

مجلة الملاحق القضائي

العدد 17

نومبر 1986

- الحراسة القضائية بين النظرية والتطبيق
- اشكالية تأدية الثمن لممارسة الشفعة
- تدخل ادارة الجمارك في قضايا المخدرات
- اقامة الدعوى العمومية من طرف المتضرر مباشرة امام هيئة الحكم
- حول تجربة قضاء الجماعات والمقاطعات بالمملكة المغربية
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي
- المناظرة الوطنية حول التشريع الجديد للتعويض عن حوادث السير
- مرسوم يتعلق بالنقل الخاص الجماعي للاشخاص

باسم الله الرحمن الرحيم .

الحراسة القضائية بين النظرية والتطبيق

بقلم : الاستاذ مصطفى التراب
رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة

- قال الله تعالى : «فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه» صدق الله العظيم .

وفي الحديث الشريف «أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك» لم يعرف المشرع المغربي الحراسة تعريفا شاملا ، بل اقتصر على قوله في الفصل 818 من قانون العقود والالتزامات «إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة ..» وأخضعها لاحكام الوديعة الاختيارية ولبعض أحكام الوكالة ولبعض مقتضيات الخاصة سواء المنصوص عليها في باب الحراسة من قانون الالتزامات والعقود أو المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية خصوصا في الباب المتعلق بقضاء الاستعجال في الفصل 149 من ق . م . م .

ولئن كانت الحراسة القضائية تشابه الوديعة والوكالة في بعض احكامهما فأنها تختلف عنهما من وجوه أخرى مما يجعلها ذات طبيعة خاصة، ذلك أنها تعتبر نيابة قانونية وقضائية على اعتبار ان القانون هو الذي يحدد نطاقها ، والقضاء هو الذي يحدد مهمة الحارس حسب ما يسمح به القانون . وبعد أن نبين الفروق بين الحراسة والوديعة من جهة وبين الحراسة والوكالة من جهة أخرى ستتضح لنا طبيعة الحراسة القضائية.

التمييز بين الحراسة والوديعة : لقد أخضع المشرع الحراسة لأحكام الوديعة الاختيارية في الفصل 818 من ق.ع.ل بقوله : «وهي تخضع لأحكام

الوديعة الاختيارية ولاحكام هذا الباب» . ويمكن القول بان الحراسة تخضع لاحكام الوديعة في أوضح صورة لها فقط وهي أن المال الموضوع تحت الحراسة يكون في يد الحارس وديعة عنده من أجل الحفاظ عليه ، وفيما عدا ذلك فان هناك عدة فروق بين الحراسة والوديعة منها :

1 - ان الحراسة تكون في الاصل في الاشياء المتنازع عليها ، بينما الوديعة بخلاف ذلك .

2 - الحراسة قد تكون اتفافية أو قضائية ، بل ان الحراسة القضائية هي الاكثر وقوعا وانتشارا ، في حين أن الوديعة لاتكون الا اتفافية لان مصدرها يكون دائما هو العقد .

3 - الحراسة على العقار هي الأغلب وقوعا وان كان يجوز وقوعها على المنقول أيضا بينما الوديعة يغلب وقوعها على المنقول وان كان يجوز وقوعها على العقار أيضا .

4 - في الحراسة يكلف الحارس بادارة المال الموضوع تحت حراسته، أما في الوديعة فيقتصر المودع عنده على حفظ المال فقط دون أن يكون له الحق في ادارته - الا اذا أذن له بذلك في العقد .

5 - الحراسة تكون في الأصل باجر وأن صح ان تكون بدونه ، أما الوديعة فتكون أصلا بدون أجر وان صح أن تكون به اذا اتفق عليه في العقد .

6 - في الحراسة يلتزم الحارس أو يلزم حسب ما اذا كانت الحراسة اتفافية أو قضائية بالاستمرار في الحراسة الى ان ينتهي مفعولها وذلك بفض النزاع القائم بين الطرفين على الشيء الموضوع تحت الحراسة، بينما في الوديعة يجوز للمودع عنده أن يرد الوديعة قبل الأجل المحدد في العقد .

7 - في الحراسة يلتزم الحارس أو يلزم حسب ما اذا كانت الحراسة اتفافية أو قضائية برد المال الموضوع تحت حراسته لمن يثبت له الحق فيه ، حيث ان صاحب الحق يكون مجهولا وغير معروف عند بداية الحراسة ، أما في الوديعة ، فيرد المودع عنده المال الى المودع وهو معروف منذ بداية عقد الوديعة الى نهايته .

التمييز بين الحراسة والوكالة : اذا كانت الحراسة تتميز عن الوديعة بالفروق المذكورة فانها أي الحراسة تتميز أيضا عن الوكالة فيما يلي :

1 - في الحراسة يلتزم الحارس بإدارة المال عقارا كان أو منقولا وليس له في الأصل حق التصرف فيه بالتفويت أو غيره الا بما سمح به القانون، أما في الوكالة فان الوكيل قد يوكل في الادارة وقد يوكل في التصرف تبرعا كان أو بيعا أو شراء أو غير ذلك من التصرفات القانونية .

2 - في الحراسة يتقاضى الحارس في الأصل أجرا عن مهمته لأن الحراسة غالبا ما تكون من عقود المضاربة ، أما في الوكالة فالأصل ان لا يتقاضى الوكيل أجرا ، وان تقاضاه فأجره لا يقصد من ورائه الربح على اعتبار ان الوكالة ليست من عقود المضاربة .

3 - في الحراسة لا يعلم الحارس عند بدء الحراسة لمن سيرد المال الموضوع تحت حراسته بل يلتزم برده لمن يثبت له الحق فيه ، في حين أن الوكيل يعلم منذ البداية أنه سيرد المال الى موكله.

4 - الحراسة لا تنتهي بمجرد وفاة الحارس بل انها تنتقل الى ورثته اذا كانت الحراسة اتفاقية ، أما اذا كانت قضائية فتعين المحكمة حارسا قضائيا آخر ، أما الوكالة فتنتهي حتما بمجرد وفاة الوكيل .

ولكي تخلص لبيان طبيعة الحراسة القضائية ، لابد أن نميزها أيضا عن الحراسة الاتفاقية .

التمييز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية : ان أهم فرق بين الحراستين هو أن الحراسة الاتفاقية أو الاختيارية هي عقد يتفق بمقتضاه الطرفان المتنازعان على ايداع المال المتنازع فيه تحت يد حارس يتفقان عليه ليعمل على حفظ هذا المال وادارته الى ان ينتهي النزاع بينهما ، أما الحراسة القضائية فتكون بحكم من القضاء باتفاق الطرفين أو بدون رضائهما ، كما أن الحراسة الاتفاقية لا تتطلب شروطا خاصة يجب توافرها اذ يكفي لقيامها حصول الاتفاق على وقوعها اذا كان بين الطرفين نزاع على الشيء ، المراد

وضعه تحت الحراسة ، أما الحراسة القضائية فلا يأمر بها القضاء الا اذا توافرت شروط خاصة فضلا عن شرط النزاع الواجب توافره حتى في الحراسة الاتفاقية ، وأهم هذه الشروط ، هو وجوب توفر حالة الاستعجال التي تبرر الامر بها أو بمعنى آخر توافر شرط الخطر العاجل الذي يهدد مصلحة الطرف ذي الشأن من بقاء المال تحت يد خصمه وأن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الوحيدة والضرورية للمحافظة على الشيء من الضياع .

وبعد بيان كل هذه الفروق لابد بعد ذلك ان نبين طبيعة الحراسة القضائية ونضعها في اطارها الخاص بها .

طبيعة الحراسة القضائية : ان الحراسة القضائية هي اجراء تحفظي ووقتي كما انها اجراء لا يمس جوهر الحق .

هي أولا اجراء تحفظي : ان الحراسة القضائية لا يصح ان تكون اجراء تنفيذيا أو تستعمل كوسيلة للضغط على المدين من أجل الوفاء بدينه بل يكفي أن يكون هناك خطر عاجل يهدد مصلحة أحد الطرفين المتنازعين في ضياع الشيء المطلوب وضعه تحت الحراسة القضائية .

ويمكن الامر بالحراسة القضائية حتى لو لم يكن هناك نزاع في أصل الحق معروضا على محكمة الموضوع بحيث نص الفصل 149 من ق م.م «يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا» ولكن مع ذلك يجوز للقاضي عندما يأمر بالحراسة القضائية أن يضرب للخصوم ميعادا لرفع دعوى الموضوع حتى لا تبقى الحراسة القضائية الى الابد وكأنها سيف داموكليس مصلط على رقبة الطرفين ، وحتى تنتج الآثار المتوخاة منها كاجراء تحفظي .

وهي ثانيا اجراء وقتي : بحيث ان الحراسة القضائية كغيرها من الاجراءات التحفظية الأخرى تنتهي بانتهاء الظروف التي استدعتها ، بحيث اذا تغيرت هذه الظروف وأصبحت الحراسة لا محل لها يتعين حينذ مراجعة

قاضي المستعجلات لرفعها ، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 44_6_1976 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25 ص 60 ما يلي :
«ان الأوامر الاستعجالية ليست لها الا حجية وقتية وفي حدود ما لم يستجد من الوقائع والأسباب التي تكون معروضة على انظار قاضي المستعجلات ، وأن من حق قاضي المستعجلات ان يعدل عن الأمر اذا تبين له أن الوقائع والأسباب التي بني عليها هذا الامر قد تغيرت» .

وهي ثالثا اجراء لا يمس جوهر الحق : ذلك ان الأمر بالحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر في جوهر الحق أو على سير الدعوى الأصلية - اذا كانت مرفوعة - والمتعلقة بموضوع الحق المتنازع فيه بحيث اذا وضع عقار مثلا متنازع في ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعين احدهما حارسا عليه ، فليس معنى ذلك أن استحقاق العقار سيؤول حتما للحارس ، بمعنى أنه ليس في هذا الاجراء ثبوت حق الحارس القضائي في الملكية أو حتى رجحان هذا الحق لفائدته ، الا أن الأمر بالحراسة القضائية هو الذي يجب أن لا يمس موضوع الحق ، بحيث لا يجب مثلا عند تحديد مهمة الحارس القضائي أن يؤمر هذا الأخير بتسليم ريع العقار المتنازع فيه الى أحد من الخصوم لأن في ذلك مسا بجوهر الحق الذي يخرج عن اختصاص قضاء الاستعجال من جهة ، كما يخرج عن طبيعة الحراسة القضائية كاجراء تحفظي ووقتي من جهة أخرى .

الحراسة القضائية في ظل الشريعة الاسلامية :

يمكن الجزم بان الحراسة القضائية كانت معروفة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية الذين سنوا أحكاما فيها قبل أن تعرفها القوانين الوضعية فيما بعد، وهذا الاجراء كان يسمى «بالعقلة» أو «الايقاف» أو «التوقيف» وحاصله أن الطالب اما أن يأتي بعدلين أو يعدل وبمجهول مرجو تركيته أو مجهولين أو بلطخ أو بمجرد الدعوى فالتوقيف يكون في البداية للاعذار فيوقف مالا خراج له من العقار بالعلق وماله خراج يوقف خراجه ، وغير العقار من العروض والثمار والحبوب بالوضع تحت يد أمين وبالبيع ووضع ثمنه عنده ان كان

مما يفسد ومن هنا يظهر ان اجراء التوقيف كان يلجأ اليه في حالة تنازع الطرفين على استحقاق شيء معين عقارا كان أو منقولا ، فيأتي المدعي بالحجة على استحقاقه هذا الشيء وفي التحفة :

وكل مدع للاستحقاق مكن من الاثبات بالاطلاق.

وبعد اتيان المدعي بالحجة على استحقاق الشيء المتنازع فيه يأتي المدعي عليه بمطعن أي بدليل يثبت تناقض الحجة الأولى أو ضعفها وحينئذ يحكم القاضي لصاحب الحجة الضعيفة أجلا لأثبات استحقاقه ، فاذا انصرم الأجل ولم يستطع اثبات ذلك حكم القاضي برفع الايقاف وبرد الشيء الموقوف الى من له الحق فيه وجاء في التحفة .

توجب توقيفا به حكم الحكم	ثلاثة لا توجب الحق نعم
وبقي الاعذار فيما تقتضي	وهي شهادة بقطع أرتضي
فلا غنى عن أجل مضروب	وحيث توقيف من المطلوب

والحراسة القضائية لدى فقهاء الشريعة الاسلامية كانت تأخذ أيضا شكل الاجراء التحفظي حسب المفهوم القانوني الحديث ، ذلك أنه اذا شهد عدلان باستحقاق دار مثلا للطالب فلا بد من الاعذار فيهما للمطلوب اذ لا يصح الحكم بدونه وهذه الشهادة لا توجب الحق ، أي لا يحكم بها في أول الامر بخصوص دعوى الموضوع المقامة في شأن الحق المتنازع فيه ، وانما توجب أي الشهادة الايقاف ، كما أن الحراسة لم يكن يقضي بها بمجرد تقييد دعوى في الموضوع بل لابد من توافر شروط والدليل على ذلك قول ابن فرحون «ولا يعقل على أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه حتى ينضم الى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ والسبب كالشاهد العدل أو المرجو تركيته واللطخ شهادة غير العدول» انتهى .

والحراسة القضائية كانت لدى فقهاء الشريعة تأخذ معنى الحجز التحفظي ويلجأ القاضي الى اتخاذ هذا الاجراء بصفة تلقائية وبدون طلب من الخصوم

إذا رأى في ذلك ضرورة تقتضيها مصلحة الطرفين اثناء نظره في دعوى الموضوع حتى يكون حكمه في هذه الدعوى الأصلية مدعما بأسس واضحة وجلية وبعيدة عن الغموض والاحتمال، وحتى يضمن لحكمه الفعالية والجدوى، ويمنع بها عبث العابثين بالحق المتنازع فيه أمام القضاء من أي تفويت . والحكم بالتوقيف أو الإيقاف أو العقلة كان موكولا لاجتهاد القاضي أي لسلطته التقديرية ، بحيث لم يكن يأمر به إذا لم تكن هناك ضرورة لاتخاذة أو إذا كان يتعارض ومصلحة الطرفين .

الحراسة القضائية في التشريع المقارن : ان الحراسة القضائية لم تبدأ في لتشريعات الوضعية على الشكل الذي توجد عليه الآن ، فقد كانت في السابق تأخذ شكل الحراسة الاتفاقية التي كانت هي الأكثر انتشارا لأنه لم يكن النشاط الاقتصادي في العهد القديم معقدا ولا متكاثفا بحيث كان حينما يتنازع الأطراف على شيء معين يعملون على اختيار حارس من بينهم أو من الغير ليقوم بحفظ هذا الشيء وادارته الى أن ينتهي النزاع بينهم ويرد الحارس الشيء الذي كان محل نزاع الى من يثبت له الحق فيه كما ان البساطة التي كانت عليها الحياة في السابق جعلت أمر اختيار الحارس من المسائل السهلة ، وسهولة هذا الاختيار كان يدل على رغبة الناس في فض النزاعات التي تحدث بينهم دون حاجة للجوء الى القضاء الا في الحالات التي كان يستعصى حلها بينهم ، الشيء الذي يؤكد على أن الحراسة القضائية انما كان يلجأ إليها في حالات نادرة .

أما اليوم وبفعل تعقد النشاط الاقتصادي وتقدم الاختراعات والاكتشافات وبحكم أن المادة أصبحت هي المقياس الاساسي للحضارة الانسانية ، وان مصالح الناس أضحت تتضارب وتتعارض بفعل التنافس على المال وحب الاستئثار به على نحو تحتك معه نعراتهم الذاتية وأصبح في الاخير المنظور الحقيقي للأشياء في هذه الحياة منظورا ماديا محضا مما اطفأ روح التعاون بين بني البشر وأطمس خاصية التكافل الاجتماعي التي كانت سائدة بينهم في السابق ، ونظرا لكل هذه التحولات فقدت الحراسة الاتفاقية مكانتها في التطبيق وأصبح اسمها واردا فقط في النصوص القانونية ، وحلت محلها

الحراسة القضائية بعد ان أضحي من الصعب ايجاد حارس ليتولى حفظ الأمانة ويتولى ادارتها بنزاهة ونكران للذات .

وهكذا ظهرت الحراسة القضائية في القانون الروماني : حيث كان القاضي بمجرد ما تقدم اليه مطالبة قضائية من أجل الحكم في شيء معين يكون محل نزاع بين الطرفين يسلم هذا الشيء الى احدهما ليتولى حراسته والمحافظة عليه الى حين الحكم في جوهر الحق ... وهنا نرى أن ما سار عليه الرومان يشبه الى حد بعيد ما كان يطبق في ظل الشريعة الاسلامية حيث سبق الذكر أن القاضي كان يعين أمينا على الشيء المتنازع فيه قبل فصله في جوهر النزاع لكن سرعان ما تطورت هذه المسطرة في القانون الروماني وأصبح القاضي يعهد بحراسة الشيء المتنازع فيه للغير حتى يضمن له الادارة المحايدة والنزيهة ومجمل القول فان الحراسة القضائية في القانون الروماني كانت تستند على وجود دعوى أصلية تتعلق بموضوع الحق المتنازع فيه وكانت أي الحراسة القضائية يؤمر بها كتدبير تحفظي ينتهي بانتهاء الفصل في دعوى الموضوع.

هذا عن الحراسة القضائية في القانون الروماني أما في القانون الفرنسي فقد ظهر تطبيق هذا الاجراء بصدور الامر الملكي في أبريل 1667 بحيث نصت المادة الثانية من الباب التاسع عشر من هذا الأمر على ما معناه أن الحراسة تقام بناء على طلب الخصوم أو تلقائيا من المحكمة في حالة ما اذا رأت ضرورة لذلك وأرى هنا من المستحسن نقل النص الأصلي حتى أكون قد تجاوزت التصرف في الترجمة .

Les sequestres pourront être ordonnés tant sur la demande des Parties que d'office en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire.

ونلاحظ أن هذا النص جاء عاما وشاملا بحيث لم يكن يقيد القاضي بشروط معينة يجب توافرها للأمر بالحراسة القضائية بل أنه كان يمارس سلطته التقديرية للأمر بالحراسة القضائية أو عدم الامر بها تبعا لما يتوفر لديه من الاقتناع بوجود الحالة الضرورية التي تقتضيها أو العكس .

ولكن سرعان ما تغير هذا الوضع وأصبح المشرع الفرنسي يضيق نوعا ما من حرية القاضي في اتخاذ الاجراء المذكور وذلك بعد أن حصر الحالات التي يمكن له فيها الأمر بالحراسة القضائية ، اذ جاء في الفصل 1361 من القانون المدني الفرنسي انه «يجوز للقضاء» :

- 1 - اقامة حارس على منقولات المدين المحجوز عليها .
- 2 - اقامة حارس على منقول أو عقار تكون ملكيته أو حيازته متنازعا عليها بين شخصين أو أكثر .
- 3 - اقامة حارس على الاشياء التي يعرضها المدين لاجراء ذمته .

وقد أدى تعدد هذه الحالات الى احتدام الجدل بين الفقهاء الفرنسيين بين قائل بان النص المذكور أورد حالات الحراسة القضائية على سبيل الحصر، وقائل بان هذه الحالات جاءت على سبيل المثال فقط الى ان حسم القضاء هذا الخلاف بصدر نقض فرنسي بتاريخ 15-4-1924 اعتبر التعداد المذكور واردا على سبيل المثال لا الحصر ، وارجعت للقاضي الفرنسي أخيرا سلطته التقديرية كما كان في السابق لتقدير حالة الضرورة التي تقتضيها الحراسة القضائية سواء كان الأمر يتعلق بالحالات المذكورة في النص أو بحالات أخرى غير واردة فيه .

وقد عرفت التشريعات العربية الحراسة القضائية ، لكن منها ما حذا حذو الشريعة الاسلامية بخصوصها ومنها ما أخذ عن التشريع الغربي ومنها ما جمع بين التشريعين كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي .

وهكذا نجد أن القانون المدني المصري القديم كان متأثرا نوعا ما بالاتجاه الأخير الذي سار عليه القضاء في فرنسا من حيث اعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الحالة التي يمكن له فيها الامر بالحراسة القضائية ذلك أنه اعتبر أن «للمحكمة أن تعين حارسا أوحافظا لاشياء المتنازع فيها أوالموضوعة تحت يد القضاء كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الخصوم المترافعين» .

أما القانون المصري الحديث ، فقد سار بالحراسة القضائية مسارا أكثر ملاءمة وانسجاما مع الوقت الحاضر اذ نص في الفصل 730 من القانون المدني على أنه : «يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة (1) في الاحوال المشار اليها في الفصل السابق - المتعلقة بالحراسة الاتفاقية - (2) واذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمعت لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه (3) في الاحوال الاخرى المنصوص عليها في القانون .

ومن هنا نجد أن القانون المصري حدد الشروط التي في حالة توافرها يمكن للقاضي اللجوء الى الحراسة القضائية وهذه الشروط هي :

* وجود نزاع على عقار أو منقول ، أو اذا كان الحق في هذا العقار أو المنقول غير ثابت (وهذا الشرط مشترك بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية).

* وجود مصلحة لدى احد الطرفين في المطالبة بالحراسة القضائية .

* وجود خطر عاجل يخشى معه بقاء المال تحت يد حائزه وهذان الشرطان الاخيران يخصان الحراسة القضائية فقط .

أما الحراسة القضائية في ظل التشريع اللبناني فهي تتفق نوعا ما مع أحكام القانون الفرنسي ، حيث نص قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 720 على أنه «يعهد في الحراسة الى شخص يتفق جميع ذوي الشأن على تعيينه من قبل القاضي ، وللقاضي أن يقرر تعيين حارس : (1) للشيء الذي يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها الى أن يزول النزاع أو الشك أو للشيء الذي يعرضه المدين لبراءة ذمته . (2) للأموال المنقولة وغير المنقولة التي يخشى صاحب الشأن لاسباب مشروعة ان يختلسها واضع اليد عليها أو يتلفها أو يعيبها . (3) للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن اذا اثبتت الدائن عجز مدينه أو كان لديه من الاسباب المشروعة ما يحمله على الخوف من هربه أو اختلاسه لتلك الاشياء أو تعييبها» انتهى النص.

وإذا كان القانون الفرنسي - كما أشرنا الى ذلك من قبل - قد عدد الحالات التي يمكن فيها للقاضي أن يأمر بالحراسة القضائية وذلك في الفصل 1961 فان القانون اللبناني قد سار على نفس النهج وذلك بتعداده لحالات الحراسة القضائية ان لم نقل نفسها الواردة في هذا النص ولا ريب في ان القضاء في لبنان قد شعر بان الفصل 720 من قانونه المدني ضيق من سلطته التقديرية وبدأ يطبق ما استقر عليه القضاء في فرنسا بخصوص التعداد الآنف الذكر الذي اعتبره تعاددا واردا على سبيل المثال لا الحصر .

أما الحراسة القضائية في التشريع التونسي فقد حذا بها حذو فقهاء الشريعة الاسلامية باطلاقه على الحراسة اسم «التوقيف» حيث عنون الباب الذي أفرده للحراسة بعبارة : «في توقيف الاشياء المتنازع فيها» واءء المادة 1043 من مجلد الالتزامات والعقود التونسية تعريفا «للتوقيف» بقولها :

«ايداع الاشياء المتنازع فيها بيد غير المتنازعين يعبر عنه بالتوقيف ويجوز أن يكون في المنقولات والاصول ، وحكمه حكم الوديعة الاختيارية مع ما يأتي في هذا الباب» انتهى .

ويمكن القول من خلال استقراء هذا النص أن المشرع التونسي أخضع أحكام الحراسة لأحكام الوديعة الاختيارية مثل ما فعل المشرع المغربي بل نجد تشابها حتى في صيغة النص مع فارق بسيط هو اختيار المشرع المغربي للكلمة «حراسة» واختيار المشرع التونسي للكلمة «توقيف» (قارن بين المادة 1043 من القانون المدني التونسي والمادة 818 من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

وبعد هذا العرض الذي بينا فيه طبيعة الحراسة القضائية ووضعها في بعض التشريع المقارن الغربي والعربي ، سنخلص الآن لبحث شروط الحراسة القضائية ولبعض الحالات المنصوص عليها في القانون والتي تمنح الحق للقاضي للأمر بها بصفة تلقائية وبدون طلب من الخصوم ، لننتقل الى بحث التزامات الحارس القضائي ومسؤوليته .

شروط الحراسة القضائية : ان هذه الشروط يمكن استنباطها من قانون العقود والالتزامات ومن قانون المسطرة المدنية فقد عرف الفصل 818 من ق.ع.ل الحراسة بأنها «ايداع شيء متنازع عليه بين يدي أحد من الغير» وتحدث الفصل 149 من ق.م.م عن الحراسة القضائية عند تحديد اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضي المستعجلات حيث جعل الأمر بها من اختصاص هذه الجهة القضائية شريطة توفر عنصر الاستعجال ، كما تحدث الفصل 152 من نفس القانون عن الأوامر الاستعجالية بصفة عامة بحيث اعطاها صبغة الوقتية وعدم المساس بجوهر الحق .

ومن خلال هذه النصوص يمكن جمع شروط الحراسة القضائية في وجود نزاع على الشيء وفي وجوب توفر عنصر الاستعجال وبمعنى أصح في وجود الخطر الذي يهدد مصلحة ذي الشأن في بقاء الشيء تحت حيازة الخصم ، وفي عدم مساس اجراء الحراسة القضائية بجوهر الحق مادام ينتمي الى الاجراءات الوقتية ، ولكن مادامنا قد تحدثنا عن اجراء الحراسة القضائية الذي يجب أن يكون وقتيا ولا يمس بالجوهر وذلك عند الحديث عن طبيعتها فاننا نفتقر على ذكر الشرطين الآخرين وهما النزاع والاستعجال أو الخطر .

كما سوف نتحدث عن الشرط الذي اضافه العمل القضائي الى الشروط المذكورة وهو وجوب أن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الوحيدة والضرورية لضمان الحق المتنازع فيه .

الشرط الاول : النزاع

ان شرط النزاع هو الشرط الوحيد الذي أشار اليه الفصل 818 من ق.ع.ل وقد اختلف الفقهاء في تفسيره وبيان كنهه وما يقصده المشرع منه . فقد اعتبر الدكتور محمد علي راتب المقصود بالنزاع هو النزاع بمعناه الواسع، فهو يشمل في نظره :

«النزاع المنصب على المنقول أو العقار أو مجموع الأموال المراد وضعها تحت الحراسة ، أو النزاع الذي يتصل بهذا المال اتصالا يقتضي عدم بقاءه في يد حائزه ، وان لم يكن منصبا على المال المذكور بالذات» .

فالقائل بهذه النظرية يعتبر النزاع المقصود اذن هو المنصب على عدم ابقاء المال المطلوب فرض الحراسة عليه تحت يد حائزه وليس مجرد النزاع على ملكية العقار أو المنقول .

ولكن رغم هذا التعميم في بيان كنه النزاع فقد يؤدي التطبيق العملي لهذه النظرية الى بعض الاخلال في علاج قضايا الحراسة القضائية التي لا علاقة لها بالنزاع في الحيازة ، وبالتالي فيمكن القول أن هذه النظرية ان كانت قد عممت مفهوم النزاع فانها في الواقع قد خصصته وضيقته من مجال التطبيق لاحكام الحراسة بصفة عامة .

وهناك نظرية أخرى أتى بها الدكتور السنهوري وهي أكثر تعميما من الأولى لتفسير مفهوم النزاع تقول بأن النزاع في شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه يجب أن يكون «نزاعا جديا» وجدية النزاع ليس معناها وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء بل يكفي أن يكون النزاع الذي يقوم في شأن المال منصبا على ملكية أو على حيازته أو على ادارته أو على استغلاله .

وقد سار القضاء في مصر على هذا الاتجاه الاخير بحيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة في قرارها الصادر في 28 يونيه 1949 «بأنه ليس من الضروري أن يكون النزاع منصبا على الملكية أو الحيازة بل تصح الحراسة اذا وجد القاضي هذا الاجراء ضروريا للمحافظة على حقوق الخصوم» انتهى .

والواقع أن شرط النزاع يجب ان يبقى تقديره موكولا لقاضي المستعجلات على اعتبار ان النزاع قد يختلف من حالة الى أخرى ولا يمكن وضع تعريف محدد له وفي رأيي أن المشرع المغربي قد أحسن صنعا بعدم تحديده لمعنى النزاع تاركا هذا الامر للقضاء ليحدده حسب كل حالة تعرض عليه ، وفي هذا المعنى أصدر المجلس الاعلى قرارا بتاريخ 30-7-1980 في الملف المدني رقم 78851 المنشور بمجلة رابطة القضاة عدد 4 و5 ص 90 ينص على «أن الحراسة القضائية اجراء مؤقت وتحفظي يرجع الأمر في تقدير ظروفها الى السلطة المخولة لقضاء الاستعجال» .

الشرط الثاني ، شرط الاستعجال : « ان شرط الاستعجال بالنسبة لاجراء الحراسة القضائية يأخذ طابعا خاصا ومتميزا عن غيره من الاجراءات التحفظية الأخرى وهذه الميزة تتمثل في الخطر العاجل الذي يجب أن يتوفر في دعوى الحراسة القضائية وهذا الخطر يجب أن يكون فوريا وحالا ويهدد مصلحة ذي الشأن ولا يكفي لدرئته اجراءات التقاضي العادية . وتقدير الخطر موكول للسلطة التقديرية لقاضي المستعجلات (راجع الاجتهاد القضائي المشار اليه آنفا عند الحديث عن شرط النزاع).

وشرط الاستعجال يجب توفره في جميع الاجراءات التحفظية والوقائية بما فيها الحراسة القضائية اذ به ينعقد اختصاص قاضي المستعجلات الذي هو من قبيل الاختصاص النوعي بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، ويترتب على ذلك أنه اذا رفع أحد الطرفين طلبا يرمي مثلا الى وضع عقار متنازع فيه تحت الحراسة القضائية وحدث أن وافق الخصم مثلا على اتخاذ الاجراءات فان قاضي المستعجلات يتعين عليه على الرغم من هذا الاتفاق البحث فيما اذا كان الطلب يتوفر فيه عنصر الاستعجال أم لا ولا يصدر أمره بالموافقة الا اذا تحقق هذا الشرط الذي يعتبر من النظام العام كما سبق الذكر .

لكن قد يعتبر قاضي المستعجلات عند فحصه لظاهر المستندات المدلي بها أمامه أن عنصر الاستعجال غير متوفر في طلب الحراسة القضائية فهل يقضي برفض الطلب أم بعدم الاختصاص ؟

ان الجواب على هذا التساؤل يقتضي توضيح ما يلي :

ان شرط الاستعجال في جميع الاجراءات التحفظية هو الذي يحدد اختصاص قاضي المستعجلات ، ولكن فيما يخص اجراء الحراسة القضائية فان الاستعجال الذي يجب ان يتوفر هنا يأخذ طابعا خاصا ومتميزا عن غيره من الاجراءات التحفظية فهو ليس شرطا لتحديد اختصاص قاضي المستعجلات فقط ولكنه شرط لقبول الحراسة القضائية نفسها بمعنى أن طلب الحراسة القضائية لا يكفي لقبوله توفر عنصر الاستعجال العادي ، بل لابد أن يكون

هذا الاستعجال من نوع خاص وعلى درجة معينة والى حد يصل معه الى الخطر الذي يمكن ان يهدد مصلحة ذي الشأن .

- ومن هنا يمكن القول بان قاضي المستعجلات اذا لم يجد عنصر الخطر متوفرا في نازلة الحراسة القضائية المعروضة أمامه يتعين أن يقضي برفض الطلب لا بعدم الاختصاص ، لأنه لو قضى بعدم الاختصاص فان قاضي الموضوع أيضا لا يقضي بالحراسة القضائية مالم يتوفر هذا الشرط وهو خطر العاجل والحال الذي يهدد صاحب المصلحة وبعد توضيح هذين الشرطين وهما النزاع والاستعجال أو الخطر ، وبعد ذكر الشرط الثالث الذي يجب توافره أيضا وهو عدم مساس الاجراء المذكور بجوهر الحق وذلك عند الحديث عن طبيعة الحراسة القضائية يتعين الآن التطرق للشرط الذي أضافه العمل القضائي .

الشرط الثالث ، ان تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الضرورية والوحيدة للمحافظة على الشيء : من المعلوم أن التطبيق العملي هو لحملة القانون وسداه بحيث لا يمكن تصور قانون بدون تطبيق هو الذي يفصح عن سلامة النص القانوني أو يفصح عيوبه ، وهذا ما يجعل الاجتهاد القضائي يلعب دورا مهما في اعطاء الحل الناجعة لقضايا معينة عند ضيق النص القانوني عنها أو اذا كان هذا النص لا ينسجم في روحه ومعناه مع خطورة الحالة المعروضة أمام القضاء .

والاجتهاد القضائي لا يمكن أن يرتقي الى التشريع الذي يتميز بالعموم والشمول والتجريد ، بل هو عمل استقر القضاء على نهجه في نقطة معينة لم يرد فيها نص في القانون .

ولقد أظهر العمل القضائي خطورة الحراسة القضائية كاجراء سمح به القانون ، واعتبارا لهذه الخطورة وما يترتب عنها من نتائج وخيمة لا على مصلحة الطرفين فقط بل قد تتعهداها الى المصلحة العامة ، فان القضاء بدأ يشترط لقبول الحراسة القضائية كاجراء يمكن اتخاذه أن تكون هي الوسيلة الوحيدة والضرورية للمحافظة على الشيء من الضياع .

ويمكن تصور هذه الخطورة من عدة زوايا بحيث ان الحراسة لاقضائية في حد ذاتها تقيّد من حرية التملك للفرد الذي هو حق دستوري وتغلّ يده في بعض الاحيان عن التصرف في أمواله ، بعد أن يتم وضعها تحت حيازة الغير وهو الحارس القضائي الذي قد يعبت بها ويسيء ادارته لها ، فتضيع مصلحة صاحب المال ويهدر حقه كما تضيع مصلحة طالب هذا الاجراء الذي لا يجني منه شيئا بعد فساد ما كان يرجوا صلاحه وتصبح بذلك الغاية التي من أجلها اتخذ هذا الاجراء وهو حفظ الشيء وادارته منعومة الأساس وغير منسجمة مع الواقع .

وحتى نلمس خطورة هذا الاجراء نشير الى فرضيه ممكنة الوقوع في الحياة العملية :

فلنفترض صدور أمر بالحراسة القضائية على معمل مثلا وان هذا الامر عين رئيس كتابة الضبط هو الحارس ، فماذا يمكن ان نتوقع من نتائج تنجم عن تنفيذ هذا الاجراء ؟ من المعلوم أن لرئيس كتابة الضبط مشاغل كثيرة تفرضها عليه مهمته فان هو نفذ الامر الذي عينه حارسا قضائيا تنفيذا محكما وظل يسيّر المعمل المذكور التسيير اللائق من حيث مراقبة الحسابات والعمال الخ ...

فان هذه الأمور ستنسيه حتما مهمته الأصلية ويصبح مقصرا في حقها وهذا ما لا يسمح له به قانون الوظيفة ، وان انشغل بعمله الاصلي وتناسى ماموريته كحارس فان المعمل سيصيبه التلف والخراب سواء من حيث المادة التي يصنعها أو من حيث التسيير مما قد يؤدي الى افلاسه وبالتالي الى اغلاقه فتضيع حقوق العمال الذين كان عملهم فيه هو وسيلة عيشهم، ويصبح المشكل معقدا من عدة جوانب وعلى جميع الاصعدة اجتماعيا واقتصاديا وماليا.

وحتى على افتراض أن الأمر بالحراسة سمح للحارس القضائي بتعيين من ينوب عنه في التسيير والادارة فان النتائج المذكورة قد تحصل مع ذلك اذا لم يقم النائب بعمله على الوجه الأكمل وفق ما تفرضه عليه مهمة الأمانة من حرص على الشيء بنزاهة واستقامة كحرصه على أموال نفسه .

واعتبارا لهذه الخطورة التي لم تبين الا ابسطها فقد أصبح القضاء يتشدد عند النظر في الطلب المتعلق بالحراسة القضائية ، ولا يأمر بها الا اذا تأكد له أنها هي الوسيلة الوحيدة والضرورية التي من شأنها ضمان حفظ الشيء من الضياع .

فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 6_8_1968 في الملف رقم 40501 (المقرر الاستاذ عبد العالي العبودي) المنشور بالعدد الأول من مجلة المحاماة ص 43 «أن الامر بوضع الشيء تحت نظام الحراسة القضائية اجراء خطير يجب أن لا يتخذ الا في حالة ضرورة حقيقية» انتهى .

كما جاء في أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بالمحمدية بتاريخ 3_5_1980 في القضية الاستعجالية رقم 36_84 منشور بمجلة رابطة القضاة العددان 12 و13 صحيفة78 أنه «يجب أن تكون الحراسة القضائية هي الوسيلة الوحيدة للمحافظة على الشيء» انتهى .

ومادامت الحراسة القضائية لا تظهر خطورتها الا عند التنفيذ فيجب قبل الأمر بها التأكد من فعاليتها ومن عدم تعارضها مع مصلحة الطرفين وذلك تحقيقا للعدالة ، وفي هذا المعنى جاء في قرار للمحكمة العصرية بالرباط بتاريخ 29_11_1944 المنشور بمجلة المحاكم المغربية الصادرة بتاريخ 15_2_1945 ص 19 ما معناه «ان طلب وضع الشيء تحت الحراسة القضائية ليس من المفروض أن يكون مطابقا تماما لاختصاص قاضي المستعجلات لأن هذا الاخير ملزم بتدقيق وفحص ما اذا كان هذا الاجراء التحفظي يوافق مصلحة الطرفين وتؤمن له الادارة القضائية الجيدة» .

هذا وتجدر الاشارة الى أن وزارة العدل قد تنبعت بدورها الى خطورة اجراء الحراسة القضائية وأصدرت منشورا بتاريخ 21 نونبر 1968 تحت رقم 462 أثار فيه انتباه السادة القضاة الى ما يكتسيه الاجراء المذكور من أهمية بالغة وحثهم على عدم اتخاذه الا في حالة الضرورة القصوى . وقد جاء في بعض فقرات هذا المنشور «... وعلى كل حال فان هذا التدبير يكتسي صبغة اختيارية سواء تعلق الأمر بالمحكمة أو بقاضي المستعجلات ولا يلزم القضاة

بالامر به مطلقا . وهنا ينبغي للمحكمة التي يرفع اليها مثل هذا الطلب ان تكون صارمة في عدم الاستجابة اليه ، وأن لا تسمح به الا في حالة ضرورة ملحّة» انتهى .

ونظرا لأهمية هذا المنشور من الناحية العملية فقد آثرت أن أنقله بالكامل عند نهاية هذا البحث .

ومن نافلة القول فان دعوى الحراسة القضائية يجب اعتبارها دعوى احتياطية بمعنى لا ينبغي اللجوء اليها الا اذا كانت هي الوسيلة الوحيدة التي من شأنها المحافظة على الشيء من الضياع ، بحيث انه اذا كان في امكان المدعي اللجوء الى اجراء تحفظي آخر يغني عنها فيكون من الاحسن عدم الاستجابة الى الدعوى المتعلقة بها ، وتأكيدا لهذا المعنى نفترض مثلا أن المدعي ادعى حقا في عقار وطالب بوضعه تحت الحراسة القضائية مخافة تفويته من طرف خصمه ، فهنا يتعين عدم الاستجابة لهذا الاجراء لأن المدعي كان فسي امكانه اللجوء الى تدبير بسيط يغني عن الحراسة القضائية بل أنه أكثر فعالية منها وهو الحجز التحفظي .

حالات يأمر فيها القاضي بالحراسة القضائية تلقائيا وبدون طلب من الخصوم :

هناك بعض الحالات المنصوص عليها في القانون تجيز للقاضي اتخاذ اجراء الحراسة القضائية تلقائيا وبدون الاستناد على طلب بشأنه : وأهمها :

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 170 من قانون المسطرة المدنية :
وهي الحالة التي يدعي فيها كل من المدعي والمدعى عليه في دعوى الحيازة أنه هو الحائز للعقار المتنازع فيه ، ويقدم كل منهما أدلة تثبت حيازته ، فللقاضي هنا الخيار بين ابقاء الحيازة للطرفين معا ، أو ان يأمر بحراسة قضائية على المتنازع فيه حيث يعين حارسا من الغير أو من أحد الطرفين ، ويلزمه بتقديم حساب عن منتوجات وثمار العقار موضوع النزاع .

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 193 من ق.م.م : من المعلوم أن

قاضي شؤون القاصرين يلزم النائب الشرعي (الوصي أو المقدم) بتقديم حساب عما أنفقه ، وعما بقي لديه من أموال المحجور ، وهذا يدخل في إطار الوصاية القانونية التي للقاضي المذكور على الوصي أو المقدم والهادفة الى المحافظة على أمن واستقرار أحوال المحجور المادية والمنوية ، وفي حالة امتناع النائب الشرعي عن تقديم هذا الحساب ، فان قاضي شؤون القاصرين يقوم بعد توجيه انذار اليه يبقى بدون مفعول أكثر من شهر باتخاذ كافة الاجراءات التحفظية الكفيلة بحفظ حق المحجور ، بحيث يمكنه الأمر باجراء حجز تحفظي على أهوال الوصي أو المقدم ، أو وضعها تحت الحراسة القضائية الى غير ذلك ...

بحيث أن القانون هنا أعطى لقاضي شؤون القاصرين صفة الخصم والحكم ومكنه من اتخاذ كافة الاجراءات التحفظية ومن بينها الحراسة القضائية ، خروجاً عن قاعدة الاختصاص النوعي لقاضي المستعجلات الذي يرجع اليه دون غيره أمر اتخاذ الاجراءات المذكورة .

الحالة المنصوص عليها في الفصولين 222 و 223 من قانون المسطرة المدنية:

وهي الحالة التي توجب على القاضي القيام بجميع الاجراءات التحفظية المستعجلة والضرورية من أجل المحافظة على التركة والتي يتخذها بمبادرة منه فقط اذا كان في الورثة قاصر لا وصي له .

ومادام المشرع قد أوجب على القاضي هنا اتخاذ جميع الاجراءات التحفظية فالحراسة القضائية التي هي منها واليها ليس هناك ما يمنعه من الامر بها اذا اعتبرها الوسيلة الوحيدة والضرورية للمحافظة على التركة ، ولو أن النص المذكور لم يذكر هذا الاجراء بصريح العبارة ، وانما اقتصر على ذكر الاجراءات المتعلقة بوضع الاختتام ، وايداع النقود والأوراق المالية ذات القيمة ولكن مع ذلك يمكن القول بان المشرع تعمد عدم ذكر الحراسة القضائية كاجراء منفصل لأنه أوجب من بين ما يتعين أن يتضمنه محضر وضع الاختتام تعيين حارس على الحالات والأشياء وأيضا فإنه عند نصه في الفصل 225 من نفس القانون على وجوب بقاء مفاتيح اقفال الابواب التي وضعت عليها الاختتام بين يدي

كاتب الضبط وتحت مسؤوليته اعتبر ان اجراء وضع الاختام هو في حد ذاته حراسة قضائية ، لأنه يعين فيه كاتب الضبط حارسا على المحلات والاشياء ، وأمينا على المفاتيح التي تبقى تحت عهده ومسؤوليته .

الحالة المنصوص عليها في الفصل 454 من قانون المسطرة المدنية :
وهي الحالة التي تجيز لرئيس المحكمة عند الأمر بالحجز التحفظي :

اما ان يبقى الاموال المحجوزة تحت حيازة المحجوز عليه أو ان يعين عليها حارسا قضائيا ، وغالبا ما يقع تعيين حارس قضائي على العقار المحجوز عندما يستند طالب الحجز في طلبه على منازعة المحجوز عليه في حيازته للعقار ، فابقاء الحيازة بين يدي المحجوز عليه تعطي الفعالية والجدوى للحجز التحفظي .

أما اذا تعلق الامر بحجز على منقول حجزا تحفظيا فان الحيازة تبقى للمحجوز عليه لأن النزاع غالبا لا يكون منصبا على حيازته بقدر ما يكون منصبا على الدين الذي تقرر الحجز ضمانا له .

وبعد سردنا لبعض هذه الحالات المنصوص عليها في القانون والتي تعطي للقاضي امكانية الأمر بالحراسة القضائية بصفة تلقائية ، فقد يتبادر الى الذهن ان الحراسة هنا مصدرها القانون لا القضاء ، وكان ينبغي تسميتها بالحراسة القانونية بدلا من الحراسة القضائية .

- الواقع ان هناك فروقا شاسعة بين الحراسة القانونية والحراسة القضائية ستظهر من خلال اعطائنا لبعض الامثلة عن الحراسة القانونية :

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 499 من قانون المسطرة الجنائية :
وهي الحالة التي يصدر فيها الامر باجراء المسطرة الغيابية على متهم غائب فان هذا الامر ينص على ان تبقى املاكه موضوعة تحت الحراسة اذا لم يحضر داخل أجل عشرة أيام، والحارس على أموال المتهم الغائب يكون دائما وبحكم القانون ، المدير العام للمصالح المالية أو نائبه الممثل في شخص رئيس

مصلحة الاملاك المخزنية دون غيرها ، حسب ما ينص عليه ظهير 9 ربيع الثاني 1360 موافق 6 مايو 1941 الذي يعهد لادارة المالية بادارة وتصفية الاموال الموضوعة تحت الحراسة كاجراء يقتضيه الأمن العام .

- الحالة المنصوص عليها في الفصل 30 من ظهير 11 رجب 1402 موافق 6 مارس 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت ، وهي الحالة التي يقضي فيها بايداع التعويض المستحق على نزع ملكية عقار لفائدة الدولة أو الجماعة المحلية لدى صندوق الايداع والتدبير وعدم تسليمه مباشرة الى المنزوعة ملكيته ويتم ذلك عندما لا يعرف ذوو الحقوق على هذا العقار بأنفسهم ، أو لم يدلوا بالوثائق المثبتة للملكية أو كانت هذه الوثائق غير كافية ويقع تعرض على الاعلان الذي ينشره نازع الملكية ، أو متى كانت العقارات المتعرض عليها في طور التحفيظ بحيث يبقى التعويض مودعا لدى صندوق الايداع والتدبير الى ان يعرف ذوو الحقوق بأنفسهم في الحالة الاولى ، والى ان يصدر قرار قضائي لتعيين المستفيد من التعويض في الحالة الثانية ، والى أن تنتهي اجراءات التحفيظ في الحالة الثالثة .

هذا ويمكن القول بان ايداع التعويض المستحق على نزع الملكية لدى صندوق الايداع والتدبير الى ان يتم حسم النزاع بشأن الحق في العقار المنزوعة ملكيته هو ايداع يتخذ شكل الحراسة القانونية ، بحيث ان الحارس هنا هو صندوق الايداع والتدبير .

ويمكن تصور هذه الحالة أكثر عندما يؤمر بالحراسة القضائية على عقار يتقرر فيما بعد نزع ملكيته بحيث لم يعرف بعد من له الحق فيه أو يتقرر فيما بعد لأسباب تقتضيها المنفعة العامة نزع ملكية هذا العقار لفائدة الدولة أو مؤسسة عمومية ، فالحراسة القضائية هنا تنتهي لانه لم يصبح لها محل ، وتحل محلها الحراسة القانونية على بدل النزاع وهو التعويض الذي يبقى صندوق الايداع والتدبير حارسا عليه وهوودعا عنده الى أن يصدر حكم قضائي لتعيين المستفيد من التعويض أي من كان له الحق في العقار المنزوعة ملكيته .

- وبعد بيان هذه الامثلة المتعاقبة بالحراسة القانونية يجذر بنا أن نوضح أهم الفروق بين الحراسة القضائية والحراسة القانونية :

التمييز بين الحراسة القضائية والحراسة القانونية :

(1) يتعين للأمر بالحراسة القضائية توافر كل الشروط التي بينهاها سابقا من قيام حالة الاستعجال ووجود نزاع الخ ... أما الحراسة القانونية فلا تقتضي توافر كل الشروط المذكورة .

(2) في الحراسة القضائية تكون المحاكم العادية هي المختصة في الدعاوي التي يكون الغرض منها الطعن في هذا الاجراء ، أما في الحراسة القانونية فان العمل الذي يقوم به الحارس القانوني هو عمل اداري وبالتالي فان الطعن فيه يخضع لمسطرة خاصة تتعلق بالطعون في القرارات الادارية ، والجهة المختصة والوحيدة للبت في هذه الطعون هي الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى .

(3) في الحراسة القضائية نجد أن القضاء هو الذي يعين الحارس بينما القانون في الحراسة القانونية هو الذي يتولى هذا التعيين وذلك لاعتبارات تتعلق بسلامة الدولة الأمينة والاقتصادية .

ما هي التزامات الحارس القضائي :

ان قانون الالتزامات والعقود في الباب الذي خصه للحراسة القضائية جعل التزامات الحارس القضائي على أنواع فمنها ما هي مشتركة مع المودع عنده عندما تكون الوديعة اختيارية ، ومنها ما هي مشتركة مع الوكيل ، ومنها ما هي خاصة بالحارس القضائي ، فالالتزامات المشتركة بين هذا الأخير والمودع عنده تتمثل في المحافظة على المال ، وفي رده ، أما الالتزامات المشتركة بين الحارس والوكيل فتتمثل في تقديم الحساب عن كل ما تسلمه وانفقه ، أما الالتزام الخاص بالحارس القضائي فيتمثل في ادارة المال - فالالتزامات الحارس القضائي هي بصفة عامة :

أولا ، التزامه بالمحافظة على المال : يتعين على الحارس القضائي السهر على حفظ المال الموضوع تحت حراسته منقولا كان أو عقارا بحيث يجب عليه ان يبذل في سبيل هذه المحافظة نفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه (الفصل 791 من ق.ع.ل) والعناية المطلوبة منه هي «عناية الرجل المعتاد» بحيث اذا لم يبذلها كان مسؤولا عن تقصيره ، ولو أثبت ان العناية الاقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها عادة في حفظ مال نفسه .

ويجب على الحارس القضائي وفي اطار التزامه هذا أن يقوم بنفسه بالقيام بكل ما يتطلبه حفظ الشيء ، وأن لا يحل محله شخصا آخر الا اذا أذن له بذلك في الحكم القاضي بالحراسة القضائية أو في حكم لاحق قام باستصداره لهذه الغاية ، ومرد هذا التشدد هو ما تلعبه الشخصية الذاتية للحارس القضائي حيث يراعى في تعيينه استقامته ونزاهته وحرصه على الامانة ، وأن هذه الشروط قد لا تتوفر فيمن ولاه الحارس أمر القيام بمهمة حفظ الشيء الموضوع تحت الحراسة القضائية مما قد يؤدي الى فقدان هذه الاخيرة طبيعتها كاجراء تحفظي .

وتطبيقا لما ذكر فان الحارس القضائي يلتزم بصيانة المال الموضوع تحت حراسته فعليه زراعة الارض وسقيها اذا كان المال عبارة عن أرض فلاحية مثلا ، اما اذا كان دارا فيلتزم بصيانتها واصلاحها وحفظها من التداعي والسقوط ، واذا كان المال منقولا كآلات أو بضائع ، فيتعين عليه حفظها من التلف والهالك والضياع، واذا كان بها عيب عند تسلمه لها أو مصابة ببعض التلف وجب عليه أن يسعى لمنع تفاقم هذا العيب أو التلف .

والتزام الحارس القضائي بحفظ الشيء لا يقتصر على الاعمال المادية بل يتعداها الى اتخاذ كافة الاجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المال من طلب ايقاع الحجوز التحفظية واقامة دعاوي الحيازة صيانة للمال الموضوع تحت يده من أي اعتداء أو غصب ، كما يجب ان يدافع في القضايا التي ترفع على الحراسة ، وغير ذلك من الاجراءات التي تدخل في اطار التزامه بحفظ المال الموضوع تحت حراسته .

ثانيا ، التزامه بإدارة المال : تنص المادة 821 من ق.ل.ع على ان «للحارس حفظ الشيء وادارته ويجب عليه ان يجعله يدر كل الثمار التي في امكانه أن يدرها» .

ان للحارس القضائي سلطة واسعة في ادارة الشيء محل الحراسة وتسييره بحيث يعتبر نائبا عن صاحب المال (الذي لازال لم يظهر) في أعمال الادارة ، وسلطته في هذه الاعمال هي سلطة الوكيل وكالة عامة ، اذ يسأل عن الخطأ الذي يرتكبه في الادارة وفقا لأحكام الوكالة وذلك حسب ما ينص عليه الفصل 826 من ق.ع.ل والذي جاء فيه «... يسأل عن كل خطأ يرتكب في ادارته وفقا للقواعد المقررة في الوكالة» . ويدخل في أعمال الادارة الايجار القصير الامد أما ابرامه لعقود الكراء الطويلة الأمد فيجب ان يستأذن فيها السلطة القضائية التي عينته ، لأن العقار المؤجر لمدة طويلة قد يظهر الحق فيه لأحد من الطرفين المتنازعين قبل أن ينتهي عقد الكراء ، وهنا يكون الحارس القضائي مسؤولا عن عدم رده المال لمستحقه اذا وجد المال في يد غير يده .

ومن غير الايجار يمكن للحارس القضائي القيام ببعض أعمال التصرف التابعة لأعمال الادارة كسواء البذور والسماذ والآلات اللازمة للزراعة ، كما يجوز له بيع المحصول الزراعي على ان يحتفظ بمتحصل البيع لمن يظهر الحق له في العقار ، ومن سلطته أيضا في ادارة الشيء استيفاء الحقوق ممن هم ملزمون بالوفاء بها داخل الأجل المعين لهم وليس له أن يؤجلهم لدفعها أجلا آخر الا اذا استحصل اذنا من الجهة القضائية التي عينته ، لأن ذلك يدخل في اطار أعمال التصرف المحضة التي لا يجوز له القيام بها الا باذن خاص . كما عليه الوفاء بالديون التي حل أجلها لأنه يعتبر وكيلا عن صاحب المال في حقوقه كما في التزاماته.

ويدخل في أعمال ادارة الحارس القضائي للشيء أيضا تأمينه على الحوادث التي قد تصيب الشيء الموضوع تحت حراسته كالحريق والسرقة وغيرها من المخاطر .

وكما يجب عليه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المال ، يجب

عليه كذلك بذل العناية نفسها في ادارته تحت طائلة مطالبته بالتعويضات اللازمة من لدن صاحب المال الذي سيظهر الحق فيه .

- وتجدر الاشارة الى أن سلطة الحارس في الادارة لا يمكن أن تتعدى الاعمال الادارية التي يمكنه القيام بها والتي أعطينا أمثلة عنها ، الى أعمال التصرف المحضة في المال ، إذ أن سلطته في التصرف جد مقيدة وقد نص الفصل 822 من ق.ع.ل أن الحارس «ليس له ان يقوم بأي عمل من أعمال التفويت الا ما هو ضروري لمصلحة الاشياء المعهود اليه بحراستها» ، وهذا الاستثناء الذي يخول للحارس القيام بتفويت ما هو ضروري بشكل عملا تصرفيا تابعا لعمل الادارة ، كالمثال الذي سقناه عند الحديث عن امكانية الحارس بيع المحصولات الزراعية .

- كما ان هناك بعض أعمال التصرف التي يستأذن فيها الحارس القضائي الجهة القضائية التي عينته كالحالة المنصوص عليها في الفصل 823 من ق.ع.ل وهي حينما يكون الشيء الموضوع تحت الحراسة معرضا للغيب أو الهلاك ، فهنا يجوز للقاضي الاذن للحارس القضائي بطلب من هذا الاخير ببيع هذا الشيء ، الا أن الحراسة في هذه الحالة تعود على متحصل البيع وهو الثمن .

ثالثا ، التزامه برد المال : وهذا الالتزام العالق بذمة الحارس القضائي هو نفسه الالتزام العالق بذمة المودع عنده ، فقد جاء في الفصل 824 من ق.ع.ل «على الحارس أن يرد الشيء بدون أجل لمن يعنيه الخصوم أو القضاء، ويتحمل بشأن هذا الرد نفس الالتزامات التي يتحمل بها المودع عنده المأجور» انتهى.

وهكذا يلتزم الحارس القضائي برد الاشياء التي عهد اليه بحراستها بمجرد انتهاء ماموريته ، ويكون رد الشيء لمن ثبت له الحق فيه بحكم قضائي ردا كاملا غير منقوص طبقا لما هو في محضر الجرد المثبتة فيه جميع الاشياء التي تسلمها الحارس منذ بداية الحراسة القضائية ، ويدخل في التزام رد المال محل الحراسة الالتزام برد توابعه من أوراق وسندات كعقود الايجار والفياتير المبينة لعمليات الادارة التي قام بها الخ ...

رابعاً ، التزامه بتقديم حساب : يوجب الفصل 826 من ق.ع.ل على الحارس القضائي «تقديم حساب مضبوط عن كل ما تسلمه وكل ما أنفقه مع ما يؤيده من الحجج ، ومع بيان المقدار ، وإذا لم تكن حراسته على سبيل التبرع فانه يسأل عن كل خطأ يرتكب في ادارته وفقاً للقواعد المقررة للوكالة» .

ان هذا الالتزام العالق بذمة الحارس القضائي هو الذي يؤكد ما قلناه من ان هذا الاخير يعتبر نائباً عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وهو بهذا المعنى يتعين عليه - كما هو الشأن بالنسبة للوكيل - تقديم حساب عما أنفقه في المحافظة على الشيء وادارته، وكذلك عما جناه أو تسلمه بمناسبة ادارته لهذا الشيء كبيع الايجار أو متحصل بيع المحصولات أو ما استوفاه من حقوق وديون من الغير ، وأن كل خطأ في الادارة يسأل عنه مسؤولية الوكيل الذي أخل بالتزام الوكالة ، ويمكن أن يكتشف هذا الخطأ من خلال الحجج التي يدلي بها الحارس تدعيماً للحساب الذي يقدمه .

وعليه فان الحارس القضائي حتى يضمن ادارة جيدة للشيء الموضوع تحت حراسته يمكنه مسك دفاتر حساب منظمة يضبط فيها جميع ما أنفقه وما تسلمه على اعتبار أنه سيطلب بتقديم الحساب في أي وقت سواء من طرف الخصوم أو الجهة القضائية التي عينته الشيء الذي يتعين معه ان يكون متأهباً ومستعداً لتقديم الحساب مع ما يؤكد من المستندات والحجج .

= ما هي مسؤولية الحارس القضائي ؟

لقد سبق القول بأن الحراسة القضائية في التشريع المغربي تخضع للوكالة في بعض الاحكام الخاصة خصوصاً ما يتعلق منها بالمسؤولية . على الرغم من أنها أي الحراسة لا تعتبر عقداً (كالوكالة) وانما هي كما سبقت الاشارة «نيابة قانونية وقضائية» ومع ذلك فان الحارس القضائي يخضع لمسؤولية الوكيل وحتى مسؤولية المودع عنده مما يجعل مسؤوليته عقدية ، على اعتبار ان الحراسة القضائية (كما عبر عنها ذ. السنهوري «ليست الا ودیعة مقترنة بتوكيل الحارس في ادارة المال الموضوع تحت حراسته» .

ومما يؤكد سير المشرع المغربي على هذا الاتجاه في جمع الحارس القضائي بين مسؤولية المودع عنده ومسؤولية الوكيل هو أن الفصل 826 من ق.ع.ل. اعتبر الحارس بصفة عامة مسؤولاً عن الخطأ الذي يرتكبه في إدارة الشيء الموضوع تحت حراسته طبقاً لأحكام الوكالة ، ومسؤولاً عن عدم عنايته بالأشياء التي تسلمها بمناسبة تعيينه كوكيل عن صاحب الحق في المال المحروس طبقاً للفصل 909 من ق.ع.ل. ، ومسؤولاً عن عدم حفظه لهذه الأشياء المودعة لديه طبقاً للفصل 791 من ق.ع.ل. .

وخطأ الحارس القضائي في إدارة الشيء وحفظه وصيانته هو المعيار الأدق الذي يميز مسؤوليته . ويلاحظ أن المشرع تشدد في وصف مسؤولية الحارس بقوله في الفصل 826 «يسأل عن كل خطأ يرتكب في إدارته» بحيث لم يميز هنا بين الخطأ الجسيم أو اليسير .

ومما يزيد في مسؤولية الحارس القضائي تشدداً ضمانه حتى القوة القاهرة والحادث الفجائي ، وذلك في الحالة التي يكون فيها مماطلاً في رد الشيء الموضوع تحت حراسته إلى من ثبت له الحق فيه ، أو إذا كان هذا الحارس طرفاً في الدعوى ورضي أن يقوم بمهمة حارس مؤقت ، أو في حالة ما إذا كانت القوة القاهرة قد حدثت نتيجة لخطأ الحارس أو تقصيره ، أو خطأ أو تقصير الأشخاص المسؤولين هو عنهم حسب الفصل 825 من ق.ع.ل. والخطأ الذي يحمل الحارس القضائي المسؤولية هو الخطأ المصحوب بضرر (على اعتبار أنه لا يمكن تصور خطأ بدون ضرر يلحق الغير) ، أما إذا لم يتسبب هذا الخطأ في أي ضرر لذوي الشأن ، فلا يمكن تحميله أية مسؤولية بحيث لا بد أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ الحارس ، وضرر ذوي الشأن ، فاهمال الحارس القضائي مثلاً صيانة الدار الموضوعة تحت حراسته وترميمها هو الذي أدى إلى تصدعها . والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة بحيث لا يتحمل صاحب الشأن أو المتضرر عبء اثباتها ، إلا أن الافتراض هنا يكون قابلاً لاثبات العكس ، بحيث أنه في إمكان الحارس القضائي في المثال الذي سقناه أن يثبت أن تصدع الدار نتج عن قوة القاهرة لا يدلها فيها .

أما الخطأ فهو دائما مفترض في الحارس افتراضا لا يقبل اثبات العكس وذلك في الحالة التي يكون فيها ضرر صاحب ثابت ، ومرد ذلك هو أن الحارس ملزم بالعناية بحفظ وإدارة الشيء الموضوع تحت حراسته ، وإن أي ضرر يصيب ذوي الشأن يدل دلالة قاطعة على الخطأ في تنفيذ الحراسة وقد جاء في تعريف الاستاذ بلانويول للخطأ « بأنه الإخلال بالتزام سابق .

وقد حاول هذا الفقيه حصر الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والاحجام عن عمل لم تنتهيا له الاسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الاشخاص أو على الأشياء .

وهكذا نرى ان التزامات الحارس القضائي تدخل في هذا التعداد خصوصا منها ما يتعلق بوجود كفه عن الغش اثناء تأديته لمأموريته ، ووجوب حزمه وتبصره في سبيل مراقبة وإدارة الشيء الموضوع تحت حراسته ، وإن إخلاله بهذه الالتزامات هو الخطأ نفسه في تنفيذ الحراسة القضائية بصفة عامة .
وتحديد الخطأ كما قال الاستاذ «إيمانويل ليفي» يقتضي التوفيق بين أمرين : مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للسخص (وهو هنا الحارس) ومقدار معقول من الثقة يوليه السخص المذكور لنفسه ، بحيث أن من حق ذوي الشأن على الحارس أن يحجم عن الاعمال الضارة بهم ، ومن حقه على هؤلاء أن يقدم على العمل دون ان يتوقع الاضرار بهم .

والتزام الحارس القضائي ببذل العناية الكاملة بالشيء الموضوع تحت حراسته هو الذي يجعل التزامه من نوع الالتزامات القانونية التي يعتبر الإخلال بها خطأ في المسؤولية التقصيرية ومادام إخلاله بهذا الالتزام يخضع من حيث المسؤولية الى أحكام الوكالة - كما سبق الذكر - فيمكن القول بان مسؤوليته هي أيضا مسؤولية عقدية .

- هذا وإذا أمكن مساءلته مدنيا (مسؤولية تقصيرية وعقدية) فإنه يمكن مساءلته أيضا مسؤولية جنائية لأنه يعتبر مسؤولا عن عمله الشخصي ، اما مدنيا إذا كان الضرر قد لحق صاحب الحق فقط ، واما جنائيا إذا أصاب هذا

الضرر الحق العام أيضا ، والخطأ الجرمي الذي يرتكبه الحارس القضائي أثناء تنفيذه لماموريته لا يمكن أن يكيف الا بخيانة الأمانة ، بحيث اذا امتنع مثلا عن رد المال الى من ظهر له الحق فيه فقد يكون قد خان الامانة الموضوعه تحت يده ، بفعل احتفاظه بحيازة المال بنية سيئة تهدف الى التملك . وقد عرف الدكتور حومد خيانة الامانة «بأنها الاحتفاظ بالحيازة بعد تسلم المال بموجب عقد معين» انتهى .

فما دام الحارس القضائي يعتبر وكيلا عن صاحب الحق في الشيء الموضوع تحت حراسته ، فان تسلمه لهذا المال يعتبر تسلما عقديا ، وبالتالي فان احتفاظه بحيازته بعد انتهاء ماموريته يمثل خيانة للامانة المنصوص عليها في الفصل 547 من القانون الجنائي .

هذا واذا كان المشرع المغربي قد تشدد في مسؤولية الحارس القضائي المدنية (كما سبق الذكر) فانه تشدد أيضا حتى في مسؤولية هذا الأخير الجنائية بحيث نص في الفصل 549 من القانون الجنائي على أنه «ترفع عقوبة خيانة الأمانة الى الحبس من سنة الى خمس سنوات والغرامة من 120 درهما الى 5000 درهم في الحالات الآتية : اذا ارتكبتها عدل أو حارس قضائي...»

وان هذا التشدد يدل مرة أخرى على خطورة الحراسة القضائية وما يمكن أن يجر الامر باجرائها من عواقب وخيمة على الاطراف المتنازعة من جهة وعلى الاقتصاد العام للدولة من جهة أخرى ، بحيث اذا تمسكت محاكمنا بالتطبيق الحرفي للقانون الذي يسمح بالحراسة القضائية دون مراعاة منها لمصلحة الطرفين في هذا الاجراء ودون أن تكون هناك ضرورة قصوى تقتضي اتخاذ ، فطبيعي أن ذلك سيؤدى لا محالة الى نتائج جد خطيرة أهمها زعزعة ثقة الناس في القضاء فضلا عن النتائج الأخرى المتمثلة في تدهور الاقتصاد الفردي والجماعي وذلك انطلاقا من الأخطاء الكثيرة التي يرتكبها الحراس القضائيون والتي أضحت متفشية في الوقت الراهن بسبب الانسياق الى المادة التي تقتل الضمير وتصيب البصيرة بغشاوة تبعد عن الجادة والطريق السوي .

ويقول المثل الفرنسي : ان تطبيق القانون الى أبعد حدوده قد يؤدي الى
ظلم فاحش .

Quand on exerce son droit avec la dernière rigueur, on risque de commettre
une injustice.

وفي رأيي أن العدالة لا تكمن في تطبيق القانون ، ولكن في مدى ملائمة
هذا القانون لتحقيق العدالة .

من وزير العدل

الى السادة :

- الرؤساء الاولين لمحاكم الاستئناف ووكلاء الدولة العامين لديها
- رؤساء المحاكم الاقليمية ووكلاء الدولة لديها
- رؤساء محاكم السدد

الموضوع : الحراسة القضائية

لا يخفى على حضراتكم ما تتسم به الحراسة القضائية من أهمية بالغة سواء بالنسبة للاجراءات المسطرية المستوجبة وطرق ممارستها أو بالنسبة للاموال التي تنصب عليها والاشخاص الذين تتخذ اراءهم .

ولذلك رأيت من المناسب ان اثير انتباهكم الى بعض المقتضيات القانونية التي قد تعن في تطبيقها ملايسات يتعين ايضاحها والافصاح عن النهج القويم الذي ينبغي سلوكه فيها توحيدا للمفاهيم القانونية وتمهيدا لقرار عدالة منسجمة أكثر مع روح التشريع والاجتهادات القضائية .

1) تعريف الحراسة - مميزات

الحراسة القضائية هي بوجه عام ايداع شيء متنازع فيه منقولا كان أو عقارا لدى شخص يسمى حارسا وذلك في انتظار تصفية النزاع (أنظر الفصول 818 الى 828 من ظهير الالتزامات والعقود).

وكثيرا ما يتوسع الاجتهاد القضائي في تاويل شكل هذا الايداع وفي النصوص التي تحكمه . فهو يرى أنه لا يلزم لاتخاذ هذا التدبير ان ينصب النزاع على حيازة الشيء المتنازع فيه حيازة مدنية ، بل يكفي لاتخاذ وجود حيازة طارئة أو مطلق تمسك بالشيء ، ومن جهة أخرى وبينما لا يعين الفصل 818 من قانون الالتزامات والعقود الا مالا واحدا أو مجموعة محددة من الاموال نجد ان المحاكم قد تسلط الحراسة على الاموال كلها عندما يشمل النزاع جزءا منها فقط كما هو الشأن في قضايا التركات المتنازع فيها .

ولعل التوسع من طرف الاجتهاد القضائي يبدو أكثر وضوحا عندما يتخذ القاضي هذا التدبير لمجرد حفظ حقوق دائن من الخطر الذي يهدد صيانتها كما اذا اخل مدين تهاونا منه أو عن طريق التحيل بالتزامه بالعناية بذمته المالية حتى انخفضت قيمتها أو ترك محصولاته الفلاحية تهلك قبل قطف ثمارها أو افتعل عن سوء نية حالة الاعسار .

والخلاصة ان للحراسة القضائية هدفا أساسيا هو وجود شيء متنازع فيه أو معد لضمان التزامات المدين .

2) المسطرة : الاختصاص : المحكمة : قاضي المستعجلات

سلطات الرئيس

يرجع النظر مبدئيا في طلب الحراسة الى المحكمة التي احيلت عليها الدعوى الرئيسية غير أنه جرى العمل بتقديم الطلب الى قاضي المستعجلات سواء كانت الدعوى معروضة على المحكمة أو لا . ويتعين على قاضي المستعجلات ان يبيت في الطلب بمقتضى الفصل 219 من ظهير المسطرة المدنية ولكن بشرط أساسي عملا بقاعدة حاسمة تهم مجال القضاء الاستعجالي وهي ان لا يتطرق في الحكم الى ما يمس بجوهر الدعوى الذي ليس من مشمولات اختصاصاته .

وعلى كل حال فان هذا التدبير يكتسي صبغة اختيارية سواء تعلق الامر بالمحكمة أو بقاضي المستعجلات ولا يلزم القضاة بالامر به مطلقا .

وهنا ينبغي للمحكمة التي يرفع اليها مثل هذا الطلب ان تكون صارمة في عدم الاستجابة اليه وان لا تسمح به الا في حالة ضرورة ملحة .

ويجب عدم التردد في رفضه ان ظهرت عدم صلاحيته أو فداحة صائره أو ان تبين أن حقوق أو مصالح الاطراف يمكن حفظها وحمايتها بوسائل أخرى كحجز تحفظي على منقول أو على عقار ، أو حجز استردادي أو مطلق حجز لدى الغير ، وعلى كل حال اذا كانت الدعوى في الموضوع مازالت لم ترفع الى المحكمة حدد قاضي المستعجلات أجلا للمدعي قصد تقديمها .

ويتعين على المحكمة أو على قاضي المستعجلات بعد صدور الامر بالحراسة ان يبين بكل جلاء ووضوح مهمة الحارس القضائي ويجمل التذكير في هذا المجال بان الصلاحيات المخولة للحارس القضائي تنحصر في الاجراءات التحفظية أو التي لها مساس بالادارة باستثناء أعمال التفويت لكن يجوز في بعض الاحوال توسيع هذه الصلاحيات مع التنصيص على موجباتها بتعليل خاص (الفصلان 822 و 823 من قانون الالتزامات والعقود وهكذا الامر فيما يتعلق على وجه المثال مبيع محصولات فلاحية تم صلاحها أو منتوجات تعرضت للتلغ أو الفساد أو انجاز خدمات أو أشغال مستعجلة وضرورية لحسن تسيير الحراسة القضائية . وعلى اي حال فان هذه الصلاحيات الاستثنائية يمكن أن تطلب في أي وقت من طرف الحارس المعين لهذه المهمة .

3) تنفيذ الامر : مكتب التسييرات القضائية : كاتب الضبط :

دور الحارس القضائي

اذا كان منطوق القرار يحذر على الطريقة التالية في بعض اجزائه :

- نعين رئيس كتابة الضبط بصفته هذه أو من يقوم مقامه ...

- نرخص له باختيار حارس ثان لاعانته عند الحاجة ...

فان هذه المهمة لا يتولاها الا كاتب من اطار كتاب الضبط (الفصل 26 من ظهير المسطرة المدنية).

فان وجد بمركز المحكمة مكتب للادارة القضائية والافلاسات أسندت هذه المهمة لرئيس كتابة الضبط بهذا المكتب والا تولها رئيس كتابة الضبط بالمحكمة .

ولهؤلاء الموظفين ان ينتدبوا موظفا آخر من مصلحتهم ليقوم بهذه المهمة الراجعة اليهم غير ان هذا الخيار لا يعفيهم من اجراء مراقبة لتتبع تطورات ادارة الحراسة القضائية التي تبقى في جميع الاحوال تحت عهدهم ومسؤوليتهم .

ويجب ان ينفذ في أقرب الآجال الامر الصادر بالحراسة القضائية فان تعلق الامر بحكم تعين ان يشفع بالتنفيذ الموقت والا لم تبقى أية فائدة في هذا التدبير ، اما ان كان الامر يرجع لقرار صادر عن قاضي المستعجلات فان التنفيذ المؤقت مفروض بحكم القانون ويتعين على كاتب الجلسة بالحكمة المرفوعة اليها النازلة ان يسلم حالا نسخة ادارية لكاتب الضبط المعين من غير ان ينتظر وقوع التبليغ القانوني من طرف المدعي اذ هذا التصرف يستمد صفته من صبغة السلطة التي تكتسيها مسطرتنا المدنية .

ويتعين على كاتب الضبط المعين بهذه الصفة أن يحوز بمجرد تسلمه الامر التعيين الشيء الذي هو موضوع الحراسة وان يقوم باحصاء جميع ما يتعلق به (أثاث ومواد وماشية الخ -) وان يحرر بذلك محضرا وفق ما يجب، يشمل أوصاف وقيمة الاشياء المحروسة وعليه ان يقوم بعد ذلك بسائر الاعمال التي يتطلبها حسن الادارة ومن الملائم ان تعلق الامر بعقار فلاحي اختيار شكلي بسيط من التصرف غير قابل بصفة عامة للطعن ككراء بطريق المزاد العلني قابل للتجديد ان اقتضى الحال ، وان كان الامر يهم اصلا تجاريا أو مقاولا تجارية أو صناعية ذات استثمار لا يخلو من دقة أو صعوبة من الوجهة لادامية أو الفنية جاز للحارس المعين ان يضيف لنفسه حارسا واحدا أو أكثر يعملون تحت مسؤوليته ، اما فيما يخص المقاولات التي يكثر فيها تناول النقود كالمقاهي والقاعات السينمائية فيتحتم في غالب الاحيان اضافة حارس ثان ليقوم بالشؤون الحسابية وهو عمل ضروري لمصلحة الحراسة .

ان ادارة الحراسة القضائية تطلب بصفة عامة مزيدا من السرعة والعناية، ويجب ان لا يغيب عن ذهن كاتب الضبط انه يقوم بمهمته كوكيل يستمد قوته من القانون فيتعين عليه بهذه الصفة ان يحيط ماموريته بما يجب من حزم ويقتظة اذ من الممكن أن يطالب بتعويض عما قد يتسبب فيه من ضرر بسبب تصرفاته التي تعرضه للمسؤولية المنصوص عليها في الفصول 806 - 807 - 903 - 904 من ظهير الالتزامات والعقود بل قد تترتب عن مسؤوليته مسؤولية الدولة (الفصلان 79 و 80 من ظهير العقود والالتزامات) الامر الذي يتعين ان ننبه اليه - وبكل تأكيد - الحراس القضائيين حتى يؤديوا واجبهم بأقصى ما يمكن من العناية والاهتمام . ويتحتم على الحارس القضائي ، عند وجود صعوبات طارئة أثناء التسيير وتشكيات صادرة من الاطراف الذين يعينهم الامر أن يرفع الامر الى القاضي كي يتخذ ما يلزم من تدابير لتدليل هذه الصعوبات وتسوية المشكل الطارئ وذلك بادخال تحوير على كيفية الادارة ان اقتضى الحال (تجديد عقد الكراء ... تعويض المتصرف في الاصل التجاري بمتصرف غيره) .

4) انتهاء الحراسة : رفع اليد عنها : تقديم الحسابات : لائحة التصفية

ولا يفوتنا ان نثير انتباهكم بصفة خاصة الى الصبغة المؤقتة التي تكتسبها تدابير الحراسة القضائية ، ونظرا لذلك يتعين ان تنتهي الادارة القضائية في الاجل المحدد لها حسب أهمية النزاع ونوع المفاولة التي هي موضوع هذه الحراسة حتى لا تدوم الاوضاع الناشئة عن هذه الادارة وتأخذ شكل وكالة عقارات أو أصول تجارية فالحراسة تنتهي عادة اما بصفة حبية باتفاق بين الاطراف واما بامر قضائي تصدره المحكمة المختصة غير أنه يتعين على الحراس القضائيين أن يثبتوا ويصرفوا كامل اهتمامهم ليعرفوا ما اذا كانت الاسباب التي استوجبتهما مهمتهم مازالت قائمة الذات أو لا ؟ فاذا تبين لهم ان التسيير المنوط بهم لم تنق فيه فائدة بالنسبة لصعوبات الاستغلال أو لنتائج العجز الواقعة في حسابات المفاولة طلبوا اذ ذاك من المحكمة التي أصدرت أمرها بتعيينهم رفع هذه الحراسة كما يتعين تقديم نفس الطلب اذا لم تقدم الدعوى في الموضوع داخل الاجل المحدد من طرف القاضي .

ان من الواجب على الحارس القضائي ان يقدم حساباته بمجرد ما يتم رفع الحراسة اما حبيا أو قضائيا ، ففي الحالة الاولى تصفي الحسابات بسهولة وتوزع الاعتمادات الموجودة وفق ما توافق عليه الاصراف لنفسهم ، اما في الحالة الثانية فيتعين على الحارس أن يجري حساباته عن طريق لائحة تصفية يضيف اليها عند الاقتضاء مشروعا بتوزيع الاعتمادات على نسبة حقوق الاطراف وتعرض هذه اللائحة على مصادقة محكمة الموضوع .

ومن اللازم أن تذكر بان اتعاب تسيير الحراسة القضائية ليست مجانية بل تستوجب وفقا لمقتضيات الفصل 57 من المرسوم الملكي المؤرخ في 7 رجب 1386 (22 أكتوبر 1966) استخلاص وجيبة قدرها عشرة في المائة من متحصل المدخول (اجارات المزروعات والاكرية وغير ذلك ...) أو من الارباح المتحصلة في حالة استمرار استغلال فلاحي أو تجاري أو صناعي على أن تقطع هذه الوجيبة من الدخل لا من الفرق بين الدخل والصائر كما تستخلص وجيبة قدرها عشرة في المائة من مجموع الاموال المجملة وذلك عند انتهاء أمد الحراسة ان كان حساب التسيير مقاما من طرف الحارس القضائي ولا يمكن الجمع بين هاذين الوجيبتين ويترتب عن استيفائهما اعفاء المعنيين بالامر من كل صائر آخر باستثناء الاجراءات التي يمكن اتخاذها مع الغير ادعاء أو ردا على ادعاء وفي هذه الحالة تستخلص الوجيبة التي ترتبت عن هذه الاجراءات.

اننا نطلب منكم أن تبلغوا فحوى هذا المنشور للسادة القضاة وكتاب الضبط بمحکماتكم وان تسهروا على تطبيق ما اشتمل عليه من مقتضيات وتوجيهات ، والسلام .

وزير العدل

الامضاء : ادريس السلاوي

اشكالية تأدية الثمن لممارسة الشفعة

بقلم : الاستاذ عبد الصمد الزعنوني
قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف ببني ملال

تمهيد :

ان نظام الشفعة وان كان فيه تقييد لحرية التعاقد والملكية فانه تبث من أجل حكمة معينة ، مما حدا بالفقه أن يضع للاخذ به اجراءات دقيقة ومحكمة . وبعض التشريعات جعلت حق الشفعة من الحقوق الضعيفة وعملت على تضييقها واسقاطها واعتبرت تبعا لذلك آجال الشفعة آجال سقوط لاتقادم ، بينما عمدت تقنينات أخرى الى الالغاء النهائي للشفعة .

والقانون المغربي اذا كان يعرف نظام الشفعة فان ما تضمنه من نصوص نعتبرها مقتضبة . فقد نظم المشرع أحكام الشفعة في الفصول 974 الى 976 من ظهير الالتزامات والعقود وبموجب عشرة فصول من ظهير ثاني يونيه 1915 وذلك بالمقارنة مع تفصيلات تضمنتها تقنينات عربية أخرى تكلفت بتنظيم الشفعة منذ الاعلان عن الرغبة للاستشفاع الى حين صدور الحكم .

وأن هذه الثغرات La cunes التي قد تفتح الباب لتضارب الاراء والتأويلات والاجتهادات استرعت وتسترعي انتباه الباحث والممارس سيما فيما يخص الاجراءات الواجب سلوكها لممارسة الشفعة ...

وهذا البحث لا يعنيه الخوض في هذه الثغرات التي تتطلب وقتا وتعمقا وانما نستهدف منه اثاره مسألة عملية هامة تتعلق بالوقت والاجل الذي يتعين خلاله تأدية الثمن لممارسة الشفعة مما تعمدنا تسميته بالاشكالية لما لاحظنا من تضارب الرأي حول هذه النقطة .

سنتطرق في هذا البحث لتعاريف الشفعة وهل تعد حقا شخصا أم عينيا ثم للاجتهادين الاساسيين للمجلس الاعلى حول مسألة تأدية الثمن وتوابعه والاستدلال بفقرات من قراراته وأحكام لمحاكم أخرى مع آراء بعض الفقهاء والاساتذة في ذات الموضوع .

تعريف :

الشفعة بضم الشين المعجمة وسكون الفاء مأخوذة من الشفع ضد الوتر لان الشفع يضم الحصة التي يأخذها الى حصته فتصير حصته حصتين .

وعرفها ابن الحاجب بأنها أخذ الشريك حصة شريكة جبرا . والشفعة Prémption كما ورد بالمنهل القاموس العربي الفرنسي للدكتور سهيل ادريس وجور عبد النور سيق في الشراء ، استرداد لانصبة الشركاء الغاية المتوخاة منها رفع الضرر الذي قد يحدثه شريك جديد غير مرغوب فيه يتمثل في المشتري .

والتعريف الوارد بهذا القاموس يقترب من الصياغة الفرنسية للمادة 974 من قانون الالتزامات والعقود (بوسعهم اعادة الشراء) .

Si l'un des communistes vend à un tiers sa part indivise, les autres cointeressés (peuvent racheter).

والشفعة معروفة منذ القدم عند العرب ، فكان الرجل في الجاهلية اذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار والشريك والصاحب يشفع اليه فيما باع فيشفعه ويجعله أولى به ممن بعده فسميت شفعة وسمى طالبها شفيعا . والمقصود بها في الشرع تملك المشفوع فيه جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات ومشروعيتها ثابتة **باتفاق المسلمين** على مشروعيتها **وبالسنة** ، وحكمتها منع الضرر ودفع الخصومه .

والشفعة في تكييفها القانوني تعرفها المادة 935 من القانون المدني المصري بكونها رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في القانون . ويعرفها الدكتور الكزبري بأنها حق

ممنوح لشريك على الشيعاء في ان ينتزع لنفسه الحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء للغير مقابل أن يدفع للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي انفقها منذ البيع .

وتعرف المادة 25 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الشفعة بـ «الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشيعاء عقارات أو حقوق عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات» ولم يتضمن قانون الالتزامات والعقود أي تعريف للشفعة وقد يكون فعل خيرا ، إذ التعاريف القانونية غالبا ما تستعصي لدرجة يصدق معها قول خبير في التشريع أنه اذا طلبت من عشرة رجال قانون تعريفا للقانون فاستعد لسماع احد عشر تعريفا .

ويستخلص من هذه التعاريف أن اركان الشفعة تتمثل في :

1 - الشفيع 2 - المشفوع منه 3 - المشفوع به ، 4 - الشيء المشفوع .
ويطلق اسم الشفيع على من له حق الشفعة والمشفوع على الشيء الذي تعلق به حق الشفعة والمشفوع به على الشيء الذي وجبت به الشفعة والمشفوع منه على من تملك الحصة الشائعة في العقار .

الشفعة حق شخصي أم عيني :

أصبح الجدل متجاوزا بصدد ما اذا كانت الشفعة من حيث تكييفها تعد حقا عينيا أم شخصيا إذ الشفعة ليست أصلا حقا وانما سببا من أسباب الحق باعتبار أن الشفيع انما يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حق عيني على هذا العقار . وقد تطرق الاستاذ السنهوري للشفعة بالجزء الخاص لاسباب كسب الملكية بمجلده ومجموعته الوسيط ، كما أن ظهير 19 رجب 1333 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة بعد أن تطرق في القسم الاول منه الى العقارات خصص القسم الثاني للملكية وعالج في بابه الثاني حق الشفعة وعرفت المادة 25 منه الشفعة بالتعريف السالف الذكر .

والشفعة ترد في اطار القانون المغربي للالتزامات والعقود على المنقول وعلى العقار ، ويجوز حسب تعبير الاستاذ الكزبري ان تمارس الشفعة على توابع الحصة المشاعة وحدها اذا بيعت هذه التوابع على وجه الاستقلال كما لو انعقد البيع مثلا على ثمار عقار مملوك على الشيع ، وأن الشفعة ترد على الملكية الشائعة في العقارات بطبيعتها وفي الحقوق العينية العقارية القابلة للتداول بحد ذاتها . بينما يرى الاستاذ السنهوري أن لشفعة في المنقول الذي انما يرد عليه حق الاسترداد لا الشفعة . والمذاهب الاسلامية في الرأي الغالب تشير على أن الشفعة انما تثبت في العقار أو ما اتصل به دون المنقول .

وجاء في كتاب فقه السنة للسيد سابق ، المجلد الثالث أن من شروط الشفعة أن يكون المشفوع فيه عقارا كالارض والدور وما يتصل بها اتصال قرار كالغراس والبناء والابواب والرفوف . وعن جابر قوله : قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربة أو حائط (الربة بمعنى المنزل) .

والقانون المصري والليبي انما يسميان مبدأ تبوث الشفعة في المنقول حق الاسترداد وذلك مرده حسب رأي الاستاذ محمد ابن معجوز في مؤلفه أحكام الشفعة في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي المقارن أن القانونين الآنفي الذكر يستمدان أحكام الاسترداد من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على أن للورثة استرداد ما باعه أحدهم من أموال التركة لأجنبي منعا لدخول أجنبي . ودعوى الشفعة تنقسم بطابع عيني بسبب أنها تهدف الى نقل الملكية فقد جاء في القرار رقم 2444 المؤرخ في 12 يناير 1943 المنشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط بتعريب الاستاذ محمد العربي المجدود «حيث أن دعوى استعمال حق الشفعة التي تهدف الى نقل الملكية لها طابع الدعوى العينية ...»

متى يؤدي الشفيع الثمن وتوابعه :

اذا كان مما لا جدال فيه ان القانون نص صراحة والزم الشفيع بتأديته للمشتري الثمن وتوابعه أو بأداء ما عبرت عنه المادة 25 من ظهير 2-6-1915 المبلغ المؤدى في شراء الحصة المبيعة وكذا ما أدخل عليها من تحسينات وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد أو ما عبرت عنه المادة 974 من قانون

الالتزامات والعقود بدفع الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها المشتري منذ البيع ، فان الصعوبة تكمن في تحديد أجل هذا الاداء وبداية احتسابه .

ان ظهير ثاني يونيه 1915 لم ينص على أجل صريح يتعين خلاله على الشفيع تأدية الثمن ، فالمادة 25 منه انما تنص على أن الشفيع يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها بعد أداء الثمن بينما تنص المادة 974 من ظهير الالتزامات والعقود على وجوب تأديته معجلا وعلى الاكثر خلال ثلاثة أيام وأنه عند انقضاء هذا الاجل لا يكون لمباشرة حق الشفعة أي أثر .

وبالرغم من ان المقتضيات القانونية التي خصها المشرع للشفعة في كل من ظهيري الالتزامات والعقود والظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة جاءت مقتضبة وخالية من التفصيلات التي تضمنتها تقنيات عربية أخرى فاننا نرى أن كلا من المادتين 25 و974 صالحتين لان تشكلا أرضية متينة لاجتهاد وتطبيقات قضائية عملية تحقق اقصى ما يمكن من العدالة بين المتقاضين بشكل من شأنه ان يحسم النزاع القضائي في جوانب عديدة وذلك لو تم استغلال التعابير اللفظية واللغوية للمادة 25 السالفة الذكر باعتبار أن ما ورد بصياغتها «بعد الاداء» فيه ما فيه من قوة المعنى وكذا استغلال فحوى المادة 974 من قانون الالتزامات والعقود الصريحة في التنصيص على تعجيل الاداء ودفع الثمن وتوابعه معجلا وعلى الاكثر خلال ثلاثة أيام تحت طائلة انعدام أي أثر للشفعة وبالتالي رفض الدعوى المثارة بشأنها .

ولا غرابة في هذا التصديق لاجل الاداء اذا ما اعتبرنا حسيما أشار اليه الاستاذ محمد ابن معجوز في مؤلفه السابق من كون أجل الثلاثة أيام المحدد لأداء الثمن مستمد من المذهب المالكي وبأن أصحاب هذا المذهب يعطون للشفيع أجل ثلاثة أيام لاحضار الثمن عندما يتثبت استحقاقه للشفعة . ويرى مالك أيضا ان الثمن اذا كان مؤجلا كله أو بعضه فان للشفيع تأجيله أو دفعه منجما (مقسطا) حسب المنصوص عليه في العقد بشرط أن يكون موسرا أو يجيء بضامن له موسر والا يجب أن يدفع الثمن حالا رعاية للمشتري . وقد ورد من الحديث «هو أحق به بالثمن» .

وبما أن ظهير ثاني يونيه 1915 لم ينص على أجل للاداء فان اعتماد أجل الثلاثة أيام الوارد والمنصوص عليه بالفصل 974 أعلاه يببدو بالتالي الحل الاسلم حتى بالنسبة للعقارات المحفظة ما دام القانون المدني كما يقال هو الاصل ، وأن اتباع هذا النهج من شأنه لامحالة تحقيق عدالة فعالة في مسألة الشفعة اذا اعتبرنا طول المنازعة القضائية التي تعرفها دعوى الشفعة الاصلية المقامة بشأن الاستحقاق وما يتبعها من دعوى أو دعاوي لاحقة تستهدف المطالبة بالتحسينات المدخلة على الحصة المشفوعة عندما كانت بيد المشفوع منه والتي قد تعرف اشكاليات اضافية .

ان المجلس الاعلى سار في هذا الاتجاه بالزام الشفيع بأداء الثمن ولوازمه خلال ثلاثة أيام وتعميم تطبيق أجل الثلاثة أيام الذي استلزمته المادة 974 من قانون الالتزامات والعقود حتى على العقارات المحفظة .

هذا الاجتهاد يجسده على الخصوص قرار المجلس الاعلى عدد 44 المؤرخ في 26 محرم 1396 موافق 28 يناير 1976 الصادر في الملف المدني عدد 51162 «لم ينشر» والذي جاء في حثياته « - وحيث انه بالرجوع الى وثائق الملف والحكم المطعون فيه يتبين أن طالب الشفعة كان حصل على قرار استعجالي بتاريخ 13-6-1971 للادان له بأن يتقدم بالعروض الحقيقية لاستشفاع ما اشترته السيدة زنيب الوزاني ، وكان عليه في هذه الحالة أن يتقدم بثمان العقد ولوازمه خلال ثلاثة أيام من تاريخ 13/6/1971 لانه وان كان يتمتع في المطالبة بالشفعة بمدة سنة من يوم تسجيل البيع على الرسم العقاري ، الا أنه بعد حصوله على القرار المشار اليه فقد أصبح من حقه أجل وضع الثمن وتوابعه ثلاثة أيام من تاريخ صدور القرار 13-6-1971 تمشيا مع مقتضيات الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود الذي يجب تطبيقه هنا حيث لا يتعارض مع مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري .

وحيث ان المستشفع لم يحترم أجل ثلاثة أيام لادائه أو ايداعه ثمن العقد ولوازمه فان طلبه هذا يكون غير متوفر على المقتضيات القانون المشار اليها مما يجعله غير مرتكز على أساس» .

وقد أشار البعض فيما كتبه عن الشفعة بأن المجلس الأعلى استقر على هذا الاتجاه ومن هذا الرأي ما أشار إليه الاستاذ المنتصر الداودي في بحثه الذي عنوانه آجال ممارسة الشفعة بالنسبة للعقار المحفظ والمنشور بندوة العقار التي أشرفت عليها وزارة العدل بالرباط بتاريخ 7_12_1978 .

ان هذا الاجتهاد دعا الى الاعتداد به أيضا الدكتور الكزبري في كتابه التشريع العقاري والضمانات بقوله: «اقتصر ظهير 19 رجب على الزام الشفيع بتأدية ثمن المبيع مضافا اليه قيمة التحسينات ومصروفات العقد دون تحديد مدة لذلك حسب المادة 25 منه أما قانون الالتزامات والعقود فقد أوجب على الشفيع ان يدفع ما عليه أي الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي انفقها مشتري الحصة المباعة منذ البيع معجلا وعلى الاكثر خلال ثلاثة أيام فان انقضى هذا الاجل لم يكن لمباشرة حق الشفعة أي أثر حسب المادة 974 من قانون الالتزامات. ومادام لم يرد في ظهير 19 رجب ما يتعارض وهذا الحكم فمن رأينا وجوب الاعتداد به والزام الشفيع التقييد به حتى لو كانت الشفعة تمارس بحق عقار محفظ.»

وقد تبنى الاستاذ ابراهيم بحماني في بحث معنون دعوى الشفعة منشور بمجلة الملحق القضائي العدد 9_10_11 نونبر 1983 نفس الرأي الذي دعا الى نهجه الاستاذ الكزبري بتعميم أجل الاداء الوارد بالمادة 974 على العقارات المحفظة وغير المحفظة .

وقد دعا الاستاذ محمد بن معجوز في كتابه السالف الذكر أحكام الشفعة الى رأي متقارب مع هذا الاجتهاد فهو بعد أن عرض «بأن الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة لم يتعرض للوقت الذي يجب فيه على الشفيع تأدية الثمن للمشفوع منه يرى أن الفصل 25 منه يصرح بأن الشفعة انما تثبت للشريك بعد أن يؤدي الثمن والمصروفات وبأن هذا يعني أنه يجب على الشريك الذي يريد أن يشفع ، أن يؤدي الثمن والمصروفات للمشتري عندما يعلن برغبته في شفعة ما اشتراه وما هو في شركته أي أنه يجب أن يكون أداء الثمن والمصروفات عند اعلان الرغبة في الشفعة أو على الاقل داخل

الثلاثة أيام الموالية لهذا الاعلان ، فان لم يؤدي الثمن والمصاريف حتى مضي هذا الاجل سقط حقه . وأن هذا الحكم وان كان قد نص عليه الفصل 31 فيما يتعلق بالحالة التي يقوم فيها المشتري بعد تسجيل شرائه بتبليغه للشركاء الا أنه تقاس عليه الحالتان الاخرتان :

وهما ما اذا أراد الشريك أن يمارس حقه في الشفعة داخل شهرين من تاريخ عقد الشراء الذي حضر عند تحريره أو لم يحضره وطلب بالشفعة داخل السنة من تسجيل شراء المشفوع منه بالرسم العقاري بحيث أنه عليه في هاتين الحالتين أن يؤدي الثمن والمصاريف داخل ثلاثة أيام من يوم قيامه بتبليغ المشتري برغبته في الشفعة .

ويستدل الاستاذ ابن معجوز لرأيه بالفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود «الذي ينص على أنه يجب على الشفيع أن يدفع ما عليه من الثمن والمصاريف داخل ثلاثة أيام على الاكثر من تاريخ اعلان رغبته في الشفعة ؛ لان هذا الفصل يتكلم عن الشفعة وما دام لا يوجد نص في الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة فيجب الرجوع الى ظهير الالتزامات والعقود لانه القانون الذي كانت تطبقه المحاكم العصرية التي كان لها حق النظر في الدعاوي المتعلقة بالعقار المحفظ .»

لكن المجلس الاعلى لم يلتزم بهذا الاجتهاد وانما سار ونهج بموجب قرارات أخرى عديدة اجتهادا مغايرا يستبعد تطبيق أجل الاداء الوارد بالمادة 974 من قانون الالتزامات والعقود في حقل العقارات المحفظة وحصراً نطاق تطبيق المادة المذكورة على العقارات غير المحفظة .

وممن تبني هذا الاجتهاد الثاني الاستاذ سليمان الحمزاوي في مؤلفه الشفعة والصفقة علماً بأنه كان مستشاراً مقررراً ضمن الهيئة القضائية التي صدرت عنها بعض القرارات على هذا النحو .

وفي هذا الشأن عرض الاستاذ الحمزاوي بأن «العرض العيني يجب أن يكون حقيقياً ومتنووعاً عند رفضه من المشتري بايداع للثمن والمصرفات وقيمة

التحسينات وأن يتم هذا العمل المزوج المتمثل في ابداء الرغبة في الاستشفاع والعرض العيني وذلك خلال الاجل المضروب قانونا لممارسة حق الشفعة والمنصوص عليه بموجب الفصلين 31 و 32 من ظهير 19 رجب ، بحيث اذا كان أجل ممارسة الشفعة ثلاثة أيام كان أجل الاداء ثلاثة أيام وان كان الاجل شهرين اثنين كان أجل ايداع الثمن شهرين وان كان أجل الشفعة سنة فان أجل الاداء يحدد بدوره في السنة وبأن أجل الثلاثة أيام المنصوص عليه بموجب المادة 974 من قانون الالتزامات والعقود لا يطبق على شفعة العقارات المحفظة لكون هذا القانون لا يطبق عليها .

ومن قرارات المجلس الاعلى الصادرة على هذا النحو نستدل بقرارات منشورة بالمجلات التي تعني بشؤون القضاء بهذه المملكة والتي لبعض المثابرين من رجال القضاء كل الفضل في تنوير المحاكم والباحثين بما يستجد من اجتهادات للمجلس الاعلى وغيره من المحاكم .

أولا : القرار 673 الصادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 12-12-1979 في القضية عدد 68391 الذي تضمن في تعليقه (حيث تبث صحة مانعته الوسيلة ذلك لان الآجال المنصوص عليها في الفصل 32 من ظهير 2-6-1915 هي الواجبة التطبيق عند احتساب أجل الاخذ بالشفعة في عقار محفظ ، ويجب خلالها تقديم العرض العيني الحقيقي للاخذ بالشفعة اما أجل الثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود فانه لا يختلط بالاجل المنصوص عليها في الفصل 32 المذكور ويتعلق فقط بحالات امتناع أحد المالكين على الشيعاء من شفعة حصته مع تمسك باقي الشركاء في الشفعة مما يلزمهم شفعة الكل أعمالا لقاعدة عدم تبعيض الشفعة لذلك فان القرار لم يكن على صواب وخرق القانون عندما قضى برفض الدعوى لعلة عدم ايداع العرض العيني الحقيقي داخل أجل ثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود في حين أن الشراء وقع تسجيله بالرسم العقاري بتاريخ 5-12-73 وتم تقديم العرض العيني الحقيقي بتاريخ 5-12-74 أي داخل السنة الذي يجب اعتباره وحده عند احتساب أجل الشفعة في هذه النازلة» .

ثانيا : القرار الصادر عن المجلس تحت عدد 974 بتاريخ 4-4-79 في الملف المدني 72939 وورد بحيثيته (وحيث ان حق الشفعة بالنسبة للاملاك المحفظة يسقط حسب الاحوال بانصرام مختلف الآجال المنصوص عليها في الفصلين 31 و32 من ظهير 2-6-1915 فقط وأن المحكمة عندما طبقت خطأ مقتضيات المادة 974 من ظهير الالتزامات والعقود تكون قد خرقت القانون مما تكون معه الوسيلة مرتكزة على أساس).

ثالثا : قرار المجلس عدد 573 الصادر بتاريخ 31-12-75 ويتضمن: (وحيث ان الفصل 32 من ظهير 2-6-1915 لا ينص على ان مقال طلب تصحيح العروض العينية هو الذي ينبغي أن يتقدم به داخل السنة بل الرغبة في الشفعة والعروض العينية فقط . وحيث ان طالب الشفعة قد أبدى رغبته الاكيدة بتوجيهه داخل السنة الى المطلوب منه الشفعة يعرض فيها المبلغ الذي دفعه ثمنا ومصاريف تم بتاريخ 21-11-1966 عرض عليه بواسطة كتابة الضبط المبلغ الا أنه رفضه وبذلك يتحقق أنه مارس حقه في طلب الشفعة داخل الأجل القانوني) .

رابعا : قرار المجلس الاعلى عدد 21 الصادر بتاريخ 27-1-1981 ومنه : (وحيث يتجلى من اجراءات الدعوى ومن وثائق الملف الواصلة الى المجلس الاعلى ان المدعي المطلوب في النقص قيد رسم شرائه المذكور على الرسم العقاري عدد 3048 والمتعلق بالعقار المبيع يوم 24-1-74 غير أنه لم يودع العرض العيني لثمن المبيع والمصاريف بصندوق المحكمة المختصة الا يوم 30-6-1975 أي بعد مرور سنة وخمسة أشهر على تاريخ تقييد رسم شرائه على الرسم العقاري المذكور الذي كان يوم 24-1-74 حسب محضر الايداع المدرج بالملف وبذلك فان كلا من العرض العيني والايداع يكون قد قدم خارج الاجل القانوني المنصوص عليه في الفصل 32 من نفس الظهير وبالتالي فان المدعي لم تتوفر لديه كل الشروط المشار اليها لممارسة حق الشفعة في المدعي فيه) .

واستخلص هذا القرار [وحيث كما تقدم فان المدعي لم يتقدم بكل العرض العيني المذكور والايداع الذي هو شرط أساسي لممارسة حقه في

شفعة العقار المدعي فيه ضمن الاجل المنصوص عليه في الفصل 32 المذكور فان الحكم القاضي له بالشفعة غير مرتكز على أساس قانوني صحيح سليم].

خامسا : ورد بالقرار الصادر عن المجلس في الملف المدني عدد 91884 [لكن حيث أن الفصل 96 من ظهير 12_8_1913 لا مجال لتطبيقه في هذه النازلة التي تطبق عليها مقتضيات الفصل 32 من ظهير 2_6_1915 المتعلق بممارسة حق الشفعة التي هي موضوع الدعوى الحالية مما يكون معه الفرع الاول من الوسيلة غير جدير بالاعتبار وفيما يخص الفرع الثاني فان التاريخ الذي يجب اعتباره قانونا هو تاريخ التعبير عن الرغبة في استعمال حق الشفعة مع الايداع الفعلي لثمن المبيع والمصاريف بين يدي كاتب الضبط كما هو الحال في هذه النازلة وانه يتجلى من الوثائق ومن القرار المطعون فيه ان تسجيل الشراء من قبل المدعي عليه قد انجز بالمحافظة على الاملاك العقارية بتاريخ 20_7_1977 وبأن العرض العيني الحقيقي تم بتاريخ 14_6_1978 وبذلك يكون قد قام بممارسة حق الشفعة على الصفة وداخل الاجل القانوني طبق ظهير 2_6_1915 وبذلك فان الحكم المطعون فيه لم يخرق مقتضيات الفصل المذكور مما يكون معه الفرع الثاني من الوسيلة غير مرتكز على أساس].

ورغم هذا الاسترسال في قرارات المجلس الاعلى على هذا النحو فان الاستاذ الكزبري يعرض في كتابه «التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية» الصادر سنة 1982 أي بعد صدور كتابه التشريع العقاري والضمانات المشار اليه آنفا ما يلي [أنه من حيث المدة التي يجب فيها على الشفيع تأدية الثمن وتوابعه فلا بد من التمييز بين المنقول والعقار غير المحفظ من جهة والعقارات المحفظة من جهة ثانية فبالنسبة للمنقول والعقار غير المحفظ أوجب المشرع على الشفيع أن يؤدي الثمن وملحقاته معجلا وعلى الاكثر خلال ثلاثة أيام فاذا انقضى هذا الاجل دون أن يقوم بدفع ما عليه لم يكن لمباشرة حق الشفعة أي أثر . أما بالنسبة للعقارات المحفظة فظهير 19 رجب على غرار نظام الشهر العقاري في سوريا ولبنان لم يحدد أي مدة للوفاء بالثمن وتوابعه وأنه في المغرب استقر اجتهاد القضاء على القول بأن الوفاء بالثمن وملحقاته يجب

أن يحصل في نفس الوقت الذي يطلب فيه الشفيع شفعة الحصة المببعة وذلك استنادا لما ورد في الفصل 25 من ظهير 19 رجب من أن الشفيع يأخذ الحصة المببعة بالشفعة بعد أدائه الثمن ومصاريف العقد وقيمة التحسينات».

ونلاحظ ان الاستاذ الكزبري انما استخلص هذا الرأي في كتابه بشأن التحفيظ العقاري بالاستناد على قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 11 مارس 1941 وورد بنشرة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط لعام 1941 صفحة 131 دون ان يشير الى قرارات المجلس الاعلى المفصلة في هذا البحث كما يلاحظ أن الاستاذ الكزبري لم يبد رأيه حول المسألة في هذا الكتاب على خلاف مادعا الى الاعتداد به من تعميم مقتضيات المادة 974 حسب رأيه الاول بكتابه التشريع العقاري والضمانات .

بقي أن نشير الى ان ما آثرنا تسميته بالاشكالية سبق أن طرح على بساط النقاش وأثير الموضوع (دون ان يلقي له حل) خلال الندوة الخاصة بالعقار التي أشرفت عليها وزارة العدل . وبهذا الصدد يرى الاستاذ المنتصر الداودي في الصفحة 158 من الكتيب الذي نشرته الوزارة عن ندوة العقار [اذا كان الفصل 25 من ظهير ثاني يونيه 1915 قد نص صراحة على وجوب أداء ثمن العقد ومصروفاته فانه لم يحدد أجل هذا الاداء وبداية احتسابه ولذلك يظل أجله مفتوحا ما دام أجل ممارسة الشفعة مفتوحا بدوره].

ويضيف الاستاذ الداودي [وقبل الجواب على هذه التساؤلات لا يجب ان نخلط بين الاجل المفتوح لممارسة الشفعة والذي قد يصل الى سنة من تاريخ التسجيل على الرسم العقاري في بعض الحالات وبين أجل اداء ثمن العقد ومصروفاته والذي يرتبط بالاذن للشفيع بالتقدم بالعروض الحقيقية للشفعة . فالمجلس الاعلى مستقر على أن الشفيع ملزم بأن يتقدم بثمن العقد ولوازمه خلال ثلاثة أيام من تاريخ الحصول على الاذن بالعرض الحقيقي للشفعة . والجدير بالذكر أن المجلس الاعلى في قراره الصادر في الملف 51162 ناقش هذا الموضوع بتفصيل وتنطلق هذه المناقشة من أن أجل الثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل 974 من ظهير العقود والالتزامات قابل للتطبيق على

وأما القانون العراقي فلا يوجب ايداع الانصف الثمن بالمحكمة داخل ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة .

3 - رفع الدعوى للمطالبة بالشفعة.]

بينما اشار الاستاذ الكزبري الى أنه منعا لاساءة استعمال الشفعة وكى لايلزم المشتري المشفوع ضده أن ينتظر حتى يطيب للشفيع تنفيذ الحكم وتأدية المبلغ المحكوم عليه بدفعه ، لجأت المحاكم في سوريا الى تكليف صاحب الشفعة بتعجيل الثمن حتى تحكم له بالشفعة ، ولجأت في لبنان الى اعطائه في صلب الحكم مهلة ليؤمن خلالها دفع الثمن تحت طائلة سقوط حقه بالشفعة اذا انقضت هذه المدة دون دفع . ومما تقدم نستخلص أنه من الممكن تصور تبني بعض المحاكم للاجتهاد الاول للمجلس الاعلى بينما قد تعتمد محاكم أخرى الاجتهاد الثاني مما يؤدي الى تضارب القرارات الصادرة عن الجهات القضائية. وفي جميع الاحوال فان أحداث ندوات تشرف عليها الوزارة لمناقشة بعض القضايا القانونية العملية بحضور مختلف القضاة الذين يهتمهم الامر سواء من المحاكم الابتدائية ومراكز القضاة المقيمين أو المحاكم الاستئنافية بحضور مستشارين من المجلس الاعلى وبعض الاساتذة من ذوي الاختصاص ، وكذا اجتماع غرف المجلس الاعلى ، وقراءة القوانين قراءة تتكيف ومستجدات الواقع والعصر ، كلها عوامل جديرة بحل كل معضلة أو اشكالية تفرزها الوقائع المعروضة على القضاء .

والسلام

بني ملال في 31-1-1986
عبد الصمد الزعنوني

تدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات

(رد على مقال)

بقلم الاستاذ عبد الحق بنجلون
رئيس مصلحة المنازعات بالمديرية العامة
للجمارك والضرائب غير المباشرة

نشر في مجلة الملحق القضائي اعداد 11،10،9 الصادرة في نوفمبر 1983 مقال للاستاذ «تاج الدين بنعجيبة» مستشار بمحكمة الاستئناف بطنجة يتعلق بتدخل ادارة الجمارك في دعاوي حيازة المخدرات .

وقد جاء في ملخص المقال المذكور ان ادارة الجمارك قد دابت منذ دخول التنظيم القضائي الجديد حيز التطبيق في أكتوبر 1974 على التدخل في القضايا الجنحية الخاصة بحيازة المخدرات والتي تتعلق منها بالاشخاص الذين يتم ضبطهم بالحدود الجمركية سواء منها البرية أو الجوية أو البحرية، وتعتمد ادارة الجمارك في تدخلها هذا اساسا على قيام هؤلاء الاشخاص بمحاولة تصدير بضائع محظورة الشيء الذي يمس بخزينة الدولة ، وتوضح في مذكراتها أمام المحكمة ان المادة المخدرة المضبوطة في حوزة المتهمين لم يتم التصريح بها لدى أعوان الجمارك الشيء الذي يعتبر معه حائزها في وضعية عدم التصريح ببضاعة ، ثم توضح من جهة أخرى في تلك المذكرات ان قيمة المخدر المحجوز حسب السوق العالمية هو كذا ، وبناء عليه تلمس الحكم لها بتعويض يعادل خمس مرات تلك القيمة.

كما أضاف كاتب المقال ان المحاكم الابتدائية التابعة للدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف بطنجة دأبت على رفض تدخل ادارة الجمارك في تلك الدعاوي لعدم استنادها على أي أساس من القانون ، أولا تطبيقا للمبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة الا بنص» ولكونها مطالب غير مشروعة بنيت على أساس حيازة بضاعة هي في الاصل غير مشروعة وما بني على غير مشروع فهو باطل ثانيًا .

وقد ذكر في هذا المقال أن استمرار تدخل ادارة الجمارك في هذا المجال يطرح مشكلتين اولاهما قانونية والثانية اخلاقية وعلى أساسهما بني هذا البحث .

وكنتيجة لهذا البحث استخلص ان ادارة الجمارك غير محققة في تدخلها في دعاوي المخدرات كطرف مدني مستدلا بذلك على ان هذا الحق تمارسه شركة التبغ بمقتضى ظهيري 1932 و 1974 وان القانون الجمركي نفسه قد نفى في الفصل 115 ان تكون المخدرات من ضمن البضائع التي تدخل ضمن الانظمة الجمركية .

وفي الختام اشار صاحب المقال الى ان الجواب عن الاسئلة المطروحة في ميدان تدخل ادارة الجمارك في قضايا المخدرات يحتاج الى المزيد من البحث ملتصا من جميع الاشخاص المهتمين بالقانون المساهمة في المناقشات والابحاث حتى تعم الفائدة قصد ايجاد مواد خامة للمشرع يمكنه الاعتماد عليها والاستئناس بها .

واستجابة لهذه الرغبة يسعد ادارة الجمارك أن تتقدم بعرض تحليلي لجوانب الموضوع مع ابراز بعض الايضاحات المتعلقة بتدخل ادارة الجمارك في قضايا المخدرات مع تبيان بعض خاصيات القانون الجمركي .

قبل التطرق لمناقشة صلب الموضوع وتوضيح مشروعية المتابعة بالنسبة لادارة الجمارك في قضايا المخدرات نرى من اللازم ابداء الملاحظات التالية :

1) ان المقال المذكور يحمل عنوان «تدخل ادارة الجمارك في دعاوي حيازة المخدرات» غير ان كاتب المقال لم يتطرق الا لمادة الكيف ومشتقاته في حين ان المخدرات تشتمل على ازيد من مائة صنف (راجعوا المعاهدة الدولية الوحيدة في المخدرات لسنة 1961 والبيانات المرفقة بها) ومن ضمنها مواد الكوكايين والهروين التي سبق لمحاكم طنجة والدار البيضاء البت في شأنها .

2) لم يتطرق الباحث الا لجنحة محاولة تصدير بضاعة محظورة مع العلم ان ادارة الجمارك تنتصب طرفا مدنيا في قضايا المخدرات من أجل الجرح التالية :

- جنحة تصدير أو محاولة تصدير بضائع محظورة بدون تصريح.
- جنحة استيراد أو محاولة استيراد بضائع محظورة بدون تصريح
- جنحية حيازة بضائع بدون سند صحيح.
- جنحة الايداع التديسي داخل الدائرة الجمركية.
- جنحة المرور بدون رخصة داخل الدائرة الجمركية.

وللمزيد من الايضاح نرى أنه من اللازم ان نعرف ولو بشكل مقتضب بكل من هذه الجنح باستثناء جنحة التصدير أو محاولة تصدير البضائع المحظورة بدون تصريح التي سنفرد لها جزءا خاصا من هذا العرض.

1) عن جنحة استيراد أو محاولة استيراد بضائع محظورة بدون تصريح :

هي جنحة من الطبقة السادسة كما عرفت بها الفصول 281 و284 من مدونة الجمارك ومعاقب عنها في الفصل 280 من نفس المدونة الخاص بجنح الطبقة السادسة :

وتنص هذه الفصول :

الفصل 281 :

«تكون الجنح من الطبقة السادسة :

- 1 - التهريب المعرف به في الفصل 282 بعده ،
- 2 - عمليات الاستيراد أو التصدير المنجزة طبق الشروط المنصوص عليها في الفصل 284 بعده .
- 3 - المخالفات للأنظمة الموقفة المشار اليها في الفصل 285 بعده ،
- 4 - المخالفات لمقتضيات الجزء الثامن من هذه المدونة.»

الفصل 284 :

- «يقصد بالاستيراد المثار اليهما في 2 من الفصل 281 أعلاه استيراد أو تصدير بضائع محظورة أنجز عن طريق مكتب للجمرك :
- اما بدون تصريح مفصل أو بحكم تصريح مزور أو غير مطابق للبضائع المقدمة ،
 - واما بدون رخصة أو بحكم سند لا يطابق هذه البضائع» .

الفصل 280 :

- «يعاقب عن الجنح من الطبقة السادسة :
- بمصادرة الاشياء المرتكب الغش بشأنها ووسائل النقل والاشياء المستعملة لاختفاء الغش ،
 - بالحبس من شهر الى سنة ،
 - بغرامة تعادل خمس مرات مجموع قيمة الاشياء المرتكب الغش بشأنها ووسائل النقل والاشياء المستعملة لاختفاء الغش» .

2) عن جنحة حيازة بضائع بدون سند صحيح :

هي كسابقتها من جنح الطبقة السادسة ، والفصول التي تعرف بهذه الجنحة هي :

الفصل 181 و 281 (الفقرة 1) و 282 (الفقرة 4) من مدونة الجمارك ومعاقب عليها في الفصل 280 السابق ذكره أعلاه .

وتنص هذه الفصول :

الفصل 181 :

1 - يجب على الاشخاص الموجودة في حوزتهم البضائع المعينة خصيصا بمراسيم تتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالمالية ، أو الاشخاص الذين

ينقلون هذه البضائع ان يدلوا بمجرد ما يطلب منهم ذلك أعوان الادارة بايصالات تثبت ان هذه البضائع قد ادخلت بصفة قانونية الى التراب الخاضع أو بفاتورات شراء أو بأوراق صنع أو بجميع الاثبات الأخرى للأصل الصادرة عن أشخاص أو شركات مستقرة داخل التراب الجمركي بصفة قانونية .

2 - يجب كذلك على الأشخاص الذين كانت في حوزتهم البضائع المذكورة أو باشروا نقلها أو بيعها أو تفويتها أو معاوضتها وكذا الأشخاص الصادرة عنهم اثباتات الأصل ان يدلوا بالمستندات المشار إليها في (1) أعلاه كلما طلب منهم ذلك أعوان الادارة في ظرف خمس سنوات يبتديء اما من الوقت الذي لم تبق فيه البضائع بين ايديهم واما من تاريخ تسليم اثباتات الأصل .

3 - لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على البضائع التي يثبت الأشخاص الموجودة في حوزتهم أو الأشخاص الذين باشروا نقلها أو بيعها أو تفويتها أو معاوضتها بواسطة وثائقهم انها قد ادخلت بصفة قانونية الى التراب الخاضع وانه قد تمت حيازتها أو اقتناؤها بالتراب المذكور قبل تاريخ صدور المراسيم المذكورة.»

الفصل 281 :

1 - التهريب المحدد في الفصل 282 بعده ،

الفصل 282 :

4 - حيازة البضائع الخاضعة لمقتضيات الفصل 181 أعلاه عندما تكون هذه الحيازة غير مبررة أو عندما تكون المستندات المدلى بها على سبيل التبرير مزورة أو غير صحيحة تامة أو غير مطابقة.

3) عن جنحة الابداع التذليسي داخل الدائرة الجمركية :

هذه الجنحة تنتمي أيضا لجنح الطبقة السادسة حيث تستوجب خرق مقتضيات الفصل 180 من مدونة الجمارك التي تنص على هذه الجنحة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 280 من مدونة الجمارك .

وينص الفصل 180 المذكور :

« 1 - يترتب على ايداع البضائع المشار اليها في الفصل 170 الزام حائزها بتقديم سند المرور المتعلق بنقلها الى أقرب مكتب أو مركز جمركي من مكان الحيازة للتأشير عليه خلال الاربع والعشرين ساعة التالية لوصولها ، مع مراعاة الاستثناء الوارد في الفقرة 2 بعده .

2 - يعفى من تقديم سند المرور ايداع البضائع المذكورة في الاماكن المعينة بنص تنظيمي».

4) عن جنحة المرور بدون رخصة داخل الدائرة الجمركية :

لقد أفرد المشرع للتنصيص على هذه الجنحة التي هي أيضا من جنح الطبقة السادسة الفصول 170 وما يليه وكذا مقتضيات الفصول 281 و 282 من مدونة الجمارك وعاقب عنها بنص الفصل 280 من نفس المدونة .

وتنص هذه الفصول :

الفصل 170 :

« 1 - ان الماشية والمنتجات المفروضة عليها المكوس الداخلية عن استهلاك والمنتجات المحظورة بأية صفة من الصفات أو التي يكون دخولها أو خروجها خاضعا لقيود وكذا جميع البضائع الاخرى المعينة بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المكلف بالمالية بعد استشارة الوزير المكلف بالداخلية لا يسمح بحركتها في المنطقة البرية لدائرة الجمارك الا بموجب رخص مرور تسلمها الادارة أو السلطات المحلية في الاماكن الواقعة داخل الدائرة وغير المثلة بها الجمارك .

2 - يجب الادلاء برخص المرور المذكورة كلما طلبها أعوان الادارة أو غيرهم من أعوان القوة العمومية المؤهلين لتحرير المحاضر».

الفصل 281 :

- 1 - التهريب المحدد في الفصل 282 بعده ،
- 2 - عمليات الاستيراد أو التصدير المنجزة في الحالات والمنصوص عليها في الفصل 284 بعده ،
- 3 - المخالفات للانظمة الموقفة المشار اليها في الفصل 285 بعده ،
- 4 - المخالفات لاحكام الجزء الثامن من هذه المدونة ،
- 5 - المخالفات لاحكام الفقرة 1 من الفصل 46 أعلاه ،
- 6 - المخالفات لاحكام الفصل 56 أعلاه .

الفصل 282 :

- 1 - الاستيراد أو التصدير خارج مكاتب الجمرك وبوجه خاص الشحن والتفريغ والنقل من سفينة الى أخرى أو من طائرة الى أخرى خارج نطاق الموانئ والمطارات .
- 2 - عدم تقديم البضائع الموضوعة بمخازن وساحات الاستخلاص الجمركي ، حسبما هو معرف بها في الفصل 62 أعلاه عند أول طلب لاعوان الادارة .
- 3 - كل خرق لمقتضيات هذه المدونة المتعلقة بحركة وحيازة البضائع داخل المنطقتين البرية والبحرية لدائرة الجمارك ،
- 4 - حيازة البضائع الخاصة لمقتضيات الفصل 181 أعلاه عندما تكون هذه لاحيازة غير مبررة أو عندما تكون الاستندات المدلي بها على سبيل التبرير مزورة أو غير صحيحة أو غير تامة أو غير مطابقة ،

5 - الاستيراد أو التصدير بدون تصريح عندما تكون البضائع المارة من مكتب جمركي قد وقع التستر عنها عند إجراء المعاينة من طرف الإدارة باخفائها في مخابيء أعدت خصيصا لذلك أو باماكن غير معدة عادة لتلقي هذه البضائع» .

ان المقال المذكور أثار عدة تساؤلات بالنسبة لعدد من النقاط سنحاول التطرق اليها ويتعلق الامر بمشروعية متابعة ادارة الجمارك في قضايا المخدرات فيما يرجع الى :

- 1 - وجوب التصريح في الجمرك والتعريف بالحظر .
- 2 - صلاحية تطبيق ظاهئر : 12_11_1932 و 4_4_1954 و 21_5_74 .
- 3 - معيار الضرر ومدى اثره على قيام الجنحة الجمركية .
- 4 - قيمة المخدرات .

مشروعية المتابعة بالنسبة للجمارك في قضايا المخدرات :

لقد أكد المقال على ان المخدرات بضاعة غير مشروعة ومما يبين عدم ارتكازه على أي أساس قانوني انه لا يمكننا اعتبار جميع المخدرات غير مشروعة بحيث يجوز البيع والتعاقد في المخدرات . عندما تستعمل لاغراض طبية أو صناعية أو علمية .

فالطابع غير الشرعي لا يمكن في المادة نفسها فالصيادلة والاطباء والمستشفيات تتوفر على اعداد كثيرة من المخدرات تستعمل كمهدآت ومهبطات ومنوعات ومنشطات الخ... وما على الباحث الا الرجوع الى الجدول (ب) من قرار وزير الصحة العمومية رقم 60 - 730 مؤرخ في 29 يوليوز 60 للمزيد من الايضاح .

فالشيء الذي هو غير مشروع هو سوء استعمال هذه المواد وحيازتها من طرف أشخاص غير مرخصين لهذه الغاية .

وتجدر الاشارة ان المعاهد الدولية الوحيدة في المخدرات لسنة 1961 ، أكدت الفوائد العلمية والطبية والصناعية للمخدرات ، وقد تمت المصادقة على

هذه المعاهدة بموجب الرسوم الملكي رقم 66/236 بتاريخ 7 رجب سنة 1386 (22 أكتوبر سنة 1966) والتي انخرطت الملكة المغربية فيها بتاريخ 4 دجنبر 1964 .

وقد نصت هذه المعاهدة على ان المخدرات لها جوانب ايجابية تتمثل في استعمالاتها الطبية والعلمية (راجعوا مقدمة المعاهدة والفصل الاول ، الفقرة الثانية) والصناعية (الفقرة 9 من نفس المعاهدة) ، كما نصت المعاهدة كذلك على ان سوء استعمال المخدرات يمكن ان يتضرر منه الفرد والمجتمع وهذا هو الجانب السلبي للمخدرات .

وإذا رجعنا الى ظهير 24 أبريل 1954 المتعلق بمنع قنب الكيف وظهير 5 يونيو 1974 المتعلق بجزر الادمان على المواد السامة ووقاية المدمنين عليها فاننا نجدهما يعترفان بالطابع الشرعي للمخدرات فالفصل الثالث من ظهير 1954 ينص على ان السيد وزير الصحة العمومية يمكنه أن يرخّص زراعة أو صناعة الكيف ومشتقاته لاغراض علمية . اما الفصل الثاني من ظهير 1974 فينص على أنه يعاقب بالحبس من 5 الى 10 سنوات وبغرامة 5.000 الى 5.000.000 درهم كل من استورد ، انتج ، صنع ، حمل ، صدر وأمسك بصفة غير شرعية المواد أو النباتات المصنفة كمخدر .

وهكذا يتضح مما ذكر أعلاه ان القوانين الدولية والوطنية تعترف بشرعية المخدرات وان سوء استعمالها هو الغير المشروع .

اما القانون الجمركي فهو كذلك يعتبر المخدرات بضاعة كسائر البضائع ويسري عليها ما يسري على جميع البضائع الاخرى من وجوب التصريح ومعاينة وأداء الرسوم والمكوس الجمركية المستحقة .

وتعتمد ادارة الجمارك في هذا على كون المخدرات بجميع أصنافها مذكورة لفظا في التعرفة الجمركية ويؤدى عنها نسبة مائوية معينة.

وتعد التعرفة الجمركية هي المستند الاساسي الذي يعتمد عليه رجال الجمارك أثناء مزاولتهم لمهامهم سواء في الحدود أو داخل التراب الوطني وتضم التعرفة الجمركية كل أنواع البضائع والحيوانات والمنتجات الخ ...

وعلى سبيل المثال ذكرت الشيرة بالسطر التعريفي عدد 13_02 تحت اسمها العلمي «راتينج الكيف» كما ذكرت مادة الهروين بالسطر التعريفي 42.29 تحت اسمها العلمي «دياستيل مورفين» وذكر الايتالدون بالسطر التعريفي عدد 03.30 الخ ...

حيث ان الفصل «2» من مدونة الجمارك ينص على ان التعرفة الجمركية تشتمل على مصنف مجلس التعاون الجمركي .

حيث ان مجلس التعاون الجمركي هو وليد معاهدة بروكسيل بتاريخ 16 دجنبر 1950 .

حيث ان المملكة المغربية انخرطت في هذه المعاهدة بمقتضى الظهير الشريف عدد 68_939 المؤرخ في 18 رجب 1389 الموافق لـ 30 شتنبر 1969 (الجريدة الرسمية عدد 3011 بتاريخ 15_7_1970).

فمادة المخدرات بالنسبة للقانون الجمركي هي بضاعة يسرى عليها ما يسرى على جميع البضائع في الجمرك اذ ان الفصل 214 من المرسوم رقم 2_77_862 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 اكتوبر 1977) المتعلق بتطبيق مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة جعلها من ضمن المنتجات التي تطبق عليها مقتضيات الفصل 181 من مدونة الجمارك حيث ينص :

«تطبق مقتضيات الفصل 181 من مدونة الجمارك المذكورة على :

1 - المنتجات المدرجة في الملحق رقم 5 المضاف الى هذا المرسوم».

حيث ان المخدرات ذكرت في الملحق رقم 5 المذكور .

وجوب التصريح في الجمرك والتعريف بالحظر :

حيث يجدر التذكير انه اذا كانت المخدرات مواد محظورة فهي لا تعتبر وحدها من المواد التي يشملها الحظر فادارة الجمارك عندما تتابع شخصا ما من اجل استيراد أو تصدير مواد محظورة تتركز أساسا على مقتضيات القانون

الجمركي وهذا القانون هو قانون خاص يمتاز بخصائصه فالحظر حدد مفهومه في الفصل 23 من مدونة الجمارك المصادق عليها بظهير شريف بمثابة قانون رقم 339-77-1 بتاريخ 25 شوال 1377 (9 اكتوبر 1977) اذ نص :

الفصل 23 :

1 - لتطبيق هذه المدونة ، تعتبر محظورة جميع البضائع التي يكون استيرادها أو تصديرها :

أ = ممنوعا باي وجه من الوجوه .

ب = أو خاضعا لقيود أو لضوابط الجودة أو للتكييف أو لاجراءات خاصة .

فالحظر العام بالمعنى الذي اثير في المقال يختلف عن الحظر بالمعنى الجمركي وكما ورد التعريف به في مدونة الجمارك .

فاذا تكلمنا عن الحظر في الجمرك فانما نقصد بذلك حظر استيراد المواد أو حظر تصديرها ولا يمكن تصور أي حظر آخر خارج هذا الاطار ، فالبرنامج العام للاستيراد وكذا البرنامج العام للتصدير يحتويان على عدد كبير من المواد المحظورة (راجعوا اللائحة «ب» من البرنامج العام للاستيراد) ونجد منها على سبيل المثال قطاع الاثواب وأدوات الاستحمام وغيرها

وقد جعل المشرع هذا الحظر على درجتين ، فجعله نسبيا (اللائحة ب) في اولاهما ومطلقا في الثانية (اللائحة ج).

فالشخص المحاول استيراد أو تصدير هذه المواد بدون رخصة يعتبر مرتكبا لجنحة جمركية صرفة منصوص ومعاقب عليها في مدونة الجمارك الا ان المشرع في هذا العقاب لم يميز بين ما هو محظور نسبيا أو مطلقا ، ولكن درجة التمييز في العقاب تكمن فيما بين هو حر الاستيراد وما هو محظور أو بتعبير أصح تكون العقوبة أخف في الحالة الاولى الا انها تزداد شدة اذا تعلق الامر بمواد محظورة .

فالحظر اذن ليس دائما هو الحظر الشامل ، فهناك العديد من البضائع التي تعتبر محظورة الاستيراد أو التصدير لكونها تخضع لقيود في دخولها أو خروجها ولكنه بمجرد توفر الرخصة يرفع هذا الحظر .

ونعرض فيما يلي لتحليل موجز عن الطابع الجمركي المحض لجنحة «محاولة التصدير بدون تصريح» التي تشكل في أغلب الحالات الجنحة الرئيسية التي تتابعها ادارة الجمارك .

ان جنحة محاولة التصدير بدون تصريح هي جنحة ذات طابع خاص مستقلة عن شبهاتها المحتمل ان ينص عليها أي قانون آخر والجانب المركز عليه في هذه الجنحة هو عدم احترام مبدأ اجبارية التصريح الذي هو مبدأ قار في النظرية الجمركية الدولية وقد تبناه التشريع الجمركي المغربي اذ ينص في الفصل 65 من مدونة الجمارك الآتي ذكره على وجوب التصريح بكل البضائع (ايا كان نوعها وكيفما كانت القيود المفروضة عليها) اثناء عبور حدود التراب الوطني .

فالاغفال عن التصريح يشكل وحده الجنحة الجمركية الصرفة ، اما حظر البضاعة فلا رجوع له الا لتمييز درجة العقوبة اذ ان الجزاء على التدليس بشأن المنتوجات المحظورة (جنح الطبقة السادسة) هو أوج الزجر في التشريع الجمركي ، وهذا نص الفصل 65 :

« 1 - يجب أن يقدم بشأن جميع البضائع المستوردة أو المقدمة للتصدير تصريح مفصل يحدد لها نظاما جمركيا» .

« 2 - ان الاعفاء من الرسوم والمكوس عند الاستيراد أو التصدير لا يعفى من الوجوب المنصوص عليه في هذا الفصل» .

من أجل ذلك نجد رجل الجمرك يسأل دائما الوافدين على التراب الوطني والمغادرين له عما اذا كان لديهم شيء يصرحون به فاذا لم يصرح عابر ما للحدود الوطنية بما في حوزته فانه يكون قد خرق مقتضيات الفصل 65 أعلاه وهذا الخرق يكون جنحة جمركية صرفة منصوص ومعاقب عليها في القانون

الجمركي حسب القيود المفروضة على البضاعة غير المصرح بها (بضاعة حرة التداول أو بضاعة محظورة) والعقوبة تشدد أكثر عندما تكون البضاعة محظورة (أنظروا أعلاه) .

فيما يخص صلاحية تطبيق ظواهر 1932 و 1954 و 1974 :

وبخصوص ما أثاره ناشر المقال بشأن صلاحية شركة التبغ في احتكار ومناعبة الكيف ومشتقاته عملا بظهير 12 نونبر 1932 فإنه يجدر بالذكر أن هذا الظهير قد منح هذه الاخيرة بالفعل احتكار مادة التبغ كما خول لها الحق في مناعبة الجنج المتعلقة بمادة الكيف .

ولكنه بتاريخ 24 ابريل 1954 صدر الظهير المتعلق بمنع قنب الكيف والغى في فصله السادس جميع المقتضيات المتعلقة بمادة الكيف الواردة في ظهير 12 نونبر 1932 الذي لم يعد بالتالي يتعلق الا بنظام التبغ في المغرب فيما يرجع للاحتكار والاتجار فيه .

اما عن صلاحية ظهير 21 ماي 1974 في اعطاء حق المتابعات لشركة التبغ وحدها بشأن مادتي التبغ والكيف فهو قول غير صحيح باعتبار أن مهمة شركة التبغ محدودة في التبغ وحده وظهير 21-5-74 يتعلق بزجر الادمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على هذه المخدرات في حين ان القانون الجمركي يتابع من بين ما يتابع عنه مرتكبي جنح محاولة تصدير بدون تصريح لمواد الكيف ومشتقاته حيث تنتصب ادارة الجمارك كطرف مدني مستندة في الدعوى في ذلك على مبدأ اجبارية التصريح المنصوص عليه في الفصل 65 من مدونة الجمارك .

وإذا كانت النيابة العامة تتابع الجنج المقترفة بشأن مادة الكيف فما ذلك الا لأن تدخلها يكتسي طابعا زجريا محضا ولا يتنافى في شيء مع تدخل ادارة الجمارك فيما يخص متابعتها لجنح محاولة تصدير بدون تصريح لهذه المادة بصفقتها طرفا مدنيا في الموضوع شأنها في ذلك شأن متابعتها لجميع المواد المحظورة التي شدد القانون الجمركي على الخصوص الزجر عنها بأشد العقوبات .



مقيار الضرر واثره على قيام الجبحة الجمركية :

وقد طرح تساؤل حول ما اذا كانت الخزينة العامة للدولة متضررة من تهريب المخدرات أم لا ؟ وما هو التفسير الذي يمكن أن يعطي لمضمون الفصل 115 من مدونة الجمارك ؟

ان التصريح بأن مدونة الجمارك قد حسمت بنفسها الخلاف بصريح نص الفصل 115 وبأنها أوضحت أن المخدرات مستثناة من الانظمة الجمركية المنصوص عليها في المدونة قول لا يتفق مطلقا مع مفهوم القانون الجمركي ذلك أن الفصل 115 من مدونة الجمارك هو فصل خاص بسرد أنواع المنتوجات التي لا يمكن ادخالها في الانظمة المسماة بالانظمة الاقتصادية في الجمرک المعروف بها في الفصل 114 من المدونة .

وللمزيد من الايضاح نقول ان الانظمة الجمركية التي تخصص للبضائع تنقسم بصفة عامة الى قسمين :

(1) أنظمة عادية : تتمثل في الاستيراد والتصدير المباشر للبضائع وأداء الواجبات الجمركية بعد معاينتها والحصول على الترخيصات الضرورية المتعلقة بقبود الحظر عند الاقتضاء .

(2) أنظمة اقتصادية : حدد مفهومها في الجزء الخامس من مدونة الجمارك وخصص المشرع للكلام عنها والتعريف بميدان تطبيقها الفصول من 114 وما يليه الى غاية الفصل 118 من هذه المدونة .

ونشير ان هذه الانظمة الاقتصادية التي أنشأت من أجل تشجيع الاستثمار وتنمية الصناعة الوطنية وتطوير الصادرات تختص أساسا بكونها تعفي المستفيدين منها من أداء الرسوم والمكوس الجمركية على البضاعة وكذا من الادلاء بالترخيصات المتعلقة بقبود الحظر الواجب توفرها عندما يتعلق الامر بأنظمة عادية .

ففي اطار هذه الانظمة العادية فان البضائع سواء عند الاستيراد أو التصدير تنتمي بطبيعتها الى ثلاث فئات متميزة : حرة الاستيراد

(اللائحة «أ») ومحظورة حظرا نسبيا (اللائحة «ب») ومحظورة حظرا مطلقا (اللائحة «ج») (راجعوا الصفحة 4 و5).

فاذا كانت هذه التفرقة تملئها اعتبارات ظرفية واقتصادية خاصة فاننا نجد على نفس المنوال ما سنه المشرع بالنسبة للانظمة الاقتصادية في الجمرك عندما استثنى فئة كبيرة من البضائع من الدخول ضمن هذه الانظمة لاعتبارات خاصة كذلك وجاء الفصل 115 من مدونة الجمارك ليعدد على سبيل الحصر أنواع البضائع التي يشملها هذا الاستثناء ونسوق على سبيل المثال الحيوانات والبضائع الواردة من بلدان مصابة بأوبئة ، المخدرات ، الاسلحة الحربية ، المكتوبات والمطبوعات والرسوم واللوحات وغيرها ... (راجعوا الفصل 115 المذكور).

وإذا كان المشرع في هذا الفصل قد استثنى المخدرات صراحة من ميدان تطبيق هذه الانظمة كما استثنى غيرها من البضائع فما ذلك الا لأنها تعتبر من المواد المحظورة التي لا تصلح بطبيعتها ان تدخل ضمن هذه الانظمة ولا يمكن للمخدر بأي حال ان يستجيب للاهداف التي سنها المشرع بفضل الانظمة الاقتصادية كتشجيع الصناعة الوطنية والمساهمة في تنميتها وتطوير في الصادرات أو غير ذلك .

وبالرجوع الى الفصل 115 نفسه نجد ان النص افتح بعبارة لا تطبق هذه الانظمة ... والمقصود بها الانظمة الاقتصادية وليس الانظمة الجمركية بكاملها =

اما التساؤل عما اذا كانت خزينة الدولة قد تضررت من جراء تهريب المخدرات أو لا ؟ فالاجابة عنه في نص الفصل 214 من مدونة الجمارك الذي أوجب الحكم في جميع الحالات بالغرامة الجبائية المنصوص عليها في هذه المدونة ولو لم يلحق أي ضرر مادي بالدولة .

زيادة على ان الاجتهاد القضائي الدائم قد دأب على اعتبار ان العقوبات المنصوص عليها في القانون الجمركي اذا كانت مبدئيا تكون تعويضات الخزينة العامة فانها لا تخلو من صبغة جنائية .

ذلك فانه بغض النظر عن وجود أو عدم وجود الضرر الذي يجب أن يعوّض عنه ويتعين النطق بالمبالغ المطالب بها من طرف ادارة الجمارك . فامام ازدواجية صبغة العقوبات الجمركية لا يسوغ البحث عن الضرر الصادر من جراء ارتكاب الجنحة وعن تقدير مدى شدته مثلما هو الحال في القضايا المدنية الصرفة كما لا يسوغ استعمال السلطة التقديرية من ظروف التخفيف وايقاف التنفيذ وتطبيق البعض من كل العقوبات (الفصل 217 من مدونة الجمارك) على غرار ما يجري به العمل في القضايا الجزرية المحضة .

فكما يستخلص من الطبيعة المزدوجة للمبالغ التي يطالب بها القانون الجمركي لا يجوز الفصل بين طابعها الجزري وطابعها التعويضي فمن جهة سمى القانون الجمركي هذه المبالغ غرامات ووصفها بعقوبات وطلب بالحكم بها رغم انعدام الضرر اعتبارا للطابع الاول ومن جهة أخرى نص على أنها تغلب عليها صبغة تعويضات مدنية اعتبارا للطابع الثاني ولم يفرق أبدا بين هذين الخاصيتين بل أدمجها في العديد من مصطلحاته (عقوبة ذات صبغة مدنية ، غرامة تعويضية الخ ولم يحدد درجة كل من الجانب الجنائي والجانب المدني فيهما .

فالتعويض الذي تطالب به ادارة الجمارك في تدخلاتها بشأن الجرح المقترفة من جراء تصدير مواد الكيف ومشتقاته لا تبرره بالضرورة دوافع الضرر المادي الذي يمكن تصور الحاقه بخزينة الدولة اذ يكفي أن يتوافر الاثر المادي للجنحة حتى يصبح التعويض عنها شيئا لازما .

وهنا تتجلى أهمية العنصر المادي وأثره على قيام الجنحة الجمركية كما جاء بصريح العبارة في نص الفصل 205 من مدونة الجمارك الذي قرر أن الجنحة الجمركية تتكون بصفة مادية دون حاجة الى اعتبارية مرتكبها .

قيمة المخدرات :

ان المخدرات المذكورة بجميع اصنافها في التعرفة الجمركية (راجعوا ما

قيل أعلاه) ويؤدي عنها نسبة مائوية من قيمتها التي تختلف من مخدر
لآخر =

فالقائمة الواجب اعتبارها في ميدان الجمرك هي القيمة التي عرف بها
الفصل 219 من مدونة الجمارك : كما تم تعديله بمقتضى قانون المالية
لسنة 1986 رقم 85-33 هذا نصه :

إذا كانت الغرامة محددة بحسب قيمة الشيء الذي كان محل التهريب
وجب ان يعتبر في حسابها قيمة الاشياء المحجوزة (البضائع ووسائل النقل)
وقيمة الاشياء التي تقدر حجزها وفقا لما وقع اثباته بكل الوسائل
القانونية =

والقيمة الواجب اعتبارها لحساب الغرامة هي قيمة الشيء في حالة
جيدة بالسوق الداخلية في تاريخ ارتكاب التهريب ولو لم تكن البضائع
المعنية محل تجارة مشروعة .

وإذا تبين للمحكمة أن عروضاً مقترحة شراء أو بيع أو اتفاقيات كيفما
كان نوعها قد أنجرت أو أبرمت فيما يخص الاشياء المرتكب الغش بشأنها
مقابل ثمن يتجاوز سعر السوق الداخلية وقت ارتكاب المخالفة امكناها ان
تعتمد على هذا الثمن لحساب مبالغ العقوبات المحددة في هذه المدونة استناداً
الى قيمة الاشياء المذكورة .

فمن خلال هذا النص نستنتج ما يلي :

- 1) - ان قيمة البضائع تحدد حسب السوق الداخلي .
- 2) - ان القيمة الواجب اعتبارها هي القيمة المعول بها وقت ارتكاب
الغش والمقصود بالغش هذا هو ارتكاب الشخص صاحب المخدر للانفعال التي
تشكل خرقاً للنصوص المتعلقة بالجنگ التي تم تسطيرها أعلاه في بداية هذا
العرض =
- 3) - ان الفصل 219 المذكور لم يحدد بالتدقيق قيمة معينة للبضائع
المرتكب الغش بشأنها بل ترك المجال مفتوحاً عندما سمح بإمكانية الاعتماد

على قيمة يمكن استخلاصها والاستناد اليها من خلال اتفاق الاطراف ولو كانت تفوق السوق الداخلي .

4) - للفصل في جميع النزاعات التي يمكن أن تثار بشأن قيمة البضائع المحظورة بصفة عامة (مخدرات أو غيرها) فان الفصل 219 أعطى صبغة شمولية لمفهوم البضائع وأوضح ان القيمة الواجب اعتبارها في حساب الغرامة تخص جميع أصناف البضائع ولو لم تكن هذه لابضاعة محل تجارة مشروعة .

فالصبغة الشرعية أو غير الشرعية للبضاعة ليس من شأنها اذن أن تؤثر على تدخل ادارة الجمارك أمام العدالة بخصوص الجنح الجمركية مادام الامر يتعلق بخرق سافر لنصوص قانونية صريحة من طرف الجانح .

فالشيء الذي يمكن استنباطه من الملاحظات السابقة هو ان القيمة التي عرف بها الفصل 219 ليست بقيمة رسمية بل قيمة بضاعة وقع بشأنها الغش وسعرها قد يختلف من آن لآخر وباختلاف المعاملات .

يتعين التذكير اذن في هذا الشأن ان للمخدرات قيمة على النطاق الوطني كما ان لها قيمة على النطاق الدولي ومما يزكي هذا القول ان السلطات الاسبانية على سبيل المثال أفردت لكل صنف من أصناف المخدرات على اختلاف أنواعها قيمة معينة حددتها في سعر معين وقد اكتسب هذا التحديد صبغة رسمية صارت يعتمد عليها في القضايا المحالة أمام القضاء .

p. 75 → p. 87

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007478 تاريخ 2015/10/04
جديدة

اقامة الدعوى العمومية من طرف المتضرر مباشرة أمام هيئة الحكم

للاستاذ ادريس بلحجوب
وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالخميسات

«ان الوظيفة التي تؤديها النيابة العامة باعتبارها حارسا للمصلحة العامة تنطوي على مسؤولية اجتماعية كبيرة ، وهي حماية النظام الاجتماعي والقانون الذي اضطرب بسبب ارتكاب الجريمة ، ويجب عليها أن تتأثر واجبها في موضوعية وجدية مع اهتمامها بحقوق الانسان ... كما يجب عليها أثناء ممارسة وظائفها أن تستهدف «اعادة تهذيب المجرم».

هذا ما أكدته المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي سنة 1964 .

وهذا بهذه المبادئ عهد المشرع المغربي للنيابة العامة كمؤسسة قضائية باقامة الدعوى العمومية وممارستها ومراقبتها ، كما عهد استثناء لبعض الفئات بتحريكها في حالات خاصة ، واخضع متابعة البعض لامتياز قضائي بحكم وظائفهم ومناصبهم ، كما وضع قيودا مانعة من اقامتها في بعض الاحيان .

وعليه فاذا كانت المبادئ العامة تستوجب اقامة دعوى عمومية لتطبيق الجزاء كلما ارتكبت جريمة ، فانها تسمح في نفس الوقت باقامة دعوى مدنية لتعويض ما قد ينجم عنها من ضرر مع ترك الخيار للمتضرر في اقامة دعواه اما بالتبعية أمام المحكمة الجنائية أو رفعها الى المحكمة المدنية مستقلة . وهذا ما نهجته أغلب التشريعات اللاتينية والعربية على السواء وهكذا نصت المادتان 251 و 232 من قانون الاجراءات المصرية على ذلك بما يلي :

«لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً للمادة 275 ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية» .

«تحال الدعوى الى محكمة الجرح والمخالفات بناء على ... أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة أو المدعي بالحقوق المدنية» .

أما المشرع المغربي فقد نص في الفصل الثاني من قانون المسطرة الجنائية على ذلك بما يلي :

«تقام الدعوى العمومية على مرتكب الجريمة وعلى شركائه الاصليين أو المساعدين .

ويقيم الدعوى العمومية ويتابعها رجال القضاء أو الموظفون المعهود اليهم بها بمقتضى القانون .

كما يمكن للشخص المتضرر أن يقيمها طبق الشروط المبينة في هذا القانون .

ولئن عرف التشريع المقارن أسلوبين رئيسيين في كيفية اقامة الدعوى العمومية :

1) الاسلوب القانوني : الذي يلزم النيابة العامة باقامة الدعوى العمومية بمجرد علمها بوقوع أية جريمة .

2) الاسلوب التقديري : الذي يترك للنياحة العامة سلطة تقديرية لاقامتها أو عدم اقامتها .

فان المشرع المغربي أخذ بنظام الاسلوب التقديري ولطف في نفس الوقت من مفعوله حينما مكن الشخص المتضرر من الجريمة أن يرفع الدعوى العمومية أمام هيئة الحكم تحت مسؤوليته بواسطة شكاية مباشرة حدد شروطها قانوناً =

فكيف تقام الدعوى العمومية بواسطة الادعاء المباشر وما هي مبرراته ؟
وهل هناك شروط لقبولها ؟ وهل يقتصر حق اقامتها على المحاكم
العادية ؟

وهل من حق المتضرر التنازل عنها بعد تحريكها ؟ وما هي الآثار المترتبة
عن تقديمها ؟

قبل الاجابة على هذه الاسئلة يجدر بنا الاشارة الى أن الدعوى العمومية
ان عهد لجهات أخرى غير النيابة العامة بتحريكها بصفة استثنائية فان حق
ممارستها لا يختص به أحد سوى النيابة العامة التي تجمع بين تحريك
الدعوى الجنائية ومباشرتها «1» وهذا ما أكده الفصل الرابع من الظهير المؤرخ
15 يوليوز 1974 المتعلق بالاجراءات الانتقالية والفصل 34 من قانون المسطرة
الجنائية الذي يعهد للنيابة العامة باقامة الدعوى العمومية ومراقبتها . وعليه
فالادعاء المباشر هو اقامة الدعوى المباشرة لدى المحكمة المختصة دون المرور
بالتحقيق الاعادي من طرف المتضرر .

الا أن الفقه انتقد مبررات تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر ،
فاعتبر الدكتور أحمد فتحي سرور في كتابه أصول الاجراءات الجنائية أن منح
هذا الحق للأفراد قصد به تمكينهم من مراقبة النيابة العامة في تصرفاتها .
وذهب الدكتور مامون سلامة الى أن اعطاء هذا الحق للمضرور من الجريمة هو
حماية للمصالح الفردية . وعبر الفقيه ماصون بيرنار «2» بأنه قيد يرد على
انفراد النيابة العامة باستعمال سلطتها في تقدير ملائمة الاتهام . ونادى
آخرون باقتصار حق تحريك المتابعة على النيابة العامة وحدها مع فسخ المجال
للمتضرر بإمكانية الطعن في قرار الملاءمة الذي تتخذه النيابة العامة (الحفظ)
بعد استنفاد المضرور من الجريمة درجات التظلم الرئاسي ورفض التظلم(3)
وهذا ما نحاه المشرع الالمانى حينما خول في المادة 172 من قانون الاجراءات

(1) نقض جنائي بمصر عدد 310 سنة 28 قضائية جلسة 14/5/1957 قاعدة 136 صفحة 496

(2) MASSON BERNARD thèse dactylo Rennes 1975 N° 165 P. 265

(3) الدكتور محمد عيد الغريب في كتابه موسوعة الفقه والقضاء عدد 143.

للمجني عليه من الجريمة ان يلجأ الى محكمة الاستئناف لكي تصدر قرارها بالزام النيابة العامة بتحريك الدعوى الجنائية اذا ما رفض تظلمه المقدم الى المدعي العام ضد قرار الحفظ الاداري الذي اتخذته النيابة العامة .

والحقيقة أن المشرع الذي يساير نظرية سلطة ملاءمة الاتهام يحسن صنعا حينما يترك المجال للمتضرر من الجريمة لكي يقيم الدعوى العمومية تحت مسؤوليته وضمن شروط معينة ، وان كان الاجتهاد القضائي المغربي يذهب في أغلب الملفات الى عدم قبول الشكاية المباشرة شكلا في القضايا الجنحية لعدم توافر العناصر الضرورية في الادعاء ، لكون المشرع المغربي لم يعط لهذا الموضوع ما يستحقه من فصول منظمة له باستثناء فقرتين أشارت اليهما المادتان 366 و 393 من قانون المسطرة الجنائية التي أوضحت طريقة اقامة الدعوى فنصت :

«ترفع الدعوى الى المحكمة بالاستدعاء المباشر الذي تسلمه النيابة العامة أو المطالب بالحق المدني للمتهم أو للأشخاص المسؤولين عن الحقوق المدنية أن اقتضى الحال ...»

واني لأرى من الأنسب توحيدا للاجتهاد والعمل القضائي أن ينظم المشرع في فرع مستقل كيفية اقامة الدعوى العمومية في القضايا الجنحية من طرف المتضرر ، والشروط الواجب توافرها ، والآثار المترتبة عنها . فالفصل 367 من قانون المسطرة الجنائية الذي يحدد شروط توجيه الاستدعاء بالحضور للمتهم وللشخص المسؤول عن الحقوق المدنية وللمطالب بالحق المدني هو المعول عليه في بيان ما يستوجب على المتضرر توضيحه في مضمون ادعائه والا أدى الاخلال به الى البطالان ، بينما سنرى ان توضيح نوع الجريمة وتاريخ ومحل اقترافها والنصوص المطبقة عليها هي عناصر غير كافية لقبول الادعاء المباشر .

فان كانت الشروط المشار اليها آنفا تحدد لنا الاختصاص النوعي والمكاني للمحكمة ودرجتها لمقاضاة الجاني ومدى ما يمكن ان يلحق الفعل من تقادم وفصول المتابعة التي تنطبق على الوقائع المسطرة في الشكاية ، فان هناك اشكاليات كثيرة قد تثور عمليا في الادعاء المباشر امام هيئة الحكم .

فالمطالب بالحق المدني عادة لا يضمن في شكايته الهوية الكاملة للمتهم رغم ما يترتب على ذلك من آثار ، فليس أمام المحكمة خيار في تصديق أقوال المتهم حول حالته المدنية في حالة حضوره للجلسة. اما اذا تخلف عن الحضور رغم توصله بالاستدعاء فكيف السبيل ؟

مع العلم أن تاريخ ازدياد المتهم يحدد نوع المحكمة المختصة أهي المحكمة العادية أم محكمة الاحداث التي تخضع لمسطرة خاصة في اجراءاتها لكون هذه المحكمة تبت في موضوع الدعوى في غرفة المشورة طبقا للفصل 16 من قانون الاجراءات الانتقالية (16 يوليوز 1974) بينما مكان ازدياد المتهم يفرض على النيابة العامة في حالة الادانة ملء البطاقة المخصصة للسوابق العدلية وتوجيهها للجهات المختصة ، ناهيك ان صفة المتهم كموظف تفرض تحديد المحكمة المختصة اذا عرفنا أن أعضاء القوات المسلحة الملكية يخضعون في ارتكابهم لجرائم للمحكمة العسكرية باستثناء ما نص عليه المشرع في الفصلين 3 و8 من ظهير العدل العسكري كما أن فئات أخرى من الموظفين تخضع لامتياز قضائي طبقا لمقتضيات الفصول 267 الى 270 من قانون المسطرة الجنائية كما وقع تعديلها بالمرسوم الملكي المؤرخ في 1-11-1966 .

فكيف يتأتى للمحكمة المراقبة اذا كانت الشكاية المباشرة خالية من هذه البيانات ؟ وهل يجب على المطالب بالحق المدني الاشارة في ادعائه الى ضرورة اشعار العون القضائي اذا كان المتهم موظفا عموميا طبقا لما يستوجبه الفصل الثاني من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص في فقرته الاخيرة على ما يلي :

«اذا أقيمت الدعوى على قاض أو موظف عمومي أو عون أو مأمور السلطة أو القوة العمومية فتبلغ اقامتها الى العون القضائي بالمغرب والا كانت غير مقبولة على حالتها الراهنة» ... مع العلم أن المشرع المصري منع رفع الدعوى الى المحكمة بواسطة الادعاء المباشر اذا كانت موجهة ضد موظف عام أو أحد رجال الضبط من أجل جريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته . وما هو الموقف من المرأة المتزوجة التي ترغب في تحريك الدعوى العمومية بالادعاء المباشر ضد



زوجها مع العلم أن الفصل 366 من قانون المسطرة الجنائية لا يسمح لها بتقديم طلب الحق المدني ضد زوجها الا بعد الحصول على اذن من المحكمة المرفوعة اليها الدعوى فبالاحرى اذا لم تكن هناك دعوى اصلا ، شأنها في ذلك شأن الاشخاص المحرومين من مزاولة حقوقهم المدنية والراغبين في تقديم ادعائهم ضد نائبهم القانوني ؟

تلك هي أهم الشكليات التي تفتقر اليها الشكاية المباشرة في كل الملفات المعروضة على أنظار المحاكم الجنحية مباشرة . واني لا اعتقد أن العمل القضائي سيساهل في مراقبة هذه الشكليات لو كانت النيابة العامة هي المحركة للدعوى العمومية . فلم نقبل ادعاء مباشرا يفتقر الى هوية المتهم ولا نحمل المطالب بالحق المدني عبء اثباتها والا أدى الاخلال بذلك الى البطلان لتوقف سريان الدعوى على وجودها ؟

أما بالنسبة للرسوم القضائية فقد عالج المشرع في ظهير 3 فبراير 1961 المنظم لصوائر العدالة في الميدان الجنائي ما يتحمله المطالب بالحق المدني من صوائر تتطلبها الدعوى العمومية المثارة من طرفه بواسطة الاستدعاء المباشر ، ورتب على الاخلال بهذا الالتزام عدم قبول الطلب وهكذا نص في الفصل 63 منه على ما يلي :

«في حالة الاستدعاء المباشر أمام هيئة الحكم الجنائي من طرف المطالب بالحق المدني يجب على هذا الاخير أن يؤدي الضريبة التي قد يدفعها لو كان رفع قضيته الى المحكمة المدنية والا فيقرر عدم قبول طلبه ...»

أما بالنسبة لكيفية تحديد الايداع المالي من أجل مصاريف المسطرة فقد أشار الفصل 59 من الظهير الى أن الخصم الذي لم ينل المساعدة القضائية يتحتم عليه أن يودع بكتابة الضبط والا فلن يقبل بصفته مطالبا بالحق المدني ، المبلغ المحتمل أنه ضروري لجميع صوائر المسطرة اذا رفع قضيته مباشرة الى قاضي التحقيق أو الى المحكمة طبق الفصلين 93 و 333 من قانون المسطرة الجنائية ويقوم بتحديد مبلغ هذا الايداع :

1) - قاضي التحقيق بمجرد ما ترفع اليه الشكاية .

2) - المحكمة أثناء المناقشات اذا رأت ضرورة هذا الايداع .

على أن مبلغ الايداع المدفوع من طرف المطالب بالحق المدني الغير الخاسر قضيته يرد اليه طبق الشروط المقررة في هذا الظهير ، مع العلم أنه يجب تقديم طلب للحصول على ارجاع المبالغ التي سددت بها صوائر المسطرة من طرفه في ظرف الستة أشهر الموالية لصدور الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به حسب الحالة وطبق الشروط المقررة في الفصل 38 وما يليه من فصول هذا الظهير ، وعند انصرام هذا الاجل لا يمكن للمطالب بالحق المدني أن يطالب بارجاع الصوائر سوى الخصم المحكوم عليه . بقي علينا أن نشير مادامنا أمام الشكليات الواجب توافرها في الادعاء المباشر أمام هيئة الحكم الى نقطة أساسية هي : من له الصفة لاقامة الدعوى ؟ أهو المضرور من الجريمة ؟ أم المجني عليه من جريمة أصابت حقا من حقوقه ؟ على اعتبار أن المجني عليه قد ينقل الى الغير حقوقه كما أن لخلفه العام أو الخاص ان يمثلوه فيها .

لقد ذهبت أغلب التشريعات الحديثة الى قصر الادعاء المباشرة على كل من لحقه ضرر شخصي مباشر كما أن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المجلس الاعلى فيها من الكفاية للاجابة على هذا التساؤل فقد ورد في قرار عدد 179 صادر بتاريخ 10 فبراير 1977 في الملف عدد : 52653 أن :

«حق اقامة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية قصد المطالبة بالتعويض عن الضرر هو حق استثنائي لا يجوز ان يمارس الا في الحالات التي حددها القانون .

الدعوى المدنية لا تسمح أمام المحاكم الجزائية الا من الطرف الذي تضرر شخصيا ومباشرة من الجرم الذي نشأ عنه الضرر» وعليه فان والد الضحية مثلا لم يكن هو المتضرر شخصيا فلم تكن له الصفة والحالة هذه للمطالبه بالتعويض أمام المحاكم الجزائية ، كما اعتبر زوج المعتدي عليها في جريمة الاغتصاب انه لم يكن هو المتضرر شخصيا ومباشرة من الجريمة فلا صفة له

في التدخل كمطالب بالحق المدني (قرار المجلس الاعلى المنشور في مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد : 25 صفحة 199).

اما محكمة النقض المصرية فقد عبرت بأنه «اذا تحققت شروط الضرر الشخصي المباشر فانه يستوي بعد ذلك ان يكون المضرور هو المجني عليه أم غيره . اذا ليس في القانون ما يمنع أن يكون المضرور من الجريمة أي شخص ولو كان غير المجني عليه مادام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناجما عن الجريمة مباشرة ولذلك استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على قبول الادعاء المباشر من المجني عليه سواء كان شخصا طبيعيا كما هو الغالب أو شخصا معنويا كشركة تجارية أو جمعية خيرية ... الخ»

اما موضوع الشكاية المباشرة ووقائعها فأول ما يستوجب توافره هو الاشارة الى تاريخ ارتكاب الفعل الضار اذ من المعلوم أن الجريمة تتقدم بمضي خمس سنوات في الجرح وسنتين في المخالفات من تاريخ ارتكاب الجرم مالم يكن هناك اجراء قاطع للتقدم .

وعليه فان اغفال المطالب بالحق المدني في ادعائه المباشر ذكر تاريخ الجريمة يعتبر سببا مؤديا الى عدم قبولها شكلا لكون المحكمة تفتقر الى عنصر أساسي لمراقبة التقدم كما أنه من العناصر الجوهرية للشكاية المباشرة بالاضافة الى ذكر الوقائع بالتفصيل والاشارة الى مقتضيات فصول المتابعة، التأكيد على تنصيب المشتكى كمطالب بالحق المدني وتحديد مبلغ التعويض المطلوب .

أما بالنسبة لوسائل الاثبات فللمطالب بالحق المدني كامل الحرية في اثبات الفعل الضار بجميع الوسائل بناء على التماس يقدمه للمحكمة. انما يجب التذكير بان استدعاء الشهود يتوقف على مبلغ الوديعة الذي تحدده المحكمة حسبما ينص عليه الفصلان 16 و17 من ظهير 3 فبراير 1961 ، اللذان يشيران الى أن الشهود يتقاضون التعويضات بالاقطاع من الاموال التي يودعها المطالب بالحق المدني كما يحق لهم استرجاع صوائر السفر على متن القطار أو الباخرة أو بأي وسيلة من وسائل النقل مع تعويض عن الحضور يتراوح قدره بين خمسة دراهم وعشرين درهما .

وعليه فلا يمكن تصور اقامة الدعوى العمومية أمام غرفة الجنايات مباشرة بواسطة الاستدعاء المباشر من طرف المطالب بالحق المدني لان الفصل 13 من نفس الظهير حدد ثلاث حالات لعرض النازلة على غرفة الجنايات هي :

- (1) - احالة القضية من الوكيل العام للملك مباشرة .
- (2) - امر بالاحالة من القاضي المكلف بالتحقيق .
- (3) - قرار الاحالة من الغرفة الجنحية عندما تلغي أمرا بعدم المتابعة .

كما لا يمكن تحريك الدعوى العمومية بواسطة الادعاء المباشر أمام محكمة الجماعات والمقاطعات أو أمام المحاكم الاستثنائية كالمحكمة العسكرية أو محكمة العدل الخاصة ... وحينما يفضل المطالب بالحق المدني تحريك الدعوى العمومية أمام المحكمة الجنحية مباشرة بواسطة الاستدعاء المباشر - الذي يستوجب في نظري توافر جميع الشروط الشكلية المشار إليها أعلاه تحت طائلة عدم القبول - فان حافزه هو توخي السرعة في البتفي موضوع الجريمة وقد يكون تحدي قرار الحفظ الذي يمكن أن تصدره النيابة العامة على ضوء البحث الذي انجزته الضابطة القضائية .

فهل من حق المطالب بالحق المدني في هذه الحالة الاخيرة الاعتماد في وسيلة اثباته عند تحريكه للدعوى العمومية على البحث الذي تقرر فيه الحفظ من طرف النيابة العامة ؟ وهل يعتبر قرار الحفظ قرارا اداريا قابلا للتظلم ؟ .

اعتقد انه ليس هناك ما يمنع المطالب بالحق المدني من الادلاء أمام المحكمة الجنحية بكل وسائل الاثبات التي يرى فيها فائدة لتعزيز ادعائه بما فيها نسخة المحضر الذي تقرر فيه الحفظ من طرف النيابة العامة .

أما بالنسبة للنيابة العامة فيجوز لها العدول في أي وقت عن موقفها من الدعوى أو أي اجراء اذا تبين لها خطؤه ، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث أن قرار النيابة العامة بعدم رفع الدعوى الجنائية «الحفظ اداريا» رغم أنه صادر تبعا للفصل 40 من قانون المسطرة الجنائية بمناسبة وظيفة قضائية بأنه ليس عملا قضائيا وليس له قوة الشيء المقضي به ويجوز

للنيابة العامة العدول عنه في كل وقت كان طالما أنه لم تنقض الدعوى الجنائية بمضي المدة ودون حاجة الى ظهور وقائع جديدة (قرار جنائي 5 دجنبر 1972 دالوز 1977).

«والادعاء المباشر يضع يد المحكمة على الجريمة نهائيا ولذلك يتوجب عليها أن تثبت فيها ولا يحق لها أن تقرر احوالها على قاضي التحقيق بحجة أن التحقيق الاعدادي يكشف غوامضها خيرا مما تفعل هي» أما النيابة العامة فدورها يقتصر على الحق الممنوح لها في ممارسة الدعوى المقامة من طرف المطالب بالحق المدني مباشرة وعليه بأنه يجوز لها أن تطلب بطلان الادعاء المباشر المقدم لقضاء الحكم بناء على طلب المدعي المدني»

راجع قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ 6 مارس 1970 (1)

وهذا الاتجاه شبيه بما أقره المجلس الاعلى وان كان يهتم قاضي التحقيق لاقتضاء الحكم في قراره عدد 178 س 12 بتاريخ 12_12_68 المنشور في مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 6 صفحة 83 حيث اعتبر أنه اعتمادا على الفصل 574 من ق.م.ج. ورعا للفصول 2 و56 و94 و95 من نفس القانون فان الدعوى العمومية يمكن أن يقيمها علاوة على المكلفين من القضاة بمهام النيابة العمومية من انتصب مطالبا بالحق المدني بكيفية قانونية ، وعليه يكون لزاما على قاضي التحقيق الذي رفعت اليه الشكاية مقرونة بالمطالب بالحق المدني أن يحقق ويثبت بشأن الاشخاص الذين عينهم المطالب بالحق المدني كمتهمين وذلك ايا كانت مطالب النيابة العامة»

لكن ما دمنا في مناقشة الموضوع أمام المحكمة ينبغي الإشارة الى أنه اذا كان الفصل 323 من قانون المسطرة الجنائية يوجب على الشاهد أن يؤدي قبل الادلاء بشهادته اليمين القانونية المنصوص عليها في الفصل 116 من نفس القانون تحت طائلة بطلان الحكم عند الاخلال بذلك ، فهل يحق للمحكمة الاستماع الى المطالب بالحق المدني كشاهد ؟

CASS 6 MARS 1970 J C P 1970 (1)

من الرجوع الى مقتضيات الفصلين 324 و 325 يتضح انهما حددا الاشخاص الغير المؤهلين لاداء الشهادة أو المحرومين أو المعفين منها ولم يشيرا الى المطالب بالحق المدني من ضمن هؤلاء ؛ وعليه فقد ذهب المجلس الاعلى في قراره عدد 1344 س 23 الصادر بتاريخ 11_12_1980 في الملف الجنحي 77275 الى ان المحكمة بسماعها الشاهدة الضحية مع اعفائها من أداء اليمين لكونها مطالبة بالحق المدني تكون قد اخلت بما يتطلبه الفصل 323 وعرضت قرارها للنقض .

لكن ما الحكم اذا تنازل المطالب بالحق المدني عن ادعائه المباشر المشار من طرفه أمام هيئة الحكم ؟

اذا كان المبدأ العام لا يسمح للنيابة العامة بالتنازل أو الصلح في الدعوى الجنائية التي اقامتها فانه على العكس من ذلك يجوز للمطالب بالحق المدني أن يصرح أمام المحكمة برغبته في التنازل عن الدعوى المدنية والجزرية التي أثارها دون أن يترتب على ذلك أي جزء ، الا أن الاتجاهات متباينة حول سقوط الدعوى العمومية نتيجة هذا التنازل فالبعض يعتبر أن النيابة العامة هي صاحبة السيادة في ممارسة الدعوى التي قام بتحريكها المطالب بالحق المدني وان تنازله يقتصر على هذا الجانب دون سواء بينما اعتقد أن مقتضيات الفصل الثالث من ق.م. فيه من التبرير لسقوط الدعوى العمومية لكون المشرع المغربي اعتبر ان الدعوى العمومية تسقط بابرام مصالحه اذا كان القانون ينص على ذلك بوجه صريح وكذا الشأن في حالة سحب الشكاية اذا كانت شرطا لازما للمتابعة ، وعليه فما دامت الشروط الجوهرية لقبول الادعاء المباشر هي توافر مطالب مدنية مؤدى عنها الرسوم القضائية ، فان سحبها سيجرد الادعاء المباشر من أهم عنصر من عناصره وبالتالي فان تنازل المطالب بالحق المدني يستوجب تبعا لذلك الحكم بسقوط الدعوى العمومية ان لم أقل عدم قبولها شكلا لانعدام أهم عنصر فيها .

الا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30_5_1960 (1) أوضح أن الدعوى الجزرية التي تثار من طرف المتضرر يمكن

(1) منشور بالمجلة الجنائية رقم 298.

أن تتمحي إذا صرح المتضرر برغبته في التنازل عن كل من الدعوى المدنية والزجرية على السواء أما إذا لم يصرح بذلك فإن المحكمة ستستمر في نظرها الدعوى الزجرية ولا يؤثر تنازله عليها»

وجدير بالتذكير أن المشرع المغربي وإن عالج موضوع تنازل المطالب بالحق المدني عن طلباته في الفصلين 339 و 340 من قانون المسطرة الجنائية فإنه لم يتناول الآثار الناتجة بالنسبة للدعوى العمومية المثارة من طرفه وإنما تعرض للصوائر المترتبة عن الدعوى العمومية بعد تنازله فحلله منها كما سمح له بإقامة دعوى مدنية أمام الهيئة القضائية المختصة مدنية كانت أم تجارية إذا تنازل عن طلباته أمام المحكمة الجنحية .

بقي أخيرا أن نشير إلى الآثار المترتبة عن تحريك الدعوى العمومية بواسطة الادعاء المباشر سواء صدر الحكم بالبراءة أو قضى بعدم قبولها شكلا:

فمن الثابت أن المدعي المدني يتعين أن يكون يقظا في تحريك الدعوى العمومية لأن فشله في إقامة الدليل على ارتكاب الجريمة سيعرضه إلى متاعب قضائية لاحقة وهكذا نص الفصل 381 من قانون المسطرة الجنائية .

«إذا كان الفعل غير منسوب إلى الظنين أو لم تكن له صفة مخالفة للقانون الجنائي فإن المحكمة تصدر حكما بالبراءة وتصرح بعدم اختصاصها للبت في الدعوى المدنية وتبت أن اقتضى الحال في طلب التعويض عن الأضرار الذي يقدمه الظنين ضد المطالب بالحق المدني .

غير أنه إذا كان الحكم بالبراءة مدعما بأحد أسباب سقوط الدعوى العمومية المبينة في الفصل 3 فإن المحكمة تبقى مختصة وفقا للفصل 12 للبت في الدعوى المدنية ضمن الشروط المقررة في الفصل 380» .

وهكذا نلاحظ أن المشرع أعطى للخصم الذي رفعت ضده دعوى كيدية نالت من كرامته أن يتقدم بطلب التعويض ضد المطالب بالحق المدني من جهة كما يمكنه من تقديم شكوى ضده من أجل منابغته بتهمة الوشاية الكاذبة طبقا للفصل 445 من القانون الجنائي التي تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى

خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين الى ألف درهم كما يجوز للمحكمة أن تأمر علاوة على ذلك بنشر حكمها كله أو بعضه في صحيفة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

والخلاصة (1) ان الاثر الخطير الذي منحه المشرع للمطالب بالحق المدني في تحريكه للدعوى العمومية ووضعه على قدم المساواة مع النيابة العامة وما لوحظ في السنوات الاخيرة من زيادة ملموسة في عدد القضايا المعروضة بسبب اساءة استعمال الحق برفع الدعوى المباشرة أمام القضاء الجنائي لغاية تأخير البت في دعوى مدنية مرفوعة أمام القضاء المدني وذلك استنادا لقاعدة «الجنائي يعقل المدني» أو تصدا لاساءة الى سمعة المتهم البريء والتشهير به وما يترتب عنها من انعكاس على وضعيته الاجتماعية والادارية كل هذا يفرض علينا وضع قواعد عامة للدعاء المباشر من جهة مع التنصيص على بعض الاجراءات الجزائية على كل من خسر الدعوى وهي :

(1) - تحديد كفالة مسبقة توضع بصندوق المحكمة من طرف المطالب بالحق المدني قبل تحريك الدعوى العمومية بواسطة الادعاء المباشر أمام هيئة الحكم كما هو الحال بالنسبة لاجراءات الدعوى أمام هيئة التحقيق .

(2) - الحكم تلقائيا في حالة براءة المتهم أو بناء على ملتصم النيابة العامة بفرض عقوبة جنحية على المطالب بالحق المدني الذي أثار الدعوى العمومية بصرف النظر عن التعويض المطلوب من طرف المتضرر من الجريمة المتابع من أجلها . ولا ريب ان هذا الاجراء سيحد من مغالاة ذوي النزوات الخسيسة الذين يتخذون من الدعاوي وسيلة للتشهير بالابرياء كما يحد من عدد الملفات المعروضة على أنظار المحاكم في هذا المجال .

والله الموفق للصواب

وحرر بالخميسات في : 3 فبراير 1985

(1) مقال منشور مجلة المحاماة بمصر عدد 59 صفحة 139.

المملكة المغربية
وزارة العدل
مديرية محاكم الجماعات والمقاطعات

حول تجربة قضاء الجماعات والمقاطعات بالمملكة المغربية

احتل القضاء بالمملكة المغربية مكانة مرموقة عبر العصور المتلاحقة وقد مثل عبر التاريخ المغربي الحديث وبالخصوص في الظروف الصعبة الحالية ، ابان عهد الحماية الفرنسية بصدق مظهرا مهما من مظاهر السيادة القومية التي يوطرها الدين الاسلامي الحنيف من جهة واللغة العربية كطريق وكمنفذ وحيد نحو الفقه والاجتهاد من جهة أخرى .

ولقد كان تشبث المغربي الاصيل بقضائه التقليدي الاصيل نابعا من شعور طيب فياض املته عوامل من الثقة والاعتزاز به كقضاء يمثل كيان الامة ويجسد سيادتها واستقلالها عن طريق ربط الحاضر بالماضي التليد . وهكذا عرف تاريخ «القضاء الشرعي» المغربي فقهاء أمجادا تركوا وراءهم ذخائر نفسية وجد هامة من الاحكام والاجتهادات الفقهية العديدة .

ونتيجة للتضخم البشري وتطور العلاقات وتشعبها بين مختلف فئات الشعب المغربي اختطت الادارة منهاجا عصريا حديثا يتجاوب والطموح المرتقب ويستجيب لحاجيات ومتطلبات المواطنين ، فسنت القوانين وأحدثت المحاكم من عادية واستثنائية ، وفتح الباب على مصراعيه أمام الكفاءات التي كان يتم تطعيمها بين الفينة والاخرى بعدد من الاطر الفتية ذات الارادة الحسنة .

واستمرت المسيرة تصارع أمواج بحر القضايا المعروضة جادة مجهدة لتساير ركب النمو الاقتصادي الذي واكبه نمو ديمغرافي هائل أملى في العديد من الاوقات اعادة النظر في التشريعات القائمة من جهة ، وفي تحسين ظروف انتساب افراد الهيئة القضائية ، وتنمية مداركهم ، بعد اختيار الانسب من العناصر لشغل المناصب وتحمل المسؤوليات من جهة أخرى .

والمغرب كبلد نام متطلع الى افاق مستقبلية أفضل كان يراهن دوما على أن يتوأم رغبتين ملحتين تتمثلان في الاستمرارية والتجديد الا أن قلة عدد القضاة ، وانسحاب معظم الكفاءات من الهيئة القضائية اما عن طريق التقاعد أو الاستقالة أو بسبب الوفاة كون أمام المحاكم سيلا عارما من القضايا التي أخذ تراكمها وعدم البت فيها يثقل كاهل المحاكم ويتزايد يوما عن يوم مما سبب نوعا من القلق والبلبلة لدى المواطنين الذين كانت طائفة منهم مستاءة من عدم التعجيل باصدار أحكام تخص قضاياهم بسبب تعقد الاجراءات المسطرة والروتين الاداري المألوف بينما طائفة أخرى كانت مستاءة من تعقد اجراءات تنفيذ الاحكام.

وهكذا وبمناسبة عيد العرش السعيد لسنة 1974 خاطب جلالة الملك شعبه الوفي في الخطاب التقليدي الذي يلقي كل سنة بالمناسبة مخصصا جزءا هاما من هذا الخطاب لدراسة ما آلت اليه أحوال جهاز العدل ، وليرسم الطريق الجديد التي يتحتم السير فيها للتعجيل بالخروج من المأزق الذي أصبح جهاز القضاء مرغما على التواجد فيه ، فقال حفظه الله في هذا الصدد:

«وإذا نحن عدنا اليوم الى الحديث في هذا الموضوع فلاننا لاحظنا ولمسنا مدى ما يتردد في أوساط شعبنا من أصداء التذمر والاستياء نتيجة التباطؤ في اصدار الاحكام وتنفيذها ، ونتيجة توافر المسطرات وما اعترها من تعقيد، وتفاديا لاستمرار هذا الاستياء واستفداله ، واستجابة لواجب الاسراع بما يضع حدا لفساد الاوضاع ، ويكفل الاصلاح الذي لا يقنصر على الرأب والترميم ، وضعنا تقريبا للشقة وتيسيرا على المتقاضين مشاريع تقضي باحداث محاكم جديدة في الجماعات القروية والدوائر الحضرية ، وباسناد النظر الى هذه المحاكم في نطاق من الاختصاص المحدود» .

وبذلك وضع جلالة الملك اللبنة الاولى لارسال قواعد عدالة حديثة تمتاز بالديناميكية المتمثلة في السرعة في البت ، وبالبساطة في الاجراءات المسطرية ، كما تمتاز بالمجانبة .

ولقد روعيت في ذلك عدة جوانب ، منها تقريب الشقة على المواطنين

بأحداث محاكم قربية من جماعاتهم القروية في القرى القربية أو النائية تحقيقا لمبدأ تقريب القضاء من المتقاضين ، ومباشرة القضايا المعروضة في الفترة الانتقالية من طرف «حكام» منتخبين ، صار يطلق عليهم لقب «الحكام الجماعيين» بينما استمر القضاء «المحترفون» في ممارسة نفس القضايا الخاضعة لنفس التشريع في المحاكم الابتدائية بالمدن الحضرية والذين أصبحوا معروفين «بقضاة المقاطعات» أي «المقاطعات الادارية الحضرية» .

لقد كانت الفكرة المتمثلة في انشاء هذه المحاكم ، ترمي الى التخفيف من العبء الملقى على المحاكم العادية الاخرى لتتفرغ للقضايا الهامة ، ولتقضي على المخلفات التي ارهقت كاهلها .

كما كانت ترمي الى وضع عدد من القضايا ذات الاختصاص المحدد في يد هيئات «حكام» يتم انتخابهم شعبيا ليبتوا في قضايا تعتبر من القضايا اليومية المعاشة ذات الالتصاق المستمر بالمحيط وذات الارتباط الوثيق بالحياة اليومية لساكني البادية .

وهكذا فباستطاعة «الحاكم» الذي يستفيد من اتصاله اليومي المباشر بالحياة اليومية والاجتماعية لسكان قريته ، ومن اطلاعه عن كثب على مجريات الامور أن يضع حدا لكل مخالفة من شأنها تكدير صفو التعايش لدى مواطنيه وذلك ببته وبسرعة في ما يعرض عليه من قضايا وفي حدود اختصاصه سواء تعلق الامر بالميدان المدني أو الزجري .

وبصدور الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.339 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) فتحت صفحة جديدة في تاريخ القضاء المغربي ، بانشاء محاكم الجماعات في الجماعات القروية ، ومحاكم المقاطعات في الجماعات الحضرية .

وتتألف هذه المحاكم من حكام وأعوان لكتابة الضبط أو الكتابة وتعقد جلساتها بحاكم منفرد يساعده كاتب للضبط أو كاتب .

أما تعيين حكام المقاطعات وحكام الجماعات فيكون من بين القضاة طبقا

لمقتضيات القانون الاساسي لرجال القضاء ، ومن بين الاشخاص الذين لا ينتمون للهيئة القضائية ، وفي هذه الحالة يختار لكل حاكم نائبان ، بواسطة هيئة انتخابية متألّفة من مائة عضو ويعين هؤلاء الحكام المنتخبون لمدة ثلاث سنوات بظهير شريف باقتراح من المجلس الاعلى .

واثر تعيين حكام الجماعات ونوابهم يؤدون علانية عند تنصيبهم اليمين حسب الصيغة التالية :

«اقسم بالله العظيم على أن أنظر بكل امعان في القضايا المحالة علي ، وأن لا أخون لا مصالح الافراد ، ولا مصالح المجتمع ، وأن لا أصغى لا للحقد ولا للقساوة ولا للخوف ولا للعاطفة ، وان لا أحكم الا حسب الحجج المدلي بها أمامي ، مع التثبت بالنزاهة والصرامة اللائقين برجل حر مستقيم وان أحفظ السر المهني» .

وأثناء قيام حكام الجماعات وحكام المقاطعات ونوابهم بمهامهم أو بسبب قيامهم بها تحميهم الدولة مما قد يتعرضون اليه من التهديدات والتهجمات والسب والقذف ، ضمن الشروط المشار اليها في القانون الجنائي والقوانين الخاصة الجاري بها العمل .

وتضمن لهم الدولة زيادة على ذلك عند الاقتضاء وطبق الشروط المقررة بالنسبة للموظفين تعويضا عن الاضرار التي يمكن أن تلحقهم أثناء مباشرة مهامهم أو من أجل القيام بها ، وتحل محل المصاب في حقوقه ودعاويه ضد المتسبب في الضرر .

وإذا ظهر أن حاكم الجماعات أو حاكم المقاطعة أو الحاكم النائب تنقصه الكفاءة المهنية أو أخل بالواجبات التي تفرضها عليه مهامه أحيط وزير العدل علما بذلك ليقرر ما يجب اتخاذه وذلك بعد الاستماع لبيانات المعني بالامر ويمكن لوزير العدل اذا أحييت عليه أعمال اعتبر أنها تكتسي صفة الخطورة أن يصدر قرارا بتوقيف الحاكم حالا مدة لا تتجاوز أربعة أشهر ، ويقوم النائب الاول بمهام الحاكم مدة التوقيف كما أن الحاكم أو النائب المرتكب لمخالفات

أو اخلالات بواجباته المهنية بإمكانه أن يتعرض الى عقوبة العزل بظهير شريف باقتراح من المجلس الاعلى .

أما أسباب الانقطاع الاخرى عن العمل فتتمثل في الاستقالة ، وحاكم الجماعة ونائباه يقومون بمهامهم مجانا ، غير أنهم يتقاضون تعويضا عن المصاريف المترتبة عن عملهم حدد مبلغها وشروط منحها بمقتضى مرسوم .

تلكم مجمل الخطوط العريضة التي تضمنها ظهير احداث محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات بالمغرب .

ولقد كان من الضروري أن تتاح الفرصة أمام المولود الجديد الذي عليه أن يتمسك باهداب الحياة ويناضل من أجل الوجود والبقاء فجندت الطاقات ورصدت الامكانيات ، ولم يكن الامر هينا في البداية مما أملي وجوب السير في المشروع على مراحل .

وهكذا حدد بمقتضى الفصل السابع والثلاثين من الظهير المذكور تاريخ شروع هذه المحاكم في عملها ، وخول للمحاكم الابتدائية في انتظار صدور المرسوم حق الاستمرار في النظر في القضايا المسطرة في الفصل 22 وما يليه الى الفصل 32 مع تطبيق القواعد المسطرية المقررة في الظهير المنظم لهذه المحاكم الى أن يصدر المرسوم المنشود .

وصدر المرسوم ووجدت أطر وزارة العدل ليشهد القضاء أول عملية انتخابات لحكام الجماعات ونوابهم وبعد التنصيب وأداء اليمين نظم لهؤلاء الحكام وللنواب تدريب تولى خلاله السادة رؤساء المحاكم الابتدائية شرح الفصول المتعلقة بالجانب المدني كما تولى السادة وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية شرح الفصول المتعلقة بالجانب الجزري .

واستهل الحكام عملهم باسم الله ، وسارت القافلة التي اعتبرت كبدية لوضع حجر أساسي ليتم البناء والتشييد في الانتخابات التي أعقبتها بانقطاع الثلاثة أعوام الاولى على ممارسة الحكام لاختصاصهم .

ويعيش المغرب الآن تجربة الانتخابات الثالثة في تاريخ قضاء الجماعات تلك الانتخابات التي تمت بتاريخ 11-11-1983 لانتخاب 707 من الحكام و 707 من النواب الاولين (و 707 من النواب الثانئين أي أن مجموع عدد الحكام الجماعيين ونوابهم العاملين في الوقت الراهن يبلغ (2121) حاكما ونائبًا.

وهو مجموع يساوي ضعف عدد القضاة المحترفين على وجه التقريب .

ولقد برهنت التجربة والممارسة على أن الروح التي حدثت بالمشروع الى سنه لتشريع أحداث قضاء شعبي يتمثل في قضاء الجماعات هي روح أمّلتها فعلا عوامل مضبوطة ومدروسة لتثبيت سياسة قضائية رشيدة ترمي من جملة ما ترمي الى تحقيق عدالة نزيهة وسريعة خالية من التكاليف ، من جهة ومن تشعب الاجراءات وطولها من جهة أخرى .

كما دلت التجربة أيضا على أن أغلب القضايا المعروضة على هذا الصنف من القضاء ، هي قضايا تحتك بالحياة اليومية لساكني البادية ، وتتطلب ايجاد الحل السريع والمجدي في عين المكان فلا يضيع حق طالب ، ولا تترك الفرصة لارتداد عائد .

وغني عن التذكير أن الرؤيا التي ينظر بها القاض المحترف لاحدى القضايا التي تقع عادة بالبادية هي غير الرؤيا التي ينظر بها الحاكم القروي لنفس القضية ، بسبب عدم معاشمة الاول لظروف وملابسات القضية فهو بحكم عمله كقاض بالمدينة قد لا يقيم الوضع حق تقييمه ، ومن الممكن أن يهمل جانبا يعد في الواقع ركنا أساسيا في القضية ، بينما نجد الثاني أشد حرصا على أن يسمع الخصم دوي الحكم قبل أن يرتد اليه طرفه وليقع هذا الحكم في سمع القرويين ، فيعملوا ألف حساب قبل الاقدام على فعلة مماثلة في المستقبل .

ان الحاكم القروي يعرف بحكم معاشته لسكان قريته من أين تؤكل الكتف كما يقال فهو يعرف مدى الضرر الحادث ، ومدى تأثيره على المحيط ، وعليه أن يعالج المشكل بما يتناسب ورأب الصدع ، بالكيفية الجادة التي تترك أثرها الايجابي ، بانزال العقاب الرادع المتناسب وعقلية القرويين .

ولرب غرامة تنفذ على مرتكب المخالفة فورا أفضل مائة مرة من حبس المخالف عن طريق القضاء المهني بعد مرور أشهر على ارتكاب المخالفة مما يفقد العقاب فعالتيته .

ومكذا وفي هذا النطاق أعطى المشرع اختصاصات محددة في الميدان الجنائي لمحاكم الجماعات راعى فيها البساطة من جهة وقرب هذه القضايا من نفسية وعقلية القرويين .

فهو في الفصل التاسع والعشرين من الظهير المنظم لمحاكم الجماعات والمقاطعات ينص مثلا على معاقبة كل من يقوم بقيادة دواب موجودة تحت حراسة أو يمر بها أو يتركها تمر اما في أراضي الغير المهيأة أو المبدورة فعلا ولم تفرغ من محصولها واما في مغارس الاشجار المثمرة أو غيرها .

كما ينص على معاقبة كل من يدخل أو يمر في أرض أو جزء من أرض أم مهيأة للبذر أو مبدورة فعلا واما بها حبوب أو ثمار ناضجة أو قريبة من النضج دون أن يكون مالكا لهذه الارض ولا منتقعا بها ولا مستأجرا ولا مزارعا لها وليس له عليها حق ارتفاق أو مرور ، وليس تابعا ولا موكولا لاحد هؤلاء الاشخاص .

فلو أننا عرضنا الامر على أحد قضاة المحاكم الابتدائية وكما كان عليه الشأن في الماضي فسيصدر حكمه في النازلة بعد انصرام شهرين وربما سنين على وقوع الحادثة بحكم تشعب الاجراءات وانعدام دليل يفيد توصل المعنيين بالامر ، ولعدم تقدير القاضي ، ساكن المدينة للأثر الذي يحدثه فعل مخالف يقود دواب موجودة تحت حراسته في أرض مبدورة مملوكة للغير ، الامر الذي يمكن أن تترتب عنه مشاكل أخرى أكثر تعقيدا .

بينما يحدث العكس اذا ما قمنا بعرض نفس القضية على حاكم الجماعة القروية ، الذي هو مجبر منذ البداية . وينص الفصل الثاني والثلاثين من نفس الظهير الآنف الذكر على أن يقوم باشعار المخالف بأنه يتعين عليه الحضور أمام الحاكم لجلسة تنعقد في ظرف لا يتجاوز ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تسليم الاستدعاء اليه .

وعندما يمثل أمامه ويتأكد من هويته يشعره بالانفعال المنسوبة إليه ،
ويتلقى منه تصريحاته عنها ثم يصدر حكمه .

وبإمكانه وبقصد تكوين قناعته في الصميم أن يستمع للشهود وأن
ينتدب أحد ضباط الشرط القضائية لانجاز الابحاث المفيدة وبالخصوص لمباشرة
تفتيش المنازل .

وتسلم نسخة من الحكم الى السلطة المحلية التي يرجع لها أمر استيفاء
الغرامة .

وهذا الحكم بحكم تواجده اليومي بقريته - حيث لا يمكن - انتخاب
الحكام الا من بين الاشخاص المتساكنين بالجماعة التي يرشحون أنفسهم بها
لمزاولة منصب حاكم الجماعة - يقدر المخالفة الواقعة قدرها ، ويدرك بحسه
التلقائي الاثر الذي خلفته المخالفة كما يدرك بحدسه القروي المعتاد الاثر الذي
سيتركه حكمه الصادر في النازلة .

وهكذا فباجتماع عناصر البت السريع ، ومجانية التقاضي وبساطة
المسطرة الاجرائية ، وصدور الحكم عن حاكم محلي متفهم ، يمكن أن نحقق
الهدف الذي رعى اليه المشرع حينما سن قانون أحداث هذا الصنف من القضاء،
ذلك أنه لاعبث في النصوص التشريعية ولاعبث في روح القانون .

والتجربة التي مرت بها محاكم الجماعات هي كغيرها من التجارب الاخرى
التي قد لا تخلو من العطاء ، وبالفعل حدثت بعض الاخطاء التي أمكن تجاوزها،
كما حدثت بعض المخالفات التي أوجبت متابعة بعض الحكام أمام هيئة المجلس
الاعلى للقضاء الذي قرر بالنسبة لعدد من المحالين انزال عقوبة العزل بهم ،
وهي أقصى العقوبات التي يمكن انزالها بموظف .

ورغم أن أحكام حكام الجماعات وحكام المقاطعات لا تقبل أي طعن عاديا
كان أو استثنائيا فان بالإمكان احالة هذه الاحكام في الاحوال المحددة في
الفصل الواحد والعشرين بعده على المحكمة الابتدائية داخل ثلاثة أيام من
يوم النطق أو التبليغ بواسطة الاطراف أنفسهم ، كما يمكن أن تحال من طرف
وكيل الملك داخل ثلاثة أيام الموالية لاشعاره .

وعلى رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أن يبت داخل خمسة عشر يوما، ولا يقبل أمره أي طعن .

أما حالات الاحالة فتتلخص في عدم احترام الحاكم لاختصاصه أو بته بالرغم من تجريج أحد الاطراف له عن حق ، أو بته دون أن يتحقق مسبقا من هوية الاطراف ، أو حكمه على المدعى عليه دون أن تكون له الحجة على أنه توصل بالتبليغ أو الاستدعاء .

وإذا ما قم طلب الاحالة فان الحكم الصادر يوقف تنفيذه .

ولعل الملاحظة التي تم تسجيلها في هذا الصدد تتمثل في أنه رغم اقبال عدد لا يستهان به من المتقاضين على «الطعن» بالاحالة فان عددا قليلا منهم ينجح في مسعاه ، اما بجعله بالحالات الواردة على سبيل الحصر في الفصل الواحد والعشرين ، واما بتقديم طلب الاحالة خارج الاجل المنصوص عليه (أي داخل ثلاثة أيام من يوم النطق أو لمواكبة مسيرة قضاء الجماعات والمقاطعات أحدثت بوزارة العدل مديرية عهد اليها بالاشراف على هذه المحاكم ومراقبتها، ومدعا بالوسائل المادية والبشرية ، وتدعى «مديرية محاكم الجماعات والمقاطعات» .

وتتوصل هذه المديرية التي تراقب سلوك حكام الجماعات وعملهم اليومي بتقارير واحصائيات دورية عن سير هذه المحاكم ، كما تتوصل بالابحاث الناتجة عن شكاوي المتقاضين ونظلمهم من تصرف بعض الحكام ان عملية ارساء قواعد قضاء شعبي كقضاء الجماعات الذي أحدث بالمغرب استلزم تضحيات جساما وتطلب مجهودا فكريا وماديا لتأمين السير العادي لهذه المحاكم .

فمن تأمين البنايات الى تأمين المناصب المالية ، الى تأمين التجهيز الضروري ، الى تأمين المطبوعات والنماذج .

وعلى ذكر النماذج ، فقد تم احداث جميع نماذج المطبوعات والسجلات الخاصة بمحاكم الجماعات والمقاطعات غداة احداثها .

وهكذا تم احداث سجل لتقييد القضايا المدنية ، ونموذج لملف مدني ونموذج للتبليغ والاستدعاء وآخر لاستدعاء شاهد ، ونموذج لمحضر يتضمن اتفاق الاطراف على تمديد اختصاص حاكم الجماعة أو المقاطعة ونموذج لمحضر التصالح ، ونموذج للحكم الذي يصدر باسم جلالة الملك ، ونموذج لطلب تبليغ حكم وتنفيذه ، وسجل يتعلق بتنفيذ الاحكام المدنية ونموذج لمحضر التنفيذ ومحضر الامتناع والانداز ، ومحضر الافراغ ، ونموذج لطلب تطبيق الاكراه البدني ، ونموذج للاشعار بطلب الاحالة ، ونموذج لتوجيه محضر ، وسجل لتقييد القضايا الجنائية ، ونموذج للاستدعاء في القضايا الجنائية ، وللحكم الصادر باسم جلالة الملك في نفس القضايا وسجل لتنفيذ الاحكام الجنائية ... الى غير ذلك من عشرات المطبوعات والسجلات المعتمدة .

وأخيرا فانه ومهما قيل في هذا الصنف من القضاء من مدح أو ذم ، فانه يبقى تجربة رائدة ومعلمة قائمة ماثلة للعيان ، ونموذجا يحتدى ، في سبيل تأمين عدالة مرضية ، تتسم الى جانب فعاليتها بليوننة مسطرتها وقربها من عقول المواطنين القرويين ، بعد اقترابها منهم واستقرارها بعقر ديارهم .

ويسر مديرية محاكم الجماعات والمقاطعات بوزارة العدل بعد هذا العرض الوجيز عن تجربة قضاء الجماعات بالمغرب أن تتقدم في الصفحات الموالية بدراسة وافية عنها ، تستقطب في بابها الاول بيان موضوع :

أ - اختصاص هذه المحاكم .

ب - كيفية اختيار قضاتها .

ج - الاجراءات المسطرية المتبعة أمامها .

وتستقطب في بابها الثاني دراسة تتضمن تقييم تجربة محاكم الجماعات والمقاطعات وتطلعاتها المستقبلية .

بالاضافة الى البحث الذي استقطب دراسة موضوع التحكيم في الباب الثالث والاخير .

من حيث الاختصاص

1 - في المادة المدنية

الاختصاص هو الالهية الممنوحة للمحكمة للنظر في الدعوى وهو على تسميين :

1 - اختصاص نوعي :

ويتعلق بالحق المخول الى محكمة من درجة معينة للنظر في النزاعات التي أسند لها القانون حق الفصل فيها .

2 - اختصاص محلي :

وهو تعيين المحكمة التي يدخل في اختصاصها الترابي الحكم في الدعوى دون بقية المحاكم من مستوى درجتها الموجودة في انحاء البلاد .

وتختص محاكم الجماعات والمقاطعات بالنظر في :

- الدعاوي الشخصية والمنقولة اذا لم تتجاوز قيمتها ألف درهم والدعوى الشخصية هي التي يكون الهدف منها حماية حق شخصي ، ويقصد منها تنفيذ التزام كيفما كان مصدر وموضوع ذلك الالتزام ، سواء تعلق الامر بدين أو التزام بفعل شيء أو تركه كالدعوى التي يرفعها الدائن طالبا الحكم على مدينه بتأدية الدين الذي بذمته ودعوى البائع على المشتري بتسليمه ثمن البيع وتقابلها الدعوى العينية ، فالدعوى الشخصية هي غير النزاعات المتعلقة بالاحوال الشخصية والميراث المنصوص عليها في الكتب السنة لمدونة الاحوال الشخصية والتي أكد المشرع عدم اختصاص هذه المحاكم فيها بمقتضى الفقرة الاولى من الفصل الثاني والعشرين من ظهير تأسيسها .

أما الدعاوي المنقولة فهي التي تنصب على منقول وتقابلها الدعوى العقارية ولذلك نص المشرع في نفس الفصل على أن هذه المحاكم لا تنظر في الدعاوي العقارية .

- طلبات الوفاء بالكراء اذا لم تتجاوز قيمتها ألف درهم .

فهذه المحاكم تختص في كل دعوى ضد مكتر لم يؤدي وجيبة الكراء ضمن النصاب المحدد سواء كان مستغلا لمحل تجاري أو معد للسكنى أو لمهنة أو لأرض عارية أو فلاحية .

- طلبات فسخ عقود الكراء بشرطين :

أ - أن تكون العقود غير تجارية .

ب - أن تكون العلة المبنى عليها الطلب هي عدم دفع وجيبة الكراء الحالة الثابتة «وتجدر الإشارة الى أنه نظرا لما ورد في الفقرة الثانية من الفصل الثاني والعشرين من ظهير 24 جمادى الثانية 1394 موافق 15 يوليوز 1974 الذي نحن بصدد من ان حق الاختصاص بالبت في طلبات فسخ عقود الكراء المبنية على عدم أداء الوجيبة الكرائية يرجع لمحاكم الجماعات والمقاطعات ، ونظرا لما تكتسيه القضايا المتعلقة بالافراغ من أهمية بالنسبة للمجتمع وتفاديا لكل ما قد يطرأ من صعوبات خصوصا في هذه المرحلة التي لازال حكام الجماعات لم يتعودوا بعد على التمعن في مثل هذه القضايا فقد أصدرت وزارة العدل بتاريخ 22 صفر 1398 موافق فاتح فبراير 1978 منشورا تحت عدد 806 ارتأت فيه أن تؤجل مؤقتا والى أن تصدر تعليمات جديدة في الموضوع سريان مفعول الفقرة الثانية من الفصل المذكور وأن تقتصر المحاكم المذكورة على البت في أداء واجبات الكراء دون الامر بالافراغ» .

- دعاوي انتهاء احتلال حال :

بحيث يمكن لمحاكم الجماعة أو المقاطعة أن يأمر بجميع التدابير التي يراها ضرورية لانتهاء احتلال حال مانع من الانتفاع بحق الملكية وارجاع الامور الى حالتها الاولى الى أن تثبت المحكمة الابتدائية في دعوى الاستحقاق عند الاقتضاء .

2 - تختص محاكم الجماعات والمقاطعات محلية :

- بالنزاعات المثارة ضد الاشخاص الذين يقطنون بدائرة نفوذها بحيث

يتعين على المدعي أن يبسعى الى موطن المدعي عليه انطلاقا من أن الاصل الذي هو براءة الذمة حتى يقيم الطالب الحجة على ما يدعيه قبل غيره فالمدعى اذن مكلف قانونيا بالاثبات وعليه أن يسعى الى المدعى عليه في محكمته .

امتداد الاختصاص النوعي :

انطلاقا من ان امتداد الاختصاص اما رضائي أو قانوني ، وفي نطاق ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات لا يمكن تمديد اختصاص هذه المحاكم الا اذا تحققت الشروط الآتية :

أ - ان يتعلق الامر بنزاع نوعه ومحلّه من اختصاص محاكم الجماعات والمقاطعات .

ب - أن يقع التمديد باتفاق صريح يبرم بين الطرفين أمام الحاكم .

ج - ان لا تتجاوز قيمة النزاع المتفق على تمديده ألفي درهم .

د - أن يضمن الاتفاق كتابة ويوقعه الطرفان أو يشار فيه انهما لا يستطيعان التوقيع .

أما الامتداد القانوني : فينحصر بالنسبة لهذه الجهة في الطلب المقالي الذي هو دعوى عارضة يقدمها المدعى عليه طالبا الحكم على المدعي بحيث لا يقتصر في رده على مقاومة مطالب المدعى والتصدي لها بل يعتبر نفسه دائئا للمدعي ويطلب من الحاكم الحكم عليه فتبقى المحكمة مختصة بالنظر في الطلبين معا مادام كل واحد منهما لم يتجاوز ألف درهم ، لكن اذا تجاوز الطلب المقابل وحده ألف درهم بثت المحكمة بحكم مستقل في الطلب الاصيل واحالت صاحب الطلب المقابل على من له حق النظر .

الدفع بعدم الاختصاص

لقد راعى المشرع في تحديد اختصاص حكام الجماعات والمقاطعات القواعد التالية :



- تُعد اختصاصها نوعيا ومحليا على سبيل الحصر .
اعتبار حسن سير العدالة ومصحة الاطراف فيها فهي اذن من النظام العام .

- اعتبار عدم احترام الحاكم لاختصاصه مطلقا من أسباب الاحالة الى رئيس المحكمة الابتدائية .

وبذلك يحق للطرفين معا اثاره الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمحلي وفي كل مراحل الدعوى كما يجب على الحاكم أن يثبته من تلقاء نفسه كلما كان الطلب خارجا عن ولايته .

اختصاصات السلطة الادارية المحلية :

الى جانب اختصاصات محاكم الجماعات والمقاطعات المشار اليها أعلاه منح المشرع اختصاصات خاصة للسلطة الادارية المحلية ضمنا وتعزيزا لحسن الفعالية المتوخاة وتنحصر هذه الاختصاصات في التبليغ والتنفيذ والاشعار .

1 - التبليغ :

يكلف ممثل السلطة الادارية المحلية بتبليغ مقال الدعوى للمدعى عليه اذا لم يكن حاضرا وقت تقديمه تنفيذا لامر الحاكم ، وتبليغ الاستدعاء الموجه الى الطرفين للحضور في الجلسة المحددة وتبليغ استدعاء الشهود وذوي الخبرة عند الاقتضاء .

ويتعين في هذه الاحوال بمجرد وصول الطيات العدلية أن يسلم المقال الى المدعى عليه والاستدعاءات الى أصحابها وأن تملأ شهادة التسليم الموجودة أسفل الطي ملئا دقيقا يتضمن اسم من بلغ له المقال وسلم له الاستدعاء اذ المعلومات التي تحتوي عليها هذه الشهادة أساسية في تسيير الدعوى وتوجيهها نحو النهاية فهي الحجة المادية على أن المدعى عليه مثلا توصل بالتبليغ أو الاستدعاء تلافيا لوجود ما يبرر الاحالة .

- اذا كان للحاكم أو لزوجته منفعة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع أو كان أحد الاطراف مستخدما عنده .
 - اذا وجدت قرابة مصاهرة بين الحاكم أو زوجته وبين أحد الاطراف الى درجة ابن العم بادخاله .
 - اذا كانت هناك دعوى قائمة من أحد الاطراف ومن الحاكم أو زوجته .
 - اذا كان الحاكم دائنا أو مدينا لاحد الاطراف .
 - اذا سبق له أن ابدى رأيه في النزاع أو أدى شهادة فيه .
 - اذا كانت هناك عداوة خطيرة بينه وبين أحد الاطراف .
- وعليه فان الحكم الذي سيصدره الحاكم رغم تجريحه عن حق بمقتضى الاحالة الى رئيس المحكمة الابتدائية يصير كأنه لم يكن .

ج - الاجراءات المسطرة المتبعة أمام محاكم الجماعات والمقاطعات

1 : في المادة المدنية

- تقييد الدعوى واجراءاتها .
- عوارض المسطرة .
- الحكم ومراقبته .
- تقييد الدعوى واجراءاتها .

ترفع الدعوى الى الحاكم بمقتضى مقال مكتوب أو شفوي وفي هذه الحالة على كاتب المحكمة أن يضمه كتابة من حيث بيان أسماء الاطراف العائلية والشخصية والمهنة والعنوان بتدقيق والوكيل ان كان وعنوانه وتوضيح موضوع الدعوى وأسبابها بايجاز مصحوبا بالحجج ان كانت ، ثم يسجله بسجل القضايا المدنية ويفتح له ملف يعطي له رقم التسجيل الترتيبي فاذا كان الطرفان حاضران معا يبيت الحاكم في الدعوى في نفس الوقت وفي حالة

العكس يأمر الحاكم بتبليغ المقال للمدعى عليه واستدعاء الطرفين لجلسة لا يتجاوز تاريخها ثمانية أيام .

وحيث أن المسطرة شفوية فانه يحق للطرفين تتبع اجراءاتها مباشرة أو ينيبوا عنهم أحد المحامين المسجلين بنقابة من نقابات المغرب في جميع الاطوار الى نهاية تنفيذ الحكم أو أحد المحامين المزاولين مهامهم في بلد أجنبي بشرط توفر الاذن وتعيين محل المخابرة أو ينيبوا عنهم أحد الاقارب والاصهار الى غاية الدرجة الثالثة وفي هذه الحالة يجب أن تثبت النيابة بسند قانوني أو بتصريح شفوي يدلي به الموكل شخصيا أمام الحاكم بمحضر وكيله .

عوارض المسطرة :

وبما أن الاحكام الصادرة عن محاكم الجماعات والمقاطعات لا تقبل أي طعن عادي أو استثنائي ، يحق للطرفين احوال الحكم الصادر الى رئيس المحكمة الابتدائية داخل ثلاثة أيام من يوم النطق به ان صدر بمحضرهما أو من يوم التبليغ ان صدر في غيبتهما ، كما يمكن أن يحال الحكم كذلك على من ذكر من طرف وكيل الملك داخل ثلاثة أيام التالية لاشعاره من طرف ممثل السلطة الادارية بوجود ما يبرر الاحالة .

وتستعمل هذه المسطرة في الاحوال الآتية :

- اذا لم يحترم الحاكم اختصاصه .
- اذا بت رغم أن أحد الاطراف قد جرحه عن حق .
- اذا بت دون أن يتحقق مسبقا من هوية الاطراف .
- اذا حكم على المدعى عليه دون أن تكون له حجة على أنه توصل بالتبليغ أو الاستدعاء .

ويتعين على رئيس المحكمة الابتدائية الذي أحيل اليه الحكم أن يتحقق من شروط الاحالة وآجالها واصدار أمره في الموضوع داخل خمسة عشر يوما .

ويجب بعد ذلك فصل شهادة التسليم من المستند وارجاعها بكل استعجال الى المحكمة التي امرت بالاجراء .

- يكلف ممثل السلطة أيضا بتبليغ الحكم الى المحكوم عليه اذا كان غائبا وقت النطق به، وتوجه المحكمة نسخة الحكم مصادقا على مطابقته للأصل ومذيلة بالصيغة التنفيذية مصحوبة برسالة طلب التبليغ والتنفيذ وحينئذ يبلغ الحكم وتحرر وثيقة بذلك ثم ترجع نسخة منها الى المحكمة التي امرت بالاجراء .

2 - التنفيذ :

يجب على ممثل السلطة الادارية المحلية بمجرد توصله بالحكم قصد تنفيذه ان يعطيه رقما ترتيبيا وان يستخرج منه المعلومات الضرورية لملاخانات سجل تنفيذ الاحكام المدنية ويفتح له ملفا لهذه الغاية .

ويتعين عليه بعد ذلك استدعاء الطرفين في الحال للقيام بالماهورية الملقاة على عاتقه فان حضرا معا وتعلق الامر بحكم يقضي بتأدية مبلغ مالي وقبل المحكوم عليه ابراء ذمته ، حرر محضر بذلك في نسختين يتضمن الاجراءات المتخذة بتفصيل ويذيل بامضائه وامضاء الطرفين ، أما اذا حضر المحكوم عليه وحده وقبل تبرئة ذمته تسلم منه المبلغ مقابل وصل واستدعى المحكوم له من جديد لتسليمه له .

فان امتنع المحكوم عليه من التنفيذ وطلب المحكوم له تطبيق مسطرة الاكراه البدني ، انذر ممثل السلطة الادارية المحكوم عليه بأنه ان لم يؤد المبلغ المحكوم به داخل أجل عشرة أيام تبتديء من يوم الانذار فسيحيل الملف على وكيل الملك ، واذا انصرم الاجل ولم يؤد ما بذمته بعث ممثل السلطة الادارية المحلية الى وكيل الملك رسالة طلب تطبيق الاكراه البدني مرفوقة بالمستندات الآتية :

- نسخة من الحكم .

- طلب من المحكوم له بتطبيق الاكراه البدني ضد المحكوم عليه .

- محضر الامتناع والانذار .

وبديهى أن النيابة العامة لن تصدر الامر بالاعتقال الا بعد تأكدها من عدم وجود طلب الاحالة أو من رفضه ان حصل احتراماً لحرية الافراد .

والجدير بالذكر أن تطبيق الاكراه البدني يستنتج من المقتضيات التالية :

- اعتبار محاكم الجماعات والمقاطعات محاكم عادية فمسطرتها عادية

أيضاً .

«الفصل الاول من الظهير الشريف رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة» .

- امكانية متابعة تنفيذ جميع الاحكام الصادرة بأداء مبلغ مالي عن طريق

الاكراه البدني . «الفصل الاول من الظهير الشريف رقم 1.60.305 المؤرخ في 4 رمضان 1380 الموافق 20 يبرابر 1961 بشأن استعمال الاكراه البدني في

القضايا المدنية» .

وان تعلق الامر بأحكام تقضي بفسخ عقد الكراء أو بتدابير تضع حدا

للاحتلال الحال المانع من الانتفاع بحق الملكية فاما أن يقبل المحكوم عليه

التنفيذ حيباً ، وفي هذه الحالة يحرر ممثل السلطة محضراً بذلك في نسختين

يذيل بامضائه وامضاء الطرفين والا فينذر المحكوم عليه بأنه ان لم ينفذ داخل

خمسة عشر يوماً ابتداء من يوم الانذار فسيضطر الى استعمال القوة العمومية

وأثناء هذه المدة يجب عليه ان يتأكد من أن طلب الاحالة ان قدم وقع البت فيه

بالرفض ليتسنى له متابعة التنفيذ بالقوة .

وفي جميع الحالات يجب على ممثل السلطة الادارية المحلية أن يشعر

المحكمة التي كلفته بالتنفيذ بالنتائج التي توصل اليها سلبياً أو ايجابياً

وبالنسبة لكل قضية على حدة .

3 - اشعار وكيل الملك بما يببر الاحالة :

بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل الرابع عشر من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات فان ممثل السلطة الادارية المحلية مكلف باشعار وكيل الملك بمبادرة منها أو بطلب من أحد الاطراف عندما يكون الحكم قابلا للاحالة على المحكمة الابتدائية لوجود احدى الحالات المنصوص عليها في الفصل الواحد والعشرين من نفس الظهير .

ولذا فيتعين على ممثل السلطة الادارية المحلية كلما لاحظ وجود سبب من أسباب الاحالة باطالعه على الحكم المرسل اليه قصد التبليغ والتنفيذ أو باخبار الاطراف له بذلك أن يشعر وكيل الملك بمبادرة منه أو نيابة عن أحد الطرفين بوجود احدى موجبات الاحالة .

ولا ننسى أن ممثل السلطة الادارية المحلية لاحق له في تقييم طلب أحد الاطراف وتحديد مدى وجاعته وشرعيته فبمجرد ما يقدم له طلب الاحالة يجب عليه اشعار وكيل الملك بالامر ليجري المسطرة التي حددها القانون .

من حيث الاختصاص :

2 - في المادة الجنائية :

- الاختصاص النوعي .
- الاختصاص المحلي
- الدفع بعدم الاختصاص واثارته تلقائيا من طرف الحاكم .

الاختصاص النوعي :

زيادة على المعنى الذي سبقت الاشارة اليه فيما يتعلق باختصاص النوعي والمحلي فان الفصول 29 و30 و31 من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وتحديد اختصاصها عينت الجرائم التي تدخل في اختصاص هذه المحاكم ونكرتها وحددت عقوبتها التي هي ذات طابع زجري صرف ولا تشمل

سوى الغرامة ولها حدا أدنى وأقصى والقصد من الحكم بها الزام المحكوم عليه بأدائه بواسطة السلطة الادارية ولفائدة الخزينة العامة مبلغا ماليا يعينه الحاكم الذي يملك سلطة تقديرية في تحديد وتقدير الغرامة المالية في نطاق حديها الأدنى والاقصى المقرين للجرم المرتكب حيث يراعي شخصية المجرم وكونه في حالة العودة ووضعيته على العموم وخطورة الفعل واثره الاجتماعي.

وبالاطلاع على مقتضيات الفصول المذكورة يتضح أن الغرامة المقررة في حق كل من ارتكب عملا من الاعمال المنصوص عليها في :

الفصل 29 : غرامة من 10 الى 120 درهما .

الفصل 30 : غرامة من 20 الى 200 درهما .

الفصل 31 : غرامة من 200 الى 800 درهما .

وبناء على مقتضيات الفصل 37 من نفس الظهير فان العقوبات المقررة بمقتضى نصوص خاصة في شأن الافعال المشار اليها في الفصول الثلاثة المذكورة تعد ملغاة كلما تعارضت مع العقوبات المحددة حسب التصنيف السالف الذكر .

وبذلك لا يمكن للحاكم أن يقضي بغير هذه العقوبات وفي نطاق التمييزات المذكورة .

الاختصاص المحلي :

تختص هذه المحاكم وحدها بالنظر محليا في الجرائم المنصوص عليها في الفصول الثلاثة المشار اليها أعلاه وذلك :

- اذا ارتكبت داخل الدائرة القضائية التي تدخل في نطاق نفوذها .
- اذا كان محل اقامة المقترب لها يقع داخل دائرتها القضائية وبذلك تكون للمحكمة أهلية النظر سواء توفرت الحالتان معا أو مجرد احدهما فحسب، ولقد استعمل المشرع في الفصل 28 من نفس الظهير كلمة «يقيم» لما لها من

مدلول أعم اذ تشمل الوطن ومحل الإقامة ، وقد تتعدد للمتهم امكنة الإقامة وان أي مكان منها يمنح الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها .

ولا يوجد أي فرق في مسألة الاختصاص بين الرشيد والحدث الا أنه لا يغرب عن البال ان مكان اقامة الابوين أو الوصي أو المكان الذي وضع فيه الحدث بصفة مؤقتة أو نهائية بعد أيضا محلا لاقامته ويكون لمحكمة هذا المحل حق النظر لوقوعه بدائرتها القضائية .

الدفع بعدم الاختصاص :

يتضح من مقتضيات الفصل 28 المشار اليه أعلاه أن لحاكم الجماعات والمقاطعات اختصاصا نوعيا ومحليا معينا ولا يمكنه تجاوزه في الميدان الزجري ولو بهوافقة المتهم وانه متى لاحظ عدم الاختصاص في دعوى عومية عرضت عليه وجب عليه التصريح بعدم الاختصاص .

وللمتهم نفسه حق اثاره عدم الاختصاص وفي هذه الحالة على الحاكم أن يتحقق من هذا الدفع ان وقع لان عدم احترامه لقواعد الاختصاص من أسباب الاحالة الى رئيس المحكمة الابتدائية .

ويستفاد مما تقدم أن الاختصاص الذي هو من النظام العام يمكن أن يثار في الميدان الزجري تلقائيا من طرف الحاكم أو من طرف المتهم في جميع أطوار القضية الى غاية النطق بالحكم .

اختصاصات السلطة الادارية المحلية :

بالنظر الى مقتضيات الفصل الرابع عشر من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات يتجلى أن المشرع خص السلطة الادارية المحلية بنفس اختصاصات المادة المدنية باضافة احالة المحاضر ولنلق نظرة موجزة على هذه الاختصاصات التي هي :

- احالة المحاضر .
- التبليغ .

- التنفيذ .

- اشعار وكيل الملك بما يببرر الاحالة .

احالة المحاضر :

المحاضر التي يحررها ضباط الشرطة القضائية والاعوان المكلفون باقامتها في شأن الجرائم المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصول 29 و30 و31 من الظهير المشار اليه أعلاه والتي تدخل في نطاق اختصاص هذه المحاكم توجه بعد انجازها الى السلطة الادارية المحلية التي ارتكبت الجريمة في دائرة نفوذها أو التي يقيم المقررف بها .

وبعد التوصل بهذه المحاضر والتأكد من كونها تدخل في اختصاصها تسجلها بسجل خاص لهذه الغاية خاناته بكل دقة وتوجه المحضر بكتاب مرفق به وبجميع المستندات وأدوات الاقتناع المحجوزة في أقرب وقت الى الحاكم الذي توجد بدائرة نفوذه السلطة الادارية المحلية التي قامت باحالة المحضر ، اما اذا كانت المحاضر لا تدخل في اختصاص المحاكم المذكورة أو ان سلطة ادارية محلية أخرى هي التي يرجع اليها أمر الاحالة على المحكمة ذات النظر فعلى هذه السلطة أن ترزع المحضر الى الجهة المختصة بعد التوصل به مباشرة .

ونلاحظ مما تقدم أن السلطة تقوم بدور الوساطة بين الشرطة القضائية أو الاعوان القضائيين الذين اناط بهم القانون القيام بمهام الشرطة القضائية وحاكم الجماعة أو المقاطعة، فلانقوم بتكليف الافعال الواردة بالمحضر ولا تتولى تحريك الدعوى العمومية فأحرى ممارستها .

ومن جهة أخرى فان على وكلاء الملك بعد اكتشافهم من خلال دراسة المحاضر المحالة عليهم ان بعضها أحيل غلطا وأنه يدخل ضمن اختصاصات محاكم الجماعات والمقاطعات ان يامروا برفع هذه المحاضر الى السلطة الادارية المحلية المختصة لتقوم بمباشرة الاجراءات التي يفرضها القانون كما أشير الى ذلك أعلاه .

التبليغ :

تكلف السلطة الادارية المحلية بتبليغ الاستدعاء الذي توجهه المحكمة للمتهم والشهود وكل من ترى ضرورة حضوره وفي هذه الحالة عليها أن تحرص على أن يتم التبليغ في ظرف وجيز وان تملأ شهادة التسليم بكل دقة ووضوح وترجعها للمحكمة قبل الجلسة ايجابا أو سلبا حتى يتسنى النظر في القضية بحضور من وجب حضوره أو في غيبته بعد التأكد من توصله أو عدمه من خلال المعلومات المسجلة بوضوح في شهادة التسليم الموجودة بالملف حتما أو تقرير ما تراه لازما بناء على هذه المعلومات .

كما تقوم السلطة الادارية المذكورة بتبليغ الاحكام اذا صدرت في حق شخص توصل شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر حتى يكون على علم بما صدر في حقه من عقوبة ليقوم بتنفيذها حالا ، فتوجه له الاستدعاء للحضور لديها وعند حضوره يبلغ له الحكم وتحرر لهذه الغاية وثيقة التبليغ التي يتعين امضاؤها من طرفه أو وضع بصمته عليها أو يشار الى امتناعه من الامضاء وتبقى في ملف التنفيذ .

التنفيذ :

بمجرد توصل ممثل السلطة الادارية بنسخة الحكم مديونة بالصيغة التنفيذية يضمنها بسجل تنفيذ الاحكام الجنائية ويملا خاناته بالمعلومات اللازمة بدقة ثم يفتح ملفا للتنفيذ الجنائي ويستدعى المحكوم عليه فورا ويبلغه الحكم كما أشير الى ذلك سابقا ان كان صدر الحكم في غيبته ويلزمه بتنفيذه فيستخلص منه الغرامة مقابل وصل من كناش الوصولات فان امتنع المحكوم عليه من التنفيذ ولم يتمكن من استيفاء الغرامة وجه له انذار ومنح له أجل عشرة أيام ويحرر بذلك كله محضرا قانونيا وبعد مرور أجل الانذار بدون نتيجة يرجع الملف مرفقا بنسخة الحكم ووثيقة تبليغ الحكم للمحكوم عليه ان كان الحكم صدر في غيبته ومحضر الانذار الى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بدائرة نفوذه ليتخذ الاجراءات القانونية لتطبيق الاكراه البدني في حق المحكوم عليه وفقا للمدة المحددة في منطوق الحكم .

وبعد توصل وكيل الملك بالهاف وفحص أوراقه يصدر أمرا بإيداع المحكوم عليه إذا لم يكن حدثا أو حصل طلب الإحالة على رئيس المحكمة الابتدائية بالسجن لقتاء فترة الإكراه البدني المذكورة بالحكم بناء على مقتضيات الفصل 673 من قانون المسطرة الجنائية .

وتجدر الإشارة الى أنه في جميع الحالات يمكن للمحكوم عليه تجنب أو إيقاف مفعول الإكراه البدني ولو بعد إيداعه بالسجن بأدائه الغرامة المحكوم بها عليه والادلاء بما يفيد استيفاء مبلغها .

اشعار وكيل الملك بما يبرر الاحالة :

تقوم السلطة الادارية المحلية بمبادرة منها بعد اطلاعها على نسخة الحكم الجنائي عندما يوجه لها من أجل التبليغ والتنفيذ أو التنفيذ ووجود احدى الحالات الاربعة المنصوص عليها في الفصل 21 من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات أو بطلب من أحد المحكوم عليهم عندما ترى توفر ما يبرر الاحالة باشعار وكيل الملك الذي عليه أن يقوم بالاحالة على رئيس المحكمة الابتدائية داخل الثلاثة أيام ليوم اشعاره .

وكما هو معلوم فان السلطة الادارية المحلية لا تملك أية صلاحية لتقييم ملتبس الاحالة فعليها بمجرد توصلها بالطلب ان ترفعه الى وكيل الملك لاتخاذ الاجراء المناسب قانونيا .

ب - من حيث القضاة :

يتم تعيين حكام محاكم الجماعات والمقاطعات من بين :

(1) - القضاة المحترفين طبقا لمقتضيات القانون الاساسي لرجال القضاء .

(2) - من بين نخبة تتكون من مائة (100) عضو يختار من بينها حاكم ونائب أول ونائب ثاني تتوفر في كل واحد منهم الشروط الآتية :

- أن يكون مغربيا .

- أن يكون بالغاً من العمر أربعين سنة على الأقل .
- أن يكون ذا مروءة وسلوك حسن .
- أن يكون بالفعل مستوطناً في الجماعة .
- أن يكون متمتعاً بحقوق المواطنة .
- أن تكون له مؤهلات تتيح له القيام بمهام الحاكم .
- وتسهر على هذا الانتخاب هيئة تتكون من :
 - رئيس المحكمة الابتدائية .
 - قاض من قضاة الحكم وقاض من النيابة العامة .
 - القائد أو خليفة المقاطعة الحضرية .
 - ممثل عن نقابة المحامين .
 - رئيس مجلس الجماعة وعضو منتخب من طرف هذا المجلس .
 - رئيس الغرفة القروية الفلاحية أو التجارية .
- ويشرف أكبر الاعضاء سناً على الانتخابات وتبلغ النتائج الى المجلس الاعلى للقضاء عن طريق وزير العدل ثم يتم التعيين بظهير شريف .
- ويتقاضى الحاكم الذي لا ينتمي الى السلك القضائي تعويضاً شهرياً لمدة ثلاث سنين .

ويمكن لوزير العدل متى اعتبر أن هناك أعمالاً في حق الحاكم تكتسي صبغة الخطورة ان يصدر قراراً بتوقيفه حالاً لمدة لا تتجاوز أربعة أشهر يستأنف عمله بعدها مالم يكن محل متابعة جنائية .

- عوارض المسطرة

يحق للأطراف قصد تنحية الحاكم الذي يظن أنه لا تتوفر فيه شروط التجرد اللازمة في القضاء ان يقدم طلب التجريح بمجرد مثوله أمامه .

وقبل مناقشة الدعوى ييبث في الطلب فاذا قبله تخلى الحاكم عن النظر في الدعوى لصالح من ينوب عنه واذا رفضه تويعت الاجراءات . ومن البديهي أن المرح لا يتسنى له استعمال هذا الحق الا في الاحوال الآتية :

- اذا كان للحاكم أو لزوجته منفعة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع أو كان أحد الاطراف مستخدما عنده .
 - اذا وجدت قرابة مصاهرة بين الحاكم أو زوجته وبين أحد الاطراف الى درجة ابن العم بادخاله .
 - اذا كانت هناك دعوى قائمة من أحد الاطراف ومن الحاكم أو زوجته .
 - اذا كان الحاكم دائنا أو مدينا لاحد الاطراف .
 - اذا سبق له أن ابدى رأيه في النزاع أو أدى شهادة فيه .
 - اذا كانت هناك عداوة خطيرة بينه وبين أحد الاطراف .
- وعليه فان الحكم الذي سيصدره الحاكم رغم تجريحه عن حق بمقتضى الاحالة الى رئيس المحكمة الابتدائية يصير كأنه لم يكن .

ج - الاجراءات المسطرة المتبعة أمام محاكم الجماعات والمقاطعات

1 : في المادة المدنية

- تقييد الدعوى واجراءاتها .
- عوارض المسطرة .
- الحكم ومراقبته .
- تقييد الدعوى واجراءاتها .

ترفع الدعوى الى الحاكم بمقتضى مقال مكتوب أو شفوي وفي هذه الحالة على كاتب المحكمة أن يضمنه كتابة من حيث بيان أسماء الاطراف العائلية والشخصية والمهنة والعنوان بتدقيق والوكيل ان كان وعنوانه وتوضيح موضوع الدعوى وأسبابها بايجاز مصحوبا بالحجج ان كانت ، ثم يسجله بسجل القضايا المدنية ويفتح له ملف يعطي له رقم التسجيل الترتيبي فاذا كان الطرفان حاضران معا يبيت الحاكم في الدعوى في نفس الوقت وفي حالة

العكس يأمر الحاكم بتبليغ المقال للمدعى عليه واستدعاء الطرفين لجلسة لا يتجاوز تاريخها ثمانية أيام .

وحيث أن المسطرة شفوية فانه يحق للطرفين اتباع اجراءاتها مباشرة أو ينيبوا عنهم أحد المحامين المسجلين بنقابة من نقابات المغرب في جميع الاطوار الى نهاية تنفيذ الحكم أو أحد المحامين المزاولين مهامهم في بلد أجنبي بشرط توفر الاذن وتعيين محل المخابرة أو ينيبوا عنهم أحد الاقارب والاصهار الى غاية الدرجة الثالثة وفي هذه الحالة يجب أن تثبت النيابة بسند قانوني أو بتصريح شفوي يدلي به الموكل شخصيا أمام الحاكم بمحضر وكيله .

عوارض المسطرة :

وبما أن الاحكام الصادرة عن محاكم الجماعات والمقاطعات لا تقبل أي طعن عادي أو استثنائي ، يحق للطرفين احوال الحكم الصادر الى رئيس المحكمة الابتدائية داخل ثلاثة أيام من يوم النطق به ان صدر بمحضرهما أو من يوم التبليغ ان صدر في غيبتهما ، كما يمكن أن يحال الحكم كذلك على من ذكر من طرف وكيل الملك داخل ثلاثة أيام التالية لاشعاره من طرف ممثل السلطة الادارية بوجود ما يبرر الاحالة.

وتستعمل هذه المسطرة في الاحوال الآتية :

- اذا لم يحترم الحاكم اختصاصه .
- اذا بت رغم أن أحد الاطراف قد جرحه عن حق .
- اذا بت دون أن يتحقق مسبقا من هوية الاطراف .
- اذا حكم على المدعى عليه دون أن تكون له حجة على أنه توصل بالتبليغ أو الاستدعاء .

ويتعين على رئيس المحكمة الابتدائية الذي أحيل اليه الحكم أن يتحقق من شروط الاحالة وآجالها واصدار أمره في الموضوع داخل خمسة عشر يوما.

- الحكم ومراقبته :

بعد دراسة الحاكم لمختلف نقط المقال وحججه ورد المدعي عليه عليها وحججه واتخاذ جميع الاجراءات التي تساعده على كشف الحقيقة يحاول اجراء تصالح بين الطرفين يضمن - ان حصل - كتابة بتدقيق في محضر قانوني ، فاذا فشلت المحاولة تأكد من :

- هوية الاطراف .
- وجود شهادة التسليم بالملف تثبت ان المدعي عليه توصل بالتبليغ والاستدعاء .

- كون النزاع يدخل في نطاق اختصاصاته .
- كون التجريح - ان كان قدم - لا يعتمد على أساس .

ثم يصدر حكمه باسم جلالة الملك في جلسة علنية حسب العناصر المدلي بها .

ويشتمل الحكم على :

- اسم الحاكم الذي أصدره .
- وكاتب الجلسة الذي ساعده .

- الاسم العائلي والشخصي للطرفين وصفتهما ومهنتهما وموطنهما أو محل اقامتهما وعند الاقتضاء اسم وصفة وموطن وكيلهما .

- الاشارة الى الاستماع الى الطرفين ودراسة دفاعهما ومحاولة الصلح بينهما ونتائج اجراءات التحقيق ان كانت اجريت .

- منطوق الحكم الذي يجب أن يكون واضحا ومدققا حتى لا يثير أي التباس أو مشكل أثناء تنفيذه .

- التنصيص على أن الحكم صدر بحضور الطرفين أو في غيبة المدعي عليه وفي هذه الحالة الاخيرة الامر بتبليغه اليه .

- تحديد مدة الاكراه البدني ان كان الامر يتعلق باداء مبلغ مالي :

2 - في المادة الجنائية :

ترفع الدعوى العمومية الى محكمة الجماعات والمقاطعات بناء على استدعاء يشعر بمقتضاه المتهم بأنه مقابح بجريمة تستنتج عناصرها من دراسة المحاضر المحررة في الموضوع .

فعلى كاتب المحكمة بمجرد التوصل بالمحضر الذي تقام الدعوى العمومية على أساسه أن يضمه في السجل الخاص بهذه القضايا وملاً خاناته بجميع المعلومات الضرورية ويعطيه رقما ترتيبيا ثم يفتح له ملف يدرج به المحضر وجميع الوثائق والاوراق التي تهم القضية ويوجه الاستدعاء للمتهم للحضور بجلسة تعقد في تاريخ لا يتعدى ثلاثة أيام من تاريخ تسليم الاستدعاء الذي يجب أن يكون مستوفيا لكل شروطه القانونية ليتأتى له معرفة الجريمة المؤازرته أثناء جريان المسطرة الى نهاية الحكم أو مساعدته في طلب الاحالة ان رأى موجبا لذلك .

وعلى الحاكم أن يتأكد خلال الجلسة من توصل المتهم شخصيا بالاستدعاء فان لم يكن قد توصل جدد مرة أخرى ، وان توصل قانونيا ولم يحضر اصدار الحكم وأمر بتبليغه وتنفيذه .

اما ان حضر تاكد الحاكم من هويته ومطابقتها لما في المحضر وعرض عليه التهمة وناقشها معه واتخذ جميع الاجراءات والوسائل الكفيلة باظهار الحقيقة وتكوين قناعة تامة بالادانة أو عدمها ، حتى اذا تأكد ان القضية أصبحت جاهزة للحكم أعلن عن ختام المناقشة وصادر حكمه باسم جلاله الملك في نفس الجلسة .

ويجب أن يشتمل كل حكم على :

- اسم الحاكم الذي أصدره وكاتب الجلسة الذي ساعده وتاريخ صدوره.
- الحالة المدنية الكاملة للمتهم وسوابقه ان كانت أم لا .

- توصله بالاستدعاء أم لا أو عدم حضوره وعرض التهمة والاجوبة
والمناقشات والاجراءات التي مرت بها القضية التي يتعين اعطاء وصف تام
لها .

- منطوق الحكم الذي يجب أن يكون واضحا لا يقبل أي تأويل ويتأتى
تنفيذه على مقتضاه بدون صعوبة .

- تحديد مدة الاكراه البدني بالنسبة للمتهم الممتنع من أداء الغرامة
المحكوم بها .

- توقيع الحكم من طرف الحاكم الذي أصدره وكاتب الجلسة الذي ساعده
هذا وان الاحكام الجنائية الصادرة عن محاكم الجماعات والمقاطعات لا تقبل أي
طعن عادي أو استثنائي حسبما سبق ذكر ذلك في المادة المدنية الا أن الاحالة
الى رئيس المحكمة الابتدائية توقف تنفيذ الحكم الجنائي .

الباب الثاني

تقييم تجربة قضاء الجماعات والمقاطعات والتطلعات المستقبلية

رغم أن النص التشريعي المنظم لمحاكم الجماعات والمقاطعات والمحدد لاختصاصها صدر بالجريدة الرسمية سنة 1974 (ج ، عدد 3220 ، 26 جمادى الثانية 1394 ، 17 يوليوز 1974 - ص 2030) - فان تنصيب أول دفعة منتخبة لحكام الجماعات القروية لم يتم الا في بداية سنة 1978.

ففي هذه السنة نصب 623 حاكما جماعيا اثر انتخابهم من طرف الهيئات الانتخابية المكونة من مائة عضو بالنسبة لكل جماعة.

ثم أخذ هذا الرقم في التصاعد بعد نجاح التجربة الاولى ليعم قضاء حكام الجماعات اقاليم جديدة وقرى نائية ، وقفز الرقم الى 689 قبل اجراء آخر انتخابات لاختيار حكام جدد .

وخلال الانتخابات التي جرت مؤخرا بتاريخ 11-11-1983 ارتفع عدد الحكام ليصل الى 707 حاكما يضاف اليهم 1414 نائبا .

وبذلك أصبح عدد محاكم الجماعات يوازي تقريبا عدد الجماعات المحلية بمجموع تراب المملكة .

وقد كان الحدث البارز الذي ميز الانتخابات الاخيرة يتمثل في المبادرة الطيبة القاضية باشتراك الاقاليم الصحراوية المسترجعة ولاول مرة في الانتخابات التي جرت مؤخرا مما أحدث وقعا طبييا وأثرا حميدا في نفوس المواطنين بالاقاليم المذكورة .

وهكذا تم بهذه الاقاليم انتخاب ثمانية عشر حاكما جديدا يضاف اليهم نفس العدد من النواب الاولين ، ونفس العدد أيضا من النواب الثانيين في عمالات العيون والسمارة وبوجدور ووادي الذهب .

وبذلك ارتفع عدد المحاكم الجماعية ليصل الى 707 محكمة جماعية .
وبديهي أن الرقم الذي استقرت عنده محاكم الجماعات في الوقت الراهن
يدل بما لا يترك مجالاً لمتشكك على أن المسيرة كانت مظفرة وأن التجربة
أعطت ثمارها مما اقتضى تعميمها .

لقد لاقت فكرة انشاء قضاء شعبي متمثل في محاكم الجماعات بالمغرب
قبولاً حسناً ، واستقبلها السكان بفرح كبير بعد أن لمسوا وعانوا مزاياها
عن كثب .

وبذلك طويت صفحة التشكيك ، وبقي بنيان قضاء الجماعات قائماً
منتصباً كالطودلاتنال منه هزات المتشككين ولارجات المنكرين .

وانزاح عن كاهل المحاكم الابتدائية عبء ثقيل ، وتخلصت من عشرات
آلاف القضايا التي كانت تعرقل حركة سير عجلاتها ، لتتصرف الى ما هو
اجدى وأهم .

وباللقاء نظرة خاطفة على الاحصائيات المجرأة في الموضوع يتبين ان عدد
القضايا التي سجلت بمحاكم الجماعات ولغاية متم شهر أكتوبر من سنة
1983 بلغ 1.188.511 قضية مدنية و 173.008 قضية جنائية صدر الحكم
في 90٪ من مجموعها .

ولقد شهدت بداية سنة 1984 نمواً مضطرباً في عدد القضايا المسجلة
بشكل لم يسبق له مثيل ، وينتظر أن يقفز الرقم المشار اليه سابقاً بالنسبة
للقضايا المدنية والجنائية في نهاية سنة 1984 الى 1.900.000 قضية .

وبذلك أصبحنا قاب قوسين أو أدنى من الهدف المنشود الذي قصدته
المشروع ورمى اليه حينما سن قانون أحداث محاكم الجماعات والمقاطعات
بالمغرب .

فبتغطية الغالبية للقصوى من الجماعات باحداث محاكم جماعية بها نكون
قد حققنا ارادة المشروع التي استهدفت على الدوام تحقيق مبدأ تقريب القضاء
من المتقاضين .

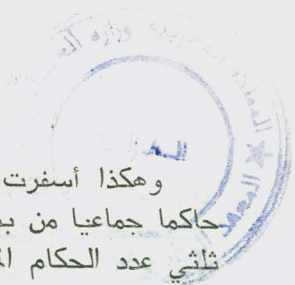
وبارتفاع عدد القضايا المسجلة بهذه المحاكم وبهذا الرقم القياسي في زمن وجير نكون قدّمنا الدليل على أن الفكرة لاقت قبول المواطنين واستحسانهم بعد أن تحقق حلمهم في الوصول إلى عدالة تضمن حقوق الأطراف بفعالية تامة وسرعة ونهاية في إطار مسطرة إجرائية خاصة تمتاز بالمجانة وباعفائها من الرسوم القضائية .

أما على الصعيد القضائي ، فقد عرف مستوى الحكام ارتفاعا وتحسنا ملموسا اتاحته فرص المنافسة الانتخابية التي عليها أن تأتي درما بالافضل والانسب للمنصب .

ومما ساعد على تحسين مستوى القضاء الجماعي أن عددا من الحكام والنواب أعيد انتخابهم لأكثر من فترة الامر الذي جعلهم يستفيدون من تجارب الماضي ومن الدورات والندوات التدريبية التي تعقد لهم بين الفينة والأخرى، والتي يتولى فيها رؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الملك بها ، كل في نطاق اختصاصه تفسير الدليل الذي أعدته وزارة العدل في موضوع قضاء الجماعات والمقاطعات ، ويقوم هؤلاء المسؤولون بالإضافة إلى ذلك باطلاع الحكام ونوابهم على الكيفية التي تعقد بها الجلسات وتصدر الأحكام ، ويتولون الاجابة عن استفساراتهم بما يضمن استيعابهم للنصوص من جهة ، وتفهمهم للعبء الذي أصبح ملقى على كاهلهم من جهة أخرى .

ولقد لمس الحكام انفسهم عظم المسؤولية ، وأهمية الدور الذي يلعبونه في الحياة اليومية لسكان جماعاتهم ، فأصبح أغلبهم يطالب وزارة العدل بتوجيه مفتشين عنها ، لتتقصى الاوضاع واسداء النصح والتوجيه ، والوقوف على عين المكان لتعم الفائدة ، وتتم الاستفادة .

وهذا الشعور الفياض بأهمية الدور الذي يقوم به حكام الجماعات حمل معظم هؤلاء الحكام الذين انتهت فترة صلاحيتهم في نهاية سنة 1983 على ترشيح أنفسهم لفترة ثلاثة أعوام أخرى.



وهكذا أسفرت الانتخابات الجارية بتاريخ 11-11-1983 عن فوز 468 حاكما جماعيا من بين الحكام الممارسين في الفترة السابقة وهذا الرقم يمثل ثلثي عدد الحكام المنتخبين .

كما فاز 246 نائبا أولا من النواب الممارسين سابقا و 180 من النواب الثانين من نفس الفئة .

ولوحظ غداة فحص نتائج الانتخابات أن عددا من هؤلاء الحكام نال 100٪ من أصوات الهيئة الانتخابية .

ان هذا الاقبال الذي عرفته محاكم الجماعات والمقاطعات لخير دليل على مدى تفاعل المواطنين وانسجامهم معها بعدما تفهموا ولمسوا عن قرب النتائج الايجابية التي حققتها تكريسا للجهود وتحقيقا للمرامي والاهداف التي حددت بالمشروع المغربي الى احداثها ، تلك الاهداف السامية الواردة بخطاب صاحب الجلالة بمناسبة عيد العرش السعيد سنة 1974 ، والمتمثلة في :

- 1 - تقريب القضاء من المتقاضين .
- 2 - تبسيط المسطرة وسرعة الانجاز .
- 3 - مجانية الاجراءات .

1 - ففيما يتعلق بتقريب القضاء من المتقاضين

نلاحظ أن هذا التقريب استقطب عنصرين اثنين :

أولهما : التقريب المكاني :

وثانيهما : التقريب الزماني :

فالتقريب المكاني يهدف الى انشاء محاكم في كل جماعة قروية كانت أم حضرية ، بحيث يلجأ المواطن الى هذه المحاكم دون مشقة أو عناء كما كان عليه الشأن الماضي .

يضاف الى ذلك الشعور الذي يستشعره الافراد وهم يلاحظون كيف ان العدالة أصبحت ممثلة في جماعتهم وأنها أتت تسعى اليهم بعدما تعبوا من عناء التنقل والسعي اليها ، يضاف الى ذلك اعتزاز القروي المعتاد بوجود سلطة قريبة منه تضمن كرامته وتحمي ماله .

أما التقريب الزمني فيتمثل في الاسراع بالبت في القضايا المعروضة واصدار الاحكام فيها في اقصى الآجال بعد اختصار الاجراءات المسطرية المعقدة والطويلة التي كانت تكرر واقعا مريرا يتمثل في ضياع للوقت ولحقوق العباد ، وفي ارهاق الموظفين واثقال كاهل المحاكم بمئات الآلاف من القضايا البسيطة التي دلت التجربة المعاشة في قضاء الجماعات والمقاطعات على أن حلها ليس بالامر العسير .

2 - وفيما يتعلق بتبسيط المسطرة وسرعة الانجاز

نجد أن المشرع المغربي قد عمل ضمنا منه لتحقيق المبدأ الاول على تبسيط الاجراءات أمام محاكم الجماعات ، وجعل أمر اللجوء الى هذه المحاكم بذلك في متناول كل متقاض يسعى للحصول على حقوقه في أسرع وقت وذلك بتكريسه لمبدأ استعمال حق التصريح الشفوي .

حيث يتأتى لكل متظلم بواسطة استعماله لهذا الحق ان يتقدم بدعواه أمام هيئة الحكم ، فيتلقى كاتب الجلسة أقواله في محضر يقوم مقام اللمس الكتابي ، اما الكسب الثاني الذي حققه مبدأ تبسيط الاجراءات فانه يتمثل في امكانية التقاضي شفويا أمام هيئة الحكم ، وذلك ببسط أقوال العارض شفويا دون أن يكون ملزما بكتابة مذكرة في الموضوع أو اللجوء الى الاستعانة بمحام أو طلب الاذن بالتراجع شخصيا .

ومن المعلوم أن الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم غير قابلة للطعن ، ولا تقبل سوى طريق الاحالة في حالات وردت على سبيل الحصر ، وهذه الاحكام قابلة للتنفيذ في الحين أو بعد ثلاثة أيام من النطق بالحكم أو بعد التبليغ .

3 - وفيما يتعلق بمجانبة الاجراءات

نلاحظ أن الباب أصبح مفتوحا على مصراعيه أمام كل منظم ليرفع دعواه بعد أن انزاح عنه عائق هام يتمثل في الصوائر القضائية .
فالمجانبة التي أصبحت طابعا مميذا للقضاء الجماعي يسري مفعولها ، ويستفيد منها المتقاضى في جميع أطوار ومراحل الدعوى بما في ذلك اجراءات التنفيذ .

- التطلعات المستقبلية

أصبحت فكرة قضاء الجماعات والمقاطعات فكرة راسخة بعدما لمس المواطنون مزاياها مما اقتضى تعميم هذه المحاكم والزيادة في عددها اما تلقائيا واما بمطالبة من المواطنين .

وكما سبق أن أشرنا اليه فان مبدا احداث هذا الصنف من القضاء جاء ليخفف العبء الملقى على كاهل المحاكم الابتدائية وليعود المواطنين على مباشرة أمورهم وقضاياهم الأكثر التصاقا بمحيطهم وبحياتهم اليومية بأنفسهم ويقرب منهم قضاءهم ، ويبسط اجراءاته ليكون في متناول يدهم ، وفي مستواهم .

ولقد أعطت التجربة ثمارها المرجوة ، ولعل الارقام التي سبق بيانها لنعم الدليل على ان الهدف قد تحقق وان الفكرة لاقت قبولها الحسن مما يحمل على التفاؤل بالخير ، وعلى التطلع الى المستقبل بامان واطمئنان .

فالعدد الهائل من القضايا التي حكمت ونفذت يبرهن على ان الاقبال سيتزايد ، بعدما بات ظاهرا للعيان أن المستوى تحسن وان الردود في تزايد وتصاعد .

وستكون النتائج الايجابية المحصل عليها مدعاة ولاشك للتفكير جديا في توسيع اختصاص محاكم الجماعات والمقاطعات وباعتبار الفقرة السابقة مجرد فترة انتقالية لجس النبض واتاحة الفرصة لهذا الوليد الوافد ليثبت ذاته ويقاوم التيارات دفاعا عن وجوده ، وتمسكا ببقائه .

الباب الثالث

التحكيم

عرف المغرب التحكيم منذ عهد طويل ومارسه المغاربة على اختلاف لهجاتهم في جل أطوار حياتهم العادية فكانوا يلجؤون في غالب الاحيان لفض خلافاتهم سواء منها البسيطة أو المعقدة الى التحكيم باختيارهم حكما للفصل في النزاع .

ويعد التحكيم من المباديء التي يقرها عرف المغاربة وفق القاعدة القائلة «ان العرف الثابت عند المغاربة وبالاخص سكان الجماعات القروية هو أن الاطراف يمكنهم اختيار قضائهم» .

وكان هذا الاختيار يقع غالبا على رجل متزن وناصح التفكير ويمكن أن يكون منتميا الى بلدة أو قبيلة أو قرية أو حي آخر غير مقر أطراف النزاع ، ولا يستمد تسميته الا من الرأي العام ، ويقوم بعمله مجانا ويحكم بناء على قواعد العرف واقتناع الضمير وفراسته التي نادرا ما تخطيء .

وكان على المتقاضين أن يتقدموا أمام هذا المحكم مصحوبين بضامن يتكفل بتنفيذ القرار الذي سيتخذ في الموضوع . أما في المهمة فان الضامن أو ضامنين يختارون في غالب الاحيان من بين أشخاص بعيدين لا تربطهم بطرفي النزاع أية علاقة من علاقات الدم أو الجوار أو مسقط الرأس .

كما أنه كان بإمكان المحكم في النزاعات الشائكة ان يستشير حكاما آخرين من غير أن تكون هذه الاستشارة لها أي تأثير على القرار الذي يتخذه بمفرده ، وكان بإمكان المتقاضين كذلك أن يعرضوا نزاعهم على اثنين أو ثلاثة حكام من اختيارهم لكي يصدروا قرارا مشتركا في موضوع النزاع .

وهكذا نجد أن المغاربة عرفوا التحكيم ومارسوه منذ عهد بعيد .

وجاء قانون الاجراءات المدنية الصادر بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 موافق 28 شتنبر 1974 منظما للتحكيم في مواده المتعددة ، وهي المواد (من 306 الى 327) وحدد بدقة المسائل التي يمكن فيها اللجوء الى التحكيم وكيفية اجراء التحكيم ونتائجه:

1) ففيما يتعلق بالمسائل التي يمكن اللجوء فيها الى التحكيم

- أكد القانون على الخصوص في المادة 306 على أنه :
- يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالاهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها .
- غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه :
- في الهبات والوصايا المتعلقة بالطعمة والملابس والمساكن .
 - في المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم .
 - في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة .
 - النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه النظام العام .
 - النزاعات المتصلة بتطبيق القانون الجنائي :
 - النزاعات المتصلة بقوانين تتعلق بتحديد الاثمان والتداول الجبسي والصرف والتجارة الخارجية .
 - النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات .

2) وفيما يتعلق بعقد التحكيم

نص المشرع في المادة 307 و 308 والفقرة 1 و 2 من 309 على أنه يتعين ابرام عقد التحكيم كتابة أو بوثيقة أمام موثق أو عدلين أو بمحضر يقام أمام المحكم أو المحكمين المختارين أو حتى بسند عرفي حسب ارادة الاطراف .

ويجب أن يعين سند التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع واسم المحكمين ويحدد الآجل الذي يتعين على المحكم أو المحكمين أن يصدروا فيه حكمهم التحكيمي . وإذا لم يحدد السند أجلا يستنفذ المحكمون صلاحيتهم بعد ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ تعيينهم .

ويمكن للاطراف أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ
بصد هذا العقد على المحكمين .

كما يمكن لهم أن يعينوا علاوة على ذلك مسبقا وفي نفس العقد اذا تعلق
بمحل تجاري محكما أو محكمين ، ويتعين في هذه الحالة أن يكون شرط
التحكيم مكتوبا باليد وموافقا عليه بصفة خاصة من لدن الاطراف تحت طائلة
البطلان .

(3) وفيما يتعلق بتعيين المحكمين أو عزلهم :

أشار في الفقرة 3 و 4 من المادة 309 والمادة 310 الى أنه :

اذا تعذر تعيين المحكمين أو لم يعينوا مقدما ورفض أحد الاطراف عند
قيام منازعة اجراء هذا التعيين من جانبه أمكن للطرف الآخر أن يقدم مقالا الى
رئيس المحكمة الذي سيعطي لحكم المحكمين القوة التنفيذية لتعيين المحكمين
بأمر غير قابل للطعن .

ويمارس المحكمون المعينون من الاطراف أو بأمر من الرئيس سلطاتهم
ضمن الشروط والآجال المقررة في الفصل 308 المشار اليه أعلاه .

ولا يمكن عزل المحكمين خلال مدة التحكيم الا اذا أجمع الاطراف على
ذلك ويمكن أن يخص هذا العزل أحد المحكمين فقط .

ويضع العزل حدا لسلطات المحكمين فيكون كل حكم قد يصدر عنه بعد
ذلك باطلا ولو لم يخطروا مقدما بالعزل .

(4) وفيما بهم مسطرة التحكيم :

أكد المشرع في مواد 311 و 314 و 315 و 316 و 317 و 318 و 319 على
أن : يتبع الاطراف والمحكمون في المسطرة الآجال والاجراءات المقررة بالنسبة
للمحاكم الابتدائية الا اذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك .

ويلتزم المحكمون بالمشاركة جميعا في كل الاشغال والعمليات هذا في

تحرير المحاضر الا اذا اذن لهم الاطراف بالعهدة لاحدهم بتنفيذ اجراء من الاجراءات .

كما يلتزم كل طرف بتقديم مستنداته ووسائل دفاعه قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوما على الاقل ولا يلزم المحكمون بالبت الا فيما قدم اليهم .

ويوقع كل واحد من المحكمين الحكم واذا كان المحكمون اكثر من اثنين ورفضت الاقلية التوقيع اشار المحكمون الآخرون لذلك فيه ويكون للحكم نفس المفعول كما لو وقع من الجميع .

واذا لم يتفق المحكمون على حل النزاع المعروض عليهم وكان الاطراف قد اتفقوا عند اقامة التحكيم أو الشرط التحكيمي على ان المحكمين في هذه الحالة يلتجؤون الى محكم من الغير للفصل بينهم عينه هؤلاء ، فان لم يتفقوا على تعيينه حرروا محضرا بذلك وعين حينئذ بناء على طلب من يبادر بذلك بأمر يصدره رئيس المحكمة الذي قد يكون مختصا في اصدار الامر بتنفيذ حكم المحكمين ولا يقبل هذا الامر أي طعن .

يلتزم المحكمون المختلفون بتحرير آرائهم المعللة في محضر واحد أو في محاضر مستقلة .

اذا لم ينص على أي شرط في عقد التحكيم الذي عين فيه من يحكم من الغير التزم الاخير بالبت خلال الشهر الموالي لقبوله .

يحاط من يحكم من الغير بالموضوع من خلال رأي المحكمين المختلفين وفي الاجتماع الذي يعقده معهم ويمكن له علاوة على ذلك أن يأمر باجراءات تحقيق جديد الا أنه يتعين عليه الامتناع على تحديد الرأي الذي يفضله على بقية الآراء والافصاح في حكمه على الاختيار الذي انتهى اليه ولو بمفرده في غيبة المحكمين الذين انثروا لحضور الاجتماع .

ويجب على المحكمين ومن يحكم من الغير أن يرجعوا الى القواعد القانونية المحددة المطبقة على النزاع الا اذا قرر الاطراف في عقد التحكيم أو في شرطه

الفصل ونصاف كوسطاء بالتراضي دون التقيد بالقواعد القانونية أو كانت السلطات التي حولها الاطراف للمحكّمين تسمح بتأكيد أن ذلك هو ارادة الاطراف قطعاً .

وإذا كانت للمحكّمين المعيّنين سلطة البت كوسطاء بالتراضي تقيد بذلك من يحكم من الغير .

يجب أن يكون حكم المحكّمين مكتوباً ويتضمن بياناً لادعاءات الاطراف ونقط النزاع التي تناولها والمنطوق الذي بت فيه .

ويوقع الحكم من لدن المحكّمين وتحدد فيه هويتهم ويبين تاريخ ومحل إصداره .

لا يقبل حكم المحكّمين الطعن في أية حالة .

(5) وبخصوص نهاية التحكيم :

أكدت المادتان وهما 312 و 313 على أنه :

ينتهي التحكيم .

1 - بوفاة أحد المحكّمين أو رفضه أو استقالة أو حدوث عائق له إلا إذا نص العقد على استمرار التحكيم أو على أن تعويض هذا المحكم يتم باختيار الاطراف أو الحكم أو المحكّمين الباقين .

2 - بانصرام الاجل المشترك أو ثلاثة أشهر إذا لم يحدد أجل خاص .

3 - بتساوي الاصوات إذا لم تكن للمحكّمين صلاحية اختيار محكم من الغير .

4 - بوفاة أحد الاطراف إذا ترك وارثاً قاصراً أو أكثر .

5 - بصيرورة أحد الاطراف قبل صدور حكم المحكّمين فاقداً للاهلية .

ولا يمكن للمحكّمين أن يتخلوا عن مهنتهم إذا شرعوا في عملياتهم تحت طائلة تعويض الاطراف عن الضرر الذي أحدثه خطأهم .

كما أنه لا يمكن تجريحهم الا لسبب نشأ أو اكتشاف بعد تعيينهم. ويوقف المحكمون اشغالهم اذا وقع الطعن بالزور ولو حرفيا أو طرأت أثناء التحكيم عوارض جنائية الى أن تثبت المحاكم العادية في المسألة العارضة ويوقف الاجل المحدد ولا يسري من جديد الا من تاريخ البت فيها نهائيا .

6) وفيما يتعلق بقيمة قرار المحكمين :

أكد المشرع المغربي في المواد 320 و 321 و 322 و 323 و 326 و 327 على أنه :

يصير حكم المحكمين قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية التي يصدر في دائرة نفوذها .

يودع أحد المحكمين لهذا الغرض أصل الحكم بكتابة ضبط هذه المحكمة خلال ثلاثة أيام من صدوره .

اذا تعلق التحكيم باستئناف حكم يودع حكم المحكمين بكتابة ضبط محكمة الاستئناف ويصدر الامر من الرئيس الاول .

يتحمل الاطراف دون المحكمين مصاريف ايداع المقالات .

لا يأتى لرئيس المحكمة الابتدائية أو للرئيس الاول لمحكمة الاستئناف ان ينظر بعد تقديم المقال اليه بأي وجه في موضوع القضية . غير أنه ملزم بالتأكد من أن حكم المحكمين لا يطاله بطلان يتعلق بالنظام العام وخاصة بخرق مقتضيات الفصل 306 .

وتعطى الصيغة التنفيذية نهائيا لحكم المحكمين من لدن رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بعد استئناف أحد الاطراف ويبلغ بطلب من يبادر لذلك .

يقبل أمر المحكمة الابتدائية الاستئناف ضمن الاجراءات العادية خلال أجل ثلاثين يوما من تبليغه اذا تخلى الاطراف مقدما عن هذا الطعن عند تعيين المحكمين أو بعد تعيينهم وقبل صدور حكم المحكمين .

يقدم هذا الاستئناف أمام محكمة الاستئناف وتكون المحكمة المختصة محليا هي التي صدر حكم المحكمين في دائرة نفوذها تبت محكمة الاستئناف تبعا للقواعد العادية .

وتطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل لاحكام المحاكم على أحكام المحكمين .

ولا تسر اثار أحكام المحكمين ولو ذيلت بأمر أو قرار الصيغة التنفيذية بالنسبة للغير الذي يمكن له مع ذلك أن يقدم تعرض الغير الخارج عن الخصومة ضمن الشروط المقررة في الفصل 303 الى 305 .

ويمكن أن تكون أحكام المحكمين موضوع طلب اعادة النظر أمام المحكمة التي قد تكون مختصة في القضية لو لم يتم فيها التحكيم .

وأخيرا تقبل الطعن القرارات الصادرة انتهائيا في طلب اعادة النظر أو في استئناف حكم منح الصيغة التنفيذية أو رفضها وكذا الامر الذي يصدره الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف تطبيقا للفقرة 3 من الفصل 320 .

حرر بالرباط : في 27 يوليوز 1984

موافق : 28 ذي القعدة 1404

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي

بقلم : حمدون نور الدين

مقدمة تمهيدية :

ان أول ما يلفت النظر في الفقه الاسلامي ان الباحث فيه ليس في حاجة الى الاغراق في تاملات فلسفية لابتداع نظرية يقوم هذا الفقه على أساسها لانه لم يكن وليد فلسفة تأملية مجردة ، كما انه ليس فقها تقريبا حتى يصطنع له أسلوب المشاهدة والتجربة شأن العلوم الطبيعية التي تعتمد الواقع المحسوس لا تجاوزه الى المثل العليا من البر والاحسان والرحمة وغيرها من المفاهيم التي لا تخضع لمقاييس المادة .

وفضلا على ذلك ليس الفقه الاسلامي مظهرا للادارة الانسانية المتغيرة بما يثيرها من نوازع وأهواء أو صدى للعوامل الاقتصادية والاجتماعية تعصف بالقديم من أصوله لتقييمه على أسس جديدة مناقضة لسابقتها كتعبير موقوت لتطور تلك العوامل ، بل هو فقه يستند الى أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله .

ونظرية التعسف في استعمال الحق التي نحن بصدد البحث عن مضامينها ودلالاتها قد استوت في هذا الفقه منذ القدم كتابا وسنة ومذاهب الجماعية منها والفردية .

بينما لم يعرف التشريع الوضعي وفقهه هذه النظرية الا في أوائل القرن - 20 - على نحو ضيق ومبضم ، ويفسر ذلك الفقهاء المسلمون بأن المذهب الفردي بما هو مفعن في فردية الحق ، لم يسعفه منطلق تشريعه على

استمداد أصل منه تنهض عليه نظرية التعسف ، حتى يمكن تفسيرها به ،
فالفرد وحقوقه كانا يعتبران في منطق هذا المذهب محور القانون بل هنا
سابقان في وجودهما على القانون والمجتمع والدولة .

فكل هؤلاء قد أوجدتهم الفرد بنفسه لخدمة حقوقه ومصالحه وصيانتهما
ومن ثم لا يجوز للدولة ان تتدخل في حقوقه لانها تخرج بذلك عن حدود
وظيفتها الاساسية من كونها مجرد حارسة بقطع النظر عما يترتب على اطلاق
سلطات الفرد في التصرف من أضرار تمس الغير من الفرد والمجتمع بحجة
انه لم يجاوز حدود حقه الموضوعية ثم ان من استعمل حقه فهو حر وغير
مسؤول .

اما الفقه الاسلامي فلم ينظر الى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع ، كما
لم ينظر الى حقوقه على انها غاية في ذاتها ، بل اعتبر الفرد وحدة انسانية
تعيش في اطار اجتماعي وترتبط بغيرها ممن يشاركونها هذا العيش برباط
المصالح المتبادلة والهدف المشترك أو بعبارة أخرى باعتباره فردا اجتماعيا.
وهذه الصفة المزدوجة من الفردية والاجتماعية تنعكس بالضرورة على حقوقه ،
فتنتفي عنها صفة الفردية المطلقة لتقيدها بما يحقق المعنى الاجتماعي فيها ،
كما تنتفي عنها صفة الجماعة المحضة لان في ذلك اهدار الصفة الاخرى وهي
الفردية .

وقد حرص الفقه الاسلامي على ابقاء هذه الصفة المزدوجة للحق ، بدليل ما
تقضي به قواعده من التنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند
التعارض ، رعاية للحقين معا ما أمكن . والمعنى الاجتماعي تجده في تحريم
استعمال الفرد حقه بقصد الاضرار بغيره من أفراد المجتمع أو استعماله على
نحو تنجم عنه اضرار فاحشة بغيره ولو بدون قصد منه ، أو أن يتخذ من
حقه ذريعة لتحقيق أغراض مشروعة ضارة بالمجتمع من تحليل محرم أو اسقاط
واجب .

وسنتناول دراستنا لهذه النظرية في الفصول والمباحث التالية :

- الفصل الأول :** الحق في الفقه الاسلامي .
- المبحث الأول :** تعريف الحق في الفقه الاسلامي .
- المبحث الثاني :** طبيعة الحق في الفقه الاسلامي .
- الفصل الثاني :** أدلة نظرية التعسف في الفقه الاسلامي .
- المبحث الأول :** أدلة النظرية من الكتاب .
- المبحث الثاني :** أدلة النظرية من السنة .
- المبحث الثالث :** أدلة النظرية من فقه الصحابة .
- الفصل الثالث :** معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي .
- المبحث الأول :** المعيار الذاتي .
- المبحث الثاني :** المعيار المادي .
- المبحث الثالث :** معايير النظرية في الفقه المعاصر الوضعي .
- خاتمة .**

الفصل الأول :

الحق في الفقه الاسلامي

يجب ان نعلم ان منشأ الحق في الفقه الاسلامي هو الحكم الشرعي ، فلا يعتبر الحق حقا في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقديره انما يكون بحكم . والحكم يستفاد من مصادر الشريعة . وكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق . والانسان في نظر الشريعة لا يستحق الحق بحكم كونه انسانا بل الحق منحة منه تعالى للفرد . فالشريعة اذن هي أساس الحق ومصدره ... لكن ما مفهوم الحق في الفقه الاسلامي ؟

المبحث الأول :

- تعريف الحق في الفقه الاسلامي -

يطلق الحق لغة الملك والمال والامر الموجود الثابت . فكل ما ورد من الاستعمالات اللغوية لكلمة حق يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

تعريف الحق عند الفقهاء المسلمين القدامى

لم يعن الفقهاء القدامى بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع اعتماداً منهم على المعنى اللغوي لكلمة حق ولعلمهم رأوا أنه من الواضح بحيث لا يحتاج الى تعريف . ونقلنا عن شرح الكرماني للبخاري فان الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته لانه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولا يلحقه عدم . واطلاق الحق على غيره مجاز . اما الاصوليون فقد اکتفوا بتقسيم الحق الى قسمين رئيسيين : حق الله وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد . و اضافته الى الله تعالى هو العظيم خطره وشمول نفعه . وحق العبد - الفرد - هو ما تتعلق به المصلحة الخاصة .

قبل التعرض لتعريف الحق عند الفقهاء المسلمين المعاصرين لا بد من ان نشير الى ان فقهاء القانون الوضعي قد تفرقت وجهات نظرهم في تعريف الحق ، فلم تصدر عن مذهب واحد كما لم تنته الى مفهوم واحد . وباستقراء هذه التعاريف يتبين لنا انها ترجع الى مذهب شخصي ينظر الى الحق من خلال صاحبه : فهو صفة تلحق بالشخص ، ومذهب موضوعي يرى ان الحق مصلحة وحمية ، ومذهب مختلط مزج في تعريفه بين التعريفين السابقين . ويلاحظ الفقهاء المسلمون ان المذاهب الثلاثة لم توقف الى الكشف عن الحق وجوهه .

تعريف الحق عند الفقهاء المسلمين المعاصرين :

حاول الفقهاء المعاصرون وضع تعريف للحق يتفق والمفهوم العام للشريعة الاسلامية ، وقد اخترنا من هذه التعريفات تعريف الدكتور فتحي الدريني لدقته ولكونه قد راعى المآخذ التي أخذت على تعريفات الفقهاء الاخرين يقول هذا التعريف «الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة».

ويرى واضع هذا التعريف انه يتميز بالمميزات التالية :

1 - يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة بل هو وسيلة إليها .

2 - تعريف جامع يشمل حقوق الله وحقوق الاشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعيتها العينية والشخصية .

3 - يبين مدى استعمال الحق بما التى عليه من قيد تحقيقا لمصلحة معينة اذ فيه تعليل لتقرير الشارع . فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة ، وتظل حماية الشرع مبسطة على هذا الاختصاص ما دام يتجه صاحبه الى تحقيق تلك الغاية ، وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذي ينحرف بالحق عن غايته المرسومة شرعا .

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي . وهو في اصله مقيد بغايته المحددة له شرعا ضمن الاطار التشريعي العام .

4 - استبعد المصلحة من تعريف الحق كما استبعد الارادة لان الاولى غاية الحق والثانية شرط لمباشرته واستعماله ، وبين جوهر الحق وانه علاقة شرعية اختصاصية .

5 - لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصرا فيه بل الحماية من مستلزمات وجود الحق وكذلك الدعوى ليست من مقومات الحق بل وسيلة تلك الحماية ، فهي صفة بعدية ثانية في وجودها على وجود الحق .

المبحث الثاني :

طبيعة الحق في الفقه الاسلامي

يتميز الحق الفردي في الفقه الاسلامي بالميزات التالية :

- 1 - الحق منحة الهية.
- 2 - الحق وسيلة لتحقيق غايته.
- 3 - الاصل في الحق التقييد.
- 4 - الحق ذو طبيعة مزدوجة.
- الحق ذو وظيفة اجتماعية.

وستتناول هذه المميزات بنوع التفصيل .

1 - الحق منحة الهية : حق الفرد في نظر الشريعة منحة من الله تعالى الى الفرد فهو لم يستحق الحق بحكم الاصل وهذا مبدأ له خطره من حيث تقييد الحق اذ يترتب على هذا ان الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة أي ان الحق الفردي له صفة طبيعية جاءت الشريعة لتقريره وبناء الاحكام عليه ، كما هو الشأن في الحقوق ذات النزعة الفردية ؛ بل الشريعة هي التي انشأت الحق ومنحته للفرد . كما شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها .

2 - الحق وسيلة لتحقيق غاية : الحق في الشريعة الاسلامية مجرد وسيلة لتحقيق غاية وليس غاية في حد ذاته ، وهذه الغاية هي المصلحة التي من أجلها شرع الحق ، فيجب أن يستعمل هذا الاخير وفق ما شرع له .

3 - الاصل في الحق التقييد لا الاطلاق : اذا كانت الشريعة هي أساس الحق فالاصل في الحق التقييد لانه مقيد ابتداء بما قيدته به الشريعة وعلى هذا فليس الاصل فيه الاطلاق بل التقييد ، ووسائل التقييد في الشرع منها النصوص الخاصة ومنها القواعد العامة ومنها مقاصد الشرع وتأسيسا على هذا النظر يمكن ان يتصور الفعل مشروعا في ذاته بالنظر الى استناده الى حق وغير مشروع بالنظر لاستعماله في غير غايته ، أو مناقضته لروح الشريعة أو قواعدها . وهذا هو لباب فكرة التعسف .

4 - الحق ذو طبيعة مزدوجة : والحق في الفقه الاسلامي ذو طبيعة مزدوجة أيضا ولا يعتد بالفردية المطلقة تلك الطبيعة التي تعتبر انعكاسا طبيعيا وحقيقيا لصفة الانسان باعتباره كائنا اجتماعيا لا فردا فطريا منعزلا أي يجمع بين الفردية والاجتماعية . وهذا ما يقرره الكثير من علماء الاصول كالشاطبي اذ يقرر ان كل حق فردي مشوب بحق الله ، وحق الله هو المحافظة على حق الغير فردا كان أم جماعة ؛ ولو ابان استعمال الفرد لحقه كسبا وانتفاعا ؛ أي ان المحافظة على حق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب لان هذا مقرر في جميع الشرائع بل وعن التعسف في استعمال الحق أيضا اذا

ترتب عليه ضرر بالغير فردا كان أم جماعة . فرعاية حق الغير أو مصلحته اذن منظور اليها في كل تصرف فردي واستعماله مقيد بما يمنح المساس بها ولا ريب ان هذا الاصل يسبغ على الحقوق صفة اجتماعية . ومما يؤكد هذه النزعة الاجتماعية في التشريع الاسلامي انه يحرم الاضرار بالغير دون وجه حق في شتى صورته وبأي وسيلة من الوسائل ولو كانت في ظاهرها مشروعة ومن ذلك التعسف . بل يجعل للغير حقا في ان يرتفق وينتفع بملك المالك قسرا عنه اذا دعت الحاجة لا الضرورة فحسب الى ذلك شريطة الابعود على هذا الاخير ضرر .

وبهذا أمكن القول بان الشريعة الاسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة ولا تقبل استعمال الحق على وجه تعسفي أو غير اجتماعي .

5 - الحق ذو وظيفة اجتماعية :

الحق في الفقه الاسلامي ليس وظيفة اجتماعية وانما له وظيفة اجتماعية اذا لو اعتبر وظيفة اجتماعية كما يرى الفقهاء المسلمون المعاصرون لكان صاحب الحق موظفا أو مجرد وكيل يعمل لصالح الجماعة دون نظر الى مصلحته الخاصة وهذا في الحقيقة الغاء لفكرة الحق . فني حين ان الشريعة الاسلامية أقرت المصلحة الفردية أولا وشرعت لها وسيلة تحقيقها وهي الحق الفردي ثم قيدته بما يمنع الاضرار بالغير من الفرد والجماعة وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق . فالحق في الشريعة الاسلامية لا يعدو كونه ميزة لصاحبه أولا ، غير أنه يجمع الى ذلك عنصرا اجتماعيا . وبذلك كان مزدوج الطبيعة .

وقد كان لنظرية التعسف الفضل الكبير في الابتاء على فكرة الحق لانها لم تلغ فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية . بل حافظت على عنصرية الفردي والاجتماعي ثم أقامت التوازن بين هذين العنصرين حتى لا يطغى أحدهما على الآخر وأقامت التوازن أيضا بين المصالح الفردية والمصالح الجماعية . ومصالح الجماعة من باب أولى كما ذكرنا لان الضرر في اصدار مصلحة الجماعة أشد .

وعلى هذا الاساس يمكن القول بان التعسف في استعمال الحق انما يكون على وجه يناقض مقاصد الشارع من تشريعه ومن صور هذه المناقضة ما يلي :

أ - استعمال الحق - سلبيا أو ايجابيا - لمجرد قصد الاضرار بالغير ذلك ان الحق لم يشرع وسيلة الى ذلك بل شرع لمصلحة معتبرة شرعا وليس الاضرار بالغير مصلحة مشروعة ، فالمناقضة ظاهرة .

ب - استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقا مع الضرر الناشئ عنه ، والمناقضة ظاهرة أيضا من قبل أن ما غلب ضرره على نفعه لا يشرع .

ج - استعمال الحق ولو معتادا اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ولو غير مقصود ، لانه يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه .

وبازالته بعد الوقوع ، بل ويتعارض مع الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، وهو جلب المصالح ودرء المفسد ، وان درء المفسد مقدم على جلب المصالح .

هذا ومن باب أولى لا يجوز استعمال الحق اذا أدى الى الاضرار بالجماعة . لان المفسد اللازمة هنا أعظم بداهة . فالمناقضة أظهر ولو ترتب على ذلك تفويت مصلحة الفرد . والتعسف كما يكون في التصرف الايجابي يكون كذلك في التصرف السلبي كما امتناع التاجر عن بيع السلع احتكارا تربصا بالناس الغلاء وهم في حاجة اليها . فالامتناع هنا تعسف ، بالنظر الى ما يلزم عنه من اضرار بالجماعة . وكامتناع صاحب الحائط المائل للسقوط في الطريق العامة عن هدمه بعد الاشهاد يعتبر تعسفا بالنظر الى مآله من الضرر العام .

د - اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة احتيالا على قواعد الشرع وتخلصا من احكامها تحت ستار الحق كرقبة المال وهو تصرف في حق الملكية قرب منها الحول لاسقاط الزكاة . والمناقضة في هذا التدرع ظاهرة

لان الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهدم قواعد الشريعة بتحليل المحرم أو اسقاط الواجب ، كما يتناقض مع الاصل الاول الذي قامت عليه الحقوق من أن المصالح معتبرة في الاحكام أي ان الاحكام معتبرة بمصالح العباد .

وسنعرض الآن لادلة مستفادة من الكتاب والسنة وفقه الصحابة لنبيين مدى تأصل هذه النظرية في الفقه الاسلامي .

الفصل الثاني : أدلة نظرية التعسف في الفقه الاسلامي

ولكن الا يحق ان نتساءل ما المقصود بالتعسف ؟

القصد من التعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الاصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى اباحه مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الاضرار أو يخالف حكمة المشروعية. ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق أو الاعتداء (إذا أقام مالك بناءً على أرض غيره أو زرع أرض غيره اعتبر غاصباً أو معتدياً . ففعله غير مشروع أصلاً لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ولكن إذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطاً غالباً فسد على جاره منافذ الضوء أو الهواء ، حتى أصبح من المعتذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد أو بعبارة أخرى تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك وهو ما يسمى بالضرر الفاحش فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعي لكن لزم عن هذا التصرف أضراراً بينةً بالجار . فتصرفه في الاصل مشروع ، لأنه يستند الى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادي والشرعي والاستعمال والاستغلال ومآتى التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره .

المبحث 1 : أدلة النظرية من الكتاب

قال تعالى : «والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار الودة بولدها ولا مولود له بولده» البقرة آية 233 .

تدل الآية الكريمة على أن الرضاع حق للأم وهي أحق من غيرها وأولى في رضاع ولدها لرفقها وحونها عليه إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية . والآية صريحة في نهي الاب عن مضارة الام أيضا باسائة استعمال حقه في ولايته على ابنه . فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا لم ترضعه ، بل يأتي بالظئر فنرضعه عندها .

وكذلك تنهى الآية الكريمة الام عن التعسف في استعمال حق ارضاع ابنها أضرارا بأبيه فليس للأم - إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها . ان تطلب أجرا على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجانا أو بأقل مما تطلب منعا للضرر عن الاب ، لانها في هذه الحالة تقصد المضارة ، فدفعها لذلك يعطي الولد لغيرها في هذه الحالات لارضاعه ، ولكنه لا ينزع من حضانتها إذا لم تتزوج . وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته ومصلحة الاب في عدم الزامه بأجر معين مع وجود متبرعه أو من ترضى بالاكل وليس في ذلك أضرار بالام لأنه في حضانتها وفي امكانها ارضاعه إذا رغبت بدون أجر أو بالأجر الذي يرضى به غيرها حسب الأحوال .

الخلاصة ان الآية الكريمة تنفيذ وجوب حماية كل من الاب والام دون أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح من حق وسيلة الى هذا الاضرار مما توجب حماية الولد أيضا من الاضرار به وبذلك نعتبر هذه الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

قال تعالى : «من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حلِيم» سورة النساء .

تدل الآية الكريمة على أن الوصية في ذاتها مشروعة ولكنها ليست مطلقة أو خاضعة لتقدير الموصي يتصرف فيها كيف يشاء ولا مسؤولية عليه فسي استعمال هذا الحق ، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمخضا للاضرار بالورثة . إذ الآية صريحة في النهي عن المضارة في الوصية . وعلى هذا فالوصية فسي الفقه الاسلامي مفيدة بعدم الاضرار بالورثة ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه لاطلاق النهي في الآية .

والخلاصة ان هذه الآية بما هي شاملة للوصية بالثلث أو بما دونه أو لاجنبي أو لوجوه البر والقرب تدل على بطلانها على ما هو عليه الأرجح من رأي المحققين من الفقهاء والمفسرين اذا قصد بها محض الاضرار بالورثة أو كان قصد الاضرار هو الباعث الرئيسي على الايحاء لموافقة هذا الحكم لمقصد الشارع وبذلك تعبر هذه الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

المبحث الثاني : أدلة النظرية من السنة

قول النبي (ص) فيما رواه أبو سعيد الخدري «لا ضرر ولا ضرار». النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملا لما اذا كان الضرر ناتجا عن طريق المباشرة أو التسبب مع التعدي بارتكاب الافعال غير المشروعة في ذاتها والتي تعتبر اعتداء على ذات الانسان أو ماله أو أي حق من حقوقه كالاتناع عن أداء ماله من حق مثلا . وشامل كذلك للضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق فكان الحديث بذلك أصلا لهذه النظرية .

عن أنس بن مالك أن النبي (ص) قال : «لا يبيع حاضر لباد وان كان أخاه أو أباه» . ان البيع بوجه عام وكالة أو أصالة ممارسة لحرية التجارة وهي من الاباحات وقد اذن فيه الفرد لما يتعلق به من مصلحة خاصة حاجية هي ارفاه أهله وأولاده بما يرفع عنهم الضيق والعسر . وقد تتعلق به مصلحة ضرورية كما اذا توقفت حياته وحياته أسرته على هذا السعي . وأياما كان فقد قيد الرسول (ص) هذه الاباحة بما يمنع الضرر عن العامة لان مصلحتهم مقدمة . وواضح أن الترجيح هنا أساسه الموازنة بين النفع الشخصي ومايلزم عنه من مفسدة حتى اذا لزم عن المصلحة الخاصة ضرر عام رجحت كفة الضرر فمنع الفعل المشروع في الاصل وهذا هو ما تقتضي به نظرية التعسف .

المبحث الثالث : أدلة النظرية من فقه الصحابة

«روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : «أن الضحاك بن خليفة

ساق خليجا له عن العريض (واد بالمدينة) فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهو لك منفعة ؟ تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك . فابى محمد . فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله . قال محمد : لا ، فقال عمر : «والله ليمرن به ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك .

ان قضاء عمر في هذه المسألة دليل على ثبوت حقوق الارتفاق لاصحاب الاراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض كحق امرار الماء في أرض الغير أو استطراقها واذا امتنع صاحب الارض التي يراد الاتفاق بملكه اعتبر متعسفا في استعمال حقه ويجبر على التمكين ، مالم يلحقه ضرر بين عملا بقضاء عمر رضي الله عنه .

ما يستنتج من هذه الأدلة ؟

1 ان نظرية التعسف نشأت بنشأة الفقه الاسلامي نفسه اذ قد وردت الأدلة التفصيلية التي تثبت النظرية بمقاييسها المختلفة في كتاب الله وسنة رسوله وفقه الصحابة واجتهادات الاصوليين والائمة من مذاهب الفقه الاسلامي .

2 - ان مجال تطبيق نظرية التعسف يشمل الحقوق والاباحات على السواء كما في منع محمد بن مسلمة من استعمال حقه على نحو تعسفي وفي الاباحات كما في منع النبي (ص) من بيع الحاضر للبادي.

3 - ان نظرية التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية لان المفروض أن المتعسف لا يخرج عنها ولكنه يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها .

4 - التعسف في استعمال الحق محرم في الشريعة وممنوع . ولذا تقضي النظرية بحرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه ، بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداء . وهذا هو الدور الوقائي للنظرية . هذا فضلا عن ان التعسف اذا وقع وسبب ضررا

يستوجب المسؤولية ويترتب جزاء يوقع عن طريق القضاء بإزالة الضرر عينا
ان امكن أو عن طريق الضمان حسب الاحوال ، وقطع سبب الضرر منعا من
استمراره في المستقبل . وهذا هو الدور العلاجي للنظرية .

5 - نظرية التعسف قد تتخذ ترجيح مصلحة على أخرى لتقييم التوازن
بين الحقوق الفردية المتعارضة أو بينها وبين الصالح العام دفعا للضرر الأشد.
مما يؤكد ارتباط النظرية بنظرية الحق ومدى استعماله .

الفصل الثالث :

معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي

ان نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين
هما - المعيار الذاتي أو الشخصي - وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية
التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف بحقه ومن قصد الاضرار أو الدافع
الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

- المعيار المادي الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق
من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة . ووسيلة في ذلك الموازنة . فاذا كانت
المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها . منع الفعل . وهذا الضابط يحكم
التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردي مع المصلحة
العامّة من باب أولى .

ونبحث هذين المعيارين بالتفصيل .

المبحث الاول : المعيار الذاتي وينقسم هذا المعيار الى شقين :

1 - تمحض قصد الاضرار

2 - الباعث غير المشروع.

أولا : تمحض قصد الاضرار .

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها . بدليل وجوده في الشرائع
القديمة ومجافاته لمبادئ الاخلاق الظاهرة . غير أن الكشف عنه من العسر

بمكان لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية كالقرائن في تعيينه . هذا والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة . فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه لانه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق . والاصل في هذا ما جاء في حديث الرسول (ص) «لا ضرر ولا ضرار» .

أ - الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقاً لهذا النوع

في المذهب المالكي . جاء في تبصرة الحكام :

«لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوي باطلة ، ليس لهم من قصد الا التشهير وايقافهم أمام القضاء ايلاما وامتهانا لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي» وورد فيها أيضاً «لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير ، ففي الصحيح من رأي مالك أن الدعوى لا تسمع ، ولا يحلف المدعى عليه ، لئلا يتطرق الازدال والاشرار الى اداية أهل الفضل والاستهانة بهم» .

وهذا تخصيص لقوله (ص) «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» .

- في المذهب الحنفي :

ذهب أبو سيف الى منع من يستعمل حقه بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج ما نصه ، «زسالت - أمير المؤمنين - عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقى منه حوشه ونخله وشجره ، فينفجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى أرض غيره فيغرقها هل يضمن ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان من قبل ان ذلك في ملكه ، وكذا لو نزلت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على رب الارض شيء أو على صاحب الارض التي غرقت ونزلت ان يحصن أرضه .

ولا يحل لمسلم ان يتعمد أرضا لمسلم أو ذمي بذلك ، لغرق حرثه فيها يريد بذلك الاضرار به، فقد نهى الرسول (ص) عن الضرر وقال : «ملعون من صار مسلماً أو غيره . وان عرف ان صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه والذهاب بغلاتهم ، وتبين ذلك فينبغي ان يمنع من الاضرار بهم وهذا بين» .

- الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره أن حبس المدين الماثل الممتنع عن الاداء شرع وسيلة لاکراهه على اظهار ما خفي من ماله ، وفاء لدينه ، شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناء على طلب الدائن حتى اذا ثبت اعسار المدين فلا يجاب الدائن الي طلبه لان استعماله حقه في هذه الحال لا يؤدي الى المقصود . ويمكن ان يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد أحداث الضرر بمدينه ، والوسائل لم تشرع لذلك ، لان الاصل ان أعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقا لقصد الله في التشريع ، وهو الاصل الذي بنيت عليه الشريعة والا كانت المناقضة والتعسف .

- مذهب لامام أحمد :

جاء في كشاف القناع ان صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به لا يملك هدمه دون عذر قوي أو غرض صحيح فالحق في التصرف هنا مقيد بالا يعود على غيره بالضرر ، واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار فيمنع . اما اذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك لانتفاء قصد الاضرار ، ولانه اذا كانت له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيله مضره والضرر لا يزال بالضرر .

ثانيا : الباعث غير المشروع

قلنا في تعريف التعسف أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأدون فيه شرعا بحسب الاصل وهذا المعنى يتحقق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع ، لان قصد ذي الحق في العمل هنا معناه مصاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعادنة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا لانه تحايل المصالح التي بنيت عليها الشريعة ، وهدم لقواعدها وانما الخلاف بينهم في أمر آخر هو الوسيلة التي ستوصل بها الى كشف ذلك القصد أو الباعث .

وفيما يلي نورد تطبيقات على هذا المعيار :

السلطة الزوجية

ولاية الزوج على زوجته تأديبية . وهذا الحق ثابت بقوله تعالى :
«واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع ، وأضربوهن
فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» .

حددت الشريعة موضع استعمال هذا الحق «النشوز» كما حددت الوسيلة
والغاية . اما وسائل التأديب فقد رتبها الشريعة ، فيبدأ بالوعظ ثم الهجر
ثم الضرب .

هذا وقد حددت الشريعة مدى جسامة كل وسيلة ، كما تدرجت في هذه
الوسائل من الاخف الى الاشد ، حسب ما تقتضيه الظروف .

اما غاية التأديب فهو تهذيب الزوجة وحملها على الطاعة ، واصلاح
نشوزها . فولاية التأديب وضعها الشارع . حقا في يد الزوج ، فاذا ابتغى
بفعله غير ذلك أصبح فعله تعسفيا غير مشروع، لانحرافه بهذا الحق عن الغاية
التي شرع من أجلها ، وذلك كان يريد بها الانتقام أو اكراه الزوجة على انفاق
مالها على وجه لا تراه .

هذا ويشترط في الفعل أن يكون لازما وملائما لتحقيق الغاية وان يغلب
على الظن ، افضاء الوسيلة الى غايتها .

المبحث الثاني : المعيار المادي :

الاخلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب

لقد وسعت الشريعة الاسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف الى حد
لم يعرف له نظير في التشريعات الاخرى قديمها وحديثها ، فلم تقتصر على
المعيار الذاتي بل أقرت معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة
الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي فاستعمال الحق على وجه
يخل بالتوازن بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق ، والمفسدة التي تترتب

على ذلك يصبح غير مشروع سواء أكانت المفسدة اللازمة على ذلك لاحقة
فالفرد أم الجماعة .

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :

أولا : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لا يكون ثمة
تناسب بينهما اطلاقا .

ثانيا : الضرر الفاحش اللاحق بالغير .

ثالثا : الضرر العام اللاحق بالمجتمع الاسلامي .

وهذه الضوابط الثلاثة يجمعها معيار اختلال التوازن بين المصالح
المتعارضة ، فينظر الى ثمره الافعال ونتائجها في حذ ذاتها ، فهو مشتق من
أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي وهو النظر في مالات الافعال الذي تفرع
عنه مبدأ سد الذرائع والاستحسان والاستصلاح .

ولنتناول هذه المعايير بالشرح ، ونورد بعضا من التطبيقات عليها :

أ - انعدام التناسب بين مصلحة الحق والضرر اللاحق بغيره من الافراد ،

ففي :

هنا المعيار لا يتمخض قصد صاحب الحق للاضرار بل قد يدعى ان له
مصلحة مشروعة ، ولكن من مقتضى العدالة ان يسأل الغير صاحب الحق
تبريرا لهذا الضرر الذي يتوقع ان يصيبه أو يكون قد أصابه بالفعل من جراء
استعماله لحقه ، حتى اذا وجد التفاوت وعدم التوازن بين المصلحة المتوخاة
والمفسدة اللازمة عنها اتضحت غير مشروعة . وقد حرص المشرع الاسلامي
على اقامة هذا التوازن وجعل ضابط المشروعات غلبة المصلحة على المفسدة .

ومن تطبيقات ذلك :

ما جاءت به السنة من قضاء الرسول (ص) على سمرة من جندب بقلع
نخلة دفعا للضرر الاشد بالاخف ، وهذا لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة .

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية :

«وان كان عليه - صاحب الشجرة - في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الارض ببقائها في نستانه أعظم ، فان الشارع يدفع أعظم الضررين بايسرها .

في قسمة الملك :

لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي للآخر ، وطلب صاحب الاكثر القسمة ، أجيب في الاصح ، وان كان فيه ضرر بشريكه .

ب : الضرر الفاحش اللاحق بالغير :

قرر الفقه الاسلامي هذا المعيار ، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية لان في تنظيمها رعاية للمصالح .

فحق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره وهي المضار غير المألوفة اما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه اذ لم قيل بمنعه ، لادى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة .

وبناء على هذا فان نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق ، فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس اضرارا فاحشة ، أو تلحق بالجماعة ضررا عاما لان ذلك لا يتفق وروح الشريعة وغاياتها الاساسية وبذلك تكون غاية الحق في الشرع غاية اجتماعية أي منظور فيها حتى الغير .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا ، كالدخان الكثيف ، والاصوات المقلقة للراحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ... وغير ذلك من الاضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار أو معنويا كالاشراف على مقر النساء في الدار المجاورة .

ونعرض الآن للمذاهب الفقهية لنرى مدى أخذها بهذا المعيار في العلاقات الجارية .

في المذهب المالكي :

«قلت ، وكذلك لو كانت بئري في وسط داري . فحفر جاري في وسط داره بئرا يضر ببئري منع من ذلك ؟ قال : نعم ! ووسط الدار وغير وسطها سواء يمنع جاره من ان يحدث في داره بئرا يضر ببئر جاره عند مالك .

- في رفع البناء اذا حجب النور والشمس والهواء .

«اذا رفع بنيانه بحيث منع الضوء عن جارة ، ولو كان له في ذلك غرض صحيح ففي المذهب قولان : بالمنع وعدمه .

« اما اذا لم يكن له في ذلك منفعة ، فانه يمنع قولاً واحداً .

الخلاصة :

ان كل ما يحدث ضرراً محقق الوقوع يعطل المنافع المقصودة من عقار الجار يمنع في المذهب المالكي ، هذا فضلا عن الضرر الادبي أو المعنوي من فتح الكوى أو ما أشبه ذلك كالاشراف على مقر النساء .

في المذهب الحنبلي :

لقد جاء في المعنى «وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ، نحو ان يبني فيه حماماً بين الدور أو يفتح خبازاً بين العطارين أو يجعله دكان قصارة بين الحيطان ويخربها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب الحنفية .

الخلاصة :

ان المذهب الحنبلي يقيد حق المالك في التصرف بملكه بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره بل ويجبر المالك على ان يخلي سبيل الجار للارتفاق بملك الاول اذا لم يعد عليه ضرر .

في المذهب الحنفي :

ذهب متقدمو الحنفية الى ان للمالك ان يتصرف في حقه وان تضرر بذلك الغير . وسندهم في ذلك القياس . ولكن المتأخرين ومنهم أصحاب الفتاوي تركوا القياس وقيدوا حق المالك بما يمنع أضراره بغيره ضررا فاحشا استحسانا وذكر الزيلعي ان الاستحسان سنده المصلحة .

جاء في الودائع : «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره وليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير ، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق» .

هذا هو القياس وعلى هذا لا يمنع المالك في أصل المذهب الحنفي من النظر بملكه الا اذا تعلق به حق عيني .

ولما كان الاخذ بقاعدة الاطلاق هذه ، تد يؤدي الى اضرار فاحشة بالغير وذلك مما لا يتفق وروح الشريعة والعدل اجاز المتأخرون منهم تقييد التصرف بما يمنع الضرر البين عنه اغير استحسانا ولاجل المصلحة .

الضرر الفاحش المعنوي :

اعتبرت الشريعة الاضرار المعنوية من مثل الاشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها ، بمثابة الضرر الفاحش من النظام العام فتجب ازالته قديما كان أو حادثا .

المبحث الثالث :

معايير النظرية في الفقه المعاصر الوضعي

لم تستقر نظرية التعسف على تعابيرها كاملة في الفقه المعاصر لانها لاتزال فيها حديثه العهد ، وليدة النشأة . فالفقيه جوسران حامل لواء هذه النظرية في العصر الحديث يقصرها على معيار مبهم فضفاض وهو «التحايل على الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق مما يعسر تطبيقه في القضاء ، فضلا

عن أنه يفتح باب التحكم للقضاة لان كل من ينظر الى الغرض الاجتماعي والاقتصادي بمنظاره الشخصي ، أو من خلال ميوله السياسية أو الحزبية . وتبعه في هذا سالي .

وبعضهم قصره على انعدام المصلحة المشروعة اخذا من التعريف «اهرنج» للحق بانه «مصلحة يحميها القانون».

وبعضهم يقصر المعيار على «نية الاضرار» وهو معيار ذاتي يمثل الصورة البدائية الضيقة لنظرية التعسف ، وأخذ بهذا المعيار التشريع الالمانى كما أخذ القانون السوفياتي الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق .

ويأخذ الدكتور «فتحي الدريني» على هذا المعيار الاخير انه أتى معيبا من النواحي التالية :

1 - انه أقام - جوسران - هذا المعيار على أساس أن الحق بذاته وظيفة اجتماعية وان المصلحة العامة هي المنظور اليها في تقرير هذا الحق لا المصلحة الخاصة مما يخل بالتوازن الذي يجب الحرص على اقامته في كل حق فردي محافظة على صالح الفرد وشخصيته وكيانه . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان تحويل الحق بذاته الى وظيفة اجتماعية بحيث يصبح صاحبه مجرد وكيل أو موظف يمارس سلطات محددة أي يشغل مركزا قانونيا معيناً يفرض عليه التزامات ايجابية وسلبية . الا ان ذلك في الحقيقة الغاء للحق .

فكرة الحق تعتبر دعامة أساسية يقوم عليها التنظيم التشريعي قديما وحديثا اللهم الا التشريعات التي تقوم على الفلسفات التشريعية المتطرفة والتي تعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص بل لصالح الجماعة . ولا يخفى ما في هذا النظر من تطرف وتجاهل لمكونات الواقع .

2 - أتى جوسران بمعيار عام مجرد وواسع وغير محدود وذلك مما يعسر تطبيقه في القضاء كما يفتح باب الاهواء الشخصية للقضاة ، لان كل قاض ينظر الى الغاية الاجتماعية للحق بمنظاره الشخصي وبمقتضى معتقده الحزبي أو السياسي .

الخاتمة :

ماذا نستنتج بعد هذا العرض المبسط لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ومقارنته بعض جوانبها بمثيلتها في الفقه الوضعي ؟

لا نملك الا أن نحمد الله على نعمة الاسلام الذي جعله الله ديننا ومنهاجا لحياتنا ، وسلوكا للبشرية جمعاء فالله تعالى أراد منا أن نعيش الجنة على الارض فأنزل لنا شريعته الكاملة الجامعة المانعة ، فقد كان آخر ما ودع به الرسول عليه الصلاة والسلام المسلمين قوله : «اليوم أكملت لكم دينكم ورضيت لكم الاسلام ديناً» . فما تركت الشريعة جانبا من جوانب الحياة الانسانية الا وطرقته واوفته حقه تفصيلا واجمالا .

كل ذلك في سبيل ان يهنا المسلم بحياة سعيدة كريمة ، ولا سبيل الى هذه الحياة الهنيئة ، الا اذا كان الشخص المسلم عالما بما له وما عليه فيتصرف فيما له ويمسك عما لغيره ، ويطالب بما له على غيره ، ويفي بما للغير عليه. وليس من السهل أو الميسور ان يهتدى الانسان بنفسه الى معرفة حقوقه وواجباته بالدقة التي ذكرنا ، ولنا خير دليل في المذاهب الفردية والاجتماعية التي ماعدت في المجتمعات الاوروبية ، وقد المحنا لذلك في العرف . فالانسان كما رأينا اما ان يمنح نفسه كل شيء أو يحرمها كل شيء . لذلك فان الله عز وجل رسم لنا منهاج حياة بين فيه حقوق الفرد وحقوق الجماعة . وراعى فيه المصالح الفردية والمصالح الجماعية . واضعا نظاما دقيقا متكاملا يكفل التلائم وعدم التعارف بين كل ذلك .

ولنا أيضا فيما عرضناه من ادلة الكتاب والسنة وفقه الصحابة خير شاهد على هذا .

يبقى اذا الالتزام الموضوعي للمسلمين . بكل ما تفرضه عليهم هذه الشريعة فالفرد المسلم لا يستطيع أن يعلم انه لم يتعسف في حقه أو لم يجاوز به حقوق غيره الا اذا كان مسلما قلبا وقالباً أي كان خلقه القرآن اقتداء برسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام .

ولا يخفى ما في ذلك من خطر على الحقوق وبلبلة لا يستقيم معها ميزان العمل ولهذا استعان جوسران بالباعث النفسي ليتخذة قرينة على مجافاة استعمال الحق لغايته وروحه والغرض منه هو النعدام الدائع الشرعي .

3 - هذا المعيار قاصر عن استيعاب جميع حالات التعسف لانه لا ينطبق مع مضار الجوار غير المألوفة أو الضرر الفاحش ذلك المعيار الذي استقر في الفقه الاسلامي وفتنته مجلة الاحكام العدلية .

ووجه عدم انطباقه ان مالك العقار قد يستعمل حقه استعمالا عاديا متوخيا في ذلك المصلحة أو الغاية الاجتماعية منه ، بل وقد يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني ومع ذلك يكون متعسفا اذا ما نتج عن ممارسته لحقه هذا ولو بدون قصد منه - أضرار فاحشة بالغير .