



مجلة مغرب القانون الرقمية
Σ Ζ Ο Χ ο Ι Ι Ν Ι Χ Θ Ο Σ Θ
e-MAGAZINE MAROC DROIT
e-MAGAZINE MOROCCO OF LAW

نسخة تجريبية



العدد الأول
غشت 2017

مجلة دولية علمية مُحكَّمة

تعد كل ثلاثة أشهر عن مجموعة العلوم القانونية



CONTACT@MAROCDROIT.COM



WWW.MAROCDROIT.COM

الرقم الدولي المعياري للحوارية 8107-8 ISMN 2028



هيئة التحكيم العلمي

ذ: يونس وحالو.
ذ: عزيز إدامين.
ذ: هشام بوتكيوط.
ذ: منير فوناني.

ذ: ميمون خراط.
ذ: الميلود البوطريكي.
ذ: مصطفى بونجة.
ذ: محمد سعيد.

الإشراف العام

د/ نبيل محمد بوحميدي

الإشراف التقني

ياسين اليشوتي

كلمة المجلة

في إطار خطة عمل تسعى إلى التأسيس لصرح علمي يضمن المزاوجة بين النشر الرقمي والنشر الورقي بشكل ينضبط لقواعد البحث العلمي المعمول بها على الصعيد العالمي، وبمناجس أساسي هو رصد الممارسات القانونية والإشكاليات التي تفرزها.

وبعد الإستحسان الذي لقيه تأسيس موقع العلوم القانونية MarocDroit، وبعد تجربة عمل ناهزت سبع سنوات تمكنا من خلالها التأسيس لموقع إلكتروني متخصص في العلوم القانونية أصبح بالفعل يشكل قاعدة معطيات مهمة بالنسبة للباحثين في مجال العوم القانونية والمعلومة القضائية، وبعد تأسيس مجلة ورقية تحت عنوان مجلة العلوم القانونية وعدد من السلسلات المتخصصة الصادرة عن ذات المجموعة؛ فقد تم التفكير في تأسيس مجلة قانونية إلكترونية مؤطرة بلجنة علمية متخصصة لتشكل إضافة لمجموع الإصدارات التي تصدر عن مجموعة العلوم القانونية وذلك إلتزاما منها بوعدها الذي إلتزمت به منذ بداياتها وهو التأسيس لصرح علمي للعلوم القانونية يجمع بين النشر الورقي والإلكتروني، ومواكبة التطورات التقنية لإضفاء الفعالية على مشاريعها ومنشورتها لتقدم للباحث القانوني مجالا مرنا للتعامل مع المعلومة القانونية والقضائية ومجالا مفتوحا لنشر جميع الأبحاث والدراسات العلمية التي تتوخى تعميم الأفكار والمعلومات الجادة والهادفة لخدمة البحث العلمي.

في إطار هذا جاء هذا المنتج الجديد لينظاف إلى مجموع منتوجات مجموعة العلوم القانونية آملين أن نكون عند حسن ظن الجميع.

إننا في خلاصة نسعى إلى الإسهام في النقاش العام من اجل الطموح المشترك في تحقيق مغرب ممكن.

الدكتور نبيل محمد بوحميدي

عن هيئة الإدارة

شروط النشر

✓ أن تكون المادة تدرج ضمن مجال العلوم القانونية والسياسية، ومنضبطة للقواعد اللغوية،

✓ أن تكون محررة على برنامج **Word**

✓ أن تكون هوية المرسل واضحة، وأي مساهمة تصل بدون إسم أو بإسم مستعار لن تعرف طريقها للنشر،

✓ أن لا يكون البحث قد سبق نشره ضمن موقع إلكتروني،

✓

✓ المجلة لا تؤكد صحة المعلومات المنشورة ولا خلافها، كما لا يمكن أن تؤكد خلوها من انتهاكات لحقوق الغير،

✓ للمجلة حق إدخال التعديلات التي تراها ضرورية على المادة المراد نشرها، مع إخبار المعني بالأمر بذلك،

✓ لا يتعهد المجلة بإرجاع المادة المرسلة سواء نشرت أو لم تنشر،

✓ يجب مراعاة القواعد المتعارف عليها في البحث العلمي والدراسة الأكاديمية من زاوية توثيق المصادر والمراجع والنصوص،

✓ أن تكون المقالات والدراسات معبرة عن جهد في البحث والتحليل وألا تتضمن ما هو من عمل الغير دون الإحالة عليه،

✓ كتابة الإسم الكامل، والصفة داخل المساهمة المرسلة،

✓ للمجلة الحق في إعادة نشر المواد المنشورة دون الحاجة لإستئذان صاحبها،

✓ المساهمات المنشورة تعبر فقط عن آراء كتابها، ولا تلزم المجلة.

مجلة مغرب القانون الرقمية

ترسل جميع المواد عبر البريد الإلكتروني التالي:

contact@marocdroit.com

المحتويات

دراسات



التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12 المتعلق بالتعمير

د/ الميلود بوطريكي



تأمين تنفيذ حكم النفقة بواسطة صندوق التكافل العائلي من الطموح إلى التردد

ذ/ محمد الحاتمي



النزعة الابستمولوجية لفهم القانون: نحو دائرة تداولية لعلم القانون

ذ/ أحمد السكسيوي



الاعتداء المادي على الملكية العقارية بين الثابت والمستحدث في العمل القضائي المغرب

ذ/ بحسيس مصطفى

✓ الأصل التجاري والمقاولات العمومية - مقارنة أولية من خلال الكتاب لثاني من مدونة التجارة

ذ/ حسن رقيب



الإنبابة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي

ذ/ عبد الناصر زعري

✓ حدود سلطة القاضي في التفسير

ذة/ أمينة رضوان

Les peines alternatives aux peines privatives de liberté de courte durée à la lumière du projet de loi pénale.

Mr adnane el mrabet

اجتهادات قضائية

محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط.

المحكمة الابتدائية بركان.

✓ د/ الميلود بوطريكي

أستاذ القانون العام بجامعة محمد الأول بوجدة

الكلية المتعددة التخصصات بالناضور

مقدمة:

التعمير التشاركي طريقة لإشراك المواطنين سواء بشكل مباشرة أو غير مباشر في إعداد ووضع وثائق التعمير. وهذه الأخيرة هي مجموع الأدوات والآليات القانونية والتقنية الأساسية لتنظيم وتأطير استعمال واستغلال المجالات الترابية لضمان شروط التنمية الاقتصادية والاجتماعية والإسهام في تلبية حاجيات الساكنة وتوفير شروط الاندماج الاجتماعي والتكامل المجالي¹.

يشهد التاريخ أن أول شكل للتعمير عرفه المغرب هو ذلك الموجود في المدن العتيقة والذي يستمد جذوره من الدين الإسلامي ومن الممارسات. إلا التعمير في معناه القانوني والتقني الخالص يعود إلى أوائل القرن العشرين². إذ سيتم ادخال وثائق التعمير من طرف الحماية في المغرب منذ 1914 فكان ظهير 16 أبريل 1914 أول تشريع في مجال التعمير وهو ما وضع المغرب من بين أول الدول التي تتوفر على أداة تشريعية في هذا المجال. وبعد ذلك صدر تشريع جديد في مجال التعمير بواسطة الظهير الشريف الصادر في 30 يوليوز 1952. ومنذ ذلك الحين مر المغرب بمراحل مختلفة وكان حقل العديد من التجارب، وهو ما سمح له بتراكم تجربة طويلة وغنية في مجال التعمير. وتسلسل الأشكال التي اتخذها التعمير الضوء على ضخامة التغييرات التي عرفها المغرب من جهة ومن جهة أخرى على ضرورة تبني مبادئ ومقترحات جديرة التسيير وتسيير المجال وتأكيدا على هذا التطور صدرت قوانين جديدة، تلائم التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المغرب، وهكذا صدر كل من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والمراسيم التطبيقية لهما. ويهدف تحسين مقتضيات قانون التعمير والمجال المغربي ستعرف هذه القوانين تعديلات مهمة بموجب القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء³. بتاريخ 19 شتنبر 2016.

* مداخلة أقيمت في الندوة الوطنية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناضور أيام 2 و3 و4 مارس 2017 حول التعمير والبناء ومتطلبات الحكامة الترابية

¹ -احمد مالكي، التدخل العمومي في ميدان التعمير بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق، وحدة التكوين والبحث الإدارة العامة، جامعة محمد الأول كلية الحقوق، وجدة، السنة الجامعية 2007/2008، ص.73.

² -للمزيد من التفاصيل أنظر: الحاج شكرة، الوجيز في قانون التعمير المغربي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية 2007، ص.12.

³ - القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124 بتاريخ 25 أغسطس 2016 [جريدة رسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016، ص 6630

فماهي آليات التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12 المتعلق بالتعمير؟ وماهي غاياته واهدافه ؟ وماهي حدوده؟

للإجابة عن هذه الاشكالية سنتطرق في المطلب الأول: لآليات مشاركة الأطراف غير الإدارية في إعداد وثائق التعمير بينما نتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية والابعاد السياسية لمشاركة الأطراف غير الإدارية في إعداد وثائق التعمير. وذلك وفق التصميم الآتي:

المطلب الأول: آليات التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12

الفرع الأول: الآليات المباشرة

الفرع الثاني: الآليات الغير مباشرة

المطلب الثاني: غايات التعمير التشاركي وحدوده في ظل قانون 90-12

الفرع الأول: غايات التعمير التشاركي

الفرع الثاني: حدود التعمير التشاركي

المطلب الأول: آليات التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12

بالرجوع إلى قانون 90-12 المتعلق بالتعمير نجد أنه نص على تدخل الأطراف غير الإدارية في إعداد وثائق التعمير عبر آليتين: مباشرة وغير مباشرة. ففي الحالة الأولى لا تكون هذه الأطراف في حاجة إلى أي وساطة بينما في الحالة الثانية تكون ممثلة بناطق باسمها وهي الطريقة المفضلة لدى إدارة التعمير.

الفرع الأول: الآليات المباشرة المشاركة بناء على البحث العمومي

يطلق على أنها النوع من المشاركة المباشرة لأنها تمكن الأطراف غير الإدارية من التدخل في إعداد وثائق التعمير بدون وسيط قصد إبداء اقتراحاتهم، وقد نص قانون 90-12 المتعلق بالتعمير على تقنية للمشاركة المباشرة ألا وهي البحث أو التحقيق العمومي .

وتمكن المشاركة عن طريق البحث أو التحقيق العمومي من تجميع ملاحظات من المواطنين المعنيين مباشرة. وهي تقنية تسمح بإشراك المدارين في اتخاذ القرارات التي تعنيهم. وقد ألزم قانون 90-12 الإدارة باللجوء إلى هذه الآلية في الحالات التالية:

أ-إعداد تصميم التهيئة:

يعتبر تصميم التهيئة بمثابة وثيقة تعميرية تنظيمية تستهدف تخطيط المجال الحضري بشكل خاص، والتحكم في التوسع العمراني للجماعات الحضرية والقروية بشكل عام. فهو بمثابة الوثيقة التي تترجم عمليا توجهات المخطط التوجيهي للهيئة العمرانية على أرض الواقع، وكذا تحديد الإجراءات التنظيمية المتعلقة بعمليات التعمير وكيفية استعمال الأراضي الحضرية.

يعتبر تصميم التهيئة وثيقة تعميرية تنظيمية يعمل على تنظيم وتوجيه المجال الحضري ويخضع في إعداده لقانون 90-12، وهو ليس مجرد خريطة ترسم عليها الشوارع والمساحات والمناطق بل هو عبارة عن وثيقتين أساسيتين وهامتين:

• الوثيقة الأولى: ضابط التهيئة أو نظامها وهو مدونة تعمير محلية تطبق في نطاق حدود التصميم وتنص على تحديد الأراضي المخصصة للطرق والساحات العمومية ومحطات وقوف السيارات والنطاق الخضراء والملاعب الرياضية. والأراضي المخصصة للبنائات والمصالح العمومية والمنشآت الاجتماعية كالأسواق والأندية والحمامات والمناطق الصناعية والسكنية والتجارية والسياحية. والارتفاقات على الأراضي: مثل منع البناء في بعض المناطق بنوع معين من البناء وشروطه.

تنص على العقارات المراد نزع ملكيتها لتنفيذ التصميم وتحديد مساحتها وحدودها وأسماء مالكيها.

• الوثيقة الثانية: تصميم خرائطي ترسم عليه بالبيان كل ما ورد في الضابط أو النظام (الشوارع، مساحات، مرافق، أنواع المناطق).

تنص المادة 25 من قانون رقم 90.412 المتعلق بالتعمير على أن: "يكون مشروع تصميم التهيئة محل بحث علني يستمر شهرا ويجري خلال المدة التي يكون فيها مجلس الجماعة أو مجالس الجماعات المعنية بصدد دراسته. و يهدف هذا البحث إلى اطلاع العموم على المشروع وتمكينه من إبداء ما قد يكون لديه من ملاحظات عليه. وعلى رئيس الجماعة أن يوفر وسائل النشر والإشهار قبل تاريخ بدء البحث. ويتولى مجلس الجماعة عند دراسته لمشروع تصميم التهيئة دراسة الملاحظات المعبر عنها خلال إجراء البحث قبل عرضها على الإدارة....".

وحسب المادة 23 من المرسوم التطبيقي لقانون رقم 90.12 الأنف الذكر يجب على رئيس مجلس الجماعة أن يقوم، قبل افتتاح البحث العلني بنشر إعلان يتضمن تاريخ افتتاح واختتام البحث المذكور ويشار فيه إلى إيداع مشروع تصميم التهيئة بمقر الجماعة⁵. ويجب أن ينشر الإعلان المذكور مرتين تفصل بينهما ثمانية أيام في جريدتين

⁴ - ظهير شريف رقم 1.92.31 الصادر 17 يونيو 1992، ج ر عدد 4159 بتاريخ 15 يوليو 1992.

⁵ - مرسوم رقم 2.92.832 صادر في 27 من ربيع الآخر 1414 (14 أكتوبر 1993) لتطبيق القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير، الجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ 1993/10/20، ص 206.

يوميتين من الجرائد المسموح لها بتلقي الإعلانات القانونية، ويكون كذلك محل ملصقات بمقر الجماعة . ولرئيس الجماعة المعني بالأمر أن يستعمل بالإضافة إلى ذلك أي وسيلة من وسائل الإعلان الملائمة.

ويجوز لكل من يعنيه الأمر أن يطلع خلال مدة إجراء البحث العلني، على مشروع تصميم التهيئة وأن يضمن ملاحظاته في سجل مفتوح لهذا الغرض بمقر الجماعة، وله كذلك أن يوجه الملاحظات المذكورة في ظرف مضمون الوصول مع إشعار بالتسلم إلى رئيس مجلس الجماعة الحضرية المختص⁶.

يقوم رؤساء المجالس المذكورة بتوجيه هذه الاقتراحات إلى السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير قصد دراستها. ويجب أن تكون الاقتراحات المذكورة مشفوعة بملف البحث العلني الذي يتضمن بوجه خاص الملاحظات التي قدمها الجمهور حول البحث المذكور وقامت المجالس بدراستها.

كما أن هذا البحث يجب اللجوء إليه في حال تغيير أو تعديل تصميم التهيئة مادام أن المادة 26 من القانون نفسه تنص على أن يتم تغيير تصميم التهيئة وفق الإجراءات والشروط المقررة فيما يتعلق بوضعه والموافقة عليه. وهو ما يوضح أن الإدارة ملزمة بالقيام بالبحث العمومي لوضع وتعديل وتغيير تصميم التهيئة.

ب-قرارات تخطيط حدود الطرق العامة:

من خلال رسم التصميم للطرق العمومية الموجودة داخل المدينة وتلك التي يقرر إحداثها سواء منها الشوارع أو الأزقة أو الممرات وغيرها كما يبين الشوارع الرئيسية التي تربط المدينة بالطرق الموجودة أو المقرر إحداثها والتي تربطها أو سوف تربطها بالمدن القريبة أو البعيدة⁷.

أجاز قانون التعمير لرؤساء مجالس الجماعات بعد مداولة المجلس أن يصدروا قرارات تهدف إلى إحداث طرق جماعية وساحات ومواقف سيارات عامة بالجماعات أو إلى تغيير تخطيطها أو عرضها أو حذفها كلاً أو بعضاً، ولكن بالمقابل ألزمهم بإجراء البحث العمومي إذ تنص المادة 33 منه على أنه: "و يجب أن تحمل القرارات المشار إليها أعلاه التأشيرات المنصوص عليها في الأنظمة الجاري بها العمل، قبل افتتاح البحث العلني في شأنها. وتكون مدة هذا البحث شهراً فيما يتعلق بقرارات تخطيط حدود الطرق العامة وشهرين فيما يخص قرارات تخطيط حدود الطرق العامة المعينة فيها الأراضي المراد نزع ملكيتها. ولا يجوز، طوال مدة البحث وإلى نشر القرار في الجريدة الرسمية، تسليم أي رخصة لإقامة بناء على الأراضي التي يشملها قرار تخطيط حدود الطرق العامة أو قرار تخطيط حدود الطرق العامة المعينة فيه الأراضي المراد نزع ملكيتها لما تستوجبه العملية، على ألا يتجاوز هذا الحظر ستة أشهر".

⁶-المادة 24 من المرسوم التطبيقي لقانون 90-12

7-عبد الرحمن البكريوي، التعمير بين المركزية واللامركزية ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1993، ص.111.

الفرع الثاني: المشاركة غير مباشرة

وهي الطريقة التي تفضلها الإدارة في علاقاتها مع المواطنين فبالنسبة لها فإن التعامل مع ممثلي المدايرين أفضل وسيلة لضبط المسطرة التشاركية في إعداد وثائق التعمير نظرا لطابع السرية التي تطغى على المشاركة.

والمشاركة غير المباشرة لها حضور قوي في كل مراحل إعداد وثائق التعمير وتطبق هذه المشاركة الغير مباشرة عن طريق تقنية الاستشارة في الحالات التالية:

أ-إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية:

يعتبر المخطط التوجيهي بمثابة وثيقة تعميمية ذات طابع توجيهي⁸ ، تطبق على بقعة أرضية تستوجب تنميتها أن تكون محل دراسة إجمالية نظرا لحجم الترابط القائم بين مكوناتها في المجالات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية.⁹

فمخطط التهيئة العمرانية إذن عبارة عن مشروع يقوم بتوجيه التهيئة العمرانية وهو مخطط عام وشامل عن ما نريد القيام به في مجال معين والغاية من مخطط توجيه التهيئة¹⁰ .

يرمي هذا المخطط بصورة عامة الى توزيع المجال ووضع اطار قانوني عام للسياسة العقارية وذلك لتحديد المناطق العمرانية المستحدثة وكيفية تهيئتها والمناطق الغابوية والزراعية والمساحات الخضراء الى جانب التجهيزات الاساسية والمرافق الضرورية شان شبكة الطرق والموانئ والمطارات.

تشارك المجالس المنتخبة عبر الاستشارة في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية إذ تنص المادة 7 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير على أنه : "....يحال مشروع مخطط توجيه التهيئة العمرانية، قبل أن توافق عليه الإدارة، إلى مجالس الجماعات المعنية، لدراسته. وللمجالس المشار إليها أعلاه أن تبدي، داخل أجل ثلاثة أشهر ابتدئ من تاريخ إحالة المخطط إليها، ما تراه في شأنه من اقتراحات . وإذا لم تبد المجالس الألفة الذكر أي رأي داخل الأجل المنصوص عليه أعلاه فإن سكوتها يحمل على أن ليس لها أي اقتراح في موضوع المخطط المحال إليها. وتتم مراجعة مخطط توجيه التهيئة العمرانية وفق الإجراءات والشروط المقررة لوضعه والموافقة عليه..."¹¹.

⁸-على اعتبار أن المخطط التوجيهي يعتبر الموجه لباقي التصاميم الأخرى ، والتوجيهات هنا هي عبارة عن قرارات تخطيطية عامة للمدين المتوسط والبعيد ، وهي ليست بالقرارات التنظيمية العادية ذات الطبيعة التقليدية نظر للمساحة الكبيرة التي تسري عليها وعمومية مقتضياتها .

⁹-R.Cristini « Droit de l'Urbanisme » Edition Economica, Paris 1985,p.125-

¹⁰-المادة 4 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير.

¹¹- المادة 8 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير.

ويهدف هذا الإجراء التشريعي أي تحديد الأجل إلى مواجهة أي عرقلة محتملة لمسطرة إعداد مخطط توجيه التهيئة العمرانية من طرف المنتخبين المحليين.

وتتولى الإدارة المكلفة بالتعمير بمشاركة المجالس الجماعية المعنية، دراسة المقترحات التي تم إبدائها.

ب- إعداد تصميم التنطيق :

هو من الوثائق الهامة للتعمير يوضع مباشرة بعد المصادقة على وضع مخطط التوجيه للتهيئة ويهدف إلى ملئ الفراغ التعميري لا سيما عند غياب تصميم تهيئة بعض المناطق كما يهدف إلى تمكين الإدارة والجماعات المحلية باتخاذ التدابير التحفظية اللازمة لا إعداد تصميم التهيئة والحفاظ على توجهات مخطط توجيه التهيئة.

يحدد تصميم التنطيق المناطق والأغراض المخصصة لها هذه المناطق على خلاف تصميم التهيئة الذي يسعى إلى النهوض بالتنمية العمرانية لمنطقة معينة .

يتم وضع مشروع تصميم التنطيق بمبادرة من الإدارة وبمساهمة الجماعات المحلية، وتتم الموافقة عليه وفق الإجراءات والشروط التي تحدد بمرسوم تنظيمي. بعد ذلك يجب إحالة مشروع تصميم التنطيق، قبل أن توافق عليه الإدارة، إلى مجالس الجماعات المعنية وإلى مجلس المجموعة الحضرية إن اقتضى الحال ذلك، لدراسته وإبداء ما تراه في شأنه من اقتراحات داخل أجل شهرين يتبدئ من تاريخ إحالة التصميم إليها، تتولى الإدارة دراستها بمشاركة الجماعات المحلية التي يعينها الأمر. وفي حالة عدم قيامها بذلك فإن سكوتها يحمل على أنه ليس لديها أية ملاحظة حول مشروع تصميم التنطيق المحال عليها¹².

حدد المشرع الجهات التي تتدخل في وضع تصميم التنطيق وهي بشكل رئيسي الإدارة والجماعة المحلية التي يمكن أن تساهم في وضعه حيث أن الإدارة تحيل عليها المشروع من أجل دراسته وتقديم مقترحاتها عليه داخل أجل شهرين من تاريخ الإحالة. والمسطرة المتبعة في وضع هذا التصميم شبيهة إلى حد كبير بمسطرة وضع مخطط للتهيئة العمرانية.

وتعتبر هذه المرحلة أهم مرحلة يمكن للمجالس المعنية أن تعبر من خلالها عن اقتراحاتها المتعلقة بالتجهيزات والتنطيق.

ج -إعداد تصميم التهيئة:

يوضع مشروع تصميم التهيئة بمبادرة من الإدارة وبمساهمة الجماعات المحلية ،وبعد ذلك يحال مشروع تصميم التهيئة قبل موافقة الإدارة عليه على أنظار المجلس أو المجالس المعنية قصد الاستشارة . ويجب على هذه

¹²-المادة 16 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير.

الأخيرة أن تبدي داخل أجل شهرين من تاريخ إحالة مشروع التصميم اقتراحاتها وملاحظاتها بشأنه¹³. وإذا لم تبدي المجالس الأنفة الذكر أي رأي داخل الأجل المنصوص عليه أعلاه فإن سكوتها يحمل على أن ليس لها أي اقتراح في موضوع التصميم المحال إليها. أي تعتبر أنها موافقة ضمناً على مشروع تصميم التهيئة المحال عليها.

إن المدة المخصصة للمجلس الجماعي هي شهر واحد فقط ذلك ان الشهر الأول للبحث العلني عن منافع ومضار مشروع التصميم الذي ينظم لفائدة السكان وخاصة منهم الذين يمتلكون عقارات داخل المنقطة التي يغطي تراها التصميم والذي يقيد من حق استعمال البعض منها عن طريق الارتفاقات التي يفرضها أو يخصص استعمالها للمنفعة العامة¹⁴.

المطلب الثاني: غايات التعمير التشاركي وحدوده في ظل قانون 12-90

يحمل التعمير التشاركي ايجابيات مهمة فهو وسيلة لتحسين القرارات وتجويدها باعتماد مختلف التقنيات و الأدوات عند اتخاذ القرار و غاية لكسب المشروعية ودمج المواطنين في القرارات التي تهم ميدان التعمير. غير انه لا يزال لم يصل إلى مرحلة المشاركة الفعلية ولا يزال في مستوياته الدنيا. فكيف ذلك؟

الفرع الأول: غايات التعمير التشاركي في ظل قانون 12-90

إن إدارة التعمير مدعوة للتعاطي مع مختلف المشاكل و المطالب التي تواجهها بكل حرفية ومهارة قصد بلورة سياسة ناجحة تهدف تقديم أفضل الحلول والخروج بأحسن القرارات خدمة للمواطنين . لذلك كان لزاماً عليها الاستعانة بكفاءات خارجية سواء من بين المدارين أو من داخل مؤسسات أخرى¹⁵ ، فإشراك الإدارة لأطراف أخرى في عملها يمكنها من الحصول على معلومات جيدة بل وحتى على الحلول و الطرق الممكنة للتدخل . إذ يتوفر المواطنون على معارف وآراء مختلفة عن معارف وآراء مهنيي التعمير وهو ما يثري التحليل ويؤدي إلى تكملة المعارف التقنية للمهنيين في قطاع التعمير، فبأخذ ملاحظات وانشغالات وطموحات الساكنة بعين الاعتبار منذ البداية وطيلة مدة إعداد المشروع، سيجد مجموع المشاركون إجابات تتطابق مع حاجاتهم الحقيقية.

كما تلعب المجالس المنتخبة هنا دوراً مهماً بمشاركة في عرض مختلف المشاكل التي تعاني منها الساكنة مع الحلول التي تراها مناسبة لحل هذه المشاكل لكون المجالس المنتخبة تملك كل المعلومات عن الأحياء والساكنة التي تمثلها . فتسهل بذلك عمل الإدارة . والإدارة بهذا المنظور تلعب دور برج المراقبة فهي تتلقى المطالب وتدرسها ثم تحولها إلى حلول وقرارات (مخرجات) لتقوم بعدها بدراسة ردود الفعل (التغذية العكسية). بل يعتبر المجلس المنتخب بكل مكوناته هيئة للتشاور وتبادل الآراء من أجل اتخاذ القرارات المناسبة.

¹³-المادة 24 من قانون 12-90 المتعلق بالتعمير.

7- عبد الرحمن البكريوي ، مداخلة تحت عنوان : "تعدد المتدخلين في ميدان التعمير وانعكاساته على التخطيط والتدبير العمراني"، في ندوة حول العمران في المنطقة العربية بين التشريع والتخطيط والإدارة، الرباط ، أبريل 2001 .

¹⁵ G. ISSAC, la procédure administrative non contentieuse, LGDJ, 1968, p.457

إن إشراك المواطنين مباشرة أو عبر ممثلهم المنتخبين في إعداد وثائق التعمير يضيف نوع من الشرعية على هذه القرارات وبالتالي يسهل على الإدارة تنفيذها . بينما تلقى القرارات الانفرادية أحيانا معارضة من قبل المواطنين لا لكونها لا تخدم مصالحهم فقط ولكن لأن الإدارة لم تعمل على إشراكهم في إعدادها¹⁶ . لقد أكد علماء الاجتماع على أن القرارات التي يشرك فيها المواطنون تجد طريقها إلى التنفيذ على أرض الواقع أي تحويلها من قرارات مكتوبة إلى أنشطة فعلية تتم بسهولة خاصة إذا تم الأخذ برأي الأشخاص الموجهة إليهم¹⁷ . حيث أن شعور الفرد بمساهمته في تخطيط وإنجاز العمل يجعل أداءه يتميز بالحماس والقوة، فبإشراك المدارين تتجنب الإدارة كل الصراعات الممكنة وردود الفعل السلبية.

يسمح التعمير التشاركي تكملة المعارف التقنية للمهنيين في مجال التعمير بحصولهم على معلومات عن الحياة اليومية للمواطنين، وحشد الدعم الاجتماعي للمشروع وقبوله من طرف الساكنة وبالتالي بناء حكمة ديمقراطية وتشجيع ممارسة المواطنة.

الفرع الثاني: حدود التعمير التشاركي في ظل قانون 12-90

يقوم التعمير التشاركي على أساس إشراك المواطنين وممثلهم ، وطلب آرائهم في اتخاذ القرار، ضمانا لوضوح الرؤية، وتبادل الآراء، وانسياب المعلومات، والالتزام بالتنفيذ، وتجويد نوعية القرارات، غير هذه المشاركة تتميز بأنها مشاركة محدودة¹⁸ . لأنها لم تصل بعد إلى مرحلة المشاركة الفعلية نظرا للهيمنة الإدارية على العملية برمتها. فكيف ذلك؟

تتميز مشاركة الأطراف غير الإدارية في إعداد قرارات التعمير بكونها مشاركة محدودة إذ أن إطار المشاركة في صناعة القرار¹⁹ بالنسبة لهاته الأطراف هو إطار جد محدد ، فإذا كان الإدارة ملزمة باللجوء إلى إشراك هذه الأطراف فإنها في جميع الحالات غير ملزمة بالأخذ بملاحظاتها وإتباعها . فاستشارة الأطراف غير الإدارية تلزم إذن صاحب القرار الإداري، التماسها قبل إصدار القرار غير أن ملتزمات المجلس الجماعي وملاحظات العموم قد يؤخذ بها وقد لا يؤخذ بها ، حيث يكتفى بجمع المعلومات والسلطة المكلفة بالتعمير لا تعبر عن أي موقف ولا تعطي أية معلومة أو جواب بطريقة علنية حول ملاحظات العموم والمجالس المنتخبة²⁰ .

¹⁶ J. Chevalier, science administrative, PUF, 1986, p.420

¹⁷ - صالح مهدي محسن العامري وطاهر محسن منصور الغالبي، الإدارة والأعمال، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 2008، ص. 509

¹⁸ - أمل أحمد طعمة، اتخاذ القرار والسلوك القيادي، دار ديبونو للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص. 29، متاح على الرابط: <http://www.goodreads.com/reader/4246>

¹⁹ - عزيزو راشدة، المشاركة في عملية صنع القرار وسبل تفعيلها، جامعة تيارت، 2010، ص.4 متاح على الرابط: iepedia.com/arab/wwp-content/

-احمد المالكي، مرجع سابق، ص.70-²⁰

وعليه، ورغم هذا الامتياز الممنوح للمدارين فإن إمكانية تأثيرهم في عملية إعداد وثائق التعمير تظل منعدمة إذ تبقى الإدارة دائماً تتمتع بامتياز الانفرادية في إعدادها وتبنيها. فإذا كان المشرع ألزم الإدارة بطلب الاستشارة ودراسة اقتراحات المجالس الجماعية المعينة بمشاركة هذه الأخيرة، لكنها ليست مجبرة بالأخذ وإتباعها.

كما يلاحظ بأن المشرع قد ضيق كثيراً من مشاركة الأطراف غير الإدارية سواء بصفة مباشرة وغير مباشرة إذ لم يعط القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير دوراً مهماً لها في إعداد وثائق التعمير بصفة عامة واعتبر سكوت ممثلي هذه الأطراف أي المجالس الجماعية وعدم الإدلاء بمقترحاتها في أجل محدد من تاريخ إحالة مشروع تصميم التهيئة عليها، بأنه يحمل على أن ليس لها أي اقتراح حوله²¹. وبالتالي فإن هذه الاستشارة ليست ذات جدوى. وتجب الإشارة أن ظهور 1952 كان يعتبر موافقة السلطات البلدية على مشاريع تصاميم التهيئة شرطاً لازماً كما تقضي بذلك المادة 11 منه، فجاء قانون 12-90 ليعوض الموافقة بالاستشارة التي يجب أن يقوم بها المجلس الجماعي²².

كما يلاحظ أن مدة شهرين المحددة للاستشارة قد أدمجت فيها مدة البحث العلني حول منافع و مضار المشروع و المحددة في شهر واحد، مما يجعل المدة الفعلية للاستشارة هي شهر واحد في الحقيقة وهي مدة غير كافية. ويرى الدكتور عبد الرحمان البكريوي²³ في هذا الشأن بأنه من المفيد أن تكون الاستشارة خلال مدة كافية لدراسة مشروع تصميم التهيئة من قبل المجالس الجماعية المعنية.

إذا كانت مشاركة الأطراف غير الإدارية تتميز بمحدودية التأثير في اتخاذ القرار، فإنها في المقابل تفسح المجال أمام مشاركة واسعة في حالة البحث العمومي²⁴، حيث أنها تتميز بكونها مشاركة مفتوحة في وجع عموم المواطنين. فتقوم الإدارة بعرض المشروع وتدعو المواطنين لتقديم مقترحات وحلول لمعالجتها، فتتاح للأطراف غير الإدارية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة فرصة تقييم المقترحات والحلول المعروضة. وتختار الإدارة بعد ذلك الحل أو القرار من بين الاقتراحات المقدمة بعد دراستها²⁵. وهنا يمكن أن تظهر بعض المشاكل كتناقض الآراء وتنوعها أو معارضة المشروع برمته. وهنا يطرح التساؤل حول الحل الذي يمكن أن تلجأ إليه إدارة التعمير؟

-الفقرة الأخيرة من المادة 24 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير.²¹

²² - في الحقيقة لقد تم التخلي عن هذه الموافقة لأنها أصبحت وسيلة في يد المجالس الجماعية من أجل الضغط على الإدارة المكلفة بالتعمير ومساومتها على تغيير مشاريع تصاميم التهيئة وفرض مصالحها الأنانية والشخصية في حالات كثيرة ضداً على المصلحة العامة، بعدما أصبحت القاعدة هي عدم المصادقة على مشاريع التصاميم والاستثناء هو المصادقة، حيث إن بعض التصاميم لم يتم الإفراج عنها إلا بعد دخول قانون 12-90 حيز التنفيذ. انظر احمد المالكي، مرجع سابق، ص.102.

²³ - عبد الرحمان البكريوي - " التعمير بين المركزية و اللامركزية" ص 96 الشركة المغربية للطباعة و النشر ، الرباط - المغرب

²⁴ - عزيزو راشدة، المشاركة في عملية صنع القرار وسبل تفعيلها، مرجع سابق، ص.4-5

²⁵ - سعود بن محمد النمر وآخرون، الإدارة العامة: الاسس والوظائف الجديد، مرجع سابق، ص.224

كما يعاب على مسطرة البحث العلني كونها تتم دون تدخل وسيط محايد بين الإدارة والعموم كما هو الحال في فرنسا حيث يجري تعيين مندوب يتولى الإشراف على مسطرة البحث العلني ويتلقى ملاحظات ومقترحات العموم حول وثائق التعمير ويقوم عقب دراستها بعرضها مرفوقة بملاحظاته على السلطة الإدارية المكلفة بالإعداد²⁶.

بالإضافة إلى ذلك، فإن البحث العلني لا قيمة قانونية له إذ يمكن للإدارة ان لا تأخذ مطلقاً بعين الاعتبار ملاحظات ومقترحات المواطنين حول وثائق التعمير فهذا البحث يبقى مجرد إجراء شكلي فقط.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار اللحظات التي يتدخل فيها المواطنون في عملية إعداد وثائق التعمير نجد ان هذا التدخل يأتي بعد مبادرة الإدارة لإعداد المشروع ثم عرضه على الساكنة أو ممثلها وهو ما يجعل مشاركة الأطراف غير الإدارية في إعداد قرارات التعمير سواء بشكل مباشر أو عبر ممثلهم رغم أنها مشاركة مفتوحة إلا أنها تبقى محصورة في مستوى محدود،²⁷ وبهذا يظهر أن الطابع التقنوقراطي هو المسيطر على مسطرة إعداد وثائق التعمير، حيث تتخذ الإدارة القرارات ثم تتم دعوة المدارين للتداول حوله من خلال الإدلاء بملاحظاتهم، وذلك للتأكد من مدى تفهمهم واستيعابهم للقرار، وإقناعهم بالانخراط في تنفيذه. واستمالتهم لقبوله، وتخفيف وقع القرار المتخذ بشكل انفرادي تفادياً لأي مقاومة، أو عدم تعاون يعيق تنفيذ القرار²⁸.

خاتمة:

إن التعمير التشاركي هو عملية تمكن المواطنين أو ممثلهم من ممارسة رقابة كبيرة في الإدارة، كما أن مشاركتهم في اتخاذ القرارات هي الوسيلة المناسبة لنجاح القرار، وتيسير تطبيقه بين أفراد المجموعة، فمشاركة المجموعة تعني أنها تتفهم القرار، وبالتالي تساهم في تطبيقه، ويعتمد ذلك على فهم المجموعة له واقتناعها به وشعورها بأهميته.

إن دراسة التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12 توجي لنا بأن مشاركة المواطنين في إعداد وثائق التعمير هي مشاركة واسعة. غير أن الأمر في حقيقة الأمر ليس كذلك إذ ما زالت الإدارة المكلفة بالتعمير تملك امتيازات هامة في مواجهتهم، فالإدارة وإن تخلت عن الانفرادية في إعداد وثائق التعمير وأصبحت قراراتها تتجه أكثر فأكثر إلى التداولية فإنها لم تصل بعد إلى مرحلة المشاركة الفعلية.

إن التعمير التشاركي في ظل قانون 90-12 لا يزال في مستوياته الدنيا، لذلك يجب الرفع من مستوى مشاركة الأطراف غير الإدارية في إعداد وثائق التعمير بإعتماد تقنيات جديدة كالمشاوراة والاستفتاء الإداري والتسيير المشترك

²⁶ - المصطفى معمر وأحمد اجعون، "إعداد التراب الوطني والتعمير"، مطبعة سجلماسة مكناس، الطبعة الأولى، 2007-2008. ص. 175

²⁷ - صالح مهدي محسن العامري وطاهر محسن منصور الغالبي، الإدارة والأعمال، مرجع سابق، ص. 314

²⁸ - نفس المرجع، ص. 423

او الانتاج المشترك و التسيير الذاتي. بالإضافة إلى الاستفادة من التقنيات التي جاءت بها القوانين التنظيمية
للجماعات الترابية لسنة 2015 كتقديم العرائض والمتمسات .

تأمين تنفيذ حكم النفقة بواسطة صندوق التكافل العائلي من الطموح إلى التردد

✓ ذ/ محمد الحاتمي

باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق بطنججة

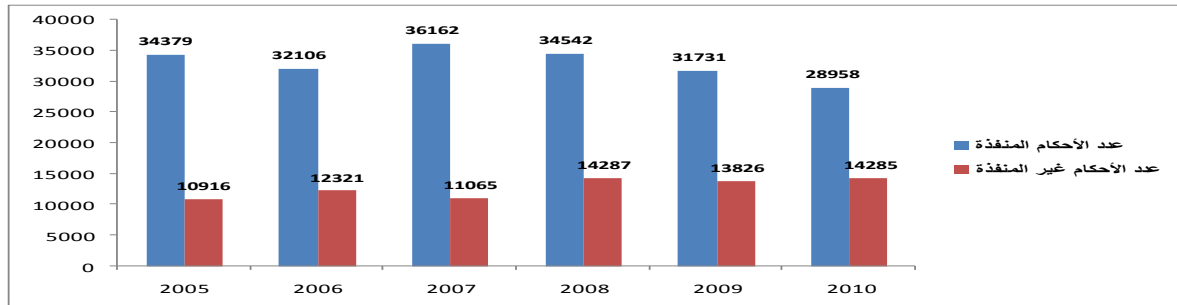
مقدمة.

لما كان تنفيذ الحكم بالنفقة²⁹ يطرح إشكالات عملية إما بسبب طول الإجراءات، أو بسبب امتناع بعض المحكوم عليهم بها، فقد كانت الحاجة ملحة إلى إيجاد آلية مؤسسية لضمان أداء النفقة عند تعذر أو تأخر أدائها، على غرار ما هو معتمد في بعض التشريعات المقارنة، كالتشريعات المصرية³⁰ والتونسي³¹ على سبيل المثال. وقد ظلت

²⁹ تبرز الإحصائيات التي تعدها مديرية الشؤون المدنية لوزارة العدل أن عدد كبيرا من أحكام النفقة يبقى دون تنفيذ، وهذا العدد يعرف تزايدا مضطربا سنة بعد أخرى، وهذا الوضع ينعكس، لا محالة، بشكل سلبي على الوضعية الاجتماعية للعديد من النساء والأطفال. والجدول التالي يتضمن بيانات إحصائية لواقع تنفيذ أحكام النفقة من 2005 إلى 2010.

| نسبة التنفيذ | الباقي | المنفذ | الرائج | | | عدد القضايا السنوات |
|--------------|--------|--------|---------|--------|--------|---------------------|
| | | | المجموع | المسجل | المخلف | |
| 75,90% | 10916 | 34379 | 45295 | 38270 | 7025 | 2005 |
| 72,27% | 12321 | 32106 | 44427 | 35270 | 9157 | 2006 |
| 76,57% | 11065 | 36162 | 47227 | 37659 | 9568 | 2007 |
| 70,74% | 14287 | 34542 | 48829 | 37644 | 11185 | 2008 |
| 69,65% | 13826 | 31731 | 45557 | 32420 | 13137 | 2009 |
| 66,97% | 14285 | 28958 | 43243 | 31263 | 11980 | 2010 |

- رسم بياني لهذه الإحصائيات:



³⁰ تنص المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه: "ينشأ نظام تأميني للأسرة من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي. ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات".
³¹ نصت الفقرة الثانية من الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام بآلة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلدهن وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق". وقد أحدث الصندوق الذي

هذه الآلية محل مطالبة مستمرة من قبل العديد من الهيئات³² والباحثين،³³ إلى أن استجاب المشرع لذلك بإنشاء صندوق لهذا الغرض، أطلق عليه اسم "صندوق التكافل العائلي"، وذلك بموجب المادة 16 المكررة من قانون المالية لسنة 2010،³⁴ والتي نصت فقرتها الأولى والثانية على أنه: "يحدث ابتداء من فاتح يناير 2011 حساب خصوصي للخزينة يسمى "صندوق التكافل العائلي".

يتعين قبل التاريخ المذكور أعلاه، صدور تشريع يحدد على الخصوص الفئات المعنية بعمليات الصندوق، وكذا الشروط والمساطر الواجب استيفاؤها للاستفادة من موارد الصندوق" واستنادا على هذا النص انكبت وزارة العدل والحريات بتعاون مع بعض المنظمات الدولية، في إطار برنامج دعم أقسام قضاء الأسرة من أجل تطبيق المدونة، على إعداد دراسة حول هذا الصندوق وبلورة أجوبة عملية تركزت على ثلاثة محاور أساسية للخروج بتصوير واضح اقتراح صيغة قابلة للتطبيق، وذلك من خلال ما يلي:

■ تحديد حجم الفئة المستفيدة من الصندوق؛

■ اقتراح مشروع قانون لهذا الصندوق يحدد اختصاصاته، ومصادر تمويله، وشروط الاستفادة وإجراءاتها ونسبتها، إضافة إلى تحديد كيفية الرجوع على الملتزمين بالنفقة؛

■ اقتراح طرق إدارة الصندوق وتنظيمه وكذا الجهة التي ستتولى تسييره، انطلاقا من التجارب التي عرفه المغرب في مجال الصناديق المختلفة.³⁵

وقد توج هذا العمل بإصدار القانون رقم 41.10³⁶ الذي ينظم عملية الاستفادة من هذا الصندوق.

لكن إذا كان يبدو من خلال بروز فكرة إحداث هذه المؤسسة من هذا القبيل أن هناك طموحا كبيرا لدى المشرع لحماية بعض الفئات الاجتماعية التي تحرم من النفقة بسبب تعطل تنفيذ الأحكام التي يقضى بها لصالحهم،

تحدث عنه النص بموجب القانون عدد 65 لسنة 1993، مؤرخ في 5 يوليوز 1993، منشور بالرائد الرسمي عدد 50 بتاريخ 6 يوليوز 1993.

³² انظر المذكرات المطلوبة لكل من: حزب الاتحاد الاشتراكي، حزب التقدم والاشتراكية، منظمة العمل الديمقراطي الشعبي، حزب العدالة والتنمية، بمجلة مقدمات، عدد خاص رقم 2، ص: 359-367-374 و383.

³³ محمد الكشور: "التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، م.س، ص: 149 بالهامش. عادل حاميدي: "تأملات في قضايا أسرية"، م.س، ص: 42. أحمد المراني: "السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة"، م.س، ص: 326.

³⁴ قانون المالية رقم 48.09 لسنة 2010، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.243، بتاريخ 13 محرم 1431 الموافق 30 دجنبر 2009، منشور بالجريدة الرسمية عد 5800، الصادر بتاريخ 14 محرم 1431 الموافق 31 دجنبر 2009، ص: 6096.

³⁵ القضاء الأسري: الواقع والآفاق - عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة - دراسة تحليلية إحصائية: 2004-2013، وزارة العدل، ماي 2014، 110.

³⁶ صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.191، بتاريخ 7 محرم 1432 الموافق 13 دجنبر 2010، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5904، بتاريخ 24 محرم 1432 الموافق 30 دجنبر 2010، ص: 5567.

- وقد جاء هذا النص التشريعي ليترجم ما جاء في الخطاب الملكي السامي يوم الأربعاء 29 يناير 2003 بمناسبة افتتاح السنة القضائية والذي جاء في مقطع منه: "...ولهذه الغاية وبدلا من إحداث صندوق للنفقة قد يفهم منه التشجيع غير المقصود على أبغض الحلال عند الله وتشتيت شمل الأسرة فإننا نصدر توجيهاتنا إلى حكومتنا قصد الدراسة المتأنية لإيجاد صندوق للتكافل العائلي يعتمد في جزء من موارده على طوابع ذات قيمة رمزية توضع على الوثائق المرتبطة بالحياة الشخصية والعائلية وترصد نفقاته على أساس معايير مدققة مستهدفين من ذلك ضمان حقوق الأمم المعوزة وحماية الأطفال من التشرذم الناتج عن الطلاق".

فإنه بالمقابل نلمس ترددا في كيفية إخراج هذه الفكرة إلى حيز الوجود، ويستنتج ذلك من خلال حصر المستفيدين في فئة ضيقة، وإقرار شروط وإجراءات معقدة للاستفادة، وحصر عدد المستفيدين من العائلة الواحدة في عدد قليل، وتخصيص مبالغ هزيلة للمستفيدين، إضافة إلى ضعف الميزانية السنوية المخصصة للحساب الخصوصي الذي أحدث لهذا الغرض، وهذا ما سأحاول إبرازه في التحليل التالي:

الفقرة الأولى: الفئات المستفيدة من الصندوق وشروط استفادتها

تنص المادة الثانية من القانون رقم 41.10 على أنه يستفيد من المخصصات المالية للصندوق، "إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه، وبعد ثبوت حالة عوز الأم:

الأم المعوزة المطلقة.

مستحق النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية".

يستفيد إذن من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي كل من الأم المعوزة المطلقة، ومستحق النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية. ويعاب على المشرع هنا³⁷ أنه حصر الاستفادة فقط في المطلقات وأولادهن،³⁸ وحرّم بعض الفئات الأخرى التي تستحق النفقة كالزوجة، والوالدين، والأطفال أثناء قيام العلاقة الزوجية.³⁹ وقد برر وزير العدل السابق المرحوم محمد الناصري هذا الخيار التشريعي بالحرص على تلافي فشل الصندوق في القيام بمهامه، من خلال نهج التدرج، بحصر الفئات التي توجد في حاجة ملحة وماسة إلى المساعدة، إذ بذلك سيضمن الصندوق قاعدة صلبة، ستمكنه فيما بعد من استيعاب فئات أخرى، يمكنها الاستفادة من خدماته.⁴⁰

³⁷ انظر مثلا كلمة المستشار عبد المالك أفرياط عن الفريق الفدرالي أثناء مناقشة مشروع القانون رقم 41.10 بمجلس المستشارين، محضر الجلسة رقم 728، ص: 6. عبد الواحد بن مسعود: "قراءة في القانون المنظم لصندوق التكافل العائلي"، مقال منشور بجريدة الصباح، بتاريخ 23 فبراير 2011. سعيد موقوش: "صندوق التكافل العائلي... إشكالات تشريعية"، مقال منشور بجريدة الصباح، بتاريخ 21 مارس 2012. أحمد أولاد عيسى: "قراءة في قانون 41.10 على ضوء التشريعات المقارنة"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com بتاريخ 18 غشت 2012، ص: 6. محمد لشقار: "صندوق التكافل العائلي"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.majalah.new.ma، بتاريخ فاتح يناير 2013، ص: 3.

³⁸ وقد سلك المشرع بنهجه هذا مسلك المشرع التونسي الذي حصر الاستفادة فقط في المطلقات وأولادهن. (الفقرة الثانية من الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية).

³⁹ هناك بعض التشريعات المقارنة التي وسعت من شريحة المستفيدين من الصناديق المخصصة لضمان أداء النفقة، فنجد على سبيل المثال المشرع المصري نص في الفقرة الأولى من المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه: "ينشأ نظام تأميني للأسرة من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة والمطلقة والأولاد والأقارب...". كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1 من القانون رقم 34 لسنة 2005 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على أن المنتفعين من هذا الصندوق هم: "الزوجة أو المطلقة أو الوالدين أو الأولاد أو كل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم قانونا".

⁴⁰ انظر: محضر جلسة مجلس المستشارين بتاريخ 03 ذي الحجة 1431 الموافق لـ 10 نونبر 2010، جلسة رقم 728، ص: 2.

وبحسب نفس النص، تستفيد الفئات المذكورة من الصندوق شريطة تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة، أو تعذر التنفيذ لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه،⁴¹ وتبقى هذه الاستفادة معلقة، رغم توفر هذه الشروط، على ثبوت حالة عوز الأم.

الفقرة الثانية: إجراءات الاستفادة من الصندوق

للاستفادة من مخصصات صندوق التكافل العائلي ينبغي للمستفيد إتباع إجراءات قضائية لاستصدار مقرر قضائي يقضي بالاستفادة، ثم إجراءات إدارية تمكنه من الحصول على المبلغ المالي المخصص له. وقد نظم المشرع هذه الإجراءات من خلال المواد من 3 إلى 13 من القانون رقم 41.10، إضافة إلى المرسوم رقم 2.11.195⁴² المتعلق بتطبيق أحكام القانون رقم 41.10.

أولاً: الإجراءات القضائية

نصت المادة الرابعة من القانون رقم 41.10 على أنه: "يقدم طلب الاستفادة من الصندوق من طرف الأم المعوزة المطلقة أو الحاضن أو المستحق من الأبناء إذا كان راشداً، إلى رئيس المحكمة الابتدائية المصدرة للمقرر القضائي أو المكلفة بالتنفيذ أو من ينوب عنه". ونصت المادة الخامسة على أنه: "إذا تأخر التنفيذ جازم يستحق الاستفادة من الصندوق أن يتقدم بطلبه بعد انصرام أجل شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقرر القضائي في مواجهة المحكوم عليه". كما نصت المادة السادسة على أنه: "ترفق طلبات الاستفادة من الصندوق بالوثائق التي ستحدد بنص تنظيمي".

وبالرجوع إلى النص التنظيمي الذي تحيل عليه المادة السادسة الأنفة الذكر، وهو المرسوم رقم 2.11.195 نجد المادة الثانية منه تنص على أنه: "يرفق طلب الاستفادة من الصندوق الذي يقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بالوثائق التالية: بالنسبة للأم المعوزة المطلقة:

1- نسخة من المقرر القضائي للنفقة.

2- المحضر المحرر من طرف المكلف بالتنفيذ الذي يثبت تعذر أو تأخر التنفيذ كلياً أو جزئياً.

3- عقود ولادة الأطفال لإثبات الأمومة.

4- شهادة إثبات العوز.

⁴¹ يثبت التعذر أو التأخر بمحضر محرر من المكلف بالتنفيذ حسب الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون 41.10.
⁴² مرسوم صادر بتاريخ 7 شوال 1432 (6 شنتبر 2011) بتطبيق أحكام القانون رقم 41.10، الجريدة الرسمية عدد 5978 الصادر بتاريخ 16 شوال 1432 (15 شنتبر 2011).

- يتم إثبات العوز بالإدلاء ببطاقة المساعدة الطبية المنصوص عليها في المرسوم رقم 2.08.177 الصادر في 28 من رمضان 1429 (29 سبتمبر 2008) بتطبيق مقتضيات الكتاب الثالث من القانون رقم 65.00 المتعلقة بنظام المساعدة الطبية، وبصفة استثنائية وإلى حدود تعميم نظام المساعدة الطبية على كل جهات المملكة بشهادة عوز مسلمة من طرف الوالي أو العامل أو من ينوب عنه وبشهادة عدم الخضوع للضريبة تسلمها مصلحة الضرائب بموطن طالب هذه الشهادة.

5- نسخة من رسم الطلاق.

6- شهادة الحياة.

وبالنسبة لمستحقي النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية:

1- نسخة من المقرر القضائي المحدد للنفقة.

2- المحضر المحرر من طرف المكلف بالتنفيذ الذي يثبت تعذراً أو تأخر التنفيذ كلياً أو جزئياً.

3- عقود ولادة الأطفال المحكوم لهم بالنفقة.

4- شهادة الحياة للأطفال المذكورين أعلاه.

5- شهادة وفاة الأم أو ما يفيد عوزها".

وتبقى لائحة هذه الوثائق قابلة للتغيير عند الاقتضاء بمقتضى قرار مشترك لوزير العدل والوزير المكلف بالمالية.

وعند تقديم الطلب أمام المحكمة يفتح له ملف خاص ويقيّد في سجل معد لهذا الغرض بكتابة ضبط المحكمة بقسم قضاء الأسرة، ويمنح له رقم تسلسلي مستقل ومميز عن باقي الملفات التي يتولى رئيس المحكمة البت فيها، ويحتفظ بهذا الملف لدى كتابة الضبط المذكورة بنفس الرقم الذي سيصبح المرجع الموحد بين المحكمة وصندوق الإيداع والتدبير⁴³ في جميع الإجراءات سواء تلك التي تسبق صدور المقرر أو التي تليه.⁴⁴

⁴³ صندوق الإيداع والتدبير هو الهيئة التي عهد إليها بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي. (انظر: القرار المشترك لوزير العدل والحريات ووزير الاقتصاد والمالية رقم 852.12 الصادر بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1433 (23 فبراير 2012) بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي المبرمة بين الدولة وصندوق الإيداع والتدبير، الجريدة الرسمية عدد 6043 بتاريخ 8 جمادى الآخر 1433 (30 أبريل 2012)، ص: 296. وقد تضمنت هذه الاتفاقية ما يلي:

- 1- تعهد صندوق الإيداع والتدبير بضمان التدبير الإداري والمالي والمحاسباتي لعمليات صندوق التكافل العائلي.
- 2- اتخاذ جميع الإجراءات والقيام بالمساطر اللازمة لضمان تقديم الخدمات المتعلقة بطلبات المستفيدين من الصندوق.
- 3- تحصيل المخصصات المالية المدفوعة من الصندوق والتسبيقات غير المستحقة والغرامات المتعلقة بها طبقاً لقانون تحصيل الديون العمومية.
- 4- إعداد تقرير كل ستة أشهر حول التدبير التقني والمحاسباتي والمالي لصندوق التكافل العائلي.

وبمقتضى المادة 7 من القانون 41.10، يبت رئيس المحكمة الابتدائية المختصة في طلب الاستفادة من الصندوق داخل أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ تقديم الطلب بمقتضى مقرر.⁴⁵ ويعتبر هذا المقرر نهائياً ولا يقبل أي طعن، وينفذ على الأصل ولا يحتاج إلى تبليغ. وحسب المادة 8 من نفس القانون يحصر الرئيس المخصص المالي الذي يجب صرفه من طرف الصندوق في حدود المبلغ المحكوم به، على ألا يتعدى سقف الاستفادة من الصندوق عن كل شهر مبلغ 350 درهم لكل مستفيد في حدود 1050 درهم لمجموع المخصصات المالية لأفراد الأسرة الواحدة.⁴⁶

فعلى أساس ما سبق فصندوق التكافل العائلي لا يضمن مبلغ النفقة المحكوم به كله، وإنما ضمانه يبقى محصوراً في مبالغ معينة حسب المادة 8 المذكورة آنفاً. وغير خفي أن هذه المبالغ، سواء التي حددت لكل فرد أو تلك التي حددت كسقف لا يمكن تجاوزه، تبقى مبالغ هزيلة لا يمكن أن تستجيب للحاجيات الضرورية والمتزايدة بفعل التحديث ونظام العوالة.

ثانياً: الإجراءات الإدارية

تنص المادة 9 من القانون 41.10 على أنه: "يتعين على المستفيد من المخصص المالي تقديم طلب إلى الهيئة المختصة مرفق بالمقرر القضائي المنصوص عليه في المادة السابعة أعلاه وتقوم الهيئة المختصة بصرف المخصص المالي طبقاً لما هو محدد في هذا القرار.

ويؤدي المخصص المالي المذكور باختيار المستفيد بأي وكالة تابعة للهيئة المختصة أو بأي وسيلة تسهل تمكين

-
- 5- إحداث لجنة لتتبع تدبير عمليات صندوق التكافل العائلي تتألف من:
 - ممثل عن وزارة العدل بصفته رئيساً.
 - ممثل عن وزارة الاقتصاد والمالية.
 - ممثل عن صندوق الإيداع والتدبير.
 - 6- التزام صندوق الإيداع والتدبير في متم كل شهر وفي نهاية كل سنة بإعداد بيانات للعمليات المنجزة.
 - 7- تكفل صندوق الإيداع والتدبير بأداء التسيبقات للمستفيدين من صندوق التكافل العائلي بعد الإدلاء بالوثائق المحددة في مرسوم رقم 2.11.195.
 - 8- التزام صندوق الإيداع والتدبير في متم كل شهر ونهاية كل سنة بإعداد بيانات للعمليات المنجزة برسم صندوق التكافل العائلي توجه نسخة منها للسيد وزير العدل والحريات بصفته الأمر بالصرف.
- ⁴⁴ انظر: منشور وزير العدل والحريات رقم 17 س2 بتاريخ 4 أبريل 2012 والموجه إلى رؤساء المحاكم الابتدائية بشأن إجراءات الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي.
- ⁴⁵ جاء في نص المنشور المومئ إليه أعلاه بخصوص الشكليات التي ينبغي أن يتضمنها مقرر رئيس المحكمة: "واعتباراً لكون المقرر الذي يصدره رئيس المحكمة -أو من ينوب عنه في القضية- بالاستفادة من مخصصات صندوق التكافل العائلي يكتسي أثراً وقوة نفاذ على الأصل ولا يقبل أي طعن. ومن أجل تسهيل عملية معالجة ملفات الاستفادة من طرف صندوق الإيداع والتدبير، يجب أن يتضمن هذا المقرر البيانات الآتية: رقم الملف، اسم رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب عنه في إصدار مقرر الاستفادة، هوية مقدم الطلب وصفته وعنوانه ورقم البطاقة الوطنية للتعريف، اسم الملزم بالنفقة وعنوانه أو آخر عنوان معروف له ورقم البطاقة الوطنية في حالة توفره، أسماء الأطفال المستحقين للنفقة وتواريخ ميلادهم، مراجع الحكم القاضي بالنفقة، مراجع المحضر المنجز من طرف المكلف بالتنفيذ المثبت لتعذر أو تأخر التنفيذ، مبلغ المخصص المالي لكل مستفيد، وكذا المبلغ الإجمالي الواجب أدائه من قبل الصندوق في حالة تعدد المستفيدين في الأسرة الواحدة بالأرقام والحروف، تاريخ بداية صرف المخصص المالي، توقيع رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينوب عنه في إصدار المقرر مشفوعاً بطابع المحكمة".
- ⁴⁶ تنص المادة الرابعة من المرسوم رقم 2.11.195 على أنه: "يحدد سقف الاستفادة من الصندوق عن كل شهر في مبلغ 350 درهماً لكل مستفيد على ألا يتعدى مجموع المخصصات المالية لأفراد الأسرة الواحدة 1050 درهماً".

ويتضمن الطلب المنصوص عليه في هذه المادة حسب منشور وزير العدل 17 س2 المشار إليه سابقا بعض المعلومات التي تهم الطرف المستفيد، والطرف الملزم بالنفقة وكيفية سحب المخصص وفق النموذج المرفق بالمنشور ويتم إيداعه بكتابة ضبط المحكمة المصدرة للمقرر المحدد للمخصصات المالية مرفقا بنفس المقرر، وبصورة شمسية مشهود بمطابقتها للأصل من البطاقة الوطنية للتعريف، وفي حالة ما إذا كان المستفيد متوفرا على حساب بنكي يمكن إرفاق طلبه بشهادة بنكية تحمل رقم التعريف البنكي، وتقوم كتابة ضبط المحكمة المختصة بتوجيه الطلب بمرفقاته فوراً إلى الهيئة المكلفة بتدبير عمليات صندوق التكافل العائلي على العنوان التالي: صندوق الإيداع والتدبير - قطب تدبير الادخار - ساحة مولاي الحسن صندوق البريد 408 الرباط.

وبمجرد توصل صندوق الإيداع والتدبير بالطلب يقوم بدراسته وصرف المخصص المالي للمستفيد، ويتم الأداء بصفة دورية آخر كل شهر، كما يقوم بتوجيه إشعار للمستفيد بداية صرف المخصصات المالية، والتي يمكن تسلمها من أية وكالة لمؤسسة البريد بنك، أو من حسابه البنكي إذا كان قد أرسل شهادته بالطلب.

ويواصل صندوق الإيداع والتدبير صرف المخصص المالي للمستفيد منه إلى حين سقوط حق المحكوم له في النفقة، أو إلى حين ثبوت تنفيذها من لدن المحكوم عليه.⁴⁷ ولا يترتب عن إثارة الصعوبة في تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة وقف إجراءات صرف المخصص المالي، ما لم يصدر أمر بإيقاف تنفيذ المقرر القضائي بتحديد النفقة.⁴⁸

وفي الحالة التي يتوقف فيه المحكوم عليه عن التنفيذ بعد شروعه فيه، يستأنف الصندوق صرف المخصص المالي بناء على طلب المستفيد بعد إثباته من جديد تعذر مواصلة التنفيذ أو تأخيره.⁴⁹

ويتعين على المستفيد من المخصص المالي موافاة رئيس المحكمة المختصة. بعد انصرام كل سنتين ابتداء من تاريخ صدور المقرر القضائي، بالوثائق المنصوص عليها في المادة الثانية من المرسوم رقم 2.11.195، ويصدر رئيس المحكمة مقراً بأحقية الاستمرار في الاستفادة من المخصص المالي داخل نفس الأجل المنصوص عليه في المادة 7 من القانون 41.10، وهو أجل ثمانية أيام، ويعتبر هذا القرار نهائياً ولا يقبل أي طعن، وينفذ على الأصل ولا يحتاج إلى تبليغ، وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 12 من القانون 41.10.

والتساؤل الذي يطرح علاقة بالمادة 12 السابقة الذكر هل يوقف الصندوق وقف صرف المخصص المالي بعد مرور سنتين على صدور مقرر رئيس المحكمة؟ وهذا التساؤل ينبع من التعارض بين هذه المادة والمادة 10 من نفس القانون، فالفقرة الثانية من المادة 12 تنص على أن رئيس المحكمة يصدر مقراً بأحقية الاستمرار في الاستفادة من المخصص المالي بعد الإدلاء بالوثائق المذكورة، ويفهم من ذلك أن أحقية الاستمرار في الاستفادة رهينة بتقديم

⁴⁷ الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون رقم 41.10.

⁴⁸ الفقرة الأولى من المادة السابقة.

⁴⁹ المادة 11 من القانون 41.10.

الوثائق وصدور مقرر ثان من رئيس المحكمة يفيد ذلك، في حين تنص الفقرة الثانية من المادة 10 على أنه: "تواصل الهيئة المختصة (أي صندوق الإيداع والتدبير) صرف المخصص المالي للمستفيدين منه إلى حين سقوط حق المحكوم له في النفقة، أو إلى حين ثبوت تنفيذها من لدن المحكوم عليه"، أي أن الصندوق يستمر في صرف المخصصات المالية رغم مرور أكثر من سنتين من تاريخ المقرر الأول لرئيس المحكمة المختص.

وهناك تساؤل آخر يطرح بهذا الخصوص، وهو مدى استحقاق المستفيد للمخصصات المالية خلال المدة الفاصلة بين انصرام السنتين وتاريخ صدور مقرر استمرار الاستفادة؟ ويجد هذا التساؤل مبرره في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون 41.10 التي تنص على أنه لا يشمل نطاق تدخل الصندوق مبالغ النفقة المستحقة عن المدة السابقة عن تقديم طلب الاستفادة من الصندوق، فهل يمكن أن تطبق مقتضيات هذه المادة حتى على المقرر الثاني المتعلق باستمرار الاستفادة؟

أعتقد أنه كان على المشرع أن يحدد تاريخاً مضبوطاً لتقديم طلب استمرار الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل تحت طائلة سقوط هذا الحق، ووقف صرف مستحقات المستفيد إذا لم يتوصل الصندوق بمقرر رئيس المحكمة داخل مدة محددة أيضاً، لأن ترك الأمر هكذا قد يؤدي إلى صرف بعض المستحقات لمن قد لا يستحقها، وما يمكن أن يترتب عن ذلك من صعوبات في استرجاعها أحياناً.⁵⁰

عموماً يمكن القول أن صندوق التكافل العائلي يبقى آلية مؤسساتية مهمة توخى المشرع من إحداثها تأمين تنفيذ أحكام النفقة بالنسبة لبعض الفئات التي في حاجة ماسة لاستمرار مصدر عيشها، غير أن قيام الصندوق بوظيفته على أحسن وجه لتحقيق الغاية التي خلق من أجلها يتطلب جرأة ومجهوداً أكثر من المشرع من خلال تبسيط الإجراءات القضائية والإدارية التي تخول الاستفادة من مخصصات الصندوق، وكذا الرفع من سقف هذه المخصصات لأن مبلغ 350 درهم للفرد و1050 بالنسبة للجماعة من أسرة واحدة يظل مبلغاً هزلياً بالنظر إلى تكاليف العيش الحالية، إضافة إلى ضرورة الرفع من المبلغ المرصود للحساب الخصوصي للصندوق، والذي ظل مستقراً في 160 مليون درهم منذ إحداثه،⁵¹ وهذا يتنافى مع خطاب مبدأ التدرج في الارتقاء بعمل الصندوق الذي سيمكن من توسيع قاعدة الفئات المستفيدة، كما جاء على لسان وزير العدل المرحوم محمد الناصري أمام البرلمان.

وقد أظهرت عملية تتبع ومواكبة تفعيل صندوق التكافل العائلي سواء على مستوى المحاكم أو صندوق الإيداع والتدبير إلى غاية شهر دجنبر 2013 المعطيات الإحصائية التالية:

⁵⁰ نصت المادة 13 من القانون 41.10 على أنه: "يلزم كل من تسلم من الهيئة المختصة مخصصات مالية، يعلم أنها غير مستحقة، بإرجاعها مع غرامة مالية تحدد في ضعف مبلغ المخصصات المالية المذكورة، بغض النظر عن المتابعات الجنائية".

⁵¹ قانون المالية رقم 22.12 للسنة المالية 2012، الجريدة الرسمية عدد 6048 بتاريخ 25 جمادى الآخرة 1433 (17 ماي 2012)، الحساب الخصوصي رقم 3.1.0.0.1.06.002، ص: 52. قانون المالية رقم 115.12 للسنة المالية 2013، الجريدة الرسمية عدد 6113 بتاريخ 17 صفر 1434 (31 دجنبر 2012)، ص: 115. قانون المالية رقم 110.13 للسنة المالية 2014، الجريدة الرسمية عدد 6217 مكرر بتاريخ 27 صفر 1435 (31 دجنبر 2013)، ص: 8118.

| | | |
|--|----------------------------------|---|
| عدد المقررات الصادرة عن المحاكم منذ انطلاق عمل الصندوق إلى غاية نهاية دجنبر 2013 | عدد الملفات التي تم صرف مخصصاتها | المبلغ الإجمالي الذي تم تحويله للمستفيدين من مخصصات الصندوق |
| 3600 | 2932 | 17.624.032.00 درهم |

إن هذه الأرقام تظهر أن صندوق التكافل والعائلي ما زال لم يحقق أهدافه على الوجه المطلوب، إذ تمت معالجة 2932 ملفا فقط من طرف صندوق الإيداع والتدبير بغلاف مالي لم يصل إلى 18 مليون درهم من أصل 160 مليون درهم المرصودة له سنويا من ميزانية الدولة، وهو ما يستوجب إعادة النظر في بعض المقتضيات المنظمة له من أجل تحقيق المقاصد السامية من تأسيسه.⁵²

⁵² القضاء الأسري-واقع وآفاق، وزارة العدل، م.س، 115. انظر أيضا كلمة رئيس الحكومة السيد عبد الإله بنكيران في افتتاح الملتقى الوطني لطب الأسنان، جريدة أخبار اليوم، العدد 1524، السبت-الأحد 15 و16 نونبر 2014، ص: 5.

النزعة الابستمولوجية لفهم القانون:

نحو دائرة تداولية لعلم القانون

✓ ذ/ أحمد السكسيوي

باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط

ملخص:

تنطلق هذه الدراسة من فرضية بسيطة مرتبطة "بالإيمان بوحدة المعرفة"، هذه الوحدة التي انطلق منها المقال ستحتّم عليه الذهاب نحو التأسيس إلى المقاربة المعرفية الوحدوية من خلال الدراسات القانونية، التي لا ينظر لها كتقنية، وإنما كعلم، لا يتأسس القانون من الناحية العلمية، دون ترابط مع علوم أخرى، في إطار ما سمية في الدراسة "بالدائرة التداولية لعلم القانون".

الكلمات المفتاح: القانون، الإبستمولوجيا، اللغة، السوسيولوجيا، المجتمع

تمهيد:

القانون؛ ذلك الشيء المعقد في مبادئه الأولى، وإنشاء قواعده، وتحديد مختلف وسائل الصياغة فيه، بل قل انه شيء ملتبس في جانبه العلائقي مع المجتمع، وقد وضحنا هذا اللبس في مقال قد سبق أن تصدينا فيه لهذا الاشكال، وعنوانه ب: "القانون الملتبس"⁵³.

وفي هذا المقال نحاول الانطلاق من فرضية الترابط المنهجي بين القانون - ليس كنصوص جوفاء بل كفهم - وباقي العلوم الاجتماعية والعلوم الأخرى بشكل عام، وهذا المنطلق الافتراضي، يجعل الكلام في باب الابستمولوجيا القانونية مهما جدا، حتى نتوخا الحذر المعرفي، ولا نقع في التعميمات أو المسلمات الدوغمائية.

53 - يمكن مراجعة هذا المقال:

أحمد السكسيوي، القانون الملتبس، مقال منشور بالموقع الإلكتروني لمؤسسة الجزيرة الإعلامية، مدونات الجزيرة، على الرابط التالي:

<http://blogs.aljazeera.net/Blogs/2016/12/17/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D8%AA%D8%A8%D8%B3>

إن المحاولة اليوم، منهجية، ذات بعد ابستمولوجي بالأساس، من أجل الابتعاد عن الربط "التخريجي" أو بلغة الفقه الاسلامي، المنهج "النوازي" في القانون، والوصول إلى مرحلة متقدمة من خلال البحث عن المقاصد الخفية للقانون، أو البحث الدلالي للنص القانوني (كخطاب).

ويحتاج علم القانون لاكتساب هذه الممارسات العلمية الدقيقة، اتصالا معرفيا مع علوم أخرى، ولو من خلال البعد المنهجي، وتدخل هذه الدعوة في الطرح العام الذي سبق وأن تناوله بعض الباحثين وحاولوا أن يؤسسوه، والمتمثل في الدعوة إلى نهاية التخصص المعرفي الجامد، والدخول في مجال تداولي عام، مرتبط بفكرة التداخل المعرفي أو "تداخل المعارف"⁵⁴.

لكن تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه نحو "القانون المركب"⁵⁵ ليس وليد الصدفة، بل وليد التأمل المطول في المجال المحيط بالقانون المتسم بالجمود، بل إن الكتاب الذي أشرنا له في السابق، قد تم الاطلاع عليه بعد أن تم تشكيل الصورة العامة لهذا الفهم المعقد، وأن هذا الفهم السابق ينطلق من خلال انشاء دائرة تداولية لعلم القانون، لا أن يبقى القانون منفصلا عن النسق العام، حتى اضحى المشتغلون به، منفصلون عن العلم، بل أصبحوا يخرجون المسائل والنوازل بمنطق داخلي وجامد.

والهدف الأساسي من هذا التأسيس محاول تهديم التصور الفوقي والشكلاني للقانون من خلال الدائرة التداولية لعلم القانون: لإن إنتاج القانون دون محاولة دارسته، دراسة علمية، قد يطرح إشكالية الإنتاج، هل من الأعلى أم من الأسفل؟. فالقانون بالمغرب لا يتم إنتاجه من طرف المجتمع، والدليل على ذلك تعارضه في كثير من الاحيان مع العرف أو القانون القروي وتعارضه مع الشريعة الإسلامية كمحددات أساسية للتشريع بالمغرب.

وفي كثير من الأحيان يرتبط القانون في تصوراته الأولى، بمفاهيم يتم تأويلها ضد تطلعات المجتمع، إن المفاهيم المرتبطة بالقانون، من قبيل الضبط الاجتماعي، المصلحة العامة، المنفعة العامة والنظام العام، تؤدي إلى انهيار العلاقة بين المجتمع والقانون، هذا الإهيار يمكن إجماله في مستويين:

- مستوى الإنتاج من خلال طغيان الجانب الشكلي والمكتبي في صياغة القوانين، صياغة القوانين داخل مكاتب مغلقة غير منفتحة على المجتمع، كذلك إشكالية المصادر.

- وعلى مستوى التطبيق الفعلي للقانون، كإشكالية تنفيذ الأحكام القضائية، وهاته الإشكالية تشكك المجتمع في تطبيق القانون، وتمهز الثقة في إمكانية حماية القانون لمصالح وحقوق المجتمع.

يمكن إعطاء مثال بالمادة 16 من مدونة الأسرة التي نصت على عقد الزواج كأساس لإثبات الزواج، وهذا

⁵⁴ - يمكن مراجعة هذا الطرح من خلال:

محمد همام، تداخل المعارف ونهاية التخصص في الفكر الإسلامي العربي (دراسة في العلاقات بين العلوم)، (بيروت القاهرة، دار نماء للبحوث والدراسات، 2017).

⁵⁵ - يرتبط هذا المصطلح في سياق تبنيه؛ إلى إيماننا العميق بفرضية أن "القانون كنسق هو عبارة عن علم مركب من عدة علوم أخرى" فلا يمكن أن يسير وحيدا دون هذه العلوم، بل سيشكك في علميته.

الطرح يعارض الشريعة والعرف لذلك المشرع لم يستطع التخلص من الاستثناء المتمثل في دعوى الزوجية.

وإن التأسيس للدائرة التداولية لعلم القانون تسعى إلى تهديم الشكلائية القانونية كذلك، والمرتبطة بعدم تحقيق عنصر العدالة في القاعدة القانونية. فالإتجاه نحو الشكلائية المفرطة يؤدي بذلك إلى الابتعاد عن الإنسان والانصراف في شكلائية القانون.

من غير المفيد إذن الذهاب أبعد من النص القانوني والبحث عن معان أخرى مخفية أو غير واضحة. فقد جعلت الشكلائية من القانون أداة لا تحقق العدالة في غايتها، وهذا أمر غير سليم، فليس من المنطقي إذن أن تفصل القاعدة القانونية على العدالة والأخلاق، أو عن العلوم الأخرى، وتصبح قاعدة شكلائية جامدة، تبتغي تحقيق أثر اجتماعي دون أي مراعاة لسلوك الإنسان الاجتماعي الذي يتميز بالتطور. هذا الجانب الوضعاني المنحرف سرعان ما يمتعض منه المجتمع، ويدخله في صراع معه، وهو صراع في حقيقة الأمر مع الدولة.

ننتقل في هذه الدراسة من فرضية بسيطة مرتبطة "بالإيمان بوحدة المعرفة"، هذه الوحدة التي انطلقنا منها، ستحتم علينا الذهاب نحو التأسيس إلى المقاربة المعرفية الوحدوية من خلال الدراسات القانونية، التي لا ينظر لها كتقنية، وإنما كعلم، لا تتأسس علمية القانون، دون ترابط مع علوم أخرى، في إطار ما سميناه في الدراسة "بالدائرة التداولية لعلم القانون"، وستكون الدراسة إذن من خلال:

- المحددات النظرية والمفاهيمية لهذا الفهم الإبستمولوجي للقانون والمنتجالي في: تحديد عملية التأسيس للدائرة التداولية لعلم القانون، في إطارها الشمولي، وكذا محاولة الرصد العام لفلسفة العلم في إطار إشتغالها بالقضايا الكبرى لعلم القانون، محاولة منا لإخراج الدرس القانوني من الجمود إلى الحركة (I)؛

- التطبيق العملي للفهم العلمي للقانون، وقد إختارنا لهذا التطبيق أنموذجين: الأول؛ متمثل في التأسيس للخطاب اللغوي للقانون، من خلال علوم اللغة، كإطار نظري إبستمولوجي لعلم القانون، وإختيارنا لعلم اللغة كأول تطبيق عملي، له مبرر، والمنتجالي في إرتباط علم اللغة بالقانون إرتباطا حيويًا، على إعتبار أن صياغة النص أو قرائته تحتاج التمكن من اللغة الحاملة لهذا الخطاب القانوني، والمبرر الآخر متعلق بتداخل عدة علوم أخرى في الدراسة اللغوية، بحيث ترتبط بعلم المنطق، وترتبط أيضا بأصول الفقه على إعتبار أن تعاملنا مع اللغة العربية، وقد كان الأصوليون يهتمون غاية الإهتمام ببحث الدلالات أو المبادئ اللغوية، وأخيرا ترتبط بفلسفة التأويل أو الهرمنوطيقا، لكن هذا لا يعني أننا لن نطيل النظر في هذه العلوم المحيطة باللغة، بل هي كذلك علوم ترتبط بالقانون، وتدخل في الدائرة التداولية. وأما الأنموذج الثاني؛ فمتعلق بتقريب السوسولوجيا من علم القانون، أو النظرة التصاعديّة لعلم القانون، من الخصوصية نحو استعاب كلي لقضايا علم القانون في ظل السوسولوجيا منهجا وإتصالا (II).

1. المحددات النظرية والمفاهيمية للفهم العلمي للقانون:

إن عملية الفهم العلمي للقانون، تقتضي منا أن نحاول التطرق إلى المحددات النظرية والمفاهيمية بشكل عام، وهذا التحديد مرتبط أساساً بمحاولة تأسيس الدائرة التداولية لعلم القانون، ثم بعد ذلك سيتم دراسة الفهم الإبستمولوجي لعلم القانون، أو قل القانون في ميزان فلسفة العلم .

1 - عملية التأسيس للدائرة التداولية لعلم القانون:

إذا كان المعطى الشكلي أو التقني مقبول أثناء صياغة النص القانوني، أو أثناء تنفيذه، فإن دراسته وتحليله وتكوين الإطار المعرفي والنظري لهذا النص لا يجب أن تستحظر المعطى الشكلي، بل من غير المقبول أن تنساق نحو التقنية، فتُسقط الباحث في التعميمات وفي الدغمائية القانونية، أي الوثوق في كل ما صرح به المشرع والقضاء معاً، دون فحصه، بتحويل نصوص القانون والأحكام القضائية إلى فروض، ثم البحث عن صحة هذه الفروض من عدمها، بمنهج عقلي بالأساس⁵⁶.

ومحنة تعطيل العقل في الدرس القانوني، تؤثر بشكل كبير في الممارسة القانونية، فالقاضي مثلاً تحول إلى آلة لتطبيق النصوص، تلك النصوص التي سرعان ما يسعى المشرع إلى إرجاعها ذات طابع مغلق غير قابل للتأويل، وبمفهوم المخالفة يتعد المشرع عن إنتاج خطاب قانوني منفتح على تأويل القاضي، بل إن المشرع دائماً ما يحاول أن يصوب أخطاء وثرغرات النص فلا يترك للقاضي أي سلطة في أعمال العقل أو أعمال التقدير والاجتهاد، فيصبح عقل المشرع مستبداً بعقل القاضي، ويقول الأستاذ محمد الشيلح في هذا الصدد:

"..إن النص مهما حاول أن يفصل ما يمكن تصوره من الواقع، فإنه يبقى قاصراً عن استغراق كافة تفاصيل هذا الواقع ولذلك يقال إن القانون متناهي والواقع غير متناهي. وما يجعل الواقع غير المتناهي قابلاً للاستيعاب في النص القانوني المتناهي هو القاضي بما يملكه من سلطة في فهم النص لجعله ملائماً لمستجدات الواقع، وكذا الفقيه الذي يقترح الكيفية الممكن استخدامها لتحقيق هذه الملاءمة.

إن المناداة، كلما تعذر إيجاد جواب عن أي سؤال يطرح، بضرورة تدخل المشرع لتقنين هذا الجواب

56 - أحمد السكسيوي، الدرس القانوني: من ضيق التقنية إلى سعة العلمية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني لمؤسسة الجزيرة الإعلامية، مدونات الجزيرة، على الرابط التالي:

<http://blogs.aljazeera.net/Blogs/2017/3/13/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B1%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%85%D9%86-%D8%B6%D9%8A%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%88%D9%8A%D8%A9-%D8%A5%D9%84%D9%89-%D8%B3%D8%B9%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%85%D9%8A%D8%A9-1>

الذي يبحث عنه، تمثل ضرباً من التشجيع على تنامي الكسل الفقهي وتجعل من القضاة مجرد قلم تنفيذي. فمن يقنع بالخمول وينصح للقضاة هذا الدور؟...⁵⁷

لم يعد لنا من شك أن دراسة القانون لا تستقيم دون الصفة العلمية إلى جانب إستحضار المعطى التقني المرتبط بالنصوص القانونية والأحكام القضائية، وإضفاء الجانب العلمي عليها، وبالتالي الإبتعاد عن النظرة الشكلية. وتحقق "علمية القانون" عن طريق دمج المقاربات العلمية الأخرى (علم الإجتماع، التاريخ، اللغة، المنطق ...) لدراسة القانون، يقول روجر كورتيل⁵⁸ (أحد أبرز أساتذة علم الإجتماع القانوني بإنجلترا) في هذا الصدد ما يلي:

" ... يمكن الجمع بين النظرات العديدة إلى التحليل القانوني - والتي يمكن تصنيفها بوصفها نظرات إجتماعية بالمعنى الأشمل- فقط من خلال ابتعادها الذاتي المتعمد على وجهة النظر المهنية التي ينتهجها المحامون أو رجال القانون، وهو أمر متضمن في الهدف الذي تسعى إليه النظرية القانونية التجريبية التي تنادي بأن القانون عادة ما ينظر إليه من "الخارج"؛ ومن وجهة نظر الملاحظ للهيئات القانونية، من حيث المذهب والسلوك، (...) (و) الهدف الموحد لدى جميع التحليلات الإجتماعية للقانون هو محاولة علاج القصور المفترض في التحليل المذهبي الذي ينتهجه رجال القانون لدى تحليله..."⁵⁹

هذا الدمج بين القانون وباقي العلوم يقتضي محاولة الجمع بين المعطيات القانونية (النصوص القانونية - الأحكام القضائية ...) والمقاربة التي تتسبب بطابع العلم، سواء لغوية أو إجتماعية أو منطقية أو أصولية .. أو مقارنة أخرى تبتعد عن المعطى الشكلي.

بل إن "القانون" لا يصح أن نطلق عليه صفة "علم" دون دمج مع علوم تضيف عليه هذه الصفة، لأن القانون هو بناء لغوي ومنطقي ومعيارى، لا تنفصل عنه العلوم الأخرى، وهذا التداخل المعرفي بين القانون والعلم، سميناه بالدائرة التداولية لعلم القانون.

ومفهوم التداولية يحمل العديد من التناقضات والجدل في أصوله وفي معانيه⁶⁰، ولن ندخل في هذا الجدل، والمقصود هنا من الدائرة التداولية؛ هو ذلك التداخل المعرفي أو الجانب العلائقي بين القانون والعلوم الأخرى، والتي تضيف عليه صفة العلم، بل تحيي في القانون المعنى.

فيكون القانون مركز الدائرة، وتحيط به العلوم في إطار الدائرة، ويتصلان بسهم تداولى، عن طريق مبدأ الأهمية أو القرب من القانون، مثلاً فاللغة والمنطق، يكون لهما إتصالاً قريباً بالقانون مقارنة بالعلوم الأخرى، بحكم

⁵⁷ - محمد الشليح، مدلول الفصل 15 من القانون رقم 79 - 6 المنفذ بظهير 25 دجنبر 1980 من خلال تحليل ميتودولوجي، (مداخلة مناسبة تخليد الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى)، ص. 38-39.

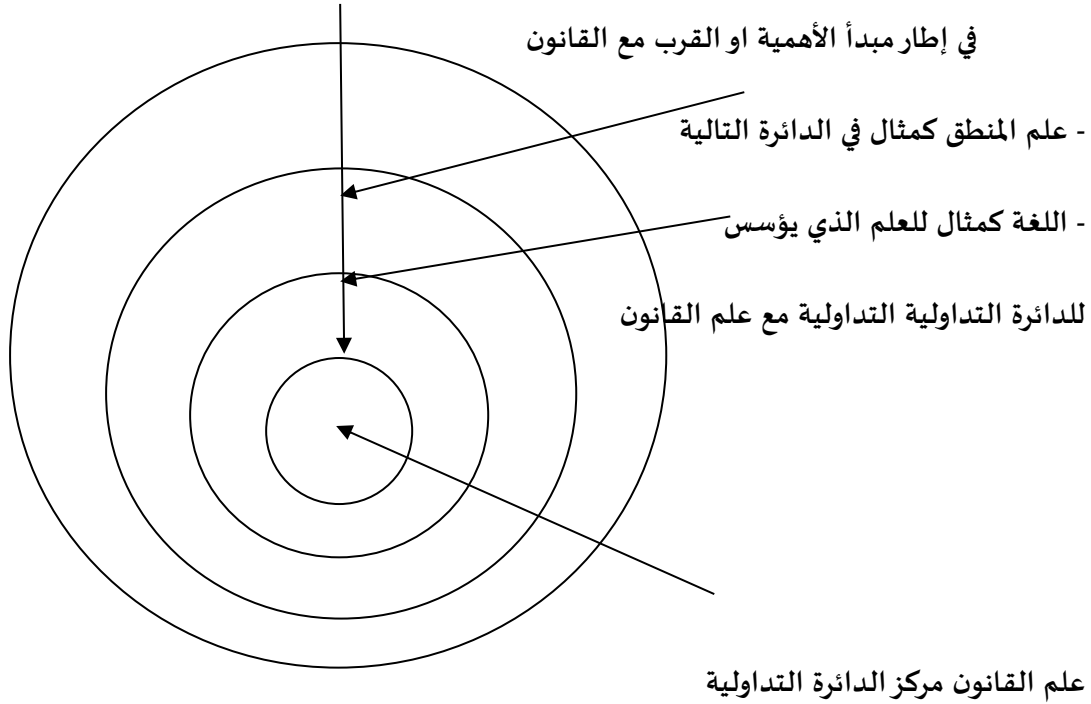
⁵⁸ - يشغل كوتريل منصب أستاذ نظرية القانون في جامعة كوين ماري وكلية ويستفيلد (جامعة لندن)

⁵⁹ - Roger Cotterrell, The Sociological Concept of law, Journal of Law and Society, vol 10, 1983, p. 242.

⁶⁰ - للإطلاع على جانب من هذا الجدل يمكن مراجعة: مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، (المغرب-الجزائر، دار الأمان، منشورات الاختلاف، منشورات ضفاف، الطبعة الأولى، 2015)، ص. 13.

أن القانون هو نص يحتاج بناء لغويا محكما ومنطقيا كذلك، ولعل الرسم أسفله يقرب معنى المفهوم لدى القارئ:

السهم الرابط تداوليا بين العلوم الأخرى والقانون



ولعل إطالة النظر العميق والدقيق في العلوم الاسلامية، الفقهية، يوضح بجلاء التعاطي المثمر للمتخصصين في الفقه مع اللغة والمبادئ اللغوية، كذلك علم الدلالات، بل إن أصول الفقه يعد مبحث الدلالات فيه أعظم المباحث وأهمها.

كما أن التمعن في أصول الفقه، يظهر أنه هو أيضا يمكن ربطه التداولي والابستمولوجي مع القانون، من خلال الاستفادة من المنهجية الأصولية ذات البعد العلمي على اعتبار أن أصول الفقه هو منطق المسلمين، وطريقتهم في الاستدلال.

ولما كان الفقهاء يرتبطون ويتعاملون بمنهجية لغوية تأويلية مع نصوص مرتبطة بوحي الله جل علاه (القرآن الكريم)، وما تم اثباته عن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم (السنة)، فإن النص القانوني يحتاج التأويل ووسائل التعامل معه لغويا أيضا، بل التشديد في هذه الامور أهم بالمقارنة مع النصوص الشرعية، فهذا دليل حاسم، لإنهاء فرضية "تجزئ القانون" أو القول أنه مستقل في منهجيته وفي موضوعه ومضمونه، وهذا الأمر اعتبره الاستاذ

"ميشيل ميائي" بمثابة معيق إبستمولوجي لعلمية الظاهرة القانونية⁶¹.

إن جرد هذه الأمثلة ليس من قبيل الترف الفكري ولا من قبيل إظهار الاطلاع، بل هو أساس منهجي من خلال الاستناد على دلالة الكلام في موضع الافكار، ويمكن طرح بعض المجالات العلمية التي يجب أن يتصل بها القانون، حتى يحصل الفهم المعرفي المرجوا:

- علم المنطق: الاتصال العقلي، من خلال محاولة تحديد التفكير القانوني، وعصمه من الوقوع في الخطأ، أو قل إنه التنظيم العقلي للفكر القانوني، على عدة مستويات، سواء منها صياغة النص، أو تحرير الأحكام، والبحث العلمي في مجال القانون كذلك.

- علم اصول الفقه: الاتصال المنهجي، من خلال الاستفادة من منهج تلقي العلم الشرعي واسقاط بعض مناهجه على دراسة القانون من خلال الوسائل الكفيلة بالدراسة وليس المضمون التخريجي النمطي الذي يثق في النص وثوقا أعمى.

- علم الاجتماع: الاتصال الموضوعي، فتح المجال لدراسة السوسيولوجية للقانون، واستحضار الجانب العلائقي بين القانون والظاهرة المجتمعية التي تنقسم إلى نوعين:

فأما النوع الأول وهي علاقة المجتمع بالقانون في إطار أمرية القانون على المجتمع، وكيف ينتج هذه الأمرية تفاعلا سلبيا معه، ولعل من الواضح عندما يرى البعض ما يطرح لدى المواطن الرفض المستمر والنقد للأجالات والمساطر القضائية، وينتج هذا الامر تفاعلا سلبيا هذا التفاعل، ينتج سلوكا منحرفا تجاه القانون من اجل التملص منه أو مراوغته.

أما النوع الثاني، فهو علاقة علم القانون بعلم الاجتماع، أو دراسة القانون مستقلا عن العلوم الاجتماعية، وهذه مسألة اخرى مرتبطة بالإشكال الواقعي السابق.

إذن المجال العلائقي بين المجال القانون والمجال الاجتماعي إنما هو علاقة مركبة، تدفع نحو التفكير في محاولة ارجاع القانون كوعاء للمضمون المجتمعي.

- فلسفة التأويل: الاتصال اللغوي، من خلال فهم النص القانوني باستعمال وسائل التفسير، والاستفادة اللغوية من خلال "الهرمينوطيقا" أو الدائرة التأويلية من خلال المؤلف والنص ومستقبل النص، وهو محو هذا

⁶¹ - هنالك أربعة عوائق إبستمولوجية تؤثر في القانون حددهم الاستاذ ميشيل ميائي، في كتابه مدخل لنقد القانون وهي :
- النزعة المثالية؛

- طغيان الجانب الوضعاني؛

- تأثر القانون بالمفاهيم المثالية؛

- فكرة استقلالية القانون.

(.Paris, Éditions Maspero, 1976(Michel Miaille, Une introduction critique au droit,

التأويل، أن التأسيس إلى هرمينوطيقا القانون يحتاج التعمق في أصل استعمالات اللغة من خلال علم اللسان.

هذا التحديد الأولي لمضمون الدائرة التداولية، من خلال تداخل هذا القانون مع علوم أخرى سترجع لدارسيه خصوصا في مراحلهم الأولى ملكة الفهم والتعاطي الحر غير المقيد بالتقاليد العلمية التي لا يمكن له التفكير في تغييرها، وعلى الأقل التفكير في أصلها، سيتيح لنا النظر في المحددات كل على حدة.

2- القانون في ميزان فلسفة العلم (الابستمولوجيا):

نطلق في هذا الجزء من الأسئلة التالية: هل دارس القانون اليوم ينتج المعرفة؟ لعل هذا السؤال المستفز للأذهان نطرحه كمقدمة للكلام، بل إن سؤالا آخر يطرحه العقل، هل القانون علم؟ هل القانون يملك الاطار النظري؟.

إن السؤالين الأخيرين لا نملك لهما جواب النفي، بل إن التاريخ قد يجيبنا في حقيقة الأمر بأن القانون أنتج إطاره النظري منذ مدة، لكن إنتاجه لهذا الاطار النظري قد امتلك المتأخرين ممن يدرسون القانون الآن، فأصبحت العقول المؤسسة للنظرية في القانون تستبد بعقول وأذهان المتأخرين، بل إن المتأخرين من دارسي القانون أصبحوا يعتمدون على النقل لا العقل، وهذا يطرح فرضية التشكيك في علمية القانون.

لن نطيل النظر في إشكالية "إيديولوجية القانون"، قد طرحها من قبل الأستاذ "ميشيل ميائي" حول المعيقات "الإبستمولوجية" المؤثرة في القانون كعلم⁶²، وهذه إشكالية ذات بعد إيديولوجي، أي إن هذا الأستاذ حاول طرح منهج نقدي للقانون من خلال البعد الأيديولوجي المتحكم في صياغته، وفي تطبيقه، وتلقيه.

لكن سنستفيد من نقده الإبستمولوجي المرتبط باستقلالية القانون في دراسته، وهذا المعطي الأول والتأسيسي للكلام حول الفهم الإبستمولوجي الذي نتوخاه في دراسة النص القانوني، ولعل من يطيل النظر مليا في الكتب والشروح المتعددة بالمغرب، سيجد هذه النظرة الأحادية لدارس القانون: فعندما تتم دراسة القانون المدني مثلا، فإنها تكون دراسة نمطية للنصوص دون ربطها بسياقات النشأة أو استحضر البعد الاقتصادي الذي تتحول بسببه أسس العقد مثلا، بل إن الذين يشرحون القانون اليوم أضحو يتناقلون المعلومات دون ضبطها أو تحديدها أو حتى فهم سياقاتها، وفي هذا السياق يقول الأستاذ والعالم السوسيولوجي المغربي "نجيب بودريال" عن النظرة الداخلية والمستقلة لرجل القانون في دراسته لهذا الأخير:

"... يتساءل الفلاسفة، وعلماء الرياضيات، والبيولوجيون، والمؤرخون، والسوسيولوجيون باستمرار عن وظيفتهم الاجتماعية، أما رجال القانون فيتابعون بهدوء دراسة القوانين والأحكام القضائية حسب منطقتها

Michel Miaille, op . cit, p. 67. ⁶²

إننا اليوم نحتاج إلى تغيير نظرنا للقانون، المتسمة بطابع الاستقلال والأحادية. واليوم بالملاحظة، يمكن استنتاج وجود أزمة في القانون كعلم، ولما تصبح العلوم عليلة، وقد انغمست في التقليد والجمود، فإن وضعها في ميزان الإستمولوجيا أمر مهم وضروري، حتى تتمكن من إصلاح الأعطاب التي تتخبط فيها العلوم.

والإستمولوجيا على وجه العموم، تحيل إلى نظرية المعرفة، أي العلم الذي يبحث أساسا في العلم وفي شروط إنتاجه، ويمكن ضرب مثال عملي حول نظرية المعرفة، من خلال البحث الذي قام به الأستاذ "عبد الله إبراهيم" حول علم الاجتماع في إطار النسق العربي الذي يعاني من درجة استيعاب الاتجاهات والنظريات المحيطة بعلم الاجتماع الآتية من الغرب، وهذا معيق حلله وبينه من خلال الإستمولوجيا⁶⁴، أي إن الإستمولوجيا تعيد التفكير في العلم، وتوصيفاته، وحدوده.

وهذا ما نحاول أن نظهره في علاقة الإستمولوجيا بالقانون، فلما أصبحت أزمة القانون من وجهة العلم جليلة للعيان، فإن إظهار مشكلاته ومن التفكير في حلها لن يتأتى إلا من خلال الإستمولوجيا، هذه العلاقة تتيح التقاء القانون بعدة علوم أخرى وهي علوم لا يمكن الاستغناء عنها في دراسة القانون.

وتجاوز النظرة الشارحة للقانون أو النظرة الوصفية للنصوص القانونية من خلال المحددات الداخلية والمستقلة عن النص القانوني، لا تتحقق إلا بالإيمان العميق بوحدة المعرفة، أو قل هو الترابط الإستمولوجي بين القانون والعلوم الأخرى.

والكتابات التي تعنى بنظرية القانون تبتدأ كلامها بعد التعريف وتبيان خصائص القاعدة القانونية، بالكلام حول علاقة القانون بالعلوم الأخرى، وغالبا ما يطلق عليها علوم مساعدة، وهذا التوصيف نخالفه، على اعتبار أن إطلاق مصطلح العلوم المساعدة -هكذا- يعطي انطباعا حول عدم أهمية هذه العلوم، أو قل إنها علوم ثانوية، ثم إن هذا التوصيف يُستنتج منه أيضا عدم تعمق النظر لدى هؤلاء الذين يشرحون القانون في العلاقة بين القانون والعلوم الأخرى.

بل إن الذي يزيد من حيرتنا هو أن البعض يميز بين العلوم القانونية والعلوم الأخرى، وتحديد العلوم القانونية في شروحاتهم يتم من خلال التمييز التقليدي بين القانون العام والخاص، ويصبح المتلقي معها لا يعلم ماهية "العلوم القانونية".

وفي حقيقة الأمر؛ إن القانون بلا وسائل علمية ذات طبيعة اجتماعية ومنطقية وفلسفية ولغوية وأصولية لا

⁶³ - نجيب بودربالة، القانون بين القبيلة والأمة والدولة، جدلية التشريع: العرف، الشريعة والقانون، ترجمة: محمد زرين، (المغرب، إفريقيا الشرق، 2015)، ص ص. 246-247.

⁶⁴ - عبد الله إبراهيم، الاتجاهات والمدارس علم الاجتماع، دارسة في فلسفة العلم (الإستمولوجيا)، (بيروت - الدار البيضاء، المركز الثقافي العربي، 2010)، ص ص. 2-3.

يصبح علما.

إن ما يُعرفُ به أصحاب المداخل القانونية مفهوم "العلوم القانونية" لا يصح؛ فلا يمكن القول مثلا أن القانون المدني علما، دون استحضار الوسائل التي ستحلله لنا من علم التاريخ الذي يبرز أصوله (النشأة)، وعلم أصول الفقه (لاظهار علاقته بالفقه الاسلامي)، وعلم الاجتماع (لتبيين أثر تلقي القانون المدني في النفوس والمحاكم لتصحيح أخطائه وعلله)، وعلم المنطق (لإبراز وإظهار مآلات هذا القانون في القضاء، ومنطق تعامل القاضي معه)، وعلم اللغة (لتحليل النصوص داخليا وربطها بالواقع).

إذن؛ إن التحديد المفاهيمي لإبستمولوجيا القانون يحيل إلى الاعتبارات التالية:

- تجاوز النظرة التجزيئية للقانون: أي عدم اعتبار القانون دراسات تخصصية تجزيئية تفرغ القانون من مضمونه ودلالاته، فمثلا لا يمكن دراسة التحصيل الجبري دون البحث في القانون التجاري والمدني، وكذا الحجز في إطار قانون المسطرة المدنية. واليوم يتم تلقي القانون على أنه مجالات متفرقة عن بعضها البعض. ولما يتعمق دارس القانون في مجال ما، يصطدم بهذا التمثل التجزيئي المترسب في ذهنه، ويصبح غير قادر على ربط المعرفة المتجزئة التي تلقاها، بل لا يستفيد أبدا من المقاربات الأفقية للقانون.

- التأسيس للنظرة الشمولية للقانون: يحيل الاعتبار الأول إلى اعتبار ثان مرتبط بمحاولة دراسة القانون في إطار شمولي، أي محاولة الانطلاق من الكليات، أو المنطلقات المركزية للتحكم بالنظرة الجزئية في ما بعد، وهذا يحتاج من الدارس أمرين: الأمر الأول تجاوز النظرة الثنائية للقانون من خلال قانون عام وخاص، أو على الأقل محاولة نقد هذه الثنائية، الأمر الثاني وهو نقد المسلمات المدروسة في ما سبق، أي تلك المنطلقات والمبادئ، أو البدايات الأولى التي بني عليها القانون، مثلا محاولة دراسة خصائص القاعدة القانونية دون التسليم بها مطلقا أو ممارسة الدغمائية عليها.

- الاتصال المعرفي بين العلوم أو الدائرة التداولية لعلم القانون: أي اتصال القانون وعلوم أخرى تخرج القانون من اللاعلمية إلى العلمية، وقد سبق أن تناولناها في أول مقال تأسيسي لهذا الفهم الإبستمولوجي، وسنعمل في المقال القادم على تناولها وتحديد المقصود بها بطريقة أكثر عمقا.

II. التطبيقات العملية للفهم العلمي للقانون: "اللغة وعلم الاجتماع أنموذجا"

إن التحديد المرتبط بإبستمولوجيا القانون، يقود نحو تفكيك الدائرة التداولية لعلم القانون، فينتج عن هذا التفكيك تحديد الجزئيات (أي العلوم الأخرى في علاقتها بالقانون).

ويسعى هذا الجزء إلى تأسيس دائرة تداولية لعلم القانون في إطار الفهم الإبستمولوجي الذي عقدنا العزم على بداية الكلام فيه لما طرحنا بعضا من أولياته في ما سبق، وفي حقيقة الأمر إن الكلام حول هذا الفهم يحتاج من المرء

التعمق في البحث، بل إن كتابة دراسة أو دراستين لا يفيد في شيء، سوى محاولة للتأسيس المنهجي غير المكتمل، بمعنى أن الكلام الآتي ذكره لا يشكل سوى تأسيساً أولياً مبني على الفكر والتأمل والملاحظة، لكنه بني على نظر في بعض من حاولوا التأسيس لهذا الترابط.

سنأخذ أنموذجين مهمين للكلام حول إتصالهما العلمي مع القانون، وهما: علم اللغة، في إطار الفهم اللغوي للخطاب القانوني، وعلم الإجتماع في إطار تقريب السوسولوجيا من علم القانون.

1- تحديد لغة القانون: التأسيس للخطاب اللغوي القانوني

لما كان علم القانون في أصوله يرتبط باللغة، فإن لهذه الأخيرة علوم تظهر معانيها وتجلي مقاصدها، وتوضح حروفها، وهي علوم كثيرة، خصوصاً عند تصنيف الفقهاء المسلمون لها، بل انقسم المسلمون إلى مدرسة في الكوفة، وأخرى في البصرة. وقد كان اختلافهما في بعض جزئيات الدراسة اللغوية في النحو وما شبهه.

وهذين المدرستين، إنما مظهر من التطور اللغوي الذي حاول المسلمون التأسيس له، وما دامت اللغة حامل للقانون، فإن دراسة اللغة في جانبها العلائقي مع القانون مهمة جداً.

لقد تطورت علوم اللغة، وتعاضم شأنها، ليس في العربية فقط، بل في لغة العجم كذلك، وأصبحت مرتبطة بعلم الدلالة أو "السيمَنطيقاً"؛ من خلال دراسة المعنى اللغوي عن طريق الفهم اللفظي للمفردات والكلمات، وكذلك علم الأدلة أو "السميوطيقاً"؛ هي دراسة معقدة تفكيكية تبحث عن التضاد لأجل الوصول إلى المعنى أو الدلالة.

لكن يمكن إبراز ملاحظة مرتبطة بعدم الدعوة في هذا الدراسة إلى تعاطي المشتغل بعلم القانون مع اللغة، كتعاطي العالم المتخصص في اللغة، بل إن هذه الدعوة ستكون ضريباً من الخيال، فالبحث اللغوي في النص القانوني، سيكون منهجياً، من خلال انشاء الدائرة التداولية المومأ إليها أعلاه، بين القانون والعلم، وإن عالم اللغة سيكون له دور أساسي بالانتقال من علوم اللغة الصرفة إلى الدراسة اللغوية للنص القانوني.

وإذا كان القانون في بنائه العام خطاباً لغوياً يقتضي التكليف بالأمور تجاه المجتمع في إطار العلاقة المتصلة، فإن فهمه يحتاج إلى التعمق في اللغة، فالقانون محمول باللغة نحو المكلف به، بغض النظر عن الجدلية الحاصلة بين النص والخطاب، أي هل القانون نص أم خطاب، وممكنات الالتقاء بين هذين الوصفين.

ومن دون الدخول إلى الاستعمالات والأصول والدلالات اللغوية والاصطلاحية لمفهوم النص والخطاب، نعتقد أن القانون إنما نص يحمل خطاباً، بمعنى وجود دائرة للإتصال اللغوي يحمل القانون كنص إلى متلق له؛ سواء المكلف به أو المنفذ له أو المتعامل معه نظرياً من خلال تحليله وإظهار معانيه ومقاصده، وتبيان مشاكله وعيوبه، ويسعى فقهاً.

والكلام في باب اللغة القانونية يقتضي التمييز بين صياغة النص القانوني من خلال اللغة، والتعامل اللغوي مع النص الكائن مسبقا. وإن الموضوع الثاني هو الذي يعنينا أكثر، لأن الأول هو بديهي لا يحتاج أي كلام.

فأما التعاطي اللغوي مع النص القانوني، فلا يزال مبحثا جديدا، سوى ما حاوله البعض بأن يدرسوا النص القانوني في كليته دراسة لغوية، نذكر على سبيل المثال دراسة الاستاذ سعيد بيومي الموسومة بـ "لغة القانون"⁶⁵، ودراسة الأستاذ مرتضى جبار كاظم والمعونة بـ "اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني"⁶⁶.

إن إعادة فهم القانون إبستمولوجيا؛ تقتضي محاولة منهجية لخلق دائرة تداولية بين القانون واللغة، تمكن من الدراسة اللغوية للنص من خلال علم الدلالة أو "السيمَنطيقا"؛ من خلال دراسة المعنى اللغوي عن طريق الفهم اللفظي للمفردات والكلمات، وكذلك علم الأدلة أو "السميوطيقا"؛ هي دراسة معقدة تفكيكية تبحث عن التضاد لأجل الوصول إلى المعنى أو الدلالة.

وينتج عن هذه الدائرة التداولية بين اللغة والقانون من خلال الإتصال اللغوي فكرة النزعة التأويلية للقانون من قبل القاضي وهذه النزعة تشكلت ضدا على مدرسة التفسير التي لا ترى النص القانوني إلا من خلال منطقته الداخلي الخالص، والنزعة التأويلية تقتضي من المتعامل مع النص القانوني أن لا يرى كلماته وسطوره فقط، بل يجب أن يتوغل نحو مقاصده، أو إرادة المشرع، يقول الأستاذ حمو النقاري في هذا الصدد مايلي:

"... لم يعد بإمكان الفقيه أو القاضي أن يقتصر على مجرد الإستنباط من النصوص الشرعية أو القانون؛ إن عليه أن يرتقي من "النص" إلى "المقصد" الذي قاد إلى صياغة النص وساق إليه، أي إرادة المشرع، ومن ثم كان على الفقيه والقاضي أن يؤول النص تبعا لإرادة المشرع من النص الذي شرع: ... إن الاعتبار، قبل كل شيء، هو الغاية المتوخاة من التشريع، هو روح النص التشريعي وليس منطوقه والثابت منه لغة..."⁶⁷

ولقد حاول بعض الفقه الإنجليزي، و من بينهم الأستاذ "اللورد دننج"، أن يؤسس منذ مدة إلى منهج قضائي جديد حول التفسير الواسع (أو هو التأويل في حد ذاته) لنصوص القانون والمسعى بـ "التحقق من نية المشرع"، وهو مثال واضح للكلام السابق عن النزعة التأويلية، وقد قوبل هذا المنهج الجديد بمعارضة قوية من قبل بعض فقهاء وقضاة إنجلترا من بينهم الأستاذ "مالك ديرموت"، بل إن قاضيا إنجليزيا آخر هو "اللورد سيموند" قد انتقد هذا النهج وسماه في ما بعد "بالتغول السافر على وظيفة المشرع"⁶⁸.

⁶⁵ - سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، (مصر، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2010).

⁶⁶ - مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، (المغرب-الجزائر، دار الأمان، منشورات الاختلاف، منشورات ضفاف، الطبعة الأولى، 2015).

⁶⁷ - حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، (المؤسسة العربية للفكر والابداع، بيروت، ط 1، 2017)، ص. 86.

⁶⁸ - اللورد ديننج، ترشيد الفكر القانوني، في تفسير القانون والوصايا والعقود، ترجمة: هنري رياض، (بيروت، دار الجبل، 1981)، ص. 25-27-28.

وتأسس هذا المنهج الجديد بإنجلترا -المخالف للطرح الذي تم ذكره للأستاذ "جيمس. إ. بوند"- في حكم محكمة الاستئناف بإنجلترا سنة 1949 بمناسبة بتها في قضية: "Seaford Court Estates Ltd V Asher" والذي جاء في الحكم الحثية التالية:

"...المسألة المعروضة للفصل في هذه الدعوى هي فيما إذا كان يمكن لنا أن نمد دلالة الكلمة العادية "عبء" بحيث تشمل عبئا من نوع الطارئ الذي سبق وصفه، وقد سبق لهذه المحكمة أن قررت أن البند الوارد في هذه المادة يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يعطي فعالية للمبادئ المنظمة الواردة في القانون واعتقد أنه يجب علينا أن نفعل المثل..."⁶⁹

وقد سبق أن تحدث الأستاذ "فندست سيريل ريتشارد آرثر تشارلز كراب" عن وظائف المحاكم وفصل فيما ، والتي حدد من بينها؛ "التفسير" معتمداً بالأساس على منهج التفسير الواسع للقاضي الانجليزي اللورد ديننج في بعض احكامه⁷⁰، كقضية seaford Court Estates Ltd. V Asher سنة 1949، وقد كان هذا اللورد ديننج متأثراً بالمنهج القضائي لمحاكم لكسوبرغ والمسماة ب"طريقة شمديت للتفسير The Schematic Method of Interpretation.

وتكلم الفقه الإسلامي عن هذا الأمر المتعلق بالتفسير الواسع، والمتعلق بالمعنى، لا اللفظ، ومما جاء في هذا الباب قول "ابن فرحون" ما يلي:

"...أن القضية إذا كانت مشكلة فيكشف عن حقيقتها في الباطن ويستعين بذلك للوصول إلى الحق، وقد أجاب الشيخ أبو عبد الله بن عتاب بعض الحكام في قضية أشكلت بأن قال ووجه الخلاص في هذا على ما كانت القضاة تفعله في شبه ذلك أن تكشف في الباطن عن ذلك، فإذا انكشف لك أمر اجتهدت فيه على حسب ما انكشف لك وفعلت ما يجب في ذلك، فقد كانت القضاة -رحمهم الله تعالى- يستعينون بالكشف عن باطن القضية ولا يخرجون في ذلك عن الواجب..."⁷¹

والتأويل السابق يحيل إلى التأسيس السيميائي بين القانون وهرمينوطيقا القانون ولعل الكلام سيطول إن شاء الله فيما سيأتي من المقالات حول التعامل النظري والتطبيقي بين فلسفة التأويل والقانون، من أجل التأسيس السليم للفهم الإبستمولوجي للقانون.

ومجمل الكلام فما سبق وفي ما سيأتي، إنما له مناط واحد متعلق بإخراج الدرس القانوني من التقليد والجمود، وليس الكلام هنا عن التقليد العلمي المتعلق بإتباع نمط أو أنماط مسطرة مسبقاً تضبط العلم وتحدد

⁶⁹ - Seaford Court Estates Ltd v Asher [1949] 2 KB 481 is a case English law concerning interpretation of an Act of Parliament.

للإطلاع على الحكم بشكل مفصل يمكن مراجعة:

(Alfred Thompson Denning, The discipline of law Butterworths, London, 1979).

⁷⁰ - Vincent Cyril Richard Arthur Charles Crabbe, Understanding Statute, (Cavendish Publishing, England, 1994), pp. 49-51.

⁷¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (القدس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009)، ص. 45.

قواعده، بل الكلام مأخوذ إلى تنميط عملية القانون، ومحاولة دراستها دون أسئلة أو علل أو مقاصد.

وإن الدرس القانوني يحتاج إلى التعاطي اللغوي، هذا التعاطي يكون من خلال دراسة النص القانوني কিما كان، دراسة أفقية مرتبطة بعلم اللغة، في أفق التأسيس إلى علم اللغة القانوني، كمبحث يطور المعرفة القانونية، بل ويجود النص القانوني، ويحوّله إلى خطاب مفتوح يحتاج عقلا في فهمه، وفي التعامل معه.

ومخالفة بذلك لما طرحه بعض التقنيين الذين يحولون التعامل مع القانون إلى تعامل آلي فحسب، ومن بين من إتجه نحو هذا الطرح هو الأستاذ جيمس إ. بوند من خلال كتابه أساس إصدار الأحكام، وقد جاء فيه:

"...إن صفتا "الحرفيين" و"رجال الدولة"، هما صفتان أكثر دقة لمختلف أنماط القضاة الذين خدموا في المحكمة. فالحرفي القضائي يبحث في المقام الأول عن نص الدستور كدليل يسترشد به عند الحكم في القضايا، ثم في المقام الثاني عن فهم واضعي الدستور لذلك النص... لكن في كثير من الحالات يجب أن يبحث خارج النص عن فهم واضعوا النص. وعلى الرغم من ذلك، فإن الحرفي يخصص اهتماما كبيرا للنص ذاته، ومع احتمال أنه سيقوم بفحص النص لغويا أكثر من احتمال أن يفعل رجل الدولة ذلك..."⁷².

ولقد حاول الأستاذ سعيد بيومي في الدراسة التي سبق ذكرها إلى التأسيس اللغوي للنص القانون من خلال الصيغة، والمعجم، والمصطلح في إطار التماسك النصي للقانون.

2 - تحديد سوسولوجيا القانون: نحو تقريب السوسولوجيا من علم القانون

يعتبر علم الاجتماع إحدى أهم هذه العلوم التي تترابط مع علم القانون، من أجل "فهم القانون من خلال علم الاجتماع".، وفتح المجال للمقاربة السوسولوجية لعلم لقانون، يتحقق باستحضار الفرضيتين التاليتين:

- الأولى؛ هي علاقة المجتمع بالقانون في إطار أمرية القانون على المجتمع⁷³، وكيف ينتج هذه الأمرية تفاعلا

⁷² - جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: نهى نايف مرسي، (مصر، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط 1 1998)، ص. 81.

- وهذا الطرح مخالف للفهم الابستمولوجي الذي نحاول التأسيس له، والرد عليه لا يتسع له المجال الآن، فالرد يحتاج أفراد الكلام له مطولا، وقد حاولنا الرد في دراسة مطولة بعنوان: "المسلمات النقدية لدور القاضي الإداري الإنشائي" على هذه الفكرة.

- أحمد السكسيوي، المسلمات النقدية لدور القاضي الإداري الإنشائي: دراسة في ضوء مبادئ الفقه الإسلامي وفلسفة القانون، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، (عدد 11، 2016).

⁷³ - يطرح هذا الوصف إشكالية أساسية مرتبطة بالرفض المستمر للقانون من طرف المجتمع، هذا الرفض يجعل من التعريفات المقدمة بمناسبة التهميد للقانون أو تحديد مدخل للقانون قابلة للتفنيد، وهاته التعريفات من قبيل: "... تسعى القاعدة القانونية إلى تنظيم الحياة في المجتمع..."، فهي تعريفات تعتبر عند محددتها مسلمات ثابتة تتناقل من باحث إلى باحث، وهذا مدخل الإشكالية لذلك يبتعد دارس القانون عن الإشكاليات الحقيقية متجها نحو إطار مفاهيمي يقده، لكن هذا الإطار هو قابل لإثبات عكسه.

سلبيا معه، وتنتج عن هذه العلاقة في غالب الأحيان نظرة سلبية للمواطن تجاه القانون، من خلال الرفض المستمر للقيود القانونية وللآجال والمساطر القضائية، المترتبة عند تطبيق النص القانوني.

- الثانية؛ علاقة علم القانون بعلم الاجتماع، من خلال تجاوز دراسة القانون مستقلا عن العلوم الاجتماعية، وهذه مسألة اخرى مرتبطة بالإشكال الواقعي السابق.

هذه العلاقة المركبة تطرح فرضية مهمة حول "خصوصية الإشتغال السوسولوجي بالقانون" بالمقارنة، مع الإشتغال اللغوي، أو الإشتغال المقارن مع الفقه الإسلامي، أو الإشتغال المنطقي بالقانون. بل إن المقاربة السوسولوجية للقانون تتميز بطابع العمومية والتركيب.

إن الفرضيات السابقة، تجعل المقاربة السوسولوجية أمرا حتميا، وضروريا، فإذا أخذنا مثلا؛ حول الأنظمة العقارية بالمغرب، المعقدة من الناحية القانونية، والضاربة في القدم، فإن فهمها يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الدراسة السوسولوجية للترسبات والإشكالات المتجلية في تعددها، وكذا قدم بعض النصوص المنظمة لها والتي لا تتماشى مع تطور المجتمع المغربي، بل إن بعضا من القوانين تتسم بطابع الإستعمارية⁷⁴، الشيء الذي يجعلها لا تحقق التنمية والإستثمار المرجوا، وهذه الإشكالات متواصلة إلى اليوم، مؤثرة بذلك في علاقة المجتمع بالقانون، خصوصا إذا ما إعتبرنا العقار وجه من أوجه التملك، وهذا الأخير ظاهرة إجتماعية معقدة، فقد إعتبر الأستاذ والفقيه الفرنسي "جان كاربونييه" حق الملكية من دعائم القانون، أو أسسه، إضافة إلى الأسرة والعقد⁷⁵.

لكن يجب أن نبه إلى مسألة مهمة، حول تأثير الدراسة السوسولوجية المراقبة للقانون، في إبتعاد الباحثين في العلوم القانونية من المقاربة السوسولوجية، هذا قيد مؤثر في التعامل بأدوات الإشتغال السوسولوجية عند دراسة القانون، ولا ينفك هذا القيد إلا بتقريب السوسولوجيا من علم القانون، وسنعمل على توضيح هذا الإشكال في ما سيأتي من الفقرات.

أ - تجاوز النظرة السوسولوجية المراقبة للقانون: لما كانت الظاهرة الإجتماعية تتميز بالتعقيد والتشعب في ما ينتج عنها من علاقات وإشكالات، فإن السوسولوجي لا يستطيع أن يدرس المجتمع من دون إستحضار القانون كمنظم له، طبقا لما سبق ذكره، فهذا الأمر ينتج عنه وجود ترابط بين القانون والمجتمع، سواء في إطار العلاقة المباشرة (إي إعتبار القانون؛ الإطار المنظم للمجتمع)، أو من خلال العلاقة العلمية (من خلال إعتبار القانون مجالا رئيسيا في دراسة المجتمع)، وهذا ما يؤكد فرضية "خصوصية الإشتغال السوسولوجي بالقانون". فإذا كان اللغوي أو المنطقي يستطيع دراسة مجاله بعيدا عن القانون، فإن السوسولوجي لا يستطيع ذلك، فالقانون إحدى الأنساق المكونة للمجتمع.

⁷⁴ - يحيل مصطلح الإستعمارية أو الكولونيالية إلى زمن نشأة هذه القوانين في ظل الإستعمار الفرنسي، وهي قوانين من ناحية المبدأ لم تكن سوى غلافا لبعض من الأطماع التي أظهرها المستعمر تجاه المغرب.

⁷⁵ - Jean CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, (Paris, LGDJ, 10ème éd. 2001), p. 345.

وبما أن السوسيولوجي في دراسته للقانون، تكون نظرتة إلى هذا القانون، من خلال مقارنة علوية أو شمولية، فإن هذا المنظور لا يحقق الدراسة المتصلة بعلم القانون، أي أن السوسيولوجي لما يبدأ في دراسة الظاهرة الإجتماعية المرتبطة بالقانون، يُحوّل هذا الأخير إلى ظاهرة، فيدرسه منفصلا عن سياقه وعن خصوصياته، وهذا الإشتغال الخارجي يحقق نتيجتين سلبيتين:

- أولا؛ تكون نتائج بحثه بعيدة عن القانون نفسه، فلا يستطيع رجل القانون الإستفادة من الخلاصات والنتائج التي توصل إليها السوسيولوجي، بمعنى أن البحوث المقدمة في إطار التكوين السوسيولوجي والتي حاولت دراسة القانون والمجتمع، لا يكون لها أثر في المجتمع، وفي المشرع أيضا.

- ثانيا؛ يترتب عن هذه الدراسة، تبني المقاربة السوسيولوجية للقانون المعطى التاريخاني، أي دراسة القانون في إطار الرصد الزمني له وتفاعلاته مع المجتمع، بمعنى أن السوسيولوجي ينظر من زاوية المجتمع لا من زاوية القانون، وغالبا ما يكون منتصرا للمجتمع، فتكون نظرتة للقانون نظرة علوية أو إصلاحية⁷⁶، وهذا المعطى لا يحقق الإتصال المعرفي بين علم القانون وعلم الإجتماع، وهي دراسة تأخذ طابعا مستقلا، يشبه نوعا ما إستقلال دارس القانون، والذي يكتفي بدراسة النصوص والأحكام القضائية بمنطقها الداخلي لا بمنطق متصل مع باقي العلوم الأخرى، بل إن هذه التاريخانية الممزوجة بالسوسيولوجيا، تُحوّل الدراسة إلى حقل الأنثروبولوجيا، من خلال تزواج التاريخ ودراسة المجتمع، في إطار ظاهرة المجتمع و الضبط الإجتماعي، وهي دراسة مفيدة من أجل التأسيس لبعض الظواهر والتصرفات القانونية، كالعقد وما شابه ذلك، لكنها لا تحقق دراسة داخلية للنصوص القانونية، فتبقى هذه الدراسة بعيدة عن القانون (بإعتباره نسقا من القواعد والمؤسسات)، قريبة من تأسيس الظواهر المحيطة بالمجتمع.

ويمكن أخذ مثال للفهم، متمثل في مفهوم "الإستقطاع" أو "الضريبة" كإلتزام قانوني وظاهرة إجتماعية، ولما كانت الضريبة "إلتزاما قانونيا تفرضه السلطة العامة، طبقا للمبادئ الدستورية والقانونية المحددة لهذا الفرض"، فإننا سنجد بعضا من الدراسات تدعي المقاربة السوسيولوجية لهذه الظاهرة، قد إبتعدت عن هذا الوصف القانوني التقني لها، وقد اقتربت من التأريخ الاجتماعي، بمعنى محاولة رصد الظاهرة في سياق نشأتها، حتى يحصل الفهم المرجوا.

لقد قارب بعض من الباحثين، موضوع "الإستقطاع" أو "الضريبة" في إطار تاريخاني، مرتبط بثنائية: القبيلة، المخزن والإسلام، العرف. من أجل تبين تأثير احد الجانبين العضوي، الحسي أو المرجعي، المعنوي في الإستقطاع، من

⁷⁶ - المقصود بالإصلاحية هنا؛ هي تلك النظرة المصلحة التي يتصف بها باحث السوسيولوجيا لما يبدأ بدراسة القانون، فيصبح بمثابة مصلح، ابعده من أن يحلل النص القانوني في ظل علاقته بالمجتمع، وقد نبه لهذا الأمر الأستاذ غاي بيخور لما حاول دراسة القانون المدني المصري، وتأثير فكر السنهوري عليه، فانتقد تلك النظرة الفوقية أو المصلحة للقانون، عن طريق الأنثروبولوجيا والسوسيولوجيا، بل إن الأمر يحتاج حسب غاي بيخور تمازج التاريخ والسوسيولوجيا والقانون. لتوسع راجع: غاي بيخور، مرجع سابق، ص ص. 3-4-5.

77. خلال فرض الضرائب من قبل السلطان فقط إرضاء لبعض من النخب المغربية في ذلك الزمن .

النتيجة؛ هي أن المقاربة السوسولوجية - الخارجية للقانون- لا تحقق التحليل البنوي للنص القانوني وكذا المؤسسات الفاعلة فيه، ولقد أدت هذه النظرة -المفيدة في بعض جوانبها- إلى تكوين قناعة خاطئة لدى بعض الباحثين المتخصصين في القانون الحرفي والتقني، بحيث يعتقدون أن السوسولوجيا مبحث تأصيلي، أي تبحث في السياقات التاريخية للتصرف أو الفعل أو المؤسسة القانونية المدروسة من قبل رجل القانون، لأجل التوصل إلى جذور الظاهرة، وربطها بسياقات نشأتها، بحيث لا يستطيع رجل القانون الخروج من المفاهيم الاجتماعية في إرتباطها التاريخي أو الأنثروبولوجي مع القانون.

ب - تقرب السوسولوجيا من القانون: تتحقق تصاعديا، أي من خلال القاعدة القانونية تجاه علم الاجتماع، عن طريق التحليل المباشر للنص في إطار المقاربة الشمولية لعلم الاجتماع، أي تجاوز النظرة الفوقية والخارجية للقانون، التي تحول دون فحص النصوص والمؤسسات القانونية، فحسا داخليا، هذا الأمر هو ما يمكن أن نطلق عليه ب:"تقريب السوسولوجيا من مجال القانون"، أي العمل بوسائل علم الاجتماع داخل المجال القانوني، أو داخل الدائرة التداولية لعلم القانون.

والنظرة الداخلية الفاحصة للقانون تقتضي مرحلتين: الأولى متعلقة بالرصد الاجتماعي للقانون، والثانية تكريس القوة الإقتراحية المبنية على هذا الرصد السوسولوجي. والمرحلة المتعلقة بالرصد الاجتماعي تتحقق من خلال:

- الانطلاق الإحصائي من زمن ما قبل تشريع النص القانوني: أي دراسة المجال الذي سيتم صياغة النص القانوني فيه، من خلال الدراسة الإحصائية، التي تعطي للمشرع مجال متسعا من اجل فهم الأرضية الذي سيتم صياغة النص فيها، وهذه الدراسة الإحصائية تكمن من تجاوز بعض الإشكالات التي تطرح على القانون عموما، والقانون المغربي على وجه الخصوص، كالإقتباس مثلا⁷⁸.

77 - لمراجعة هذه المقاربة بتفصيل: الهادي الهروي، القبيلة، الإقطاع والمخزن، مقاربة سوسولوجية للمغرب الحديث (1844-1934)، (المغرب، أفريقيا الشرق، 2010).

78 - يطرح الاقتباس بالمغرب سؤال تطابق القانون مع خصوصيات المغرب، أو كما يسمى بإشكالية القانون الكولونيالي وعلاقته بالشريعة الإسلامية والعرف المحلي، لذلك فقد حاول بعض من فقهاء الإسلام خصوصا في تونس بتوجيه النظر الفقهي للقوانين الكولونيالية بما يخضع القانون لخصوصية الشريعة الإسلامية، لكن محاولات لم تراعي ما سيأتي من تطورات بعد ذلك.

إن إشكالية الاقتباس تبقى أهم إشكالية، وتطرح على المشرع الحالي عبء التخلص من هذا القانون الكولونيالي، فهو مجرد محاولات للسيطرة، والمجتمع يدخل في صراع مرير مع هاته المعرفة الكولونيالية.

ولعل عدم البحث في أصولها ووضع منطلقات للتأريخ الفكر القانوني المغربي والعربي، يعمق من الخلاف، والباحثون المهتمون بهذا المجال هم قلائل، الباحثون الآن يبحثون عن تطبيقات القانون الحالية خصوصا القوانين المدنية المعاصرة وهذا أمر ضروري لكن لن تكتمل دراستهم دون البحث عن العقل الذي أنتج هذه القوانين، ودراسة التصادمات التي حصلت عند تنزيل القانون في المغرب والدول المحيطة به.

إن الاقتباس ظاهرة ليست مرتبطة بأصول القانون بالمغرب في تلك اللحظة المفصلية، بل الاقتباس يمتد إلى عملية تقنية لازالت مستعملة إلى الآن، وهي قد تولد صراعا خفيا للقانون، ودليل هذا الطرح هو ما تلقاه بعد القوانين التي تم جلبها من

ويمكن إعطاء مثال حي بالملتضى القانوني المتعلق بإنشاء أقسام القضاء الإداري بالمحاكم الابتدائية والإستئنافية بالمغرب، والمنصوص عليه في مشروع التنظيم القضائي المغربي، الذي لم يتم دراسته من خلال المقاربة السوسيوولوجية (أدوات الإحصاء)، فخلف هذا المقتضى بعضا من المشاكل حول دور هذه الأقسام التي لا ترقى لأن تكون محاكم إدارية، وهذا الأمر سينتج عنه لا محال إنفصال بين المجتمع وهذا القضاء، أي سيصبح المجتمع لا يتق بهذه المؤسسة التي لم تحقق حتى تطورها الداخلي، رغم ما كان للمشرع من نية في تقريب هذه القضاء الإداري من المواطن، ويدخل هذا الإشكال في إشكالية عامة مرتبطة بتزايد القيود الواردة على عمل القضاء الإداري⁷⁹.

- الدراسة الاجتماعية أثناء صياغة النص القانوني: ينتج عن المرحلة السابقة، محاولة استحضار علم الاجتماع أثناء صياغة النصوص القانونية، من اجل تفادي النظرة الأحادية في صياغة القانون، أي طغيان الجانب الشكلي والمكتبي في صياغة القوانين، وصياغة القوانين داخل مكاتب مغلقة غير منفتحة على المجتمع، فمن المفترض أن يكون القانون نابعا من المجتمع، كمخرج لتطلعاته، وليس قانونا فوقيا، لهذا يجب على التشريع أن يحقق في الحدود الدنيا نقاشا عموميا يتقدمه المجتمع.

- التحليل السوسيوولوجي أثناء دخول النص القانوني حيز التنفيذ، والاحتكاك المباشر مع المجتمع: إن رصد تصادمات القانون مع المجتمع، تمكن من تجاوز بعض الإشكالات القانونية، قبل إثارة المنازعة، بل إن السوسيوولوجيا في هذه المرحلة تصبح بمثابة دراسة وقائية، تقترح الحلول قبل الوصول إلى المنازعة.

وعلى سبيل المثال: إن دراسة نظام أراضي الجموع من خلال بعد سوسيوولوجي، يمكن من وضع مكامن الخلل في كثير من الفصول المنظمة لأراضي الجماعات السلالية، في رصد التقاطعات بين الجماعة ومجلس الوصاية وجهاز الدولة الوصي، أو المقيد، من خلال أبعاد نشوء النص، مثلا الفصل الخامس الذي لا يعطي الحق للجماعة حق التحفيظ دون طلب الإذن من الوزارة الوصية، وهذا مظهر سلطوي لا يدرس إلا في سياقه التاريخي والسوسيوولوجي، حتى تتمكن اليوم من تجاوز مثل هاته الفصول غير إجتماعية.

الدول الأوروبية انتقادا من طرف المجتمع، ولعل مدونة السير بالمغرب المقتبسة من السويد حجة في ذلك، لما لاقته من منع وشجب.

⁷⁹ - رغم ما كان للمشرع من نية سليمة في تقريب القضاء الإداري من المواطنين، لكن يجب أن يتم وضع دراسة عميقة لإعادة توزيع المحاكم الإدارية لمراعاة الجهوية، لكن دون إحداث أقسام في المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف. ويمكن الاستفادة من التجربة الفرنسية في توزيع المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، فقط من الناحية الشكلية على اعتبار أن عدد القضايا الراجعة بفرنسا في المجال الإداري تفوق بكثير عدد القضايا في المغرب. وبذلك يجب محاولة إعادة توزيع وإضافة بعض المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بالمغرب، في بعض الجهات وليس كل الجهات كما دعى إليها البعض، من خلال مراعاة المعايير الثلاثة التالية:

- المعيار الجغرافي من خلال مساحة الجهة؛

- المعيار السكاني من خلال عدد السكان الجهة؛

- المعيار المتعلق بعدد القضايا الراجعة في الجهة. لتوسع راجع: أحمد السكسيوي، القيود الواردة على اختصاص

القضاء الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، نوقشت بكلية بجامعة محمد الخامس، بكلية الحقوق سلا، غير منشورة، سنة الإجازة 2016، ص ص. 18-19.

- استحضار البعد الاجتماعي عندما يصبح النص القانوني في محك الممارسة القضائية: أي محاولة دراسة المنازعات القضائية في إطار علم الاجتماع، من خلال مآلات القانون داخل المحاكم، وكذا مدى تقبل المجتمع للمساطر المعقدة أثناء النظر في المنازعات، وتجاوز بعض الإشكاليات المترتبة عن المنازعة، كإشكالية تنفيذ الأحكام مثلاً.

على سبيل الختم: من ضيق التقنية إلى سعة العلمية

لقد أصبح الدرس القانوني أكثر نمطية، بل وشارحا للنصوص بمنطقها الداخلي، لا بمنطق تفاعلي تداولي مع المحيط العلمي، يظهر من هذا التوصيف السابق أن الدرس القانوني طغى عليه الجانب التقني في دروسه الملقاة على الطلبة، بل إن هذه التقنية قد استبدت بالعقول، فهم يدرسون ويحللون النص القانوني منفصلين عن العالم، فلا يهتمون بمقاصد الخطاب القانوني، أو بمآلاته من الناحية الواقعية، وأثره على المجتمع، بل ما يهم رجل القانون هو محاولة اكتشاف النص القانوني، ثم إحكام شرحه ووضع الحدود له، ومن ثم الانسياق وراء نص آخر جديد، ليحكم زمامه.

لقد أنتج هذا الأمر قناعة خاطئة لدى الطلبة، بحيث يعتقدون أن امتلاك ما أستجد من قوانين وأحكام يؤدي إلى زيادة الحظ في القبول في المهن المرتبطة بالقانون، حقا إن المستجدات القانونية مفيدة في تجويد المجال القانوني، والانفتاح على ميادين بحثية جديدة، من خلال التطور الداخلي المستمر للقانون.

لكن إن الانسياق الكلي نحو التفريعات والمستجدات القانونية يؤدي حتما إلى الاقتناع الخاطئ لدى الطالب بأن الكتب التي لا تواكب المستجدات، هي كتب بالية ليست لها أي قيمة، حتى أن البعض نفر من الكتب التي تأصل للقانون، وتقرأ القانون من زاوية غير شارحة للنص فقط، بل محللة إياه ومفككة لألفاظه ومعانيه، في ضوء علم اللغة وعلم المنطق أو علم الاجتماع أو فلسفة التأويل.

إذا كان الشرح على المتون ينفذ في تأهيل الطلبة لأن يمتلكوا صفة "التقنية القانونية"، والتي تأهلهم إلى أن يكونوا ممارسين للقانون، فإنهم مع ذلك لن يمتلكوا صفة "العلمية القانونية"، فكيف إذن سيتم إنتاج العلمية القانونية؟ والابتعاد بذلك عن "الممارسات القانونية" داخل الدرس الأكاديمي القانوني، كما نبه لهذا الأمر الأستاذ ميشيل تروبير في كتابه "فلسفة القانون".

إن هذا السؤال لا نستطيع الإجابة عنه بطريقة صريحة، بل إن الكثير ممن طرح إجابة لهذا السؤال قد هُمش أو عُزل من إطار البحث الأكاديمي في القانون، وعلى العكس من ذلك لا زال الكثيرون ينساقون وراء الشكلائية والتقنية.

تزداد حدة التقنية الصرفة، البعيدة عن عقل المشتغل بالقانون، عندما يكون هذا المشتغل باحثا أكاديميا، فتسيطر عليه هواجس الممارسة القضائية والقانونية، فتراه منساقا نحو هذه الممارسة، والحال أن هذه الأخيرة هي من يجب أن تستفيد من الطرح النظري الذي يكونه الباحثون، وإن هذا التأثير السلبي بالتقنية من قبل الباحث

يعود إلى الأسباب التالية:

أولاً؛ الانكباب الأعمى تجاه التخصص القانوني والانفصال عن المحيط العلمي، حتى أصبح معها الباحث في القانون الفطن يلعن تخصصه الأكاديمي، ذاك التخصص المختل، الذي يحب الانفصال عن المحيط العلمي.

فيصبح رجل القانون في موقع علوي ينظر منه إلى المجتمع، وقد تحول الباحث إلى إنسان متقوقع في تخصصه القانوني فيرى أصحاب هذا التخصص القانوني أنهم يملكون مفاتيح الإصلاح، ويملكون مفاتيح الأمرية (إحدى صفات القانون الجوهرية)، بل هم أصحاب القانون الصرف البعيد عن العلمية. فلا احد يجب أن يناقش القانون من زوايا علمية أخرى، سوى زوايتهم هم، بل إن رجل القانون يعتقد أنه هو صاحب الحق الأصيل في مناقشة النص في ذاته، وغالبا ما ينتفض غضبا إذا ما حاول بعض من الباحثين في علم الاجتماع أو علم النفس البحث عن أوجه جديدة في القانون.

ثانياً؛ إن السبب الثاني لطغيان التقنوية على حساب العلمية في الدروس والبحوث الأكاديمية بمجال القانون، هو الجانب النفسي للباحث الذي يرى أنه يمتلك المجال، بل يتسيده، ولما يصبح الباحث متملكا للقانون، ومعتقدا أنه هو الوحيد الذي له الحق أن يناقشه، فإنه يغرق في المعطيات الشكلية المتربطة بالأجالات والتقدم وأحكام متفرقة في القانون بطريقة أحادية بعيدة عن العلمية قريبة من جمع المعلومات، في حين إذا كان الباحث يتعامل مع القانون بأسلوب الكينونة لبحث في هذه المعطيات القانونية (أجالات أو أحكام أو شروط أو أركان ...) عن المعنى، وعن المقاصد والخلفيات والعلل ومآلات التطبيق على مستوى المجتمع.

ولعل أبرز من عقد المقارنة بين أسلوبيين يسودان في العالم، هو عالم النفس الأميركي إريك فروم الذي ميز بين أسلوب الكينونة الجوهرية وأسلوب التملك المظهري في كتاب له بعنوان: الإنسان بين الجوهر والمظهر، عالم المعرفة، عدد 140، غشت 1989.

لقد حاول أريك فروم أن يقتني بعناية كافية تجارب ومقارنات واقعية لفهم هذين الأسلوبين، فقد قام بمقارنة الطالب (القانوني مثلا) الذي يتعامل مع المحاضرة بطريقة تملكية لا تهتم إلا بمجال ما سيدونه في المحاضرة، ثم يحفظه عن ظهر قلب ويحرص على ألا تضيع أوراق المحاضرة، أما الطالب (القانوني) الكينوني فيتعامل مع المحاضرة بطريقة أكثر عمقا، فيطورها ويبحث فيها عن كثير من الإشكاليات ذات المعاني المتعددة.

ائمة المراجع المعتمدة في الدراسة:

أولاً: باللغة العربية

أ- كتب:

- نجيب بودربالة، القانون بين القبيلة والأمة والدولة، جدلية التشريع: العرف، الشريعة والقانون، ترجمة: محمد زرين، (المغرب، إفريقيا الشرق، 2015

- حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطلق القانون، (المؤسسة العربية للفكر والابداع، بيروت، ط 1، 2017)

- محمد همام، تداخل المعارف ونهاية التخصص في الفكر الإسلامي العربي (دراسة في العلاقات بين العلوم)، (بيروت القاهرة، دار نماء للبحوث والدراسات، 2017)

- عبد الله إبراهيم، الاتجاهات والمدارس علم الاجتماع، دراسة في فلسفة العلم (الإبستمولوجيا)، (بيروت – الدار البيضاء، المركز الثقافي العربي، 2010)

- سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، (مصر، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2010)

- مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني، (المغرب-الجزائر، دار الأمان، منشورات الاختلاف، منشورات ضفاف، الطبعة الأولى، 2015)

- اللورد ديننج، ترشيد الفكر القانوني، في تفسير القانون والوصايا والعقود، ترجمة: هنري رياض، (بيروت، دار الجيل، 1981)

- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (القدس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009)

- جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: نهى نايف مرسي، (مصر، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط 1 1998)

- غاي بيخور، مدونة السهوري القانونية: نشوء القانون المدني العربي المعاصر (1932-1946)، ترجمة: رشا جمال، (بيروت، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، 2007)

ب- بحوث أكاديمية:

- أحمد السكسيوي، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، نوقشت بكلية بجامعة محمد الخامس، بكلية الحقوق سلا، غير منشورة، سنة الإجازة: 2016، ص. 18-19.

ج- مقالات:

- محمد الشليح، مدلول الفصل 15 من القانون رقم 79 – 6 المنفذ بظهير 25 دجنبر 1980 من خلال تحليل ميتودولوجي، (مداخلة مناسبة تخليد الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى)، ص. 38-39.

- أحمد السكسيوي، المسلمات النقدية لدور القاضي الإداري الإنشائي: دراسة في ضوء مبادئ الفقه الإسلامي وفلسفة القانون، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية. (عدد 11، 2016).

- أحمد السكسيوي، القانون المُلتبس، مقال منشور بالموقع الإلكتروني لمؤسسة الجزيرة الإعلامية، مدونات الجزيرة، على الرابط التالي:

<http://blogs.aljazeera.net/Blogs/2016/12/17/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D8%AA%D8%A8%D8%B3>

- أحمد السكسيوي، الدرس القانوني: من ضيق التقنية إلى سعة العلمية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني لمؤسسة الجزيرة الإعلامية، مدونات الجزيرة، على الرابط التالي:

<http://blogs.aljazeera.net/Blogs/2017/3/13/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B1%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%85%D9%86-%D8%B6%D9%8A%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%88%D9%8A%D8%A9-%D8%A5%D9%84%D9%89-%D8%B3%D8%B9%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%85%D9%8A%D8%A9-1>

ثانيا: باللغة الأجنبية

أ- باللغة الفرنسية:

- Jean CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, (Paris, LGD), 10ème éd 2001)

- Michel Miaille, Une introduction critique au droit, (Paris, Éditions Maspéro, 1976).

ب- باللغة الإنجليزية:

- Alfred Thompson Denning, The discipline of law, (London, Butterworths, 1979).

-Vincent Cyril Richard Arthur Charles Crabbe, Understanding Statutes, (England, Cavendish Publishing, 1994)

الاعتداء المادي على الملكية العقارية بين الثابت والمستحدث في العمل القضائي المغربي

ذ بحسيس مصطفى

ماستر في القانون المدني كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية

بأكادير

مقدمة:

أولت مختلف النظم و التشريعات الوضعية أهمية محورية لحق الملكية بوجه عام، وفي هذا الصدد أقر الدستور المغربي حماية خاصة للملكية العقارية، و اشترط عدم المساس بها إلا وفق الشكليات المنصوص عليها قانونا وفي حدود ما تتطلبه التنمية الاجتماعية والاقتصادية .

وقد وجد المشرع المغربي للتخفيف من حدة هذه الحماية، آلية نزع العقارات من أصحابها استنادا إلى النصوص القانونية الواردة في القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة و الاحتلال المؤقت⁸⁰ ، و التي تتضمن الإجراءات المسطرية المتتابعة الممكنة للإدارة من نزع الملكية العقارية بعد استيفائها دون خرق.

وإذا كان من المطلوب بل من الواجب على الإدارة و الهيئات المعنية في حكمها أن تلتزم صحيح القانون في كافة تصرفاتها و منها تلك المتعلقة بنزع الملكية، فإنها وفي أحوال كثيرة تعتمد إلى وضع يدها على ملكية الأفراد خلافا لمقتضيات القانون و دون اتباع المساطر الإجرائية الجاري بها العمل، الشيء الذي يجعل تصرفها و الحالة هذه مؤسسا لواقعة الاعتداء المادي، وينشأ تبعا لذلك الحق لصاحب المصلحة لمراجعة القضاء من أجل المطالبة برفعه .

ولئن كان القضاء العادي هو صاحب الولاية في الفصل في كل النزاعات التي تطرح تحت نظره بصرف النظر عن طبيعتها إلا أن تشعب القضايا وتعقيدها جعل اختصاص النظر في الاعتداء المنسوب للإدارة من نصيب القضاء الإداري، هذا الأخير الذي يقف في كثير من قراراته سدا منيعا ضد الاعتداءات المنسوبة للإدارة .

⁸⁰ القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لاجل المنفعة العامة و الاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 254.81.1 الصادر بتاريخ 11 رجب 1402 (06 مايو 1982)، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983 ص: 980.

غير أن ما يسترعي الانتباه في هذا المقام أن بعضا من القرارات القضائية في قضايا الاعتداء المادي سرعان ما خالفت التوجه المتواتر لما أقرت ضرورة التلازم بين التعويض عن الاعتداء المادي وضرورة نقل ملكية العقار للجهة التي دفعت التعويض ، الشيء الذي يطرح التساؤل حول طبيعة المنحى الذي يجب أن يأخذه تصور القضاء لفعل الاعتداء المادي؟

ولإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا معالجة هذه الدراسة في محورين وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول : الحكم برفع الاعتداء المادي على الملكية العقارية.

المطلب الثاني : الحكم بالتعويض عن الاعتداء المادي مقابل نقل الملكية العقارية.

المطلب الأول : الحكم برفع الاعتداء المادي على الملكية العقارية.

يمتلك القضاء الإداري في سبيل رفع الاعتداء غير المشروع للإدارة على ملكية الغير سبلا شتى منها الأمر بإيقاف الأشغال التي تباشرها بدون سند من القانون، وطردها من العقار المحتل(الفقرة الأولى) وكذا تغريمها بألية الغرامة التهديدية حالة عدم انصياعها لتنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إيقاف التعدي و طرد المحتل بدون سند

يكتسي فعل الاعتداء المادي على ملكية الغير صبغة استعجالية، تبرر صلاحية القضاء الاستعجالي الإداري للتصدي له ، مادام أن هذا الفعل ما يزال في بدايته، ولم يصل بعد إلى الحالة التي يستعصي فيها رده⁸¹.

ويستوي أن يكون فعل الاعتداء المادي مجسدا من الناحية الواقعية كما لو باشرت الإدارة الأشغال المهمة لإنشاء البنايات أو أعمال الحفر...، أو غير مجسد كما لو أنها تترى الظروف للاستيلاء على أملاك الغير دون سند في القانون. ففي كلتا الحالتين يسوغ لمالك العقار وخاصة لما يكون محفظا مرا جعة القضاء الاستعجالي الإداري للمطالبة بإيقاف هذا التعدي بمختلف صورته⁸².

ولقد دأب القضاء الإداري المغربي على تأييد هذا النظر، وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بعدم مشروعية الأشغال المنسوبة للإدارة بصرف النظر عن نسبة تقدمها وعللت قضاءها بالقول:

⁸¹ ورد بشأن الاختصاص في العمل القضائي للمحكمة الإدارية بأكادير ما يلي :
"إن الاجتهاد القضائي المغربي استقر على أن قضايا الاعتداء المادي تدخل ضمن اختصاصات القضاء الإداري طبقا للمادة 8 من القانون 90.41 لان الأمر يتعلق بنشاط من نشاطات أشخاص القانون العام ويكون تبعا لذلك القضاء الاستعجالي بالمحاكم الإدارية مختص بالبت في طلبات رفع الاعتداء المادي".
أمر استعجالي عدد 2013/176 صادر بتاريخ 2013/10/11 ملف رقم 2013/7101/164 (غير منشور).
⁸² يجدر التنبيه إلى أن تدخل القضاء الاستعجالي لرفع الاعتداء المادي على العقار المحفظ لا يثير أي إشكال مادام أن قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل و المتمم بالقانون 14.07 ، ثابتة في إسناد حق الملكية لأصحابها ، غير أن الامر إذا تعلق بالعقار غير المحفظ غالبا ما يدفع أحد طرفي الخصومة بجديّة النزاع بغية إلقاء نظر قاضي المستعجلات في الأمر ، ويحرم تبعا لذلك الطرف الآخر من الحماية التي يوفرها هذا القضاء.

"لكن حيث إنه من جهة فنسبة الأشغال المنجزة لا تضيي الشرعية على عمل المستأنفة غير المستند إلى القانون ، إذا أن مواصلة الأشغال بدون سند يشكل استمرارا في الاعتداء المادي الذي يستدعي تدخل قاضي المستعجلات لوضع حد له.

.....

وحيث أنه من جهة ثالثة فإن صرف نفقات عمومية في بناء مشروع على أرض لا تملكه الإدارة ليس من شأنها إضفاء المشروعية على هذا التصرف الخارج عن نطاق القانون فضلا عن أن تبرير هذه النفقات لا تقع مسؤوليته على صاحب العقار وإنما تتحمل تبعاته الإدارة التي وضعت يدها على أرض الغير بدون سند قانوني يبرره"⁸³.

ولا تلتزم سلطة القضاء إيقاف الأشغال فحسب بل له أن يأمر بطرد الإدارة متى تأكد لديه تخلف السند الشرعي الذي تدعيه ، وفي هذا السياق قضت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بإلغاء الأمر الاستعجالي الذي قضى بعدم قبول طلب طرد وزارة التربية الوطنية من العقار المحتل والحكم تصديا بطردها.ومما جاء في قرارها ما يلي:

"وحيث إن العمل القضائي عندما استقر في بعض الأحيان على عدم إمكانية رفع الاعتداء المادي الذي تمارسه الإدارة على أملاك الغير أو إيقاف الأشغال التي يجسدها ذلك الاعتداء،إنما كان ذلك على وجه الاستثناء المبرر بضرورة حماية المال العام الذي يقف حائلا دون إفراغ الإدارة المعتدية وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بعد أن أصبح المرفق العمومي قائما ويسدي خدماته للمواطنين،وبالتالي فإنه متى انتفت العلة في الاستثناء المذكور يتعين الرجوع إلى أصل القاعدة وهو حق صاحب الملك في الحصول على أمر قضائي بطرد الإدارة المعتدية مادام أن دخولها إلى عقاره لم يرتكز على سند قانوني"⁸⁴.

ويتضح من خلال هذا القرار أن الأصل في الاعتداء المادي أن يحصل صاحب المصلحة مالك العقار على السند القضائي الذي يمكنه من طرد الإدارة من عقاره الذي طالته التعدي، غير أنه من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن ميقات مطالبة القضاء للقول بعدم مشروعية الاعتداء والأمر برفعه ذات أهمية قصوى في بلوغ النتيجة الإيجابية بمعنى أن وضع الإدارة يدها على العقار وتشييدها فيه مرافق عمومية يجعل حق صاحب المصلحة في التعويض أكثر ترجيحا منه في الافراغ.

الفقرة الثانية : فرض الغرامة التهديدية.

83 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 320 الصادر بتاريخ 10 مارس 2008 في الملف عدد 2/07/202 منشور بمجلة الحقوق ،سلسلة فقه المنازعات الإدارية ،العدد السنوي الثالث،2013،ص:397.
84 قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد42 صادر بتاريخ 2012/02/13 في ملف عدد 2/2011/136 أشار إليه أحمد اجعون،الاعتداء المادي على الملكية العقارية-الإشكالات العملية والحلول القضائية-،مطبعة المعارف الجديدة،الطبعة الأولى 2015،ص : 104.

غني عن البيان أن فكرة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه في مجال الاعتداء المادي يقتضي أن تمتثل الإدارة إلى الأمر الصادر من القضاء القاضي بإفراجها من العقار المعتدى عليه ، غير أن هذه الصورة لا تتحقق في بعض الأحوال ، لذلك يعتمد القضاء إلى مكنة الغرامة التهديدية بعد أن يتحقق من فعل امتناع الإدارة عن التنفيذ لإجبارها عن الانصياع لصريح قراراته.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بالغرامة التهديدية ضد الإدارة و مما جاء فيه أنه :

" حيث يعيب الطالب على القرار المطعون فيه بأنه قضى في مواجهة الدولة بغرامة تهديدية وهو لا يقبل قانونا واجتهادا بالنظر للملاءمة ذمة الدولة ولخصوصية المسطرة الإدارية وقواعد المحاسبة العمومية .

لكن حيث أن الغرامة التهديدية لا تصبح واجبة الأداء إلا بعد تصفيتها من طرف المحكمة على ضوء ثبوت الإمتناع غير مبرر عن التنفيذ ولا علاقة لتحديد الغرامة المذكورة بملاءة الإدارة ولا شيء يمنع من الأمر بإقرار تلك الغرامة في مواجهتها فكانت الوسيلة غير جديرة بالإعتبار"⁸⁵.

وجدير بالتنبيه أن الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة لا يدفع هذه الاخيرة إلى التخلي عن سلوك التعنت غير المبرر في التنفيذ ، الشئ الي يسفر عن تراكم هذه الغرامة بل ويمكن ان تتجاوز أصل الدين مما يجعل مسألة التنفيذ في تعقيد مستمر.

وفي هذا الصدد أخذ القضاء الإداري باجتهاد جديد - يستحق كل التنويه- أساسه التدقيق في الجهة المخاطبة بالتنفيذ والانتقال من مواجهة الإدارة إلى مواجهة المسؤول المباشر في التنفيذ، ويمكن التذكير بالمسوغات المنطقية التي ساقها القضاء المستعجل لمحكمة الرباط الادارية لمعالجة هذه المسألة إذ جاء في أحد أوامره ما يلي :

..."

وحيث من جهة ، فقد نص الفصل 448 المشار إليه على أن تحديد غرامة تهديدية للإجبار على تنفيذ الأحكام النهائية القاضية بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، يكون في مواجهة الممتنع عن التنفيذ، الذي أسماه النص "المنفذ عليه" وليس "المحكوم عليه"، وهي عبارة يتجاوز معناها شخص هذا الأخير لتتسع لكل من يقوم مقامه في التنفيذ. ويندرج ضمن هذا المفهوم بالطبع، ممثل الشخص المعنوي العام المحكوم عليه، شرط أن يكون إمتناعه عن التنفيذ غير مبرر حسبما يستشف من عبارة "إذا رفض المنفذ عليه" التي وردت في هذا المقتضى القانوني، كما أن الاختصاص في تحديد الغرامة التهديدية يبقى منعقدا أيضا في هذه الحالة لرئيس المحكمة الإدارية طالما أنه هو المشرف على التنفيذ.

⁸⁵ قرار محكمة النقض عدد 95/127 صادر بتاريخ 6 مارس 1995 ملف إداري عدد 94/10/206 مشار لدى محمدي لمعكشاوي ، الغرامة التهديدية في التشريع المغربي بين النظري و العملي ، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2010 ، ص : 62 و مابعدھا .

وحيث من جهة أخرى، فإن ما أضحى يزكي هذا التفسير هو اتجاه المشرع بوضوح من خلال ظهير 17 مارس 2011 بشأن إحداث مؤسسة وسيط المملكة، نحو شخصنة امتناع الإدارة غير المبرر عبر مسؤولها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، حيث نص في الفصل 32 منه على عدة إجراءات وجزاءات يتعين أن يتخذها وسيط المملكة في حق المسؤول أو الموظف الممتنع عن التنفيذ بدون مبرر، بدءاً بإخبار الوزير المعني بذلك ومروراً برفع تقرير إلى رئيس الحكومة أو إصدار توصية بمتابعته تأديبياً، وانتهاء بالدفع إلى متابعة المسؤول أو الموظف المذكور جنائياً عند الاقتضاء، كما أن موقف المشرع الدستوري لـ 29 يوليو 2011 جاء حاسماً بشكل نهائي وواضح عندما أقر هذا التوجه بمقتضى الفصل 126 من دستور المملكة الذي نص على أن الأحكام القضائية ملزمة للجميع⁸⁶.

ويظهر من خلال هذا التوجه الجديد أنه يمكن أن يحقق مزايا لأطراف التنفيذ، فلا شك أن المسؤول الممتنع عن التنفيذ يستشعر جسامه المسؤولية الشخصية وخيارات المتابعة جراء مماطلته غير المبررة في التنفيذ، ومن شأنه أن يحقق لحائز الحكم القابل للتنفيذ اقتضاء حقه في أمد عادل دون طرق المساطر المعقدة اللاحقة لواقعة الامتناع عن التنفيذ.

هذا، فإذا كانت الغرامة التهديدية الوسيلة التي يعتمدها القضاء الإداري الإجبار الإدارة عن التراجع عن الامتناع في تنفيذ قراراته وخاصة تلك الرامية إلى إفراغ عقارات الأفراد، فإن ثمة في هذا القضاء من يقضي بالتعويض لفائدة المعتدى على ملكيته في مقابل احتفاظ الإدارة بملكية العقار، وهو ما سيكون محور الحديث في المطلب التالي.

المطلب الثاني : الحكم بالتعويض عن الاعتداء المادي مقابل نقل الملكية العقارية

إن سلطة القضاء حيال الاعتداء المادي على الملكية العقارية حاسمة في رد الحق لمالك العقار، غير أن بعض من القرارات تجعل مطالبة هذا الأخير بالتعويض لا يمكن الاستجابة له دون نقل الملكية إلى الجهة المعتدية (الفقرة الأولى) الشيء الذي يثير مدى صواب هذا الطرح (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب

إن استقرار العمل القضائي على مستوى قضاء الموضوع يسفر عن القول بأن هذا الأخير لظالم يقضي لمصلحة صاحب حق الملكية التي طالها الاعتداء المادي بالتعويض جبراً للضرر الذي لحقه، غير أن الأمر لم يكن كذلك على مستوى قضاء النقض، ذلك أن هذا الأخير أوجد تكييفاً مستحدثاً لواقعة الاعتداء المادي لما أقر ضرورة التلازم بين دفع الإدارة أو من يقوم مقامها للتعويض عن الاعتداء المادي ونقل حق الملكية إليها، واعتبر أن القول بغير ذلك فيه مجانية لأحكام نظرية الإثراء بلا سبب.

⁸⁶ أمر إستعجالي رقم 6890 صادر بتاريخ 2014/06/27 عن المحكمة الإدارية بالرباط، منشور بسلسلة فقه القضاء الإداري، العدد الثاني، طبعة 2015، ص 349 وبعدها.

وقد جاء في تعليل قضاء النقص لموقفه هذا ما يلي :

"حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار المطعون فيه ذلك أن المحكمة قضت بتعويض عن فقد المطلوبة ملكية عقارها المعتدى عليه ماديا من طرف الطاعنة ، ومع ذلك رفضت الحكم بنقل ملكيته لهذه الأخيرة ، خلافا لأحكام الإثراء بلا سبب ، المتمثلة في نازلة الحال في إثراء المطلوبة عندما قضي لها بالتعويض المذكور مع احتفاظها بملكية نفس العقار موضوع الحكم بالتعويض ، وافتقار الطاعنة لما حرمت من انتقال ملكية نفس العقار إليه ، مما شكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر وتقوم بينهما علاقة سببية مباشرة تتمثل في واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما ، وهو دفع تعويض عن قيمة عقار لم تنتقل ملكيته إلى من حكم عليه بدفعه وهو الطالبة المفتقرة ، فكان بذلك القرار المطعون فيه لما لم يقض بنقل الملكية لهذه الأخيرة و الحال ما ذكر فاسد التعليل ومعرضا للنقض"⁸⁷.

إن الحديث عن تطبيق أحكام نظرية الإثراء بلا سبب لا يمكن أن يستقيم ما لم يتم التحقق من ثبوت شروط قيامه، وهي إثراء المدين وافتقار الدائن وانعدام السبب القانوني لهذا الإثراء كما يقضي بذلك الفصل 66 من ظهير الالتزامات والعقود⁸⁸.

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن تخلف أحد هذه الشروط يجعل تطبيق أحكام هذه النظرية محل استبعاد.

وبالعودة إلى حيثيات القرار نلاحظ أنه يعتبر أن التعويض الذي قضي به لصاحب الملكية المعتدى عليها يشكل إثراء ما لم يقترن بنقل ملكية العقار المعتدى عليه ، وأن دفع التعويض من قبل الإدارة المعتدية دون تمكينها من حق الملكية يشكل بالنسبة إليها افتقارا.

وإذا كان تعليل نازلة الحال على هذا النحو، فإن الأمر نعتقده على غير ذلك، من منطلق أن التعويض الذي تلتزم الجهة المعتدية اعتداء ماديا بدفعه لا يشكل إثراء بدون سبب للجهة المعتدى عليها وإنما يشكل نوعا من أنواع جبر الضرر عن الحرمان من ممارسة السلطات التي يقررها حق الملكية لصاحبه⁸⁹.

ويترتب على هذا القول نتيجتين أولهما أن سبب الإثراء ثابت ومبرر، وثانيهما إنفصام العلاقة السببية بين افتقار الطالبة في النقص وإثراء المطلوبة .

⁸⁷ قرار محكمة النقص عدد 346 صادر بتاريخ 2011/04/28 في الملف الإداري عدد 2011/2/4/512 أشار إليه أحمد أجعون في مقاله "الحكم بنقل الملكية على إثر التعويض عن الاعتداء المادي"، مجلة الحقوق، عدد يناير 2014، ص: 173-174.

⁸⁸ ينص 66 الوارد أعلاه على ما يلي "من تسلم أو حاز شيئا أو أي قيمة أخرى مما هو مملوك للغير، بدون سبب يببر هذا الإثراء التزم برده لمن ائري على حسابه".

⁸⁹ تنص المادة 14 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي :
"يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله و استغلاله و التصرف فيه، و لا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

زيادة على ذلك فإن الافتقار الذي يحصل نتيجة خطأ المفتقر أو إهماله، فهو الذي يتحمل وزر الخطأ أو الإهمال ولا يجوز له أن يرجع على الغير ولو أثري هذا الغير من هذا الإفتقار⁹⁰.

زيادة على ما ذكر فإن التقابل الذي اشترطه القرار بين نقل ملكية العقار والتعويض عن الاعتداء، يجعل تكييف القرار لفعل الاعتداء ملتبسا، فمن جهة يتعارض والقواعد العامة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود التي تلزم الدولة ومؤسساتها بتحمل مسؤولية الإضرار الناجمة عن أفعالها عن طريق تعويض المتضرر دون إلزامه بمقابل. ومن جهة أخرى يخالف القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض والتي تلزم فيها الإدارة بجبر الضرر الذي لحق الغير نتيجة تصرفاتها السلبية عن طريق التعويض.

ولعل في نوازل قضاء النقض ما يعضد هذا القول إذ جاء في تسبب أحد قراراته ما يلي:

"حيث لأن كان من حق الإدارة تنفيذ قرارها بإرادتها المنفردة في إطار ما تتمتع به من سلطة التنفيذ المباشر، فإنه يتعين عليها في المقابل أن تقوم بذلك في إطار المشروعية وبدون الخروج عن الحدود التي يسمح بها القانون، وإلا اعتبر عملها اعتداء ماديا تتحمل فيه مسؤولية الضرر الناجم عنه إذا مس حق ملكية الغير أو حرته"⁹¹.

الفقرة الثانية : تقييم فكرة مقابلة التعويض بنقل الملكية

إن فكرة إقرار التعويض لمالك العقار الذي طاله اعتداء الإدارة وإقران ذلك بلزوم نقل حق الملكية إلى الجهة المعتدية لا يخلو من ملاحظات، نرى أن نبين أهمها في ما يلي:

- إذا كان المشرع قد اشترط ضرورة أن تتقيد الإدارة النازعة بضمانات النشر والإيداع والتعليق المنصوص عليها قانونا قبل الإذن لها بالحيازة، فإنه على القضاء أن يتمثل غياب هذه الضمانات في الاعتداء المادي وهو يقضي بنقل حق الملكية من يد المالك.

- إن المبرر القانوني للتعويض المحكوم به مقابل نقل الملكية يبقى محل نظر، فإذا نظرنا إليه من زاوية جبر الضرر الذي لحق صاحب حق الملكية فإن التساؤل يثار حول ماهية السند الذي يسوغ الحكم بنقل الملكية وإذا نظرنا إليه من زاوية أنه مقابل مباشر لنقل الملكية فإن الإشكال يحوم حول طبيعة المعايير المعتمدة في تقدير التعويض.

⁹⁰ يراجع بهذا الشأن إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 65، 66.

⁹¹ قرار محكمة النقض عدد 132 صادر بتاريخ 2006/02/15 في الملف الإداري عدد 2004/2/4/1236، مجلة قضاء المجلس الأعلى- الإصدار الرقمي مارس 2007- العدد 66، ص: 192.

- إن التوجه القضائي الذي يلزم طالب التعويض عن الاعتداء المادي بضرورة نقل الملكية ، لم يقدر الضرر الحال الذي يشكله فعل الاعتداء على حق التصرف الذي يضمنه حق الملكية لصاحبه ، كما لم يتحسب للضرر المستقبل الذي يجعل سمعة العقار المعتدى عليه اتجاه الاغيار الراغبين في تملكه.

- إن حماية القضاء لحق الملكية المعتدى عليها يجعله يقرب بالتعويض الكامل لصاحب المصلحة ليس على الاعتداء المادي فقط بل أيضا على الاستغلال، وقد جاء بهذا الشأن في قرار محكمة النقض ما يلي :

"إن المحكمة لما اعتبرت أن عدم استصدار الإدارة للإذن بالحيازة يجعلها في وضعية المعتدية ماديا على عقار الخواص. ورتبت على ذلك أن التنازل عن التعويض على الاعتداء المادي لا يستتبع حتما التنازل عن طلب التعويض عن الاستغلال ما دام أنهما مستقلين عن بعضهما، يكون قرارها مجيبا عن الدفع المثارة ومعللا تعليلا كافيا"⁹².

فما دام أن القضاء اعترف لصاحب الملكية المعتدى عليها بحقه في التعويض عن الاستغلال الذي حرم منه نتيجة الاعتداء المادي فإنه قد أقر من باب أولى حقه في التعويض عن الاعتداء المادي.

وزيادة في حماية حق التعويض عن الاعتداء المادي عن الملكية العقارية أقرت محكمة النقض عدم سقوط الدعوى المرتبطة به بسبب التقادم ، إذا جاء في أحد قراراتها ما يلي:

"لما كان الاعتداء المادي على عقارات الخواص من طرف الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة يشكل واقعة مستمرة لفعل غصب واعتداء على حق الملكية العقارية المضمون دستوريا، فإن دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عنه لا تسقط بالتقادم"⁹³.

- إنه من باب التذكير بأن قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة لا يشكل إلا استثناء على الأصل الذي يقضي بأن حق الملكية مضمون ولا يسوغ المساس به تحت أي ظرف من الظروف ، ومعلوم أن الاستثناء لا يسوغ التوسع في تفسيره، ومادام أن الإدارة لم تتمثل ضرورة فهم هذا الاستثناء على نحو ضيق ، فإن للقضاء أن يتصدى لها بكل حزم وأن يرد دفوعاتها المبنية على هذا الأساس ويقر تبعا لذلك تعويضا عادلا للمعتدى على ملكيته⁹⁴.

⁹² قرار محكمة النقض عدد 13 صادر بتاريخ 08 يناير 2015 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية العدد 24، السنة 2015 ،ص:37.

⁹³ قرار محكمة النقض عدد 327 صادر بتاريخ 14 يونيو 2012 في الملف الإداري عدد 2011/2/4/777 ، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية ، العدد 12.

⁹⁴ نرى أنه من الأهمية بمكان التذكير في هذا السياق بالتوصية التي أوردتها تقرير مؤسسة وسيط المملكة لسنة 2014 ،ص: 93، والتي جاء فيها ما يلي :

"كان لزاما على السلطة الإدارية، التي لا تنكر وضع اليد على العقار، وقبل الشروع في استغلاله، أن تسلك المساطر القانونية، وذلك بانتهاج إجراءات نزع الملكية، ثم إلتماس الإذن بالحيازة الوقتية بعد إيداع المبلغ المقترح من طرف لجنة تحديد قيمة العقار المؤهلة لذلك. في غياب سلوك هذه المسطرة، فإن الإدارة أصبحت في وضع ما يصطلح عليه بالاعتداء المادي، الذي يحملها المسؤولية عن هذا العمل، ويلزمها بتعويض مالكة العقار عن كافة الأضرار التي لحقت بها".

خلاصة

وحاصل القول من كل ما تقدم أنه لئن كان المشرع الدستوري أورد تقييدا على ممارسة حق الملكية كلما تطلب ذلك اعتبار المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية فإن ذلك لا يجب أن يحمل على التحلل من الضوابط التي يقرها القانون في هذا الشأن. بل يجب على الإدارة أن تلتزم بالمقتضيات القانونية الجاري بها العمل .

ومما لا شك فيه أن القضاء وخاصة منه الإداري وهو حارس المشروع مدعو للتصدي أكثر من أي وقت مضى لسلوك الإدارة حالة الاعتداء المادي على ملكية الأغيار، ذلك أن هذه الأخيرة في حالات مختلفة يظهر بأنها لا تكلف نفسها عناء ضبط المساطر القانونية اللازمة لنزع العقارات من أصحابها .

ومن نرى بأن المنحى الذي يجب أن يأخذه تعامل القضاء مع الاعتداء المادي هو ضرورة إلزامه للإدارة أو من يقوم مقامها بوضع حد لكل مساس غير مشروع بحق الملكية، والاتجاه نحو إقرار بدائل جديدة من خلال إقرار المسؤولية الشخصية للمسؤول عن فعل الاعتداء المادي وذلك قياسا على المسؤولية الشخصية للمسؤول عن امتناع غير المبرر للإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، وتعزيز الدور الذي يضطلع به القضاء الاستعجالي في هذا الشأن.

الأصل التجاري والمقاولات العمومية - مقارنة أولية من خلال الكتاب لثاني من مدونة التجارة

حسن رقيب

أستاذ باحث

جامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا

المحور الأول : تجليات وخصوصية الأصل التجاري في المرافق العمومية

أولا: المنتفع في المرافق العمومية التجارية المحترقة مرتفق أم زبون؟؟

ثانيا: رصيد المرفق العمومي التجاري غير المحترق من الزبناء .

المحور الثاني: السمعة التجارية في المرافق العمومية التجارية

أولا: السمعة التجارية في حالة الاحتكار

ثانيا: السمعة التجارية في ظل المرافق العمومية المحترقة

يجب تغيير النظرة الشمولية للأصل التجاري، عن طريق فك الإرتباط المقام بينه وبين التاجر، وإقامة إرتباط بينه وبين المقاول في شموليتها، فهذا وحده الكفيل بتجنب القصور الذي تعرفه مؤسسة الأصل التجاري كما هي متصورة الآن حتى تتسع لتشمل كافة مكونات المقاول.

المحور الأول :

تجليات وخصوصية الأصل التجاري في المرافق العمومية

قد تجتمع العناصر المادية والمعنوية في المؤسسة التجارية، كما أنها قد لا تجتمع، غير أنه من المتفق عليه حاليا أن العناصر المعنوية هي الأصل، أما العناصر المادية فهي تابعة، ومن تم فإنه من الممكن أن يقتصر الأصل التجاري على العناصر المعنوية كما يقع غالبا في مكاتب السمسرة، والوكالة بالعمولة ووكالة الأعمال .

مهما يكن، فإنه يجب أن يتوفر على الأقل عنصري الزبائن والسمعة التجارية، فهذين العنصرين إجباريين حسب ما تقضي به المادة 80 في فقرتها الأولى من مدونة التجارة المغربية الجديدة. ويرجع ذلك إلى أنه لا يتصور قيام

أصل تجاري من دون زبائن، وقيام هذا العنصر يتوقف على السمعة التي استطاع الأصل أن يكتسبها في السوق، ومن تم فإذا كانت باقي العناصر غير قارة فإن عنصري الزبائن والسمعة التجارية لا بد منهما لأنهما قوام الأصل التجاري، وسبب وجوده كمؤسسة قانونية.

أولاً: المنتفع 95 في المرافق العمومية التجارية المحترقة مرتفق أم زبون؟؟

نجد في غالب الأحيان مرفقا عموميا يحتكر نشاط تجاري معين، حيث لا يسمح للأشخاص مزاولة ذات النشاط بقوة القانون، بل وتتكبد الدولة في بعض الأحيان – عناء حماية نشاط المرفق المحترق لفائدة مؤسسة عمومية من المنافسة، كما هو الشأن في عقد الامتياز والتدبير المفوض، حيث يحق للملتزم أو المفوض إليه احتكار النشاط الممنوح في الامتياز أو التفويض، وذلك بعدم السماح لفرد من الأفراد أو شركة أن تزاول ذات النشاط.

ميزة الاحتكار هذه تعتبر من الشروط التعاقدية في العقود المذكورين، والتي لا يمكن المساس بها بإرادة منفردة⁹⁶.

لا غرابة _ والحالة هذه _ أن يتجه كل الناس إلى هذه المرافق العمومية الوحيدة، خاصة إذ كان ما تقدمه من خدمات جد حيوية لا يمكن الاستغناء عنها ولولهنية، مثلا مرفق الماء والكهرباء، الذي تحتكره بعض الشركات⁹⁷، أو المكاتب، في حدود جغرافية معينة، من قبل شركة "ريضال" و المكتب الوطني للكهرباء و الماء الصالح للشرب.

الناس ملزمين بالتعاقد مع هذا المرفق عن بينة وإجبار من أمرهم الشيء الذي يتعارض مع سلطان الإرادة و حرية التعاقد، إثر غياب المساومة الحرة و مناقشة بنود العقد بمحض و اختيار المتعاقدين وفق المبدأ المتعارف عليه العقد شريعة المتعاقدين⁹⁸.

بناء عليه لا يمكن و صف " المشترك " مع شركة "ريضال" بواسطة عقد في خدمة الماء و الكهرباء بالزبون بل هو فقط مرتفق. و إن كان القانون التنظيمي للخدمة⁹⁹ لهذه الشركة يعتبر أن مصطلح مشترك يشير إلى الزبون أي

⁹⁵ - المنتفع هو كل شخص يستفيد من خدمات المرفق العمومي حتى ولو لم يربطه بالمرفق عقد من العقود، سواء كانت إستفادته بصورة منتظمة أو غير منتظمة.

⁹⁶ - أكد القضاء الفرنسي على أن شرط عدم المنافسة يجب أن يكون محدد من حيث المدى الزمني و المكاني كذلك.

-الحسن البوعيسي، كرونولوجيات الاجتهاد القضائي في المادة التجارية، مطبعة الأمنية، بالرباط الطبعة 1، السنة 2003، ص 16.

⁹⁷ - من بين المؤسسات المكلفة بمرفق الماء و الكهرباء بالمغرب:

أ- أمنديس التي تعتبر فرع من فروع فيوليا البيئة المغرب كلفة منذ سنة 2002 بالتدبير المفوض لخدمات التطهير السائل و توزيع الماء الصالح للشرب و الكهرباء بولاية طنجة.

ب- ريضال: شركة مكلفة منذ سنة 1999 بالتدبير المفوض لمرفق الماء و الكهرباء.

⁹⁸ - الذي يجد سنده في قانون الالتزامات و العقود خاصة الفصل 230 الذي يبنني على الفصل 19 و 24 و غيره من الفصول التي تقتضي الاتفاق على الشروط الأساسية بنوع من التراضي و خلو الرضا من أي ضغط أو استغلال حسب الفصل 54 من قانون الالتزامات و العقود.

⁹⁹ - القانون التنظيمي للخدمة "ريضال" أنظر:

كل شخص مادي أو معنوي حاصل على عقد اشتراك في خدمة الماء والكهرباء، والذي قد يكون مالكا للمنزل أو مكتريا لمحل، مستفيدا حصريا من المنزل أو شريكا في ملكيته¹⁰⁰.

المرتفق الذي يستفيد من خدمة مؤسسة "ريضال" في وضعية اقتصادية غير متساوية من حيث المراكز القانونية مع المرفق، وبالتالي اختلال التوازن العقدي، وهنا ترجح كفة المرفق الماء والكهرباء عن كفة الفرد، الذي يكون أمام خيارين، الأول إما بقبول التعاقد وفق ما يمكن أن يتضمنه العقد من شروط تعسفية والثاني رفض التعاقد أصلا وبالتالي الحرمان من مادة أساسية.

عادة ما يدعن الخيار الأول، وهذا ما يسمى بعقد الإذعان في القانون المدني 101، إلا أن المشرع المغربي تدخل مؤخرا لأجل التلطيف من حدة هذه العقود، حماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية عبر قانون حماية المستهلك 31.08.102.

لا أدل على ذلك من أن الخدمة محل التعاقد موضع احتكار فعلي وقانوني، وأن المرتفق مدفوع للتعاقد تحت وطأة الحاجة الملحة التي لا بديل عنها. هذا كله عادة ما يكلل بعقد نموذجي معه مسبقا، حيث لا يبقى للمرتفق إلا قبوله على الحالة التي هي عليه أو الامتناع عن التعاقد¹⁰³.

أما هذه الوضعية ينتفي عنصر الاختيار عند المواطن بسبب الاحتكار، بل فقط أن يختار قيمة وجودة الخدمة المقدمة من ذات المرفق، مثلا: اختلاف الدرجة بالنسبة للمسافرين في الطائرة أو القطار، أو اختلاف أسعار الكهرباء المستعملة للإضاءة أو التشغيل، حيث يختلف حجم العداد الكهربائي المعتمد.

<http://site.prestige.ma/ar/redal/avotreservice/pages>.

¹⁰⁰ - الزبائن في الأصل التجاري مجموعة من العملاء (الأشخاص) الذين يتعاملون مع التاجر بصفة دائمة سواء عن طريق عقود التموين أو بدون ذلك، فاعتيادهم على التاجر المحدد هو الذي يجعل منهم عنصرا ذا قيمة مالية في تكوين سمعة الأصل التجاري لأنه مبني على الاختيار.

¹⁰¹ - للمزيد من المعلومات حول عقود الإذعان أنظر :

محمد المقريني ، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول مصادر الالتزام، الكتاب الأول نظرية العقد، الطبعة 2011-2012، الناشر غير موجود ص 9.

¹⁰² - قانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك المؤرخ في 18/ 2011 الذي سعى من خلاله المشرع المغربي الالتحاق بركب التشريعات التي خصصت للمستهلك حماية ضد تجاوزات المهنيين في مجال العقود الاستهلاكية و خول بذلك للقضاء عدة إمكانيات لحمايته من الشروط التعسفية التي يستغل فيها المهني تفوقه الاقتصادي لإرغام المستهلك على قبول شروطه الادعائية " راجع المواد من 15 إلى 20، التي تعتبر من النظام العام..

¹⁰³ - عقود الإذعان: هي العقود التي يختل فيها عنصر التوازن بين الأطراف المتعاقدة بسبب قوة اقتصادية أو وجود حالة احتكار التي تفرض التعاقد جبرا مع الطرف القوي في العقد، وهذا ما يتحقق في عقود المشاركة في خطوط الكهرباء و الهاتف إلا أن الخدمات غالبا ما تحتفظ بها المؤسسات الاحتكارية دون غيرها الأمر الذي يجعل الزبون أمام خيار صعب وهو التعاقد أو الرفض من أساس، غير أنه أما وطأة الحاجة فإنه غالبا ما يذعن الشروط التي يملئها الطرف الآخر عليه، من هنا يتبين لنا أنه يتعين لاعتبار هذا العقد أو ذلك من صميم العقود الإذعان توافرها :

1. أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد موضوعا لاحتكار قانوني أو فعلي.
2. أن يكون الطرف الضعيف في العقد مدفوعا إلى التعاقد تحت وطأة الحاجة التي لا بديل عنها.
3. أن يتم وضع شروط العقد مسبقا من طرف الجانب القوي و ما على المتعاقد الآخر إلا قبول هذه الشروط على ما هي عليها أو الامتناع عن التعاقد أصلا.

أنه من غير الممكن أن نتحدث عن عنصر " الزبانة"، لانتهاء الخيار لدى المرتفق، الذي يشكل الأساس المعتبر من قبل الفقه التجاري 104 في تحديد رصيد الزبائن، إذ يتأتى هذا الرصيد من خلال قيمة الأصل التجاري، المستمدة من قدرات و مؤهلات التاجر المهنية، لا بامتياز السلطة العامة أو الاحتكار أو الاستغلال و ضعا معيننا ينفي وجود زبائن ذاتيين يرتادون على متجرنا على وجه الاستقلال 105.

لهذا فإن أي مرفق عمومي احتكر نشاطه التجاري، بأي طريقة من الطرق التي يدارها لا يتوفر على الأصل التجاري، لانتهاء عنصر الزبانة التي اقتضى المشرع المغربي في المادة 80 من القانون 15-95 توافرها وجوبا.

ثانيا: رصيد المرفق العمومي التجاري غير المحتكر من الزبناء .

سعى المشرع المغربي من خلال قانون الخصوصية، رقم 39.89 الصادر في 16 أكتوبر 1990، إلى إعادة التوازن بين القطاعين العام والخاص، إنعاشا للمقاولات الصغرى والمتوسطة ناهيك عن خلق محيط مشع و ملائم بنظام الاقتصاد الحر 106.

بذلك فإن المشرع المغربي فتح المجال أمام الخواص، لممارسة بعض الأنشطة التي كانت الدولة تحتكرها في إطار ما يسمى " بالدولة المتدخلة " 107، حيث بتنا نجد مؤسسات عمومية و مقاولات خاصة تشغل نشاطا تجاريا ما، دون أن يكون ذلك حكرا على وحدة دون الأخرى.

فتعدد المؤسسات 108 و المقاولات الخاصة التي تستأثر بنشاط مرفق عمومي ما، من شأنه أن يؤمن للفرد حرية صرف أمواله الخاصة فيما يختاره، وفيما يتناسب مع قدراته الشرائية، وكذا ما يطلبه من جودة من دون معقب، حيث يحق له أن يفتني أو ينتفع من هذا المرفق دون آخر، عملا بمبدأ حرية الاتجار و التجارة 109.

104- محمد النشطاوي الرجع السابق ص 15.

105- فؤاد معلال، المرجع السابق ص 110.

أسماء التنوري، امتياز بائع الأصل التجاري أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق قانون خاص، كلية الحقوق الرباط أكاد، 2011، ص 36.

106- أحمد بوعشيق ، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة الطبعة 7 2002، ص. 125.

107- للمزيد من المعلومات حول الدولة المتدخلة :

- وليد محمد السناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الإقتصادي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2012 ص. 21-29.

108- من المؤسسات العمومية :

أ- بنك المغرب.

ب- صندوق الإيداع و التدبير (C.D.G). Caisse de dépôt et de gestion.

ت- الصناعة: مكتب الصناعة المعدنية

ث- المكتب الشريف للفوسفات (O.C.P). Office chérifien des phosphates.

109- عبد الواحد القرشي، دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة بالمغرب دراسة عملية، سلسلة "أريد أن أعرف"، رقم 6، نشر وتوزيع صوماديل، ص. 123.

من الأمثلة الحية على ذلك في مجال البناء، إذ نجد شركة "مجموعة العمران (HAD)، و"المؤسسات الجهوية للبناء والتجهيز"، Etablissement Régional Aménagement et de Construction، كمؤسستين عموميتين إلى جانبيهما مقاولات البناء خاصة من قبيل "الضحى" وشركة "الزهراء"، فهي تمارس نشاطا تجاريا أصليا، نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 6 من قانون 15.95 بمثابة مدونة التجارة 110، ألا وهو شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها.

تبعاً لهذا فإن الفرد على بينة واختيار من أمره، إذ له أن يقتني مسكنه أو بناء ما، من هذه المؤسسة العمومية، أو من تلك المقاولات الخاصة، دون أن يتقيد بمرفق عمومي معين بسبب الاحتكار.

بناء على وضعية المستفيد من الخدمة، يمكن الجزم بوجود زبناء في المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عند تعددها؛ أي عند ما نكون أمام مؤسسات عمومية تمارس نشاطا واحدا من دون احتكار على المستوى الجغرافي وعلى المستوى الزمني.

فالتبضع الاعتيادي من مؤسسة عمومية أو مرفق عمومي هو الدليل على وجود الزبائن، وعبرة التبضع يجب أن لا تحمل معنى أكثر من معناها التجاري الذي يقوم على أساس الحرية وحق اللجوء إلى مرفق مغاير. وإذا سلمنا بوجود الزبائن في المرافق العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري، فإنه غير كافي لكي نعتبره عنصراً من شأنه أن يؤدي إلى نشأة أصل تجاري بل لا بد أن يستجمع عناصر ثلاث¹¹⁰.

الأول: أن يرتبط الزبائن بمنفعة تجارية¹¹²، وبشكل جلي يجب أن يكون النشاط الذي يربط المرفق العمومي التجاري بالزبائن، نشاطاً تجارياً كما هو منصوص عليه في المادة 6 من مدونة التجارة.

الثاني: يجب أن يكون الزبائن خاصين بحائز الأصل التجاري، بحيث يتعين أن لا يكون عنصر الزبائن مشتق عن مجهود شخص آخر مكتسب لصفة التاجر، وانسجاماً مع هذا فإن المستقر عليه فقهاً وقضاء¹¹³، أن مالكي

¹¹⁰ - ظهير شريف رقم 1.1.56.1 صادر في 15 من ربيع الأول 1411 (فاتح أغسطس 1556) بتنفيذ القانون رقم 15.55 المتعلق بمدونة التجارة

¹¹¹ - محمد الهادي المكنوزي - محاضرات في الأصل التجاري - طبعة 2014 - الناشر غير موجود - صفحة 8

¹¹² - نقصد بها الغرف المهنية التي منحها المشرع المغربي الشخصية المعنوية و اعتبرها مؤسسات عمومية و هي :

- غرف التجارة و الصناعة و الخدمات المنظمة في الأصل بظهير 28 يناير 1977 و المعدل بموجب قانون رقم 97 - 2 الصادر بتاريخ 2 أبريل 1997.

- غرف الصناعة التقليدية المنظمة بظهير 28 يونيو 1963 كما تم تعديله بموجب قانون 97 - 5 بتاريخ 2 أبريل 1997.

- للمزيد حول هذه الغرف أنظر: عبد القادر باينة، مدخل لدراسة القانون الإداري و العلوم الإدارية، دار النشر المغربية، الطبعة الثانية 2005، ص. 323.

¹¹³ - أحمد الفروجي ، الأصل التجاري بين القانون و العمل القضائي ، سلسلة القانون و الممارسة القضائية ، العدد 6 ، 2005 ، مطبعة النجاح الجديدة ، ص. 22.

محطات البنزين الذين يستعملون علامات تجارية دولية مثلا، لا يمتلكون أصلا تجاريا، حيث بقي هذا الأصل من حق الشركة المالكة للعلامة المعنية، في حين من المتصور الاعتراف لهم بالحق في الكراء التجاري بحكم استقطابهم لزبناء.

وعليه فإن المؤسسات العمومية التي تسهر على تسيير مرفق عمومي ذو طابع اقتصادي وتجاري حتى يسلم لها بامتلاك عنصر الزبناء يجب أن يكونوا خاصين بها، إلى جانب ارتباط الزبائن بالنشاط التجاري، وكذا كونهم خاصين بالأصل التجاري الذي يشغل هذا النشاط.

الثالث : استمرارية الأصل التجاري، لأن توقفه لا محال يؤدي إلى اندثار الأصل التجاري، بحيث لا نكون أمام أصل تجاري بل فقط محل معد للتجارة.

لكن ما تجب الإشارة إليه أن الاحتكار قد يكون ايجابيا مما من شأنه ان لا يؤثر على الزبناء بقدر ما من شأنه ان يزيد من ضمان ولوجهم الى المرافق العامة التجارية، لا لشيء وإنما لان هذه المرافق تضمن لإفراد ذوي الدخل المحدود و المتوسط إمكانية اقتناء المواد الأساسية، من قبيل السكر والشاي التي يسهر المكتب الوطني للشاي والسكر على استقرار أئمتها.

المحور الثاني:

السمعة التجارية في المرافق العمومية التجارية

أولا: السمعة التجارية في حالة الاحتكار

كما سبق قد يسمح المشرع المغربي لمؤسسة معينة احتكار نشاطا تجاريا، الأمر الذي نتساءل معه عن مصير السمعة التجارية لهذه المرافق، فإذا كانت السمعة تعني قدرة المؤسسة على اجتذاب العملاء العابرين بسبب شهرتها المتأتية من موقعها، كأن تكون المؤسسة قرب الميناء أو في مفترق الطرق أو في مكان أهل 114، أو تقدم خدمة بسرعة فائقة مع ضمان سلامة المنتفع، فإن الذي يجعل الناس يقدمون على إبرام عقود مع هذه المؤسسات المحتكرة هو داعي الحاجة وانعدام البديل وليس قدرتها على الجذب.

علما أن غالبية الفقه التجاري 115 المغربي أو الأجنبي عند تطرقه لعنصر السمعة التجارية، يركز على عامل الجذب الذي تتمتع به المؤسسة التجارية، دون النظر للعوامل الأخرى التي قد تكون الفاعل الأساسي في تدفق العملاء على أصل تجاري معين، كالامتيازات التي يمنحها القانون لمؤسسة عمومية، بل ويستبعدون أيضا وجود عامل استغلال رب الأصل لحاجة الناس في واقعة محددة؛ مثلا إنشاء محل تجاري على إثر تعرقل السير بسبب

¹¹⁴- سلمان بوذباب، مبادئ القانون التجاري التجارة و التاجر المؤسسة التجارية ، النظرية العامة للشركات، محد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت، الطبعة 1 ، 2003، ص. 166.

¹¹⁵- نقصد بالفقه التجاري ، الأستاذ أحمد شكري السباعي و الأستاذ فواد معلول ، و الأستاذ عز الدين بن ستي.

عاصفة ثلجية، فرغم العدد الوفير الذي يتدفق على هذا المحل من المنتفعين فإنه ليس محددًا أساسيًا لاعتبارهم زبناء، لأن العبرة ليست بالعدد بل بالقدرة على الجذب.

فحال هذا المحل التجاري، يتساوى مع حال المؤسسة العمومية التي تحتكر نشاطًا تجاريًا كالماء والكهرباء، فلو لا حاجة الناس لخدمات هذا المرفق -أمام عدم وجود البديل - لما سعوا إلى التعاقد معه.

فعند احتكار مرفق عمومي لنشاط معين كمرفق اتصالات المغرب عندما كانت تحتكر مرفق الاتصالات سابقًا، فإننا لا نتحدث عن السمعة التجارية جعلت كل المغاربة يشتركون مع هذا المرفق، كما أننا لا نتحدث عن السمعة الطيبة لشركة الاتصالات أو جودة الخدمات التي تقدمها كدافع لاشتراك، وإنما الرغبة في تغطية الحاجة هي الدافع.

عندما اعتمدنا عبارة الاشتراك فإننا نعني ما نقول، فهي مشتقة من اشتراك ويقال "مشترك" 116 الذي لا يعني الزبون بالمفهوم التجاري، فهي عبارة توجي على تفاوت في المراكز القانونية، لأن المشترك مجرد مستفيد انخرط بموجب عقد في خدمة معينة، أي أن "اتصالات المغرب" هي التي أشركته في خدماتها بعد أن توافرت فيه الشروط المطلوبة. وعليه فإن احتكار مرفق من المرافق العمومية، ذات الطابع الصناعي والتجاري، من قبل الدولة أو أحد المؤسسات العمومية أو الجماعات الترابية، يؤدي إلى احتكار المترفقين، وبالتالي انعدام المنافسة الشيء الذي ينجم عنه ومن دون شك إقبار السمعة التجارية.

ما يزكي طرحنا هنا هو انعدام الأصل التجاري في ظل عقدي الامتياز 117 والتفويض (التدبير المفوض) 118، اللذان يضمنان للمفوض له أو صاحب الالتزام احتكار المرفق وعدم المنافسة.

إلى جانب عنصر الاحتكار كمحدد لانعدام الأصل التجاري، هناك من الفقه ما يركز على عنصر الصالح العام لإثبات عدم توفر المرافق العمومية على أصل تجاري، ولو تم إدارتها من قبل تاجر عبر التدبير المفوض أو عقد الامتياز؛ لأن هذا المرفق تابع للدولة أو أحد الجماعات الترابية الهدف منها تحقيق المصلحة العامة 119.

كما أن القضاء الفرنسي استقر على عدم الاعتراف للمنتفع من الامتياز بالأصل التجاري 120، "حيث أن المكاتب الوزارية والمقاولات الصناعية المملوكة للدولة؛ والامتيازات الإدارية les concessions administrative

¹¹⁶ - كلمة "المشترك" لا تفيد معنى الشريك لأن سلطات هذا الأخير واسعة على الشيء محل الشركة أو على الشركة إن كانت معنوية، على عكس المشترك.

¹¹⁷ - يقصد بالامتياز أن تعهد الإدارة إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام إقتصادي و إستغلاله لمدة لا تتجاوز 99 سنة وذلك بواسطة عمال و أموال يقدمها الملتزم و على مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بخدمات من هذا المرفق.

للمزيد أنظر : مليكة الصروخ، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة 7، 2010، ص. 346.

¹¹⁸ - التدبير المفوض عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يسمى المفوض إليه، يخول له حق تحصيل أجره من المترفقين أة تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا. للمزيد أنظر :

-أحمد أجعون، النشاط الإداري مطبعة وراقه سجلماسة، مطبعة 2012-2013، ص. 43.

¹¹⁹ - أنطوان عسفان ، الوسيط في القانون التجاري اللبناني، الطبعة الثانية ، مطبعة الحرية ، بيروت ، ص 31 - 32

كمحلات بيع التبغ les débiteurs de tabacs و الامتيازات الواقعة على "الدومين" العام أو الملك العام les concessions sur le domaine public ، مجردة من ملكية الأصل التجاري. والقضاء المصري مثل القضاء الفرنسي فاعتبر أن المنتفع من الامتياز ليس له حق تجاه عملائه، أي أنهم ليسوا في الحقيقة عملائه بل عملاء المرفق العمومي .

ثانيا: السمعة التجارية في ظل المرافق العمومية المحتكرة

هنا نتساءل عن إمكانية الحديث عن أصل تجاري في إطار مرفق لذات الأشخاص العامة، مسير بطريقة من الطرق مع عدم حفظ حق الاحتكار النشاط التجاري والصناعي، بل ويحق لأشخاص أن يزاولوا ذات النشاط ومن دون معقب أي دون أن تتمسك الأشخاص العامة بحق الاحتكار.

هل يكفي أن نكون أمام مرفق غير محتكر للحديث عن أصل تجاري ؟

لما كانت التجارة قائمة على حرية الاتجار والحرية في الاقتناء والتبضع من أي متجر، أو الاستفادة من خدمات أي مرفق عمومي ذو طابع تجاري، فإنها تعتبر محمدا أساسيا للحديث عن السمعة التجارية لعنصر من عناصر الأصل التجاري التي ألزم المشرع وجودها وجوبا في ظل المادة 80.

لأن احتكار نشاط تجاري حيوي من قبل مؤسسة عمومية، من شأنه أن يطمس معالم السمعة التجارية، حيث إن الهاجس الذي سيكون لدى المواطن ليس جودة الخدمة أو قيمتها التي قد تختلف من مؤسسة إلى أخرى، و إنما الرغبة في سد الحاجة وتأمين الخصائص .

رغم أن المشرع ألزم المؤسسات العمومية المحتكرة بدفتر التحملات كحد أدنى يجب أن لا تقل عنه الخدمة، فإن ذلك لن يجعل المواطنين يرتبطون بها معنويا، لأنها عادة لا تتماشى مع تطور الحاجات بقدر ما تبقى مستقرة، بل وقد تقل عن الحد الأدنى المطلوب في كثير من الأحيان والواقع العملي يحاكي ذلك. إذ مؤسسة "رياضة" عادة ما تواجه دعاوي قضائية، من قبل المشتركين معها بعقود سواء من حيث جودة الخدمة، أو من حيث مقابل هذه الخدمة. فلو أن المواطنين وجدوا بدا من الإقلاع عن هذه الشركة لسلكوه، فالعلاقة الحقيقية التي تنشأ بين صاحب الأصل التجاري والمواطنين منعدمة في مرفق الماء والكهرباء.

الرابطة الحقيقية هي التي تدل على وجود سمعة تجارية، باعتبار أن هذه الأخيرة هي تلك القدرة التي يكتسبها الأصل التجاري في استقطاب زبائن عرضيين، إلى جانب الزبائن الدائمين وذلك من خلال المنطقة التي يتواجد فيها أو الخدمة التي يقدمها.

¹²⁰ الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة 18 من إعداد لوي فوجيل Louis Vogel ، سنة 2001، صفحة 333 ،
فقرة 450

عن أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الأول، الطبعة 1، مطبعة المعارف الجديدة، 2007، ص. 148.

إذ مع تناق الضغط الذي يطبق على الأفراد، بالإمكان أن ننطلق للبحث عن الأصل التجاري في ظل المرافق العمومية، لأن الناس على بينة واختيار من أمره، وما يدفعهم للتعاقد مع هذه المرافق العمومية هو قيمة وجودة الخدمات المقدمة.

لقد أثارت ممارسة الأنشطة التجارية من طرف الدولة والمؤسسات العامة والمجالس والجماعات المحلية كثيرا من الجدل، الذي لم يتمخض سوى عن الخلاف والتناقض الفقهي والقضائي والتشريعي دون الحصول على نتائج حاسمة.

تأتي صعوبة هذه الإشكالية في أن المسألة لا تتعلق بما إذا كان هذا الشخص المعنوي – الدولة والجماعات والمؤسسات العامة – تاجرا أم غير تاجر، وإنما بما إذا كان مالكا لأصل تجاري أم لا.

إذا كان يسوغ بالنظر إلى المعطيات القانونية المحضة، اعتبار الدولة والجماعات والمؤسسات العامة الممارسة للأنشطة التجارية المحددة والمعددة في المواد 6 و7 و8 من مدونة التجارة مالكة لأصل تجاري، يخضع لمدونة التجارة إلا فيما يتعارض مع القوانين الخاصة التي تحكم هذه المؤسسات ذات الطابع العام، فإن الحذر واجب وسمة من سمات الحكمة لصمت التشريع وازدواجية القوانين التي تخضع لها هذه المؤسسات، فإذا استثنينا الإلتزامات والحقوق التي أخضعت لها هذه المؤسسات بنص قانوني خاص.

نجد أهم القوانين التي تحكم الأصل التجاري لا تسري عليها، فلا تسري على المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي القواعد التي تحكم تفويت الأصول التجارية وإنما يطبق عليها نظام الخصخصة الذي يخضع لنظام خاص، ولا تشملها قواعد رهن الأصول التجارية، لأن الدولة والجماعات لا ترهن المؤسسات العامة قصد الحصول على القروض أو تمويل مشاريع، وأن الدولة والجماعات تستخدم آلية الامتياز أكثر من اعتمادها على التسيير الحر، وعلاوة على ذلك فإن الدولة والجماعات والمؤسسات العامة غالبا ما تحتكر بعض الأنشطة التجارية الذي يؤدي إلى احتكار الزبناء وعدم المنافسة – كتجارة الفوسفات والنقل عن طريق السكك الحديدية في المغرب والنفط في بعض الدول – ويرجع تحفظنا من جهة أخرى إلى أن ظهير 24 مايو 1955 المتعلق بكراء المحلات التجارية لا تستفيد منه الدولة والجماعات والمؤسسات ذات النشاط الصناعي والتجاري وحدها، بل تستفيد منه كذلك مؤسسات تمارس أنشطة مدنية محضة كالتعليم (سواء كان التعليم عاما أو خاصا) عملا بالمادة 2 بند 2 من ظهير 24 مايو 1211955.

121

صدر بالجريدة الرسمية ظهير شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، جريدة رسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذو القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، صفحة 5857، وبمقتضاه سيتم نسخ مقتضيات ظهير 2 شوال 1374 (24 ماي 1955) بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف كما وقع تغييره وتنميه، وكذا مقتضيات المادة 112 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة، وذلك بعد انصرام أجل ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وهو تاريخ دخوله حيز التنفيذ، وقد دخل حيز التنفيذ، وقد نص في المادة 2 منه على ما يلي:

لا تخضع لمقتضيات هذا القانون:

يلاحظ أن ظهير 24 مايو 1955 لم يتكلم سوى عن الدولة و الجماعات والمؤسسات العامة ولم يتكلم عن المؤسسات المختلطة – ذات رأسمال العام أو الخاص – إلى جانب تفرقة واقعية بين المؤسسات العامة والخاصة ومجرد مؤسسات هي أقرب إلى الأصل التجاري كملكية البلدية أو الجماعة لمطحنة أو مخبزة أو حمام أو مقهى صغير. قد تدعو هذه المقاربات والمفارقات إلى القول إن الدولة و الجماعات و المؤسسات التي تمارس أنشطة تجارية، قد تملك في بعض الأحيان أصلا تجاريا ولكنه أصل من نوع خاص 122 تحكمه المصلحة العامة.

1. عقود كراء العقارات أو المحلات التي تدخل في نطاق الملك العام للدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية؛

2. عقود كراء العقارات أو المحلات التي تدخل في نطاق الملك الخاص للدولة أو في ملك الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية حينما تكون تلك الأملاك مرصودة لمنفعة عامة؛

122- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الأول، المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص 145-146

الإنبابة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي

ذ عبد الناصر زعري

باحث بكلية الحقوق وجدة

مقدمة:

تهدف السياسة الجنائية المعاصرة إلى إقامة التوازن بين اعتبارات تحقيق العدالة والأمن وضمانات الحرية، فهي اعتبارات تهم مصلحة المجتمع بأسره، وتشكل الحرية حقا للفرد باعتبارها حالة أصلية يولد عليها الإنسان، ومن ذلك تتضح أهمية نظام الإجراءات الجنائية باعتبارها أحد أدوات السياسة الجنائية للوصول إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد والمجتمع، وذلك من خلال مجموعة من الإجراءات التي يتضمنها قانون المسطرة الجنائية في جميع مراحل الدعوى الجنائية¹²³، انطلاقا من البحث التمهيدي مرورا بالتحقيق الإعدادي وصولا إلى المحاكمة.

وتعد مرحلة التحقيق الإعدادي من المراحل الهامة في الإجراءات الجنائية لما لها من دور في الكشف عن الحقيقة من خلال اتصال قاضي التحقيق بالوقائع، وكذا من خلال الصلاحيات الواسعة التي أعطاهها المشرع لقاضي التحقيق بالإضافة إلى الضمانات الممنوحة للمتهم خلال هذه المرحلة التي يكون في طورها متمتعا بحقه في قرينة البراءة مما يوجب التعامل معه وفق شروط وضوابط خاصة¹²⁴.

إن قيام قاضي التحقيق بصلاحياته في إطار التحقيق الإعدادي ينبغي أن تتم بشكل شخصي منه من أجل إرساء ضمانات كبيرة على التحقيق المنجز من قبله، لكن هذا الأخير قد لا يستطيع في بعض الحالات التي قد تستوجب السرعة في أحد التدابير أو القيام بأحد الإجراءات الضرورية شخصيا، ولذلك منحه المشرع إمكانية انتداب أحد قضاة التحقيق أو أي قاض أو أي ضابط من ضباط الشرطة القضائية الموجودة في نفس دائرة محكمته، القيام بإجراء ما يراه لازما من أعمال التحقيق في الأماكن الخاضعة لتنفيذ كل واحد منهم.

¹²³ بن مسعود شهرزاد، الإنبابة القضائية، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق قسنطينة، جامعة منتوري، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009، ص: 1.

¹²⁴ - عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الثاني منشأة المعارف الإسكندرية، 1992، ص 430 .

كما يمكن لقاضي التحقيق أن يعهد بتنفيذ الإنابة القضائية خارج دائرة نفوذ محكمته لأي قاض آخر من قضاة التحقيق أو الحكم، وعلى القاضي المنتدب إشعار النيابة العامة التي تنفذ الإنابة القضائية في دائرة نفوذها، حيث يشار في صك الإنابة القضائية إلى نوع الجريمة موضوع المتابعة، ويؤرخها القاضي الصادرة عنه، ثم يوقعها ويضع طابعه عليها. ولا يمكن أن يؤمر في الإنابة القضائية سوى بإجراءات التحقيق المتعلقة مباشرة بالجريمة المشار إليها في المتابعة، حيث يحدد قاضي التحقيق الأجل الذي يجب أن يوجه إليه خلاله ضابط الشرطة القضائية المحاضر التي يحررها، فإن لم يحدد له ذلك الأجل توجه إليه المحاضر في ظرف الثمانية أيام الموالية ليوم نهاية العمليات المنجزة بموجب الإنابة القضائية¹²⁵.

وقبل الخوض في الموضوع لابد من الوقوف على أهم العناصر المكونة له:

فالإنابة في اللغة بمعنى ناب عنها نوابا ومنابا، قام مقامه،

أما الإنابة القضائية وفق القواعد العامة فهي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر من أجل القيام بعمل شيء لحساب الموكل باسمه، ومن هنا أصبحت سلطة النائب في الإنابة تستمد من إرادة الأصيل نفسه وتجد مصدرها في القانون الذي يفوض أمر تحديد شخص النائب للقاضي لأن القضاء هو الذي يعين النائب.

فالإنابة القضائية وفق قانون المسطرة الجنائية هي إجراء يصدر من قبل قضاة التحقيق إلى أحد قضاة التحقيق أو أي قاض آخر أو أي ضابط شرطة قضائية لكي يقوم بدلا عنه بنفس الشروط التي يتقيد بها قاضي التحقيق في مباشرته لإجراء معين من إجراءات التحقيق التي تدخل في سلطته.¹²⁶

إن ارتباط إجراء الإنابة القضائية بسلطة قاضي التحقيق في قانون المسطرة الجنائية يعد لصيقا بالتطور التاريخي لمؤسسة قاضي التحقيق في هذا القانون، فقاضي التحقيق هو الساهر الأول على إنجاز التحقيق الإعدادي، باعتباره الرجل الذي يملك سلطات واسعة ويتصرف في حرية المواطنين وشرفهم ويباشر مهمته ضمن شبكة القوانين العسيرة التي ينبغي له أن يستعمل عمله وخبرته فيها، لكن في نهاية الأمر إنما هي صفاته الأخلاقية وضميره وفضائله التي تكسب مهمته عظمتها الحقيقية¹²⁷.

¹²⁵ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹²⁶ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹²⁷ بيبير دوفي المحامي العام لمحكمة الاستئناف بالرباط عن ندوة "صلاحيات قاضي التحقيق في قانون المسطرة الجنائية المغربي" التي نظمتها وزارة العدل بتاريخ 20 أبريل 1959.

إن تكريس نظام الإنابة القضائية في قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 وتم اعتبارها إجراء استثنائيا لا يتم اللجوء إليه من قبل قاضي التحقيق إلا في حالات الضرورة.

وقد حصر ظهير الإجراءات الانتقالية القضاة المكلفين بالتحقيق في محاكم الاستئناف فقط¹²⁸، مما جعل إمكانيات اللجوء إلى إصدار ملتمس بالإنابة القضائية من قبل قضاة التحقيق داخل محكمة الاستئناف فقط، لكن بعد صدور قانون المسطرة الجنائية تم إحداث قضاة التحقيق بالمحاكم الابتدائية إذ نصت على أنه: "يعين القضاة المكلفون بالتحقيق بالمحاكم الابتدائية من بين قضاة الحكم فيها لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بقرار لوزير العدل بناء على اقتراح من رئيس المحكمة الابتدائية"¹²⁹.

فتكريس القانون لدور هذه المؤسسة ليشمل المحاكم الابتدائية هو ضمان قانونية للمتهم والمجتمع على حد سواء، مما يعين على الوصول إلى الحقيقة في مجال لا يخلو من التعقيد وهو المجال الجنائي الذي يهيم عليه مبدأ حرية الإثبات والقناعة الوجدانية للقاضي الجنائي¹³⁰.

وقد أجاز القانون لقاضي التحقيق مجموعة من الوسائل والطرق للوصول إلى الحقيقة، لكن الواقع العملي أثبت عدم إمكانية قيام قاضي التحقيق بمفرده بكل الصلاحيات التي أناطه بها المشرع، وذلك راجع لعدم قدرته القيام بكل العمليات في وقت واحد وبالسعة المناسبة. لذلك منحه المشرع نظام الإنابة القضائية والذي يساعد قاضي التحقيق في إنجاز مجموعة من الإجراءات في وقت واحد وبالسعة الواجبة من حيث انتدابه لأحد قضاة التحقيق أو الحكم أو أي ضابط شرطة قضائية، وبالتالي تم تكريس مؤسسة الإنابة القضائية في كل قوانين المسطرة الجنائية المتعاقبة على فترات، وهذا ما تم تأكيده والإبقاء عليه حتى في مشروع قانون المسطرة الجنائية الجديد¹³¹، باعتبارها أداة فعالة لمساعدة قاضي التحقيق في إنجاز مهامه على أكمل وجه.

وتكمن أهمية الموضوع في أهمية نظرية وأخرى عملية، حيث تتجلى الأهمية النظرية للموضوع في رصد مختلف الصلاحيات التي يمكن أن تكون محل إنابة قضائية من طرف قاضي التحقيق، وكذا الصلاحيات المحظورة بالنسبة للسلطة القائمة على تنفيذ الإنابة القضائية القيام بها، إضافة إلى التعرف على كل الجهات التي أناط بها القانون إمكانية إصدار ملتمس بالإنابة القضائية، وكذا شروطها والأشخاص الموكول لهم تنفيذ هذه الإنابة.

¹²⁸ الفصل 6 من ظهير الإجراءات الانتقالية سنة 1974.

¹²⁹ المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية رقم 22.01 الصادر سنة 2003.

¹³⁰ - عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2000، ص 74.

¹³¹ المادة 189 من مشروع قانون المسطرة الجنائية الجديد.

أما فيما يتعلق بالأهمية العملية للموضوع فتنبص حول أوجه الرقابة التي أعطاها المشرع المغربي لجهات معينة، سواء في إطار رقابة قضائية أو إدارية يكون الهدف منها إضفاء الشرعية القانونية على عمل السلطة المكلفة بالإنبابة من أجل ضمان احترام حقوق المتهم.

من خلال كل ما سبق، يمكن القول بأن إشكالية الموضوع تتجلى فيما يلي:

ما هي الآليات التي وضعها المشرع المغربي من أجل ضمان احترام السلطة القائمة بتنفيذ الإنابة القضائية لضمانات المحاكمة العادلة، خاصة إذا تعلق الأمر بضابط الشرطة القضائية؟

وهذا ما سنحاول التطرق إليه عبر التصميم الآتي:

الفصل الأول: نطاق تنفيذ الإنابة القضائية وفق قانون المسطرة الجنائية.

الفصل الثاني: ثارتنفيذ الإنابة القضائية.

الفصل الأول: نطاق الإنابة القضائية في ضوء المسطرة الجنائية

الأصل أن يقوم قاضي التحقيق بكل الإجراءات المتعلقة بالتحقيق الإعدادي، ولكن استثناء لهذه القاعدة و تحقيقا لعامل السرعة الذي قد يتطلبه اتخاذ بعض الإجراءات، فقد أعطى المشرع لقاضي التحقيق إمكانية انتداب أحد القضاة أو ضباط الشرطة القضائية للقيام ببعض أعمال التحقيق، على أن يشار في الإنابة إلى نوع الجريمة وموضوع المتابعة ويؤرخها القاضي الصادرة عنه ثم يضمنها ويضع طابعه عليها. لكن هذه الإمكانية التي أتاحها المشرع لقاضي التحقيق ليست على إطلاقها وإنما تم تقييدها بمجموعة من الضوابط القانونية التي بدونها لا يمكن إجراء الإنابة القضائية، وهذه الضوابط منها ما هو متعلق بالأشخاص الذين يصدرون الإنابة أو المنفذون لها (المطلب الأول)، وما هو متعلق بإجراءات التحقيق المسموح جعلها محلا للإنابة القضائية (المطلب الثاني).

المبحث الأول: الأشخاص المشمولون قانونا بنظام الإنابة القضائية.

جعل المشرع المغربي نطاق الإنابة القضائية استثناء لقاضي التحقيق، وذلك من أجل خدمة التحقيق بغية الكشف عن الحقيقة، حيث عمل على حصر الأشخاص الذين يمكنهم قانونا إصدار إنابات قضائية كحل قانوني متاح لهم (المطلب الأول)، كما حدد الأشخاص الذين لهم الحق في تنفيذها وفقا للمقتضيات القانونية المؤطرة لنظام الإنابة القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة إصدار الإنابة القضائية.

إن ضرورة إنجاز قاضي التحقيق لمهامه في إطار إعداد ملف متكامل حول جريمة ما، يفرض عليه ضرورة القيام بمجموعة من الإجراءات في وقت محدد، الأمر الذي قد يضطر معه إلى تفويض جزء من مهامه إلى بعض الجهات التي حددها القانون في إطار الإنابة القضائية في حالة عدم تمكنه من القيام ببعض التحريات بصفة شخصية نظرا لكثرة المهام الملقاة على عاتقه وهو ما يتضح جليا من خلال تزايد عدد القضايا والملفات المحالة عليه¹³². بالإضافة إلى كون المشرع المغربي لم يجعل سلطة إصدار الإنابة القضائية بيد قاضي التحقيق فقط (الفقرة الأولى)، بل أوكلاها كذلك إلى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف كذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سلطة قاضي التحقيق في إصدار الإنابة.

الأصل أن يقوم قاضي التحقيق بكل الإجراءات المتعلقة بالتحقيق الإعدادي التي كلفه المشرع بها في الباب الثالث من قانون المسطرة الجنائية، وهكذا فإن قاضي التحقيق عندما يضع يده بصفة قانونية على نازلة معينة، فإن بعض التحريات التي يريد أن ينجزها قد تتجاوز حدود اختصاصه المكاني، وأكثر من ذلك قد تكون الدلائل التي يريد تقصيها ببلد غير المغرب حيث تصبح الإنابة ذات طابع دولي¹³³.

الأمر الذي يخلق صعوبة واقعية في القيام بكل الإجراءات بصفة شخصية، حيث مكن المشرع قاضي التحقيق من إمكانية طلب إجراء إنابة قضائية من طرف أي قاضي آخر للتحقيق، أو أي قاضي حكم أو أي ضابط من ضباط الشرطة القضائية الموجود في نفس دائرة محكمة القاضي مصدر الإنابة، القيام بإجراء ما يراه لازما من أعمال التحقيق في الأماكن الخاضعة لنفوذ كل واحد منهم. حيث يمكنه أن يعهد بتنفيذ الإنابة القضائية خارج دائرة نفوذ محكمته لأي قاضي آخر من قضاة التحقيق أو الحكم¹³⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن قاضي التحقيق يعين من بين قضاة الحكم في المحكمة الابتدائية، وكذا محكمة الاستئناف لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بقرار لوزير العدل بناء على اقتراح من رئيس المحكمة¹³⁵، في حين يروم مشروع تعديل قانون المسطرة الجنائية في إطار المادة 53، إلى منح صلاحية تعيين القضاة المكلفين بالتحقيق إلى الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية بدلا من وزير العدل، بناء على اقتراح من رؤساء المحاكم وبعد استشارة النيابة العامة.

يمكن خلال هذه المهمة إعفاؤهم من مهامهم بنفس الكيفية، حيث يباشر هؤلاء القضاة مهامهم وفق ما هو منصوص عليه في القسم الثالث من قانون المسطرة الجنائية. ولا يمكن تحت طائلة البطلان لقضاة التحقيق، أن يشاركوا في إصدار حكم في القضايا الجزرية التي سبق أن أحيلت إليهم بصفتهم قضاة مكلفين بالتحقيق¹³⁶.

¹³² - التحقيق في ظل قانون المسطرة الجنائية، مجلة القانون و الأعمال، جامعة الحسن الأول، مختبر البحث: قانون الاعمال.

¹³³ نوار بجيط، مؤسسة قاضي التحقيق على ضوء قانون المسطرة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 19 و 20.

¹³⁴ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹³⁵ - المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية

¹³⁶ المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية.

فمن أهم الصلاحيات التي حولها المشرع لقضاة التحقيق هي إمكانية إصدار الإنابة القضائية وفق الشكل الذي حدده قانون المسطرة الجنائية.

الفقرة الثانية: سلطة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف في إصدار الإنابة.

إن سلطة إصدار الإنابة القضائية وإن كانت حكرا على قاضي التحقيق كأصل، فإن هناك جهات أخرى يمكنها القيام بهذا الدور وخاصة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف كجهاز قضائي يتشكل من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف (أو من ينوب عنه) بصفته رئيسا لها، ومستشارين اثنين، وبحضور النيابة العامة التي يمثلها الوكيل العام للملك أو أحد نوابه وكاتب الضبط¹³⁷.

للغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف مجموعة من الصلاحيات على سبيل الحصر وهي البت:

أولا: في طلبات الإفراج المؤقت المقدمة إليها طبقا لمقتضيات المادة 179، وفي تدبير الوضع تحت المراقبة القضائية طبقا للمادة 160.

ثانيا: في طلبات بطلان إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد من 210 إلى 213.

ثالثا: في الاستئناف المرفوعة ضد أوامر قاضي التحقيق طبقا للمادة 220 وما بعدها¹³⁸.

فقيام الغرفة بهذه المهام يفرض عليها ضرورة تعميق أبحاثها، ولن يتأتى ذلك إلا بالقيام بانتداب قاض للتحقيق من أجل العمل على تجهيز ملف القضية، وبالتالي فإمكانية لجوء الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف إلى الإنابة القضائية واردة ولها الصلاحيات الهامة في الأمر بذلك.

إضافة إلى الغرفة الجنحية فقد أعطى المشرع المغربي إمكانية إصدار الأمر بالإنابة القضائية إلى هيئة الحكم، فإذا كان الأصل هو أن هيئة الحكم تتعقد للبت في الدعوى الجنائية وإصدار الحكم في جلسة علنية، إلا أن ذلك لا يتأتى أحيانا حيث لا تتمكن الهيئة من الإطلاع على كافة العناصر الواقعية على الخصوص، التي يتطلبها تكوين القناعة الضرورية لإصدار الحكم بكيفية مطمئنة، مما يخول للمحكمة استثناء في مرحلة المحاكمة اللجوء إلى التحقيق التكميلي الذي ينجزه بتكليف منها أي بانتدابها أحد أعضائها خارج الجلسة العلنية للقيام به من أجل تعميق البحث¹³⁹.

المطلب الثاني: سلطات تلقي الإنابة القضائية.

إن استعمال حق إصدار الإنابة القضائية سواء من طرف قاضي التحقيق أو هيئة الحكم أو الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف، يجب أن يوجه إلى جهة لها الأهلية القانونية للقيام بأعمال الإنابة القضائية كما هي محددة وفق قانون المسطرة الجنائية¹⁴⁰.

وهذه الجهات تنقسم إلى جهات قضائية (الفقرة الأولى) وجهاز الشرطة القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الهيئات القضائية.

بالرجوع إلى المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية يتبين أن قاضي التحقيق له أن يطلب بواسطة إنابة قضائية من أي قاض آخر للتحقيق، أو أي قاض القيام بإجراء ما يراه لازما من أعمال التحقيق في الأماكن الخاضعة

¹³⁷ عبد الواحد العلمي، شرح في قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء 2012، ص:

127.

¹³⁸ المادة 231 من قانون المسطرة الجنائية.

¹³⁹ عبد الواحد العلمي، الجزء الثاني مرجع سابق، ص: 155.

¹⁴⁰ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

لنفوذ كل واحد منهم، والمعلوم بأن هذه الجهات القضائية لها نفس الآليات التي يعتمدها قاضي التحقيق تقريبا في الأشغال سواء من حيث التكوين أو الصلاحيات المعطاة له وطريقة العمل بها. وأول ما يلاحظ في هذا الصدد أن الإنابة القضائية في هذه الحالة لا تثير من حيث المبدأ مشاكل خاصة فيما يتعلق بمسألة الحريات الفردية، وكما يقال فلا يعدو الأمر أن يكون هنا سوى تغييرا في الأشخاص القائمين بالتحقيق مادام المكلف بالمهمة هو دائما قاض 141.

إذن يمكن القول أن أعضاء الجهاز القضائي الذي يمكنه القيام بالإنابة القضائية هم:

- قضاة التحقيق.
- قضاة الحكم.

سواء تعلق الأمر بالمحكمة التي يشتغل فيها القاضي مصدر الإنابة القضائية أو خارجها وإن اقتضى الأمر إسنادها لقاضي خارج حدود الدائرة القضائية لمحكمة قاضي التحقيق 142.

ومن هنا يثور تساؤل حول إمكانية تفويض قاضي التحقيق صلاحياته في إطار الإنابة القضائية إلى رئيس المحكمة الذي يعتبر أعلى درجة منه؟

حيث يرى عمر الزعلاني على أن قاضي التحقيق لا يمكنه أن يفوض رئيس المحكمة الذي يعتبر أعلى درجة منه إلا إذا اقتضت الضرورة ورغم التدرج الترتيبي 143..

ويذهب الفقيه الفرنسي برناربولاك إلى أن الإنابة القضائية هي إجراء بمقتضى نظام داخلي يمكن أن تسأل عنه الجهة المنفذة للإنابة أمام الجهة المصدرة لها والعكس صحيح 144.

ففي الواقع العملي من النادر جدا العثور على إنايات قضائية موجهة لقاضي الحكم لتنفيذها، رغم أنه ليس هنا ما يمنع قانونا كما سبقت الإشارة، حيث ينبغي الانتباه إلى أن قاضي الحكم الذي ينفذ الإنابة القضائية يكتسب صفة قاضي التحقيق، فلا يجوز له أن ينظر في قضية قد حقق فيها، وهذا من باب الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم.

أما قضاة التحقيق فهم الأقرب من غيرهم استجابة لرغبة المشرع في أن يقوم قاضي التحقيق بنفسه بإجراء كل أعمال التحقيق، ولهذا السبب بالذات يسمح المشرع بتوجيه الإنابة القضائية لدى قاضي من قضاة التحقيق داخل الدائرة القضائية للقاضي المنيب أو خارجها، إلا أن تنفيذ الإنابة القضائية خارج نفوذ محكمة قاضي التحقيق

¹⁴¹ عمر الزعلاني، الإنابة القضائية لقاضي التحقيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، السنة 1998، ص: 11.

¹⁴² زلماط فؤاد، الإنابة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية، مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني، سنة 2015، ص: 78.

¹⁴³ عمر الزعلاني، مرجع سابق، ص: 13.

¹⁴⁴ زلماط فؤاد، مرجع سابق، ص: 77.

المنيب مشروط بضرورة إشعار النيابة العامة التي تنفذ الإنابة في دائرة نفوذها من طرف قضاة الحكم أو التحقيق المنتدبين¹⁴⁵..

الفقرة الثانية: ضباط الشرطة القضائية.

لقد أعطى القانون لقاضي التحقيق إمكانية توجيه إنابة قضائية لضباط الشرطة القضائية حيث يمكن لهذا الأخير القيام بمجموعة من الإجراءات التي هي في الأصل من اختصاص قاضي التحقيق، وفي هذا خرق لحقوق الدفاع وتأثير على مسار التحقيق¹⁴⁶.

فالمشروع قد ألزم قاضي التحقيق القيام بكل الإجراءات اللازمة لحسن سير التحقيق واتخاذ ما يراه مفيدا في كشف الحقيقة، فإن تعذر عليه ذلك لتثعب الواقعة¹⁴⁷.

حيث أن لجوء قاضي التحقيق لضباط الشرطة القضائية من أجل القيام ببعض مهام التحقيق حدده المشروع المغربي¹⁴⁸ وفق ضرورة الخضوع للشكليات والأحكام التي يتقيد بها قاضي التحقيق نفسه، حيث لا يجوز له مع ذلك تفويض أي كان من ضباط الشرطة القضائية صلاحياته ذات الطبيعة القضائية في القضية الملتبس منه التحقيق فيها، كإصدار الأمر بالاعتقال الاحتياطي أو التمتع بالسراح المؤقت لمعتقل احتياطي أو إصدار الأوامر بالإحالة على المحكمة المختصة، أو انعدام المتابعة بسبب تحقق أحد أسباب السقوط...، فهذه الأوامر أو القرارات ذات الطبيعة القضائية الصرفة لا تصدر إلا من قاضي التحقيق باعتباره الجهة المكلفة بالتحقيق في القضية من قبل النيابة العامة، وليس ممن ينتدبهم للقيام ببعض إجراءات التحقيق فيها بحيث إذا تطلب الأمر اتخاذ قرار من قبل ما سبق -أي القرارات ذات طبيعة قضائية-، فإنه يتم حتما الرجوع لقاضي التحقيق المنيب لاتخاذ نفسه¹⁴⁹.

وضباط الشرطة القضائية المؤهل للقيام بأعمال قاضي التحقيق في إطار الإنابة القضائية هو من يحمل صفة ضابط شرطة قضائية بمقتضى المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية أي:

- المدير العام للأمن الوطني وولاية الأمن والمراقبون العامون للشرطة القضائية وعمداء الشرطة وضباطها.
- ضباط الدرك الملكي وذوي الرتب فيه وكذا الدركيون الذين يتولون قيادة فرقة أو مركز للدرك الملكي طيلة مدة هذه القيادة.
- الباشوات والقواد.
- المدير العام للإدارة الترابية وولاية الأمن والمراقبون العامون وعمداء وضباط هذه الإدارة.

¹⁴⁵ نجات الحوط، الإنابة القضائية لقاضي التحقيق، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، الموسم 2009/2011، ص:

7.

¹⁴⁶ علي عبد القادر القهوجي، الندب للتحقيق، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص:27.

¹⁴⁷ محمد أحداق، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، مطبعة سجال، الطبعة الثانية 2010/2011 ص 108.

¹⁴⁸ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁴⁹ محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى، عين مليلة، الطبعة الأولى، الجزائر 1992 ص 437

- مفتشوا الشرطة القضائية ممن قضاوا على الأقل ثلاث سنوات بهذه الصفة بقرار مشترك صادر من وزير العدل والداخلية.

- الدركيون الذين قضاوا على الأقل ثلاثة سنوات من الخدمة بالدرك الملكي وعينوا رسميا بقرار مشترك بين وزير العدل والسلطة الحكومية المكلفة بالدفاع¹⁵⁰.

إذن فالإنابة الموجهة لضابط الشرطة القضائية هي الغالبة في الواقع العملي حيث بالإضافة إلى أعمال الشرطة القضائية في حالة البحث التمهيدي التلبسي أو العادي فإنها يمكن أن تكلف ببعض المهام بمقتضى إنابة قضائية من قاضي التحقيق، وفي هذه الحالة فإن ضابط الشرطة القضائية ينتدب للقيام بمهام كالاستماع إلى شخص أو تفتيش أو حجز...، وذلك ضمن حدود الإنابة القضائية¹⁵¹ المؤطرة في قانون المسطرة الجنائية¹⁵².
المبحث الثاني: إجراءات التحقيق محل الإنابة القضائية.

أنطال مشروع المغربي لصلاحيات واسعة بالأشخاص الموجهة إليهم الإنابة القضائية حيث خول لهم عدة إجراءات يمكنهم القيام بها من أجل تنفيذ أمر الإنابة الصادر من قاضي التحقيق حيث "يمارس القضاة وضباط الشرطة القضائية المنتدبون لتنفيذ الإنابة القضائية ضمن حدود هذه الإنابة، جميع السلطات المخولة لقاضي التحقيق"¹⁵³. كما يتحلون في المقابل بنفس الواجبات التي تقع على عاتقه حينما يجري التحقيق بنفسه، لكن رغم ذلك فصلاحيات ضابط الشرطة القضائية التي يمكن أن يمارسها داخل إطار الإنابة القضائية تبقى مع ذلك متنوعة من حيث الصلاحيات المرتبطة بالأشخاص والأشياء (المطلب الأول)، إلا أن لها ضوابط وحدود لا يمكن تجاوزها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صلاحيات ضابط الشرطة القضائية في الإنابة.

انطلاقا من مقتضيات المادة 190 من قانون المسطرة الجنائية فضابط الشرطة القضائية يتمتع بمجموعة من الصلاحيات في سبيل تحقيق أغراض الإنابة القضائية الموجهة إليه من قبل قاضي التحقيق، وهذه الصلاحيات منها ما هو مرتبط بالأشخاص (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو متعلق بالأشياء (الفقرة الثانية).
الفقرة الأولى: الإجراءات الشخصية .

من أجل قيام ضابط الشرطة القضائية بمهامه في إطار الإنابة القضائية فقد خول له المشروع عدة صلاحيات خاصة فيما يتعلق بالأشخاص والتي تمكن ضابط الشرطة القضائية من إتمام مهامه على أكمل وجه، وأهم هذه الإجراءات الاستماع إلى الشهود، والوضع تحت الحراسة النظرية.
(أ) الاستماع إلى الشهود.

تضمنت مقتضيات المادة 191 من قانون المسطرة الجنائية تحديد دقيق لنوعية الأحكام المتعلقة بتنفيذ الإنابة القضائية، وخصوصا منها المرتبطة بعملية الاستماع إلى الشهود والتي يمكن إجمالها عموما:

- على كل شاهد استدعي لأداء الشهادة أثناء تنفيذ إنابة قضائية الحضور وأداء اليمين قبل أداء شهادته، علما بأن الضابطة القضائية طبقا للقواعد العامة يمكنها الاستماع إلى الشاهد بدون يمين، ولكن استنادا إلى قواعد الإنابة القضائية فإنها لا تستمع إليه إلا بعد أدائه اليمين أمامها، وذلك بشكل لا يختلف عن أداء

¹⁵⁰ عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء 2014

ص352

¹⁵¹ نجات الجوط، مرجع سابق، ص: 7.

¹⁵² المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁵³ المادة 190 من قانون المسطرة الجنائية.

الشهادة أمام السلطة القضائية¹⁵⁴. لذا فإنه يتعين لزوما تسجيل عملية أداء اليمين القانونية ضمن محضر الاستماع إلى الشاهد المنجز من قبل الضابطة القضائية.

- إذا لم يستجب الشاهد للاستدعاء الموجه إليه من قبل الضابطة القضائية في إطار تنفيذ الإنابة القضائية فإنه يتعين على هذه الأخيرة إشعار القاضي الصادرة عنه الإنابة ليكون على بينة من ذلك ويتخذ ما يراه مناسبا¹⁵⁵.

حيث ألزم القانون على كل شاهد حضر وامتنع عن أداء اليمين الحكم عليه بعقوبة¹⁵⁶، كما تجدر الإشارة إلى أن العقوبات المقررة لشاهد الزور لا تطبق على الشاهد الذي أدلى بشهادة كاذبة لصالح المتهم أو ضده أمام قاضي التحقيق ذلك أن القانون لا يعاقب إلا شهادة الزور أمام قضاء الحكم¹⁵⁷.

وبالتالي إجراء الاستماع إلى الشهود إجراء يلزم الشاهد على القيام به، ويستشف هذا الإلزام من خلال استعمال المشرع لمصطلح "أنه يتعين"، أي أنه أمر مفروض بصفة وجوبية وعلى الشاهد الانصياع إليه بمجرد توصله بالاستدعاء¹⁵⁸.

(ب) الحراسة النظرية.

أعطى قانون المسطرة الجنائية لضابط الشرطة القضائية إمكانية وضع الشخص تحت الحراسة النظرية خلال تنفيذه لأمر الإنابة القضائية¹⁵⁹، حيث "إذا ما اقتضت الضرورة لتنفيذ الإنابة القضائية أن يبقى ضابط الشرطة القضائية شخصا رهن إشارته فإنه يحق له ذلك لمصلحة العدالة ولكن على أساس التزامه بالمقتضيات القانونية المتعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية وفقا للمواد 66 و67 و68 و69 و80 من قانون المسطرة الجنائية، والالتزام بإشعار قاضي التحقيق بهذا الوضع وذلك بمجرد اتخاذ القرار في حق الشخص المعني بالأمر على أنه يتعين عليه خلال عملية الإشعار ذكر أسبابها والدوافع التي اعتمدت عليها الضابطة القضائية أثناء اللجوء لهذا الإجراء".

وبالتالي وجب التزام ضابط الشرطة القضائية بمدد الحراسة وإجراءاتها كما هو مؤطر وفقا للبحث التمهيدي العادي و التلبسي¹⁶⁰.

وبعد استماع قاضي التحقيق إلى أقوال الشخص المقدم له، يجوز له الموافقة على منح الإذن الكتابي بتمديد الحراسة النظرية، كما يجوز بقرار معلل التمديد دون الاستماع إليه من طرف قاضي التحقيق¹⁶¹.

¹⁵⁴ جيلالي بغدادي، التحقيق، دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 1991، ص: 148.

¹⁵⁵ نجات الجوط، مرجع سابق، ص: 16.

¹⁵⁶ المادة 128 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁵⁷ بن مسعود شهرزاد، الإنابة القضائية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق بجامعة متوري قسنطينة، الجزائر، 2009، سنة 2010، ص: 59.

¹⁵⁸ الحسن بو عيسى، عمل الضابطة القضائية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، سنة 2001، ص: 455.

¹⁵⁹ المادة 192 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁶⁰ عبد الواحد العلمي مرجع سابق، ص: 152.

¹⁶¹ بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق، ص: 57.

على ضابط الشرطة القضائية احترام مدة الوضع تحت الحراسة النظرية التي حددها المشرع في مدة لا تتجاوز 48 ساعة، تحتسب ابتداء من ساعة توقيف المشتبه فيه، ويجوز تمديدها لمدة 24 ساعة أخرى بشرط الحصول على إذن مكتوب من القاضي مصدر الإنابة القضائية، وإذا تعلق الأمر بالمس بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، فإن مدة الحراسة تكون 96 ساعة، قابلة للتمديد ولنفس المدة مرة واحدة وبنفس الشروط.

وإذا تعلق الأمر بجرائم الإرهاب فإن مدة 96 ساعة يمكن تمديدها مرتين لمدة 96 ساعة في كل مرة بإذن مكتوب كذلك من قاضي التحقيق، ويجب أيضا احترام بعض الشكليات الخاصة بالوضع تحت الحراسة النظرية وتوفير بعض الضمانات القانونية:

- بحيث يحق للشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية في حالة تمديدها، أن يطلب الاتصال بمحام كما يحق لمحام الاتصال به.

- ينبغي على ضابط الشرطة القضائية مسك سجل ترقم صفحاته وتزويد بتوقيع وكيل الملك، في كل المحلات التي يمكن أن يوضع فيها الأشخاص تحت الحراسة.

- تراقب النيابة العامة ظروف الوضع تحت الحراسة، ولها أن تأمر في أي وقت بوضع حد لها.

ولم يتعرض المشرع المغربي بنص صريح للجزاء المقرر نتيجة الإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة، وقد أجمعت الآراء الفقهية على اعتبار أحكام الوضع تحت الحراسة النظرية من النظام العام، وأن قواعدها قواعد أمرة، لكونها تتعلق بحرية الأفراد، لكن بالرجوع للمادة 751 من ق م ج فإنها تنص على أنه " كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت انجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز..." ، مما يجعل تلك الإجراءات المعيبة باطلة بقوة القانون.

الفقرة الثانية: الإجراءات العينية.

أنط المشرع المغربي بضابط الشرطة القضائية القيام بعدة إجراءات مرتبطة بالأشياء في إطار تنفيذه للإنابة القضائية¹⁶² وهي حجز الأشياء التي لها علاقة بالجريمة وتفتيش المنازل.

(أ) حجز الأشياء التي لها علاقة بالجريمة

تنص المادة 57 من ق.م.ج: "يحافظ ضابط الشرطة القضائية على الأدلة القابلة للاندثار وعلى كل ما يمكن أن يساعد على إظهار الحقيقة وأن يحجز الأسلحة والأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو التي كانت معه لارتكابها وكذا جميع ما قد يكون ناتجا عن هذه الجريمة. يعرض الأشياء المحجوزة على الأشخاص المشتبه في مشاركتهم في الجناية أو الجنحة قصد التعرف عليها."

¹⁶² الحبيب بيهي: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2006، ص 112.

إن هذه الفقرة من المادة 57 من ق.م.ج من جهة تفرض واجب المحافظة على الأدلة القابلة للاندثار وعلى كل ما يمكن أن يساعد على إظهار الحقيقة وما يستتبعه ذلك من إمكانية الاستعانة بكل شخص مؤهل لذلك مثل الخبراء عموماً، والأطباء خصوصاً.

ومن جهة أخرى توجب حجز كل ما له علاقة بالجريمة من أسلحة وأدوات استعملت في ارتكاب الجريمة، أو التي كانت معدة لارتكابها وجميع ما قد يكون ناتجاً عن الجريمة المرتكبة، وذلك من أجل الوصول إلى الدليل عند مباشرة التحقيق (الابتدائي أو النهائي) مع المشتبه فيه الذي قد تكون مواجهته بالمحجوز مؤدية إلى الاعتراف بالجريمة بسهولة في الحالة التي يكون فيها هو مرتكب الجريمة.

(ب). تفتيش المنازل:

إن الدستور المغربي وكذا القانون الجنائي حصنا المنازل وجعلها لها حرمة لا ينبغي انتهاكها من أحد وإلا عرض نفسه للعقاب. ولكن هذا التحصين لا ينبغي أن يكون مطلقاً ليقف حائلاً دون تحقيق العدالة التي تقتضي أحياناً تفتيش المنازل التي يمكن أن تضم داخلها أدلة حاسمة عن جريمة من الجرائم التي يجري البحث بصدها. إذن فتفتيش المنازل هو وسيلة لإثبات أدلة مادية، ويقصد به بحث مادي ينفذ في مكان ما سواء كان مسكوناً أو غير مسكون، وتستطيع الضابطة القضائية تفتيش أي مسكن إذا كانت الإنابة تتضمن العبارة التالية: " البحث في كل مكان وعن كل الأشياء التي يكون كشفها مفيداً للحقيقة"، وفي المقابل على السلطة القائمة بالإنابة التقيد بالإجراء الذي ورد صراحة في أمر الإنابة القضائية، فلا يجوز له القيام بغيره، فإذا أنيب لتفتيش منزل مهم لا يحق له أن يفتش شخصه وإذا كان يجوز له أن يفتش ملحقات المنزل كالحديقة، كما يجب عليه التقيد بالأوقات القانونية للتفتيش والتي حددها المشرع المغربي في ما بعد الساعة السادسة صباحاً وقبل الساعة التاسعة ليلاً مراعاة للاستثناءات الواردة بخصوص انطلاق التفتيش في الساعات القانونية واستمراره على الساعات المحظورة إذا كان لذلك مبرر مقبول، وكذا إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية¹⁶³.

وطبيعي أن يكتسي تفتيش المنازل المخول لقاضي التحقيق أهمية قصوى، لأنه يسمح القيام به ولو من دون رضا صاحبه بل وباستعمال القوة العمومية إذا اقتضى الحال ذلك.

والأصل في هذا الإجراء أن قاضي التحقيق لا يمكنه إنابة ضابط شرطة قضائية أو قاض آخر حيث يجب أن يقوم به شخصياً كلما تعلق الأمر بجناية أو جريمة إرهابية وذلك بحضور ممثل النيابة العامة، لكن إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية فإنه يجوز لقاضي التحقيق في حالة الاستعجال القصوى وبقرار معلل أن ينتدب قاضياً أو ضابطاً أو أكثر للشرطة القضائية لإجراء التفتيش خارج الساعات القانونية حسب ما أكدته المادة 102 من ق م ج.

وقد تطلب القانون توافر مجموعة من الشروط والإجراءات من قبل ضابط الشرطة القضائية وإلا كان البطلان جزءاً للإخلال بها. حيث أحال المشرع المغربي على المواد المتعلقة بالتفتيش في حالة التلبس وذلك من حيث :

¹⁶³ عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص:418

- احترام الوقت القانوني للتفتيش: وهو ما نضمته المادة 62 من ق.م.ج: "لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معابنتها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة التاسعة ليلا.."

فخلال الفترة ما بين السادسة والتاسعة لا يجوز إجراء التفتيش، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما تدخل عليها بعض الاستثناءات منها:

- إذا طلب صاحب المنزل إجراء التفتيش خارج الوقت القانوني.

- أن تسمع نداءات أو استغاثة من داخل المنزل.

- إذا كان التفتيش يجري في محلات يمارس فيها عمل أو نشاط ليلي بصفة معتادة.

- إذا بدأ التفتيش في ساعة قانونية واستمر بدون توقف إلى دخول الوقت الممنوع.

- إذا تعلق التفتيش بجريمة إرهابية.

- ضرورة حضور بعض الأشخاص عملية التفتيش إلى جانب ضابط الشرطة القضائية وهو ما نصت عليه المادة 60 من ق.م.ج.

* . إذا كان التفتيش سيجري بمنزل شخص يشتهه في مشاركته في الجريمة، وجب أن يتم التفتيش بحضور هذا الشخص أو من يمثله، فإن تعذر ذلك وجب على ضابط الشرطة القضائية أن يستدعي شاهدين لحضور التفتيش من غير الخاضعين لسلطته.

* . إذا كان التفتيش سيجري في منزل شخص من الغير يحتمل أن يكون في حيازته مستندات أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية، فإنه يجب حضور هذا الشخص لعملية التفتيش، وإذا تعذر ذلك وجب أن يجري التفتيش طبقا لما جاء في الفقرة السابقة.

والحكمة من حضور الأشخاص هي دعم الضمانات التي يقرها القانون بشأن حرمة المسكن، والزيادة في فعالية البحث وسلامته من شائبة التجاوز والتعسف.

حيث على السلطة القائمة أثناء إجراء التفتيش التقيد بذلك:

اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السر المهني:

ليس المقصود هنا امتناع ضابط الشرطة على كشف أسرار اطلع عليها بمناسبة قيامه بالبحث التمهيدي، فهذا واجبه، وإنما المقصود هو وصوله لأسرار الأغيار المودوعة في أماكن يكون أصحابها بحكم وظائفهم قد توصلوا إليها

ويلزمهم القانون بكتمتها باعتبارها من الأمور المهنية، كالأسرار المودعة بعيادات الأطباء ومكاتب المحامين والموثقين والعدول...

المحافظة على المحجوزات بعد إحصائها:

إذا توصل ضابط الشرطة القضائية في إطار بحثه إلى وثائق وأشياء يكون لها دور في الوصول إلى الدليل والإثبات، أمكنه القيام بحجزها، وفي هذه الحالة يجب عليه إحصاءها والمحافظة عليها.

تحرير محضر بالتفتيش:

بعد انتهاء ضابط الشرطة القضائية من التفتيش يجب عليه أن يحرر محضرا بالتفتيش يوقعه ويؤرخه ويضيفه إلى المحضر المكون للبحث التمهيدي التلبيسي.

جزء الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتفتيش:

الجزء هو بطلان التفتيش والمحضر المنجز، مما يستتبع استبعاد كل الأدلة التي تم التوصل إليها في ظل التفتيش المعيب وغير الصحيح¹⁶⁴، إضافة إلى إمكانية ترتيب جزاءات تأديبية أو جنائية للقائم بالإجراء المعيب¹⁶⁵.

المطلب الثاني: حدود الإنابة القضائية.

إذا كانت المادة 19 من قانون المسطرة الجنائية تعطي لضابط الشرطة القضائية وللسلطة التي توجه إليها الإنابة القضائية بشكل عام القيام بجميع صلاحيات قاضي التحقيق، فإن هذا الأمر ليس مطلقا خاصة إذا ما تعلق الأمر بضابط الشرطة القضائية الذي ألزمه المشرع بعدة قيود لا يمكن تجاوزها أثناء تنفيذه الإنابة القضائية، سواء من خلال حظر الإنابة القضائية العامة (الفقرة الأولى)، أو من خلال منع ضابط الشرطة من القيام ببعض مهام قاضي التحقيق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حظر الإنابة القضائية العامة

إذا كانت الإنابة تجيز القيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق بغية تيسير مهمة قاضي التحقيق والتغلب على بعض العقبات العملية، أو لاعتبارات تتعلق بكفاءة التحقيق التي تقتضي القيام ببعض الأعمال التي تتطلب قدرا عاليا من الخبرة الفنية، فإنه يصبح من من الطبيعي ألا تكون تلك الإنابة في كل إجراءات التحقيق، فالندب العام يعد أمرا محظورا، فلا يجوز أن يكون الندب منصبا على كافة إجراءات التحقيق وإلا كان باطلا¹⁶⁶.

¹⁶⁴ - بالرجوع للمادة 751 من ق م م فانها تنص على انه " كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت انجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز "...

¹⁶⁵ - الفصل 230 من القانون الجنائي المغربي.

¹⁶⁶ أمين عبد الرحمان محمود عباس، الإنابة القضائية في مجال الإجراءات الداخلية والخارجية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2013، ص: 128.

وبالتالي فالأصل في التحقيق أن يقوم به قاضي التحقيق لوحده، وقد منحه المشرع تسهيلا لذلك سلطات واسعة يمكن توظيفها للوصول إلى الحقيقة.

كما منحه المشرع كذلك إمكانية الانتقال بنفسه خارج دائرة نفوذ محكمته إذا كان ضروريا لاستكمال البحث والتحقيق، حيث يمكنه بعد إخبار النيابة العامة أن ينتقل صحبة كاتبه قصد القيام بإجراءات التحقيق خارج نفوذ المحكمة التي يمارس فيها مهامه¹⁶⁷، إلا أن ذلك يصعب في بعض الأحيان لكثرة الملفات المحالة عليه، أو قد يسمح له الوقت لمباشرة كافة الإجراءات اللازمة في القضية¹⁶⁸.

ومعنى ذلك أن الإنابة هي استثناء من الأصل، والاستثناء ينبغي تطبيقه عدم التوسع فيه كي لا يؤدي ذلك إلى سلب مهمة التحقيق من السلطة المختصة به قانونا ووضعها في يد ضابط الشرطة القضائية خوفا من أن يؤدي ذلك إلى إهدار القانون الذي وضع التحقيق وفق نظرة خاصة في يد سلطة معينة من الثقافة القانونية، الأمر الذي يضيء على ملف التحقيق المعد من قبل هذه الجهة درجة من الثقة لدى قضاء الحكم على اعتبار أن أغلب الوقائع والأدلة التي تم جمعها في هذا الملف إن لم تكن جميعها، قد جاءت نتيجة إجراءات قد روعيت عند القيام بها قواعد حماية حقوق المتهم القانونية¹⁶⁹.

وتبعاً لذلك لا يجوز لقاضي التحقيق أن يقوم بانتداب القضاة أو ضابط الشرطة القضائية للتحقيق في قضية بأكملها بل الاكتفاء بإجراءات محددة ومعينة وبعوض الإجراءات.

وتكمن العلة في ذلك الحظر في أن الندب للتحقيق في قضية برمتها يعني تنازلاً من المحقق عن اختصاصاته، ونقله لهذا الاختصاص للغير وهو غير جائز، يضاف إلى ذلك أن التحقيق في قضية برمتها يتطلب قدرات وضمانات لا تتوفر إلا لدى سلطة التحقيق.

ويترب على عدم جواز الإنابة القضائية في التحقيق بالقضية برمتها أنه لا يجوز الإنابة للتصرف في التحقيق بأي وجه من الوجوه سواء كان ذلك من أجل إقامة الدعوى الجنائية أو بالإحالة على اعتبار أن التصرف في الأوراق يقتضي مراجعة وتقييم لجميع أعمال التحقيق، فضلا عن أنه لا يجوز إنابة ضابط الشرطة القضائية للتصرف في الأشياء المضبوطة¹⁷⁰.

¹⁶⁷ المادة من 100 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁶⁸ المادة 86 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁶⁹ نجاة لحوط، مرجع سابق، ص: 12 و 13.

¹⁷⁰ محمد عبد الغريب، الاختصاص القضائي لأمور الضبط في الأحوال العادية والاستثنائية، بدون سنة، بدون طبعة، ص: 799.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجوز إنابة ضابط الشرطة القضائية للقيام بتحقيق في القضية برمتها تأسيساً على أن النصوص القانونية المتعلقة بالإنابة جاءت عامة دون تخصيص، واستناداً إلى ما يجري عليه العمل في حالات يناب فيها الضابط لهذا الغرض¹⁷¹.

وقد انتقد بعض الفقه هذا الرأي لعدم وضوح تلك النصوص التي تفضي بضرورة تقييد الإنابة بإجراءات محددة وهو ما جرت عليه محكمة النقض المصرية، حينما اعتبرت بأن الإنابة للتحقيق استثناء لا يجب التوسع في تفسيره¹⁷².

وأعتقد بأن هذا الرأي الأخير هو الصائب لأن القيام بالتحقيق يحتاج مهارة خاصة تتطلب أن يكون القائم بها على بينة من الضمانات التي ينبغي أن تتوفر أثناء سريان التحقيق، لذا فالإنابة القضائية ما هي إلا استثناء من أصل ولا ينبغي أن يتم التوسع فيها لكي لا تضيع حقوق الأفراد.

إضافة إلى ذلك فلا يمكن أن يؤمر في الإنابة القضائية سوى بإجراءات التحقيق المتعلقة مباشرة بالجريمة المشار إليها في المتابعة¹⁷³.

ومعنى ذلك أن قاضي التحقيق يلزم بالتحقيق أو شكاية المطالب بالحق المدني ولا يتعداها إلى جرائم أخرى، إلا أن الواقع العملي قد يسفر مثلاً نتيجة تفتيش أجراه ضابط الشرطة القضائية المنتدب عن ضبطه لأشياء تفيد كشف الحقيقة في جريمة أخرى، فهنا ماذا على الضابط أن يعمل؟ هنا لا يخلو الأمر من احتمالين:

إذا كانت الأشياء المكتشفة متعلقة بجريمة محل الإنابة، يشعر قاضي التحقيق، وبإمكان هذا الأخير أن يوجه له إنابة قضائية إضافية ومستعجلة وتبلغها له بجميع الوسائل، ولو عن طريق الهاتف شريطة صدورها كتابة.

إذا كانت الأشياء المكتشفة متعلقة بجريمة أخرى لم يتم البحث أو التحقيق فيها فإن الضابط خلالها يمارس صلاحياته بمقتضى التلبس بجناية أو جنحة حسب أحوال المادة 576 من قانون المسطرة الجنائية مع إشعار النيابة العامة¹⁷⁴.

الفقرة الثانية: الإجراءات التي لا يجوز أن تكون محلاً للإنابة القضائية.

بالإضافة إلى عدم جواز الإنابة في التحقيق بوجه عام وعدم صلاحية ضابط الشرطة القضائية في إصدار الأوامر القضائية كالأمر بالإيداع في السجن أو الإفراج أو المراقبة القضائية أو الإحالة على الجلسة...، وضابط الشرطة

¹⁷¹ محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني، الجزء الأول، القاهرة، دار الطباعة لنشر. 1974، ص: 319.

¹⁷² علي عبد القادر القهوجي، الندب للتحقيق، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، مصر 1997 ص: 62.

¹⁷³ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁷⁴ نجات الحوط، مرجع سابق، ص: 12.

القضائية كذلك غير مؤهل للقيام بإجراءات أخرى والمتمثلة في استنطاق المتهم ومواجهته بالغير (أولا) ثم الاستماع إلى الطرف المدني (ثانيا).

أولا: استنطاق المتهم ومواجهته بالغير.

الاستنطاق إجراء خطير أحاطه المشرع بعدة ضمانات من حيث الجهة القائمة به والمتمثلة في السلطة القضائية فقط أو من حيث الإجراءات المسطرية المنظمة له، أو من حيث حقوق المتهم سواء بالنسبة لحق ضمان الدفاع أو إثارة أي دفع يتعلق بالمتهم كالدفع بممارسة العنف في حقه من قبل ضابط الشرطة القضائية أو التصريح بانتسابه لخلل عقلي، أو الطعن في القرار المتخذ في حقه من طرف قاضي التحقيق بالاستئناف أمام الغرفة الجنحية سيما إذا قرر هذا الأخير بعد استنطاقه ابتدائيا وضعه تحت الاعتقال الاحتياطي حيث خصص له المواد من 134 إلى 141 من قانون المسطرة الجنائية.

والاستنطاق وسيلة يحصل بها القاضي من المتهم على تفسيرات تتعلق بالوقائع المنسوبة إليه، وهو وسيلة دفاع واتهام في آن واحد، وسيلة دفاع لأنه ضروري ويؤدي انعدامه إلى بطلان المسطرة كما لو أن التحقيق أغلق دون الاستماع للمتهم أو دون استدعائه بصفة قانونية، وهو وسيلة اتهام لأنه يمكن قاضي التحقيق من اللجوء عليه كلما وجد ضرورة لذلك، فالغاية منه هي تمكين المتهم من إقامة الدليل على براءته أو اعترافه بالمنسوب إليه، وإن كان الاعتراف لا يفيد القاضي ولا يعفيه من الاستمرار في عملية التحقيق، فهو يعتبر مجرد وسيلة لإقامة الدليل¹⁷⁵.

والاستنطاق إذن هو إجراء خاص بقاضي التحقيق لا يجوز لضابط الشرطة القيام به اتجاه المتهم على اعتبار أنه يتضمن مناقشة هذا الأخير تفصيلا في تهمة موجهة إليه بارتكاب جريمة ودعوته للرد على الأدلة القائمة ضده أو بالتسليم بها¹⁷⁶.

لذلك فاستجواب المتهم يعد إجراء خطيرا حيث يتعذر على غير سلطة التحقيق القيام به، لذا يجب أن يباشره المحقق بنفسه¹⁷⁷.

فعلة حظر إنابة غير المحقق في استجواب المتهم ترجع لخطورة هذا الإجراء الذي قد يؤدي إلى استدراج المتهم للاعتراف أو الوصول إلى قرائن تحمل على الاعتقاد بارتكاب للجريمة، إضافة إلى ما يشكله الاستجواب من وسيلة للدفاع عن المتهم وتفنيد أدلته، الأمر الذي يتطلب كفالة ضمانات سلامة هذا الإجراء وعدم إساءة المستجوب لسلطته في الاستجواب أو تعسفه¹⁷⁸. وبالتالي إذا صدر أمر لضابط الشرطة القضائية باستجواب المتهم اعتبر باطلا.

¹⁷⁵ نجات الحوط، مرجع سابق، ص: 13.

¹⁷⁶ محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010، ص: 238.

¹⁷⁷ محمود عبد القادر العبودي، نذب مأمور الضبط القضائي لأعمال التحقيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص: 83.

¹⁷⁸ ناينتي ناين أحمد الدسوقس، تكليف مأمور ضبط قضائي مباشرة إجراءات تحقيق في التشريع المصري والمقارن، الدار الجامعية للنشر والتوزيع الاسكندرية بدون طبعة بدون سنة، ص: 158.

وقد أقر المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 190 من قانون المسطرة الجنائية على أنه يمنع على ضابط الشرطة القضائية استجواب المتهم واستنطاقه، لكن وجه الغرابة يكمن في أنه مباشرة بعد ذلك ، ورد مايلي: "إذا اقتضت ضرورة تنفيذ الإنابة القضائية أن يبقى ضابط الشرطة القضائية شخصا رهن إشارته تطبق مقتضيات المادة 66، 67، 68، 69، والمتعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية¹⁷⁹.

وبالعودة إلى مسطرة الوضع تحت الحراسة النظرية وعلى وجه الخصوص المادة 67 المحال عليها سوف يتضح على أن ضابط الشرطة القضائية يقوم بالاستماع إلى الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية، وأن يتولى تبعا لذلك تحرير محضر. فماذا لو كان هذا الشخص متهما؟ وبأية طريقة يمكن إقامة نوع من الصلح بين مقتضيات قانونية ليست فقط متنافرة بل وتتناقض بشكل صارخ، وبأية طريقة يمكن إقامة صلح بين استنطاق المتهم من طرف ضابط الشرطة القضائية، وهو لا يتوفر في إطار هذا الاستنطاق على ضمانات ، ويعتبر قانونا شخصا غير مؤهل للقيام بذلك¹⁸⁰.

وبالتالي فاستماع ضابط الشرطة القضائية للمتهم أثناء فترة الحراسة النظرية يعد باطلا.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم إمكانية قاضي التحقيق بإصدار إنابة لضابط من أجل اصطحاب المتهم لإعادة تمثيل الجريمة، لأن ذلك يعد انتهاكا لنص المادة 132 من قانون الإجراءات الفرنسي، إذ تنفيذ هذه الإنابة يضيء عليها بالضرورة سمة الاستجواب.

حسب تعبير محكمة النقض الفرنسية¹⁸¹.

ثانيا: الاستماع على المطالب بالحق المدني.

المطالب بالحق المدني يكون أصلا هو الضحية أو ذوي حقوقه، ولكن بعد أدائه القسط الجزائي أو بعد تحصيله على قرار المساعدة القضائية وفق ما ينص عليه الفصلان 95 و96 من قانون المسطرة الجنائية، حيث ينتصب المطالب بالحق المدني أمام قاضي التحقيق، وأثناء الاستماع إليه أمام هذا الأخير يجب أن يحزر محضر مستقل خاص به ويدون فيه تصريحات المطالب بالحق المدني وتوقيعه. وهذا الإجراء الجوهري من اختصاص القضاة فقط، يمنع على ضباط الشرطة القضائية القيام به إلا إذا عبر المطالب المدني عن رغبته في الاستماع إليه من قبل الضابط، حيث ينبغي أن يأتي التعبير عن هذه الرغبة بشكل صريح إما شفويا ويتضمن ذلك في المحضر، أو بشكل كتابي¹⁸².

¹⁷⁹ المادة 192 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁸⁰ محمد أهداف، شرح قانون المسطرة الجنائية، مسطرة التحقيق الإعدادي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة سجلماسة، مكناس، 2013، ص: 70.

¹⁸¹ Champon pierre : le juge d'instruction, théorie et pratique de la procedure.op.cit, p : 390.

¹⁸² نجاة الحوط، مرجع سابق، ص: 14.

إذن فإمكانية استماع الضابط للمطالب بالحق المدني هي مسألة معلقة على رضى وموافقة المطالب بالحق المدني نفسه، حتى يسمح لضابط الشرطة بممارسة هذا الإجراء.

الفصل الثاني : أثار تنفيذ الإنابة القضائية.

إن إقرار المشرع المغربي لصلاحيات قاضي التحقيق في اللجوء للإنابة القضائية من خلال الإجراءات التي يمكنه إنابة جهة أخرى في القيام بها لابد له أن يخضع لضوابط قانونية، حيث يجب على السلطة القائمة بتنفيذ الإنابة القضائية احترامها، كآليات لتنفيذ الإنابة القضائية (المبحث الأول)، لأن الأمر لا يخلو من سلطة الرقابة القضائية التي تمارسها عدة جهات أثناء تنفيذ الإنابة وبعدها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آليات تنفيذ الإنابة القضائية.

يخضع قاضي التحقيق أثناء قيامه بمهامه إلى عدة آليات تساعد على الوصول للحقيقة، وهي نفس الآليات التي تنتقل إلى الجهة القائمة بتنفيذ الإنابة، التي ينبغي لها أن تتقيد بها أثناء تنفيذها للتمس الإنابة القضائية خاصة فيما يتعلق بانتقال حقوق المتهم في الإنابة من سلطة قاضي التحقيق إلى الجهة المنوبة (الفقرة الأولى)، أو فيما يخص ضرورة الالتزام بالسرية (الفقرة الثانية).

المطلب الأول: انتقال ضمانات التحقيق إلى السلطة المنوبة.

لا شك أن صدور أمر الإنابة القضائية إلى ضابط الشرطة القضائية يستلزم بالضرورة انتقال صلاحيات قاضي التحقيق لهذا الضابط، وفق القيود القانونية المؤطرة للإنابة القضائية، لكن مرحلة التحقيق تتميز بوجود العديد من الضمانات التي يتمتع بها الأشخاص المائلون أمام قاضي التحقيق، والتي تجعل تنفيذ أمر الإنابة يؤدي إلى انتقالها لتكون مقيدة للشخص المنوب، من أجل ضمان عدم تعسفه أثناء العمل بصلاحيات قاضي التحقيق، وذلك فيما يتعلق بحقوق المتهم (الفقرة الأولى)، سواء قرينة البراءة أو حقوق الدفاع، أو من خلال آليات عمل قاضي التحقيق وخاصة فيما يرتبط بضرورة الالتزام بالسرية أثناء التحقيق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حقوق المتهم أثناء تنفيذ الإنابة القضائية.

تتميز مرحلة التحقيق الإعدادي بضمانات هامة لفائدة المتهم حيث تشكل هذه المرحلة أهمية قصوى سواء من خلال إجرائها على يد قاض ينتمي للقضاء الجالس، أو من خلال الحقوق التي يتمتع بها المتهم خلال هذه المرحلة

والمتجلية في حق الدفاع، وكذا حقه في التزام الصمت، إضافة إلى الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق، وكل ذلك نابع من شيء واحد كون هذه المرحلة تتميز بتمتع المتهم بمبدأ قرينة البراءة.

فأهم ضمانات يتمتع بها المتهم خلال مرحلة التحقيق الإعدادي هي مثوله أمام هيئة قضائية تضمن له التطبيق السليم لحقه في محاكمة عادلة، عكس البحث التمهيدي الذي يجري على يد ضابط الشرطة القضائية، وهو غالبا ما يتم الطعن من طرف المتهم في الاعتراف الحاصل أمام الضابطة القضائية بذريعة تعرضه لانتزاع اعترافه بالإكراه، لكن بالرجوع إلى الأحكام المنظمة للإبادة القضائية¹⁸³ فإن قاضي التحقيق يمكنه أن يطلب بواسطة إبادة قضائية من أي قاض آخر للتحقيق أو أي قاض للحكم أو أي ضابط شرطة القضائية الموجودة في دائرة نفوذ محكمته، القيام بإجراء ما يراه لازما من أعمال التحقيق في الأماكن الخاضعة لنفوذ كل واحد منهم.

فالإشكال المطروح هنا عندما تتم إبادة ضابط الشرطة القضائية للقيام بعمل من أعمال قاضي التحقيق هل يحترم جميع الضمانات التي يلتزم بها قاضي التحقيق خلال قيامه بمهامه؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نرى أن المشرع قد أعطى لضابط الشرطة القضائية سلطة القيام بجميع الصلاحيات المخولة لقاضي التحقيق، غير أنه لا يمكن لضابط الشرطة القضائية استجواب المتهم ومواجهته مع غيره، كما لا يمكنه الاستماع إلى الطرف المدني إلا بطلب منه¹⁸⁴.

وبالتالي فصلاحيات ضابط الشرطة القضائية في مجال الإبادة القضائية ليست على إطلاقها كما قلنا، وإنما مقيدة بعدم إمكانية استجواب المتهم ومواجهته بالغير، وهذا ما يشكل ضمانا كبيرة للمتهم خلال هذه المرحلة نظرا لكون استنطاق المتهم في مرحلة التحقيق له ضوابط قانونية، هامة تشكل في حد ذاتها ضمانا لحق المتهم في الدفاع سواء فيما يتعلق بضرورة حضور المحامي وإشعار المتهم بهذا الحق، وفي حالة عدم وجوده فإن قاضي التحقيق يعين له محاميا في إطار المساعدة القضائية، إضافة إلى ذلك فللمتهم الحق في التزام الصمت حيث يشعره قاضي التحقيق بأنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح ويشار إلى ذلك في المحضر. كما أن المتهم في هذه المرحلة له الحق في الخضوع

¹⁸³ المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁸⁴ المادة 190 من قانون المسطرة الجنائية.

لفحص طبي، حيث لقاضي التحقيق أن يأمر به تلقائيا أو بناء على طلب المتهم الذي كان موضوعا تحت الحراسة النظرية حيث يعين له لهذه الغاية خبيرا في الطب¹⁸⁵.

وهذا ما يؤكد أن المشرع المغربي كان صائبا حينما نص على هذا المقتضى الذي يشكل حماية لحقوق المتهم نظرا لأهمية الاستنطاق في مرحلة التحقيق الإعدادي، حيث لا يمكن لضابط الشرطة القضائية أن يحافظ للمتهم على حقوقه نظرا لضعف التكوين القانوني والعملي مقارنة مع قاضي التحقيق.

ومن الإشكالات التي يمكن ذكرها في هذا الصدد هي قيام ضابط الشرطة القضائية بإجراء التفتيش¹⁸⁶ وفقا لأحكام المواد 59 و60 و61 و62 و63 من قانون المسطرة الجنائية، فهو يقوم بذلك في إطار التحقيق الإعدادي وبالتالي فهل التفتيش الذي يقوم به ضابط الشرطة في هذا الإطار يوازي التفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق سواء من خلال طريقة إنجاز هذا الإجراء أو من خلال الضمانات الممنوحة لحرمة المسكن خاصة إذا علمنا ان المادة 101 من قانون المسطرة الجنائية تحيل على المواد المؤطرة لتفتيش المنازل في إطار البحث التمهيدي التلبيسي الذي يعطي لضابط الشرطة القضائية صلاحيات هامة قد تؤدي إلى المساس بحرمة المسكن لأن الأمر في هذه المرحلة لا يتعلق بالضرورة بحالة التلبس، حتى يمارس ضابط الشرطة القضائية صلاحياته بدون وجود موافقة صاحب المنزل، رغم كون المتهم لا يوجد في حالة من حالات التلبس¹⁸⁷.

الفقرة الثانية: الالتزام بالسرية أثناء تنفيذ الإنابة.

إن موضوع أمر الندب هو القيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق وقد وضع القانون شروطا شكلية معينة يتعين الالتزام بها للقيام بهذه الإجراءات، ولما كان المندوب يحل محل سلطة التحقيق النادرة في القيام بهذه الإجراءات فإنه يجب عليه أن يراعي شروط تنفيذها¹⁸⁸.

فيتعين عليه عند قيامه بإجراءات التحقيق موضوع أمر الندب الالتزام بالقواعد الإجرائية التي نص عليها القانون، وهي نفس الإجراءات التي يجب على قاضي التحقيق أن يلتزم بها فيما لو قام بنفسه بإجراءات التحقيق¹⁸⁹.

¹⁸⁵ المادة 134 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁸⁶ المادة 99 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁸⁷ المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁸⁸ عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 146.

¹⁸⁹ بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق، ص: 88.

حيث يلتزم قاضي التحقيق بالمحافظة على سرية الإجراءات والنتائج التي تسفر عنها، وإذا كان الإجراء المطلوب القيام به هو الاستماع لشاهد فإنه يلتزم بتحليفه يمين الشهادة قبل سماع شهادته، وإذا كان تفتيش منزل متهم آخر أوجب القانون ضرورة حضور شاهدين، كما يلتزم المندوب بإخطار الخصوم باليوم الذي يباشر فيه الإجراء ومكانه ويلتزم بالسماح لهم ولوكلائهم الحضور مباشرة أثناء القيام بالإجراء، وفي حالة الضرورة أو الاستعجال يجوز له اتخاذ الإجراء في غيبتهم ودون إخطارهم، ولكن يلتزم بمجرد انتهاء تلك الحالة بالسماح لهم بالإطلاع على التحقيق إذا رغبوا في ذلك، وفي جميع الأحوال لا يجوز له منع الخصوم من اصطحاب وكلائهم في التحقيق، كما يلتزم أيضا باصطحاب كاتبه معه في إجراءات التحقيق التي تستدعي تحرير محاضر وأن يوقع الكاتب معه على المحاضر. وبالتالي وجب على السلطة المنوبة أن تلتزم بنفس الآليات التي أقرها المشرع لقاضي التحقيق أثناء قيامه بإجراءات التحقيق.

إن السرية الإجرائية في التحقيق تعد من المقومات الأساسية له، فهي تعد من أهم الضمانات الممنوحة للمتهم وتعني القيام قدر الإمكان ممن هو قائم بالتحقيق أصلا وكلف بإجراء من إجراءاته أو ساهم فيه بالمحافظة على السرية بما هو مستطاع ضمن ما استلزمه القانون واشترطه دون أن يحصل بهذه السرية إضرارا بحقوق الدفاع¹⁹⁰.

والعلة التي من أجلها سعى المشرع تكريس هذه الخاصية على التحقيق الإعدادي، تتجلى في أنها تصون سمعة المتهم وعدم تشويهها قبل قول المحكمة كلمتها في القضية، خصوصا وأنه يستفيد من قرينة البراءة التي هي الأصل (المادة 1 من قانون المسطرة الجنائية)، إذ لا يخفى على أحد أن تناول الصحافة لقضية ما تزال في طور التحقيق يؤثر تأثيرا بالغا على سمعة المتابع، بل وعلى المحقق نفسه الذي قد يجد نفسه واقعا تحت تأثير الحرج وإكراهات الرأي العام، مما قد يجنح به -وهو بشر- إلى الزيف عن سكة الحياد الواجبة فيه كقاض ينبغي أن يزن الأدلة المقدمة إليه، أو التي يكون قد توصل إليها بنزاهة وتجرد، وبدون تأثير أي كان عليه.

كما أن للسرية في هذه المرحلة أهمية كبيرة لان عدم احترامها يؤدي إلى تشويه وسائل الإثبات ممن له المصلحة والقدرة على ذلك، وتجنيب المجتمع الاطلاع على بعض الأساليب الإجرامية التي قد تكون وحشية لما يشكله ذلك من وقع سيء على نفسية أفراد أو قيمهم الدينية أو الخلقية¹⁹¹.

¹⁹⁰ محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء 3، دار الهدى، عين مليلية، الجزائر، 1991، ص:

118.

¹⁹¹ عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص 14 و 15.

إن إفشاء السر في التحقيق يترتب عنه عقوبات مختلفة بالنسبة للأشخاص الذي قاموا بإفشاءها، هذا بالإضافة إلى العقوبات التأديبية¹⁹².

ويجد مبدأ سرية إجراءات التحقيق مصدره القانوني في المادة 15 من قانون المسطرة الجنائية¹⁹³. وبالتالي وجب على ضابط الشرطة القضائية أثناء تنفيذه للإبادة القضائية الالتزام بالسرية كما يفرضها القانون على قاضي التحقيق، هذا إضافة إلى ضرورة تدوين كل العمليات التي يقوم بها في محاضر موقعة مع إخبار قاضي التحقيق بكل ما شاب هذا الإجراء أثناء تنفيذه.

المطلب الثاني: انتهاء الإبادة القضائية.

إن صدور إبادة قضائية من قاضي التحقيق إلى السلطة المكلفة للقيام بالإجراءات التي حددها قاضي التحقيق في صك الإبادة لا ينبغي أن يكون على إطلاقه وإنما بفترة زمنية محددة أو بضوابط لا ينبغي تجاوزها لأنها تشكل حدا فاصلا لانتهاء الإبادة القضائية، مما ينتج عنه تخلي السلطة المكلفة بالإبادة عن صلاحياتها التي كانت مخولة لها سابقا، ورجوع هذه الصلاحيات للسلطة المصدرة للإبادة، وبالتالي فإن انتهاء الإبادة القضائية قد تكون لعدة أسباب سواء عامة (الفقرة الأولى) أو خاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأسباب العامة لانتهاء الإبادة القضائية.

إذا ما وجهت إبادة قضائية للنائب سواء كان ضابط الشرطة القضائية أو قاضي الحكم أو التحقيق فإنه يتعين عليه تنفيذها ولا يجوز له الامتناع عن ذلك إلا إذا كانت غير قانونية، فانهاء الإبادة القضائية إذن لها أسباب عامة أي عادية لوضع حد لهذه الإبادة سواء تعلق الامر بانهاء الإبادة عن طريق التنفيذ أو إنهاء الإبادة القضائية بإنقضاء الاجل المحدد وكذا إنهاء الإبادة القضائية بإستحالة التنفيذ .

أولا: انتهاء الإبادة عن طريق التنفيذ.

عندما تعرض على قاضي التحقيق قضية ما يقوم بعمله لاستقصاء الحقيقة وعندما يستنفذ جميع الإجراءات اللازمة، يعلن عن انتهاء الإبادة بكون التصرف في ملف التحقيق في شكل أوامر، وتكون هذه الأخيرة إما أمرا بعدم الاختصاص إذا رأى قاضي التحقيق أن الأفعال ليست من اختصاصه¹⁹⁴ أو أمر بعدم المتابعة إذا تبين له أن الأفعال لا تخضع للقانون الجنائي أو لم تعد خاضعة له، أو أنه ليست هناك أدلة كافية ضد المتهم أو أن الفاعل ظل

¹⁹² بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق، ص: 89.

¹⁹³ جاء في نص هذه المادة: " تكون المسطرة التي تجري أثناء البحث والتحقيق سرية".

¹⁹⁴ المادة 215 من قانون المسطرة الجنائية.

مجهولا 195، أو يأمر بإحالة المتهم على المحكمة المختصة لمحاكمته 196. أما انتهاء الإنابة القضائية بداهة يكون بإتمام العمل أي الإجراء الذي أنيب فيه، وقاضي التحقيق في الحقيقة هو الذي يحدد للنائب المهلة التي ينبغي فيها عليه أن يقوم بإتمام العمل خلالها خلافا لما هو ساري به العمل مع قاضي التحقيق، حيث إن المشرع لم يحدد له فترة زمنية معينة ينبغي عليه فيها إتمام عمله، فالمادة 189 من قانون المسطرة الجنائية أوجبت على قاضي التحقيق تحديد المهلة التي ينبغي فيها على ضابط الشرطة القضائية موافاته للمحاضر التي يحررها 197، إذن عمل النائب يتقيد بالمدة المحددة له لمباشرة الإجراءات ولا تحسب في المدة يوم صدورها بل تبتدئ من اليوم الموالي طبقا للمادة 750 من قانون المسطرة الجنائية.

ثانيا: انتهاء الإنابة القضائية بانقضاء الأجل المحدد لها.

الأصل أن المادة 189 من قانون المسطرة الجنائية قد اشترطت على قاضي التحقيق أن يحدد أجلا لتنفيذ الإنابة القضائية، لكن الملاحظ أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية في تحديد المدة، إلا أنه كان على المشرع أن يحدد أجلا كأقصى حد لتنفيذ الإنابة القضائية، فإذا انتهى الأجل ولم ينجز العمل بعد ولم يحدد قاضي التحقيق المدة، تعين على ضابط الشرطة القضائية المنتدب إرسال المحضر وإلا اعتبر باطلا.

والملاحظ من الناحية العملية أن المشرع المغربي لم يقرن هذا الإجراء بأجل يشكل حدا أقصى لتنفيذه، وهذا ما جعل بعض الحالات التي يكون فيها المتهم معتقلا في كثير من الأحيان نتيجة هذا التماطل في التنفيذ تطول مدة اعتقاله في السجن قبل محاكمته.

ثالثا: انتهاء الإنابة القضائية لاستحالة التنفيذ.

تنتهي الإنابة القضائية إذا أثبت الشخص أن الإجراء موضوع الإنابة أصبح مستحيلا لعمل أجنبي .

الفقرة الثانية: انتهاء الإنابة القضائية لأسباب خاصة.

¹⁹⁵ المادة 216 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁹⁶ المادة 218 من قانون المسطرة الجنائية.

¹⁹⁷ نجاة الحوط، مرجع سابق، ص: 19.

بالإضافة إلى الأسباب العامة التي بتوفرها تنتهي الإنابة القضائية فهناك أسباب خاصة كذلك يوضع بها حد للإنابة القضائية وهي متعددة منها التنازل عن الشكاية ووفاء المتهم والعفو أو تنحية قاضي التحقيق وأيضا حالة رفض النائب تنفيذ الإنابة .

أولا: التنازل عن الشكاية.

إذا كانت الشكاية هي تبليغ من المجني عليه أو ممن يقوم مقامه إلى السلطات العامة عن جريمة معينة وقعت عليه، غير أن الشكاية التي تعيننا في هذا المجال هي غير عادية، لأن هناك جرائم اشترط المشرع لتحريك الدعوى العمومية بشأنها ضرورة تقديمها من المجني عليه شخصيا، وأن عدم تحريكها يقيد حرية النيابة العامة في المتابعة¹⁹⁸ كاشتراط تقديم الشكاية من الزوج أو الزوجة لأجل المتابعة في جريمة الخيانة الزوجية¹⁹⁹.

وإذا ما حركت الدعوى العمومية فإن التنازل عن الشكاية يوقف إجراءات المتابعة بنص القانون، ومن هذا يمكن القول على أن التنازل عن الشكاية يضع حدا للإنابة القضائية التي تكون قد وجهت بصدد هذا النوع من الجرائم.

ثانيا: وفاة المتهم والعفو عن الجريمة.

جاء في نص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية أن الدعوى العمومية تسقط بموت المتابع وبالعفو الشامل، فإذا حدثت الوفاة قبل رفع الدعوى العمومية عليه يستحيل على النيابة العامة أو المتضرر من الجريمة تحريكها، ويجب أن يصدر أمرا بحفظ الملف.

وقد تحدثت الوفاة بعد رفع الدعوى إما أمام قاضي التحقيق أو أمام جهات الحكم في هذه الحالة على قاضي التحقيق أن يصدر أمرا بعدم المتابعة، أما بالنسبة لهيئة الحكم وجب أن تقضي بسقوط الدعوى، وإذا كان مع المتهم المتوفي متهمون آخرون فإن الجريمة لا تسقط إلا لفائدته فقط²⁰⁰. ومنه فالإنابة القضائية في حق المتهم توفي أثناء هذه الفترة يؤدي حتما إلى انقضاء الإنابة ونفس الأمر كذلك بالنسبة لصدور العفو الشامل.

ثالثا: تنحية قاضي التحقيق.

¹⁹⁸ نجاة الحوط، مرجع سابق، ص: 20.

¹⁹⁹ الفصل 492 من القانون الجنائي المغربي.

²⁰⁰ بن مسعود شهرزاد، مرجع سابق، ص: 98.

من أسباب انتهاء الإنابة القضائية كذلك تنحية قاضي التحقيق عن الدعوى محل الإنابة لصالح قاضي آخر من قضاة التحقيق لضمان حسن سير العدالة، وقد حددت المادة 273 من قانون المسطرة الجنائية الحالات الخاصة التي يجوز بناء عليها طلب تنحية قاضي التحقيق.

وطلب تنحية قاضي التحقيق يقدم للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ويجب على من أراد تجريح قاضي التحقيق أن يقدم طلبه قبل كل استجواب أو استماع يتعلق بالجوهر ما لم تكن أسباب التجريح قد طرأت أو لم يعلم بها المطالب بالتجريح إلا لاحقا (المادة 277)، حيث يمكن للرئيس الأول بمحكمة الاستئناف أن يأمر بعد استشارة النيابة العامة بإيقاف قاضي التحقيق عن متابعة التحقيق، وإذا كان هذا الأخير قد تنحى عن القضية وكان قد أصدر إنابة قضائية فما مصير هذه الأخيرة؟

إن صدور أمر التنحي يوقف الإنابة القضائية بقوة القانون وما تم القيام به من إجراءات في هذا المجال من قبل السلطة المكلفة بالإنابة يبقى صالحا إذا ما توفرت شروط صحة الإنابة.

رابعا: رفض النائب تنفيذ الإنابة.

إذا كان المشرع قد أعطى لقاضي التحقيق الحق في رفض التحقيق إذا لم تتوفر الشروط اللازمة للمتابعة الجنائية وذلك لانعدام الجريمة أو انقضاء الدعوى العمومية أو لأسباب ترجع للمتهم كاشتراط تحريك الدعوى العمومية بناء على شكوى المتضرر من الجريمة، فهذا الرفض ينتقل كذلك إلى النائب الذي يجوز له عند تنفيذ الإنابة القضائية أن يتحقق من صحة أمر الإنابة وذلك بتوفر شروطها ومن كونه مختص نوعيا ومكانيا بتنفيذها، فإذا تبين له عكس ذلك أعادها إلى قاضي التحقيق الذي أصدرها مع بيان أسباب رفضه لتنفيذها 201.

المبحث الثاني: الرقابة على تنفيذ الإنابة القضائية

إذا كان المشرع المغربي قد أعطى لقاضي التحقيق إمكانية إنابة أحد قضاة التحقيق أو أي قاض أو ضابط لشرطة القضائية في جزء من اختصاصاته وصلاحياته التي يقوم بها في إطار التحقيق الإعدادي وذلك كلما اقتضت الضرورة ذلك حيث يحدد قاضي التحقيق اللجوء للإنابة القضائية بدون رقابة باعتبارها خاضعة لسلطته التقديرية لكن قيام السلطة المنوبة بصلاحيات قاضي التحقيق تخضع لرقابة قضائية من عدة جهات ألزمها القانون بمراقبة الجهة المنفذة للإنابة سواء تعلق الأمر بقاضي التحقيق نفسه (المطلب الأول) أو رقابة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف ورئيسها (المطلب الثاني).

²⁰¹ رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، مطبعة عين شمس، طبعة 12، القاهرة، 1978، ص: 291.

المطلب الأول: رقابة قاضي التحقيق على تنفيذ الإنابة القضائية

عندما يصدر قاضي التحقيق ملتصقا بالإنابة القضائية لإحدى الجهات التي يمكنها القيام بذلك قانونيا فإن هذا القاضي لا بد له من فرض رقابته على الإجراء المنجز سواء من قبل قاضي آخر لتحقيق أو أي قاض أو ضابط للشرطة القضائية ، لأن هذا الإجراء يكون منجزا لصالح القاضي مصدر الإنابة باسمه ومصالحته، الأمر الذي يلزمه بمراقبة كل الإجراءات المنجزة ومدى احترامها للمقتضيات القانونية وذلك أثناء تنفيذ الإنابة (الفقرة الأولى) أو بعد تنفيذها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : رقابة قاضي التحقيق أثناء تنفيذ الإنابة القضائية

يمارس قاضي التحقيق رقابته أثناء تنفيذ الإنابة القضائية عند وضع الشخص تحت الحراسة النظرية، وإن كانت هذه الوسيلة في الأصل من ضمن السلطات المخولة لجهاز الضابطة القضائية، فإن القانون يفرض على هذا الضابط حينما يلجأ إلى هذا الإجراء في إطار تنفيذ إنابة قضائية أن يقوم بذلك تحت الرقابة الصارمة لقاضي التحقيق.

ما يفرض على الضابطة القضائية تقديم الشخص المعني بالأمر خلال ثمان وأربعين ساعة إلى قاضي التحقيق الدائرة التي يجري فيها تنفيذ الإنابة والذي يمكنه بعد تلقيه إذنا كتابيا بتمديد الوضع تحت الحراسة لمدة أربعة وعشرين ساعة أخرى، بالرغم من كون المادة 192 من قانون المسطرة الجنائية لم تعبر على ذلك صراحة.

رغم أن الصلاحيات الموكولة لضباط الشرطة القضائية في مواجهة كل شخص يفيد في التحقيق كاستدعاء الشاهد مثلا، فليس هناك ما يجبر هذا الأخير على الحضور، وفي حالة تخلف الشاهد عن الحضور أو الامتناع عن أداء شهادته بعد حلف اليمين، يلزم ضابط الشرطة القضائية بإخطار قاضي التحقيق المنيب، ويسوغ لهذا الأخير أن يجبر الشاهد على الحضور بواسطة القوة العمومية، وأن يطبق في حقه العقوبات المنصوص عليها في القانون، وتعتبر هذه الإجراءات شكلا من أشكال رقابة قاضي التحقيق على أعمال ضباط الشرطة القضائية أثناء تنفيذهم للإنابة القضائية.

الفقرة الثانية: رقابة قاضي التحقيق بعد تنفيذ الإنابة القضائية.

تتمثل رقابة قاضي التحقيق بعد تنفيذ الإنابة القضائية في مدى احترام أجل التنفيذ وبصحة الأعمال

المنجزة .

وتجدر الإشارة فيما يتعلق باحترام أجل التنفيذ إلى أن الأشخاص الموكل لهم تنفيذ الإنابة القضائية، يتعين عليهم بعد تنفيذها إرسال كل الوثائق والمحاضر التي حرروها إلى قاضي التحقيق المنيب، ويتم الإرسال ضمن الأجل المحددة سلفا من طرف قاضي التحقيق، كما يتطلب منه القانون ذلك صراحة تحقيقا لمبدأ الرقابة، ولكن قد يغفل القاضي تحديد هذا الأجل، وفي المقابل فالقانون يحدد صراحة أجلا لا يجوز تجاوزه حيث يجب إرسال المحاضر المحررة خلال أجل الثمانية أيام التالية لانهاء الإجراءات المتخذة.

أما المظهر الثاني للرقابة فيتمثل في الأعمال التي يجب على قاضي التحقيق القيام بها بعد تلقي المحاضر المتضمنة لنتائج الإنابة القضائية. وفي هذا الصدد نرى أنه يتوجب على قاضي التحقيق مراجعة عناصر لتحقيق الذي أجري ولو لم يلزمه القانون بذلك، وذلك بهدف التحقق من صحة العمليات المنفذة، وإعادة ما يجب إعادته فيها إذا لزم الأمر. بالرجوع إلى المادة 231 من قانون المسطرة الجنائية يستشف من مضمونها أن الغرفة الجنحية تبث في طلبات بطلان إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد 210 إلى 213 من قانون المسطرة الجنائية، والملاحظ هنا أن هذه المواد لم تنص على الإنابة القضائية باعتبارها إجراء خطيرا من إجراءات التحقيق إلا أنها من اختصاصها ضمنيا باعتبار الإنابة القضائية جزء لا يتجزأ من صلاحيات قاضي التحقيق والتي تخضع لرقابة الغرفة فيما يتعلق بالبطلان واستئناف القرارات.

المطلب الثاني: رقابة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف على تنفيذ الإنابة القضائية.

الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف هي هيئة قضائية دائمة 202 تتشكل من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف (أو من ينوب عنه) بصفته رئيسا لها، ومستشارين اثنين، وبحضور النيابة العامة التي يمثلها الوكيل العام للملك، أو أحد نوابه وكاتب الضبط، وهذه التشكيلة تؤكد اهتمام المشرع بموضوع مراقبة تنفيذ الإنابة القضائية في مرحلة التحقيق الإعدادي من خلال الصلاحيات الواسعة التي خص بها الغرفة الجنحية في مراقبة تنفيذ الإنابة القضائية (الفقرة الأولى)، إضافة إلى صلاحيات رئيس الغرفة في الرقابة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صلاحيات الغرفة الجنحية في مراقبة الإنابة القضائية.

أعطى المشرع المغربي للغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف مجموعة من الصلاحيات التي من شأنها فرض رقابة قضائية فعالة على قاضي التحقيق أثناء قيامه بمهامه وهذه الرقابة بطبيعة الحال تمتد إلى الإجراءات التي يلتمس فيها قاضي التحقيق إجراء إنابة قضائية بشأنها باعتبارها جزء لا يتجزأ من مهام وصلاحيات قاضي التحقيق لأنها تصدر باسمه ولفائدة التحقيق الذي يقوم به ،

وهذه الصلاحيات جد هامة، أتت على ذكرها المادة 231 من قانون المسطرة الجنائية التي جعلت الغرفة الجنحية 203 مختصة على سبيل الحصر في الأمور التالية:

أولاً: في طلبات الإفراج المؤقت المقدمة إليها طبقاً لمقتضيات الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 179، وفي تدبير الوضع تحت المراقبة القضائية المتخذة طبقاً للمادة 160.

ثانياً: في طلبات بطلان إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد 210 إلى 213.

ثالثاً: في الإستئنافات المرفوعة ضد أوامر التحقيق طبقاً للمادة 222 وما يليها.

وبالتالي فالغرفة الجنحية هي الهيئة المؤهلة للبت في طلبات البطلان المبنية على عدم احترام السلطة المنوطة باختصاصاتها فتجاوز ضابط الشرطة القضائية لصلاحياته في مجال تنفيذ الإنابة القضائية الصادر من قاضي التحقيق تعطي للغرفة الجنحة إمكانية إبطال الإجراء المنجز بناء على طلب يرفع له، فمثلاً إذا كان ضابط الشرطة القضائية يقوم بصلاحيات تفتيش المنازل المنوطة بقاضي التحقيق فالمادة 63 من ق.م.ج تؤكد على أنه "يعمل بالإجراءات المقررة في المواد 59 و 60، 52 تحت طائلة بطلان الإجراء المعيب."

وبالتالي فبطلان التفتيش المنجز من طرف ضابط الشرطة القضائية في إطار الإنابة القضائية أو أي قاض ينتدبه قاضي التحقيق كأصل يطالب به أمام الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف والتي لها اختصاص بالنظر لصحة إجراءات التحقيق والمؤطرة وفقاً للمواد 210 إلى 213 الأمر الذي أكدت المادة 231 من ق.م.ج وهي لا تنظر في هذه الطلبات إلا بناء على طلبات الإبطال المرفوعة سواء من قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو المتهم أو الطرف المدني (211)

²⁰³ عيد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 31,32

ق.م.ج (حيث لهم أن يطلبوا من قاضي التحقيق توجيه الملف إلى النيابة العامة لإحالته للغرفة الجنحية خلال خمسة أيام

إضافة إلى ذلك يمكن لهيئة الحكم المحال عليها القضية البت في طلبات بطلان إجراء صادر في إطار الإنابة القضائية وذلك بشرط أن يتم طلبه من الأطراف المخولة قانونا لها ذلك وأن لا تكون القضية أحييت على المحكمة مباشرة من الغرفة الجنحية حيث يتمتع نهائيا إثارة أي دفع يتعلق ببطلان التحقيق في هذه الحالة حسب ما أكدته المادة 227ق.م.ج. وهو ما يشكل رقابة قضائية هامة تجعل منها ضمانة كبيرة للمتهم أثناء تنفيذ الإنابة القضائية.

الفقرة الثانية: رقابة رئيس الغرفة الجنحية على الإنابة القضائية.

ترتبط علاقة رئيس الغرفة الجنحية بالإنابة القضائية من خلال إشرافه على سير التحقيق الإعدادي الذي وإن كان ذو طابع إداري محض²⁰⁴، إلا أنه مع ذلك يكتسي أهمية كبيرة بسبب المكانة المرموقة التي يحتلها رئيس الغرفة الجنحية باعتباره الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف²⁰⁵.

وبصدد ما سبق يمكن القول، بأن مظاهر هذا الإشراف تبرز في كون:

أولا: يتحقق رئيس الغرفة الجنحية أو من ينوب عنه من حسن سير مكاتب التحقيق التابعة لنفوذ محكمة الاستئناف، ويعمل على ألا تتأثر المسطرة بأي تأخير غير مبرر.

ولهذه الغاية فإن مكاتب التحقيق تعد كل ثلاثة أشهر لائحة بجميع القضايا الراجعة مع الإشارة على تاريخ تنفيذ آخر إجراء من إجراءات التحقيق.

توجه هذه اللوائح كل ثلاثة أشهر إلى رئيس الغرفة الجنحية وإلى الوكيل العام للملك.

ثانيا: يقوم رئيس الغرفة الجنحية، أو من ينوب عنه، بزيارة المؤسسات السجنية التابعة لنفوذ محكمة الاستئناف مرة كل ثلاثة أشهر، ويتحقق من حالة المتهمين الموجودين في حالة اعتقال احتياطيا.

ثالثا: يضع رئيس الغرفة الجنحية أو من ينوب عنه تقريرا سنويا عن سير أعمال غرف التحقيق التابعة لنفوذ محكمة الاستئناف، ويوجه نسخة منه للوكيل العام للملك²⁰⁶.

²⁰⁴ عيد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص 130
²⁰⁵ تاريخ الزيارة 10.05.2016 . الساعة 12:30
<http://www.cawalisse.com>

هكذا يمكن القول أن رئيس الغرفة الجنحية له دور بالغ التأثير على سير عمليات التحقيق الإعدادي الذي وإن اتخذ ظاهريا من خلال النصوص، شكل سلطة له في الإشراف الإداري أو المهني على قضاة التحقيق الممارسين للتحقيق، وليس على أعمالهم القضائية، ويستمر هذا الإشراف ليطال هيئات تنفيذ إجراءات الإنابة القضائية، مع ذلك يشكل مراقبة غير مباشرة للتحقيق الإعدادي الذي لا مناص من التسليم به، مادام رئيس الغرفة يمكنه على سبيل المثال لا الحصر، أن يتدخل في مسار الاعتقال الاحتياطي عن طريق تقديره لما إذا كان هذا الأخير مبررا أو غير مبرر، ويصدر تبعا لذلك، توجيهاته إلى قضاة التحقيق في هذا الصدد، حيث يتعدى دوره في هذه الحالة، وكما هو واضح، دور الإشراف والتوجيه الذي يدخل في أعمال التقدير والمراقبة التي يصدرها قاضي التحقيق بمناسبة بحثه في القضية المكلف بها. ويبقى اختصاص رئيس الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف له أهمية كبيرة في مجال الإنابة القضائية خاصة فيما يتعلق بسير إجراءاتها وطرق تنفيذها والسرعة في إنجازها .

خاتمة:

تبرز غاية المشرع من إقرار نظام الإنابة القضائية في تخفيف العبء عن قاضي التحقيق في بعض الإجراءات التي لا يمكنه القيام بها في وقت واحد وبنفس السرعة المطلوبة، فإن هذا التبرير قد يتعارض في كثير من الأحيان مع حقوق وحرية الأفراد الذين يجدون أنفسهم مرهونين بسلطات جهات أخرى غير القاضي المكلف بالتحقيق في القضية خاصة إذا تعلق الأمر بالإنابة القضائية الموجهة على ضابط الشرطة القضائية باعتباره جهة غير مؤهلة من حيث التكوين القانوني والحقوق للقيام بصلاحيات قاضي التحقيق وضمان حقوق الأفراد، حيث غالبا ما يتم الادعاء من قبل هؤلاء الأفراد بأن هذه الجهة قد تعسفت في حقهم بأساليب لا تندرج ضمن حق المتهم في المحاكمة العادلة وارتباطه بقرينة البراءة كأصل في الإجراءات الجنائية.

الأمر الذي يستدعي طرح مجموعة من الاقتراحات، ومنها ما يلي:

- إعادة الهيكلة التنظيمية لمؤسسة الإنابة القضائية من حيث:
- تقييد حالات اللجوء إلى إنابة ضابط الشرطة القضائية بشكل أكبر.
- تقليص صلاحياته من حيث الإجراءات والمدة.

²⁰⁶ المادة 250 من قانون المسطرة الجنائية.

- تكريس الرقابة القضائية على عمل ضباط الشرطة القضائية أثناء ممارستهم لإجراءات الإنابة القضائية بشكل يضمن تحقيق مصلحة الأفراد ويحد من التجاوزات والخروقات.
- اعتماد آليات مساعدة لقاضي التحقيق في إنجاز الإجراءات المتعلقة بمهامه بشكل يقلص من فرص لجوئه للإنابة القضائية.
- تقييد صلاحيات ضابط الشرطة القضائية في اللجوء إلى وضع المتهم أثناء تنفيذ الإنابة القضائية رهن الحراسة النظرية بالإذن من قاضي التحقيق مع جعل مدتها لا تتعدى 24 ساعة.
- ضرورة تواجد قاضي لنيابة العامة أثناء قيام ضابط الشرطة القضائية بتفتيش المنازل في إطار تنفيذ الإنابة القضائية

لائحة المراجع

- المراجع باللغة العربية:
 - ❖ المؤلفات العامة:
 - الحبيب بيهي: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2006.
 - الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الثاني منشأة المعارف الإسكندرية، 1992.
 - عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000.
 - عبد الواحد العلمي، شرح في قانون المسطرة الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 2012.
 - أهداف، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، مطبعة سجلماسة، الطبعة الثانية 2010/2011.
 - محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى، عين مليلة، الطبعة الأولى، الجزائر 1992.
 - عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 2014.
 - جيلالي بغدادي، التحقيق، دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 1991.
 - الحسن بو عيسى، عمل الضابطة القضائية بالمغرب، دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، سنة 2001.

- محمد عبد الغريب، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط في الأحوال العادية والاستثنائية، بدون سنة، بدون طبعة.
- محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني، الجزء الأول، القاهرة، دار الطباعة لنشر 1974.
- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010.
- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، مطبعة عين شمس، طبعة 12، القاهرة، 1978.
- ❖ المؤلفات الخاصة:
- علي عبد القادر القهوجي، الندب للتحقيق، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، مصر 1997.
- أمين عبد الرحمان محمود عباس، الإنابة القضائية في مجال الإجراءات الداخلية والخارجية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2013.
- محمود عبد القادر العبودي، ندب مأمور الضبط القضائي لأعمال التحقيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- ناينتي ناين أحمد الدسوقس، تكليف مأمور ضبط قضائي بمباشرة إجراءات تحقيق في التشريع المصري والمقارن، الدار الجامعية للنشر والتوزيع الاسكندرية بدون طبعة بدون سنة.
- ❖ الأطروحات والرسائل:
- بن مسعود شهرزاد، الإنابة القضائية، رسالة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق قسنطينة، جامعة منتوري، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009.
- نوار بجطيط، مؤسسة قاضي التحقيق على ضوء قانون المسطرة الجنائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2009/2008.
- نجاة الحوط، الإنابة القضائية لقاضي التحقيق، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، الموسم 2011/2009.
- ❖ المقالات والندوات:
- ببيروفي المحامي العام لمحكمة الاستئناف بالرباط عن ندوة "صلاحيات قاضي التحقيق في قانون المسطرة الجنائية المغربي" التي نظمتها وزارة العدل بتاريخ 20 أبريل 1959.
- عمر الزعلاني، الإنابة القضائية لقاضي التحقيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، السنة 1998.
- زلماط فؤاد، الإنابة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية، مجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني، سنة 2015.
- المراجع باللغة الفرنسية:

➤ Champon pierre : le juge d'instruction, théorie et pratique de la procedure.op.cit.

❖ المواقع الالكترونية:

➤ <http://www.droitentreprise.org>

➤ <http://www.cawalisse.com>

➤ www.justice.gov.ma

حدود سلطة القاضي في التفسير

الأستاذة أمينة رضوان

باحثة في العلوم القانونية

إن تدخل القضاء لتفسير العقود أو القواعد القانونية لا يتم اللجوء إليه في جميع الحالات ، إذ وظيفته الأساسية تتمثل في تطبيق القواعد القانونية على النوازل و الوقائع المعروضة عليه ليس إلا و تفسير القاضي للقواعد المذكورة يلزمه بمعرفة المعرف به حتى لا يخلط بينه وبين المفاهيم المشابهة له .

ولقد عملت التشريعات الحديثة باختلاف مشاربها على تقنين قوانينها في مدونات خاصة بها ، و لم يخرج التشريع المغربي عن هذا الاتجاه ، حينما عمل على تعديل القوانين القديمة و إحداث قوانين جديدة خاصة بكل فرع من فروع القانون .

وفي كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام نصوص قانونية غير واضحة و غامضة ، و لا يظهر ذلك إلا عند التطبيق ، حيث يجد القاضي نفسه أمام إحدى الحالتين :

أولاً : وجود فراغ تشريعي يحكم النازلة المعروضة عليه.

ثانياً : وجود نص قانوني متعلق بالواقعة التي سببت فيها و لكن تتعارض و الطبيعة الخاصة لهذا القانون أو أن النص يصعب تطبيقه لوجود غموض أو تناقض فيه.

و ما قيل عن النصوص القانونية يصدق عن العقود غير الواضحة عن المعنى الذي قصده عاقدتها منها، و هنا لا يستطيع القاضي غير الجنائي رفع يده عن القضية لأنه سيقع تحت طائلة إنكار العدالة بدليل الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه : " لا يحق للقاضي الإمتناع عن الحكم أو إصدار قرار. و يجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة..." و يعاقب على ذلك بصريح الفصل 240 من مجموعة القانون الجنائي الذي ورد فيه أن : "كل قاض أو موظف عمومي له اختصاصات قضائية و امتنع عن الفصل بين الخصوم لأي سبب كان ، و لو تعلل بسكوت القانون أو غموضه و صمم على الامتناع ، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه و رغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه ، بغرامة من مائتين و خمسين إلى ألفين و خمسمائة درهم على الأكثر ، و بالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات "

و أمام هذا الوضع لم يبق أمام القاضي إلا اللجوء إلى قواعد التفسير لعلها تسعفه في إيجاد الحل الأصح و المناسب للتراع المعروض عليه .

وقبل لجوء القاضي إلى التفسير يجب عليه أولاً أن يلم بموضوع التفسير من حيث التمكن من حصر مداه و نطاقه (مبحث أول) و من هنا يتأتى له معرفة حدوده في تفسير قاعدة قانونية ما أو عقد معين (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ماهية التفسير

لتفسير القاضي مقتضى قانوني سواء تعلق الأمر بقاعدة قانونية أو عقد معين يجب عليه بداية ان يكون ملما بموضوع التفسير من حيث حصر مفهومه وتحديد أنواعه.

وعليه نتناول هذا المبحث في مطلبين ، نعالج في المطلب الأول مفهوم التفسير، و نتعرض في المطلب الثاني إلى أنواع التفسير.

المطلب الأول

مفهوم التفسير

يقصد بالتفسير لغة : كشف المغلق من المراد بلفظه المحتسب عن الفهم به(1) وكشف المراد عن اللفظ المشكل(2) وبصفة عامة هو البيان والكشف والإيضاح (3) وقد ورد لفظة "التفسير" في القرآن الكريم في موضوع واحد وهو قوله تعالى: " ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيرا "(4). وقال ابن عباس في معنى الآية: أي تفصيلاً.

أما في الاصطلاح الفقهي فهو : تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي تنسحب عليها أحكامها، وإيضاح ما غمض من هذه الأحكام واستكمال النقص فيها ، ورفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين أجزائها، أو يلوح منه التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية (5) وهو يشمل العقد كذلك من أجل الوقوف على الإدارة الحقيقية والمشاركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد ، والعناصر الخارجة عنه و المرتبطة به(6). فالتفسير إذن هو الوسيلة التي يستخدمها المفسر بقصد الفصل في الخصومات التي تعرض عليه ، و التي يكون ملزما بالفصل فيها من غير أن يجد لها حلا في التشريع ، أو إن هو وجده كان غامضا أو متعارضا مع غيره(7) غير أن المفسر وهو يقوم بعملية التفسير بهدف الوصول إلى النية الحقيقية للمشرع أو للأطراف المتعاقدة يجب عليه عدم الاقتصار على العبارات والألفاظ المستعملة في العقد أو النص فقط بل استنتاج ذلك من خلال العناصر الداخلية المكونة للنص القانوني أو العقد محل النظر، انسجاما مع الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على الآتي: " .. و عندما يكون للتأويل موجب ، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

و في هذا يقول جانب من الفقه : " إذا كان هناك محل لتفسير العقيد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر

- (1) الإمام الزركشي – البرهان في علوم القرآن – المجلد الثاني – دار الفكر - ص 147- 148 .
- (2) ابن منظور – لسان العرب – المجلد الخامس – الجزء الثالث _ دار صادر بيروت – ص ؟
- (3) ذ. عبد الله محمود شحاتة – علوم التفسير – مطابع الهيئة المصرية العامة _ س 75- ص 13
- (4) الآية 33 من سورة الفرقان
- (5) ذ . صلاح الدين زكي – دروس في المدخل إلى العلوم القانونية – ط القاهرة – س 1975 – ص 83
- (6) ذ . عبد الحكم فوده – تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن- منشأة المعارف الإسكندرية .
- جمهورية مصر العربية -س 1985 – ص 11
- (7) أستاذنا بلعيد كرومي -سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية و الوضعية – أطروحة لنيل دكتوراه
الدولة في القانون الخاص – كلية الحقوق الدار البيضاء – س.ج 1990-1991 - ص 6.

من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات (1)

و نرى أن التفسير هو: "الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع أو الأطراف المتعاقدة، بتحديد المقصود منها وقت وضع النص أو إبرام العقد، مستندا في ذلك على عوامل ذاتية وأخرى موضوعية "

المطلب و من هنا يجب التمييز بين تفسير العقد و تفسير النص القانوني كالآتي:

- ففي تفسير العقد نبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة ، بينما في تفسير النص القانوني نبحث عن الإرادة العامة للمشرع.
- في تفسير العقد يكون المتعاقدين غير معنيين بأية قاعدة خارجة عن العقد ، ما لم تكن مخالفة لنص قانوني حيث يحتكمون إلى قواعد من صنعهم .
- إذا كانت جهات تفسير العقد غير محددة ، فإن جهات تفسير النص القانوني محددة في المشرع و الفقه و القضاء.

المطلب الثاني

أنواع التفسير

تتعدد أنواع التفسير ما بين تفسير تشريعي، فقهي، إداري و قضائي ، و نشرح كل واحد من هذه الأنواع على

حدة:

. التفسير التشريعي: هو الذي تصدره السلطة المختصة بالتفسير ، لتوضيح معنى تشريعي سابق أو لتحديد مجاله أو لرفع تعارض ظاهري بين نصوصه ، بحيث يجب أن يتبع في إصداره نفس الإجراءات التي تم بها وضع التشريع الأصلي ، وهو يكون ملزما للجميع، لأن المشرع لا يضيف جديدا إلى النص المفسر وإنما يبين المراد من النص المفسر . و الأصل أن يصدر التفسير التشريعي عن السلطة التشريعية ، إلا أنه استثناء قد يصدر عن السلطة التنفيذية بموجب تفويض خاص من السلطة التشريعية . و من الأمثلة على هذا النوع

من التفسير الفصل 13 من القرار الوزيري الصادر بتاريخ 19/09/1951 و المتعلق بوضعية موظفي الدولة الشاغلين للمسكن الوظيفي ، حيث صدر قرار الوزير الأول بتاريخ 05/04/1977 الذي نص على ضرورة إخلاء السكن الوضعي في حالة الانقطاع عن العمل لأي سبب من الأسباب في الأجل المحدد قانونيا.

التفسير الفقهي : هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم التي تتطرق إلى تفسير النصوص القانونية ، وفي أبحاثهم ، وفي انتقاداتهم التي يواجهون بها الحالات التي لم يوفق فيها القضاء إلى الحل المناسب أو التي لم يوجد لها حل سليم ، وهو غير ملزم للقضاء.

التفسير الإداري : هو الذي يصدر عن السلطة التنفيذية و الإدارات التابعة لها ، ويرمي إلى توحيد وتنسيق في تفسير القانون داخل إدارات الدولة و المؤسسات العمومية التابعة لها ، و هو لا يلزم إلا الموظفين التابعين إداريا للجهة التي أصدرته ، و هو غير ملزم للقضاء لأنه لا يرقى إلى درجة القانون(2).

-
- (1) ذ . عبد الرزاق أحمد السهري (تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي) الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول : نظرية الالتزام بوجه عام _ منشأة المعارف بالإسكندرية – ط2004 – ص 482.
- (2) أنظر في ذلك أستاذنا بلعيد كرومي – سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية و الوضعية - م.س- ص 29 و ما يليها.

النوع الأخير الذي يعهد به إلى القضاة عند البت في النوازل المعروضة عليهم، بسبب وجود فراغ تشريعي أو بسبب وجود غموض في القاعدة القانونية أو العقد أو لوجود صعوبة في تطبيق هذه القاعدة رغم وضوح النص، و هم بعملهم هذا يساهمون في تطوير القاعدة القانونية، و ذلك من خلال جعلها تواكب التطورات المستجدة.

و الجدير بالذكر أن التفسير القضائي(1) يعد مرتبطا وجوبا بوجود نزاع ، لأنه لا يمكن أن يطلب من القاضي تفسير مقتضى ما دون أن يطرح أمامه النزاع المتعلق به.و خلافا للتشريع الأنجلوسكسوني الذي يعتبر فيه القضاء مصدرا من مصادر القانون حيث إن تفسير القاضي لقاعدة قانونية أو لعقد معين يعد ملزما لجميع القضاة من درجته أو في درجة أدنى منه، فإن التشريع المغربي شأنه في ذلك شأن التشريع اللاتيني لا يعتبر التفسير القضائي ملزما لباقي القضاة ، بل إن القاضي الذي تولى تفسير مقتضى قانوني معين يكون في حل عنه إذا ما عرض عليه نزاع مشابه له و مستقلا عنه. إلا في مسألة واحدة و وحيدة جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 369 من قانون المسطرة المدنية، و هي حينما يبت المجلس الأعلى في قراره في نقطة قانونية معينة ، فإنه يتعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار المجلس المذكور بخصوص هذه النقطة . ولنفترض أن هذه النقطة تتعلق بتفسير نص قانوني ما ، فإن تلك المحكمة مجبرة على إتباع تفسير المجلس المحيل في ذلك التفسير، و إن كان الأمر يقتصر على تلك الواقعة فقط.

(1) يجب التمييز بين التفسير القضائي _ موضوع البحث - الذي يقوم به القضاء أثناء نظرهم لتزاع معين ، و بين التفسير القضائي الذي يطلبه أطراف الدعوى بمناسبة وقوع غموض في منطوق الحكم، و في هذا ورد قرار محكمة النقض المصرية : (من المقرر أن قانون الإجراءات الجنائية يرسم طريقا للطعن في أوامر التصحيح التي تصدر إعمالا لحكم المادة 337 منه كما فعل قانون المرافعات في الفقرة الثانية من المادة 191 التي أحازت الطعن استثناء في حالة تجاوزت المحكمة حقها في التصحيح ولم تجزه على استقلال في حالة رفض الطلب و لما كان الأصل أنه لا يرجع إلى قانون المرافعات إلا بتفسير ما غمض من أحكام قانون الإجراءات الجنائية أو لسد ما فيه من نقص ، و كان حكم الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون المرافعات هو من الأحكام التي تتعارض مع أحكام قانون الإجراءات الجنائية و إنما تكمل نقص في قرار التصحيح عند تجاوز الحق فيه فإنه يتعين الرجوع إلى هذا الحكم و الأخذ بمقتضاه في الحدود الواردة به (نقض جنائي - الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 3129 لسنة 62 ق - تاريخ 10/10/1995 - مكتب فني 46 رقم الصفحة 1084 - منشور على الموقع www.b7t.com

المبحث الثاني

القواعد التي تحكم التفسير

عملت التشريعات المقارنة على الحد من سلطة القاضي في التفسير سواء تعلق الأمر بتفسير القانون أو بتفسير العقود . وذلك عن طريق تنظيمها لقواعد محددة لا يجوز له و هو بصدد التفسير تجاوزها (مطلب أول) و هو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

قواعد التفسير

بخلاف التشريعات المقارنة (1) التي عملت على تنظيم قواعد تفسير القانون (فقرة أولى) و العقود (فقرة ثانية) لم ينظم التشريع المغربي (2) إلا هذه الأخيرة.

الفقرة الأولى

قواعد تفسير النصوص القانونية

إن القواعد القانونية الواضحة المعنى لا تحتاج إلى تفسير ولا يجوز تأويلها إلى مدلول غير مدلولها الواضح ، بخلاف نصوص بعض القواعد القانونية غير الواضحة المعنى عن الدلالة منها ، و التي يستحيل تطبيقها على النوازل المعروضة عليها ، الشيء الذي يتطلب تفسيراً لها لتحديد المعنى الذي توخاه الشارع منها وفق قواعد يجب على المفسر إتباعها . فما هي قواعد تفسير النصوص القانونية؟

يعتمد في تفسير النصوص القانونية على قواعد متنوعة و متعددة يمكن التمييز فيها بين القواعد الداخلية و القواعد الخارجية.

- ❖ أولاً: القواعد الداخلية بشأن تفسير النصوص القانونية: هي القواعد التي يستخلصها المفسر داخل النص القانوني و نذكر على سبيل المثال:
- التفسير اللفظي: و هو اعتماد المفسر المعاني اللغوية و الاصطلاحية لألفاظ النص القانوني بغية الوقوف و الكشف عن قصد المشرع(3).
- الاستنتاج بطريق القياس: و ذلك بتطبيق حكم ورد بشأن حالة معينة على حالة مشابهة لم يرد في حكمها نص لوجود الشبه الأكيد بين الحالتين.

(1) من هذه التشريعات نذكر :

(2) التزام المشرع المغربي الصمت بخصوص القواعد المنظمة لتفسير القانون و لم يتطرق إلا لقواعد تفسير

العقود. و هي التي تناولها في الفصول من 461 إلى 473 من ق.ل.ع.

فقياسا على الحديث النبوي القاضي بعدم توريث الوارث الذي قتل مورثه لا يستحق الموصى له الوصية إذا قتل الموصي.

- الاستنتاج بمفهوم المخالفة : وهو عكس الاستنتاج بطريق القياس ، ويكون بتطبيق واقعه غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم الذي أعطى بواقعة منصوص عليها فيه لوجود اختلاف في العلة أو لانتفاء شرط من شروطه المعتبرة في الحكم. ومثاله أن هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي إلى فسخ العقد و استرداد الثمن من قبل المشتري ، حيث يمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد تسليمه لا يفسخ العقد ولا يسترد المشتري الثمن .
- الاستنتاج من باب أولى : وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى لم يرد في حكمها نص، لأن علة الحكم الوارد في الحالة الأولى أو سببه متوافران في الحالة الثانية فحسب، ولكن لأنهما أكثر توافرا في هذه الحالة منها في الحالة الأولى. ومثاله قوله تعالى: " لا تقل لهما أف و لاتنهرهما" فيكون من باب أولى عدم ضررهما(1).

❖ ثانيا: القواعد الخارجية المتعلقة بتفسير النصوص القانونية:

وهي تلك التي يستعين بها المفسر من خارج النص القانوني للوصول إلى حل لمسألة قانونية. ويمكن إجمالها في

- حكمة المشرع : وهي الغاية التي يقصدها المشرع من وضع النص القانوني ، فالمقصود من الليل كظرف مشدد في السرقة هو الظلام الفلكي الذي يسكن فيه الناس ويسترخون لا الظلام الفعلي.
- الأعمال التحضيرية : وهي المذكرات التفسيرية ، ومناقشات المجالس التشريعية و أعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها و إن كانت هذه الأعمال المذكورة قد لا تفيد المفسر كليا للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع، لهذا فإن الرجوع إليها يكون على سبيل الاستئناس .
- المصادر التاريخية: وذلك في حالة غموض النص الوطني، فإن المفسر يرجع إلى الأصل التاريخي الذي أخذ منه النص الوطني. ومثال ذلك قانوننا المدني المغربي الذي أخذ عن القانون المدني الفرنسي (2).
- الدستور : لا يمكن اعتبار الدستور كمرجع لتفسير في حالة غموض النص ، ولكن بما أن النص القانوني يستمد شرعيته من مبدأ عام نص عليه الدستور، فيمكن الرجوع إليه عن طريق فهم مضمون هذا المبدأ للوصول إلى إرادة المشرع من وضع النص القانوني .
- المبادئ العامة للقانون: نشير بادئ ذي بدء أنه لا يمكن حصر المبادئ العامة للقانون في إطار حدود معينة لكونها قابلة للتطور بتطور الزمن، ويمكن تعريفها بأنها مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني ، من حيث تطبيقه وتنميته ، ولولم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها.

و يتنوع مضمون المبادئ العامة بحسب طبيعة المجال القانوني الذي تعمل فيه ، إلا أنه يمكن إرجاعها من حيث أساسها و جوهرها إلى مبدئين أساسيين هما: مبدأ الحرية و مبدأ المساواة ، و يتفرع عن كل مبدأ مبادئ شتى(1) . و عليه يمكن للمفسر استنتاج إرادة المشرع من النص الغامض باعتماده على المبادئ العامة للقانون .

الفقرة الثانية

قواعد تفسير العقود

باعتبار أن مواد مدونة الشغل لم تتطرق لموضوع قواعد التفسير ، فكان من البديهي اقتباس هذه القواعد من المادة المدنية و جعلها صالحة للتطبيق على المادة الشغلية مادامت هذه الأخيرة منبثقة عن الأولى ، بل ولقد ظلت إلى زمن قريب تعتبر ضمن موضوعاتها.

و لقد نظم المشرع المغربي قواعد التفسير في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات و العقود ، و عند قراءة هذه الأخيرة نجدها لا تخلو من حالتين : فإما وضوح العبارة (أولا) و إما غموضها (ثانيا) حيث إن لكل حالة محدداتها التي يجب على القاضي عدم تجاوزها.

أولا: حالة العبارة الواضحة

اعتبرت التشريعات المقارنة(2) ومن ضمنها التشريع المغربي الذي نص في الفصل 461 من قانون الإلتزامات و العقود على مايلي : " إذا كانت ألفاظ العقد صريحة ، امتنع البحث عن قصد صاحبه " و إن المقصود بوضوح العبارة ليس وضوح معناها الحرفي و إنما مدى مطابقتها لقصد الأطراف المتعاقدة منها . و يمكن تعريفها بأنها هي التي يحسن الأطراف اختيارها و استعمالها بإثقان في موضعها للدلالة عن المعنى المقصود من وضعها، فلا يحتمل التشابه ولا التأويل وقد كرس هذا المقتضى القانوني القضاء المغربي في عدد من قراراته نذكر منها :

- قرار محكمة النقض المغربية (المجلس الأعلى سابقا)(3): " حيث تبين صحة ما نعتة الوسيطتان ، ذلك أنه يتضح من تعليل القرار المطعون فيه أن المحكمة المصدرة له قد استنتجت جدية النزاع المؤدية إلى المساس بأصل الحق من تأويل الرسالة المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 المتضمنة للالتزام بإفراغ المحل المكروى في متم دجنبر 1981 ، و مما دفع المطلوب من تجديد عقد الكراء بسومة جديدة لتاريخ لاحق لتاريخ الرسالة المتضمنة للالتزام ، في حين أنه يتجلى بالرجوع إلى الرسالة المشار إليها و التي جاءت ألفاظها واضحة فيما تدل عليه من التزام المطلوب في النقض بمحض إرادتها و رضاها بإفراغ المحل المكترى من طرفها في متم دجنبر 1981 ،

(1) انظر في هذا الصدد ذ. فارس حامد عبد الكريم -مقالة منشورة على موقع

farisaljrish.maktoobblog.com

(2) من هذه التشريعات نذكر:

- المادة 150 في فقرتها الأولى من القانون المدني المصري: (إذا كان عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)

- المادة 111 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري : (إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين)

(3) قرار منشور بالمجلة المغربية للقانون - السلسلة الجديدة - ع 11 - سنة 1987 - ص 44 .

أنها لا تقبل أي تأويل مما يمنع معه عن قضاة الموضوع البحث عن القصد منها، وأن مجرد الدفع بتجديد عقد الكراء دون الإدلاء بما يفيد هذا التجديد ، لا تنشأ عنه جدية النزاع طالما أن الالتزام المطالب بتنفيذه مكتوب بالرسالة المؤرخة في 25 أبريل 1980 ، مما ينتج عنه أن التعديلات الواردة في القرار المطعون فيه التي أبرزت جدية النزاع بما ذكر ، غير مرتكزة على أساس قانوني صحيح استثناء من مقتضيات الفصول 230 و 231 و 461 المشار إليها ، مما يكون معه القرار غير مرتكز على أساس صحيح ومعرض للنقض " وهو ما معمول به في القضاء المصري(1).

و هذا المقتضى واضح في معناه على أنه لا محل للتفسير القضائي مادامت ألفاظ العقد صريحة ، و هذه الألفاظ المستعملة يلزم فهمها حسب معناها الحقيقي و مدلولها المعتاد . و هذا يقودنا إلى القول أن القاضي و إن كانت العبارة واضحة ، فإنه لا يأخذ بها إلا إذا كانت مطابقة للإرادة الباطنة التي تدل على معناها الحقيقي . و في هذا ورد مدلول الفصل 466 من قانون الالتزامات و العقود الذي جاء فيه أنه : " يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي و مدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد ، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص ، و إن كان للفظ معنى اصطلاحى افتراض أنه استعمل فيه " و هذا يدل على أنه بالرغم من كون ألفاظ العقد واضحة فإنها تكون قابلة للتفسير عندما تسيء الأطراف المتعاقدة التعبير عن إرادتها حيث لا تدل العبارات المستعملة رغم وضوحها عن قصدهم، بل قد تدل على معنى آخر(3) غير المعنى الذي قصدوه. ففي هذه الحالة يتصدى القاضي لها بإعمال قواعد التفسير عن طريق الخروج عن المعنى الظاهر للعبارة أو اللفظ إلى ما يوافق الإرادة المشتركة و الحقيقية للطرفين أو الأطراف المتعاقدة، مستنتجا ذلك من ظروف و ملابسات العقد، و مسترشدا بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين التعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، و مستعينا بعوامل داخلية و خارجية بوجه عام (4) .

ولجوء القاضي إلى تفسير العبارة أو العبارات الواضحة في العقد محدد بشرطين:

(1) حيث صدر في هذا الصدد قرار محكمة النقض المصرية : " إذا كانت محكمة الموضوع فيها حملته من الإقرار لم تخرج في تفسيرها له عن المعنى الظاهر لعبارته فإنه لا يكون لمحكمة النقض سبيل عليها في ذلك" طعن رقم 166 لسنة 30 جلسة 1965/01/28 س 16 - ص 115. منشور على موقع موسوعة الأحكام العربية.

(2) أستاذنا عبد الرحمان بلعكيد - م.س.339.

(3) ذ. محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني - (النظرية العامة للالتزامات / مصادر الالتزام) ط 4 _ س 2006-2007- شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر - ص 279.

(4) انظر في الصدد ذ. عبد الرزاق أحمد السنهوري (تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي) الوسيط في شرح القانون المدني - ج 1 - نظرية الالتزام بوجه عام - ط 2004 - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص 498 و ما يليها.

➤ الشرط الأول : لا يلجأ القاضي إلى تفسير العقد الواضح إلا إذا ثبت له بوضوح من ظروف الدعوى ما يفيد ذلك .

➤ الشرط الثاني : يجب أن يبين القاضي في تعليقه أسباب تفسير العقد الواضح (1).

و إذا كان تفسير القاضي للعبارة الواضحة لا يلجأ إليه في حالة عدم تعبيرها عن المعنى الحقيقي الذي قصده منها أطرافها، فإننا نرى أنه يصعب عليه الأخذ بالإدارة الظاهرة أو الإدارة الباطنة للوصول إلى المعنى الحقيقي، وإنما الأخذ بالإرادة التي يستطيع التعرف عليها .

ثانيا: تفسير العبارة الغامضة

اللفظ الغامض هو اللفظ غير الواضح الدلالة، و سبب الغموض من أوجه أربعة : التشابه و الإجمال و الإشكال و الخفاء (2) . و قد قيد التشريع المغربي شأنه باقي التشريعات المقارنة القاضي أثناء تفسيره للعقود الغامضة بمجموعة من القواعد(3) أوردها في الفصل 462 و ما يليه من قانون الالتزامات و العقود. نوردها إتباعا :

➤ القاعدة الأولى : التفسير بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ و المباني.

وردت هذه القاعدة في الفقرة الأخيرة من الفصل 462 من قانون الالتزامات و العقود التي جاء فيها : "... و عندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ و لا عند تركيب الجمل " (4) مسترشدا في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن تتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات (5).

فالقاضي للبحث عن القصد الحقيقي و المشترك للأطراف المتعاقدة يتجاوز المعنى الحرفي للألفاظ مهتديا في ذلك بمجموعة من العوامل الخارجة عن العقد كطبيعة التعامل و الإحتكام إلى العرف المعمول به في المعاملات.

و هذا ما سارت عليها محكمة النقض المغربية (6) عندما اعتبرت : " أن العقد الذي ينص في آن واحد على أنه أبرم لمدة اثنين و عشرين شهرا بينما أن احتساب هذه المدة من بدايتها إلى نهايتها التي وقع التنصيص

- (1) ذ.عبد الرزاق أحمد السنهوري _ الوسيط في شرح القانون المدني - ج 1 - م س - ص 492 .
- (2) انظر في هذا الصدد أستاذنا بلعيد كرومي - م.س- ص 344
- (3) إن هذه القواعد وردت على سبيل المثال لا الحصر ، و أن محكمة النقض في فرنسا و الفقه في مصر قد قررا أنها لا تتعلق بالنظام العام، أي أنها مجرد نصائح يستأنس بها قاضي الموضوع دون أن تكون مفروضة عليه، فهي قواعد تساعد قاضي الموضوع و ترسم الطريق أمامه في مسألة لا يجادل أحد في موضوعيتها.
أستاذنا محمد الكشور _ رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية(محاولة للتمييز بين الواقع و القانون) _ ط. الأولى 2001/1422 _ ص 189.
- (4) وهو ما معمول به في عدد من التشريعات المقارنة نذكر منها :
الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون المدني المصري : "...أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...)
-الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري : (...أما إذا كان هناك محل تأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...)
- (5) الفقرة الأخيرة من المادة 150 مدني مصري. و الفقرة الأخيرة من المادة 111 مدني جزائري.
- (6) قرار المجلس الأعلى رقم 1813 بتاريخ 1985/07/17 صادر في الملف مدني 88826 . منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى- ج 2 - المادة المدنية -السنوات 83 -91 ص1.

عليها صراحة في العقد تفيد بصورة قطعية أنه أبرم لمدة ستة و ثلاثين شهرا هو عقد غامض لا يمكن التوفيق بين بنوده إلا عن طريق التأويل ، و أن المحكمة بما لها من سلطة قررت أن العقد باعتبار بداية مدته و نهايتها هو عقد أبرم لمدة ستة و ثلاثين شهرا ، و أن ما ورد فيه من أنه أبرم لمدة 22 شهرا هو خطأ مادي وقع في احتساب هذه المدة ، و رتبت على ذلك أن الإنذار الذي توصل به المكتري وجه إليه أثناء سريان مدة العقد و أن المكري لم يحترم شرط المدة الذي هو شرط ملزم للطرفين معا لا يمكن أن يوضع حد للعقد إلا عن طريق دعوى الفسخ وهو الأمر الذي لم يسلكه الطاعن الذي أقام هذه الدعوى على أساس أن العقد قد انتهت مدته"وفي نفس الصدد قضت محكمة النقض المغربية

قرار محكمة النقض ع : 386 المؤرخ في : 2007/4/18 ملف اجتماعي عدد : 2006/1/5/868

"تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه نقصان التعليل الموازي لإنعدامه، و سوء تطبيق الفصل 8 من عقد الشغل، و خرق مقتضيات الفصول : 461 - 462 - 474 - 230 من قانون الالتزامات و العقود.

ذلك أن العارضة في أوجه دفاعها ابتدائيا و استثنافيا، تمسكت بمقتضيات البند 6 من عقد العمل الذي يربط الطرفين، و الذي يمنح بصفة صريحة على المطلوب في النقص - عند مغادرته العمل لدى العارضة العمل لدى مقابلة منافسة.

و رغم أن المطلوب في النقص أخل بشرط عدم المنافسة باشتغاله لدى شركة منافسة، خلافا لما ورد بالعقد فإن المحكمة الابتدائية قضت له بتعويض عن الضرر قدره : 100.000,00 درهم وردت دفع العارضة، و اعتبرت أن الخلاف الوارد بالبند 8 قد أصبح متجاوزا، لكون الإلتزام المبرم بين الطرفين بمقتضى العقد قد أصبح غير ذي موضوع، و أن بتسليم العارضة للأجير رسالة التوصية في 2003/9/8، فإنها تكون قد حررت من كل التزم صادر عنها سواء كان تعاقديا أو ناتجا عن تسيير المقابلة. و أن محكمة الإستئناف إسوة بالمحكمة الابتدائية قضت بتأييد الحكم الابتدائي استنادا كذلك إلى رسالة التوصية المؤرخة في 2003/9/8 و التي جاء فيها : "إن السيد عبد القادر النيفي قد غادر شركة بيل نيتووركس و هو حر من كل التزم سواء كان تعاقديا أو ناتجا عن تسيير المقابلة"، كما اعتبرت أن رسالة التوصية قد أمحت جميع الإلتزامات التعاقدية المبرمة بين الطرفين، و أن قيام العارضة بتوجيه إشعار إلى مشغلته أدى إلى حرمانه من العمل بسبب التزم حر منه. مع أن رسالة التوصية لم يرد في مقتضيات بنودها بصيغة صريحة أن الإتفاقات التي تضمنتها عقد الشغل و لا سيما ما تم الإتفاق عليه في البند الثامن أنه قد الغي بمقتضاها. فالتعليل الذي استندت إليه محكمة الإستئناف لا يتركز على أساس قانوني سليم، لكونها أولت رسالة التوصية تأويلا خاطئا و أعطت الوثيقة أكثر من مدلولها، و طبقت البند 8 من عقد الشغل تطبيقا خاطئا فالفصل 461 من ق.ت. و العقود ينص على ما يلي : "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها" كما نص الفصل 462 من نفس القانون على ما يلي : "يكون التأويل في الحالات التالية :إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تشير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود، و عندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ و لا عند تركيب الجمل" فالفقرة الرابعة من رسالة التوصية تفيد فعلا بأن الإلتزامات المترتبة عن العقد بتاريخ تحرير رسالة التوصية قد تم احترامها، و بالتالي فإنه لا يمكن لشركة بيل نيتووركس أن تطالبه بأية مطالب كيفما كانت ما دام احترام بنود العقد قائما، إذ أن عبارة :

« Libre de toute engagement qu'il soit contrat actuel ou découlent de la gestion de l'entreprise »

تخص الإلتزامات قبل انتهاء العقد، و ليست تلك المفروضة على الأطراف بعد إنهاء العقد.

وغير خاف أن إلغاء الإتفاقات يسلك بخصوصها المسطرة التي أنشأتها والحجة على ذلك مقتضيات الفصل 474 من ق.ت. و العقود

وأنه لا يوجد في رسالة التوصية ما يفيد تنازل العارضة بصفة صريحة عن البند 8 من عقد العمل...

مما يكون معه القرار المطعون فيه خارقا للفصول المشار إليها، ومشوبا بنقصان التعليل، ويتعين نقضه.

لكن حيث ان الطالبة انما تجادل في تقدير الدليل و الذي يدخل في صميم سلطة قضاة الموضوع فمحكمة الإستئناف عندما نصت على ما يلي :

" حيث إنه يتضح من خلال رسالة توجيه مؤرخة في 1993/9/8 سلمتها المشغلة للأجير يشهد فيها رئيس الشركة المشغلة السيد حسن بن عبد العالي بأن الأجير عبد القادر النيفي قد غادر شركة نيتووركس، وهو حر من كل التزام سواء كان تعاقديا أو ناتجا عن تسيير المقاولة.

و حيث إن عبارة : "حر من كل التزام تعاقدى" تفيد تحلل الأجير من مقتضيات الفصل الثامن من عقد العمل التي تلزمه هذه المشغلة بعدم العمل بمقاولة منافسة خلال مدة سنة من تاريخ فسخ العلاقة الشغلية مع المستأنفة شركة نيتووركس.

و بالتالي فإن إبرام المستأنف عليه لعلاقة شغل مع شركة إيكام لم يكن إخلالا بالالتزام الوارد بالفصل الثامن من عقد العمل السابق مع المستأنفة، ما دامت هذه الأخيرة قد حررت المستأنف عليه من هذا الإلتزام بموجب رسالة توجيه جاءت لاحقة لتاريخ عقد العمل بينهما..."

يكون قرارها المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية في تبرير ما انتهى إليه، و غير خارق للمقتضيات القانونية المثارة، و تبقى الوسيلة بفرعها على غير أساس " قرار منشور بمجلة المحاكم المغربية _ ع. مزدوج 138/137_ شتنبر/دجنبر 2012_ مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء _ من ص 289 إلى 292.

و قد اختلف الفقه بخصوص أي الإرادتين تصلح أن تعبر عن الإرادة الحقيقية و المشتركة للأطراف المتعاقدة حتى إن جانبا من الفقه (1) ذهب إلى اعتبار كلا الإرادتين صحيحة في البحث عن النية أو القصد المشترك لأصحابها بتوفيق القاضي ما استطاع بين الإرادتين ، دون أن يغلب أحدهما لمصلحة الأخرى. إلا أننا نؤيد الرأي الفقهي (2) الذي يقول

: أن العبرة بالإرادة الظاهرة التي من المفروض أن تعبر عن الإرادة الباطنية لأفرادها ، حتى إذا قام الدليل على عكس ذلك وجب استخلاصها من خلال الإرادة الظاهرة كذلك استنادا إلى الظروف المحيطة بالعقد.

➤ القاعدة الثانية : إعمال الكلام أولى من إهماله

تطبيق هذه القاعدة يجد سنده في الفصل 465 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: " إذا أمكن حمل عبارة بند معينين ، كان حملة على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حملة على المعنى الذي يجرده من كل أثر " .

ومعنى ذلك أنه إذا تضمن نص قانوني عبارة لها معنيين فإنه من الأولى إعمال العبارة التي تمنحه بعض الأثر على العبارة التي تجرده من كل أثر، وفي هذا قضت محكمة النقض المغربية (3): "... حيث يعيب الطاعن على القرار خرق القانون لكونه أدلى بعقد البيع الذي يتضمن أن المطلوب باع له 3750 مترا مربعا من العقار المحفظ بالرسم العقاري ... و أن هذه المساحة تمثل ربع مساحة العقار ، فمن حقه أن يطالب بتنفيذ التزام البائع وتسجيل البيع على الرسم العقاري و أنه لا يوجد في القانون ما يمنع مثل هذا البيع ، و أن المحكمة لما رفضت دعواه تكون قد خرقت القانون...حقا فإن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد المتعلقة بتحديد الشيء المبيع لا يؤدي إلى تجريد العقد من كل أثر، فإعمال العقد خير من إهماله - الفصل 465- وهذا الإعمال للعقد يقتضي من المحكمة أن تقوم بتأويله و تبحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ و لا عند تركيب الجمل - الفصل 462- و أن المحكمة لما جردت العقد من كل أثر و الحال أنه يمكن التوقيف بين هذه البنود عن طريق التأويل تكون قد خرقت المقتضيات المذكورة و عرضت قرارها للنقض".

(1) ذ. سالي ورد في مؤلف ذ ، عبد الرزاق السنهوري .م.س ص 496

(2) ذ. عبد الرزاق أحمد السنهوري - م.س - ص 496 و ما يليها .

(3) قرار ع 752 _ منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى- ج 2 - المادة المدنية -السنوات 83- 91 ص1

➤ القاعدة الثالثة : الأصل في الكلام الحقيقي

وهذه القاعدة وردت في الفصل 466 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: (يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي و مدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد ، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص . و إذا كان للفظ معنى اصطلاحي، افترض أنه استعمل فيه).

و مفاد ذلك أنه يجب على القاضي تفسير الألفاظ المستعملة في العقد حسب معناها الحقيقي و المعتاد في مكان إبرام العقد، إذ الأصل هو ذلك . و عند التعارض بين الحقيقة و المجاز يصير الأصل إلى الحقيقة ترجيحاً و تغليباً. و عليه لو أن اللفظ كان له عدة معان باختلاف الأمكنة ، فإن حملة على معنى المكان الذي أبرم فيه أولى من حملة على معنى آخر، و حمل اللفظ على معناه الاصطلاحي أولى من حملة على غيره، و قس على ذلك (1).

و هذا ما ورد في قرار محكمة النقض المغربية(2) عندما اعتبرت : (أن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد المتعلقة بتحديد الشيء المبيع لا يؤدي إلى تجريد العقد من كل أثر لإعمال العقد خير من إهماله (الفصل465) وهذا الإعمال للعقد يقتضي من المحكمة أن تقوم بتأويله وتبحث عن قصد المتعاقد دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل(462) وأن المحكمة لما جردت العقد من كل أثر والحال أنه يمكن التوفيق بين هذه البنود عن طريق التأويل تكون قد خرقت المقترضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض).

➤ القاعدة الرابعة: إذا اتسع الأمر ضاق

نص الفصل 467 من قانون الالتزامات والعقود على أن : (التنازل عن الحق ، يجب أن يكون له مفهوم ضيق ، ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجره ، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل ، و العقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها) ومعنى النص أنه يجب على القاضي ألا يتوسع في التنازل بل يأخذ بالمفهوم الضيق وهذا ما جسده الفصل 468 من نفس القانون الذي نص على أنه : (إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد دعويان فإن اختياره إحداهما لا يمكن أن يحمل على تنازله عن الأخرى) وهو ما طبقته محكمة النقض المغربية في قرار لها (2) عندما اعتبرت أن : (التحفظ الذي سجله مصرف على هامش تقييد اعتماد مستندي بالفرنكات الفرنسية في حساب دائن ، من حيث بقاء الفرنكين الفرنسي والمغربي متعادلين في القيمة لا يمكن اعتباره متضمنا بتنازل صاحب الاعتماد على قبض دينه بالفرنكات الفرنسية إذا لم تكن قيمة الفرنك متعادلة وقيمة الدرهم المغربي ، لأن التحفظ المذكور يثير الشك حول مدلوله ولا يمكن اعتباره مقبولا من طرف الاعتماد لأن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق).

-
- (1) أستاذنا عبد الرحمان بلعكيد - وثيقة البيع بين النظر والعمل - ط3 - س 2001 - ص 348 .
(2) قرار المجلس الأعلى رقم 752 بتاريخ 1982/12/01 - صادر في الملف المدني ع 92853. منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى- ج 2 - المادة المدنية - السنوات 83-91 ص1.

➤ القاعدة الخامسة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

وهو مقتضى الفصل 469 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه : (عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام ، فينبغي أن لا يفهم من ذلك أنه قد قصد تحديد مجاله بها دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر) ومعنى ذلك أنه إذا تضمن عقد معين التزاما معينا فهذا لا يفهم منه أن الأمر يقتصر على هذا الالتزام دون توابعه إلا إذا عبر عن ذلك بصريح العبارة . فالأصل في ذلك يرجع إلى أن ما لا يبيع يؤول ككل ، والإقرار البسيط أو الموصوف لا يجزأ(1) . فبيع شركة مثلا لا يقتصر عليها فقط بل يشمل كذلك الآلات وغيرها .

➤ القاعدة السادسة: العادة والعرف محكمان

وهذا ما يجد سنده في الفصل 470 من قانون الالتزامات و العقود الذي ورد فيه: (إذا ذكر، في الالتزام، المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب بعبارة "ما يقارب وتقريبا" وغيرهما من العبارات المماثلة وجب الأخذ بالتسامح الذي تقضي به عادات التجارة أو عرف المكان) وفي ذلك تغليب للعادة أو العرف على القانون، إذا تضمن الالتزام المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب.

وتجدر الإشارة إلى أن تقديم الأعراف و العادات على القانون يجد تطبيقا واسعا له في الميدان التجاري. و لما كان الأمر كذلك فإنه إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف أو الأرقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (2).

➤ القاعدة السابعة: الأصل في الشك عدم الفعل

يفسر الشك لفائدة المدين (3) ، فلو حصل شك في نطاق الالتزام وجب العمل بقليله، ولو وقع شك في بند من بنود العقد أو التزام فيه وجب تركه، وعند الشك في المقدار يعمل بقليله و هكذا، لأن الأصل هو براءة الذمة و الاستثناء هو الالتزام. و هذا ما حدا بالمشرع المغربي في الفصل 472 إلى النص على أنه: "إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات ،وجب الاعتداد بالمبلغ أو المقدار الأقل ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط" (4)

(1) أستاذنا عبد الرحمان بلعكيد - م.س - ص 349

(2) الفصل 471 من ق.ل.ع.

(3) ينص الفصل 473 من ل ق ع على ما يلي: " عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم "

(4) أنظر كذلك القواعد المتبعة في تفسير العقد في مؤلف ذ عبد الحق صافي _ دروس في القانون المدني (مصادر الإلتزامات) مطبعة النجاح الجديدة للنشر ط.2_ س.2004/1424 ص 123 و مايلها.

المطلب الثاني

رقابة المحكمة الأعلى درجة على تفسير العقود و القانون

إن القاضي وهو يقوم بعملية التفسير لا يكون حرا في ذلك ، بل قيده المشرع بمجموعة من الضوابط تعتبر بمثابة قواعد لتفسير القانون والعقد ، يجب عليه الاهتداء بها باعتباره خاضعا لرقابة المحكمة الأعلى درجة. لكن قبل التطرق للرقابة التي تمارسها هذه المحكمة على قضاة الموضوع فيما يتعلق بتفسيرهم للعقود و القانون ، يجب بداية توضيح المسائل التي تعتبر من مسائل الواقع و تلك التي تعتبر من مسائل القانون في مجال التفسير بصفة عامة. حتى يتأتى لنا إبراز الرقابة التي تمارسها المحكمة الأعلى درجة على قضاة الموضوع باعتبارها محكمة قانون وليست

محكمة واقع. وعليه يمكن مبدئياً حصر مسائل القانون في القواعد التي أوردها المشرع المغربي في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود ، و أما ما يعتبر من مسائل الواقع ولا يخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة فهي السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين و استخلاصها من الوقائع الثابتة(1) وتقديره للمعايير الموضوعية التي يستعين بها في الكشف عنها ، وهي حسن النية و العرف و العدالة و الأمانة و الثقة المتبادلة بين العاقدين . وقضاة الموضوع ملزمون باللباس الواقعة ثوبها القانوني وتحديد القواعد القانونية التي تحكمها، وهم في ذلك خاضعون لرقابة المحكمة الأعلى درجة، و رقابة هذه الأخيرة على محاكم الموضوع نميز فيه بين الرقابة على تفسير القانون (الفقرة الأولى) والرقابة على تفسير العقود (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

موقف المحكمة الأعلى درجة من تفسير القانون

لقد سبق أن قلنا أن المشرع المغربي لم يتعرض لقواعد تفسير القانون في قانون الالتزام و العقود، وقد تدخل الفقه بتعداد بعض الحالات التي يمكن أن يلجأ فيها القاضي إلى تفسير النصوص القانونية واضعاً بذلك قواعد يجب عليه الاحتكام إليها أثناء عملية التفسير، مميّزا فيها بين قواعد داخلية وأخرى خارجية. والنص القانوني الواضح الدلالة على مراد المشرع منه شأنه شأن العقد الواضح الدلالة على مقصود عاقيه منه لا يحتاج إلى تفسيره ، وفي هذا الصدد ورد قرار محكمة النقض المصرية(2): (متى كان النص واضحا جلي المعنى قاطع الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره ، استهداء بالحكمة التي أملتة وقصد الشارع منه ، لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض أو وجود لبس فيه) أما إذا كان هناك موجب لتفسير قانون ما أو

(1) ذ. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 - م.س- ص 488

(2) قرار رقم 8122 سنة 66 ق - مأخوذ من موسوعة الأحكام العربية على الموقع www.moheemooon-ju.com

نص قانوني معين فيجب التحرز في تفسيره و التزام الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتل (1) وينبغي فهم الهدف من النصوص القانونية الغير الواضحة بالأخذ بمجموع ما ورد بها بهدف التعرف على قصد الشارع منها دون أفراد أجزاء منها بمفهوم مستقل (2) .

الفقرة الثانية

موقف المحكمة الأعلى درجة من تفسير العقد (3)

أولاً: تفسير العقد الواضح

أطر الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود قاعدة مفادها أن العقد الواضح لا يفسر بل ينفذ، وهذا ما كرسته محكمة النقض المغربية في عدد من قراراتها نذكر منها القرار (4) التالي: (...بتطبيق الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود فإنه ليس من حق القضاة أن يفسروا اتفاق الأطراف عندما تكون عبارات العقد واضحة و متفقة مع الهدف الأكبر من العقد ، وأن مقارنة شروطه لا تثير أي شك في معناه ...) فمتى كانت ألفاظ العقد معبرة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين امتنع على القاضي تفسير العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة قانوناً تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، و تفسير القاضي للعقد رغم تطابق ألفاظه مع ما اتجهت إليه إرادة عاقديه يعد تحريفاً، حيث اعتبرت محكمة النقض المغربية (5) أنه: (إذا كان بإمكان قاضي الموضوع تفسير العقود التي حررها الأطراف ، فإنه لا يستطيع تحت ستار التفسير تحريف بنودها الواضحة) و هو ما اعتمدهت محكمة النقض المصرية (6) كذلك في قرار لها جاء فيه أن: (مخالفة الثابت بالأوراق التي تبطل الحكم هي تحريف محكمة الموضوع الثابت مادياً ببعض المسندات)

وهناك حالة متميزة يكون فيها التعبير عن الإرادة واضحاً في دلالاته إلا أنه يكون مخالفاً للمقصود الحقيقي من التعبير عن الإرادة ، حيث لا غموض في المعنى الذي يؤخذ منه غير أن المخالفة تتجه إما إلى المقصود من التعبير الصادر من أحد المتعاقدين وإما مخالفة القصد المشترك للمتعاقدين معاً.

(1) قرار محكمة النقض المصرية ع 13264 لسنة 67 ق. منشور بموسوعة الأحكام العربية – على الموقع السابق .

(2) وفي هذا ورد قرار محكمة النقض المصرية رقم 565 لسنة 571 : (تفسير النصوص التشريعية لفهم مرماها و أعمال أحكامها ، وجوب الأخذ بمجموع ما ورد بها و ذلك للتعرف على القصد الشامل منها ، مؤداه عدم وجوب جواز أفراد أجزاء منها بمفهوم مستقل عن سائر مجموع نصوصها ما لم يكن مستمداً من نص صريح فيها) منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.

- (3) وموقف محكمة النقض المغربية بكرس ما اتجه محكمة النقض الفرنسية.أنظر في هذا الصدد أستاذنا محمد الكشيبور رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية(محاولة للتمييز بين الواقع و القانون) م.س 178 و مايليها
- (4) قرار منشور في FP.blanc.OP.CIT.N11.P374.
- (5) قرار محكمة النقض المغربية صادر بتاريخ 24 مارس 1964 منشور بالمجلة المغربية للقانون R.M.P - س. 1964 - ص 249
- (6) طعن رقم 1144 لسنة 63 ق - جلسة 2000/05/30 . منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.

في هذه الحالة أجمعت معظم التشريعات المقارنة (1) و منها التشريع المغربي (2) على ضرورة البحث عن "النية المشتركة للمتعاقدین" (3) دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. وتقدير قاضي الموضوع لضرورة تفسير عقد من عدمه هي من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة، بخلاف التفسير في ذاته الذي يعتبر مسألة من مسائل الواقع . حيث ورد قرار لمحكمة النقض المصرية (4) جاء فيه: " حاجة التعبير إلى تفسير أو عدم حاجته إلى ذلك من المسائل القانونية التي تخضع فيها المحاكم لرقابة محكمة النقض. أما التفسير نفسه فمسألة تدخل في سلطة محكمة الموضوع وهي تستهدي في هذا التفسير فيما يبدو منها أنها أحاطت بعبارة العقد" و بهذا يبقى لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود و المشارطات المختلف عليها ، بما تراه أوفى بمقصود العاقدین و لا يجوز لها أن تعقد بما تفيد به عبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيد به العبارات مكتملة (5) ، إلا أن قضاة الموضوع و إن كانوا لا رقابة عليهم من طرف محكمة النقض في تفسير العقد الواضح إذا كانت ألفاظه لا تتوافق و القصد الحقيقي و المشترك لعاقديه بإعمال قواعد التفسير المتاحة ، فإنهم يخضعون لمراقبة المحكمة المذكورة من حيث التعليل ، و في هذا ورد قرار محكمة النقض المصرية (6) الآتي: " إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه و إن كان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود و الشروط للتعرف على مقصود المتعاقدين إلا أن ذلك مشروط بأن لا تخرج في تفسيرها عما تحتمله عبارات تلك العقود أو تجاوز المعنى الظاهر لها ، و أنه على القاضي إذا ما أراد حمل عبارة المتعاقدين على معنى مغاير لظاھرھا ، أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر العدول عن هذا

(1) من هذه التشريعات نذكر:

- الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون المدني المصري: (...أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ...)
- الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري: (... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ...).

- الفقرة الثانية من المادة 239 من القانون المدني الأردني: (...أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...).

(2) ينص الفصل 462 من ق.ل.ع في فقرته الأخيرة: (... و عندما يكون للتأويل موجب ، يلزم البحث عن قصد

المتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل)

(3) إن الوقائع التي يعتمد عليها القاضي لاستجلاء الإرادة الحقيقية و المشتركة للمتعاقدين، يجب أن تكون ثابتة من مصادر موجودة و غير مناقضة للثابت في الدعوى. حيث إنه إذا أورد القاضي مصدرا وهميا لا وجود له ، أو أنه موجود لكنه يناقض وقائع أخرى ثابتة أو غير متناقضة و أنه مع ذلك يستحيل عقلا و منطقا استخلاص الواقعة منها ، كان حكمه مخالفا لقواعد الإثبات القانونية و تعرض للنقض .

(4) حكم نقض مدني بتاريخ 1973/06/01 - طعن رقم 243 - س 37 قضائية - منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.

(5) قرار رقم 6645 _ س 72 ق _ منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.

(6) قرار رقم 13167 لسنة 79 ق - منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.

ورجح أنه مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان ما اعتمدته محكمة الموضوع...."

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء وإن استقر- في أغلب الدول- على اعتبار العقود النموذجية هي من العقود الواضحة التي لا تحتاج إلى تفسير، فإنه منح لقاضي الموضوع سلطة في تفسيرها لصالح الطرف المدعى (1) عند عدم تعبير ألفاظها عن قصد المتعاقدين منها، وسلطة قاضي الموضوع في تفسير هذا النوع من العقود لا يخضع فيه لرقابة محكمة مادام لم يخرج في تفسيره عن المعنى الذي تحتمله عباراتها(2).

ثانيا _ تفسير العقد الغامض

تعتبر سلطة القاضي في تفسير العقود الغامضة سلطة واسعة باعتماده على القواعد التي حددها المشرع في الفصول من 461 إلى 473 من قانون الالتزامات و العقود و بالاهتداء كذلك بمجموعة من العوامل الداخلية و الخارجية ، ولا رقابة عليه من طرف محكمة النقض ، وهذا ما قرره محكمة النقض المغربية في قرارها المؤرخ في 12 ابريل 1961(3) الذي جاء فيه: "إن تقدير الشروط الغامضة أو المتعارضة لإتفاقات الأطراف لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى"(4)

وهو موقف استحسنته الفقه حيث ذهب أستاذنا محمد الكشيبور(5) إلى القول: " أن تفسير العقد الغامض مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، ويبدو أن السبب في ذلك هو أن التفسير في هذه الحالة يقتضي تقصي النية الحقيقية أو المفترضة للأطراف و الوقوف على ظروف التعاقد و ظروف التعامل و ما تقضي به قواعد حسن النية و عادات التجار فيما بينهم ، وقد يستدعي الأمر الاستعانة بإجراءات التحقيق، كالمعاينة و الخبرة . فالمسألة إذن مسألة واقع لأن قاضي الموضوع يبحث في عالم النية و الضمير ليقنع في النهاية بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تحقيق غرض معين "

ونخلص من كل ما سبق أن القضاء المغربي(6) شأنه شأن القضاء في معظم الدول(7) استقر على عدم تفسير العقد الواضح تطبيقاً للفصلين 230 و461 من قانون الالتزامات والعقود إلا إذا كانت ألفاظه لا تعبر

- (1) وذلك سواء كان مديناً أو دائناً
- (2) للاطلاع على سلطة محكمتي النقض الفرنسية والمصرية في الرقابة على تفسير هذا النوع من العقود انظر:
ذ. سعيد عبد السلام – سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان – ط1996 – الولاء للطبع و التوزيع – ص 22 وما يليها.

- (3) منشور في FP.BIANC OP.CIT N 17 Page 376
- (4) وهو موقف محكمة النقض المصرية كذلك من خلال قرارها بتاريخ 1973/06/01 – طعن مدني رقم 243 - س 37 قضائية الذي جاء فيه: "... أما التفسير نفسه فمسألة تدخل في سلطة محكمة الموضوع..." نقض مدني _ منشور بموسوعة الأحكام العربية على الموقع السابق.
- (5) أستاذنا محمد الكشور _ رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية(محاولة للتمييز بين الواقع والقانون) م.س.ص 188.
- (6) نقصد محكمة النقض المغربية.
- (7) كمحكمتي النقض المصرية والتميز الأردنية.

عن المعنى الحقيقي للمتعاقدين حيث خول لقضاة الموضوع سلطة تفسيره ولا رقابة عليهم إلا من حيث التعليل، بخلاف ما إذا كانت ألفاظ العقد غامضة حيث منحهم سلطة تقديرية واسعة في تفسيره اعتماداً على القواعد المحددة في قانون الالتزامات والعقود وبالاستناد إلى مجموعة من العوامل الداخلية والخارجية عن العقد، ولا رقابة عليهم من طرفه لأن السلطة التقديرية الممنوحة لهم هي من المسائل الواقعية.

Les peines alternatives aux peines privatives de liberté de courte durée à la lumière du projet de loi pénale.

adnane el mrabet

chercheur en droit Des affaires

Introduction :

Nul ne peut mettre en doute que " le prison est une solution coûteuse pour rendre les mauvais individus encore pire" (le livre blanc créé par le gouvernement britannique en 1990).

Partout dans le monde , la population carcérale augmente, en faisant peser une lourde charge financière sur les États .parallèlement, il est de plus en plus évident que l'incarcération ne permet pas d'atteindre certains objectifs les plus important qui lui ont été confiés et qu' elle s'accompagne en outre délétères sur le criminel lui même , sur sa famille et même sur la collectivité tout entière.

Les peines privatives de liberté notamment celles de courte durée comporte plusieurs problématiques, chose qui a conduit les courants de pensée moderne et les associations des droits de l'homme d'exprimer leurs insatisfaction.

C'est dans ce contexte que le législateur marocain a , enfin dieu merci , compris que le fait d'intégrer des substitutions aux peines privatives de liberté dans le terrain législatif marocain est une nécessité et même une urgence.

Sur le plan conceptuel, le terme peine designe le châtimeut ou la punition infligée par le pouvoir public à un individu reconnu judiciairement coupable d'avoir commis un crime

Le terme " alternative " peut être défini comme étant un choix entre deux possibilités distinctes

Alors que l'expression " peines alternatives " désigne la faculté offerte au juge pénal de substituer à l'emprisonnement une peine d'une autre nature .

Notre sujet est un sujet le plus actuel parmi tous les sujets d'actualité en matière de droit de l'homme c'est la raison pour laquelle il est considéré comme un thème qui a une importance majeure sur les deux plus plans à la fois théorique et pratique.

Donc , qu'elles sont les peines alternatives ? Et comment peut-on les apprécier ?

La réponse à cette question nous exige dresser un plan à savoir :

Section 1 la mise en exergue des peines alternatives

A- *les peines alternatives classiques*

B- *les peines alternatives modernes*

Section 2 l'appréciation des peines alternatives

A- *les avantages*

B- *les inconvénients*

Section 1 la mise en exergue des peines alternatives

Sous cet angle il importe de voir d'une part , les peines alternatives classiques et d'autre part , les peines alternatives modernes.

C- *les peines alternatives classiques*

Si éviter l'emprisonnement est un objectif de politique criminelle, ce seul objectif ne permet pas à lui seul d'atteindre les autres objectifs attendus de la sanction pénale, d'où la nécessité de recourir à ces sanctions alternatives

1-la réparation :

réparation consiste, dans un délai et selon les modalités fixées par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime. Avec l'accord de la victime, elle peut être exécutée en nature (ex : remise en état du bien).

2- le sursis :

dispense une personne condamnée d'exécuter tout ou partie de la peine prononcée. Il peut être prononcé si le prévenu n'a pas déjà été condamné. La peine assortie du sursis n'est pas exécutée si le

condamné n'est pas à nouveau condamné à une peine d'emprisonnement dans les 5 ans suivant sa première condamnation.

Lorsqu'un accusé est condamné pour un crime, il ou elle peut se voir accorder une condamnation avec sursis, ce qui signifie que la personne n'est pas envoyée en prison, mais doit remplir certaines autres conditions. La condamnation avec sursis est considérée par certains comme une « dernière chance » offerte au contrevenant avant d'être envoyé en prison.

3- la semi-liberté :

est un aménagement de peine décidé soit en tant qu'alternative par la juridiction de jugement si la peine d'emprisonnement prononcée est inférieure ou égale à deux ans ou un an en cas de récidive ,soit, après jugement, en tant qu'aménagement de la peine, avant sa mise à exécution, par le juge de l'application des peines dans les mêmes conditions temporelles soit en tant qu'aménagement de peine au cours de l'exécution de la peine lorsque le reliquat de peine restant à exécuter n'excède pas deux ans ou un an en cas de récidive .

4- les peines complémentaires à titre des peines alternatives :

Nombre des peines complémentaires existe déjà et également en tant que peines alternatives : suspension ou annulation de permis de conduire,interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement,confiscation.

B- les peines alternatives modernes

D'une manière brève il s'agit des peines suivantes :

1-La peine de travail d'intérêt général (TIG) :

est sans doute la mieux connue des peines alternatives à l'emprisonnement.

est une peine qui contraint la personne condamnée à exécuter un travail sans toucher de rémunération au service d'une collectivité publique ou d'une association agréée. Cette sanction est prononcée pour une durée déterminée, exprimée en heures.

2-Le jour-amende :

est une peine qui s'applique aux personnes physiques majeures qui ont commis un délit passible d'emprisonnement.

Le jour-amende est prévue par le projet du code pénal dans son article (35) dès l'alinéa 10 jusqu'à 12 et a été introduite dans le projet de loi pénale sous l'influence des recommandations et propositions de conseil national de droit de l'homme précisément, et de façon générale de tous ces acteurs encourageant le champ de droit de l'homme au Maroc.

Cette peine est une alternative à l'incarcération de courte durée, Elle s'inscrit dans la volonté de rendre plus égalitaire entre les justiciables, le montant des sanctions pécuniaires en imposant un sacrifice financier proportionnel aux niveaux de vice de clause.

Lorsqu'un délit de droit commun est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au trésor public une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne (100 DH à 2000 DH), en fonction de ressources et des charges du prévenu, pendant un certain nombre de jours dont la durée ne peut pas excéder 2ans, à apprécier en fonction des circonstances de l'infraction.

3-le stage de citoyenneté :

Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut, à la place de l'emprisonnement, prescrire que le condamné doit accomplir un stage de citoyenneté, dont les modalités, la durée et le contenu sont fixés par décret en conseil de l'Etat, et qui a pour objet de lui rappeler les valeurs du royaume du Maroc de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société.

La juridiction précise si ce stage, dont le coût ne peut excéder celui des amendes contraventionnelles de la 3ème classe, doit être effectué aux frais du condamné.

Le prononcé de cette peine n'est possible qu'à l'audience à laquelle le prévenu assiste et après qu'il a donné son accord.

Cette peine ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou n'est pas présent à l'audience.

Outre les valeurs précitées qu'il a pour objet de rappels, il tend à faire prendre conscience au condamné de sa responsabilité pénale et civile et de devoirs qu'implique la vie en société, il vise également à favoriser son insertion sociale.

La durée du stage est fixée par la juridiction en tenant compte, pour le condamné majeur, de ses obligations familiales, sociale ou professionnelles et pour le condamné mineurs de ses obligations scolaires et de sa situation familial mais ne peut excéder un mois.

Dès la fin de stage de citoyenneté, une attestation de fin de stage doit être donné au condamné.

Dans le même ordre d'idée, l'alinéa 15 de l'art 35 a prévu également que le condamné peut subir un traitement physique ou un traitement contre la toxicomanie.

4-la réinsertion pour les contrevenants liés à la drogue ou à l'alcool :

Si les tribunaux antidrogue sont des outils puissants pour l'application d'alternatives à l'emprisonnement, il existe aussi d'autres méthodes permettant de faire en sorte que les toxicomanes qui entrent dans le système de justice pénale ne soient pas incarcérés inutilement. Cela est important car, malgré tous les efforts des autorités, il est souvent facile de se procurer de la drogue à l'intérieur des prisons.

Les tribunaux doivent avoir cette réalité présente à l'esprit lorsqu'ils décident de placer ou non un suspect vulnérable en détention provisoire. Lorsqu'ils imposent une peine à des délinquants toxicomanes, les tribunaux ordinaires doivent aussi tenir compte du fait que le traitement de la toxicomanie dans la collectivité est plus efficace que celui qui est proposé en prison. Dans des cas marginaux, cela pourrait être un argument majeur pour décider d'imposer ou non une condamnation avec sursis ou une peine à l'extérieur dans laquelle il y aurait obligation de se soumettre à un traitement.

La libération conditionnelle de détenus condamnés devrait aussi prévoir le traitement et le suivi des toxicomanes après leur libération.

Les détenus condamnés pour des délits liés à la drogue représentent une proportion importante de la population carcérale totale des pays européens. Ceci, en partie, provient des efforts des États de lutter contre le trafic de drogues illicites. La majorité des personnes détenues pour des délits liés à la drogue sont elles-mêmes dépendantes à au moins une substance et ne jouent pas un grand rôle dans les cercles internationaux de commerce de drogue. Trouver de bonnes alternatives à l'emprisonnement pour de petits délits liés à la drogue pourrait fortement réduire le nombre de détenus dans les systèmes pénitentiaires européens ; mais plus encore, pourraient mieux répondre aux besoins de ces groupes de personnes en augmentant ainsi la probabilité de réussir la réhabilitation et la réintégration.

5-la surveillance électronique

Le placement sous surveillance, ou l'électronique monitoring est une alternative à l'incarcération qui se définit comme une détention à domicile électroniquement contrôlée. En pratique , on fixe au poignet ou à la cheville du détenu bénéficiaire de la mesure un petit bracelet émetteur ressemblant à une montre et permettant à une centrale de contrôle de savoir si la personne sous surveillance est bien à l'emplacement prescrit aux heures prévues par le juge.

Le placement sous surveillance électronique peut, selon les législations, intervenir en substitution à la détention provisoire (cette possibilité a été écartée par le législateur français) ou pour remplacer une peine privative de liberté de courte durée, ainsi qu'en fin de peine ou durant un délai d'épreuve prévu pour préparer une libération conditionnelle.

Le system de surveillance électronique peut être compris comme « a system of home confinement aimed at monitoring and controlling and modifying the behaviour of defendants or offenders »

La surveillance électronique comprend un transmetteur radio que le prisonnier doit porter, qui transmet un signal à une unité de base dans sa maison. Si ce signal est violé, un ordinateur central est averti et les autorités compétentes en sont averties.

6-les peines restrictives de certains droits :

1) Peines liées à l'usage ou à la conduite d'un véhicule :

Ce sont les peines de suspension du permis de conduire, avec possibilité d'aménagement pour des impératifs d'ordre professionnel, pour une durée de cinq ans d'interdiction de conduire certains véhicules , de confiscation d'un ou plusieurs véhicules , d'immobilisation d'un véhicule pour une durée d'un an au plus.

2) l'internement judiciaire dans un hôpital psychiatrique :

Cette mesure consiste dans le placement , par décision , dans établissement approprié , d'un individu présumé , auteur d'un délit qui , en raison du trouble de ses facultés mentales , existant lors des faits qui lui sont imputés , et constatés par une expertise médicale , doit être déclaré totalement irresponsable et se trouve ainsi soustrait à l'application éventuelle des peines prévues par la loi.

L'internement durera aussi longtemps que l'état du malade le nécessite.

C'est le médecin traitant qui informe le procureur général que le malade ne lui paraît plus dangereux . celui-ci peut dans un délai de 10 jours exercer un recours auprès du ministère de la santé publique qui le communique à l'auteur de la décision.

3) Interdiction de porter une arme et confiscation d'une ou plusieurs armes , retrait du permis de chasser avec interdiction pendant cinq ans de solliciter la délivrance d'un nouveau permis.

4) La confiscation de la chose qui a servi à commettre le délit ou de son produit.

5) L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale .

6) L'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement

7) suspension d'un permis de conduire:

Cette peine est prononcée , pour une durée de cinq ans au plus , et peut être limitée , à la conduite en dehors de l'activité professionnelle.

8-) – L'interdiction de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux déterminés par la juridiction de jugement et dans lesquels l'infraction a été commise :

Elle est d'une durée de 3ans maximum. Elle a un champ d'application plus restrictif que l'interdiction de séjour puisque les lieux interdits sont ceux dans lesquels l'infraction, ou l'un de ces éléments constitutifs a été commise. L'interdiction des paraitre peut aussi exister au titre d'une obligation particulière d'un sursis probatoire et doit être distingué de celui-ci.

9/L'interdiction de fréquenter certains condamnés spécialement désignés par la juridiction notamment les autres ou complices de l'infraction

Sention 2 l'appréciation des peines alternatives

il importe de voir les avantages et les inconvénients

A-les avantages

Sous cet angle il importe de voir les avantages communs ainsi que les avantages spécifiques des peines alternatives.

a- les avantages communs des peines alternatives :

1-La réinsertion plus efficace du délinquant dans la société :

La réinsertion "a pour fin la resocialisation" du condamné, "la transformation de ses réactions dangereuses pour l'ordre social en un comportement conforme aux exigences de la vie en communauté." La réinsertion est plus que l'amendement. Amender, "c'est retrancher, supprimer, atténuer. En l'occurrence il s'agit simplement de dépénaliser le sujet, de faire du sujet délinquant d'hier, un non délinquant de demain, un être inoffensif qui ne violera plus les lois pénales et aura perdu sa dangerosité" . Resocialiser un délinquant, c'est "le réadapter positivement à la vie dans la société actuelle et le faire adhérer à l'ordre établi" .

2- la diminution du surpeuplement carcéral et des cas de récidive :

sans doute l'objectif principal des peines alternatives c'était et reste toujours la diminution de taux du surpeuplement carcéral et également les cas de récidive.

A cet effet , Les politiques suivies ne parviennent nullement à endiguer l'augmentation de la criminalité, et notamment la délinquance juvénile, l'usage en progression des stupéfiants , etc.

Pour faire face au problème de la surpopulation, le Maroc ne peut plus se permettre de maintenir ce haut niveau d'emprisonnement, que ce soit sur le plan financier ou sur le plan social.

La surpopulation carcérale a des conséquences graves tant sur les détenus que sur la société, en termes de prévention de la récidive, de compromission des chances de réinsertion.

Et d'après les derniers statistiques 37 % des habitants de la prison s'ils bénéficient de ces peines alternatives vont être hors les murs de la prison . en effet , cet pourcentage de 37% est considéré comme important pour vider les prisons ou plutôt diminuer le taux de la surpopulation carcérale.

b- les avantages spécifiques à certaines peines alternatives

1-pour ls travaux d'intérêt général:

le travail d'intérêt général (T-I-G) a pour principal objectif d'éviter l'entrée du condamné à la prison ce qui permet pour celui-ci d' être spolié au lieu de son réparation . c'est pour cela le T-I-G est considéré , à vrais , comme une meilleure substitution aux peines privatives de liberté à courte durée , et une meilleure solution pour diminuer la surpopulation carcérale qui ne correspond pas aux finalités de la sanction qui est la réparation Le T-I-G, est plus compatible aux exigences modernes de politique criminelle, il est un réformiste régime qui permet au condamné de vivre

et d' être réintégré socialement dans la société et même d'assumer la responsabilité de la réparation et de la réhabilitation sous la garde d'une des institutions sociales et judiciaires qualifiés qui travaillent dur pour le renouvellement du sentiment d'identité et d'appartenance du condamné ce qui va lui permettre sa vision à la société du fait qu'il va être considéré non pas comme un délinquant mais plutôt un stagiaire., et un tel changement ouvrirait à la personne condamnée pendant le travail I-G une réforme et une réconciliation sociale.

2- pour la surveillance électronique

De façon générale, les études démontrent qu'il n'est pas certain que les programmes d'assignation à domicile sous surveillance électronique soient plus efficaces, dans la réduction du taux de récidive et du non-respect des conditions, que les interventions moins encadrantes telles que les programmes de

supervision intensive et la probation régulière. Ces interventions ne semblent pas non plus davantage efficaces que des interventions plus lourdes telles les sentences d'incarcération.

Ainsi, le style de surveillance électronique à travers cette perspective vise à réformer le condamné et la réhabilitation de la réinsertion dans le tissu social car il offre un terrain fertile à cette fin.

3-pour les jours-amende :

Certaines législations pénales modernes n'ont pas arrêté à la peine de l'amende dans la forme traditionnelle, mais aussi elles ont créé un système amende quotidienne comme un moyen de parvenir à une plus grande justice et alternative efficace pour la punition négative courte période de liberté.

la plupart des auteurs ont se met d'accord sur le fait de considérer la peine de l'amende journalière comme la peine la plus efficace tant que peine alternative aux peines privatives de liberté. cette peine , grâce à la valeur punitive, est devenu plus sensible aux exigences modernes de la politique pénale .elle permet d'éviter au coupable d'entrer en prison et de subir ses conséquences négatives , comme elle permet de maintenir les liens familiaux et sociaux et la sauvegarde de la dignité du condamné et sa famille contre les dangers de la stigmatisation sociale.

B-les inconvénients

ces inconvénients certains sont communs alors que d'autres sont spécifiques.

a-Les inconvénients communs :

1-complexité des procédures d'agrément

Les problèmes d'application de ce type de peines se situent dans les délais entre le prononcé des mesures et leur exécution mais également dans l'effectivité du contrôle et dans leur capacité à prévenir la récidive. Le délai qui court entre le jugement et sa mise à exécution est un enjeu fondamental pour développer la crédibilité des sanctions alternatives. Des études réalisées dans plusieurs pays montrent ainsi que la récidive a tendance à être plus importante au début des périodes de suivi, ce qui plaide pour une prise en charge extrêmement rapide

2-Manque d'effectivité:

En dépit de la création de ces nouvelles peines alternatives, certains reprochent au législateur de faire montre de peu d'inventivité concernant la création de peines adaptées à l'évolution de la criminalité et des mœurs.

b-inconvénients spécifiques :

au niveau du travail d'intérêt général :

Il ya :

1-Le manque de postes adaptés aux personnes ayant des problèmes de santé :

Les juridictions relèvent souvent l'absence de poste adapté ou l'insuffisance de postes pour des personnes confrontées à des problèmes de santé, qu'elles soient handicapées, toxicomanes ou qu'elles présentent des troubles physiologiques ou psychologiques.

2-Le manque de postes de TIG effectués en soirée ou durant le week-end :

L'offre de postes ne permet pas de répondre aux besoins spécifiques de personnes qui exercent une activité professionnelle. En effet, les postes de TIG qui sont effectués en soirée ou le week-end sont rarement proposés par les organismes d'accueil. Cette insuffisance d'offre de postes est également relevée durant les congés scolaires et en période estivale

3-L'insuffisance de postes en secteur rural :

Lorsque le TIG est prononcé à l'encontre de personnes non titulaires du permis de conduire et domiciliées dans des communes isolées, il est difficile d'exécuter cette sanction en raison des distances à parcourir dans un arrondissement judiciaire essentiellement rural et mal desservi en transport en commun. Or, en secteur rural, les postes de TIG sont rarement proposés car les collectivités locales ne disposent pas de l'encadrement nécessaire pour accueillir un condamné. Il en est de même des associations présentes dans les villages qui sont de taille modeste.

4- L'insuffisance de postes adaptés aux femmes :

Les communes proposent presque exclusivement des postes d'entretien des voiries ou des espaces verts, au sein des services techniques, et peu dans le domaine administratif. Ces postes ne sont pas toujours adaptés aux femmes. Or, des types de postes plus diversifiés sont parfois proposés, comme des

emplois en médiathèque ou blanchisserie de l'hôpital, qui apparaissent mieux adaptés. Il convient là encore de proposer des postes plus diversifiés.⁷

5- Les obstacles de terrain :

La participation des collectivités territoriales mérite d'être améliorée, notamment car les tâches proposées pourraient être plus variées en fonction du profil des condamnés.

Les auditions ont montré que, très souvent, le discours des maires est très positif sur le TIG, mais, qu'en pratique, ils ne désirent pas forcément accueillir une personne condamnée dans leur commune. Les organismes d'accueil souhaitent parfois connaître le casier judiciaire du tigeste, ce qui n'est juridiquement pas possible. Certains maires acceptent le principe des TIG, proposent des postes mais se désengagent ensuite, lorsqu'ils sont sollicités.

au niveau de la surveillance électronique :

il y a :

1-Inviolabilité du domicile :

On peut dire que le domicile est susceptible d'être violé par le système de la surveillance électronique si cela est un logement partagé et qui combine sous un même toit le condamné et ses membres de la famille ou d'autres personnes, ce qui est confirmé par la Cour dans l'affaire Alderman "en faisant valoir que les intérêts protégés de la propriétaire de la maison ne font pas partie de sa propriété, mais leurs droits légitimes à la vie privée et la vie familiale et pour ceux qui sont hébergés", et il semble que le tribunal voulait dire que l'intérêt de la vie privée ne nécessairement colle pas à la personne individuelle, mais il concerne aussi les autres individus tels que la famille et les invités.

2-Inviolabilité du corps :

On peut dire que le bracelet électronique, qui est placé dans le poignet avec un forçat ou une jambe peut constituer une atteinte à l'intégrité du corps du condamné . mais cet argument peut être réfuté, car le bracelet est pas placé seulement avec le consentement du condamné et avec la présence de son avocat.

Au niveau du jours-amende :

Le jours-amende est une peine qui se caractérise par l'injustice car elle ne produit pas ses effets uniquement à l'égard du condamné mais elle s'étend aux autres membre de sa famille parce que l'amende est déduite de la richesse commune du condamné et de sa famille c'est pour cela on dit que le jours-amende ne concerne pas seulement le condamné mais aussi autres personnes qui n'ont aucune relation avec l'infraction commise. De même, on peut dire également qu'elle est incompatible avec le principe de l'individualisation de la peine



المملكة المغربية

وزارة العدل والحريات

محكمة الاستئناف الإدارية

.. "



ع.خ

القرار عدد : 233

المؤرخ في : 2015/6/8

ملف عدد: 2015/7202/216

الخازن العام للمملكة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 20 شعبان 1436 الموافق 8 يونيو 2015.

إن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: 1- الخازن العام للمملكة الجاعل محل المخابرة معه بمكاتبه بالخزينة العامة للمملكة بالرباط.

2-.....

المستأنفان من جهة

.....

المستأنف عليهم من جهة أخرى

بمحضور: المحافظ على الأملاك العقارية والرهنون.....

بناء على المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 2015/4/22 من طرف الخازن العام للمملكة وقابض سيدي قاسم ضد الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 864 بتاريخ 2015/4/6 في الملف رقم 2015/7101/463 القاضي بالتشطيب على الرهن الجبري المقيد بتاريخ 2012/1/9 (سجل 56 عدد 733) لضمان مبلغ 371.314,04 درهم المقيد على الرسم عدد 30/32664 وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي قاسم بتنفيذ هذا الأمر.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2015/5/25 من طرف المستشارف عليهم بواسطة نائبهم الأستاذ سعيد ضو الرامية إلى تأييد الأمر المستشارف.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على المادتين الخامسة والخامسة عشر من القانون رقم 03.80 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/5/25.

وبناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم حضر نائب المستشارف عليهم وأكد مذكراته الجوابية، فتقرر اعتبار القضية جاهزة.

وبعد الاستماع إلى الآراء الشفهية للمفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد الشفيق عبد المجيد الذي أكد فيها ما جاء في مستنتاجاته الكتابية، تقرر حجز ملف القضية للمداولة لجلسة يومه قصد النطق بالقرار الآتي نصه بعده.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الشكل:

حيث إن الاستئناف المقدم بتاريخ 2015/04/22 من طرف الخازن العام للمملكة وقابض قباضة سيدي قاسم ضد الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط المشار إلى مراجعه أعلاه، جاء متوفراً على الشروط المتطلبة لقبوله قانوناً.

في الموضوع:

حيث يستفاد من وثاق الملف ومن ضمنها الأمر المستأنف، أنه بناء على مقال استعجالي تقدم به المدعون (المستأنف عليهم) بتاريخ 2015/3/16 عرضوا فيه أنه سبق لقابض قباضة سيدي قاسم أن أوقع رهنا جبرياً على الرسم العقاري عدد 30/32664 من أجل استيفاء مبلغ 371.314,04 درهم، وأنهم طعنوا في الضرائب أساس الرهن المذكور، فصدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 2078 في الملف رقم 2009/7/1047 بتاريخ 2011/06/09 قضى بإلغاء المطالبة بها، وهو الحكم الذي أضحى نهائياً لعدم الطعن فيه، موضحين أنه وقع خطأ مادي بمنطوق الحكم وتم إصلاحه بموجب الحكم عدد 3549 الصادر في الملف رقم 2014/7109/488 بتاريخ 2013/11/12 استأنفه المدعى عليهم فصدر قرار بعدم قبول الاستئناف تحت عدد 2377 بتاريخ 2014/5/21 في الملف رقم 2014/9/141، ومادام أن جدول الضريبة المؤرخ في ماي 2008 الذي بناء عليه قام المطلوب

ضده بإيقاع رهن على عقار العارضين قد ألغيت كل الضرائب المضمنة به ماعدا ضريبة "البتانتا" التي تم أدائها، فإنه يبقى من حقهم المطالبة برفع الرهن الجبري المقيد على عقارهم أعلاه لضمان أداء مبلغ 371.314,04 درهم وأمر المحافظة على الأملاك العقارية بسيدي قاسم برفعه. وبعدما أجاب الخازن العام للمملكة وقابض قباضة سيدي قاسم ملتسمين رفض الطلب اعتبرت القضية جاهزة وتم حجزها للتأمل ليصدر الأمر المستأنف.

في أسباب الاستئناف

حيث يعيب الطرف المستأنف الأمر المستأنف بمجانبته للصواب فيما انتهى إليه من رفع الرهن المقيد على الرسم العقاري المملوك للمستأنف عليهم والحال أن قاضي المستعجلات غير مختص بالتشطيب على الرهن مادام أن الديون التي كانت سببا في تقييده لم تصدر فيها أحكام نهائية وأن المراكز القانونية للأطراف بشأنها غير واضحة وبالتالي من شأن رفع الرهن ضياع ضمان للخزينة، ملتسما إلغاء الأمر المستأنف وتصديا الحكم برفض الطلب.

لكن، حيث إن الأصل في الطلبات الرامية إلى رفع الحجزات والتعرضات أو غيرها من التقييدات التي تحد من حرية التصرف في الحقوق، انها من اختصاص قضاء الموضوع لما يتطلبه البت فيها من ضرورة التأكد من صحة إجراءات الحجز أو التعرض ومدى توافر موجبات رفعه، وهي أمور لها مساس بالجوهر، وأن العمل القضائي عندما أقر لقاضي المستعجلات إمكانية تحوز هذا الاختصاص إنما كان على وجه الاستثناء ومقيد بحالات يتحقق معها وضوح المراكز القانونية للأطراف من قبل انقضاء السند التنفيذي أو وقوع الحجز على أموال لا تخص المدين مما يقتضي تدخله على وجه السرعة لوضع حد للخطر المحدق بتلك المراكز والذي يجسده الإبقاء على الحجز رغم انتفاء ما يبرره.

وحيث في نازلة الحال، فإن قاضي المستعجلات الابتدائي انتهى إلى التشطيب على الرهن الجبري المسجل من طرف القابض على الرسم العقاري عدد 32664/30 ضمانا لأداء مبلغ 371.314,04 درهم معتمدا في ذلك على صدور حكم قضائي بتاريخ 2011/06/09 تحت عدد 2078 في الملف رقم 2009/7/1047 قضي بإلغاء المطالبة بالضريبة الحضرية على الأراضي غير المبنية الصادرة برسم السنوات من 1993 على 2000 والضريبة العامة على الدخل برسم سنتي 1996 و 1997، وهو الحكم الذي أضحى نهائيا لعدم الطعن فيه بالاستئناف، كما يستفاد من الشهادة الصادرة عن رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2012/04/04، كما أنه تم إصلاح الخطأ المادي المتسرب إلى منطوقه وذلك بجعل الأمر يتعلق بإلغاء المطالبة بالضريبة على الأراضي غير المبنية/ضريبة التضامن الوطني وليس الضريبة الحضرية على الأراضي غير المبنية/ ضريبة التضامن الوطني وذلك بموجب الحكم عدد 3549 الصادر بتاريخ 2013/11/12 في الملف رقم 2013/7109/488 الذي صار هو الآخر نهائيا بعدما أصدرت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط قرارا تحت عدد 2377 بتاريخ 2014/05/21 في الملف رقم 9/14/141 قضى بعدم قبول استئناف الخازن العام وقابض قباضة سيدي قاسم.

وحيث لما كان الرهن المقيد على عقار المستأنف عليهم بتاريخ 2012/01/09 غايته أداء الضرائب أعلاه التي قضى الحكم النهائي عدد 2078 المصحح بموجب الحكم عدد 3549 بإلغاء المطالبة بها إلى جانب الضريبة المهنية برسم السنوات من 1997 إلى غاية 2012 التي أدلى المستأنف عليهم بما يفيد أداء مبلغها كما يستفاد من وصولات الأداء المدلى بها رفقة مذكرة الوثائق الملفة بالملف الابتدائي، فإن مركزهم القانوني حيال الديون الضريبية المذكورة أضحى واضحا بصفة نهائية، مما يفقد الرهن المقيد على عقارهم مبرر إيقاعه، والأمر المستأنف فيما انتهى إليه يكون مؤسسا وواجب التأييد.

لهذه الأسباب

قضت محكمة الاستئناف الإدارية علنياً انتهائياً حضورياً:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع: بتأييد الأمر المستأنف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وكانت الهيئة متركبة من:

السيد عبد الكريم الهاشيمي رئيساً

السيد رضا التايدي مقرراً

السيدة درصاف العبودي عضواً

بحضور المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد عبد المجيد الشفيق.

وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة آمنة الصمدي.

كاتبة الضبط

المقرر

الرئيس



خ.ع

القرار عدد : 162

المؤرخ في: 2015/4/27

ملف عدد: 2015/7202/159

عامل عمالة الحاجب

القاعدة

إفراغ الإدارة المحتلة من عقار الغير.

احتلال عمالة الحاجب لعقار المستأنف عليه بدون سند قانوني ووضعه رهن إشارة رئيس دائرة تواجظات كسكن وظيفي... اعتداء مادي ... نعم.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 8 رجب 1436 الموافق ل 27 أبريل 2015.

إن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

يبين: عامل عمالة الحاجب بمكاتبه بعمالة الحاجب.

ينوب عنه: الأستاذ النقيب عبد الواحد الأنصاري والأستاذ محمد الأنصاري المحاميان بهيئة

مكناس الجاعلين محل المخابرة معهما بمكتب الأستاذ أسامة الأنصاري، المحامي

بهيئة الرباط.

المستأنف من جهة

وبين:، الساكن بزقة لوكسمبورغ رقم 7600، جون فيلي، ضواحي باريس.

ينوب عنه: الأستاذ شوقي بوصفيحة، المحامي بهيئة مكناس.

المستأنف عليه من جهة أخرى

بحضور: - السيد أحمد العلمي أفيلال الساكن بحي الجرادي، قرب محطة القطار، عين تاوجطات.

- الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة بمكاتبه بالرباط.

- وزير الداخلية بمكاتبه بمقر وزارة الداخلية بالرباط.

- والي جهة مكناس تافيلالت بمكاتبه بمقر جهة مكناس تافيلالت بمكناس.

بناء على المقال الاستثنائي المقدم بتاريخ 2015/3/6 من طرف عامل عمالة الحاجب بواسطة نائبه الأستاذين عبد الواحد الأنصاري ومحمد الأنصاري ضد الأمر الاستعجالي الصادر عن نائب رئيس المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 2014/11/11 تحت عدد 2014/7101/85 في الملف رقم 2014/7101/77.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2015/4/10 من طرف المستشار عليه بواسطة نائبه الأستاذ شوقي بوصفيحة الرامية إلى التصريح بعدم قبول الاستئناف شكلا وبتأييد الأمر المستشار في الموضوع.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على المواد الخامسة والتاسعة والخامسة عشر من القانون رقم 03.80 المحدثه بموجب محاكم استئناف إدارية.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/4/13.

وبناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم، فتقرر اعتبار القضية جاهزة.

وبعد الاستماع إلى الآراء الشفهية للمفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد الشفيق عبد المجيد الذي أكد فيها ما جاء في مستنتاجاته الكتابية، تقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 2015/4/27 قصد النطق بالقرار الآتي نصه بعده.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الشكل:

حيث دفع المستأنف عليه بعدم قبول الاستئناف لانعدام صفة ومصلحة المستأنف في تقديمه لكون الطرف المعني بالإفراغ هو السيد أحمد العلمي أفيال رئيس دائرة تواجطات.

لكن حيث خلافا لما ورد في الدفع، فالأمر المستأنف قضى بإفراغ المدعى عليهم من المحل الذي يعتبره رئيس دائرة تواجطات بصفته هذه الكائن بزنقة الجراي تواجطات باعتباره سكنا وظيفيا تم وضعه رهن إشارته من طرف عمالة الحاجب واستناداً إلى احتلاله من طرف هذه الأخيرة بدون سند ولا قانون، مما يجعلها ذات الصفة والمصلحة للطعن فيه بالاستئناف في شخص العامل باعتبارها هي المعنية أساسا بالإفراغ المأمور به، وبالتالي يبقى ما أثير في الدفع غير وجيه والاستئناف احترمت فيه كافة الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً فهو لذلك مقبول.

في الموضوع:

حيث يستفاد من أوراق الملف ومحتوى الأمر المستأنف أنه بتاريخ 23 ماي 2014 تقدم الطالب (المستأنف عليه) بمقال استعجالي إلى رئيس المحكمة الابتدائية بمكناس عرض فيه أنه يملك العقار المسمى "كاترين" الكائن بتاوجطات زنقة الجراي إقليم الحاجب ذي الرسم العقاري عدد 2637/ك مساحته 3322 متر مربع، وأنه منذ امتلاكه له بتاريخ 1999/8/2 لم يستطع الولوج إليه والانتفاع به بدعوى أن العقار يعتبر سكنا وظيفيا يسكن به حاليا السيد أحمد العلمي بصفته رئيس دائرة تاوجطات عمالة الحاجب المسلم له من طرف العمالة حسب ما أسفر عنه محضر المعاينة والاستجواب المجرى مع رئيس قسم الميزانية والصفقات بالعمالة المذكورة الذي صرح بأن العقار يوجد فعلا تحت تصرف هذه الأخيرة التي لا تربطها بمالكة أي علاقة كرائية وسيتم تسليمه له بمجرد إعداد سكن بديل، لذا يلتزم الحكم بإفراغ السيد أحمد العلمي أفيال رئيس دائرة تاوجطات عمالة الحاجب من السكنى التي يعتمرها الكائنة بالعنوان المشار إليه أعلاه هو و من يقوم مقامه تحت طائلة غرامة تهديدية محددة في 1000,00 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع النفاذ المعجل. وبتاريخ 2014/8/26 أصدر قاضي المستعجلات الأمر عدد 862 في الملف رقم 14/1101/481 يقضي بعدم الاختصاص النوعي للبت في الطلب وإحالة الملف على رئيس المحكمة الإدارية بمكناس. وبعد الإحالة على هذه الأخيرة وتخلف المطلوب ضدهم عن الجواب رغم التوصل، وبعد تمام الإجراءات، صدر الأمر بقبول الطلب وإفراغ المدعى عليهم من العقار المسمى CATHERINE ذي الرسم العقاري عدد 2637 ك الكائن بزنقة الجراي تاوجطات عمالة الحاجب ومن يقوم مقامهم بإذنتهم وتحميلهم الصائر مع النفاذ المعجل، وهو الأمر المستأنف.

في أسباب الاستئناف

حيث يعيب المستأنف على الأمر المستأنف مجانبته للصواب لما قضى بالاستجابة للطلب على الرغم من توجيهه ضد الحكومة المغربية في شخص الوزير الأول والحال أن مؤسسة الوزير الأول لم يعد لها وجود ولخرقه مقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، بالإضافة إلى خرق حقوق

الدفاع بسبب الاكتفاء بتوصل والي جهة مكناس تافيلالت دون باقي الأطراف الأخرى الموجه ضدها. ومن جهة أخرى فإن التصريح المضمن بمحضر المشاهدة والاستجواب الذي استند إليه قاضي الدرجة الأولى صادر عن موظف بأحد أقسام العمالة التي لا علاقة لها بالنزاع الحالي ولا يتوفر على أي تفويض في هذا الشأن، وأن ملكية العقار المدعى فيه محل نزاع قضائي بين المستأنف عليه والسيدة العلوي عربي هشيمة التي تدعي ملكيتها له مما يقتضي من المحكمة البحث في سند تواجد أي شخص بالعقار مما يخرج عن دائرة اختصاص قاضي المستعجلات، لذا يلتمس إلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعدم قبول الطلب واحتياطيا بعدم الاختصاص.

وحيث من جهة أولى فيما يخص السبب المتصل بالجانب الشكلي للطلب، وخلافا لما عابته المستأنفة فإن مؤسسة الوزير الأول حلت محلها بقوة القانون مؤسسة رئيس الحكومة بمقتضى دستور فاتح يوليوز 2011 وبالتالي فالإشارة إلى الوزير الأول كمثل للدولة المغربية في مقال الطلب المرفوع إلى المحكمة الإدارية، ليس له أي تأثير على صحة تقديم الطلب، فضلا عن أنه باستثناء عمالة الحاجب المعنية بالإجراء المطلوب المتمثل في الإفراغ من العقار المحتل فإن باقي الأطراف الأخرى المطلوب ضدها تبقى غير معنية به ولم يكن هناك موجب لتوجيه الطلب ضدها. كما أنه بالاطلاع على وثائق الملف الابتدائي يتضح أن جميع هذه الأطراف توصلت بنسخة من المقال وتخلفت عن الجواب ماعدا عامل عمالة الحاجب ورئيس دائرة تاوجطات التي وإن كانت وثائق الملف تخلو مما يدل على توصلهما، إلا أن الأثر الناشر للاستئناف يتيح لهما مناقشة الإجراء محل الطلب وبسط جميع أوجه دفاعهما حوله ولا مبرر لإرجاع الملف إلى المحكمة الإدارية للبت فيه من جديد مما يتعارض مع دواعي المسطرة الاستعجالية للنظر في الطلب. وأخيرا فإن عدم الإشارة في المقال إلى عناوين كافة الأطراف المطلوب ضدها يظل غير مؤثر باعتبار الأمر يتعلق بإدارات عمومية معروفة لدى الجميع مقراتها ولم يكن ذلك سببا في عدم توصلها، وبالتالي يبقى جميع ما أثير في السبب حول عدم احترام الشكليات الواجبة في تقديم الطلب غير مسموع ويتعين استبعاده.

وحيث من جهة ثانية فيما يخص السبب المتصل بموضوع الإجراء المطلوب، فإنه بالاطلاع على شهادة الملكية الصادرة عن المحافظ على الأملاك العقارية بالحاجب المؤرخة في 2014/4/17 يستفاد منها بأن العقار محل النزاع ذي الرسم العقاري عدد K/2637 هو في ملكية المستأنف عليه وأن وجود نزاع بين هذا الأخير والغير -على فرض صحته- لا تأثير له هذا الوضع الظاهر طالما لم ينتج عنه تغيير لما هو مدون بالرسم العقاري الذي يبقى هو الواجب الاعتداد عملا بمقتضيات الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري. كما أنه حتى مع استبعاد التصريح المدلى به من طرف رئيس قسم الميزانية والصفقات بعمالة الحاجب المضمن في محضر المشاهدة والاستجواب المنجز من طرف المفوض القضائي السيد المصطفى أهل حمنا بتاريخ 2014/4/22 المنازع في انعدام صفة المصرح من طرف المستأنف، فإن نفس المحضر تضمن تصريح رئيس دائرة تاوجطات بأن العقار الذي يعتمره السالف الذكر سلم له في إطار السكن الوظيفي من طرف عمالة الحاجب، وهو ما لم ينفه الطرف المستأنف الذي لم يستظهر بالسند القانوني الذي يسمح للعمالة بحياسة العقار دون الحصول على إذن من المالك، الأمر الذي يبرر تدخل قاضي المستعجلات لوقف حد لفعل الاعتداء المادي ورفع الضرر اللاحق بالمركز القانوني للمستأنف عليه عن طريق طرد الإدارة المحتلة طالما إفراغها لن يترتب عنه تعطيل نشاط مرفقي، والأمر المستأنف لما ذهب في نفس المنحى كان صائبا وواجب التأييد.

لمذة الأسباب

قضت محكمة الاستئناف الإدارية علنيا انتهائيا وحضوريا:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع: بتأييد الأمر المستأنف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية

بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وكانت الهيئة متركبة من:

السيد عبد الكريم الهاشيمي رئيساً

السيد رضا التايدي مقررًا

السيدة درصاف العبودي عضواً

بحضور المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد عبد المجيد الشفيق.

وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة آمنة الصمدي.

كاتبة الضبط

المقرر

الرئيس

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بوجدة
المحكمة الابتدائية ببركان

ملف : جنحي عادي

رقم: 16/3650

بتاريخ :

09/06/2016

أصل الحكم محفوظ بكتابة ضبط المحكمة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ : 2016/06/09 أصدرت المحكمة الابتدائية ببركان في جلستها العلنية للبت في القضايا الجنحية

الحكم الاتي نصه،

بين السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة .

من جهة

والمسمى

.....

الاطناء بارتكابهم داخل الدائرة القضائية لهذه المحكمة ومنذ زمن لم يمض عليه امد
التقادم الجنحي جنحة بيع اللحوم دون عرضها على المراقبة البيطرية طبقا للفصول 07-08-09

من ظهير 1977-10-08

من جهة أخرى

موجز الوقائع :

بناء على محضري الضابطة القضائية عدد بتاريخ 11-11-2015 و المحضر

..... بتاريخ 24/03/2016 ، والمنجز من طرف امن بركان، والذي يستفاد منه

أنه بناء على ارسالية رئيس مصلحة البيطرة ببركان بتاريخ 18-08-2015 بخصوص بيع اللحوم
بدون عرضها على الطبيب البيطري تمت مباشرة الابحاث و الاستماع للمتهمين ادناه .

وعند الاستماع للظنين الاول أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب اليه موضحا ان ما
جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه .

وعند الاستماع للظنين الثاني أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب اليه موضحا ان ما
جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه

وعند الاستماع للظنين الثالث أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب اليه موضحا ان
ما جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه

وعند الاستماع للظنين الرابع أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب اليه موضحا ان
ما جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه

وعند الاستماع للظنين الخامس أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب اليه موضحا
ان ما جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه على متابعة النيابة العامة

للمتهم من أجل ما هو مسطر أعلاه، و إحالته الى المحكمة في حالة سراح .

وعند الاستماع للظنين السادس أعلاه في محضر قانوني انكر المنسوب

اليه موضحا ان ما جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، ، نافيا المنسوب اليه

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات آخرها جلسة مؤرخة في 2016/05/26 حضر المتهمين في حالة

سراح باستثناء الثاني، فتقرر اعتبار القضية جاهزة، و بعد التأكد من هوية المتهم الاول وسوابقه وعن

المنسوب اليه اجاب بالإنكار وانه لم يكن يشتغل انذاك، و بعد التأكد من هوية المتهم الثالث وسوابقه

وعن المنسوب اليه اجاب بالإنكار ، و بعد التأكد من هوية المتهم الرابع وسوابقه وعن المنسوب

إليه أجاب بالإنكار، و بعد التأكد من هوية المتهم الخامس وسوابقه وعن المنسوب إليه أجاب بالإنكار،

بعد التأكد من هوية المتهم السادس وسوابقه وعن المنسوب اليه اجاب بالإنكار والتمس السيد وكيل

الملك الإدانة، فتم حجز القضية للتأمل والنطق بالحكم بجلسة 2016/06/09

-وبعد التأمل طبقا للقانون -

حيث تابعت النيابة العامة المتهمين من أجل ما هو مسطر في حقهم أعلاه،

وحيث انه بالإطلاع على وثائق الملف ومحتوياته يتبين ان البحث بوشر مع المتهمين بناء على نسخة

من ارسالية مكتوبة باللغة الفرنسية صادرة عن إدارة مغربية،

حيث ان اللغة رمز من رموز الدولة و مقدس من مقدساتها وثابت من ثوابتها، و التقاضي وجه من

اوجه الاستفادة من احد المرافق العامة الكبرى للدولة و هو القضاء ، واللغة تعتبر الاداة الاساسية

للولوج لمرفق القضاء و التقاضي .

و حيث ان المغرب بلد عربي و اسلامي و اللغة العربية رمز من رموزه سيادته و ثوابتها، و قد اكدت نصوص قانونية عدة اهمية اللغة العربية كلغة رسمية للدولة من جهة و كوسيلة وحيدة للولوج لمرفق القضاء و التقاضي من جهة اخرى منها :

-الوثيقة الدستورية لسنة 2011 الذي اكد في ديباجته بان اللغة الرسمية للدولة هي اللغة العربية وكرستها المادة الخامسة من نفس الوثيقة الدستورية .

-القانون 3/64 الصادر بتاريخ 26-01-1965 بشأن توحيد المحاكم والمغربية و التعريب في

فصله الخامس الذي نص على ان (اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعة والأحكام)

-قرار وزير العدل عدد 414/65 بتاريخ 29-06-1965 الخاص باستعمال اللغة العربية امام

المحاكم الذي نص في فصله الاول على انه(يجب ان تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز

1965 جميع المقالات والعرائض و المذكرات و بصفة عامة جميع الوثائق المقدمة للمحاكم)

-منشور وزير العدل عدد278-1966 بتاريخ 10-02-1966 الذي جاء فيه ان على القضاء ألا

يقبل من المتقاضين اية وثيقة او مذكرة متى كانت محررة باللغة الاجنبية .

وحيث ان الثابت من المقتضيات الدستورية و القانونية المذكورة اعلاه انه اذا كانت لغة التقاضي

بالنسبة للمواطن المغربي هي اللغة العربية فأولى ان تكون كذلك بالنسبة للإدارة

و حيث انه للاعتبارات أعلاه، و باعتبار الإدارة التي حركت الأبحاث والمتابعة بناء على شكايتها جزء

من الدولة ومرفق من مرافقها، و تمثل جزءا من السيادة فكان جديرا بها أن تحترم لغة الدستور وهي

اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة و ملزمة ان يكون محضرها محررا باللغة الرسمية للدولة او

على الاقل مرفقا بنسخة عربية من المحضر

و حيث انه امام عدم وجود نسخة عربية من الشكاية المحررة من طرف الادارة المعنية ,و اعتبارا للعلل المذكورة أعلاه ارتأت المحكمة استبعاد الوثيقة المحررة باللغة الفرنسية واعتبارها والعدم سواء

حيث انكر المتهمين الستة المنسوب اليهم أثناء الاستماع اليهم في مرحلة البحث التمهيدي، مؤكدين ان ما جاء في الشكاية لا اساس له من الصحة، وجددوا انكارهم امام المحكمة .

و حيث انه امام انكار المتهمين المنسوب اليهم تمهيدا ، و انعدام اية وسيلة اثبات ، يبقى ما نسب الى المتهمين غير ثابت في حقهم و تبقى البراءة هي الاصل .

و حيث ان البراءة هي الاصل طبقا للمادة 1 من قانون المسطرة الجنائية .

و حيث انه تبعا للعلل اعلاه يبقى المنسوب للمتهمين غير ثابت في حقهم مما يتعين معهم عدم مؤاخذتهم من أجل ذلك و التصريح ببراءتهم منه .

و حيث يتعين ابقاء الصائر على الخزينة العامة ..

و تطبيقا لقواعد المسطرة الجنائية و خاصة المادة 1 منها .

-لهذه الأسباب -

حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا وحضوريا

بعدم مؤاخذة المتهمين من أجل ما نسب إليهم و التصريح ببراءتهم منه، و ابقاء الصائر على الخزينة العامة .

بهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه بقاعة الجلسات

الاعتيادية

بالمحكمة الابتدائية ببركان .

وهي متركبة من السادة :

ذ. جمال بوصوابي رئيسا

ذ. محمد بن الطيب ممثل النيابة العامة

وبمساعدة السيدة: يسرا بنسعلي كاتب الضبط

دوريات ومذكرات رسمية



من وزير العدل والحريات

إلى السادة:

الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف

الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف التجارية

الرئيسين الأولين لمحكمتي الاستئناف الإداريتين

رؤساء المحاكم الابتدائية

رؤساء المحاكم التجارية

رؤساء المحاكم الإدارية

الموضوع: حول البت في القضايا القديمة.

سلام تام بوجود مولانا الامام

وبعد، فكما لا يخفى عليكم فإن البت في القضايا المعروضة على المحاكم داخل آجال معقولة شرط أساسي من شروط المحاكمة العادلة، باعتبار ما نص عليه الفصل 120 من الدستور، حيث أكد على أن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول، وهو ما نصت عليه كذلك جل الدساتير والتشريعات المقارنة باعتباره معيارا من المعايير التي تقاس بها نجاعة الأنظمة القضائية.

وإذ أنه في هذا الإطار بالمجهودات المبذولة من طرف السادة المسؤولين القضائيين والمستشارين والقضاة العاملين بمختلف محاكم المملكة، بالنظر إلى الإحصائيات الإيجابية المسجلة في هذا الباب، إلا أن الملاحظ أن ملفات قديمة مازالت تثقل سجلات المحاكم ويتأخر معها البت في النزاعات بين الأطراف مما يؤثر على نوعية الأداء القضائي الذي ينبغي أن تشمل نجاعته كافة الملفات من حيث البت في آجال معقولة.

لذلك، نطلب منكم العمل على مضاعفة الجهود وتعبئة كافة الموارد من أجل تحقيق الهدف المنشود، وذلك بالبت في الملفات المسجلة إلى غاية نهاية سنة 2013 قبل متم شهر يونيو 2017، والملفات المسجلة سنة 2014 قبل نهاية شهر دجنبر 2017، والسلام.

الوزير
الضابط