traite de droit criminel », tome II , procédure pénale, paris,1979, p.145.

<sup>3</sup> د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1995 م، 767

<sup>4</sup> راجع: د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977م، ص

الوقائع التي انبعثت عنها، والقول في النهاية إذا كان قد تحول إلى "يقين" تبني عليه الإدانة، أم أن ما أمكن الوصول إليه بتطبيق قواعد الإثبات لم يفلح في ذلك، فبقي الشك في حاله، ومن ثَمَّ تستحيل الإدانة<sup>1</sup>، ولم يخص الشارع موضعاً على حدة لنظرية الإثبات، وإنما تناثرت قواعدها بين المواضيع المخصصة للاستدلال، المواد من 24 - 20 من قانون الإجراءات الجنائية، وقد وردت أهم نصوص الإثبات في الموضوع المخصص للمحاكمة، باعتباره يتخذ في هذه المرحلة صورته الحاسمة المفضية إلى الفصل في موضوع الدعوى، مع الوضع في الاعتبار أن الدليل الذي يُقدم إلى المحكمة وتعتمد عليه في حكمها يغلب أن يكون قد اكتُشف في مرحلة سابقة وتحددت فيها عناصر حُجيته، ومن ثَمَّ كانت دقة عمل القاضي معتمدة على القواعد التي تحكم الإثبات في الاستدلال والتحقيق الابتدائي<sup>2</sup>.

وقد جاء في معرض بيان أهمية الإثبات، في المذكرة الإيضاحية التي استهل بها المشرع المصري قانون الإثبات رقم 25 الصادر سنة 1968 ما يلي: " تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة، إذ أن الحق، وهو موضوع التقاضي، يتجرد من كل قيمة، إذا لم يقيم الدليل على الحادث الذي يستند إليه. فالدليل هو قوام حياته، ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول، بأن الحق مجرد من دليله، يصبح عند المنازعة، والعدم سواء".

ومن الأقوال المأثورة، في قيمة الإثبات وأهميته: " الدليل واحدة يحيى الحق ويجعله مفيداً، وكذلك" ما لا دليل عليه، هو والعدم سواء" أو يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه" "والدليل هو قوة الحق"<sup>3</sup>.

ورغم أهمية الإثبات، فإن كثيراً من المواضيع المتصلة به، تفتقر إلى البحث والتحليل، ومن ذلك المواضيع المتعلقة بعبء الإثبات وشروط قبول الأدلة، وكيفية تقدير قيمتها، وقوتها الإثباتية.

والإثبات في الميدان الجنائي، هو محاولة لإعادة بناء الوقائع والأحداث في عملية تركيبية، يقصد منها التعرف على الحقيقة، ومن ثم فإن الإثبات يتسم بالصعوبة والتعقيد، نظراً لكونه يتوجه نحو إعادة إنتاج الواقع الذي انقضى في الزمن الماضي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> د. محمد نعيم فرحات: الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 8

<sup>2</sup> د أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية " دراسة تحليلية مقارنة لنظريتي الإثبات والمشروعية في مجال الإجراءات الجنائية، القاهرة، بدون دار نشر، 2005 ص 768 وما بعدها.

<sup>3</sup> عبد الرازق السنهوري، م.س.ص، راجع بشأن أهمية الإثبات:

## المطلب الثاني: التطور التاريخي لأنظمة الإثبات الجنائي

ينقسم الإثبات إلى فصلين رئيسيين، يتناول الأول منهما، المبادئ العامة في الإثبات، وهو بمثابة فلسفة عامة تشترك فيها كافة وسائل الإثبات، ويشمل الفصل الثاني، دراسة كل وسيلة من وسائل الإثبات، ويتناول الأحكام الخاصة بكل دليل على حدة. وقد عرفت نظرية الإثبات الجنائي، عدة تطورات عبر حقب الزمن المختلفة، قبل أن تبلور بشكلها الحالي في التقنيات المعاصرة.

وهذا ما يدعونا إلى أن نقسم دراسة الإثبات الجنائي إلى فروع ثلاثة، نتناول في الأول التطور التاريخي لأنظمة الإثبات، ونتطرق في الثاني للنظرية العامة للإثبات، ونعالج في الثالث، وسائل الإثبات المختلفة.

مر الإثبات الجنائي من مراحل أربعة:

- مرحلة الإثبات الخرافي، والمرحلة الدينية؛
- المرحلة الشرعية أو القانونية في الإثبات؛
- المرحلة الوجدانية أو مرحلة الإثبات المبني على الإقتناع؛
- مرحلة الإثبات العلمي، وهي مرحلة لم تكتمل بعد معالمها. ونعالج كل مرحلة في فقرة مستقلة<sup>2</sup>.

## الفقرة الأولى: مرحلة الإثبات في نظام المجتمعات البدائية

ساد المجتمعات البدائية نظام الانتقام الفردي، الذي تطور ليتخذ فيما بعد شكل العدالة الخاصة، في وقت لم تظهر فيه بعد السلطة العامة أو الدولة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> إن عملية الإثبات تعتبر عملا متعدد الجوانب وعملا معقدا وصعبا، وتكمن الصعوبة والتعقيد في أن الحقائق هي التي تعتمد في الإثبات، وليدة الماضي، ولم تقع بشكلها أمام المحكمة، مما يستوجب على المحكمة أن تستوعبها بصورة غير مباشرة، وعن طريق عملية الإثبات بالذات، أي عن طريق إعادة الخلق للصورة الواقعية التي تمت في الماضي".

لاحظ في هذا الشأن، سامي النوروي: دراسة في أصول المحاكمة الجزائية، مطبعة السلام، بغداد، سنة 1976، الجزء الثاني، ص: 113.

<sup>2</sup> إن استعراض هذه المراحل، يكشف عن سنة التطور، التي لحقت الإثبات لدى الحضارات والشرائع المتعاقبة خلال المسيرة الطويلة للعدالة الجنائية، عبر دروب الزمن وتقلبات الدهر.

<sup>3</sup> لم تعرف المجتمعات البدائية نظاما للإثبات، بالمعنى الدقيق، ولكنها عرفت نوعا من اليقين القضائي في شكله البدائي، والقائم على الإيمان بالخرافة. لاحظ في هذا المعنى:

Aly Ahmed Rachid : « De l'intime conviction du juge vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle », éd PEDONE, paris, 1942, p : 84.

ويمكن القول بأن المجتمعات البدائية، عرفت بعض الأساليب المختلفة لإثبات الجرائم، وهي أساليب تتناسب ونمط العيش داخل المجتمع البدائي، وتوافق تقاليده، وتتماشى مع عقيدته. حيث كان المرء هو نفسه القاضي الذي قلما يمارس نقداً للأدلة التي يملكها ويتصرف بحكم اندفاعاته واعتقاداته الشخصية، فإذا اعتقد بأن شخصاً أساء له اقتص لنفسه بمعونة الأخوة والعشيرة.

إن أهم ما يميز الإثبات الجنائي، في هذه المرحلة هو أنه حصيلة التخمين القائم على مشاعر وإحساسات خاصة، حيث كان الكهنة ورجال الدين يقومون بدور القاضي وكانوا يعتمدون على الآلهة لكشف الحقيقة وتشكيل قناعاتهم وذلك باللجوء إلى أساليب كثيرة لإدخال قدرة الآلهة ومنها قذف المتهم إلى نار مشتعلة فإن كان المتهم بريئاً حمته الآلهة.

وقد لعب كاهن المعبد، في هذه الفترة، الدور المنوط حالياً بالقاضي، وكانت مهمة الكاهن، هي التوسط بين أفراد العشيرة وبين الآلهة، حيث يتلقى جوابها بشأن الجرائم المقترفة، ويعمل على تنفيذ أوامرها وفض المنازعات وفقاً لتعاليمها. وأهم الأساليب التي عرفت التطبيق في هذه الفترة، مجموعة من التحريات المتمثلة في جعل المتهم يخضع لعدة تجارب وامتحانات<sup>1</sup>. وإلى جانب هذه التجارب، طبقت وسائل أخرى، كالإثبات بالمبارزة أو الإثبات بيمين التزكية<sup>2</sup>.

كما عرفت الشعوب القديمة وسائل أخرى، على درجة من الذكاء، أساسها محاكاة النفس البشرية أو ما ندعوه اليوم، بالجانب النفسي السيكولوجي للإنسان، ومن أمثلة ذلك، أن الصينيين القدامى كانوا يعطون المتهم كمية من الحنطة، ويطلبون منه مضغها فإذا جف ريقه، فذلك دليل على ارتكابه وإخفائه لحقائق تجيش في خاطره.

وبسبب التطور الحاصل في المسألة بفعل عامل الزمن والذي لا نرى موجبا للخوض فيه، فقد اختفت بعض الأنظمة التي تقوم على الشعوذة والسحر أو الغيبيات في الإثبات، لتفسح أخيراً الميدان لنظامين أو طريقتين رئيسيين في الإثبات وهما: نظام الإثبات القانوني ونظام الإثبات القضائي أو الوجداني.

### الفقرة الثانية: مرحلة الإثبات القانوني أو المرحلة الشرعية

<sup>1</sup> كان البابليون يلقون الشخص المتهم في النهر المقدس، فإن نجا من الغرق، فذلك دليل براءته.  
<sup>2</sup> لاحظ بشأن تفاصيل هذه الأساليب، الحبيب بيهي: " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية الحقوق، أكاد، 1989، ص: 28 وما بعدها.

الإثبات القانوني كنظام أو طريق للإثبات يقوم على تحديد المشرع مسبقا لنوع الدليل وقيمه الاقناعية بحيث لا يكون للقاضي وهو بصدد إصدار الحكم في القضية قبول الاستدلال بغير الطرق التي حددها المشرع سلفا، ولا أن يحيد عما رصده من قيمة إثباتية للدليل الذي أوجب الاستدلال به في الخصومة الجنائية.

ومن الأمثلة على أخذ المشرع عندنا بنظام الإثبات القانوني، نشير للفصل 493 من ق. ج الذي أوجب فيه إثبات الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 جريمة الفساد و491 بخصوص جريمة الخيانة الزوجية، إما بمحضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو بناء على اعتراف تضمنه مكاتب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي.

وطبيعي أن نظام الإثبات القانوني من الصلابة أن تواجه بالاعتراض عليه من قبل الفقه الذي يرى في فرضه على القاضي متضمنا لاحتمال الإضرار بالحقيقة المجردة – وهي المبتغاة في الميدان الجزري- مادام القاضي وفق هذا النظام ملزم بالحكم وفق ما فرض المشرع الاقتناع به من خلال أدلة دون غيرها وهو ما قد يؤول معه الأمر إلى أن القاضي قد يحكم رغم أنه غير مقتنع في قرارة نفسه بالحقيقة التي يعلنها في الحكم بناء على الدليل المفروض عليه قانونا نوعا وقيمة. إن الاعتراض أو الانتقاد وجيه ولكن وجهة الاعتراض مع ذلك وجب ألا تحجب عنا التطورات التي خضعت لها طرق الإثبات عموما والتي أدت إلى انحسار نظام الإثبات القانوني بحيث لم يعد هو المسيطر – ولسنا بحاجة إلى رصد ذلك تاريخيا- كما كان في الماضي، إذ الملاحظ على مستوى التشريع المغربي والمقارن حاليا أنه لا يأخذ بنظام الإثبات القانوني إلا في حالات جد محدودة تاركا المجال واسعا للسلطة المختصة. ونشير هنا إلى أن انتشار نظام الإثبات القانوني، جاء بعد ظهور الدولة، حيث تم تكريسه من قبل عدة تشريعات قديمة.

ويقوم نظام الإثبات القانوني أو المقيد، على وضع شروط قانونية محددة من طرف المشرع، بحيث لا يجوز للقاضي التصريح بثبوت الواقعة الإجرامية، ما لم تتوفر تلك الشروط، وتوفرها يتحتم الحكم وفقا لما جاءت به، بصرف النظر عن اقتناع القاضي. فنظام الإثبات القانوني، يقوم على اعتبار حماية حقوق المتهم، وذلك عن طريق تقييد حرية القاضي في الإثبات، منعا لجوره كلما جنح إلى الجور. ويتولى المشرع تبعا لذلك، تحديد

وسائل الإثبات، على أساس افتراض الأدلة المعتمدة قانونا، وبصرف النظر عن الحقيقة الواقعية، واختلاف ظروف كل نازلة<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات هذا النظام نورد كمثال، الأمر الجنائي الصادر عن الملك لويس الرابع عشر، سنة 1670، وهو الذي صنّف الأدلة إلى ثلاثة أصناف، وذلك على النحو التالي:

الصنف الأول: يعرف "بالأدلة الكاملة" وهي أدلة تكفي وحدها للإثبات، ولإصدار الحكم بالإدانة، والدليل الكامل شرط في عقوبة الإعدام.

الصنف الثاني: يعرف "بأنصاف الأدلة" أو نصف الحجة، وهو الذي لا يكفي بمفرده للحكم بالإعدام، بل لا بد من تعزيزه باعتراف المتهم المحصل تلقائيا أو المنتزع تعديبا، ويمكن تعزيز نصف الدليل بأنصاف الأدلة الأخرى.

الصنف الثالث: يعرف "بالأدلة الخفيفة" أو الأمارات البعيدة، هذه لا يجوز الحكم استنادا إليها وحدها، بل لا بد من تعزيز وسائل الضغط، وتكون نقطة الانطلاق للتحريات.

وكل صنف من هذه الأصناف الثلاثة، يمكن أن يضم واحدا أو أكثر من وسائل الإثبات المعروفة، وهي الاعتراف أو الشهادة أو الكتابة أو القرائن. ويشترط في كل وسيلة توفر عدة شروط منها أن يكون النصاب شاهدين في الشهادة، وأن يكونا سامعين حاضرين، ومؤكدين نفس الوقائع بصفة متطابقة، وأن تكون الحجة الكتابية رسمية ومتصلة بالجريمة، وتكون القرائن واضحة وحاسمة.

وقد شهدت مرحلة الإثبات المقيد، ميلاد الشريعة الإسلامية، في شبه الجزيرة العربية، وانتشارها عبر الفتوحات الإسلامية، في عدة مناطق من المعمور. وقد أقام الفقهاء المسلمون، نظرية متكاملة في الإثبات خلال القرنين التاسع والعاشر الميلادي، ولفقه الإسلامي اتجاهات متعارضة، فيما يخص تحديد طبيعة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية.

فهناك اتجاه يرى الاقتصاد على الأخذ بالأدلة الواردة على لسان الشرع، ولا يتعداها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup>. ويرى اتجاه آخر، أن الأدلة الشرعية ليست حصرية، بل يجوز

<sup>1</sup> تقوم السياسة الجنائية في مجال الإثبات، على تمسك المشرع بالحقيقة القضائية، دون الحقيقة الواقعية، وعلى أساس الموازنة بين اعتبارين، اعتبار العدالة في ذاتها، وهو اعتبار يدفع إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل، ومن جميع الطرق، حتى تتفق مع الحقيقة القضائية، واعتبار حماية حقوق المتهم، ويترتب عنه، تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها، وفي تقدير كل دليل، ومن ثم يحدد المشرع طرف الإثبات، وقيمة كل منها، ليحد من تحكم القاضي إذا جنح التحكم. انظر في هذا المعنى، السنهوري، الوسيط، م.س. الجزء الثاني، ص: 98.

<sup>2</sup> لاحظ بالنسبة لهذا التوجه: التجكاني الحبيب: " النظرية العامة للقضاء في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالقانون الوضعي"، الدار البيضاء، 1984، ص 205

الاستناد إلى غيرها وهو ما يفسح المجال للأطراف لإقناع القاضي<sup>1</sup>. وقد ظهر تيار ثالث يرى بأن نظام الإثبات الجنائي الإسلامي، نظام وسط بين القيد والحرية<sup>2</sup>. ونحن نميل إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير، على اعتبار أن نظرية الإثبات الجنائي تأخذ بالقيد والحرية معاً، على أن تحديد طبيعة الإثبات الجنائي الإسلامي، يتطلب التمييز بين موقف الفقه والقضاء الذين كانا يميلان نحو القيد، تأثراً بالشريعة الرومانية، وبين المصادر الأساسية للشريعة الإسلامية والكتاب والسنة، والتي لا نجد فيها سوى بعض القواعد المتفرقة، ولعل أهمها قاعدة " درء الحدود بالشبهات"، والتي تعد دعوة صريحة لحرية التقدير<sup>3</sup>.

### الفقرة الثالثة: مرحلة الإثبات الوجداني أو القائم على حرية الاقتناع

إن نظام الإثبات القضائي – وقد تم الأخذ به تشريعياً بعد الثورة في فرنسا ليحل محل الإثبات القانوني – يحجر بمقتضاه القاضي الجنائي من التقيد سلفاً بوسيلة محددة في إثبات الوقائع المنظورة أمامه، كما يترك له الحرية كاملة في تقدير قيمة الدليل بحيث لا رقيب عليه في ذلك عند تكوين إقناعه بالحجج سوى ضميره. ومقتضى هذا المبدأ ألا يقيد القاضي مسبقاً بوسائل محدودة للإثبات ولا القيمة الإثباتية لكل وسيلة من وسائل الإثبات المعروفة بل يترك الأمر إلى وجدانه وإلى اطمئنانه الداخلي للاقتناع بثبوت الواقعة المعروضة عليه أو عدم ثبوتها.

وهكذا فإن من حسنات هذا النظام تمكين القاضي من إعلان الحقيقة كما اقتنع بها هو وجدانياً – ولذلك يسمى هذا النظام بالوجداني – من خلال تقدير الحجج المتوافرة في القضية بحيث لا يشتغل كالألة الجامدة في أعمال قيم أدلة الإثبات حتى ولو كانت الحقيقة بحسب قناعاته هي غير الحقيقة التي يفرضها نظام الإثبات القانوني، إذ في هذا النظام تكون الصلاحية كاملة ومطلقة في الأخذ بأدلة الإثبات يراه مؤدياً لكشف الحقيقة أو طرحه إن هو لم يطمئن إليه، وأكثر من ذلك يكون دوره في الإثبات إيجابياً يسمح له باتخاذ المبادرة واللجوء إلى التحقيق التكميلي أو الخبرة بل وحتى استدعاء كل شخص يرى بأن الاستماع إليه مفيداً المادة 424<sup>4</sup> ق م ج، ومهما يكن فالمؤكد حالياً هو طغيان نظام الإثبات القضائي

<sup>1</sup> أنظر أحمد فتحي بهنسي " نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي"، دار الشروق، بيروت، 1984، ص: 34

<sup>2</sup> أنظر أحمد الخليلي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، طبعة أولى، الرباط، 1980، الجزء الثاني، ص: 210

<sup>3</sup> راجع الحبيب بيهي: " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي"، م.س.ص. 61 وما بعدها

<sup>4</sup> - جاء في المادة 424: يمكن لرئيس غرفة الجنايات أن يستدعي خلال المناقشات، ولو بأمر الإحضار، كل شخص للاستماع إليه أو أن يطلب الإدلاء بكل دليل جديد ظهر له من عرض القضية في الجلسة أنه مفيد لإظهار الحقيقة.



على نظام الإثبات القانوني في غالبية التشريعات اللاتينية النزعة والتي منها القانون المغربي، الذي بعد أن سمح بإثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ماعدا في الأحوال التي يقضي فيها القانون بخلاف ذلك، استطرد قائلا بان القاضي لا يحكم إلا حسب اقتناعه الصميم<sup>1</sup> ليعتق بذلك الأخذ بنظام الإثبات الوجداني صراحة والذي بحسبه فان قاضي الحكم لا يحكم - وينطبق الأمر كذلك على كل من قاضي التحقيق عندما يقوم بوزن الحجج أثناء بحثه وعلى قاضي النيابة العامة عند إعماله لسلطة الملائمة - إلا وفق ما اقتنع به من أدلة سواء كانت في مصلحة المتهم أو ضده بحيث يكون له وفق التقرير الانف أن يأخذ بتقارير الخبرة أو يطرحها كما أن يأخذ بالقرائن عوض شهادة الشهود بل له أن يترك شهادة شهود أدوا اليمين القانونية ويأخذ بشهادة أشخاص لم يؤدوا هذا اليمين وله أن يجزئ الاعتراف - خلافا للقانون المدني - أو يطرحه كله فلا يأخذ به وهذا زيادة على حقه في البحث عن الدليل إعمالا للدور الايجابي في الإثبات الذي تخوله له النصوص في حدود ما تكلمت عنه أعلاه المادة 242<sup>2</sup> ق م م ج.

ولكن وبما أن القاضي غير معصوم من زلة الخطأ، إذ هو كسائر البشر قد يصيب في تقدير الحجج كما قد يخطئ، بحسب ما تكون عليه حاله من صفاء الذهن وصدق الرؤية وحسن الإدراك للأمور وسيئها، وسعة الأفق والدراية بعمق الوقائع وضيقها، ناهيك عن الميل والرغبات - والواقع يشهد على حالات من ذلك - التي تجنح إليها النفس الأمارة بالسوء... فقد تحسب المشرع لما قد ينطوي عليه نظام الإثبات الوجداني من مخاطر - للسنوات السابقة - ففرض من جهة على القاضي - في بعض الحالات الخاصة التي يحددها القانون<sup>3</sup> ومن جهة أخرى ألزمه -القاضي - وهو في سبيل تكوين اقتناعه عملا بالنظام الوجداني مراعاة بعض الضوابط ارتأينا أن نذكر بأهمها وهي:

غير انه إذا عارضت النيابة العامة أو دفاع المتهم أو الطرف المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية في أن يؤدي الشهود، المستندون على الصفة المشار إليها، اليمين، فإن تصريحات هؤلاء، لا تتلقى إلا كمجرد معلومات.

<sup>2</sup>- جاء في المادة 242: إذا أصدرت الغرفة الجنحية قرارا بعدم الاختصاص قاضي التحقيق، فإنها تعين هيئة الحكم أو التحقيق التي تختص بالنظر في القضية.

<sup>3</sup>- وللتذكير فان الأمر يتعلق بالمواد 213 و 294 و 333 من ق م ج وبالفصل 493 ق ج.

- 1- لا بد من طرح الدليل في الجلسة لمناقشته شفاهيا وبحضور الأطراف حتى يدلي كل واحد برأيه فيه ومن ثم لا يجوز للقاضي الفصل في الدعوى اعتمادا على دليل وصل إلى علمه الشخصي من غير أن يطرح للمناقشة في جلسة المحاكمة<sup>1</sup>.
  - 2- لا بد من بناء الحكم الجنائي - في حالة الإدانة- على الجزم واليقين لا على مجرد الترجيح والتخمين والإلا وقع نقض الحكم المشوب بهذا العيب وعليه فإذا كانت المحكمة قد صرحت بأنها لم يوضع تحت يديها دليل مادي يثبت الجريمة ورغم ذلك فقد أدانت المتهمه فهذا يكفي لنقض حكمها إذاحكام يجب أن تبني على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين.
  - 3- لا بد أن يكون اقتناع القاضي قد بني على وسيلة للإثبات صحيحة ومشروعة ومن ثم فالوسيلة المحصل عليها بطريق غير مشروع كالنصب أو السرقة مثلا أو كانت ثمرة لإجراءات باطلة كورقة مستمدة من تفتيش باطل فان القاضي مراعاة عدم المشروعية هذه - شريطة أن يكون الذي خضع للتفتيش المعيب دفع ببطلانه في الوقت المناسب - وعدم بناء حكمه على أي دليل مستمد.
  - 4- لا بد من أن تكون الأدلة المعتمد عليها في تأسيس الحكم قانونيا وواقعا مؤدية إلى النتيجة التي أعلنها الحكم وإلا تعرض هذا الأخير للنقض إما لانعدام التعليل بالمرّة أو لعدم كفايته المادتان 286 و365/8 ق م ج.
  - 5- لا بد للقاضي من أن يأخذ بعين الاعتبار - وهو بصدد إقامة اقتناعه- المبدأ القائل بأن الأدلة في المادة الجنائية متساندة يسند بعضها بعضا خصوصا عند الإدانة لذلك فالحكم الذي مع قوله ببطلان التفتيش يأخذ بما تتضمنه ورقة وقع حجزها بمناسبة التفتيش الباطل لتكملة الدليل المستنتج من أقوال المتهم في التحقيق الإعدادي بقصد إدانته يعتبر حكما معيبا يستوجب النقض<sup>2</sup>.
- لقد أسفر نظام الإثبات المقيد عن عدة ويلات ومظالم، لأنه نظام يتنافى مع العقل ويجافي قواعد المنطق، ويدفع إلى التعسف، وهو بسبب ذلك، ما لبث أن اضمحلت شعلته

<sup>1</sup>-وفي هذا الصدد نقض المجلس الأعلى حكما انبنى على علم رئيس الجلسة من خلال تحقيق أجراه في قضية سابقة قرار رقم 49 في 70/11/19 قضاء المجلس الأعلى سابقا عدد20ص40.

<sup>2</sup>-ابو الفتوح م ص س 238.

وهو نجمه تحت النقد الشديد الذي تعرض له، ولا سيما من طرف ثلة من الفقهاء والفلاسفة، الذين روعهم ما شاهدوه من قهر، وغلبة وظلم، ومجافاة للعدالة والإنصاف. وقد تطور هذا التيار الفكري بسرعة في فرنسا على الخصوص، ودعمه جماعة من الفقهاء والفلاسفة ورجال الدين؛ حيث أجمع هؤلاء على مناهضة الظلم القائم على تقييد ضمير القاضي، ونادوا بإلغاء القانون الصادر في 1670، وهو أول قانون يكرس نظام الإثبات القانوني.

وانصبت الانتقادات الفقهية والفلسفية، على عقد محاولة تقييد القاضي، في مجال الإثبات الجنائي، وعلى عدم جدوى النظام التفتيشي.

وقد تبنت الجمعية التأسيسية في فرنسا سنة 1791، مشروع القانون الذي ألغى الإثبات القانوني، وأدخل نظام المحلفين، وأقر مبدأ التحقيق الشفوي، وتبنى نظام الإثبات القائم على حرية الإقناع. وقد انتشر نظام الإثبات الحر في باقي دول أوربا، وأصبح منذ أواخر القرن التاسع عشر، هو الشريعة في أنحاء المعمور.

وقد كرس الفصل 342 من قانون التحقيقات الجنائية الفرنسي، نظام الإثبات الحر، فنص هذا الفصل على ما يلي: "إن القانون لا يلزم القضاة بتقديم المبررات أو تحديد الوسائل التي توصلوا بها إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد يتعين عليهم الخضوع لها في تقدير أدلة الإثبات، وإنما يأمرهم أن يساءلوا أنفسهم، في تدبير وصمت، وأن يبحثوا بصدق وإخلاص في دوائر ضمائرهم، عن أي تأثير أحدثه في إدراكهم المسندة للتهمة، وأوجه الدفاع، ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يحدد نطاق واجبه، هل لديكم الاقتناع الصميم؟"

وقد كرس قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، الصادر سنة 1958 هذا النظام في الفصل 427، الذي قضى بأنه: "يجوز إثبات الجرائم بجميع وسائل الإثبات ويحكم القاضي بناء على اقتناع الصميم، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

وقد اقتبس المشرع المغربي هذا النص، وضمه حرفيا في الفصل 288 من ق.م.ج الصادر في 10 فبراير 1959، وهو نفس ما أخذت به المادة 286 من ق م ج النافذ ابتداء من فاتح أكتوبر 2003، مع تعديل في الصياغة، ومع إضافة المقتضى الذي يلزم القاضي بتبرير

اقتناعه وتعديل حكمه، والتأكيد على وجوب الحكم بالبراءة في حالة ما إذا كان الإثبات غير قائم<sup>1</sup>.

### الفقرة الرابعة: مرحلة الإثبات العلمي

لقد تأثر الإثبات الجنائي، بما حققه العلم من تقدم في مجال الخبرة، وتحديد دلالة الأمارات والقرائن. وقد طرح هذا التقدم العلمي، مشكلة التوفيق بين الإثبات القائم على حرية الاقتناع، وبين الإثبات العلمي؛ كما طرح مشكلة مشروعية الأدلة العلمية، واعتمادها أساساً تبنى عليه الأحكام الجنائية<sup>2</sup>.

لقد كان للتطور العلمي، أثر كبير في ميدان الإثبات. وقد شملت النهضة العلمية مجالات التحقيق الجنائي العلمي (Criminalistique)، والطب الشرعي (Médecine Légale)، وعلم قياس الأعضاء (Anthropologie)، وعلم الإجرام (Criminologie) وما إلى ذلك.

ونشأت الحاجة إلى التجاء القاضي- بسبب افتقاره للمعرفة التقنية-الأخصائيين من رجال العلم حيث يستطيع القاضي عن طريقها تشكيل قناعته الوجدانية على أسس علمية سليمة، فتحليل الدم والبصمات من وسائل البحث الجنائي التي تؤثر على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، إلا أن هذه المرحلة لم تشمل مرحلة نظام الإثبات الحر بل دعمته وأصبح هناك توافق وتساند، حيث إن القاضي الجنائي أصبح يعتمد على الوسائل العلمية<sup>3</sup> لكشف الحقيقة ولم ينظر لها على أساس أنها تقيد حريته في الاقتناع<sup>4</sup>.

ومع ذلك، فإن الطرق العلمية تسجل تحولاً هاماً في تاريخ الإثبات، وتعمق الهوة بين العلوم الإنسانية، والعلوم الطبيعية القائمة على النهج التجريبي.

وما تزال مسيرة هذا التطور متواصلة الخطى، وبالتالي فإن مشكلة الإثبات العلمي تعد مشكلة طارئة في العصر الراهن، وفي مطلع الألفية الثالثة، وهي لذلك ما تزال تشغل بال الجنائيين، لأنها تنطوي على العديد من الفوائد، لكنها لا تخلوا من المخاطر.

<sup>1</sup> جاء في المادة 286 من ق.م.ج الجديد ما يلي: " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات/ ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي، وفقاً للبلد 8 من المادة 365 الآتية بعده

وإذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم، وحكمت ببراءته ".  
<sup>2</sup> يتعلق الأمر بمشروعية بعض التقنيات، كالتخدير والتنويم واستعمال آلة كشف الكذب وتحليل الدم، وغيرها من الأمور التي تنتهك السلامة البدنية للإنسان.

<sup>3</sup> لاحظ بهذا الشأن:

LARGUIER : « La protection des droits de L'homme au procès pénal », Revue internationale de droit pénal, 1965, p 97.

<sup>4</sup><http://ar.jurisedia.org/index.php/>

وقد تعددت تسميات سلطة القاضي في تقدير الأدلة؛ فالبعض يطلق عليها مبدأ الاقتناع الذاتي والبعض القناعة الوجدانية للقاضي، والبعض الآخر نظام الأدلة الأدبية، وأحياناً النظام الحر للأدلة، ويقصد بكل هذه التعبيرات أن القاضي لا يتقيد بأي قيد أو شرط يفرض عليه، وإنما هو مقيد بضميره الذاتي البعيد عن الأهواء الأحاسيس الشخصية، ومن ثم جاءت هذه الدراسة تحت عنوان " القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي بوسائل الإثبات الحديثة".

وانطلاقاً من التطور الذي رافق العناصر المشكلة للجريمة ودخول التكنولوجيا الحديثة في علم الإجرام، أصبح للدليل المادي أهمية بالغة في الإثبات الجرمي، إذ لا تتمتع جميع الأدلة المادية المتحصل عليها نتيجة استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات، بالقوة اليقينية عنها، الأمر الذي يحتم على القاضي التأكد من صحة الدليل، ومما إذا كان يعتره أي عيب من شأنه أن يجعله دليلاً احتمالياً، وهو ما يؤدي بدوره إلى الانتقاص من حجيتها في الإثبات الجرمي.

فالمشكلة ليست في قيمة الأدلة في الإثبات بقدر ما هي تتعلق باحترام الحرية الشخصية، ويتطلب التوفيق بين الأمرين عدم تغليب جانب على آخر، لهذا أجاز القانون المساس بالحرية في حدود معينة من أجل الوصول إلى كشف الحقيقة، ولكنه أحاط هذا المساس بضمانات معينة يجب احترامها، حتى لا يتغلب جانب سلطة العقاب على جانب احترام الحرية.

### المراجع المعتمدة:

- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، الطبعة الأمريكية 1338 هـ -1910م ج 1 ص
- محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية، ط 1977 م
- لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري (711) دار صادر بيروت لبنان - الطبعة الأولى سنة 1968 م :- مادة ثبت - ج2
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لإسماعيل بن حماد الجوهري ( ت 393هـ) تحقيق/ أحمد عبد الغفور عطا الله - دار العلم للملايين بيروت لبنان - الطبعة الثانية 12.2 هـ 1984 - ما ثبت - ج 1 ص 245.

- محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن"، الجزء الأول النظرية العامة، طبعة أولى القاهرة 1977، بند 1.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1995 م،
- أحمد التل: الأدلة في المواد الجزائية، مجلة الشرطة، العدد 16، أكتوبر 1979 م،
- محمد نعيم فرحات : الإثبات الجنائي – دراسة تأصيلية لاتجاهات الفقه المصري وأحكام محكمة النقض، 1432 هـ - 2011
- أنيس حسيب السيد المحلاوي: القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي بوسائل الإثبات الحديثة، مطبعة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
- عبد الرازق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثاني.
- MERLE et VITU: « traite de droit criminel », tome II , procédure pénale, paris,1979, p.145.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1995 م
- محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977م.
- أحمد ضياء الدين محمد خليل: مشروعية الدليل في المواد الجنائية " دراسة تحليلية مقارنة لنظريتي الإثبات والمشروعية في مجال الإجراءات الجنائية، القاهرة، بدون دار نشر، 2005
- Jean Philippe: réflexions sur L'importace et l'intérêt des problèmes de preuve, Rennes, 1958, P.95 et 137
- Aly Ahmed Rachid : « De l'intime conviction du juge vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle », éd PEDONE, paris, 1942.
- الحبيب بيهي: " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية الحقوق، أكادال، 1989.
- التجكاني الحبيب: " النظرية العامة للقضاء في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالقانون الوضعي"، الدار البيضاء، 1984.

- أحمد فتحي بهنسي " نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي"، دار الشروق، بيروت، 1984.

- انظر أحمد الخمليشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، طبعة أولى، الرباط، 1980، الجزء الثاني.

- MERLE et VITU: « traite de droit criminel », tome II , procédure pénale, paris,1979, p.145.
- Jean Philipe : réflexions sur L'importace et l'intérêt des problèmes de preuve, Rennes, 1958, P.95 et 137
- Aly Ahmed Rachid : « De l'intime conviction du juge vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle », éd PEDONE, paris, 1942
- LARGUIER: « La protection des droits de L'homme au procès pénal », Revue international de droit pénal, 1965 , p 97.

<http://ar.jurisedia.org/index.php/>

## *La caducité des actes juridiques, une notion à « exhumé »*

Younes LABIQI

Université Hassan II à Mohammedia

***Résumé*** : la caducité n'a pas bonne réputation, et elle paraît bien la mériter : très complexe, trop originale, toujours dérangeante, elle ne respecte guère les prévisions les plus savantes et elle s'avère comme une source d'insécurité dans les relations contractuelles.

Cette méchante renommée est pourtant injuste : condamne-t-on le médecin et son art, souvent impuissants l'un et l'autre, devant la maladie et toujours désarmés devant la mort ?

Le sujet présentait une double difficulté : d'abord, en raison de son étendue, car la caducité se rencontre dans les domaines de droit, aussi bien en droit public qu'en droit civil, en droit international qu'en procédure civile. Ensuite, en raison de son imprécision, car l'ensemble des caractères de la caducité ne se distingue pas avec toute clarté désirable de ceux des notions qui lui sont proches.

On se penche au chevet d'un patient qui est l'acte atteint de caducité que le droit marocain connaissait mal jusqu'à présent.

### ***Introduction :***

Toutes les personnes s'intéressent à la nature, et notamment les bâtonnistes qui savent certainement depuis longtemps que les juristes ce qu'est la caducité. Qui n'a jamais ressenti quelque nostalgie, à l'approche de l'hiver, en regardant les arbres à feuilles caduques<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> C.PELLETIER, *Caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004, p. 15.



La caducité (du latin *cadere*<sup>1</sup>), état d'un acte valable mais privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création, se situe à la phase contractuelle de l'exécution. Elle s'est vue son domaine d'application élargi, il n'est plus par ricochet limité au domaine des libéralités.

La caducité en droit marocain serait réglemētée par les règles et les principes contenus dans le dahir des obligations et contrats, ce dernier ne la mentionne pas explicitement. Il vise au demeurant des situations diverses de caducité, et emploie une terminologie impropre ; l'obligation prend fin, s'éteint, est résolue sans indemnité d'aucune part, est non avenue... ne faudrait-il pas en déduire que dans tous ces cas l'acte est caduc ? Ici, il convient de préciser l'existence de l'article 315 du CPC, selon lequel, le compromis d'arbitrage est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée, nous comprenons mal cette disposition, l'article ne fournit pas d'explication, bien qu'il s'agisse d'un cas de caducité par excellence. Le législateur a ainsi introduit cette institution qui n'est directement réglemētée par le DOC.

Tant est vaste le domaine de caducité que l'on peut échapper à la nécessité de limiter le champ de l'étude proposée, l'appréhension de cette notion ne sera donc réalisée qu'en droit privé dans son coté substantiel, ce qui exclut d'une part, le droit judiciaire privé, et le droit public interne et international, d'autre part.

L'étude de la caducité en droit marocain présente une incontestable originalité, parce que même en droit français, la notion a eu un

---

<sup>1</sup> **Observations :** on se demande sur l'utilité de l'étymologie dans la compréhension d'une notion, dans la mesure où le sens des mots subit des transformations qui peuvent confirmer au paradoxal (calcul par exemple, en latin, veut dire une petite pierre, employée avant l'intervention des nombres), nous pensons que le recours à l'étymologie n'est pas toujours vain, prenons le mot qui nous intéresse, la caducité, l'idée de la chute est en effet au cœur même de la notion de la caducité, la simple référence à cette origine étymologique fait apparaître la caducité comme un cause d'extinction de l'acte juridique.

regain d'actualité, et sont peu les développements qui se sont consacrés à l'étude à cette cause d'extinction. Cependant, elle continue à subir le feu de la jurisprudence en raison de l'hostilité des juges à l'encontre des causes d'extinction à caractère automatique. Cette étude de caducité présente un intérêt théorique certain bien qu'elle soit la notion mal aimée par le droit des obligations. Et surtout, un intérêt pratique en raison du nombre de décisions de la jurisprudence marocaine et comparée<sup>1</sup> pouvant intéresser même indirectement le sujet. Notre souci dans cette étude, est de faire surtout « *une promotion* » de ce produit méconnu par le droit marocain. En définitive, parler de la notion de caducité consiste à indiquer que cette étude porte sur un objet général et abstrait, en prise avec la réalité du droit de l'extinction des actes juridiques.

La caducité se glisse dans l'interstice liant la formation à l'exécution de l'acte juridique, entre l'excès des cas visés par cette cause et le défaut de reconnaissance légale, nous prenons ainsi l'initiative de définir cette notion et d'identifier le régime qui lui sera appliqué ; l'absence de textes et principes fondamentaux a nécessairement en ce domaine des incidences sur le traitement des données qui font l'objet de cette analyse, cela conjugue avec de nombreuses incertitudes touchant à son régime. Est-il possible de bâtir un droit de la caducité en dehors de toutes dispositions légales ? Notons que certains ouvrages de droit civil marocain évoquent la notion mais que pour mémoire.

La caducité fut un apport de la jurisprudence française, avant d'avoir le visa de la loi, au travers la réforme du 10 fév. 2016, le législateur comme le juge marocain, quant à eux préfèrent le recours

---

<sup>1</sup> On entend par « *comparé* », la jurisprudence française surtout, celle-ci a créée cette cause d'extinction et d'en réglementer le régime, cela nous pose la question des éventuelles incidences de la jurisprudence sur le droit positif.

à des régimes autres que la caducité, **ignorance ou réticence** ? Est-il simple à admettre la caducité *de lege ferenda* ? La difficile reconnaissance s'explique aussi par l'existence des analyses plus précises, mais elles sont parcellaires puisqu'elles ne rendent compte de tous les aspects de cette cause d'anéantissement. Pourquoi et quand la caducité et non pas une autre cause d'extinction ? La reconnaissance de la caducité en droit marocain se heurte aussi à l'absence du régime régissant les effets de cette cause, cette dernière intervient- elle toujours de façon automatique ? S'applique-t-elle nécessairement de façon rétroactive ? Ces questions et ces hésitations sont légitimes, dans la mesure où les diverses manifestations de la caducité ne permettent d'y répondre simplement.

Le plan adopté dans ce travail est tout à fait logique, il a permis à des travaux de la doctrine de traiter plusieurs de ces fameuses causes d'extinction. Il est ainsi axé sur deux parties : la première est purement descriptive définissant le domaine d'application de la caducité, et la seconde est prescriptive ayant trait au régime de cette cause d'anéantissement des actes.

## **I. La caducité ; cause prétorienne d'extinction des actes juridiques.**

**Chronologie :** la caducité, de la jurisprudence à la loi. Elle est neutre. Le professeur Christian Mouly a souligné que « *c'est (...) dans la neutralité de la caducité qu'il faut voir son principal caractère, reflet de la stérilité qui frappe l'engagement<sup>1</sup>* », l'idée de neutralité marque la définition même de la caducité (sous-partie première), elle aussi ambivalente ; la caducité s'applique à des situations différentes qui ne sont pas forcément issues du droit des contrats.

---

<sup>1</sup> *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, Paris, 1979, n°228.

## 1. Sur la neutralité de la notion

La caducité ne peut porter que sur un acte valablement formé, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou contrat, sa validité requiert la réunion des conditions de l'article 2 du DOC, ce dernier considère improprement la capacité comme un élément essentiel, alors qu'il ne s'agit que d'un attribut lié à la personne, ce dernier fait l'objet d'une double réglementation prévue dans le DOC et dans le code de la famille, il faut penser à remédier à cette situation en abrogeant les dispositions du DOC<sup>1</sup>, et maintenir et compléter celles prévues par le code de la famille. Ensuite, le consentement, notons qu'à l'heure actuelle, le consensualisme est en déclin. L'expression de la volonté d'obliger et de s'obliger doit être libre et exempte de tous les vices de consentement. Enfin, l'acte juridique ne peut porter que sur un objet licite, possible, déterminé ou déterminable, et ne peut avoir pour but qu'une cause licite.

Telles sont les principales conditions que doivent réunir tous les actes juridiques, en l'absence de l'une d'entre elles, la loi prévoit la nullité<sup>2</sup>. En cas de nullité de contrat, qui assume la responsabilité en cas de dommage, peut-on parler d'une responsabilité précontractuelle puisque le contrat manquait l'une de ses conditions d'existence ? On pense qu'on peut faire appel aux règles de la responsabilité délictuelle.

La cause de la caducité doit être totale et définitive et surtout non fautive<sup>3</sup>. C'est ce dernier caractère qui la distingue nettement des

---

<sup>1</sup> Puisque **la question de la capacité** est traitée par la loi nationale de la personne, même l'article 3 du DOC renvoie aux dispositions du code de la famille.

<sup>2</sup> Sur cette question, v. les articles 306 et s.

<sup>3</sup> Ce **caractère non fautif** on le déduit à partir des différentes hypothèses de caducité que nous avons l'occasion d'examiner ; la cour de cassation française à cet égard, se montre particulièrement restrictive et considère que : cette cause de caducité doit être à l'origine d'une impossibilité d'exécution, et il n'y a pas impossibilité d'exécution que si celle-ci devient, plus difficile, plus onéreuse, cette impossibilité n'est pas absolue, c'est-à-dire indépendante des facultés du débiteur, la jurisprudence décide que l'obligation de

autres causes d'extinction plus ou moins voisines, un arrêt émanant de la chambre civile de la cour de cassation française en date du 22/janv/1997, et qui fait état d'un cas de conflit de qualifications ; la cour décide que « *le bail prend fin de plein droit par la perte totale de la chose survenue par cas fortuit ou même par la faute de l'une des parties, sauf les dommages et intérêts pouvant être mis à la charge de celle des parties déclarée responsable de cette perte* ».

En l'occurrence, la cour ne donne pas de qualification précise, et rien par ricochet n'interdit de retenir la caducité lorsque la perte est considérée comme fortuite, et de qualifier la fin de l'acte de résolution ou résiliation lorsque la perte est fautive. Le caractère non fautif est certes le plus marquant de la disparition d'un élément essentiel pour entraîner la caducité, cependant, le caractère définitif et total s'aperçoit depuis la définition même de cette cause d'extinction de l'acte, ce trait ne pose pas de problèmes particuliers ; la disparition temporaire étant exclue pour laisser place au mécanisme de la suspension, et en cas de disparition partielle l'exécution demeure possible pour la partie qui reste exécutable. Cela nous amène à identifier cette cause d'extinction par rapport à la force majeure<sup>1</sup> ; d'un événement irrésistible et extérieur aux parties, reste alors la condition d'imprévisibilité qui n'est propre qu'à la force majeure<sup>2</sup>. Aussi, Il existe de nombreuses hypothèses de caducité sans que les conditions de la force majeure ne soient réunies ; c'est les cas de la condition suspensive à laquelle

---

celui-ci demeure. En pareil cas, il est évident que le contrat n'est caduc et que le débiteur est responsable de son inexécution (cass. française, ch. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 janvier 1997, *Bull. civ.* III, et ch. com., 26 janvier 1999, *Juris-Data* n°000338).

<sup>1</sup> Bien que l'article 268 du DOC ne l'ait pas faite, il y a lieu de distinguer **la force majeure du cas fortuit** ; pour trouver des éléments de réponse, on s'est référé au texte arabe de l'article, en ce sens, le cas fortuit serait un événement qui présente tous les mêmes caractères de la force majeure, mais qui s'attache à la conduite et à l'activité du débiteur, tandis que la force majeure reste liée à un événement extérieur.

<sup>2</sup> C.PELLETIER, *Op.cit.*, p.66.

l'efficacité de l'acte est subordonnée ; il en est de même lorsque la caducité intervient au sein des groupes contractuels. Tout ça plaide pour l'hypothèse de la relative concordance entre les conditions de la force majeure et celles de la caducité<sup>1</sup>.

La caducité vise un élément essentiel à l'exécution de l'acte, d'une part, les éléments essentiels sont en principe, ceux requis lors de la formation de l'acte (objet<sup>2</sup> et cause), le consentement<sup>3</sup>, comme la capacité sont exclus du champ de cette cause d'anéantissement des actes ; pour le consentement, et en tout bon sens, il n'est pas possible de donner son accord lors de la formation de l'acte, et exprimer son remord au moment de l'exécution, les mêmes constatations valent pour la capacité, l'incapable, dont l'interdiction s'est révélée lors de la formation de l'acte, peut être représenté ou assisté quand l'exécution lui est imputable.

Les parties au contrat conservent toute latitude de définir, comme bon leur semblent, des circonstances comme des éléments essentiels à l'exécution de l'acte, et dont l'absence serait, bel et bien, un cas de caducité (condition suspensive<sup>4</sup> et le caractère *intuitu personae*<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Considérer l'objet comme un élément au regard de l'exécution est évident ; nous donnons l'exemple foisonnant issu de la jurisprudence marocaine et concerne le bail, qui connaît une impossibilité d'exécution, suite à une décision d'éviction pour un motif légal (v. cass. Marocaine, ch. civ., arrêt n°3292, en date du 8/10/2008, dans le dossier n°3742/1/6/2006 ; cass. Marocaine, ch. civ., arrêt n°3655, en date du 29/10/2008, dans le dossier n°2902/1/6/2007. Les deux arrêts sont publiés in R. de la cour de cassation n°67/2007, pp. 106-204 et s.).

<sup>3</sup> **Observations :** on peut observer de manière préliminaire que si le consentement constitue toujours la pierre d'angle du contrat, les autres éléments indispensables à la formation du contrat ne se retrouvent pas à l'identique dans tous les systèmes juridiques, le droit anglais, par exemple, fait de la considération, contrepartie fournie ou promise par le contractant, l'élément fondamental du contrat.

<sup>4</sup> **La condition est une modalité de l'obligation** signifie qu'elle n'en est qu'un accessoire, et que l'obligation serait sans effet dans l'éventualité d'une condition qui porte sur un de ses éléments essentiels ; ainsi, on peut mettre en condition l'objet du contrat. Dans la plupart des décisions qu'on a pu trouver concernant ce point, les motifs

Le domaine d'application de la caducité est ainsi circonscrit, il convient maintenant d'évoquer la mise en œuvre de la caducité.

## 2. Sur l'ambivalence de la notion :

La caducité « exprime la mesure dans laquelle l'inefficacité de l'acte découle de l'absence de l'une de ses données naturelles, de l'un de ses éléments essentiels<sup>2</sup> ». Ainsi, lorsque l'un des éléments nécessaires à l'exécution de l'acte disparaît, la caducité s'impose comme la conséquence logique de cette disparition ; elle sert à élaguer les branches mortes, c'est-à-dire à désencombrer le paysage juridique d'actes devenus inutilisables, donc inutiles<sup>3</sup>.

L'ambiguïté de la notion de caducité résulte principalement de la variabilité des causes, à première vue inconciliables, pouvant justifier son application. Ces causes peuvent éventuellement se réunir dans un seul cas donnant lieu à plusieurs difficultés liées surtout à la constatation et à la qualification.

Ainsi, l'objet comme la cause de l'obligation, apparaissent comme des causes classiques de caducité, cela ne signifie point qu'il

---

ne précisent pas le fondement juridique de la caducité pour défaillance de condition suspensive ; ils se limitent à la seule affirmation selon laquelle, « la condition n'étant pas réalisée, la convention est devenue caduque ». Elle n'a jamais précisé que la condition est un élément essentiel de l'acte juridique. V. notamment : cass. Française, ch. civ. 3<sup>ème</sup>, du 17 janvier 1969, *Bull. civ.* III, n°65, p. 52 ; cass. Française, ch. civ. 3<sup>ème</sup>, du 3 février 1982, *Bull. civ.* III, n°37, p. 24 ; cass. Française, ch. com., du 20 avril 1982, *Bull. civ.* IV, n°134, p. 120 ; ch.civ. 1<sup>ère</sup>, du 7 juillet 1992, pourvoi n°91-10.680, inédit ; ch. civ. 3<sup>ème</sup>, du 26 mai 1994, pourvoi n°91-10.680, inédit ; ch.civ. 3<sup>ème</sup>, du 5 juillet 1995, pourvoi n°94-16.499, inédit. La plupart de ces décisions sont citées de façon éparse dans les développements consacrés à cette question dans C.PELLETTIER, *Op.cit.*, p. 192 et s.

<sup>1</sup> **Observations :** la diversité des actes juridiques pouvant être conclus *intuitu personae* s'explique par le fait que, si certains d'entre eux sont automatiquement *intuitu personae*, d'autres à l'inverse, ne le sont qu'exceptionnellement, par la volonté des parties à l'acte. Il est donc impossible d'en dresser une liste exhaustive ; seuls peuvent être mentionnés, à titre exemple, les actes habituellement *intuitu personae*.

<sup>2</sup> P.HEBRAUD, Préface de la thèse de Y.BUFFELAN-LANORE, *Op.cit.*, p. V.

<sup>3</sup> V. G.BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, tome 11 : des donations et testaments*, Sirey, Paris, 1909, n°2824, qui souligne qu'un acte caduc tombe parce qu'il est devenu inutile.

n'existe aucun intérêt de les envisager, elles demeurent des notions dont les contours de leur application en droit de la caducité ne sont pas encore circonscrits, et surtout la cause en raison de son rôle controversé dans l'exécution de l'acte juridique.

S'agissant en premier lieu de l'objet, qui doit non seulement exister et être possible, licite, déterminé ou déterminable, au moment de l'échange des consentements, mais il doit persister avec toutes ces caractéristiques. Cette permanence de cet élément essentiel résulte naturellement de l'article 335 du DOC, qui est ainsi libellé « *« l'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible, naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure »* ». La caducité pour défaillance d'objet est érigée en principe, il y a impossibilité d'exécution totale, définitive, et surtout non fautive ; d'abord, quand la chose objet du contrat, disparaît matériellement<sup>1</sup> ou juridiquement, ou encore quand il est impossible de la faire apparaître dans le futur. Ensuite, si la prestation, objet du contrat, cesse d'être possible, il y a caducité<sup>2</sup>. Il en est de même pour la disparition de la condition de la déterminalité qui concerne essentiellement les choses de genre, et qui peuvent être déterminables lors de l'exécution<sup>3</sup>. Enfin, la condition de la licéité, le principe de la caducité de l'acte du fait de la survenance de l'illicéité de son objet connaît une pratique assez limitée.

S'agissant toujours de cette cause classique de caducité, une question ayant trait aux contrats synallagmatiques se pose ; ce cas

---

<sup>1</sup> Cela est conçu en principe pour les corps certains, quant aux choses de genre, il y aura disparition matérielle quand il est fait obstacle au jeu de la fongibilité suivant l'adage *genera non pereunt* (Les genres ne périssent pas ou ne meurent pas).

<sup>2</sup> Cass., ch. com., 12 février 1962, *R.T.D.Civ.*, 1963, p. 116.

<sup>3</sup> En ce sens, v. Cass. française, ch. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1964, *Bull. civ.*, I, n°322 ; Cass. ch. com., 11 octobre 1978 (trois arrêts), *Bull. civ.*, IV, n°223, 224, et 225 ; *D.*, 1979, *J.*, p. 135.



mérite d'être examiné qui, faute de l'objet quel est le sort de ce contrat ? Son exécution doit elle-être poursuivie ou au contraire doit-il disparaître ? Si ce contrat s'éteint, quelle est la qualification applicable à cette situation ?

La première question est résolue par la théorie des risques, il y a lieu d'examiner si la perte a eu lieu avant ou après le transfert de la propriété<sup>1</sup>. La question qui est plus énigmatique, est certainement celle de la qualification, la jurisprudence applique la résolution que cette disparition soit fautive ou fortuite. De nombreux arguments plaident pour l'inapplicabilité de la résolution en cas d'inexécution fortuite ; Selon M. Jean-Marc Mousseron souligne que « *lorsque l'exécution des obligations contractuelles a été rendue définitivement impossible en dehors de toute faute de leur débiteur (...) le contrat s'affaisse, tombe de lui-même, ce qui correspond au mécanisme de la caducité*<sup>2</sup> » ; d'abord toutes les conditions de la caducité se trouvent réunies. D'un autre coté, pourquoi appliquer la résolution alors que la jurisprudence française applique la caducité aux actes et contrats unilatéraux en cas de disparition fortuite de leur objet, les deux différentes mais il s'agit d'un fait générateur identique<sup>3</sup>.

En second lieu, la cause apparait comme la deuxième cause classique de caducité<sup>4</sup> ; bien que son rôle eu égard de l'exécution de l'acte, condamnée à subir le feu de la doctrine, objet de

---

<sup>1</sup> V. J.CARBONNIER, *Op.cit.*, n°191.

<sup>2</sup> *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, n°1737.

<sup>3</sup> C. PELLETIER, *op.cit.*, p. 115.

<sup>4</sup> **Observations** : dans la réforme du 10 fév. 2016, on constate l'absence de référence du moins directe à la notion de la cause, cette disparition a été principalement motivée par les objectifs d'attractivité et d'efficacité affichées par la réforme du 2016, la cause étant une notion difficile à appréhender et inconnue des autres systèmes juridiques, notamment les anglo-saxons, cette notion était jugée, surtout par les applications jurisprudentielles qui en avaient découlé, trop compliquée et contribuait à rendre le droit des contrats français peu attrayant et source d'insécurité juridique.

tergiversation entre les deux conceptions objective et subjective, sans glisser dans les enlacements théoriques, nous traitons la caducité pour défaillance de la cause. Devait-elle persister après la formation du contrat ? La cause a-t-elle un rôle à jouer après la formation du contrat, ou s'épuise-t-elle à cet instant ? La nullité est la sanction d'un contrat mal formé, ici, le contrat a été correctement formé, ce qui advient postérieurement à la formation ne relève pas du domaine de la nullité, quant à la persistance de la cause, corollaire de la caducité de l'acte pour défaillance de cause, cette dernière ne joue en principe de rôle qu'au stade de la formation, c'est à cet instant qu'il faut se placer pour juger son existence. Toutefois, elle est loin de s'effacer totalement lorsque l'on aborde au stade de l'exécution de l'acte.

Selon les al. 2 et 3 de l'article 1186 du CCFR, la législation française a profité de ce nouveau paragraphe sur la caducité pour régler l'hypothèse où plusieurs contrats participent à la réalisation d'une même opération économique, si la nature de cette extinction demeurerait incertaine, la haute juridiction s'est déjà prononcée, à différentes reprises, en faveur de la caducité (civ.1<sup>ère</sup>, n°02-18-277, 4/4/2006, p.190). Il semble que la consécration de cette sanction par l'ordonnance du 10 fév. 2016 ait encouragé la cour de cassation française à l'adopter définitivement à son tour<sup>1</sup>. Deux arrêts du même jour, la chambre commerciale de la même cour a ainsi pu juger, « *que, lorsque des contrats sont interdépendants, la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres* » (l'arrêt n°15-23-552, en date du 12 juillet 2017, et l'arrêt n°15-27-703, en date du 12 juillet 2017).

---

<sup>1</sup> F.CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, Paris, 2018, p. 105.

La cause est, comme l'objet, une cause classique de caducité, cette dernière peut être exceptionnellement la conséquence de la disparition d'un élément dépendant principalement de la volonté des parties.

D'abord, l'offre<sup>1</sup> engage-t-elle forcément envers le destinataire ? Nous répondons par l'affirmative, et en bonne logique, car l'offre comprend tous les éléments nécessaires à la conclusion de l'acte définitif. Se pose ainsi, la question de sa valeur juridique ? L'article 23 du DOC prévoit que l'offre faite à une personne présente, sans fixation de délai est non avenue, si elle n'est pas acceptée sur le champ par l'autre partie, cet article donne la solution au cas où l'offrant n'a pas pris le soin de prévenir un délai d'acceptation pour sortir de sa situation d'attente, l'acceptation doit être émise lors de la séance contractuelle. A défaut, l'offre est sans effet, elle n'existe plus, elle est caduque. Une autre hypothèse concerne le cas de la mort ou l'incapacité de l'offrant, ici le législateur marocain prévoit dans l'article 31 du DOC, une solution nettement différente de celle adoptée par l'article 1117 du CCFR qui est la caducité<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> **Observations :** il peut sembler qu'il existe une contradiction, dans cette partie, il peut paraître comme de cas de caducité consécutive à la disparition du consentement, ainsi le consentement peut être comme étant un élément essentiel à l'exécution de l'acte, loin de là la thèse que nous soutenons, nous examinons des cas de caducité pour des faits qui sont extérieurs à la volonté des parties (par exemple le non respect du délai imparti, la défaillance du caractère *intuitu personae*...), on rappelle qu'il faut veiller à ce que la cause de cette défaillance ne soit pas fautive pour donner lieu à la caducité.

<sup>2</sup> Sur la position de la législation marocaine par rapport à la question prévue à l'article 31 DOC qui dispose que « *la mort ou l'incapacité de celui qui a fait une offre, lorsqu'elle survient après le départ de la proposition, n'empêche point la perfection du contrat, lorsque celui auquel elle est adressée l'a acceptée avant de connaître la mort ou l'incapacité du proposant* », et qui s'explique par l'islamité de cette loi : v. cass. marocaine, ch. civ., arrêt n°364, en date du 2/2/2006, dans le dossier n°2908/1/3/2004, inédit ; cass. marocaine, ch. civ., arrêt n°103, en date du 9/1/2002, dans le dossier n°2075/1/1/2001, inédit ; cass. marocaine, ch. civ., arrêt n°1467, en date du 2/5/2007, dans le dossier n°4477/1/5/2006, inédit. Ces décisions sont disponibles sur les différentes RCC citées de façon éparse dans les notes précédentes.

La jurisprudence française décide que la promesse unilatérale de vente devient caduque<sup>1</sup> dès lors que le bénéficiaire n'a pas manifesté sa volonté d'acquérir dans le délai qui lui était, expressément ou tacitement imparti<sup>2</sup>. Le promettant ne s'engage, en général, que pour une certaine durée. Au-delà de cette durée, le bénéficiaire perd le bénéfice de l'option qui lui avait été accordée. En pareil cas, la durée de son obligation étant indéterminée, celui-ci (promettant) peut, conformément au droit commun, se dégager en mettant le bénéficiaire en demeure d'opter dans un certain délai<sup>3</sup>. La détermination du délai d'option constitue, encore une fois, un problème d'interprétation de la volonté des parties. Lorsque ce délai n'a pas été clairement fixé, il s'agit de préciser, au regard du contexte contractuel, qu'elle a été la commune intention du promettant et du bénéficiaire<sup>4</sup>.

Ensuite, un autre cas introduit par la volonté des parties qui est la condition suspensive, la loi est moins limpide pour sa défaillance

---

<sup>1</sup> **Observations :** le défaut de levée d'option peut coexister avec d'autres causes de caducité ; comme par exemple la condition suspensive ; bien que le fondement soit identique, ces deux causes d'extinction se distinguent fondamentalement l'une de l'autre. Lorsque la promesse unilatérale comporte une ou plusieurs conditions, il convient, dès lors, d'envisager, dans chaque circonstance, quelle est la source exacte de son extinction. Car il va de soi que la constatation d'une première caducité fait nécessairement obstacle à la constatation d'une deuxième caducité.

<sup>2</sup> Jurisprudence constante : V à ce propos, J.SCHMIDT-SZALEWSKI, J-CI. Civil, art. 1589, Fasc. 20, (vente, promesse unilatérale de vente) 1997, n°107 et les arrêts cités ; un certain nombre de la cour de cassation confrontent le caractère stable de cette jurisprudence établie : V., par ex., Com. 22 octobre 1996, *JCP* 1996, IV, n°2454 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 22 novembre 1995, *Bull. civ.* III, n°244, p. 162 ; civ. 3<sup>e</sup>, 12 juillet 1995, pourvoi n°93-19773, inédit ; civ. 3<sup>e</sup>, 20 décembre 1993, pourvoi n°92-11485, inédit ; civ. 3<sup>e</sup>, 28 mars 1990, pourvoi n°88-17308, inédit.

<sup>3</sup> V. Rép. Civ. Dalloz, v. L.Boyer, *promesse de vente*, Gualino, 1990, n°165. Il est, en outre, précisé que le bénéficiaire peut aussi se dégager en renonçant, de manière non équivoque, au bénéfice d'une option à durée indéterminée.

<sup>4</sup> Nous citons un autre exemple de répudiation de l'acte unilatéral, issu de l'article 34 du DOC, et selon lequel **la stipulation pour autrui** est réputée non avenue, lorsque le tiers en faveur duquel elle est faite refuse de l'accepter en notifiant son refus au promettant. Il peut ainsi être considéré comme un cas de caducité provoqué par le refus du tiers bénéficiaire.

dont le problème de constatation ainsi que celui de ses effets sont laissés sans réponse, peu de développements ont été consacrés à cette question ; en vue de combler ce vide juridique certains auteurs recourent à l'idée de la rétroactivité<sup>1</sup>, et considèrent que l'obligation conditionnelle est censée n'avoir jamais existé, une telle explication manque de clarté, cette obligation n'a réellement jamais existé. Selon M. Taisne<sup>2</sup> seule la caducité est capable d'expliquer la défaillance de la condition suspensive ; une idée qui a gagné ses lettres de noblesses dans la doctrine<sup>3</sup> et la jurisprudence françaises<sup>4</sup>, la rétroactivité joue et uniquement dans le cas de défaillance de la condition résolutoire ou celui d'accomplissement de la condition suspensive pour valider les actes accomplis par le créancier et lui rendre inopposables ceux accomplis par l'obligé au mépris de ses droits. Tandis que la caducité, certes qu'elle suppose un acte qui est déjà formé, mais la défaillance de la condition suspensive ne remet pas en cause l'existence de l'acte mais affecte seulement son efficacité.

Un autre exemple tient à l'absence du caractère personnel ; toute défaillance de la personne choisie *intuitu personae* a-t-elle, en elle-même, de façon totalement autonome, un effet extinctif sur l'acte juridique ? Si tel était le cas, trop grande serait la fragilité des actes conclus *intuitu personae* puisque cela signifierait que tout évènement portant atteinte à la personne choisie, pour entraîner la caducité de l'acte, la défaillance de la personne choisie doit

---

<sup>1</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, thèse, L.G.D.J, Paris, 1963, pp.149 et 150 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, tome IV : les obligations*, P.U.F., Paris, 22<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 136.

<sup>2</sup> Jean-Jack TAISNE, *La notion de la condition dans les actes juridiques – contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse de l'université de Lille, 1977.

<sup>3</sup> A.BENABENT, *Droit civil : les obligations*, Montchrestien, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 323 ; CH.LARROUMET, *Droit civil, tome 3 : les obligations, le contrat*, Economica, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 128.

<sup>4</sup> C.PELLETIER, *op.cit.*, p. 197.

répondre à l'ensemble des conditions de la caducité. Par conséquent, chaque fois que la défaillance de la personne choisie *intuitu personae* est fautive, temporaire, ou partielle, la caducité de l'acte conclu *intuitu personae* étant écarté.

Les contours notionnels de la caducité sont ainsi circonscrits, il convient maintenant de préciser la mise en œuvre de cette cause d'extinction.

## II. Reconstruction du régime « embryonnaire » de la caducité.

**Chronologie :** en absence d'une approche globale, il n'est pas sans intérêt d'envisager le régime de la caducité ; d'abord, la caducité qualifie un mécanisme qui fonctionne automatiquement et sans rétroactivité (1), cela n'exclut point que l'acte caduc peut, pour une raison quelconque être mis sous mains de justice (2).

### 1. La dimension temporelle de la caducité

Selon Mme. F. SCHOLASTIQUE « *L'acte caduc ne renaît pas de ses cendres*<sup>1</sup> », ainsi cet auteur décrit les effets de la mise en œuvre de la caducité, cette dernière entraîne l'extinction immédiate et pour l'avenir de l'acte caduc. Elle a en premier lieu un caractère automatique<sup>2</sup>, qui se justifie par ses implications ; il intervient en dehors de toute manifestation de volonté, ni décision judiciaire. En second lieu, elle est non rétroactive<sup>3</sup>. Cela ne peut résulter d'emblée,

---

<sup>1</sup> E.SCHOLASTIQUE, Not. sous cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 1996, *D*, 1996, p. 286.

<sup>2</sup> Jurisprudence récente constante : cass. française, ch. civ. 2<sup>ème</sup>, en date du 10 janvier 2019, pourvoi n°17-24.827, inédit ; cass. française, ch. com., en date du 13 décembre 2018, pourvoi n°17-27.234, inédit ; cass. française, ch. com., en date du 13 décembre 2018, pourvoi n°17-23.567, inédit. Ces arrêts sont publiés sur [www.legifrance.com](http://www.legifrance.com), consulté le 12/6/2019.

<sup>3</sup> **Observations :** signalons qu'il s'agit dans cette partie de la non rétroactivité en droit des contrats ; à ne pas confondre avec le principe général de la non rétroactivité des lois, ce dernier est prévu par l'article 6 de la constitution marocaine - et connaît application surtout en matière pénale -, selon cet article, la loi ne peut avoir d'effet rétroactif ; c'est-à-dire qu'elle est sans incidence sur les situations juridiques dont les effets ont été

que de l'admission d'un principe général de non rétroactivité des phénomènes juridiques, ensuite, de l'incompatibilité existante entre cette cause d'extinction et la rétroactivité tenant à la place chronologique du fait générateur de la caducité par rapport à la formation de l'acte juridique, et aussi à la différence entre les fonctions assurées par chacune d'entre elles, autrement dit, d'une part, la rétroactivité constitue un procédé qui permet d'assurer l'opposabilité d'une situation à la communauté juridique par l'attribution d'un rang privilégié dans le classement chronologique des droits. Cette fonction ne peut par définition concerner une cause d'extinction de l'acte juridique, en l'occurrence la caducité. La rétroactivité est également perçue comme un procédé de liquidation du passé d'autre part. Ces deux fonctions propres à la rétroactivité ne peuvent être transposées à la caducité.

Cette cause immédiate et non rétroactive<sup>1</sup> entraîne non seulement l'écroulement du passé et l'anéantissement des effets acquis, quand elle s'est produite, mais laisse devant elle un avenir vide.

La caducité constate ainsi l'inefficacité de l'acte, l'effet automatique implique qu'il disparaît immédiatement et pour l'avenir seulement

---

entièrement consommés sous l'empire de la loi ancienne. Notons de passage que la non rétroactivité de la loi connaît plusieurs exceptions (Les lois interprétatives, les lois pénales les plus douces...) qui ne sont pas prévues par la loi, elles sont l'œuvre pure de la doctrine.

<sup>1</sup> **Observations :** ce principe de non rétroactivité des causes d'extinction on le déduit aussi, de la lecture de l'article 306 du DOC sur la nullité et l'article 260 du DOC sur la résolution, dans ce sens nous comprenons mal l'ordre selon lequel sont prévues ces causes d'extinction dans le DOC ; pourquoi prévoir la résolution avant la nullité, bien que cette dernière concerne l'étape de la formation de l'acte juridique alors que la seconde traite de la partie concernant l'exécution.

La jurisprudence française a érigé cette non rétroactivité en un principe fondamental du régime de la caducité : v. par exemple : cass. française, ch. civ. 1<sup>ère</sup>, en date du 14 nov. 2018, pourvoi n°17-28.274, inédit ; cass. française, ch. com., en date du 24 mai 2018, pourvoi n°16-26.938, inédit ; cass. française, ch. civ. 3<sup>ème</sup>, en date du 26/10/2017, pourvoi n°16-12.234, inédit ; cass. française, ch. civ., en date du 19/10/2017, pourvoi n°16-23.647, inédit ; cass. française, ch. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 oct. 2016, pourvoi n°15-23.542, inédit. Ces arrêts sont disponibles sur le site [www.légifrance.com](http://www.légifrance.com), consulté le 12/6/2019.

dès la survenance du fait générateur de caducité, l'acte devient inefficace et ne peut produire désormais des effets. À l'égard des parties à l'acte, la caducité est suivie d'une période pendant laquelle subsistent certaines obligations qui résultent d'une clause expresse de l'acte juridique caduc.

Cependant, les parties ne sont pas réduites à une passivité totale ; ces dernières peuvent être d'un degré de vigilance suffisant, et prendre le soin d'envisager le risque de caducité, et aussi traiter la question des restitutions. Elles peuvent par exemple, écarter la caducité de façon temporaire grâce à la prorogation du délai au terme duquel elle doit intervenir, cette faculté suppose qu'un délai soit prévu et concerne principalement le cas de caducité consécutive à la défaillance de la condition suspensive<sup>1</sup>. Notons de passage que l'utilisation de cette technique ne doit revêtir un caractère excessif à tel point qu'elle remet en cause l'idée même de la caducité est intervenue. D'une autre façon, les parties peuvent renoncer définitivement à la caducité, le fait d'éviter la caducité ne trouve pas à vrai dire sa source dans la théorie de la renonciation, mais plutôt

---

<sup>1</sup> **Observations :** comme nous l'avons vu, la clause selon laquelle la promesse devient caduque de plein droit si la condition suspensive d'obtention de prêt dans un délai stipulé n'est pas réalisée, met ainsi fin automatiquement à la promesse sans besoin d'une mise en demeure adressée au bénéficiaire (cass. marocaine, ch. civ., arrêt rendu le 15/03/2011, publié dans la R. *Omnia* n°73/2011, en arabe, p. 106). Parmi les remèdes conventionnels possibles pour éluder la caducité figure la renonciation : selon un arrêt de la 3<sup>ème</sup> ch. civ. de la cour de cassation française (arrêt du 28/4/2011, *AJDI* 2011, p. 562), si la condition est stipulée dans l'intérêt des deux parties, la renonciation doit intervenir avant l'expiration du délai de réalisation de la condition. Cette jurisprudence n'est pas identique à celle de la chambre commerciale de la même cour puisqu'un arrêt du 6/2/96 (*RTD* Civ., p. 613) a permis à celui dans l'intérêt duquel la condition a été stipulée de renoncer à la défaillance de celle-ci. La cour de cassation marocaine a décidé dans un arrêt du 10 mai 2011 (dans la R. *Omnia* n°75, 2012, p. 90) que le paiement du reliquat du prix après l'expiration du délai stipulé ne supprime pas la négligence du bénéficiaire, on peut en déduire que le délai prévu pour le paiement du prix est stipulé dans l'intérêt des deux parties, et le bénéficiaire n'a aucun pouvoir de poursuivre la perfection du contrat après l'expiration du délai stipulé.



dans le principe général de l'autonomie de la volonté<sup>1</sup>. Prenons l'exemple de la vente sous condition d'obtention d'un prêt nous pensons que l'effet automatique de la caducité n'exclut point la possibilité de renoncer à cette condition bien avant et rechercher à payer par un autre moyen, tant que le délai de réalisation de la condition n'est pas expiré. Pour éviter justement ces difficultés, il est préférable d'insérer une clause de renonciation et de ses modalités. Néanmoins, si on veut supprimer purement et simplement la faculté de renonciation à la caducité, il suffit de stipuler dans l'acte de promesse que celle-ci serait caduque à défaut de réalisation des conditions suspensives dans les délais contractuellement mentionnés.

Les parties peuvent se voir obligées à agir en dépit de la survenance de cette caducité, étant que cette dernière peut intervenir à l'insu des ou de l'une des parties. Cette situation est typique à la caducité, un devoir d'information est alors opportun. Nous essayons de trouver un fondement à cette obligation consécutive à la caducité ; on peut citer l'article 941 du DOC qui prévoit une obligation à la charge des héritiers d'informer le mandant de la mort de son cocontractant, nous pensons qu'il faut étendre cette disposition à tous les contrats conclus *intuitu personae*.

Reste à examiner un second tempérament à l'effet extinctif de l'automatisme de la caducité, qui est le problème des restitutions, sans glisser dans les enlisements d'un débat doctrinal sur la nature de ces restitutions. Nous soutenons la thèse de la nature contractuelle de l'obligation de restitution, en effet, le mécanisme contractuel lui-même conduit à reconnaître que toutes les obligations découlant d'un contrat ne sont pas toujours envisagées par les parties, ne sont pas le fruit de leur consentement, seules les

---

<sup>1</sup> P.RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D.Civ.*, 1936, n°30.

obligations caractéristiques sont expressément convenues (choses, prix, date de livraison...), les autres, accessoires, s'y accrochent (garantie de vices, garantie d'éviction, garantie d'achèvement des immeubles à construire...); elles sont tout de même de nature identique : contractuelle. C'est toute l'utilité du droit supplétif des contrats spéciaux que d'ajouter ainsi des obligations au contenu voulu par les parties. Il arrive que les parties prévoient, lors de la conclusion du contrat, les conséquences d'une éventuelle caducité, de telles stipulations ont pour objet de maintenir ces restitutions conventionnelles au-delà de cette caducité.

Concernant la mise en œuvre de ces restitutions, il arrive que les parties prévoient lors de la conclusion du contrat, les conséquences d'une éventuelle caducité, en pareil cas, les restitutions conventionnelles, comme nous l'avons vu, survivent malgré l'anéantissement du contrat et, par voie de conséquence, de toutes les clauses<sup>1</sup>, ces obligations sont limitées aux seules stipulations qui ont pour objet de régir la situation juridique consécutive à la caducité. L'hypothèse d'une liquidation dont les modalités ont été préalablement convenues par les contractants ne soulève, par conséquent, aucune difficulté particulière et n'intéresse pas le problème de mise en œuvre des restitutions, bien que, dans cette hypothèse, de telles restitutions soient envisagées par les parties. Ceci étant, ce problème se pose au contraire, dès lors que les parties n'ont pas inséré, dans leur contrat, de clause instituant des obligations précises de restituer, à cet égard, il apparaît que, dans la perspective de sa caducité, il n'existe pas une démarche unitaire : - lorsque les parties ont réalisé des actes d'exécution avant la survenance de la caducité, les restitutions qui procèdent de ces actes sont généralement envisagés par les tribunaux au regard de l'économie du contrat, en particulier de la cause des obligations

---

<sup>1</sup> Même les clauses pénales s'éteignent, en principe, par l'effet de la caducité du contrat.

réciproques et de la nécessité d'une contrepartie ; - en revanche, lorsque ces actes ont été accomplis par les parties, après l'anéantissement du contrat, c'est-à-dire dans une situation de fait, les éventuelles restitutions sont alors essentiellement fondées sur les principes généraux des quasi-contrats.

L'effet automatique ne fait obstacle qu'en théorie à l'intervention du juge, dans certains cas, celle-ci paraît primordiale.

## 2. La dimension judiciaire de la caducité

L'intervention du juge peut paraître attentatoire au principe de l'automatisme de la caducité, mais Il serait donc illusoire de croire que la caducité produit toujours effet hors de tout contrôle judiciaire, son automatisme, si elle n'exclut pas l'intervention du juge ; elle la limite.

Il est question en premier lieu de déceler les principales manifestations de ce caractère judiciaire. Ce dernier apparaît d'emblée si on vérifie les personnes titulaires de droit de saisir le juge en vue d'obtenir une décision constatant cette cause d'extinction. Celle-ci n'est pas comme la nullité relative qui ne peut être soulevée que par la personne y ayant intérêt<sup>1</sup>, elle est *a contrario* invoquée par toutes les parties de l'acte. Certains auteurs<sup>2</sup> admettent une caducité relative, nous ne sommes pas de cette avis, cette idée n'est bien argumentée, et se trouve contrecarrée à l'exemple de la caducité consécutive à la défaillance de la condition suspensive stipulée dans l'intérêt de l'une des parties, et elle est

---

<sup>1</sup> **Observations :** pour agir en constatation de la caducité, il faut remplir principalement les conditions de fond prévues au niveau de l'article 1 du CPC. L'intérêt d'agir apparaît comme la condition la plus importante d'où les adages « *pas d'intérêt pas d'action* », ou « *l'intérêt est la mesure de l'action* ». La qualité d'agir découle de l'intérêt même. Reste la condition de capacité, à la vérité, on relève actuellement que la capacité n'est pas une condition de l'action, mais plutôt une condition de régularité de l'exercice de celle-ci, donc une condition de régularité de l'instance.

<sup>2</sup> V. par ex. F.GARRON, Thèse préc., p. 201 et s.

inconcevable pour d'autres circonstances comme la disparition de l'objet ou celle de la cause.

La caducité ne méconnaît pas le principe de l'effet relatif des contrats, car ce dernier n'implique pas que le contrat ne puisse avoir à leur égard aucune répercussion, au contraire, il leur est opposable en tant que fait. C'est dans ce sens que la caducité peut être soulevée par les tiers par rapport à l'acte s'ils arrivent à justifier d'un intérêt<sup>1</sup>.

Ensuite, le caractère judiciaire résulte des principales hypothèses de saisine du juge en vue de statuer sur la caducité. Ce dernier peut être saisi par voie d'action, comme par voie d'exception. Dans ces deux hypothèses, on poursuit la même finalité qui est la constatation judiciaire de l'extinction du contrat<sup>2</sup>. Une fois saisi, le juge de fond est appelé à rechercher qu'elle était l'intention commune des parties à l'acte, sous un contrôle postérieur de la cour de cassation<sup>3</sup>.

Il convient de préciser en second lieu, les conséquences du caractère judiciaire. A l'heure actuelle, le juge acquiert de plus en plus de pouvoirs importants en matière de droit des contrats (le choix entre le maintien et la résolution du contrat ; l'appréciation de

---

<sup>1</sup> Il est ainsi concevable que la caducité d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence soit demandée reconventionnellement par le tiers à qui le promettant a vendu le bien, le tiers acquéreur de bonne foi n'a certes aucun intérêt à invoquer la caducité puisque le bénéficiaire de la promesse ne peut obtenir la restitution du bien vendu ; en revanche, le tiers de mauvaise foi qui connaissait l'existence de la promesse au moment de la vente, a intérêt à ce que la caducité de la promesse soit constatée. De même, un héritier peut se prévaloir de la caducité d'un legs particulier fait par son auteur, ou encore de celle d'une offre de contrat consentie par le *de cujus*.

<sup>2</sup> **Observations :** nous pensons que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu, dans la mesure où la loi le permet.

<sup>3</sup> **Observations :** le mot « cassation » est discutable, car la fonction de la juridiction de droit ne consiste pas seulement à casser les jugements, son rôle consiste essentiellement à rejeter les pourvois en cassation, si on enseigne aux étudiants que la cour de cassation est une juridiction de droit, il faut leur rappeler qu'aucun texte juridique ne prévoit pas cette règle, et il faut préciser que cette règle est issue de la jurisprudence de la cour elle-même.

l'inexécution ; de la conduite des parties...<sup>1</sup>). Cependant, le champ d'intervention du juge en matière de caducité demeure limité<sup>2</sup> ; d'une part, il est appelé à constater une extinction qui existait déjà. D'autre part, il ne peut écarter cette disparition de l'acte comme il peut faire pour la résolution judiciaire par exemple. Il se limite à un simple contrôle de légalité, c'est-à-dire vérifier si cette cause d'extinction est réellement acquise.

Cette limitation de pouvoirs connaît cependant des exceptions, dans certains domaines spécifiques, et qui se justifient par plusieurs considérations tenant à la protection de l'une des parties<sup>3</sup> à l'acte ce qui est de nature à écarter l'effet automatique de la caducité. nous citons un exemple issu de la jurisprudence française (arrêt de la chambre civile 1<sup>ère</sup> de la cour de cassation française<sup>4</sup>, du 15 mai 1990) en matière de mandat, lorsque le mandant devient incapable en cours du contrat, précisons que la capacité du mandant est exigée contrairement à celle du mandataire, ce dernier doit être doué de son discernement selon les dispositions du DOC, les juges dans cette décision rédigée dans les termes d'un arrêt de principe, considèrent qu'en application de l'article 491-3 du code civil français, l'ouverture de la procédure de protection n'a pas un effet automatique d'extinction de la mission confiée au mandataire. Loin de la protection de la partie généralement faible dans le contrat, le

---

<sup>1</sup> **Le renforcement du rôle du juge** confine à un renversement de la philosophie du contrat, il est loin le temps où la doctrine professait qu'il n'entre pas dans la fonction du juge de s'immiscer dans le contrat, ce renforcement touche à la grammaire du contrat, car le rôle du juge est double.

<sup>2</sup> **Observations :** Cela ne signifie pas pour autant que le juge ne joue que le « *rôle passif d'un enregistreur automatique* ». Comme l'écrivait Léon Mazeaud, constater un droit, c'est bien souvent, par toute une série de raisonnements et déductions, le dégager du doute et de l'imprécision qui l'entourent, c'est parfois faire sortir d'un état voisin du néant la volonté inexprimée des parties.

<sup>4</sup> Décision citée dans les développements consacrés à cette question dans C.PELLETIER, *Op.cit.*, p. 371.

juge peut même toucher à certaines clauses prévues au niveau du contrat (indemnité d'immobilisation, clause pénale...).

Les pouvoirs du juge connaissent une limite d'une autre nature, ayant trait à la prévalence d'autres techniques dans certains domaines particuliers rendant inapplicable la caducité, quand bien même qu'il s'agit de la disparition d'un élément essentiel à l'exécution. D'abord, le droit de travail qui fourmille plusieurs dispositions ne pouvant céder place à la caducité pour des raisons de protection de l'intérêt du salarié surtout. Ensuite, le droit des procédures collectives de traitement de difficultés dont les dispositions sont pour la plupart d'ordre public<sup>1</sup>. Enfin, dans d'autres textes relatifs à certains contrats, et dans un souci de protection du consommateur, ils prévoient des techniques autres que la caducité. Nous citons par exemple l'article 122 de la loi n°31.08 relatif au contrat de crédit-immobilier selon lequel l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non conclusion, le législateur a ainsi prévu une clause résolutoire légale qui exclut la caducité.

---

<sup>1</sup> **Observations :** la jurisprudence française surtout - et nous pensons que ça sera la position du législateur marocain s'il a reconnu la notion de caducité -, lorsqu'elle applique le droit de travail, elle n'utilise pas la technique de caducité. A la suite de la disparition d'un élément essentiel du contrat de travail, le respect des dispositions spéciales qui réglementent ce contrat, impose, en effet, la mise en œuvre d'une autre technique juridique. Cette substitution légale a pour objet de protéger les intérêts des salariés par une restriction du domaine d'application des diverses causes d'extinction qui sont prévues par le droit commun des conventions ou qui résultent – comme la caducité – de l'interprétation de ses règles ou de ses principes généraux.

Les mêmes constatations s'imposent en matière de droit des procédures collectives de traitement des difficultés de l'entreprise, ce dernier et à afin de réaliser certaines finalités spécifiques, comporte des règles, qui, pour la plupart d'entre elles, sont d'ordre public. En effet, les procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires poursuivent un triple but, à savoir, la sauvegarde de l'entreprise – qui semble bien être l'objectif majeur -, le maintien de l'emploi et de l'activité ainsi que l'apurement du passif. Il est alors évident que la réalisation de ces objectifs s'oppose à la mise en œuvre de droit civil commun.

Les pouvoirs du juge connaissent une autre limite qui est la nature déclarative de la décision qu'il rend, la distinction entre les jugements déclaratifs et constitutifs de droit prend de l'ampleur sur le terrain de leurs effets dans le temps. La création d'un droit date du jugement quand il est constitutif, alors quant au jugement déclaratif, la situation existait bien avant, il ne fait que la reconnaître cela ne signifie point qu'il rétroagit c'est-à-dire qu'il ne crée rétroactivement ce droit.

De tous les développements précédents, on admet que cette limitation du rôle du juge en matière de caducité trouve son origine dans l'effet automatique de cette cause d'extinction, et laisse le doute planer sur l'éventuelle adoption légale ou reconnaissance de la jurisprudence marocaine de cette cause d'extinction des actes juridiques.

## **Conclusion**

Au terme de ces travaux, on peut affirmer le postulat de départ ; selon lequel la caducité est une cause d'anéantissement constatant une impossibilité d'exécution non fautive suite à la disparition d'un élément essentiel eu égard de l'exécution de l'acte juridique en question, et le privant ainsi de tout effet dans l'avenir comme dans le passé.

La caducité a eu un regain d'actualité ces trois dernières années avec la réforme du 10 fév. 2016, avec laquelle cette cause d'extinction a eu toutes ses lettres de noblesse.

A cet égard, et de *lege ferenda*, en droit marocain, tout le problème réside dans une éventuelle intervention législative, cette dernière ne s'avère, dans l'immédiat, ni probable, ni souhaitable.

Tous ces précédents, permettent donc de penser que la découverte, par la jurisprudence française, de la situation de caducité et la création consécutive d'une technique prétorienne, n'auront pas pour effet, dans les décennies à venir, d'imposer une intervention du législateur, si ce n'est au hasard de quelques lois ou de quelques dispositions spéciales<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Jusqu'à présent il y a des dispositions contenues dans le CPC relatives à l'arbitrage et la médiation ; c'est ainsi l'article 315 *in fine* qui est ainsi libellé « *Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée* ». Ainsi, nous pensons que le législateur marocain n'a pas voulu reconnaître cette cause d'extinction.

L'article 327-60 *in fine* est ainsi libellé « *lorsque le médiateur qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée, les parties peuvent s'accorder sur le nom d'un autre médiateur. A défaut, le compromis est caduc* ».



## *La sécurité juridique de l'eau au Maroc dans le cadre de la loi 36.15*

*Om Kaltoum Beni Laabassi  
Chercheur en cycle doctorale  
Université Cady Ayyad*

### ***Introduction :***

La seconde moitié du XX siècle a vu la question de l'eau, plus particulièrement de la disponibilité en eau douce, devenir incontestablement un sujet de préoccupation scientifique, économique, social, politique et juridique, tant au plan national qu'international, partout sur la planète. Plus de 23 agences et programmes des nations unies se préoccupent directement ou indirectement de l'eau, considérée comme un enjeu majeur pour l'humanité<sup>1</sup>.

En effet, Le droit est le vecteur qui permet d'organiser les rapports entre les hommes et les choses dans un but collectif. Pour autant, si certains objets de droit connaissent un statut unique, l'eau, élément naturel mouvant, est l'objet de droits de natures diverses<sup>2</sup>.

De ce fait, dans le but de parvenir, à un statut juridique uniforme adaptant le statut de L'eau aux différents enjeux sociaux, économiques, et environnementaux le législateur a instauré la loi 10-953, mais aucun texte majeur concernant le domaine de l'eau n'est intervenu au MAROC depuis 1995.

---

<sup>1</sup> PARQUEROT SYLVIE, eau douce la nécessaire refondation du droit international presse de l'université de QUEBEC page 1

<sup>2</sup> BAILLY GAËTAN, les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement thèse de doctorat de l'université de Lyon 3, discipline droit public soutenue le 10/12/2018

<sup>3</sup> Dahir N° 1- 95 -154 du 18 rabii 1416

Ce n'est que 20 ans que fut adopté en aout 2016, la nouvelle loi 36-151 cette loi constitue un tournant dans la politique de l'eau MAROCAINE, approuvée par le parlement, elle vient renforcer d'avantage les acquis du domaine de l'eau au Maroc, ayant apporté des nouveautés substantielles en ce qui concerne les problèmes de l'eau sous ses aspects techniques, économiques et financier.

En effet, cette loi, en outre les dispositions de l'ancienne réglementation<sup>2</sup> qu'elle reprend en modernisant ses dispositions, elle en introduit de nombreuses autres visant des changements réels sur l'aménagement et la forme de la gestion de l'eau, la valorisation et l'utilisation des eaux non conventionnelles, la mise en valeur et utilisation des eaux de pluie

De ce fait, pour favoriser l'économie de l'eau et la lutte contre son gaspillage, la loi 36-15 a prévu des organes institutionnels visant la gestion optimale de l'eau ainsi que la recherche des solutions contre la pénurie et l'abondance de ces ressources qui sont les administrations centrales responsables de l'eau et les organes interministériels.

Donc reste posé la question dans quel esprit le législateur marocain a conçu une réglementation juridique efficiente, afin de préserver la ressource d'eau au Maroc, qui est devenu rare dans un contexte de changements climatiques ?

## **Partie I : la protection quantitative de l'eau au Maroc**

Dans son fameux article sur la tragédie des communaux, HARDIN (1968) avançait que des ressources en « propriété commune » telles que les océans, l'air, les forêts, l'eau ...etc. Étaient inévitablement exposées à une rapide dégradation en

---

<sup>1</sup> Dahir N° 1- 16 -113 du 6 kaada 14371 portant promulgation de la loi N°36-15 relative à l'eau

raison de leurs caractéristiques de propriété permettant de maximiser ses profits au détriment d'une gestion à long terme de la ressource, HARDIN concluait que seule une privatisation de la gestion ou le contrôle par l'ETAT pouvaient préserver ce type de ressources de la dégradation<sup>1</sup>.

C'est ainsi qu'il faut s'interroger sur le régime de propriété des ressources en eau bien public, ou bien bien privé ?

En effet, l'administration coloniale à l'aube du 20 siècle a instauré un arsenal juridique, ayant pour fin de contrôler la gestion des ressources en eau au Maroc.

Cette réglementation a commencé par définir le champ d'application du DPH<sup>2</sup> au moyen du dahir du 1<sup>er</sup> juillet 1914<sup>3</sup>, cette démarche après l'indépendance a été suivie par l'instauration de la loi 10-95<sup>4</sup> et enfin la nouvelle loi 36-15<sup>5</sup>

### **1) le caractère domanial de l'eau ;**

Le domaine public est une notion juridique. Elle permet de distinguer une catégorie de biens publics dotée d'une définition et d'un régime juridique spécifiques. Nous savons que les « notions juridiques » permettent d'opérer des qualifications auxquelles sont

---

<sup>1</sup> REYNAR EMMNUEL, transformations récentes de l'irrigation communautaires en valais(suisse) la gestion sociale de l'eau concepts, méthodes et application, territoires en mutation 12 novembre 2004 p 95

<sup>2</sup> DPH= le Domaine public hydraulique

<sup>3</sup> Dahir du 7 Chaabane 1332 (1er juillet 1914) sur le Domaine public dans la zone du Protectorat Français de l'Empire Chérifien (B.O N° 89 du 10 juillet 1914) tel qu'il a été complété et modifié par le Dahir du 14 safar 1338 (8 novembre 1919) (B.O N° 369 du 17 novembre 1919)

<sup>4</sup> Dahir n°1- 95 -154 du 18 rabii I 1416 (16 aout 1995) portant promulgation de la loi n° 10-95 sur l'eau

<sup>5</sup> Dahir n° 1 16 113 du 6 kaada 1437, B .O N° 6506 du 6 octobre 2016

imputables des régimes juridiques et de regrouper des éléments homogènes (catégorie) : règles communes<sup>1</sup>.

Le DPH fait partie du domaine public il est essentiellement constitué d'un bien l'eau<sup>2</sup>, ainsi que tout ce qui sert pour la contenir, la transporter la préserver ou l'utiliser (lacs, lits de cours, barrages, canaux.....)

En France, de manière générale l'eau est considéré comme « res communis » : elle ne peut donc faire l'objet à ce titre d'appropriation, sauf quelque exceptions, en revanche, le milieu qui la supporte relève de la domanialité publique ou de l'appropriation privative, qualifiées d'eaux non domaniales bien que seul le milieu support de l'eau fasse d'appropriation<sup>3</sup>.

Il est donc important de s'interroger si la notion de domanialité publique, assure telle une protection efficace du patrimoine hydraulique marocain ?

Devant l'ampleur qu'implique cette problématique nous avons été amenées de partir des dispositions de la nouvelle loi sur l'eau 36-15.dont l'examen de son article 5 permet de tirer que le DPH est composé de : toutes les eaux continentales, qu'elles soient superficielles souterraines, douces, saumâtres, salées, minérales ou usées ainsi que des eaux de mer dessalées écoulées dans le DPH et des ouvrages hydrauliques et leurs annexes affectés à un usage public, ainsi font partie de ce domaine également :

---

<sup>1</sup> GILLET LORENZI et TRAORE SEYDOU droit administratif des biens édition du centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) 2007 page 17

<sup>2</sup> L'article 2 de la loi 36-15 définit le DPH comme l'ensemble des biens hydrauliques et ceux liées à l'eau ces biens sont répartis en 2 catégories

1-les biens publics naturels constitués des eaux et des terres couvertes par ces eaux

2 les biens publics artificiels constitués des ouvrages hydrauliques

<sup>3</sup>DROBENKO BERNARD l'essentiel du droit de l'eau 2 eme édition guqlino 2013 page 27

a- les plans d'eau naturels tels que lacs, étangs, lagunes, marais salants et marais de toute espèce ne communiquant pas directement avec la mer ainsi que leurs assiettes foncières et francs-bords d'une largeur de 2 mètres<sup>1</sup>.

b- les sources de toutes natures y compris les résurgences d'eau douce en mer.

c) les cours d'eau de toutes sortes qu'ils soient naturels ou artificiels, permanents ou non permanents.

d) les berges des cours d'eau jusqu'au niveau atteint par les eaux avant le débordement.

e) les francs-bords à partir des limites des berges.

j) les alluvions, le sable, les roches et toutes sortes d'atterrissements qui se forment et la végétation qui pousse naturellement dans les lits des cours d'eau, les plans d'eau en général, leurs berges et leurs francs bords

g) les ouvrages hydrauliques.

Donc, force est de constater que reste définitivement dehors du DPH les eaux de pluie recueillies artificiellement<sup>2</sup>, Cette règle a été clairement exprimé par la jurisprudence française dans un arrêt du tribunal administratif de Toulouse<sup>3</sup> selon lequel l'Aménagement routier-évacuation des eaux pluviales-soumission à l'enquête

---

<sup>1</sup> Sont considérées comme faisant partie de cette catégorie les parcelles qui sans étre recouvertes d'une façon permanente par les eaux et en raison de leur potentiel en eau, ne sont pas susceptible en année agricole ordinaire d'utilisation agricole

<sup>2</sup> En effet l'article 62 de la loi 36-15 « les propriétaires, les exploitants ou les possesseurs de manière régulière du fonds ont le droit de collecter, de stocker, d'utiliser et de mettre en valeur les eaux pluviales tombées sur leurs propriétés toutefois leurs accumulations est soumises à autorisation celle -ci à été conçue par le législateur MAROCAIN afin de préserver l'hygiène de la population

<sup>3</sup> Tribunal administratif de toulouse 30 novembre 2000 association de défense des riverains du fil d'ariane et autres C/ préfet de la haute garonne commune de toulouse réquisition N° 00 /3439,00/3731,00/3733 ET 00/3735 revue juridique de l'environnement N° 3 page 506

publique non : puisque ne sont soumises à étude d'impact ou en l'occurrence à acquête « bouchar- d'eau » que les opérations qui figurent de manière expresse respectivement à l'une ou à l'autre des nomenclatures « étude/notice d'impact)

Cependant, si toutes ces informations permettent de se faire une idée sur la consistance du DPH, il faudra aussi s'arrêter sur ces caractéristiques dont l'examen de l'article 4 de la loi 36\_15 les énumères est qui sont au nombre de 3 :

1)-l'inaliénabilité : sur la base des dispositions de l'article 57 et 59 du DOC<sup>1</sup> le DPH reste en dehors de toute les actions de ventes, locations donations et même pour l'expropriation pour l'utilité publique<sup>2</sup>, de ce fait les dépendances du DPH ne peuvent êtres cédés aux tiers que si elles ont préalablement font l'objet d'une procédure de déclassement<sup>3</sup>.

2)-l'insaisissabilité : qui est la règle qui interdit qu'un DPH soit saisi de même elle interdit que les dépendances du DPH peuvent êtres grevées d'hypothèques<sup>4</sup>.

---

1 Article 57 : Les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter.

Article 59 : Est nulle l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi.

<sup>2</sup> Article 4 de Loi n° 7-81 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et à l'occupation temporaire, promulguée par le Dahir n° 1-81-254 du 11 rejev 1402 (6 Mai 1982) (B.O. 15 juin 1983) dispose Ne peuvent être expropriés : les édifices à caractère religieux des divers cultes, les cimetières, les immeubles faisant partie du domaine public et les ouvrages militaires

<sup>3</sup> CHOUANI MOHAMED :la loi sur l'eau et le droit à l'eau une interprétation de la réglementation de l'eau à l'usage des utilisateurs et des gestionnaires des ressources en eau. Anzar conseil 2005, Page 20

<sup>4</sup>أكد حكم للمحكمة الابتدائية بالحسيمة حيث نص على انه لما كان الامر يتعلق بدعوى استحقاقية منصبة على منبع مائي فان اسحضار مقتضيات الظهير الشريف الصادر بتاريخ يوليوز 1914 مسالة لازمة و هذه المقتضيات تعطي في مادته الاولى بان الماء ملك عمومي بما في ذلك العيون ومنابع الانهار والمياه الجوفية و لا يستنتى من ذلك الا ما تبنت انه كان قبل صدور هذا الظهير مملوكا ملكية خاصة لأصحابه

حكم رقم 114 بتاريخ 2006 11 28 ملف عدد 3 05 70 منشور في سلسلة الانظمة والمنازعات العقارية الجزء الاول الطبعة الثانية 2011 ص 172

3)-l'imprescriptibilité : parmi les règles générales du droit est la prescription qui est un moyen d'acquisition d'un bien par l'effet de la possession hors l'imprescriptibilité est la règle selon laquelle l'acquisition du DPH ne peut être affecté par l'écoulement du temps<sup>1</sup>.

## 2)-l'exploitation de DPH :

Certes, le DPH est inaliénable et insaisissable, mais toutefois le législateur MAROCAIN a accordée la possibilité de son utilisation en vue d'assurer sa gestion rationnelle.

De ce fait, pour avoir une appréciation plus proche de l'exploitation du DPH, il faudra s'arrêter à l'analyse du régime de l'autorisation et la concession dans le cadre de la Loi 36-15.

### A) Le régime de l'autorisation<sup>2</sup>:

On comprend, dès lors que toute personne physique ou moral se trouve dans l'obligation d'obtenir une autorisation<sup>3</sup> auprès du ABH pour la réalisation de forages et le creusement de puits, pour le prélèvements des eaux de sources naturelles pour satisfaire des besoins propres<sup>4</sup>, l'établissement pour une période de durée de 10

---

<sup>1</sup> عشوان عبد الله دور القضاء في حماية الملك المائي قراءة في القانون رقم 10 95 المتعلق بالماء مجلة المعيار العدد يونيو 2011 ص 46.

<sup>2</sup> Voir l'article 28 de la loi 36-15

<sup>3</sup> selon les dispositions de l'article 12 du décret N° 2.07.96 du 16 janvier 2009 fixant la procédure d'octroi des autorisations et des concessions relatives aux DPH la décision délivrés par AB doit mentionner les obligations du permissionnaire dont le nombre de puits ou de forages à utilise ainsi que leurs N° perspectifs d'inventaire des ressources en eau (N° I.R.E) en cas de prélèvement d'eau souterraine à noter que l'attribution de ce N° est régie par le décret N° 2.97.178 du 24 octobre 1197 et la circulaire n°213.98 portant application du dit décret

<sup>4</sup> Il est à remarquer que l'ancienne loi sur l'eau 10-95 n'a pas précisé la nature de l'exploitation, par contre la loi 36-15 à déterminer l'obligation que le prélèvement des sources doit avoir la vocation de l'utilisation pour besoins personnelles

ans d'ouvrages de protection des biens privés contre les inondations<sup>1</sup>, le déversement ou l'utilisation des eaux usées<sup>2</sup>.

Comme réponse à la question posée, il importe de noter que la délimitation du DPH<sup>3</sup>, s'effectue en deux phase dont l'intervention des ABH et les départements ministériels est exigée ce qui rend cette procédure lente et complexe vu la multiplicité des intervenants, ce qui implique que les utilisateurs préfèrent l'utilisation illicite de ce domaine pour gagner le temps.

A ceci s'ajoute, que l'existence d'un nombre important d'occupants illégaux du DPH constitue une contrainte supplémentaire devant le processus de délimitation du DPH, ces occupants sont ou bien des organismes publics ou des personnes privées. de ce fait, la procédure se complique davantage eu égard à la nécessité de régler les différends et les litiges avec ses occupants avant de procéder aux opérations de délimitation. Ceci dit, la délimitation du DPH pourrait avoir un cout financier et social<sup>4</sup>.

On trouve une référence claire à cette règle dans Un arrêt du tribunal administratif de Nice<sup>5</sup> selon lequel qu'un Cours d'eau domanial-occupants sans droit ni titre du domaine public fluvial-référent-caractère d'urgence d'une expulsion immédiate (oui) danger pour le public (non) vu que le caractère d'urgence est admis

---

<sup>1</sup> Il ressort de cet alinéa la volonté du législateur de se mettre en face des changements climatiques surtout les inondations que le MAROC a dû connaître ses derniers temps

<sup>2</sup> Il s'ensuit que parmi les nouvelles dispositions introduites dans la nouvelle loi de l'eau 36-15 est la réutilisation des eaux usées qui est défini par l'article 3 comme étant une eau qui a subi une modification de sa composition ou de son état naturel du fait de son utilisation

<sup>3</sup> Régis par les dispositions du décret N°2 .97.489 du 04 février 1998 relatif à la délimitation du DPH à la correction des cours d'eau et l'extraction des matériaux

<sup>4</sup> Rapport annuel de la cour des comptes au titre de l'année 2018, gestion de domaine public hydraulique page 32

<sup>5</sup> Tribunal administratif NICE, 13 septembre 2000, préfet des Alpes-Maritimes C/MM . lenfant martin et autres réquisition N° 003289 publié à la revue juridique de l'environnement N°3 2001 page 490



s'agissant des occupants sans droit ni titre du domaine public fluvial eu égard à la dangerosité du fleuve et à l'insalubrité des installations mais pas de faire démolir sans délai par les intéressés les installations concernées qui ne présentent pas de danger pour le public

Les biens du DPH ayant perdu leurs utilités publique pour des causes naturelles ou suite à la réalisation de travaux de correction ou des travaux de déviation de cours d'eau sont incorporés au domaine privé de l'ETAT par décret<sup>1</sup>, mais jusqu'à aujourd'hui aucun texte régissant cette procédure de déclassement n'a vu le jour.

#### B) Le régime de la concession :

C'est l'article 33 de la loi qui énumère les opérations soumises au régime de la concession<sup>2</sup> :

A savoir que la procédure d'octroi soit pour l'autorisation ou la concession<sup>3</sup> est la même vu qu'elle est fixé par les dispositions du

---

<sup>1</sup> Article 8 de la loi 36-15

<sup>2</sup> L'article 33 de la loi 36\_15 dispose que Sont soumis au régime de la concession, notamment :

- 1) l'aménagement des sources naturelles minérales ou thermales
- 2) l'établissement sur le domaine public hydraulique, pour une durée supérieure a 10 ans, d'ouvrages
- 3) l'aménagement des lacs, Clans, sebkhas et marais;
- 4) l'utilisation de plans d'eau naturels ou artificiels pour l'exercice d'activités aquacoles, de loisir, touristiques ou sportives
- 5) les prélèvements d'eau lorsqu'ils sont destinés à l'alimentation du public en eau potable;
- 6) les prises d'eau sur les cours d'eau, barrages ou canaux en vue de la production de l'énergie hydroélectrique ;
- 7) l'exploitation et la gestion des ouvrages publics hydrauliques tels que les barrages et les conduites de transfert d'eau;
- 8) le captage des résurgences d'eaux douces en mer la concession constitue des droits réels de durée limitée qui ne confèrent à son titulaire aucun droit de propriété sur le DPH

<sup>3</sup> L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales français issu de l'ordonnance du 29 janvier 2016 définit la délégation de service public comme « un contrat de concession... par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service en contrepartie soit du droit d'exploiter le service... soit de ce droit assorti d'un prix »

décret N°2 -07 -96 du 16 janvier 2009 fixant la procédure d'octroi des autorisations et des concessions relative au DPH, toutefois elle est caractérisé par la pluralités des intervenants ce qui rend cette procédure assez lente.

A ceci s'ajoute, que durant la durée de l'enquête publique, l'autorité administrative accorde au public la possibilité de présenter des observations et réclamations<sup>1</sup>, toutefois, la diversité de ces réclamations est une cause de difficulté du travail de la commission facteurs principale de l'allongement de cette procédure<sup>2</sup>.

Pour le retrait de la concession et de l'autorisation ils sont prévus par l'article 39 de la loi 36\_15<sup>3</sup>, toutefois, Dans l'arrêt de la cour administratif de NANTES selon lequel <sup>4</sup> le Retrait d'autorisation- conditions-absence d'obligation d'accompagner le retrait d'un projet de remise des lieux, s'agissant du vannage d'un ouvrage de prise d'eau destinée à alimenter un ancien bief de moulin, ouvrage réduit à l'état de ruine faisant obstacle au libre cours des eaux en période de crues, la décision préfectorale de retrait susceptible d'intervenir d'office au titre des articles 103 et 109 du code rural (article L.215-7 et L.215-10 du code l'environnement) prescrit la remise du site dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun danger ou inconvénient pour les élément

---

<sup>1</sup> Article 8 du décret N°2 .07.96 du 16 janvier 2009 fixant la procédure d'octroi des autorisations et des concessions relatives au DPH Pendant la durée de l'enquête, l'autorité administrative locale met a la disposition du public, au siège de la ou des communes concernes, le dossier de l'enquête qui doit comprendre la demande de l'intéressé, les pièces qui l'accompagnent et un registre d'observations, cote et paraphe par

ses soins, destine a recevoir les observations et réclamations éventuelles des tiers intéressés,

<sup>2</sup> Etant que l'administration se trouvera dans l'obligation de donnés des suites à ces observations

<sup>3</sup> Si l'intérêt général rend nécessaire la suppression ou la modification des installations régulièrement établies, en vertu d'une autorisation ou d'une concession, l'attributaire de l'autorisation ou le concessionnaire a droit, sauf stipulation contraire dans l'acte de l'autorisation ou de concession, a une indemnité correspondant a la valeur du préjudice subi. A défaut d'accord amiable, cette indemnité est fixée par IE tribunal compétent

<sup>4</sup> CAA NANTES, 14 MARS 2001, M et Mme chatelain ; requête N°97NT01230 publié à revue juridique de l'environnement N°3 2001 page 502

concourant à la gestion équilibrée de la ressource en eau (article 26 du décret n°93-742 du 29 mars 1993) il n'est pas nécessaire qu'une demande ait réclamé cette abrogation et que la demande de retrait soit obligatoirement accompagnée d'un projet de remise en état des lieux, il s'agit en effet d'une simple possibilité ouverte par l'article 23 de décret précité

Il n'est que de constater que le nombre des contrats de concession relatifs à l'utilisation des DPH conclus par les ABH<sup>1</sup> atteint 28 contrats. Parmi ces contrats 8 concernant la prise d'eau pour la production de l'énergie hydroélectrique, 9 relatifs au prélèvement des eaux de sources dans le but de les conditionner et de les commercialiser, 4 concernant l'exploitation des barrages et l'utilisation de leurs eaux à des fins d'irrigations, 2 contrats de concessions concernant l'aménagements des sources naturelles thermales, 2 contrats relatifs à l'utilisation de l'eau à des fins industrielles et 3 contrats concerne le prélèvement d'eau destinée à l'alimentation publique<sup>2</sup>.

On peut déduire de ce que l'on vient de dire que malgré les efforts déployées par les ABH pour la couverture de ce régime aux diverses utilisations prévues par l'article 33 de la loi 36-15 elles n'ont pas parvenues<sup>3</sup>.

## **Partie II : les structures institutionnelles de gestion de l'eau au MAROC, une protection quantitative**

L'organisation administrative de l'eau est caractérisée par la multiplicité des autorités compétentes et aussi par l'entrecroisement des circuits de décision. Cette situation de dispersion des compétences administratives n'est pas propre au MAROC.

---

<sup>1</sup> Agence du bassin hydraulique

<sup>2</sup> Rapport annuel de la cour des comptes au titre de l'année 2018 page 325

<sup>3</sup> Comme les captages des résurgences d'eau douces en mer

On la trouve pratiquement dans tous les pays, le chevauchement de pouvoirs en matière d'eau est inévitable, en ce sens que l'eau intéresse toutes les activités économiques l'industrie comme l'agriculture et la vie domestique, et l'on ne peut envisager sur le plan pratique tout au moins une administration ayant une compétence exclusive en la matière<sup>1</sup>.

En effet la loi sur l'eau a modernisé l'administration intervenant dans le cadre de la gestion des ressources eau en introduisant des organes à l'échelle centrale régional et locale.

A cet égard, Il importe d'examiner tour à tour les organes de coordination A et les administrations centrales B

#### **A) - les organes de coordination :**

Les principaux organes interministériels que le MAROC s'est doté pour prendre en charge la question de l'eau sont :

##### 1)-le conseil supérieur de l'eau et du climat :

Il fut créé en 1981 par décision royal et nommé au départ le haut conseil de l'eau, toutefois depuis la session de 1995<sup>2</sup> est devenu (CSEC)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MAAROUF RAHAL , le rôle des instruments juridiques et institutionnels dans la protection des ressources en eau au MAROC colloque international de l'eau gestion de la rareté 19 et 20 octobre 1995 RABAT tome II page 241 .

<sup>2</sup> Depuis la création de ce conseil en 1981 il a tenu ses sessions en 1987, 1988, 1990, 1992, 1993, 1994, et 2001

<sup>3</sup> Conseil supérieur de l'eau et du climat, les différentes sessions de ces conseils ont été consacrées à des thèmes directement liées à la procédure de la ressource en eau à savoir :

- le projet de code national de l'eau 1987\_1988
- La pollution de l'eau et la réutilisation des eaux usées 1988\_1990
- L'érosion et le transport solide 1990
- Le plan directeur d'aménagement des eaux de la MOULOUYA 1990
- Le plan directeur d'aménagement des eaux bassins de Sebou, bou regrab et oum erbii 1992

Ainsi ce conseil est chargé de donner en général des orientations nationales en matière de la politique d'eau et assurer, examiner et formuler son avis sur la stratégie nationale d'amélioration de la connaissance du climat et la maîtrise de son impact sur le développement des ressources en eau et d'examiner et formuler son avis sur toute question relative à l'eau et au climat soumise à son examen par l'administration<sup>1</sup>.

S'agissant de la composition du CSES, il est présidé par le chef du gouvernement :

- Pour moitié de ses membres des représentants de l'administration des directeurs de ABH, ONE, ORMVA<sup>2</sup>.
- Pour moitié des présidents des conseils régionaux et des conseils de bassin hydraulique, des représentants des établissements d'enseignement supérieur et de recherche scientifique œuvrant dans les domaines d'eau et du climat des associations professionnelles scientifiques et des experts dans l'ingénierie des ressources en eau.
- A titre consultatif toute personne compétente dans le domaine de l'eau et du climat. Par ailleurs il convient d'indiquer que la composition du CSES est fixée par voie réglementaire<sup>3</sup>.

- 
- L'économie de l'eau en agriculture 1992
  - Le plan directeur d'aménagement des eaux bassins de loukous du tangerois et cotiers méditerranéens 1993

Voir à ce propos NACHID\_idrissi AMAL l'approvisionnement en eau potable dans le milieu rural MAROCAIN quel cadre juridique et institutionnel. REMLD 42 janvier -février 2002 page 35

<sup>1</sup> Voir article 78 de la loi N° 36\_15 relative à l'eau, dahir N°1 - 116 113 du 6 kaada 1437

<sup>2</sup> Office régionaux de mise en valeur agricole

<sup>3</sup> Les critères de nomination des membres et représentants au sein du CSES sont fixées par le décret

N°2-18-233 publié au B.O vendredi 26 juillet en application de la loi 36-15 relative à l'eau

## 2)-l'agence du bassin hydraulique et son conseil d'administration

L'agence du bassin hydraulique a été créée par la loi 10-95 elle est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière dont la mission est d'effectuer et de réaliser les études afin de préserver l'eau contre les phénomènes climatiques<sup>1</sup>, élaborer le plan directeur d'aménagement intégrées des ressources en eau relevant de sa zone d'action, comme elles peuvent accordées des contributions financières et l'assistance technique à toutes personnes publiques ou privés, qui en ferait la demande soit pour la réalisation des ressources en eau soit en vue d'un aménagement ou d'une utilisation du DPH<sup>2</sup>.

A ceci, s'ajoute que son conseil d'administration en vertu de l'article 82 de la loi 36-15, adopte le plan directeur d'aménagement intégrée des ressources en eau, étudie les programmes généraux d'activités annuels et pluriannuels avant leurs appropriation, propose les taux et assiettes des redevances a ces taches, il s'ajoute qu'il approuve les contrats de concessions et de gestion participatives<sup>3</sup>.

## 3)-les commissions préfectorales et provinciales de l'eau :

Pour le courant de la décentralisation la loi 10-95 sur l'eau va jusqu'au niveau préfectorale et provincial en matière de concertation dans le domaine des ressources en eau, elle créé en effet une commission préfectorale ou provinciale au niveau de chaque préfecture et province<sup>4</sup>. Ces commissions sont chargées

---

<sup>1</sup> Article 80 de la loi 36-15

<sup>2</sup> Article 80 de la loi 36\_15

<sup>3</sup> La composition de l'agence du bassin hydraulique et son conseil est régis par l'article 81 de la loi 36-15

<sup>4</sup> CHAOUNI MOHAMED la loi sur l'eau ses principes apports ouvrage précité page 201

d'assurer l'approvisionnement en eau lors des pénuries et d'entreprendre la prévention des risques d'inondation et comme il mène des actions de sensibilisation afin de préserver l'utilisation optimale du domaine public hydraulique<sup>1</sup>.

Il est à noter que le comité technique de cette commission est présidé par le gouverneur.

Quand aux ressources financières des offices, il convient de signaler que leurs ressources proviennent de plusieurs sources :

- Des redevances payées par les usagers.
- Des produits et bénéfices provenant de leur patrimoine et de leurs opérations.
- Des subventions de l'état.
- Des avances remboursables par le trésor, des avances d'organismes publics, ou privés, ainsi que des emprunts autorisés par l'autorité chargée des finances après avis de l'autorité chargée de l'agriculture<sup>2</sup>.

### **B-les départements ministériels**

Les principaux départements ministériels qui interviennent dans le secteur de l'eau sont :

1)-le ministère de l'équipement, du transport de la logistique et de l'eau :

Ce département est chargé de la planification et la gestion des eaux, tandis d'assurer le contrôle et la protection de la qualité des ressources en eau.

---

<sup>1</sup> Article 89 de la loi 36-15

<sup>2</sup> EL MENOVAR ALLAL, pour une gouvernance optimale de l'eau au MAROC, imprimerie bidaoui 2012, page 67

A cet effet, i fournit aux établissements les études et les plans techniques qui assurent la protection contre la pénurie d'eau.

L'organisation administrative dans le secteur d'eau du ministère s'articule autour de 3 directions :

- La direction générale de l'hydraulique <sup>1</sup>
- La direction des aménagements hydraulique <sup>2</sup>
- La direction de la recherche et de planification d'eau<sup>3</sup>

2)- le ministère de l'agriculture de la pêche maritime développement rural et des forets.

Sont à la charge du département de l'agriculture et des offices qui en dépendent dans le cadre du secteur de l'eau : Prendre les dispositions nécessaires pour rationaliser l'utilisation des ressources en eau pour l'irrigation ;

La définition des normes et les conditions de l'utilisation de l'eau à des fins agricoles ;

La réalisation des opérations relevant de l'hydraulique agricole.

Pour assurer ses missions le ministère recours à :

- L'administration des eaux et forets et de la conservation des sols <sup>4</sup>.
- La direction de l'irrigation et de l'aménagement de l'espace agricole<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Elle assure le contrôle et la protection de qualité des eaux, la réalisation et la maintenance des ouvrages de mobilisation et de transfert d'eau

<sup>2</sup> Responsable de la réalisation, la maintenance, et la gestion des grands aménagements hydraulique des transferts d'eau, la protection contre les inondations, l'exploitation et l'entretien des barrages

<sup>3</sup> Ce département a pour mission : la sauvegarde des ressources en eau superficielles et souterraines, la prévision et le suivie du développement des phénomènes météorologiques à risque comme inondations et pollution.

<sup>4</sup> Cette administration a pour mission la protection des eaux et des sols



- Les offices régionaux de mise en valeur agricole<sup>2</sup>.

Cependant, si toutes ces informations permettent de se faire une idée sur les structures institutionnelles de gestion de l'eau au Maroc, il est important de dégager la question s'il existe une coordination entre ces organes afin de conserver une politique efficiente en matière de gestion des ressources en eau ?

L'analyse des textes législatifs et réglementaires relatifs à la gestion des ressources en eau au MAROC ne dégage pas l'existence d'un organe chargé de coordination entre les divers intervenants dans le cadre de la politique de l'eau, mais afin de combler cette lacune il existe des instruments techniques de coordination qui sont :

- Plan national de l'eau.
- Schémas d'aménagements intégrés des eaux de bassins hydrauliques.
- Les procès du conseil supérieur de l'eau et du climat.
- Textes réglementaires.

Finalement peut conclure que la simplification des structures administratives intervenant dans le cadre de la gestion des ressources en eau doit être considérée comme une priorité pour évolution juridique majeurs des ressources en eau au MAROC.

---

<sup>1</sup> Elle assure la gestion et l'aménagement des ressources hydro-agricoles, la promotion et la régularisation du système d'irrigation géré en partenariat public privé

<sup>2</sup> Responsable de promouvoir l'activité agricole dans les grands périmètres du royaume du MAROC en assurant une gestion efficiente des ressources en eau à usage agricole