

06/10/2015

007513
007529

العدد 22

ابريل 1991

مجلة المحقق القضائي

- معالجة البطء في تصفية القضايا أمام المحاكم
- تحسين وسائل العمل وأثره في تصفية القضايا أمام المحاكم
- النظام القانوني للتدخل في الصفقة العمومية
- اشكالية صفة النيابة العامة للطعن في القضايا المدنية التي لها صفة بالنظام العام
- مسؤولية المريض العقلي مدنيا
- تجربة السلف الصالح في احياء « الفقه »
- الرهن المغربي على الذات والرهن الاوروبي الموحد
- الشرطة القضائية والتحقيق الاعدادي بفرسا
- البحث ، الاثبات ومسطرة الحجز على ضوء التشريع الغابوي
- الاختصاص المكاني في دعاوي اشكالية التنفيذ المؤقتة
- اهمال الاسرة في نطاق القانون الجنائي المغربي
- تعليق على قرار المجلس الاعلى عدد 1300
- قرار وتعليق
- تعليق على حكم قضائي

007513-Ar

p. 13 → p. 37

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007513 تاريخ 19/05/2015
جديسة Ar

تحسين وسائل العمل واثره
في تصفية القضايا أمام المحاكم
(العوائق والحلول)

الأستاذ أحمد السراج
مدير المعهد الوطني للدراسات القضائية

القي هذا العرض بمناسبة عقد اللقاء العلمي حول معالجة البطء في تصفية للقضايا أمام
المحاكم الذي نظم بالتعاون بين المعهد الوطني للدراسات القضائية والمركز العربي للبحوث
القانونية أيام 21 - 22 - 23 فبراير 1989 بالرباط

المقدمة :

- مميزات القضاء في المجتمع الاسلامي .
- معطيات تاريخية عن القضاء المغربي .

البند الاول :

- استعراض بعض العوائق :
- (1) عدم ملائمة القضايا وعدد العاملين بالجهاز القضائي .
- (2) تفشي ظاهرة البطء .
- (3) أمثلة للمقارنة .
- ارتفاع حجم القضايا كظاهرة لها ما يبررها .

معطيات احصائية

(احصائيات عن نسبة السكان والقضايا)

البند الثاني :

- تحليل على ضوء الاحصائيات للحاجيات البشرية .
- أ - العنصر العددي .
- ب - العنصر التأهيلي .

البند الثالث :

التجهيزات المادية

الخاتمة :

- اقتراحات في اطار تحسين أسلوب العمل بالمحاكم .

مقدمة :

● يكتسي التقاضي من أجل استيفاء الحقوق أمام المحاكم أهمية بالغة بالنسبة لكل مجتمع يسعى لان يكون مجتمع القانون يحكمه ويطبقه بين مختلف أفرادهِ ويترك له السلطان المطلق لضمان الحقوق وصيانتها ، ذلك أن من أهم ما تمتاز به المجتمعات المتحضرة ومن أبرز سمات النضج الاجتماعي أن يحرم الافراد على أنفسهم ومهما كانت حيثياتهم محاولة استرجاع حقوقهم من يدي غاصبيها عن طريق غير طريق القضاء.

ومن ثم كان القضاء الوسيلة المقبولة حضاريا لصيانة حقوق الناس من أن يعبت بها العابثون أو يعتدي عليها المعتدون.

وظال القضاء عبر التاريخ يلجأ اليه المظلومون المهضومة حقوقهم من أجل استرجاع تلك الحقوق بعد أن استقرت للقضاء قواعده ونواميسه المستمدة من أخلاق المجتمعات المتحضرة ، وكان أول هذه المجتمعات المجتمع الاسلامي الذي عرف فيه القضاء عبر تاريخه الطويل ميزتين أساسيتين :

الاولى : المستوى العلمي الرفيع لمن يتولى خطة القضاء بما يصحب ذلك من دراية وخبرة بشؤون المجتمع وبطبيعة الناس وأحوالهم.

الثانية : سرعة البت فسي إنهاء الخصومات وفض النزاعات حتى لا تتفاقم خطورتها وتزداد حدتها بين الخصوم فيؤدي ذلك الى اشاعة الضغينة وتفشي البغضاء والرغبة في الانتقام واسترجاع الحقوق عن طريق القوة والعنف.

واعتبر المجتمع الاسلامي منذ الصدر الاول على عهد الرسول الكريم صلوات الله وسلامه عليه وعلى عهد الخلفاء الراشدين من بعده القضاء في اسمى مراتب الاعتبار بالنسبة لجميع الوظائف الاخرى اعتبارا لوظيفته في حماية حقوق الناس من ان تضيع وفي صيانة مصالحهم من ان تتعطل.

وكانت لمجالس القضاء هيبتها ، ولاحكام القضاة حرمتها. إذ كانت

منصات تلك المجالس تزدان بقضاة اجلاء ، اغنياء بقضاعتهم ، شرفاء في تصرفاتهم ، أمناء على وظيفتهم ، فكانت أحكامهم قويمة في مبنائها ، سليمة في معناها ومؤداها ، تقضي لذي الحق بحقه لا يخشى القاضي فيها لومة لائم وبدون مظل ولا تراخ ولا تأخير.

والمغرب كبلد اسلامي عرف قضاؤه اسمى المستويات فيمن كان يتولى من بين علمائه وفقهائه خطة القضاء. فاطمان الناس على حقوقهم وعاش المجتمع المغربي في رعادة عيش بصيانة تلك الحقوق وحمايتها.

وكان لملوكه بما حفوا به القضاء من سامي رعايتهم وموفور عنايتهم الاثر المحمود في تأمين احسن السبل للسير بالقضاء في طريقه السليم. ولم يتراجع الا يوم اتجهت الى المغرب الاطماع لسلب حريته فأصبح قضاؤه متأثرا بما اخذت تلعبه الهياكل القنصلية اذ ذلك.

واقعنا أثناء الحماية وغداة الاستقلال

وعلى عهد الحماية، عرف القضاء منعرجا آخر نتيجة تنوع المحاكم وتعدد جهاتها ، فانشئت المحاكم العصرية والمحاكم المخزنية والمحاكم العرفية ، وترتب على ذلك خلط وتداخل في السلط ، وخاصة بالنسبة للمحاكم التي كان لها حق النظر في قضايا المواطنين بعضهم بعضا.

وأخذ القضاء منذ ذلك الحين يعاني ما يعانيه لا من حيث هيكلية وتعدد فحسب ، ولكن أيضا من حيث النوعية التي عرفها فيما كان يعرف بالمحاكم الباشوية ، وان كان القضاء الشرعي ظل في بعض المدن كفاس والرباط مثلا. يعرف نوعية ممتازة مشهودا لها الى اليوم بتفوقها العلمي وحسن سلوكها الوظيفي استطاعت أن تحتفظ للقضاء المغربي بمكانته فيما كان موكولا لها من اختصاصات.

لقد عانت المحاكم منذ معاهدة الحماية سنة 1912 من ضعف في بنياتها وضعف في تجهيزاتها ، فلم تكن في مستوى التطور الذي عرفته الحياة العامة غداة الاستقلال.

أضف الى ذلك عدم وجود ما يمكن أن يرغب ذوي الكفاءات اذ ذلك في ولوج سلك القضاء ، بل ان حاجة المغرب الملحة بعد الاستقلال لبعض العناصر المتوفرة على مؤهلات للعمل في مجالات كانت هي ايضا حيوية بالنسبة للبلاد تركت فراغا ملحوظا في هذا الجهاز الذي يتطلب تكويننا متينا ومؤهلات خاصة.

وان كانت طائفة أخرى بإمكاناتها ومؤهلاتها دخلت الى الميدان القضائي متحملة مسؤولياتها القضائية في جلد وصبر ، محتسبة عملها للمهمة التي آمنت بها خدمة للصالح العام .

غير انها - عدديا - لم يكن بإمكانها حمل العبء بكامله وبما يتطلبه من سرعة في الانجاز لتخطي العوبات والتغلب على العوائق.

لقد كانت هناك اصلاحات جوهرية عرفها القضاء منذ سنة 1957 : احدث المجلس الأعلى (محكمة النقض) انشاء وتعميم المحاكم الاقليمية ذات الاختصاص المزدوج استثنائي وابتدائي ، تعميم محاكم الحكام المفوضين ثم استبدالها بمحاكم السدد ، اصلاحات 1965 : قانون توحيد القضاء ومغربته وتعريبه ، وأخيرا الاصلاح القضائي لسنة 1974 : الذي تميز بادخال نظام القضاء الفردي.

كانت كلها تغييرات ذات أهداف اصلاحية ، وكانت لها ايجابياتها دون شك ، وتطلب انجازها جهدا غير يسير سواء على مستوى الادارة او على مستوى المدد التي يتطلبها البت؟.

لكن هل تمكن القضاء من تحقيق انجاز أكبر على مستوى الانتاج وعلى مستوى المدد التي يتطلبها البت.

من غير شك انه بالرغم من تلك الاصلاحات ظلت هناك عوائق تحول دون تحقيق المطلوب بالنسبة لجهاز ينشد دائما أن يكون نموذجيا.

البند الاول :

بعض هذه العوائق :

إذا تتبعنا السير العام لمؤسساتنا القضائية، وقارنا بين ما نطمح اليه وما نتمكن من انجازه بمقتضى الوسائل المتوفرة سواء على المستوى البشري او على المستوى المادي. فسنجد ان هناك هوة بين الأمرين.

ومن غير ان ندخل في تفاصيل الحاجيات الملحة ولا في استعراض للعراقيل التي تخرج عن حيز الجهاز كتلك التي تعود الى المتقاضين أنفسهم في بعض الاحيان أو الى جهات أخرى وان كان لها ارتباط بالجهاز القضائي فاننا سنلاحظ منذ البداية ان العامل البشري قد يكون في مقدمة العوائق.

1) : عدم التوافق بين حجم القضايا وعدد القضاة المعاملين بالمحاكم :

لقد كان عدد القضاة ومايزال لا يتناسب مع نسبة ما تسجله المحاكم سنويا من قضايا . وعرف الوضع في فترة من الفترات اقبالا على سلك القضاة من طرف المجازين الشباب ، لكن ما كان يخصص من مناصب في ميزانية العدل لم يكن بالقدر الذي يساعد على سد الحاجيات.

أضف الى ذلك ضالة ما كانت تعرفه ارقام الميزانيات المخصصة للعدل عبر سنوات عديدة.

وما لوحظ بشأن القضاة يلاحظ أيضا بشأن أطر كتابة الضبط. كان عددهم أقل بكثير مما يتطلبه حجم الاعمال الضبطية داخل المؤسسات القضائية.

وإذا أخذنا بالاعتبار جانب التجهيزات وظروف العمل الناتجة عن ضيق كثير من البنايات وازدحام الكتبة في المكتب الواحد وتراكم القضايا ثم وسائل العمل التقليدية المعتمدة في التسجيل والكتابة والتحرير والسير الضبطي والاداري على الوسائل اليدوية وعلى العنصر البشري ، أدركنا مدى العوائق التي تحول دون سرعة الانجاز في العمل القضائي.

اذن هناك عوامل متنوعة ومتعددة أسهمت في اضعاف المردودية.

على انه ينبغي ان لا يغيب عن أذهاننا في هذا الصدد ، ما تعرفه حركتنا التنموية ليس في المغرب فحسب ، ولكن في كثير من الاقطار العربية ، فالتنمية في جميع مجالاتها تفرز تفاعلات حتمية تعكس ظلها على العمل القضائي بفعل تضخم حجم المعاملات التجارية والحركة الدائمة للمتاولات.

وكان من الطبيعي أن تكون النتيجة لكل ما تقدم من مسببات : قلة الاظر - ضعف الامكانات - تكاثر القضايا - التطور التكنولوجي واشكالياته - الى جانب تعقيد المساطر - بما فيها كثرة الآجال وطول أمادها ، كانت النتيجة الطبيعية لكل ذلك. تراكما في المآفات ، بطأ في تصفية القضايا ، تقاعسا في تنفيذ الاحكام بطأ مخلا في تنفيذ الاجراءات

2) : نفشي ظاهرة البطء

ظاهرة البطء اذن أخذت تدب في دواليب المحاكم ، تكدست القضايا ، وامتألت الرفوف وأصبح المتقاضون ينتظرون كلمة الفصل من القضاء شهورا عديدة بل سنوات.

واقع كهذا أعتقد انه ليس مقصورا على بلد واحد ، بل هو واقع دول كثيرة اجتاز قضاؤها نفس الأزمات وعاش في نفس التعثرات ولنفس الاسباب ، فهي ظاهرة ليست مقصورة علينا وحدنا أو على الدول العربية وحدها ، ولكنها وجدت حتى في بعض الدول المصنعة.

3) أمثلة للمقارنة :

في دولة كفرنسا مثلا وأخص فترة ما قبل عشر سنوات : تصدى وزير العدل الفرنسي السيد آلان بيير فيط

Mr Alain Pierre FETTE

الى ما يعاينه جهاز العدالة الفرنسي في سلسلة من المقالات تحت عنوان : « الألم القضائي » اختار لنشرها جريدة من أوسع الجرائد الفرنسية انتشارا - جريدة لوهوند - خلال شهر يناير من سنة 1979 - ضمنها

ملاحظات مستخلصة من وقائع تصور ما يحدث نتيجة ما تشكوه العدالة ،
مستدلا في احدى هذه المقالات بما توصل اليه احصاء اجري سنة 1977
اتضح منه أن 71% من السكان في فرنسا يعتقدون أن العدالة تسير بصورة
سيئة ان لم تكن سيئة للغاية.

وأن 88% يرونها أكثر سوءا من ادارات أخرى.

وأن جملة من العاملين في مجال العدالة : قضاة وكتاب ضبط ومحامين
وموثقين - ومبلغين يصرحون لوزير العدل عند تعيينه في صيغة رجاء : لو
تستطيع علاج آلام العدالة.. حتى موظفوها فقدوا الثقة فيها ، مستخلصا
في احدى كتاباته أن آلاف المتداعين يولون ظهرهم للعدالة بسبب المصاريف
الباهضة وطول الوقت.

وقبل وزير العدل الفرنسي بسنوات كتب أحد القضاة الفرنسيين حول
ما تشكوه العدالة من بلاء ولم يتردد في وصفها ، بأنها عدالة بطيئة.

والى اليوم مازال جائئا أمامنا في البهو الرئيسي لقصر العدالة فسي
باريز تمثال رخامي قديم لامرأة تمثل العدالة جاثمة برجلها على ظهر سلحفاة ،
قال لنا وكيل الجمهورية بالحكمة الابتدائية الكبرى بباريز السيد بيزارد
BEZARD عشية يوم الثلاثاء 7 يناير 1989 ، انها صورة ناطقة
لما تكون عليه العدالة في غالب الاحيان من بلاء.

وفي الولايات المتحدة الامريكية ، البلد المصنع والمتقدم تكنولوجيا ماذا
عن العدالة كذلك.

جملة من الانتقادات توجه من فئات مختلفة الى العدالة.

نتلمس بعضها فيما كتبه رئيس احدى المحاكم سنة 1967 اذ - يقول :
في قرن اتسم بالنمو والتحديث في العلم والتكنولوجيا والاقتصاد ،
مازال رجال القانون يعيشون في الماضي واستسلموا لتيار التقدم الذي
تجاوزهم.

هناك جمعية في الولايات المتحدة الامريكية تحمل اسم : جمعية اصلاح المحاكم ، هذا وحده دليل على أن هناك خللا في المحاكم أدى الى انشاء جمعية تسعى لاصلاح هذا الخلل او التقليل على الاقل من ضرره.

وماذا عن الخلل نفسه وما طبيعته ؟

ذلك ما يجيب عنه رئيس هذه الجمعية الذي يقر بانه رغم الجهود المبذولة فان معدل عمر قضية تتعلق باحداث اضرار شخصية مثلا يبلغ 36 شهرا أي ثلاثة سنوات كاملة بينما في ولاية أخرى كشيكاغو يصل عمر القضية الى 53 شهرا اي أزيد من اربع سنوات.

ولم يتردد بعض الكتاب الامريكيين في وصف المحاكم بانها المؤسسة المميزة لعصر التدهور ، انه الاستاذ برنارد شفارتز ، في كتابه القانون في أمريكا والذي يقول في وصفه لهذا التدهور : « ان حالة المحاكم أصبحت كارثة فادحة »

تصريح ثالث لرئيس محكمة « وارن » يقول فيه : « ما لم يعمل شيء جديد فعال فورا فان حكم القانون في هذا البلد - يعني أمريكا - لا يمكن أن يدوم ». (1).

وعن واقعنا نحن ماذا يمكن أن نقول ؟

من غير استشهاد بأقوال السادة رؤساء المحاكم عندنا ، ولا للمهتمين بشؤون القضاء والعدل ، ولا لما تسفر عنه نتائج التفتيش والتفقد الذي تبشره الوزارة باستمرار يمكننا الرجوع الى الارقام التي تتضمنها الاحصائيات في الفترة ما بين 1975 - 1986 لندرك مدى التصاعد الذي يعرفه حجم القضايا وحجم ما يتخلف منها بدون بت سنويا.

(1) ندوة العدالة في 25 سنة - كلية الحقوق بالرباط - من عرض د. الضحاك.

ارتفاع حجم القضايا ظاهرة لها ما يبررها

ان ارتفاع حجم القضايا في المغرب كما في غيره من البلاد الاخرى له ما يبرره من حيث الكم والنوع معا ، فتصاعد عدد السكان وتصاعد حجم المعاملات وحركة التنمية الاقتصادية والتغيرات التي تحدث في البنية الاجتماعية نتيجة عوامل متعددة كالهجرة الى الحواضر مثلا ، كل ذلك يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في هذا المجال.

في اطار التصاعد السكاني بالنسبة للمغرب نراجع ما أثبتته وزارة الاعلام في نشرتها عن خمسة وعشرين سنة من التنمية التي أصدرتها سنة 1986 ، فنجد أن عدد السكان بالمغرب في ارتفاع مستمر فقد ارتفع ما بين سنة 1961 - 1984 على الشكل التالي بالمليون نسمة :

سنة 1960 : 11626 نسمة

سنة 1971 : 15379 نسمة

سنة 1982 : 20419 نسمة

تقديرات 1984 : 21465 نسمة (1).

في حين أثبتت مجلة الحياة الصناعية والزراعية التي تصدر بالمغرب أن الهجرة الى المدن مثلت نسبة مرتفعة خلال السنوات المذكورة :

ففي سنة 1960 كانت نسبة القاطنين في المناطق الريفية : 70% من مجموع السكان.

بينما انخفضت هذه النسبة سنة 1987 الى : 54,9%

الفارق اذن نزح الى المناطق الحضرية.

كما ان هناك مؤشرا آخر يتمثل في الانخفاض الملحوظ في عدد الوفيات

(1) هذه الارقام الى حدود تقديرات سنة 1984.

الذي تقلص من 19٪ عام 1960 إلى 9,5٪ عام 1987 أي : بانخفاض ما يقارب 50٪ تقريبا ، وارتفع متوسط الاعمار من 47 سنة في سنة 1960 إلى 61,6 سنة في سنة 1987.

تدل هذم المؤشرات كلها على أننا ننتظر بدون شك ارتفاعا في نسبة المعاملات وما تفرزه عادة من نزاعات تنعكس بالضرورة على ارتفاع حجم القضايا الذي ستعرفه المحاكم لا محالة في السنين القادمة.

يؤكد ذلك من جهة اخرى الارتفاع المطرد سنة بعد أخرى لحجم الدعاوي.

على سبيل المثال :

ما سجل سنة 1976 بلغ : قضية 700129

سنة 1977 بلغ : قضية 720781

سنة 1978 بلغ : قضية 733694

سنة 1979 بلغ : قضية 763304

سنة 1980 بلغ : قضية 777547

سنة 1987 : بلغ : قضية 914118 (1)

هذا بصرف النظر عما سجل خلال السنوات المذكورة في اطار محاكم الجماعات.

اما بالنسبة لما يخلف سنويا من القضايا دون بت فقد عرف بدوره ارتفاعا على صعيد كل من المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف بينما انخفض على صعيد المحاكم الابتدائية.

(1) إحصائيات مصلحة المناهج وطرق الأعلام.

ما بين سنة 1975 وسنة 1988 ارتفع رقم القضايا الباقية بدون حكم بالمجلس الأعلى من 10700 قضية الى 34660 قضية.

في نفس الفترة ارتفع رقم القضايا المخلفة بدون بت بمحاكم الاستئناف من 48.016 قضية الى 90.311 قضية.

بينما انخفضت نسبة القضايا المخلفة لدى المحاكم الابتدائية في نفس المدة من 441.801 الى 279.815 قضية.

هل هذا داخل في المعايير التي أشير إليها سابقا كعوائق تحول دون سرعة البت في القضايا وتصفيتها أمام المحاكم مما يؤدي الى تراكمها سنة بعد أخرى ؟ أم هو أمر طبيعي ناتج عن تطورات الحياة في جميع مجالاتها.

اننا متأكدون من المجهودات المبذولة على صعيد المؤسسات القضائية بدأ من المجلس الأعلى في رأس الهرم القضائي الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية (1).

وأن عددا من المحاكم تمكنت خلال بعض السنوات من تحقيق توازن بين ما سجل لديها وما تم الحكم به من طرف قضاتها.

على سبيل المثال بالنسبة لاقليم استئنافي متوسط القضايا كاقليم وجدة بلغ ما سجل في استئنافته سنة 1988 : 6625 قضية.

بينما قضى في 6295 قضية وألم يبق سوى 330 قضية من نسبة المسجل اي معدل انتاج قاض واحد في السنة - طبعا ستضاف هذه النسبة الى ما كان مخلفا من سنوات ماضية.

كما ان هناك مجهودات مبذولة على صعيد الوزارة لتوفير الوسائل وتذليل الصعاب ، لكن دون أن نتمكن مع ذلك كله من تحقيق السرعة المطلوبة في

(1) راجع نسبة الانتاج الفردي بحسب إحصاء سنة 1987 الموجود ضمن هذا العرض.

البت ، واقتصار الآماد التي يستغرقها زمن الفصل في القضايا ، والقضاء على المتراكم منها.

في زيارة لمحكمة الاستئناف بباريز يوم 7 فبراير 1989 وبمعية المدراء العامين للمعاهد القضائية العربية طرحت السؤال على الوكيل العام للجمهورية السيد طروش (TRUCH) في متوسط المدة التي تنتظر فيها قضية متوسطة كدعوى تعويض الضرر مثلا أجاب بأنها ما بين أربعة وسنة أشهر ، أما قضايا النفقة فمن ثلاثة الى أربعة أشهر ، وأكدت استنتاجه هذا السيدة **EZ Ratti** الرئيسة الاولى لمحكمة الاستئناف بباريز.

في حين كانت العدالة في فرنسا تشكو من البطء الكبير في السبعينات كما سبقت الاشارة الى ذلك ، لكنها استطاعت التغلب عليه فيما بعد.

من خلال الاحصائيات التي أطلعونا عليها تبين ان المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس أصدرت سنة 1988 : 37.351 حكما بالنسبة للقضايا المدنية في حين سجلت 32.806 قضية مدنية أي ان عدد القضايا المحكوم فيها فاق عدد القضايا المسجلة ب : 4545 قضية.

بالنسبة لمحكمة الاستئناف ببوردو من خلال احصائيات رسمية تسلمناها هناك تبين أن عدد القضايا المحكومة أصبح يرتفع بنسبة ما بين 10,62% / 108,519 خلال عشر سنوات أي من سنة 1978 الى 1988 بالنسبة لأغلبية الغرف.

اذن هناك اجراءات اتخذت لتحسين المردودية وتوفير توازن بين ما يسجل سنويا وما يبت فيه.

يبقى السؤال المطروح بالنسبة لنا أمام طول آماد البت في القضايا وما يتراكم سنويا.

ما هي الاسباب الحقيقية وراء ذلك ؟

هل هي الأسباب التي سبقنا الإشارة إليها خاصة التطورات الحتمية الناتجة عن النمو الديمغرافي والتعاطلي ؟

أم هي أسباب ذاتية وشخصية تعود الى دور العاملين في المجال القضائي ونعني كل العاملين ليس القضاة وحدهم ولكن جهاز العدل بما فيه من كتاب ومحامين وخبراء وموثقين ؟

هل هي أسباب إجرائية تعود الى المساطر والاجراءات القانونية المعمول بها ؟

أم هي أسباب مادية ترجع الى الوسائل المستعملة والتجهيزات ؟
أسئلة مختلفة في مدلولها ولكنها تبقى ذات مدلول واحد من منظور المتقاضين.

المتقاضون لا تهمهم الاسباب مهما اختلفت انما يهمهم انهم طرقتوا باب القضاء مرغمين للتوصل الى حقوقهم اذ لولا تلكؤ المدينين ولولا اعتداء المعتدين لما طرقت باب محاكمنا أحد من المواطنين.

المنازعات بين الناس أفرادا وجماعات أمر طبيعي في كل مجتمع. وعرضها على القضاء أمر طبيعي كذلك.

لكن يبقى غير الطبيعي هو طول الانتظار الذي يسأله المتقاضون فيولون ظهروهم للعدالة وبيحثون عن مخرج آخر يصرفهم عن الملجأ الطبيعي للمتقاضين وهو القضاء.

غالبا ما يكون هؤلاء في عجلة من أمرهم. متشوقين لسماع كلمة الحق والعدل ينطق بها القاضي خلال فترة معقولة ، تكفي عادة للتحقق من صحة الدعوى وتأملها ودراستها دون تماطل ولا بطء ولا تأخير.

هل يمكن ان نركز على الأسباب البشرية كعامل أساسي في تراكم القضايا وارتفاع نسبة المخلف ؟

وإذا أخذنا بالاسباب البشرية هل نعتزها من حيث الكم أو من حيث الكيف ؟

البند الثاني :

تحليل احصائي عن حاجياتنا البشرية على ضوء حجم القضايا.

أ - من حيث الكم - العنصر العددي.

من الأكيد ان تحدينا لمعطيات حسابية على ضوء احصائيات سنة 1987 بحكم انها السنة التي تم فيها استجماع المعلومات الكاملة لمجموع محاكم المملكة ، فسيتضح اننا بعيدين عما هو مطلوب عدديا لسد حاجياتنا.

فحسب البيانات التالية المتعلقة بنشاط مختلف درجات المحاكم في نهاية سنة 1987 ستوضح النسبة المئوية لكل من القضايا المحكومة والقضايا الباقية من مجموع ما هو رائج بكل صنف من المحاكم.

المحاكم	الرائج	المحكوم	النسبة	الباقى
المجلس الأعلى	45584	15368	٪33,81	٪66,29
محاكم الاستئناف	272078	177112	٪65,10	٪34,90
المحاكم الابتدائية	1059856	708910	٪66,89	٪33,11

وسيتضح من الجدول الثاني عدد قضاة الحكم الموجودين بكل صنف من المحاكم مع النسبة المئوية التي تمكنوا من تصفيتها خلال سنة 1987 من مجموع القضايا الراجعة.

نسبة تصفية القضايا الراجعة	عدد قضاة الحكم	
33.81%	69	المجلس الأعلى
65.10%	484	محاكم الاستئناف
166.89%	648	المحاكم الابتدائية

فالنتيجة اذن هي ان نسبة ما تمت تصفيته في كل من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية تجاوزت 65% من مجموع ما هو رائج.

في حين بالنسبة للمجلس الأعلى لم تتعد 33.81

يبقى ان نعرف ما هي نسبة القضايا التي تنوب كل قاض من قضاة الحكم في حالة ما اذا قمنا بعملية توزيع مجموع عدد القضايا الراجعة على قضاة كل صنف من المحاكم.

ويمكننا ان نستخلص الجواب من الجدول التالي :

اذا وزعنا عدد القضايا الراجعة على عدد القضاة العاملين بمختلف المحاكم يكون معدل النتيجة كما يلي :

أولا : - بالنسبة للمجلس الأعلى :

عدد القضايا الراجعة : 45584
عدد المستشارين : 69 = 661 قضية لكل مستشار

ثانيا : - بالنسبة لمحاكم الاستئناف

عدد القضايا الراجعة : 272.078
عدد المستشارين : 484 = 562 قضية لكل مستشار

ثالثا : بالنسبة للمحاكم الابتدائية

عدد القضايا الرأجة : 1059.856 = 1636 قضية لكل قاض
عدد القضاة : 648

يلاحظ انه على ضوء هذا التحليل المستند الى الارقام المستخلصة من الاحصائيات فان عدد مستشاري المجلس الأعلى ينبغي ان يضاعف لنتمكن من تصفية جميع المخلف الراجع.

ويكاد الامر يكون هو نفسه بالنسبة لما هو مطلوب بمحاكم الاستئناف. بينما بالنسبة للمحاكم الابتدائية يكون هناك فائض لما هو مطلوب بالنسبة لكل قاض ويبلغ 636 قضية أي ما يحتاج الى نصف عدد القضاة الموجودين بها حاليا على الاقل.

ويمكن أن نعرف من جهة أخرى ما هو النشاط الفردي بحسب عدد القضايا التي تم الفصل فيها خلال نفس السنة وبحسب كل صنف من المحاكم.

أولا : - بالنسبة للمجلس الأعلى

عدد القضايا التي تم الفصل فيها : 15368 = 223 قضية لكل مستشار
عدد المستشارين : 69

ثانيا : بالنسبة لمحاكم الاستئناف :

عدد القضايا التي تم الفصل فيها : 177112 = 366 قضية لكل قاض.
عدد المستشارين : 484

ثالثا : بالنسبة للمحاكم الابتدائية

عدد القضايا التي تم الفصل فيها : 798910 = 1094 قضية لكل قاض
عدد القضاة : 648

نستنتج من البيانات السابقة اعتبارا لما هو رائج من القضايا وما تم الفصل فيه بحسب عدد القضاة في كل صنف من المحاكم ما يلي :

(1) ان عدد الأحكام الصادرة وبالتالي عدد القضايا التي تم الفصل فيها يفوق ما هو مقدر لكل قاض بصفة اجمالية.

(2) اننا لكي نتمكن من انهاء القضايا المؤخرة وتصفيتها طبقا لمعدل القضايا المحكومة بالنسبة لكل قاض ينبغي تزويد المؤسسات القضائية بالاعداد الآتية من المستشارين والقضاة :

بالنسبة للمجلس الأعلى

223 (69 + س) = 45584 أي س = 135 مستشارا.

بالنسبة لمحاكم الاستئناف :

366 (484 + س) = 272078 أي يجب اضافة س = 259 مستشارا

بالنسبة للمحاكم الابتدائية :

1094 (648 + س) = 105956 أي يجب اضافة س = 321 قاض

(س) هي حاجيات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية.

فحاجياتنا هي كما يلي :

المجلس الاعلى : 135 مستشارا

محاكم الاستئناف : 259 مستشارا

المحاكم الابتدائية : 321 قاضيا (1)

715

(1) الجداول والنسب مع الاحصائيات من مصلحة المناهج وطرق لإعلام.

إذا أضفنا نصف هذا العدد من قضاة النيابة الى هذا العدد تكون النتيجة كالتالي

$$357 + 715 = 1072 \text{ قاضيا كحد أدنى}$$

في حين لا تستقبل المحاكم سنويا سوى نسبة تتراوح بين 60 و 80 قاضيا في أغلب السنوات (1).

ومعنى ذلك انه لكي يتوفر الجهاز القضائي على العدد المطلوب من القضاة وهو 1072 قاضيا وبمعدل 80 في السنة يحتاج الى أزيد من 13 سنة ليتوفر على 1040 قاضيا. أي أقل ب 30 قاضيا مما يحتاجه الآن.

لكن خلال السنوات الثلاثة عشرة يكون حتما حجم القضايا قد ارتفع أيضا ويصبح الجهاز في حاجة الى اضعاف العدد المطلوب حاليا اذا ما اعتبرنا المعدل العادي لارتفاع حجم القضايا وهو 5٪

هذا بصرف النظر عن عوامل أخرى كحالات التقاعد وحالات الوفاة.

اننا في هذه الحالة في تسابق مع الزمن ومع القضايا ومع الارقام المتصاعدة سنويا.

وإذا شئنا أن نتوهم بمقارنة من الناحية العددية مع دولة كفرنسا مثلا الذي يزيد عدد سكانها عن خمسين مليون نسمة ، فسنجد أن عدد القضاة العاملين بها يبلغ 5800 قاض.

وأن المدرسة الوطنية للقضاء بفرنسا تستقبل سنويا نحو 240 طالبا او قاضيا في طور التأهيل (1).

بينما في المغرب الذي يقارب عدد سكانه اليوم نصف عدد سكان فرنسا أو يزيد لا يوجد سوى نحو 1900 قاض.

وفي بلد كتونس الذي يوجد به نحو ستة ملايين نسمة يقارب عدد قضاة الالف.

(1) هذه السنة يوجد بها 195 قاضيا رغم أن الميزانية خصصت 240 منصبا نظراً لاعتبارات خاصة بلجنة المباراة.

ب - من حيث الكيف : - العنصر التأهيلي -

التأهيل :

إذا كانت هذه الاعتبارات المستخلصة من الأرقام بالنسبة للعنصر البشري من حيث الكم. فماذا عن الكيف ؟

عامل الكيف يدخل حتما في إطار النوعية التي تعمل في الجهاز القضائي.

قلت سابقا بأن القضاء عرف انقبالا من طرف المجازين الشباب وأغلبية هؤلاء أخذوا تكوينا وتأهيلا بالمعهد الوطني للدراسات القضائية الذي دخل في طوره الحالي سنته التاسعة عشرة.

قبل هذه الفترة عرف المعهد طورا آخر لتكوين العاملين في صفوف القضاء وأدت عملية التكوين والتأهيل دورها حيث أن نسبة مهمة من قضاة المحاكم اليوم اجتازت مرحلة تأهيل بالمعهد وتغطي جميع المحاكم على مختلف المستويات وقد برهنت عن جدارتها وأعلىتها.

فعماية التكوين اذن يجب ان تؤخذ بعين الاعتبار كعامل من عوامل تحسين المردودية. لأن القضاء صناعة ولضمان المهارة في هذه الصناعة يجب الاهتمام بعملية التأهيل والتكوين ، ليس فقط بالنسبة لمدة أربعة وعشرين شهرا التي يقضيها الملحق القضائي بالمعهد ولكن أيضا بالنسبة لاستمرارية التكوين خلال السنوات الأولى من عمله بالمحاكم (1).

فنظرية تكوين الأطر تخطت اليوم كل اعتبار وأصبحت توجهها عاما لدى أغلبية الدول.

في السنتين الماضيتين بمناسبة تخرج الفوج الربع عشر والخامس عشر أكد معالي وزير العدل الأستاذ مصطفى بلعربي العلوي على

(1) وفي فرنسا يبقى القضاء بعد تخرجهم خاضعين لعملية التأهيل ثمان سنوات كاملة.

أهمية التكوين بالنسبة لجهاز القضاء معتبرا ان دور المعهد القضائي في هذا المجال حيوي بالنسبة لآلتقين صناعة القضاء وضمنان نوعية ذات مؤهلات عالية للعمل في الاطار القضائي. كما أعطى تعليماته بضرورة تتبع المحققين القضائيين بعد تخرجهم من طرف ادارة المعهد.

وفي فرنسا أيضا يعطى لتكوين القضاة بالمدرسة الوطنية للقضاة ببوردو أهمية قصوى ، وفي خطاب للسيد وزير العدل الفرنسي في الذكرى الثلاثين لانشاء المدرسة ركز على جانب التكوين كعامل من عوامل تحسين عمل القضاء وخاصة التكوين المستمر.

في حديث مع رئيس محكمة النقض الفرنسية مسيو درايط (DRAT) عند لقائه مع المدراء العاميين للمعاهد القضائية العربية أثناء زيارتهم للمدرسة الوطنية وبعض المؤسسات القضائية بفرنسا أكد هو الآخر على جانب التكوين بالنسبة للقضاة وقال :

ان تحسين أساليب التأهيل القضائي توفر انتاجا أفضل وفعالية أكثر. وهو نفس ما أكدته كل من الرئيسة الاولى لمحكمة الاستئناف بباريز والوكيل العام للجمهورية بها اللذان أوضحا ان رفع المستوى التأهيلي للقضاة ساهم الى حد كبير في تحسين مردودية محكمة الاستئناف التي أنتجت خلال 1988 أكثر مما سجلته في نفس السنة.

من جهة أخرى تنظم في نطاق المدرسة الوطنية ببوردو سنويا عشرات الندوات واللقاءات العلمية لمسيرة المستجدات في المجالات القانونية والقضائية فعلمية التكوين بالنسبة لقضاتنا يجب الا تتوقف بالتخرج من المعاهد القضائية.

وفي هذا الاطار فان السيد وزير العدل أصدر تعليماته منذ السنة الماضية بضرورة مواكبة خريجي المعهد على الاقل لمدة أربع سنوات وبضرورة تفقدهم من طرف المعهد أثناء قضائهم فترة التدريب العملي بالمحاكم. وهو ما قامت به ادارة المعهد منذ السنة الماضية.

التخصص في المجالات الدقيقة من مجالات القضاء هو أيضا يدخل في تحسين النوعية القضائية وخلق اطار متخصص حسب الحاجيات.

وقد أخذ المعهد بهذه الفكرة فأحدث شعبا متخصصة بناء على تعليمات من السيد وزير العدل خلال مستهل السنة الدراسية 1988.

اشراك طلبة المعاهد القضائية العربية في جميع المناظرات والندوات التي تنظم في لطارها أو مع مؤسسات أخرى يدخل أيضا في هذا السياق ويتيح لهم الفرصة لتوسيع مداركهم.

اذن عملية التكوين يجب ان تهدف الى خلق مؤهلات عالية وتقنية مرتفعة في فن القضاء وصناعته مما يعتبر عاملا أساسيا في تحسين النوعية والمردودية والفعالية.

البند الثالث :

التجهيزات المادية :

اذا كان لتوفير العنصر البشري بالحد المطلوب وللتكوين اثرهما الفعال في تحسين وسائل العمل بالحاكم، يبقى هناك جانب ثالث لابد من اعتباره ضمن هذه الوسائل.

قلت في إحدى فقرات هذا العرض ان العمل القضائي لحد الآن يعتمد الى حد كبير على العنصر البشري ، وبالتالي فأعماله الضبطية والمسطرية تعتمد العمل الدوي في هذا الانجاز ، بل كل ما يتعلق بتضمين المعلومات واستخراجها مازال في كثير من محاكمنا يعتمد على اليد وعلى العنصر البشري كذلك ، مما يتطلب في عمليات انجاز الاشغال زمنا غير يسير ، خاصة اذا كانت القضايا بالحجم الذي أسلفناه ، بيد أن العمل التوثيقي لحفظ الوثائق والسندات والسير الضبطي لأقضايا أصبح يعتمد اليوم وسائل آلية حديثة للتغلب على ضخامة الاعمال وتكاثرها ، حتى أقسام الحفظ

لدى كثير من المؤسسات القضائية والادارية في كثير من البلاد أخذت الميكرو فيلم والميكرو فيش كوسيلة للحفظ بدل الرفوف المثقلة.

تحديث وسائل العمل والتجهيزات أصبحت ضرورة ملحة تقضي باستعمال الآلات الالكترونية في مكاتب الضبط والسير الاداري وأقسام حفظ الوثائق وتخزين المعلومات المتعلقة بسير القضايا وغير ذلك مما يستوعبه حاليا مجال الاعلاميات ، كل ذلك من شأنه أن يبعث في مؤسساتنا القضائية ديناميكية نستطيع بها التغلب على البطء وكسب الوقت في السير المسطري على الأقل.

لقد استعملت بعض الدول العربية هذه الآليات في الكويت مثلا وفي المغرب وفي لبنان على ما أعلم ولا أستبعد أن تكون هناك دول عربية أخرى يستعمل تضاؤها نفس الآليات ، في الاحصائيات وفي السير الاداري وضبطه على الاقل.

أن تعميم هذه الوسائل وتحديث عملنا وفق ما هو موجود الآن في كثير من الدول المتقدمة سيؤهلنا لاستقبال عهد ما بعد سنة 2000 الذي يستعد العالم لاستقباله بأحدث الوسائل والاختراعات.

هناك جانب آخر يدخل في باب التجهيزات كذلك ويجب ضمن تحسين وسائل العمل القضائي ان نوليها ما يستحق من الاهتمام. فبنايات المحاكم قد يكون لها دور في تعطيل العمل.

وقد يساهم شكل البنايات وضيقها وعدم ملاءمتها للعمل القضائي الذي يحتاج الى هدوء النفس وراحة الفكر في ضعف المردودية وضعف الانتاج وتعطيل الاعمال وتأخير الانجاز.

الخاتمة :

اقتراحات تحسين أسلوب العمل :

- اذن لكي نخفف من عبء ما نعانيه من تضخم القضايا ، ونحقق

انجازا أفضل وبسرعة اكثر ، ولنحقق العدل باقرب الطرق وأحسن الوسائل، يبقى أن نأخذ بعين الاعتبار وجوب تحقيق تكافؤ بين ما يسجل من القضايا بمحاكمنا وبين ما هو مطلوب من قضاة ومساعدتهم ولو في حده الأدنى.

- وجوب الاهتمام بعمليات التكوين والتأهيل سواء منه التكوين الاولي أو التكوين المستمر لنضمن نوعية ممتازة تستطيع دراسة ملفاتها والبت فيها وتصنيفتها بايسر الطرق وأفضلها.

- من جهة أخرى ينبغي أن نعلم أن عملية التكوين في فرنسا لا تنتهي بانتهاء فترة الدراسة بالمدرسة الوطنية بل القضاة هناك بعد تخرجهم يظلون خاضعين للتدريب طيلة ثمان سنوات يلزم فيها المتخرج بالمشاركة في أسبوعين للتدريب بالمدرسة خلال السنوات الثماني المذكورة يتم فيها كشف جديد لتطور معاوماته وتطور كفاءته المهنية ومراقبة سلوكياته.

- من جهة ثالثة تتبع القضاة للمستجدات عن طريق المشاركة الفعلية في اللقاءات العلمية والندوات والمحاضرات المرتبطة بالعمل القضائي تعتبر من باب التكوين المستمر كذلك.

- وجوب تحديث وسائل العمل وعصرنة الجهاز وادارته وادخال ما نستطيع ادخاله من الآليات الحديثة في عملنا الضبطي والاداري.

- وجوب الاهتمام بالمؤسسات القضائية ، كبنائيات توفر للعاملين فيها الوسائل الضرورية في الشكل والمضمون.

- من الأکید ان هذه العوامل ليست الوحيدة لتحقيق النتائج المرغوب فيها ، بل هناك عامل الحماس الذي يطبع العمل الشخصي والذي يتفاوت طبيعيا من شخص لآخر.

- هناك عامل الحرص... حرص المسؤولين على ضمان حسن سير العدالة في المؤسسات التي يشرفون على ادارتها.

- هناك مع ذلك كله نوع التعامل السدي يطبع العلاقات بين الرئيس والمرؤوسين والذي لا شك انه يلعب دورا هاما في حسن سير الاعمال
- هناك التفقد التوجيهي من طرف المسؤولين المركزيين الذي له اثره
حتما في ازالة العوائق وتحسين ظروف العمل.

ولا أعتقد اننا نستطيع حصر الاسباب ولا الوسائل التي تضمن لنا
سييرا أفضل لعدالتنا وتحقق لنا انتاجا أوفر لقضايانا ، ولكن هذه بعض
العوامل. ولا شك عندي ان مداخلات السادة المشاركين بما هم عليه من
مستوى علمي ووظيفي رفيع وما لهم من دراية وخبرة وتجربة ستغني الحوار
في هذا المحور الهام من محاور الندوة.

فهذه فقط مساهمة متواضعة ارجو ان تتقبلوها وتتموها بسديد آرائكم.

والله ولي التوفيق.

والسلام عليكم ورحمة الله.

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007514 تاريخ 2015/14/05
جديدة Ar

النظام القانوني للدخول في الصفة العمومية

الدكتور أدريسي محمد العلمي مشيشي
أسناذ بكلية الحقوق بالرباط

● تكتسي الصفقات التي تبرمها الدولة أو المؤسسات العمومية أهمية لا مزيد عليها سواء بالنسبة لحياتها العملية وتقدمها أو بالنسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وإذا كانت صفقات الاشغال العمومية قد اكتسبت نوعا من البساطة نظرا لصفقتها التقليدية ولكثرة تواردها فان صفقات جديدة تتميز بنوع من التعقيد أصبحت تؤثر على تحرك المؤسسات العمومية واهتمامات المقاولات المختلفة. يتعلق الامر بصفقات التصوير او التعريف والدراسات التي تهدف الى بلورة أفكار ونظريات حديثة في تنظيم وهيكله المؤسسات وكذا في ابتكار مواد وآليات وطرق استعمالها وتطبيقات ذلك. وظهر هذا التوجه في القانون المغربي منذ 1965 ، وتأكد وعرف تنصيلا نوعيا في ظهير 1976/10/27 ومنشور الوزير الأول المؤرخ في 1976/12/15، حيث أضاف المشرع الى صفقات التعريف والدراسة ، صفقات التعريف والدراسة ، صفقات القطع المشروطة.

وبعدما كانت الصفقات العمومية تركز على مبدأ منع المتعاقد مع المؤسسة العمومية أن يتفق من الباطن مع شخص آخر قصد انجاز جانب من الصفة ، وذلك حماية للصفة التجارية ودقة المحاسبة العمومية وسهولة وبساطة الصفة نسبيا ، صار من الصعب الاستمرار على ذلك لأن محل الصفقات عرف تعقيدا كبيرا لم يعد من الممكن تحقيقه بمجرد اللجوء الى

السوق الجارية ، وأصبح يتطلب إنجازا خاصا به ، حسب الطلب. وفي نفس الاطار اضحي محل الصفقة يتكون من عدة مكونات يعسر اجدا أن تجتمع في اختصاص مقاوله واحدة ، مما أدى الى قبول المؤسسات العمومية لفكرة الاتفاق من الباطن. وعرفت هذه الطريقة في التعامل مع الادارة أشكالا متعددة. فظهرت في صيغة شركة مكونة من المقاولات التي تجتمع لبرام الصفقة ، ولاتتكون ولاتدوم الا من أجل إنجاز الصفقة ، وترجع في حد ذاتها الى تعاقد المؤسسة العمومية مع شخص واحد ، وتخضع العلاقة بين المقاولات المشتركة الى نظام الشركة التي تختارها. ويجوز أن يتم تكوين الشركة بشكل صريح وصحيح ، كما يحدث أن تظل مجرد شركة واقف ، دون أن يغير ذلك من الامر شيئا وتجسد التعاقد من الباطن في صور أكثر وضوحا وشفافية لما قبلت المؤسسات العمومية أن يفوت التعاقد معها جزءا من الصفقة الى الغير من خلال اتفائه معه من الباطن. لكن هذه الطريقة المبسطة لا تناسب دائما مصالح المقاولات الضخمة المتعددة الانشطة ، كما أنها في المغرب لم تعرف تطبيقا ملموسا الا في حدود ما يقضي به احترام قانون المغربية لسنة 1973 . لذا عرفت الحياة العملية الادارية ما يمكن أن نسميه بطريقة التدخل المحدد ويبقى دائما خاصا بنقطة معينة ، كما عرفت ، على غرار التجارب الأجنبية ، ما يرجع الى تكوين مجموعة يظل أعضاؤها مستقلين عن بعضهم، وينتظمون بادارة أو تنسيق أحدهم. وغالبا ما يكون هذا الاخير هو المتعاقد باسمه ولحسابه مع الادارة العمومية أو المؤسسة العمومية .

وتجدر الملاحظة أن هذه الطرق في عقد الصفقات العمومية خلقت وضعا يصعب توضيح ملامحه القانونية سواء في المغرب أو بفرنسا

، انظر ،

Jean Théorie générale des contrats de l'administration, t.1 p. 191
a. J. Daumard, les sous-traitants dans les marchés publics, Rev.
Actualité juridique de droit administratif, 1962 p. 6)

وتتجلى اشكالية وضعية المتعاقدين من الباطن والمتدخلين والمنضمين في مجموعة ينسقها متعاقد واحد ، من خلال غموض وتنوع العقود التي يبرمونها فيما بينهم بحيث ينعكس ذلك على القواعد القانونية التي يجب أن تسري على تصرفاتهم . تبرز الصعوبة بشكل ملموس بسبب تواجد نوعين من العلاقات القانونية في ذات الوقت. فالى جانب العلاقة القائمة بين مبرم الصفقة والمؤسسة العمومية، تنشأ علاقة أخرى بين مختلف المشاركين في الصفقة ويؤدي ذلك الى تداخل مقتضيات القانون الاداري ، خاصة منه في المغرب ظهير 1976 ، والقانون الخاص. فالاول يحكم بدون جدال نظام الصفقة بين المؤسسة العمومية والمتعاقد معها والثاني يسري على المتدخلين فيما بينهم. لكن اسهام المتدخلين في انجاز الصفقة ، وقبولهم من طرف المؤسسة العمومية بهذه الصفة ينشيء تفاعلا بين القانونيين ، على الاقل فيما يخص التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا وما يطرأ عليه من مرونة وضرورة ضمان جديد لفائدة المؤسسة.

من جهة أخرى ، اذا كان المتعاقد مع المؤسسة العمومية ، في اطار صفقة عمومية يخضع للقانون الاداري في نطاق تلك العلاقة ، فان هذا يجعل منه ممرا لامتداد صلاحيات الادارة ، ولو كان في حد ذاته يحتفظ بصفة الخواص.

اما المتعاقد من الباطن أو المتدخل، فهو لو كانت له مجرد صفة الخواص يتعرض لانعكاس وضعية الادارة على من تعاقد معه ، فلا يدري أين يقف القانون الخاص وأين يصل القانون الاداري. كل ذلك يوضح ضرورة تحديد الوضعية القانونية الدقيقة التي يوجد عليها ، والنظام الذي يترتب عنها.

1 - تحديد صفة المتدخل :

يجدر التذكير بأن المتدخل المقصود لا يرتبط مع المؤسسة العمومية بعلاقة تعاقدية ، فهو يظل مبدئيا أجنبيا عنها. ويتعلق الامر بتوضيح نوعية العلاقة القانونية التي تنشأ بينه وبين المتدخلين الآخرين. بتعبير

آخر ، يرجع موضوع تحديد صفته الى تكييف العلاقة القانونية التي تجمعها بالمتدخلين الآخرين. وفي هذا الاطار يحسن التمييز في تكييف هذه العلاقة بين مستويين ، عام وخاص. ذلك ان التدخل في حد ذاته يظهر في صور متعددة فتشترك جميعها في خصائص معينة وتخضع لشروط محددة ، لا تغني عنها القواعد الدقيقة التي تسري على كل حالة من حالات التدخل والتي ترجع الى التكييف الخاص أو الدقيق.

أ - التكييف العام :

يتطلب تعريف التدخل بصفة عامة بيان الحالات التي يتم فيها أو الصور التي يتخذها ، والخصائص التي تتميز بها جميعا والتي تفسر الى حد ما عددا من الشروط التي توفرها حتى يكتسب صحة قانونية.

1 - فعلى سعيد الحالات أو الصور : سبقت الاشارة الى أبسطها وهي

المتجلية في شكل الشركة ، هنا يكون سائر المتدخلين شركاء يخضعون في حقوقهم والتزاماتهم للقانون الذي يحكم نوع الشركة التي أبرموها. وتمت الاشارة الى سهولة هذا الوضع وذلك نظرا لوجود المقتضيات القانونية والاجتهادات القضائية والفقهية الغزيرة في الموضوع.

وبمجرد الخروج عن نظام الشركات ، بما فيها شركة الواقع ، يصير الموقف القانوني صعب التحديد لأنه يتعلق عموما بالتعاقد من الباطن وهذا التعاقد يعرف طرقا وأنماطا يكاد يصل تعدادها الى ما تنطوي عليه مخيلة الانسان وما تقتضيه الحياة اليومية ، كما ان العمل الاداري يقتصر غالبا على ثلاث صور أساسية : التعاقد من الباطن لانجاز جزء من الصفقة أو للقيام بعملية محددة أو لتسهيل العلاقة مع المؤسسة العمومية.

وفي الواقع فان صورتين الاولى والثانية تجسدان حالة واحدة لأنهما لا تختلفان الا من حيث اتساع محل العقد الذي يمكن أن يشمل أعمالا وخدمات متعددة ومختلفة كما يمكن أن يقتصر على عمل واحد.

بالتالي هناك صورتان رئيسيتان فقط.

الصورة الاولى : تدور حول التعاقد من الباطن الذي يتم بمقتضاء اتفاق بين المتعاقد مع المؤسسة العمومية حول تنفيذ جانب من الصفقة. وقد يرجع الامر الى مجرد انجاز عملية او أكثر من العمليات الرئيسية الضرورية في الصفقة. على اي حال يتميز التدخل عن حالة تزويد المتعاقد بالمواد اللازمة للصفقة بشكل ثانوي. ويختلف من جهة أخرى عن الحالة التي تكون فيها المؤسسة العمومية هي التي تفرض على المتعاقد معها ان يتزود من جهة معينة ، فهو هنا يقتصر على تنفيذ عقد الصفقة تنفيذًا شخصيًا ولا يغيره بأي تعاقد من الباطن.

والصورة الثانية : تتمحور حول ما أفرزته الممارسة العملية للإدارة من خلال اعتماد متعاقد بالصفقة الى جانب متعاقد رئيسي من الباطن أو مسؤول عن الصفقة الى جانب متدخل أو أكثر. ترمي هذه الممارسة الى التوفيق بين متطلبات الصفقة المركبة أو المعقدة ، وهي وحدة المسؤول عنها والمتجلية في وحدة الضمان من جهة وتعدد المنفذين للصفقة ، بشكل يحقق الاستفادة من تخصصات عالية لفائدة المؤسسة العمومية ويعطيها صلاحية الدعوى المباشرة ضد كل متدخل من جهة أخرى. تؤدي هذه الظروف الى اعتماد متعاقد من الباطن بشكل رئيسي ومنصوص عليه صراحة بالصفقة التي تضي عليه صفة المتعاقد وتجعل منه مسؤولًا بالتضامن مع المتعاقد الآخر فيما يخص جزء الصفقة الذي أوكل اليه. وتسري على هذه الوضعية أغلب القواعد التي تحكم الصفقة كما لو تعلق الامر بمتعاقد واحد لكنها تعطي للمؤسسة العمومية مصلحة حقيقية من خلال الحفاظ على وحدة الضمان من جهة وتقويته من جهة أخرى.

أدخل العمل الإداري تنوعًا نسبيًا على هذه الصورة باللجوء الى طريقة التعاقد مع مقاول يلعب دور منسق أو قائد مجموعة من المتدخلين لا يكون بينها أي اتفاق بحيث يتم تنفيذ الصفقة من طرفهم موازاةً بأشراف المنسق أو القائد. تبرز هذه الطريقة عندما يستحيل أو يصعب تنفيذ الصفقة من طرف متعاقد واحد لاشتمالها على جوانب متعددة ومتنوعة ، وتمكن من الحفاظ

على انسجام إنجازها كما تسهل أو تسمح للقائد بالتصرف لتغيير متدخل
بآخر. ويقوم المنسق أو قائد المجموعة بتقديمه عناصر الدراسة أو مواصفات
العملية أو المخططات وغير ذلك من مستلزمات إنجاز كل جانب من الصفة
الى المتدخلين أعضاء المجموعة وله ان يوجه طلبات التزويد بالمواد والادوات
المختلفة. ويحدث أن يتم توزيع المهام بين أعضاء المجموعة على أساس أن
يقوم المنسق بالدراسات والتصورات وأن يطبق الأعضاء ذلك في الجوانب
المنوعة بهم ، أو أن يجري كل واحد منهم بابا من الدراسة ويجسدها الخ..

في جميع الاحوال ينفذ كل واحد التزامه وفقا للمناقشات والاتفاقات
التي تتم بينه وبين منسق أعمال المجموعة الذي يبرم الصفة بناء على
ذلك مع المؤسسة العمومية وباسمه الشخصي وتحت مسؤوليته الشخصية.
ويتقاضى عموما بهذه الصفة عمولة خاصة لانه يكون بمثابة الوسيط
الذي يتميز بأنه يلتزم شخصيا بضمان التنفيذ. لكن هذا الوضع لا يجعل
من عضو المجموعة مجرد متعاقد مع المنسق، تجهله المؤسسة صاحبة الصفة
جهلا مطلقا . فرغم انه يتعامل في اطار القانون الخاص مع المنسق ، يبقى
متأثرا نسبيا بالصفة الادارية التي تربط المنسق مع المؤسسة العمومية
من خلال خصائص الشروط التي تسري على الصفة ككل.

(2) - على صعيد الخصائص والشروط : يبقى المبدأ القوي هو غياب
العلاقة المباشرة بين عضو المجموعة والمؤسسة العمومية ، لكن هذا لا يعني
حيادا أو اهمالا من طرف المؤسسة العمومية ، وانما يقتصر على الاعتراف
بأن عضو المجموعة يخضع للقانون الخاص المعمول به في استئجار الخدمة
بصفة عامة . ويبقى للادارة أو المؤسسة العمومية حق التدخل في التأثير
على وضعيته بشكل تتغير قوته حسب الاحوال ، وذلك ولو في اطار علاقته
مع المنسق ، وسواء فيما يخص حقوقه أو التزاماته. لذا لا يكفي أن يتفق
مع المنسق ليستفيد من الوضعية القانونية التي تسري على عضو المجموعة،
بل يجب كذلك أن تتوفر فيه شروط أخرى يرجع تحديدها الى المؤسسة
العمومية التي تبادر الى توضيحها في مقتضيات الصفة لكن وبصرف

النظر عن هذه الشروط التي تتغير حسب أنواع الصفقات ، تبقى صحة تدخل عضو المجموعة في الصفقة مشروطة دائما وقانونا بترخيص المؤسسة العمومية أو قبولها لأن المبدأ العام في القانون الإداري هو ضرورة قيام المتعاقد بالصفقة العمومية شخصيا بتنفيذ تلك الصفقة لا سيما وفقا لمقتضيات الفصل 6 من قانون 1976 ولاجماع الفقه في الموضوع (انظر :

M. Rousset et J. Garagnon D. Basri et A. Belhaj : Droit Administratif Marocain 4eme Ed. : 1984 p. 338 et S. M. Loze, les Finances de l'Etat Ed. Laporte 1971 p. 516, et s G. Vedel Droit administratif, éd. Themis 1964 p. 620 et s . Le Doyen Honoraire J. Dufau jurisclesseur Administratif, volume 18 fascicule...)

وبصرف النظر عن المبررات المرتكزة على القانون العام التي تؤسس صلاحية المؤسسة العمومية في قبول المتدخل، فإن هذا الموقف له انعكاس قانوني فعال جدا لمصلحة هذا المتدخل. ذلك انه قد يهمل تحديد وضعيته بدقة في عقد خاص مع السنمق بحيث يصبح هذا الأخير مسيطرا عليه الى حد أن ينكر وجوده. بالتالي تكون وسيلة الاثبات القانونية القاطعة على صفته كعضو في المجموعة المنفذة للصفة في هذا الترخيص الإداري . ومن الجدير بالذكر أن الترخيص المذكور الذي يهدف أساسا الى توضيح صلاحيات المؤسسات العمومية والمتعاقدين معها في الصفقة يعكس علاوة على ذلك شروطا توضح نطاق حقوق والتزامات المتدخل في اطار علاقته مع منسق المجموعة ، بحيث تلعب مرة أخرى دورا أقوى من العقد الخاص الذي يمكن أن يتغيب كما سبقتم الاشارة الى ذلك.

وقد جرت الممارسة على التنصيص على قبول المؤسسة العمومية للتعامل مع أعضاء مجموعة بواسطة منسق، في عقد الصفقة ذاته بتخصيص بعض مقتضياته لهذه الغاية. وحيث أن هذه المقتضيات تطول وتتوسع حسب الصفقات فإن عرضها في صلب العقد الإداري يثقله ويهدده أحيانا بالغموض. لهذا وأخذا بالاعتبار لتفاصيل وجزئيات محتوى الترخيص ، جرى العمل بادرجه بوثائق أخرى مثل دفتر التحملات وعرض السمسة أو عرض

الأثمان. ويقتصر عقد الصفقة على النص صراحة بأن الشروط الواردة في تلك الوثائق تكون جزءاً لا يتجزأ من عقد الصفقة بحيث لا يبقى أي مجال للشك والنقاش حول قبول المتدخل وحمايته قانوناً بعقد الصفقة، وقد صار من المألوف أن تحتوي دفاتر التحملات عدة مقتضيات خاصة بهذه المسألة فيلاحظ أنها تنص على طبيعة الصفقة القابلة للتنفيذ من قبل المجموعات ، وفي هذا الاطار تشترط ان يتضمن طي المشاركة في الصفقة (مناقضة أو مزاييدة أو عرض) تكوين مجموعة الاشخاص أو المقاولات التي ستشارك في انجاز العمل ونبذة عن حياتهم الطبيعية والمهنية. وفي الحالات التي يشملها قانون المغربة ، بل وحتى في حالات كثيرة أخرى تقرر أو على الاقل تدعو الى اشراك خبراء مغاربة وفي الأغلبية المطلقة من النوازل تشترط ان يحدد الثمن الاجمالي بشكل يشمل المصاريف والأتعاب التي سوف يتقاضاها سائر أعضاء المجموعة بما فيهم الخبراء الذين يساهمون بعمليات محددة. ويشتمل العرض الذي يقدمه منسق المجموعة من جهته ، الاعتراف الصريح بأن الصفقة سوف يتم انجازها من طرف مجموعة من المتدخلين ، يقتصر صاحب العرض على قيادة اعمالهم أو تنسيقها ملتزماً باسمه الشخصي تجاه المؤسسة العمومية. ثم يتوقف عند تقديم كل عضو من أعضاء المجموعة مبيناً أنه عضو فيها وهو وضاحاً بتفصيل كبير مختلف مؤهلاته التقنية والمهنية والمالية مع ذكر تجاربه في الميدان سواء داخل المغرب أو خارجه ، مع القطاع الخاص أو القطاع العام أو معهما معاً. ويتعرض في مرحلة أخرى الى توضيح المهام أو جوانب الصفقة التي يلتزم بالقيام بها مع تحديد الوسائل والطرق التي يجب عليه ان يتبعها ويستعملها وذكر ما يتوفر له منها وما يحق له أن يطلبه من المؤسسة صاحبة الصفقة. وينص أيضاً وعلاوة على ذلك على طبيعة أو أهمية مشاركة العضو بحيث لا يبقى مجال للشك في الصفقة الأساسية لمساهمته ، أي التزامه بتنفيذ جانب كامل من الصفقة ، أو الطبيعة الثانوية لتلك المشاركة والتي لا تعدو انجازاً عملية محددة.

ومن شأن هذا الشرط الجوهرى لصحة العضوية في الصفة العمومية أن يرتب آثارا متعددة ، نقتصر منها في هذه المرحلة على خضوع المتدخل للوصاية الادارية ولو كانت علاقته بالمؤسسة العمومية غير مباشرة. فاذا كانت الصفة والرخصة تسمحان له أن يطلب من المؤسسة العمومية بعض وسائل العمل (كإوثائق، والمعاینات والبحوث الميدانية) فإنه بالمقابل يلتزم بتحمل حضور تلك المؤسسة لمراقبة تطور أعماله واحترامه لشروط الصفة (انظر المقال السالف للعميد الشرفي **DUFAN** J. وكذا

J. Geogel. Jurisclasseur administratif, volume 18, fascicule 512.

Jean-Marie Pauti, Conclusions sur arrêt du conseil d'Etat du 2-7-1982.

Rev. Actualité juridique de droit administratif 1983 p. 30).

ومن الجدير بالملاحظة أن القاضي المستشار بوتي يؤكد على عدم التنافى بين الصفة التعاقدية التي يكتسبها دفتر التحملات والعرض مع قاعدة الوصاية المشار إليها.

ومما لا جدال فيه ، انه بالإضافة الى هذه الشروط غالبا ما يحتوي دفتر التحملات وعرض المشاركة في الصفة على شروط أخرى تهم تنظيم العلاقة بين المتدخلين كتحديد مراحل وتواريخ تدخلاتهم ، وارتباط بعضها ببعض وضرورة اعداد حسابات معينة من موازنات وجرود وغيرها الخ.

وعند الاقتضاء تأتي العمود الباطنية الخاصة والمراسلات والوثائق المختلفة من شهادات ادارية وفاتورات وغيرها لبيان جزئيات أخرى.

يتبين من كل هذه المعطيات ان الصفة القانونية للعضو المتدخل في الصفة العمومية تتحد بناء على وثائق تندرج في المحررات الادارية وتحتوي على مجموعتين من القواعد ، تدخل احدهما في أطر القانون الاداري وترجع الثانية حتما الى القانون الخاص الذي تكرسه وتعتمده ، وتجدر الإشارة انه حتى فيما يخص قواعد القانون الاداري يلاحظ تشابه يكاد يصل الى التطابق مع القواعد التي تحكم التعاقد من الباطن على مستوى القانون

الخاص. في هذا الباب يمكن القول أن التعاقد من الباطن تصرف يكلف بمقتضاه مفاوض مسؤول شخصا آخر بانجاز كل او بعض غرض عقد مقاوله او صفقة عمومية مبرمة مع مستفيد متعاقد (العميد ج ديفو) مقال سابق. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 2. N° 1194.

موسى عبود ، القانون الاجتماعي - بالفرنسية - ص 162 وما بعدها قبلان سليم كبروز قانون العمل المغربي ص 130 وما بعدها). بالتالي يتطلب التكييف الدقيق لصفة المتدخل في الصفقة العمومية مقارنة المعطيات المعروضة أعلاه والتي تتمركز حول الصفة القانونية لوضعيته ، مع القواعد التي تسري على استئجار الصنع.

ب - التكييف الدقيق : استئجار الصنع (مقولة)

تعرض القانون المغربي لعقد الاجارة على الصنع أو المقاوله في الفصول 759 وما بعده من ق.ل.ع. بعدما عرفه بالفقرة الثانية من الفصل 723 كعقد يلتزم متنتضاه أحد الطرفين بصنع شيء معين مقابل اجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له. ويتضح من الفقرة الثالثة أن صحته لا تنتميد بتحريره كتابة. وقد سبقت الملاحظة أن المقتضيات التي يشتمل عليها دفتر التحملات وعرض المشاركة في الصفقة ، تعوض الى حد كبير ، هذا العقد على الاقل على صعيد اثبات وجوده وباشتماله على الركنين الأساسيين لعقد المقاوله او استئجار الصنع. بصرف النظر عن هذه الملاحظة يظل موقف القانون بالمغرب مثيرا لعدة أفكار. على مستوى عام يجلب القانون الانتباه الى قدمه حيث لم يتعرض الا الى الصنعة المادية التي تدور حول انتاج منقول او عقار، بينما لم يشر نهائيا الى المجهود الذي يهدف مجرد انتاج أفكار أو نظريات، وهو موضوع الدراسات والتصورات التي أصبحت اليوم حقلا واسعا للخدمات التي تقدمها مكاتب الدراسات ويقوم بها الخبراء المتعاقدون لفائدة الخواص والمؤسسات العمومية. وبلغت القانون النظر من جهة أخرى الى اغفاله الذي يكاد يكون كاملا لوضعية المفاوض او المستأجر من الباطن. فباستثناء الفصلين 769 و 780 ق.ل.ع. لا يعرف نص يتعلق بالموضوع. وحتى في

أطار الاستثناء يقتصر الفصل 769 كما تم تعديله سنة 1959 على مسؤولية المهندس المعماري أو المهندس والمقاول المكلفان مباشرة بالبناء خلال العشر سنوات الموالية لاتمام البناء أو غيره من الأعمال التي نفذها أو أشرفا على تنفيذها ، عن انهيار البناء كليا أو جزئيا ، أو هده خطر واضح بالانهيار بسبب نقص المواد أو بسبب عيب في طريقة البناء أو بسبب عيب في الأرض. فرغم ان هذا النص يحتمل التطبيق على أعمال غير البناء ، فإنه يظل مرتبطا بهذا النوع من الأشغال ، ويصعب ان لم نقل يستحيل تمديد نطاقه الى الأعمال الفكرية التي لا علاقة لها بالبناء . وبالنسبة للفصل 780 فإن مضمونه لا يتجاوز مسألة الدعوى المباشرة التي يسمح بها للعمال والصناع والمستخدمين ، في نفس الأطار ضد من أجرى الصنع لصالحه في حدود المبالغ التي يكون ملتزما بها للمقاول. بصرف النظر عن الميدان الدقيق لسريان هذه القاعدة والذي يختلف عن حقل الدراسات والتصورات ، فإنه يعقل تطبيقها في الصفة العمومية الا اذا نص عقدها على ذلك. وتجدر الإشارة هنا الى وجود هذه الامكانية في بعض الصفقات العمومية ، حيث يلاحظ عموما بأن دفع أجر المتعاقد من الباطن يتم مباشرة من قبل المؤسسة العمومية ، لكن فيما عدا هذه الحالات فلا يذكر لها أثر (انظر : العميد ج. ديفو ، مقال سابق الاستاذ ج جورجيل مقال سابق والتأضي المستشار ج. م. بوتتي ، مقال سابق كذلك).

أمام فراغ التشريع يصح الاجتهاد القضائي والفقهي مرجعا لا مناص منه ، ويصطدم الباحث في المغرب بالصمت المطبق هنا كذلك، بحيث يتعين عليه ان يستأنس بما وقف عنده الاجتهاد بدول أخرى. على هذا الصعيد يغلب تيار يعتبر المقاول من الباطن بمثابة استئجار الصنع ، ويقوم فيها المقاول العام أو المشرف تجاه من يؤجر صنعة ، بدور المستفيد من الصنع. وتبعا لذلك ، وباستثناء حالة البناء التي ينص عليها القانون، فإن المقاول من الباطن يخضع للقواعد العامة التي تجري على الالتزامات والمسؤولية التعاقدية (انظر : R. Rodière, droit civil, N° 208, Masoaud Leçons de droit civil, t. 3. N° 1379.

العميد الجليل المرحوم عبد الرزاق الشهوري ، الوسيط ج 7 المقالة ص 206 وما بعدها) يصير التعاقد من الباطن تبعا لذلك خاضعا لقواعد القانون العادي في علاقته مع الطرف الذي تعاقد معه. ولا يكون مسؤولا الا وفقا لمقتضيات نظرية العقد ، بحيث لا يتحمل أي افتراض لخطأ ولا يسأل الا عند قيام الخطأ واثباته ايجابيا من طرف الشخص الذي تعاقد معه. معنى هذا انه اذا كان المشرف العام على المقالة معرضا لاشارة مسؤوليته من طرف من تمت الاعمال لصالحه بناء على افتراض الخطأ، فانه لا يستطيع ان يطبق نفس الوضعية على من تعاقد معه من الباطن. (انظر دائرة المعارف ضالوز ، القانون المدني ، مادة عقد المقالة).

يبقى من نافذة القول أن هذه التطبيقات جائزة في منطق القانون لكنها لا تصدق الا على المقالة المتعلقة بصنع منقول أو عقار بالقياس على مقتضيات الفصل 723 ق.ل.ع. وحيث لاحظنا أن الصفقات الادارية وأعمال القطاع الخاص أصبحت تدور بشكل متزايد حول الدراسات والتصورات التي قلنا بان المشرع لم يتعرض لها، فانه لا غنى عن تحديد صفة المقاول من الباطن فيها على غرار ما تم بالنسبة للمقاولات المادية. في هذا الصدد يتعين القول بداية بان الممارسة العملية ، سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص ، جرت على تسمية هذه الصفقات والعقود بأعمال المهارة أو Engineering وهي ترمي الى تشغيل ذكاء الخبير ومؤهلاته العلمية والفنية في دراسة مشروع أو البحث عن تصور أو تطبيق أو منهجية تطبيق لفكرة معينة . ويتم اللجوء اليها قصد تصور وتنظيم ادارة وحدات صناعية أو تجارية ، بأرخص كلفة وفي أجل قصير وبأجود وأرقى المعارف والتقنيات (أنظر :

H. BOUACCIO

Les contrats d'engineering. p. 35 ; Actualité de droit de l'entreprise. 1970 : nouvelles techniques contractuelles).

فعندما ينحصر موضوع عقد المهارة في الجهود الفكري ، يسهل تكييفه كعقد مقاول أو استئجار صنع يلتزم بمقتضاه متصرف مستقل بتنفيذ عمل معين لمصلحة شخص آخر مقابل أجر ويطابق هذا المنظور تماما تعريف

المقولة بال صنع الوارد في الفقرة الثانية من الفصل 723 ق ع ل. اذ لا يختلف
الصنع المادي ، ويتعلق الامر في المهارة بالمجهود الفكري . وتبرز الصعوبة
حين يراد تكييف عقد المهارة الذي يشتمل في ذات الوقت على
المجهود الفكري الصرف ، وعلى ابتكار تطبيقات ومناهج وأحيانا على تسليم
أشياء مادية بل ومصانع كاملة. في هذه الحالة يقوم السؤال حول معرفة
ما اذا كان الموضوع يرجع الى مجموعة مركبة من العقود أو الى عقد واحد له
طبيعة مركبة أو معقدة. عرف الجواب الفقهي والقضائي عن هذا التساؤل
تطورا ملحوظا. فاعتبر في مرحلة اولى بأن الامر يتطابق مع مجموعة مركبة
من العقود تتطلب تطبيق القواعد الخاصة ، بكل عنصر أو عقد فيها (انظر
(. Planiol et Ripert, t 11, n° 912 لكن هذا الحل طرح مشكلة استخراج
القواعد العامة التي تسري على الوضعية بكاملها بحيث تم العدول عنه الى اعتبار
الحالة مجرد عقد. واحد يتسم بالتعقيد أو التركيب . وفي هذا الاتجاه
كذلك تم التمييز بين العقد الرئيسي أو المحوري الذي تكمله العقود الاخرى
وهاته الأخيرة ، وذلك لتمييز طبيعته عليها عملا بقياس الثانوي على
الاساسي. لكن هذا الرأي تعرض كذلك للنقد لانه يحيل على الارادة الباطنية
وهو ما يصعب معرفته أحيانا ويثير دائما نقاشات لا حد لها. وتم الرضوخ
في نهاية المطاف الى الاعتراف بان هذا النوع من العقود يخضع للعرف ،
وهو أصل يتغير بتغير نطاق العقد ومكانه . لكن وبصفة عامة يمكن التمييز
بين نوعين من العقود حسب الاعراف السائدة . يتباور النوع الاول في
العقود التي تنحصر في تقديم خدمة فكرية تتجسد في أفكار
ونظريات ومخططات مبنية على دراسة معمقة ومفصلة للغاية التي
يحددها المستفيد من العقد أو الصفتة ، وهذه عقود مهارة صرفة . والى جانب
هذا الصنف توجد عقود تشمل بالاضافة الى مجهود المهارة الفكرية تسليم
أجهزة وأدوات وتطبيقات صناعية قد تصل الى معامل بكادها. وفي هذا
الباب تتطابق مهمة المتعاقد مع مفهوم المقولة العامة أو الشاملة التي يعبر
عنها بالمهارة التجارية. Ensulting-Engineering لتمييزها عن الاولى المعبر عنها
بالمهارة الاستشارية .

Engineering Commercial

بالرجوع الى المؤشرات التي ينطوي عليها القانون المغربي ، وفي حالة تطبيق هذا القانون على العقود المذكورة بصنفيها ، سواء تعلق الامر بصفة عمومية او باتفاق خاص ، فان القواعد العادية للالتزامات والعقود ، خاصة منها ما يهم استئجار الصنع ، تبقى صالحة للتطبيق مع الأخذ بالاعتبار لخصوصية الصفة العمومية وموقع الشخص المتعاقد من الباطن لانجازها.

2 - اثار الوضعية على المتدخل :

● توجز الملاحظات في هذا الباب على المبادئ العامة لأن المقاوله من الباطن كما سبقت الاشارة اليه لا تعدو تطبيقا مرنا للمقاوله ، الشيء الذي يعنى من التفاصيل المعروفة في هذا الموضوع. من جهة أخرى تقتصر على المقاوله من الباطن التي يكون موضوعها صنعا ماديا كمحور للمناقشة لأن المقاوله بالمهارة أو العمل الفكري لا تختلف عنها الا فيما يتعلق بالملكية الفكرية أو الادبية للانتاج حيث يلزم العمل بقوانين 1916 أو 1970 مع مراعاة مقتضيات الاتفاق وخصائص رب العمل عند الاقتضاء.

سلفت الاشارة الى أن المتدخل في صفة عمومية على وجه المقاوله من الباطن ، سواء بصورة واضحة ورئيسية أو في صورة مجموعة أعضاء ينسق أعمالهم ويمثلهم أحدهم ، لا ترتب علاقة مباشرة مع الادارة ما عدا حين يقرر عقد الصفة ذلك. يبقى المبدأ أو القاعدة العامة السائدة في الحياة العملية هو غياب تلك العلاقة المباشرة وتم كذلك بيان هيمنة الرابطة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. ورغم هذا فان وجود الصفة العمومية يفرز تأثيراً نسبياً على الوضعية لما يفرضه من المرونة في تطبيق مقتضيات القانون الخاص التي تحكمها عادة علاوة على ضرورة الأخذ بالاعتبار نوعية عقد المهارة . والطبيعة التجارية أو المدرسية للمقاوله . وذلك ما سوف نحاول توضيحه من خلال الاقتصار على علاقة المتدخلين من الباطن مع المقاول الأصلي على مستوى التزاماتهم وحقوقهم .

1 - التزامات المقاول من الباطن :

نذكر المبدأ القائل بأنه لا توجد علاقة قانونية بين رب العمل أو الجهة التي تنضم للمقاول لمصلحتها ، والمقاول بالباطن سواء تعلق الأمر بصناعة أو مهارة . لكن الواقع يفرض ذاته على النظرية القانونية (أنظر :

Roulet, vers la sous-traitance transparente, Gazette du Palais
1974. 1. s. 82).

فالفائدة العامة هي ان المقاول من الباطن لا حق له في الدعوى المباشرة ضد رب العمل ، ما عدا في النطاق الذي يحدده الفصل 780 ق.ل.ع. ويفرز الواقع توسيعا لهذه القاعدة حين ينص عقد المقاول أو عقد الصفقة العمومية على هذا الحق لفائدة المقاول من الباطن. الشيء الذي لا يتم دائما بنص صريح ، اذ الوارد عموما هو ان يقرر العقد أو الصفقة جواز استيفاء المقاول من الباطن أجر عمله او مقابل تدخله مباشرة من رب العمل او المؤسسة العمومية ، الشيء الذي يحميه ضد مخاطر تماطل المقاول الأصلي وافلاسها.

بالتالي يبقى الامر مقيدا بالادارة الصريحة للأطراف . لكن هذا لا ينفي ان المقاول من الباطن ليس ملتزما بالتعاقد تجاه رب العمل بحيث لا يمكن تأسيس مسؤوليته على اخلال بالعقد ، الشيء الذي يخول عند الاقتضاء ، لرب العمل اثبات خطأ جنحي أو شبه جنحي لمطالبته بتعويض الضرر الذي يكون قد ألحقه بمصالحه. وتجدر الاشارة ان هذه العلاقة بين رب العمل في الصفقة العمومية والمقاول من الباطن تخضع للقانون الخاص لأن قانون الصفقات العمومية لم يدخلها في المقتضيات التي تسري على المقاول الاصلي وظل ساكتا عنها . ولا تنحصر هذه القاعدة الا حين يتدارك عقد الصفقة وينص على علاقة مباشرة بين المؤسسة العمومية والمقاول من الباطن، بحيث يسترجع القانون الاداري كامل سلطاته. ورغم ذلك يظل التمييز حسب جزئيات النوازل مفروضا . فعقد الصفقة لا يفصل القول فيها دائما وبالتالي

تند يقتصر على الترخيص للمقاول الأصلي بالتعاقد من الباطن ويترك العلاقة بينهما خاضعة للقانون الخاص ، وقد يتوسع ليدخل المقاول من الباطن في وصاية ادارية كاملة بحيث تسري عليه مقتضيات قانون الصنفقة العمومية.

في اطار العلاقة مع المقاول الأصلي ، يلتزم المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل وهي انجاز العمل وتسليمه بعد انجازه وضمائه بعد التسليم. ويتعين أن يتم الانجاز حسب الشروط المنصوص عليها في عقد المفاوضة من الباطن ، فان لم يكن هناك عقد مكتوب او شرط صريح ، وجب الرجوع الى العرف وأصول الصنفقة وعند الاقتضاء الى مضمون صريح ، وجب الرجوع الى العرف وأصول الصنفقة وعند الاقتضاء الى مضمون العقد الأصلي أو الصنفقة بين المقاول الأصلي ورب العمل أو المؤسسة العمومية ولا داعي الى تفصيل القول في هذه الشروط حيث يكفي الرجوع الى الدراسات الفقهية التي تعرضت لها بتدقيق لا مزيد عليه (انظر العميد عبد الرزاق الشهوري ، مرجع سابق ، فقرات 36 وما بعدها). يبقى مع ذلك من الضروري أن نشير الى مشكل أجل الانجاز حيث يتحتم على المقاول من الباطن أن يحترمه طبقاً للعقد أو الصنفقة. وإذا لم يكن هناك أجل محدد فالمبدأ هو احترام المدة المعقولة التي تفرضها طبيعة العمل او اعراف المهنة. وفي حالة الاخلال بهذا الشرط وجب على المقاول الأصلي ان يندره رسمياً بحيث اذا تأكد اخلاله ، جاز له ان يطالب بالتنفيذ العيني أو فسخ المفاوضة من الباطن وله حق التعويض في الحالتين.

تسري ذات القواعد على الالتزام بتسليم العمل بعد انجازه. وهنا كذلك تجدر الاشارة الى جزئية هالك الشيء في يد المقاول من الباطن قبل تسليمه حيث يبقى المقاول من الباطن ضامناً اذا لم يرجع السبب في ذلك الى سوء تصرف المقاول الأصلي.

يلزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل حيث يكون مسؤولاً عن مطابقته لشروط العقد وجودة العمل والمواد المستعملة وغيوبها الخفية اذا

كان هو الذي قدمها. لكنه في جميع الاحوال يضمن عيوب العمل أو الصنعة حسب ما تقتضي به أصول المهنة وأعرافها.

ب - حقوق المقاول من الباطن :

● تتلخص هذه الحقوق في التزامات المقاول الاصلي تجاه المقاول من الباطن وترجع بصفة عامة الى التزامات رب العمل نحو المقاول وهي تمكنه من انجاز العمل ، وتسلم العمل بعد انجازه ودفع الأجر.

تبعاً لهذا يلتزم المقاول الاصلي بتمكين المقاول من الباطن من انجاز العمل. ويتجلى ذلك في وضع وسائل العمل وظروفه رهن اشارته في الوقت المناسب. فيسلمه الادوات والتجهيزات والمعلومات الضرورية والوثائق والرسوم والنماذج المطلوبة. كما يقوم بتنسيق وادارة الاعمال بينه وبين المقاولين من الباطن الآخرين حتى لا تتعارض أعمالهم أو لا يعيق بعضها البعض. وفي حالة اخلال المقاول الاصلي بهذا الالتزام حق للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني أو فسخ المقاولة من الباطن بالاضافة الى التعويض في الحالتين عن الأضرار التي يمكن أن تلحقه. ويبدو ان الانذار في هذه الحالة لا مبرر له لأنه لا يتأسس على المصلحة التي تبرره في الفرضية المعاكسة ، اذ المقاول الاصلي هو الذي يجد حماية في انذار المقاول من الباطن بانجاز العمل حتى لا يتذرع هذا الاخير بعدم تكمته من وسائل العمل. ويستتشف هذا خاصة من قرار لاستئنافية الرباط بتاريخ 12/11/1943 (المجموعة مجلة 12 ص 313) حيث تصرح المحكمة « بأنه اذا تعلق الامر بتنفيذ عقد مقاولة تبادلي واذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه ، وجب على الطرف الآخر ان ينفذ. واذا أهمل هذا الاخير الانذار وقام شخصيا باتمام العمل فانه يتصرف كما لو كان فضوليا » بحيث يظل المقاول من الباطن محميا ولو من خلال نظرية الفضولي (فصول 943 الى 946 ق.ل.ع.).

فيما يتعلق بحق المقاول من الباطن أن يقوم المقاول الاصلي بتسليم العمل بعد انجازه تجري القواعد العادية بدون صعوبة تذكر حيث يجب أن

يبادر المقاول الاصيلي الى معاينة العمل في أقرب وقت ممكن حسب ما هو متعارف عليه . والا فانه يعتبر متسلما له بعد الانذار . وفي حالة النزاع تطبق المقتضيات العامة للمقاوله ، سواء رجع النزاع الى التعاطل أو العيوب أو التأخير أو المكانة أو المعاينة .

وللمقاول من الباطن أخيرا الحق في الأجر الذي يدفع له حسب ما هو متفق عليه . فاذا كان العقد أو الصفقة العمومية تنص على دفعه من رب العمل أو المؤسسة العمومية ، عمل بذلك مع اعتبار امكانية شهادة المقاول الاصيلي باستحقاقه أو الاقتصار على معاينة أو اعتراف رب العمل . وان لم يحصل اتفاق حول مبلغ الاجر وجب اعتماد القيمة المتعارف عليها للعمل مع إضافة المبالغ التي يكون المقاول الباطن قد أنفقها لانجاز العمل . واذا أهمل المقاول الاصيلي ، أو رب العمل عند الاقتضاء ، الالتزام بدفع الاجر ، فللمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني ، أو فسخ المقاوله من الباطن في بعض الحالات ، ويجوز له أن يطالبه علاوة على ذلك تعويض ما لحقه من ضرر . وتجدر الإشارة هنا أن نطاق الضرر يتسع في بعض الاحيان بالنسبة للمقاول من الباطن . ذلك ان هذا الأخير كثيرا ما يكون محدود الامكانيات بحيث يستعد لانجاز المقاوله من الباطن بتوظيف استثمارات جديدة وتجهيز مؤسسة بالوسائل والأطر البشرية اللازمة ، ورفض معاملات مهنية متعددة حتى يتسنى له انجاز المقاوله من الباطن في الوقت المناسب وحسب الشروط المطلوبة

الرباط في 26 فبراير 1990
محمد الأدريسي العلمي
أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق
بالرباط والمعهد الوطني للدراسات
القضائية .

اشكالية صفة النيابة العامة للطعن في القضايا المدنية التي لها صلة بالنظام العام

لأستاذ : الزمالك عبد الكريم

قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف بالعيون

● ان تضارب الآراء وتعدد الاتجاهات وتباين الممارسات العملية على صعيد مختلف محاكم المملكة ، أدى لا محالة الى تغييم المبادئ - التي اعتمدها المشرع في صياغة نصوص قانون المسطرة المدنية الجديد بخصوص هذه النقطة.

ولقد ساعد على ذلك ارتباط المسألة بقاعدة تتسم بالغموض على الصعيد التشريعي والتنظيمي الا وهي قاعدة النظام العام ، وهنا تكمن الاشكالية لذا فان أي طرح لهذه الاشكالية ، أو أي اسهام في تحسيدها واعطاء البديل للمفارقات التي خلقتها مختلف هذه الاتجاهات، لن يتأني الا بالاحاطة بموضوع الاشكالية من جميع جوانبه.

وهكذا يجب أولا أن نعرض لمفهوم النظام العام في المنظور الفقهي ومعالجة التشريع والقضاء له ، ثم الاتجاه الحديث للتعامل مع مبدأ أو قاعدة النظام العام ، وكذا الاتجاه الذي تبناه المشرع في قانون المسطرة المدنية الجديد « ثم أخيرا تقييم مختلف الاتجاهات التي تناولت الموضوع سواء على الصعيد الفقهي أو القضائي في بلادنا.

النظام العام في المنظور الفقهي والتشريعي والقضائي

ان ايجاد تعريف شاف لقاعدة النظام العام ليس بالامر الهين ، ذلك ان الفقه لم يهتد الى ايجاد التعريف الدقيق والمحدد لهذا الصطلح القانوني لما يكتنفه

من الغموض والابهام بالإضافة الى اتسامه بالهرونة والنسبية وتختلف أصوله باختلاف الانظمة الاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل فئة اجتماعية أو دولة أو أمة ، حتى أن بعض الفقهاء قالوا ان هذه القاعدة « تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط بها» .

وفي سبيل ايجاد حل لمعضلة التعريف الدقيق لهذه القاعدة قد اهتمدى الفقهاء الى ايجاد معيار لها يمكن أن يستشف منه المقصود بها، لكن اذا كان الفقه قد أوجد معيار المصلحة العامة لتدليل هذه الصعوبة فان تعبير المصلحة العامة بدوره يتسم بنوع من الشمولية والتجريد الامر الذي جعل أزمة التعريف جد معقدة.

وإذا كان العمل القضائي أحيانا يضيق من شمولية هذه القاعدة ويقصره على قضايا دون أخرى ، فانه أحيانا أخرى يوسعها أكثر مما يجب اذ تشمل قضايا ربما لا يمكن ادخالها ضمن معيار النظام العام.

وإذا كانت التشريعات لم تنطرق لهذا المصطلح لا من قريب ولا من بعيد فيما يخص التعريف ذلك أن أغلب التشريعات تنترك أمر ايجاد التعاريف الى الفقه ، والاجتهاد ، فان الحالات التي تنطوي تحت لوائه تختلف باختلاف التشريعات.

وفي سبيل تقريب فكرة أو مبدأ النظام العام من الازهان وسط هذا الزخم من المفارقات التي تحوم حول حالاته ، نرى لزاما علينا سرد بعض التعاريف فهكذا أورد الأستاذ بوزيان في كتابه دور النيابة العامة في القضايا المدنية تعريفا للنظام العام بأنه « كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها » كما عرفه أيضا الأستاذ ميكو في بحثه بعنوان قواعد المسطرة في المادة الاجتماعية بأنه « كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها لازم تحقيقها لتسير في طريق العز والمجد تعلق الامر بمصلحة سياسية كما هو الحال بالنسبة لتنظيم الدولة ومباشرة سيادتها بواسطة السلطات المختلفة أو بمصلحة اجتماعية وذلك بالنسبة الى تنظيم الأسرة وما يتعلق بتحقيق استثباب الامن والنظام أو بمصلحة اقتصادية

كما هو الحال بالنسبة الى تنظيم الانتاج القومي لدولة وتداول النقد فيها ،
او كانت مصلحة خلقية ككل ما يؤدي الى صيانة الاخلاق الفاضلة وهو ما
يطلق عليه « حسن الآداب » . وعرفه أيضا الاستاذ السنهوري في كتابه
الوسيط بأنه قواعد يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو
اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة
الافراد فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم
أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم
مصلحة فردية. كما أورد الدكتور خالد عبد الله عبيد في كتابه مدخل لدراسة
القانون ، في معرض حديثه عن معيار التفرقة بين القاعدة القانونية الامرة
والقاعدة القانونية المكملة تعريفا للنظام العام كالتالي « اذا كان النظام
العام يتمثل في مجموع المصالح الحيوية الاساسية للمجتمع والتي تنظم
بهوجب قواعد قانونية امرة بشكل مطلق ودون أي استثناء باعتبار أن هذه
القواعد انما تهدف ابتداءً الى حماية هذه المصالح في المجتمع فان تحديد
هذه المصالح لاعطاء فكرة واضحة عن مفهوم النظام العام ليس أمر سهلا .»

وهكذا يتجلى أن القاسم المشترك بين كل التعاريف التي تناولت هذا
المصطلح القانوني تتحد في معيار المصلحة العامة لكن اتساع هذا المدلول
بحدوره وعدم حصره في نطاق معين أو في حدود دون أخرى جعل جل الشراح
يكتفون باعطاء أمثلة للمصلحة العامة دون الجزم بان تعدادهم يقع تحت
طائفة الحصر ، وانما على سبيل المثال فقط.

ومن استقراء مختلف الابحاث التي عرضت لدلالة قاعدة النظام العام
ومداها ينتضح أن أغلب الفقهاء يحددون بعض مجالات المصلحة العامة
في القواعد التي تحمي الدولة ونظامها ومؤسساتها وكذا حماية - الحقوق
الفردية وحماية الأسرة وحماية الاخلاق العامة والمصالح الاقتصادية والاجتماعية.

ولعل هذه العتمة التي أحاطت بهذه القاعدة عند تناول الفقه لها قد

انعكست على العمل القضائي فسي طرحه للحالات التي تشمل مدلول هذا التعبير القانوني. ذلك أن العمل القضائي أحيانا يعبر بلفظ خرق جوهري لقاعدة قانونية دون ذكر لفظ النظام العام ، وأحيانا أخرى يورد هذا المصطلح. وما التردد في اطلاق تعبير أو لفظ النظام العام على الاخلاصات الجوهرية للقانون وعلى الاخص القواعد الامرة ما هو في الأساس الا نتيجة لغموض هذا المبدأ بل أن العمل القضائي أحيانا لا يلجأ الى الاثارة التلقائية للقواعد التي تهم هذا المبدأ وكمثال على هذا نورد قرارات المجلس الأعلى التالية :

القرار رقم 103 الصادر بتاريخ 15 دجنبر 1958 في القضية الجنائية عدد 2 الذي تضمنته حيثياته.... حيث أن تشكيل محكمة الجنايات لا يكون تاما الا بحضور ممثل النيابة العامة وان صحة ذلك التشكيل يجب أن يوجد البرهان عليه في الحكم نفسه.

وحيث ان لا ذكر بالحكم المطعون فيه لممثل النيابة العامة وفي ذلك خرق صريح لقاعدة جوهرية من قواعد المسطرة قررتها النصوص المشار اليها أعلاه « وقد ورد في ملاحظات عن هذا الحكم » ان تشكيل المحاكم هو دائما من النظام العام ونص الفصل 347 من قانون المسطرة الجنائية الجديد الصادر في 10 فبراير 1959 يوجب كذلك ان ينص كل حكم على أسماء القضاة الصادر عنهم الحكم وعلى اسم ممثل النيابة العامة وكاتب الضبط «ولعل هذه الملاحظة وكما ورد ضمن الصفحة الخارجية للكتاب الذي أخذت منه وهو قضاء المجلس الأعلى في المواد الجنائية للسادة المستشارين بالمجلس الأعلى الحسن الكتاني وأحمد الزغاري وتوفيق الشاوي. والقرار عدد 151 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1958 في القضية الجنائية عدد 58 اذ ورد في حيثياته»....

حيث انه وجه الطعن الذي يعتمد على اختصاص المحكمة المصدرة للحكم المطعون فيه هو من وجوه الطعن المتعلقة بالنظام العام لكن حيث أن كل وجه للطعن وان كان يتعلق بالنظام العام لا يسوغ الاستدلال به لأول مرة أمام المجلس الأعلى الا اذا كان قد تيسر للقضاة اللذين حكموا

في جوهر النازلة ان يطلعوا على الوثائق التي يركز عليها الوجه المذكور...»
والقرار الصادر عن الغرفة الجنائية أيضا عدد 111 بتاريخ 21 نوفمبر 1960
في شأن الوجه المشار تلتانيا من طرف المجلس الاعلى . حيث جاء في
الحكم المطعون فيه ان المحكمة أعفت من اليمين جميع الشهود لأنهم من
أصول المتهم وحيث ان من بين الشهود الذين أعفوا لهذا السبب من اليمين
أخا وأختين للمتهمين وحيث ان اعفاء هؤلاء والحالة انهم ليسوا في الواقع
من أصول المتهمين كان مخالفا لمتتضيات الفصل 323 - من قانون المسطرة
الجنائية التي توجب أداء الشاهد لليمين والا فيبطل الحكم عند الاخلال بذلك
لكن حيث نتج من نفس الحكم ان تصريحات من أعفوا من اليمين أيدت ما
أدعاه المتهمين من انهما أقدمتا على الجريمة بدافع الغيرة فكانت اذن في صالح
الدفاع». والقرار الجنائي عدد 261 - بتاريخ 16/1/1961 - الذي تضمن...
حيث أن الفصل 323 من ق م ج. يوجب أداء الشاهد لليمين والا يبطل الحكم
عند الاخلال بذلك.

وحيث ان الاخوة لا يدخلون في حكم من يعنون من اليمين بمقتضى
الفصل 324 من نفس القانون ، وحيث جاء في الحكم المطعون فيه أن المحكمة
استمعت الى الشاهدين أخوي المتهم بدون يمين لتقربتهما منه.

وحيث ان المحكمة خالفت بعملها هذا متتضيات الفصلين المذكورين
اعلاه من أجله وبصرف النظر عن الوجه المستدل به قضي المجلس الأعلى
بنقض الحكم....» والقرار الشرعي عدد 1 الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 1965 ..
حيث يتجلى من نسخة الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف حينما كان
موجب الضرر المدلى به من وكيل الزوجة ناقصا في نظرها ولم تسأل المدلى
به هل في استطاعته اتمامه أو الادلاء بموجب آخر غيره فأخلت بقاعدة جوهرية
من قواعد المرافعات وصح ما نعته العريضة مما ذكر أحدث خلا في الحكم
وأدى بالتالي الى بطلانه « والقرار عدد 373 بتاريخ 22 يوليوز 1959 الذي
جاء فيه انه « يمكن اثاره تناقض التعديل تلتانيا أمام المجلس الأعلى خاصة

إذا كان الأمر يهم النظام العام وورد أيضا في هذا المعنى القرار رقم 892 بتاريخ 22 يونيو 1961 والقرار - عدد 152 الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 1961 الذي أكد نفس القاعدة أي إمكانية إثارة العمل المخل بالنظام العام تلقائيا من طرف المجلس الأعلى والقرار عدد 591 الصادر في اللف المدني عدد 66006 بتاريخ 14/11/1975 الذي جاء في هذا السياق إذا اثار تلقائيا مسألة عدم تبليغ ملف به محاجير الى النيابة العامة إذ جاء في حيثياته.

فيما يخص الوسيلة المثارة تلقائيا من طرف المجلس لتعلقها بالنظام العام.....

وحيث يتجلى من وثائق الملف ان القضية رغم تعلقها بمحاجير فانها لم تبلغ الى النيابة العامة كما يتجلى من الحكم المطعون فيه انه لم يشر الى ايداع مستندات النيابة أو تلاوتها بالمجلس مما يعد خرقا للمقتضيات المشار اليها أعلاه ، وبالتالي يستوجب معه الحكم بالنقض.....»

والقرار الذي جاء بخلاف هذه المقتضيات في نفس الموضوع عدد 324 بتاريخ 7/7/78 - - تبليغ النيابة العامة بملفات القاصرين اجراء وضع لفائدة هؤلاء فلا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في الدعوى.... « والقرار عدد 428 بتاريخ 24/12/1978 عن الغرفة الاجتماعية » تبليغ الملف الى النيابة العامة في الحالات المنصوص عليها قانونا ليس من البيانات الواجب التنصيص عليها.....

أما فيما يخص التشريع وتعامله مع هذه القاعدة فقد نص الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود على انه «أشترط الفائدة بين المسلمين باطل وديال للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقترض أو لأي شخص آخر غيره يتخذ وسطا له» ثم انه نجده تمد أباح الفوائد في الامور التجارية والبنكية بالرغم من كون طرفيها مسلمين وفقا لأحكام النص أعلاه. كذلك أن المشرع في الفصل 5 من القانون التجاري منع على المرأة المتزوجة ممارسة التجارة الا باذن زوجها - جعل أهليتها

ناقصة - مخالفا بذلك لانتقضيات ظهير الالتزامات والعقود الفصل 3 ومدونة الاحوال الشخصية الفصل 134 وما يليه....

وإذا كنا افقتصرنا على العمل القضائي والتشريع المغربيين فهذا لا يعني أن القضية لم تطرح بنفس الحدة في باقي التشريعات أو المحاكم في دول أخرى بل إن التعقيم الذي احتوى فكرة النظام العام فرض نفسه - على جميع التشريعات الحديثة ، وأيضاً على جميع المؤسسات القضائية كذلك الامر الذي حدا بالبعض ان لم نقل أغلبية الباحثين أو الذين لهم علاقة بالدراسات القانونية الى النفور من هذه القاعدة خصوصاً بعد تزايد تعاضلها وانتشارها بفضل ظهور التيارات الاشتراكية . وهذا ما سنتناوله في الشطر الثاني من هذا العرض.

الاتجاه الحديث في التعامل مع قاعدة النظام العام

إذا كان مبدأ النظام العام قد ظل طيلة حقبة من تاريخ القانون مزاحماً من طرف مبدأ سلطان الادارة الذي كان أساس وعماد الانظمة الليبرالية فان تعاضل واضطراب الافكار الاشتراكية خصوصاً في النصف الاول من القرن العشرين على اثر الازمات التي عاشها العالم الرأسمالي ، قد أدى لا محالة الى طغيان قاعدة النظام العام على جل التشريعات خصوصاً تشريعات الدول التي اتخذت النظام الاشتراكي نظامها السياسي والاجتماعي بل أن حتى الدول التي بقيت محتفظة بالنظام الليبرالي قد تأثرت الى حد كبير بهذه الانظمة الحديثة ، وغزتها فكرة طغيان مبدأ النظام العام. خصوصاً في القوانين الاجتماعية والقوانين المصرفية وقوانين المالية وغيرها من القوانين التي لها صبغة اجتماعية أو سياسية ان لم نقل جل تشريعاتها. وهكذا اتسع عدول قاعدة النظام العام - وتعاضل دورها اذ شملت جميع التشريعات سواء التي تدخل في نطاق القوانين الخاصة أو القوانين العامة ، وان هذا التفتيش الا محدود لهذه القاعدة والذي ارتبط بالواقع الرأسمالي الاجتماعي ، والذي اتسم أيضاً بطابع عاطفي نظري اكثر منه واقعي وعلمي. قد أطلق العنان لهذه القاعدة التي أضحت أمر حصرها مستحيلًا نتيجة اتساع رقعة الفواعل

والنصوص التي تضمنها ، خصوصا وأن الاتجاه الذي كان سائدا آنذاك هو أن وصف القاعدة القانونية بكونها تدخل ضمن هذا المبدأ كان من صلاحية المشرع دون غيره إذ لم يكن للتضاء آنذاك دورا في إعطاء هذا الوصف للقواعد القانونية الأمره وبالتالي فقد وجد جل واضعوا القوانين في هذه الحقبة ضالتهم بسن هذه القواعد بالوصف الذي يتناسب والتيارات الاشتراكية السائدة أي إعطائها طابع قاعدة أمره. لكن سرعان ما ظهر أثر ذلك إذ بدأ الثفور والاشمئزاز من هذا التوسع المهول يعم جميع الاوساط سواء الفقهية أو التشريعية أو القضائية وبدأ التفكير يروم الى التخفيف من حدة وطأة شمولية هذه القاعدة واتساع مداها وفي هذا الإطار نجد ان واضعي القانون المدني الألماني قد أغفلوا عمدا عند صياغة الفصل 138 منه النص على هذا المبدأ وأيضا استبعدوا عدة فصول تضمنته على اثر المناقشات الحادة التي جرت في هذا الموضوع بمجلس الريشتاغ بالرغم من أن الحزب الاشتراكي قد دافع بقوة على النص المقرر لقاعدة النظام العام الشيء الذي جعله أغلبية أعضاء الريشتاغ ينفرون من هذا النص. وهكذا جاء القانون المدني الألماني خاليا من ذكر النظام العام والاداب العامة. ولم يقتصر الامر على القانون المدني الألماني ذلك ان التشريع المسطري أي قانون المرافعات المصري القديم قد اتجه بدوره هذه الوجهة إذ اعتبر أن الاختصاص النوعي ليس من النظام العام متأثرا الى حد بعيد بالاتجاه السائد والذي كان يهدف أساسا الى التخفيف من حدة شمولية وطغيان مبدأ النظام العام ، لكن سرعان ما تخلى عن هذا المبدأ إذ بمقتضى قانون المرافعات الجديد اعتبر الاختصاص النوعي من صميم النظام العام. كذلك نجد المشرع الفرنسي بدوره وفي قانون المسطرة المدنية الجديد الصادر سنة 1972 قد تخلى عن فكرة اعتبار الاختصاص النوعي من النظام العام وقد تأثر أيضا القانون الاجرائي المغربي الصادر سنة 1974 ضمن سلسلة نصوص الاصلاح القضائي بهذا المبدأ الذي يهدف الى التضييق من قواعد النظام العام إذ نص في الفصل 16 منه على ما يلي :

« يجب على الاطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي والمكاني قبل كل دفع أو دفاع لا يمكن اثاره هذا الدفع في طور الاستئناف الا بالنسبة للاحكام الغيابية يجب على من يثير الدفع ان يبين المحكمة التي ترفع اليها القضية والا كان الطلب غير مقبول ، اذا قبل الدفع رفع الملف الى المحكمة المختصة التي تكون الاحالة عليها بقوة القانون وبدون صائر. يمكن الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا من لدن قاضي الدرجة الاولى .»

وقد استتبع حركة التشريعات هذه تحول النظر الفقهي والقضائي نحو هذا الاتجاه وهكذا بعد أن كانت القاعدة الامرة تشكل أساسا جزءا لا يتجزأ من قاعدة النظام العام بدأ التمييز بين القواعد الامرة التي تشكل النظام العام والقواعد التي ليس لها صبغة النظام العام ولوحظ هذا في جل الدراسات الأكاديمية الحديثة ، بعد أن كانت جل الكتب القانونية التي تعج بها كليات الحقوق سابقا لا تقيم أي معيار للفرقة بين القاعدة الامرة التي تدخل ضمن هذا المبدأ والقاعدة الامرة المجردة بل أنها كانت تعتبر القواعد الامرة تدخل كلها ضمن القاعدة المذكورة. ثم أيضا أثيرت مسألة السلطة التي تملك حق اعطاء وصف لهذه القاعدة عند عدم وصفها من طرف المشرع. وقد فرض الاتجاه الذي يعطي هذه الامكانية للمحاكم نفسه ولم يعد أمر وصف واقعة أو حالة قانونية بانها تدخل ضمن النظام العام من طرف المشرع فقط وانما أصبح للقضاء دور أساسي في ذلك وفي هذا الاطار استتبع القضاء عدة نصوص من مبدأ النظام العام وقلل من اللجوء الى الاشارة التلقائية لها وربط ذلك أحيانا بقيد المصلحة أي أنه شرط على الطرف الذي يثير خرق قاعدة من النظام العام أن تكون له مصلحة في ذلك أو تكون وضعت اصلحته كما فعل المجلس الأعلى عندما رفض مثل هذا الدفع في القرار عدد 324 وتاريخ 7/7/78.

واذن تخلص السلي أن اتساع نطاق هذه القاعدة الذي كان ارتبط الى حد كبير بظهور التيارات الاشتراكية قد أدى الى ظهور الاتجاه الذي بدأ يعمل على التخفيف من وطأة هذه الفكرة وقد تأثر المشرع المغربي ضمن نصوص

الإصلاح القضائي بهذا الاتجاه الجديد وهذا ما سنتناوله في النقطة التالية من عرضنا هذا.

الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية الجديد.

أنه في إطار استجلاء الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية الجديد يجدر بنا أن نلتمس مواطن التفاضل والتباين بينه وبين القوانين التي لازالت متأثرة شيئا ما بالاتجاه التقليدي الذي يوسع من قاعدة النظام العام وأخص بالذكر هنا القانون الفرنسي والمصري واللبناني ولا يفوتنا أن نعرض لخصوصيات قانون المسطرة القديم لنذكر مدى ما حققه النص الجديد من تطور في مجال تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية.

فالقانون الفرنسي الجديد الذي كان متأثرا بعض الشيء بالاتجاه الحديث في نظريته لقاعدة النظام العام نجده فيما يخص موضوع تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية لم يكن أمينا لجل المبادئ التي نادى بها مؤيدي هذا الاتجاه إذ إن العمل القضائي قد فرض نظريته على المشرع والذي لم يجد بدا من صياغتها في نصوص المرسوم الاشتراكي الجديد الصادر سنة 1972 ولادراك ذلك عن كتب نورد النص القديم الصادر بتاريخ 1810/4/20 - الذي تضمن فصله 46 في فقرته الأولى ما يلي.....

« En matière civile le ministère public agit d'office dans des cas sepecifies par la loi » .

ومضمون ذلك أن النيابة العامة تتدخل في القضايا المدنية كطرف أصلي في الحالات المحددة قانونا . واتجه في هذه الفقرة اتجاها حصريا وقيديا لكن في الفقرة الثانية والتي تهمننا في عرضنا هذا قد كانت شديدة الإطلاق إذ ورد فيها ما يلي (النيابة العامة)

« Surveille l'exécution des loi, des arrêts et des jugement, il poursuit cette execution dans les disposition qui interessent l'ordre public...»

اي بهذه الفقرة قد أوكل المشرع الفرنسي للنيابة العامة السهر على تنفيذ

القوانين والاحكام والقرارات ومتابعة التنفيذات التي تهتم القضايا التي لها صلة بالنظام العام وقد كانت الشمولية التي نطقت بها هذه الفقرة حافزا للقضاء الفرنسي بعد تردد لم يدم طويلا الى توسيع دور النيابة العامة في القضايا التي لها صلة بالنظام العام. وهناك عدة قرارات في هذا الشأن صادرة عن محاكم باريز ومحكمة النقض . مما اضطر معه المشرع الفرنسي وكما سبق القول الى الاخذ بهذا الاتجاه الشمولي في مرسوم سنة 1972 اذ نص الفصل 7 منه على ما يلي :

«... En dehors des ces cas (les cas légaux), il peut agir pour la defense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent directement et principalement atteinte à ce lui-ci »

فاذن دور النيابة العامة في القضايا التي لها صلة بالنظام العام اتخذ طابعا شموليا اذ يمكن لها ان تكون طرفا رئيسيا ولها حق الطعن في القضايا التي تكون فيها طرفا منضما .

ثم ان القانون المصري للمرافعات الجديد قد تأثر بدوره بالاتجاه السائد في العمل القضائي الفرنسي عند صياغة نصوص قانون المرافعات الصادر سنة 1977 فقد نص الفصل 88 منه على ما يلي : فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية والا كان الحكم باطلا :

- 1 - الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها
 - 2 - الطعون والطلبات امام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص
 - 3 - كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها .
- كما نصت المادة 89 على انه « فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية : »
- 1 - الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمنقودين

2 - الدعاوى المتعلقة بالاقواق الخيرية والهبات والوصايا المرصدة

للبر.

3 - عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء.

4 دعاوى رد القضاء واعضاء النيابة ومخاصمتهم

5 - الصلح الواقي من الافلاس.

6 - الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام.

7 - « كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها ».

والفصل 90 الذي نص على أنه « يجوز للمحكمة في أية حالة تكون عليها الدعاوى أن تأمر بارسال ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبيا » وأن الفصل 96 قد منح للنيابة العامة حق الطعن في الاحكام في الاحوال التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها اذا خالف قاعدة من قواعد النظام العام. فأول ما يلاحظ ضمن صياغة هذه الفصول ان المشرع المصري قد جعل القضايا التي يمكن للنيابة العامة ان ترفعها ولم تقم بذلك احدى حالات التدخل الوجوبي وأيضا بمقتضى الفصل 89 جعل حالات النظام العام تدخل ضمن الطرف المنضم الجوازي وأحيانا أخرى اعتبرها متدخلة تدخلا انضماميا إجباريا كحالة الفصل 90 ثم مكنها من حق الطعن في هذه القضايا ولو لم تكن طرفا رئيسيا أو منضما في الدعاوى من قبل ويظهر ان المشرع المصري قد كان شديد التوسع في هذا الدور الى الحد الذي - لم تكن الفصول المذكورة منسجمة مع ما توخاه. الامر الذي جعل الفقه والقضاء المصريين يتجهون في ذلك وجهة التشريع والعمل القضائي الفرنسي ، فالحالات التي تكتسي صبغة النظام العام في القانون المصري تملك النيابة العامة فيها التصرف بجميع أنواع التقاضي والتدخل التي تستسيغها وان اطلاق الفصول وعدم حصرها ساعدها على ذلك.

ونجد قانون اصول المحاكمات اللبناني قد ذهب الى أبعد من ذلك اذ

نص في الفصل 8 منه على ما يلي : للنيابة العامة حق الادعاء في الاحوال التي عينها القانون والاحوال المتعلقة بالنظام العام عند حدوث وقائع او افعال من شأنها المساس به « وان الفصل 476 نص على انه يجوز تدخل أو ادخال النيابة العامة في الدعاوى المنصوص عليها في الفصل 8 وفي أية حالة تكون عليها المحاكمة فتصبح حينئذ خصما أصليا في النزاع والمادة 477 التي جاء فيها « يجوز للمحكمة في أية حالة تكون عليها المحاكمة ان ترسل ملف القضية الى النيابة العامة لأجل تدخلها في الحالات المنصوص عليها في الفصل 8 ويكون تدخل النيابة العامة في هذه الحالة وجوبيا » والفصل 478 تبدي النيابة العامة رأيها بوصفها فريقا منضما في الحالة التالية.

1 - الحالات المبينة في الفصل 8 عندما لا تكون خصما أصليا في المحاكمة .

2 - الدعاوى المقامة على الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة... « والفصل 481 الذي نص على انه للنيابة العامة في الحالات المبينة في الفصل 8 حق الاستئناف وان لم تكن خصما أصليا في المحاكمة الابتدائية ».

فالمشرع اللبناني قد اعتبر النيابة العامة طرفا رئيسيا في قضايا النظام العام وأيضا طرف منضما يتدخل تدخلًا اجباريا ومكنها أيضا من حق الطعن في هذه القضايا ولو كانت طرفا منضما وحتى ولو لم تتدخل في المحاكمة الابتدائية. أي قد اتسم دور النيابة في هذه القضايا بالاغراق في الشمولية الى أبعد الحدود. ثم من جهة أخرى نجد ان هذا القانون قد عني كثيرا بذكر لفظ النظام العام في نصوصه اذ وردت في عدة نصوص ان لم نقل جل فصوله الامر الذي يؤكد ان الاغراق في شمولية الدور الذي تتبناه - النيابة العامة في هذه الدعاوى قد ارتبط بالمبدأ القديم الذي يوسع من شمولية هذه القاعدة والذي ظل هذا القانون ونيا لمبادئه. ثم أيضا ان العتمة التي اتسمت

بها هذه القاعدة قد احتوت النصوص التي نظمتها ضمن القوانين المسطرة المذكورة اذ ان الملاحظ من خلال عرض النصول ضمن التشريعات الثلاث السالف ذكرها التردد في تحديد الدور التي تقتضيه النيابة العامة في هذا النوع من القضايا بدقة متناهية بالرغم من وضوح رؤياها في كون قضايا النظام العام ليست على درجة واحدة من الأهمية.

ثم في الأخير نخلص الى صياغة قانون المسطرة المدنية المغربي القديم الذي جاء في فصله 186 ما يلي : يجب ان تبلغ الى وكيل الملك الدعاوى الآتية :

1 - الدعاوى التي تمس النظام العام أو تتعلق بالدولة والبلديات والمؤسسات العمومية وهكاتب الدولة والهيآت والوصايا لمصلحة مؤسسات خيرية.

2 - الدعاوى التي تتعلق بحالة الاشخاص والتجوير

3 - الدفوع المتعلقة بالاختصاص النوعي

4 - الدعاوى التي تتعلق بالفصل في تنازع الاختصاص أو تجريح القضاة والاحالة بسبب القرابة أو المصاهرة.

5 - مخاصمة القضاة

6 - الدعاوى التي تتعلق بالقاصرين وجميع الدعاوى التي يكون فيها أحد الخصوم مهثلا بوكيل غيبي.

7 - الدعاوى التي تتعلق بمن يعتبر غائبا أو التي تمس بمصالحه

8 - دعاوى الطعن بالزور.

ولوكيل الملك ان يطالع على جميع الدعاوى الاخرى التي يرى التدخل فيها ضروريا.

فهذه الصياغة لم تكن واضحة الامر الذي جعل القضاء يستقي مبادئ دور النيابة العامة من العمل القضائي الفرنسي وظهر التأثير الشديد لهذا

المبادئ على صعيد جميع المحاكم بل أن الامر لم يقتصر على ذلك. بل تعداه الى اعتبار صيغة الوجوب التي تضمنها الفصل 186 أنها تقضي باعتبار النيابة العامة طرف في هذه القضايا وكان صدر حكما في هذا الأساس عن محكمة الندد بالبيضاء في قضية تهم عزل مقدم رفعتها النيابة العامة واستجابت المحكمة لطلبها ، نشر الحكم في مجلة القضاء والقانون العدد 102 وقد علق عليه الأستاذ أبو سلم الخطاب ضمن العديدين 109 و 110 من نفس المجلة إذ اعتبر أن تقاضي النيابة العامة كطرف أصلي في هذه القضايا غير مستساغ قانونا ولا تملك النيابة الصفة لرفع مثل هذه الدعوى في ظل النص القانوني السالف ذكره.

أما صياغة قانون المسطرة المدنية الجديد فقد اهتمت ببيان مختلف صور تواجد النيابة العامة في الدعاوى المدنية فبعد أن نص الفصل 6 على صرو هذا التواجد من طرف أصلي مدع أو مدعى عليه الى طرف منضم وطرف يمثل الاغيار. تناول الفصل 7 مختلف الاثر الذي يترتب عن حالة تقاضي النيابة العامة كطرف أصلي. ثم الفصل 8 الذي حدد مختلف صور تدخل النيابة العامة كطرف منضم واثر ذلك وعدد الفصل 9 حالات التدخل الانضمامي الاجباري وتناولت الفصول الاخرى الأثر الذي يترتب عن عدم وضع النيابة العامة مستنتجاتها..... والذي يلاحظ أن المشرع المغربي في نص قانون المسطرة المدنية الجديد قد ميز بين قواعد النظام العام واعتبر أن تلك التي لم ينص على اعتبار النيابة العامة فيها طرفا رئيسيا لا تكون فيها سوى طرف منضم ثم انه في حالة الطرف المنضم قد حرم على النيابة العامة سلوك اي طريق للطعن بصريح الفصل 8 سواء كانت تدخلت في الدعوى أو لم تدخل فيها وبذلك يكون قد حد من توسع دور النيابة العامة في هذه القضايا تمشيا مع المبدأ الذي استحدثته الاتجاه الحديث الذي خفف من شمولية قاعدة النظام العام وكان وفيما لمبادئه ، ويتجلى ذلك أساسا في كون المشرع لم يعرض لمصطلح النظام العام في قانون المسطرة الجديد الا تماما

عكس ما هو ملاحظ في التشريعات السالف ذكرها وسنتناول ذلك بتفصيل حين عرضنا مختلف الاتجاهات السائدة في العمل القضائي المغربي وتقييمها وهو موضوع النقطة الأخيرة من هذا العرض.

تقييم مختلف الاتجاهات التي عالجت الموضوع دُورياً

ان أول دراسة كان لها الفضل في طرح الموضوع واذكاء النقاش فيه هو الكتاب القيم الذي نشره الأستاذ الموتر بوزيان تحت عنوان دور النيابة العامة في القضايا المدنية هذا الكتاب الذي هو عبارة عن محاضرات ألقيت على السادة الملتحقين القضائيين بالمعهد الوطني للدراسات القضائية. ثم أيضاً الموضوع القيم الذي نشر في مجلة الملحق القضائي العدد - 3 - لكتابه الأستاذ الجليل محمد بن العربي المجدوب الذي تناول فيه على الخصوص إشكالية استئناف أحكام الحالة المدنية من طرف النيابة العامة عندما تكون طرفاً منضماً ثم أيضاً الموضوع الذي نشر بمجلة رسالة المحاماة العدد 4 سنة 1987 لكتابه الأستاذ المحترم ادريس بالمحجوب الذي كان متأثر فيه بالاتجاه الذي ذهب إليه الأستاذ بوزيان ودفاعاً عنه اقترح اللجوء الى مبادئ التدخل الارادي لاضفاء صيغة الطرف المدعى عليه على النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية وعليه سنقتصر في عرضنا التقييمي هذا على هذه الدراسات الثلاث لما لها من أهمية قصوى بخصوص الموضوع الذي نحن بصددده.

ان المطلاع على كتاب الأستاذ بوزيان يظهر له جلياً من خلال الأفكار والمبادئ التي تضمنها انه كان متأثراً من جهة بالاتجاه الذي يوسع من قاعدة النظام العام ذلك انه ضمن الصفحة 19 جعل القاعدة الامرة تدخل ضمن صميم النظام العام بالرغم من ان الاتجاه الحديث قد اقام تمييزاً للقاعدة الامرة المجردة والقاعدة التي لها طابع النظام العام. وهذا ما جعله لا يقيم أي تمييز حتى للقواعد التي من النظام العام اذا اعتبر أنها كلها على شاكلة

واحدة . وقد نعى على المشرع صياغة الفصل 9 خصوصا الفقرة الاولى منه .
على اعتبار أن حتى القضايا التي تكون فيها النيابة العامة طرفا رئيسيا هي
من صميم النظام العام أننا وان كنا نشاطر الأستاذ بوزيان الرأي فيما يخص
ان كل هذه الحالات تدخل ضمن معيار النظام العام إلا ان كل حالة على حدة
تتخذ اثرها ومداهها من خلال هذا المصلحة التي تمثلها وهذا هو ما ذهب
بأغلب التشريعات حتى التي ظلت وفيه لبدأ توسع قاعدة النظام العام الى
القامة تمييز بين هذه الحالات فالفصل 89 من قانون المرافعات المصري
ينص على ما يلي : « ... يجب على النيابة العامة ان تتدخل في الحالات
الآتية :

6 - الدعاوى التي تترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام
العام... » اذ المشرع المصري اعتبرها هنا طرفا منضمنا يتدخل تدخل
اختياريا رغم ان جميع القواعد المنصوص عليها سواء في الفصل 87 أو 88
منه هي من قبيل النظام العام ونجد نفس الصياغة ونفس التمييز في
التشريع الفرنسي واللبناني ثم ان الاستاذ بوزيان ذهب الى اعتبار - أن
النيابة العامة عندما تكون طرفا رئيسيا تملك الصفتين معا أي طرف
مدعى وطرف مدعى عليه بالرغم من ان ذلك غير متأت في الصياغة القانونية
في جل التشريعات المذكورة ومن بينها المغربي. ذلك ان الفصول ميزت
الادعاء كطرف مدع وحالات التقاضي كطرف مدعى عليه او طرف منضم
ونجد الفصل 6 من قانون المسطرة المدنية لتمييز هذه الادوار قد عبر عن ذلك
بلفظ تمثيل الاغيار اذ ان المشرع بمقتضى الفصل المذكور قد ميز بين
حالتين للطرف الرئيسي للنيابة العامة حالة تمثيل الاغيار وحالة الطرف
الأطلي التلقائي فقضايا الجنسية مثلا تكون فيها النيابة العامة طرفا أصليا
تلقائيا أي مدع ومدعى عليه دائما أما حالة الطرف الرئيسي الممثل للأغيار
كحالة قضايا الحالة المدنية التي سنتناولها بتفصيل فيما يستقبل والقضايا
المنصوص عليها في الفصل 190 وما يليه والفصل 263 فانها عكس ذلك
بصريح النصوص المذكورة. فهكذا نجد الفصل 190 قد مكن النيابة العامة

من القيام بأجراء في مصلحة القاصر لدى قاضي القاصرين هنا دور النيابة العامة بالرغم من كون هذه الحالة لا تكتسي صبغة نزاعية مجرد طرف مدع أو طالب لكن مقتضيات الفصل 193 والتي تهتم أساس عزل المقدم والتي يمكن ان تتخذ شكلا نزاعيا. ان طلب عزل المقدم يتخذ من طرف اما القاضي تلقائيا او وكيل الملك أو اي شخص يعنيه الامر من جهة. وان الطلب غير قاصر على النيابة العامة وحدها ومن جهة اخرى ان مقتضيات الفصل 196 الفقرة الاخيرة تنص على ما يلي :

« ان محكمة الاستئناف تبت في غرفة المشورة بعد الاستماع الى النيابة العامة » فاذا ن صفة النيابة العامة في هذه الدعاوى - هي اما طرفا مدعيا أو طرفا منضما حسب الحالات ولا تملك أن تكون طرفا مدعى عليه ونفس الشيء نلاحظه في صياغة الفصل 263 من نفس القانون .»

وان هذا التمييز ليس قاصرا على التشريع المغربي بل نجد المشرع المصري بدوره يقيم هذه القاعدة بالرغم من اتجاهه الموسع لدور النيابة العامة في هذه القضايا فقد نص الفصل 88 من قانون المرافعات على ما يلي :
..... يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية :

1 - الدعاوى التي يجوز لها أن ترفعها بنفسها » وبالتالي لا يمكن القول بأن النيابة العامة كلما كانت طرفا رئيسيا يمكن لها ان تكون طرفا مدعيا ومدعى عليه في نفس الوقت - بالرغم من مخالفة هذه القاعدة للمبادئ العامة وذلك لان النيابة العامة ليست طرفا موضوعيا في النزاع أي ليس لها مصلحة شخصية فيه وانما هي طرف شكلي له مميزات الخاصة.

أما فيما يخص قضايا الحالة المدنية التي تشكل بيت القصيد في عرضنا هذا نجد ان الاستاذ بوزيان قد ذهب الى نفس النتيجة السالف ذكرها في هذا النوع من القضايا بالرغم من ان الفصول التي استند عليها لا تعطي للنيابة العامة صراحة حق الطرف المدعى عليه دائما فهكذا نجد ان الفصل 50 من ظهير 4 - 9 - 1915 نص على أنه : « تصحيح الرسوم المتعلقة بالحالة

المدنية تقع باذن من رئيس المحكمة الابتدائية الفرنسية التي تُدعى دائرة نفوذها الى المكان المحرر فيه الرسم - بدون اخلال بالاستئناف و اذا كان المطلب المتعلق بالتصحيح غير صادر من وكيل الملك فمن الواجب اطلاقه عليه « ونفس الصياغة وردت ضمن الفصل 7 من قرار 3 - 4 - 1950. ثم من البديهي في هذا المجال أن قضايا الحالة المدنية هي من قبيل القضايا الولائية كمبدأ عام وان الحالة النزاعية فيها استثناء. وهنا يثار تساؤل فهل في هذه القضايا يمكن أن يكون دائما طرف مدعى عليه.

ان القضاء الولائي لا يتحتم بالضرورة ان يتواجد طرفا مدعى عليه ، مثل ذلك قضايا الاوامر المدنية على طلب كطابات اثبات الحال أو توجيه اذار وكذا الطلبات المقدمة لقضاء الموضوع للتصديق على اتفاقيات أو عقود. وهذا لا خلاف فيه ولا يحتاج الى تدليل بل حتى المشرع أكد على الصبغة الولائية لهذه القضايا عندما نص في الفقرة - الثالثة من الفصل 218 على انه « يثبت القاضي بأمر يصدره بعد الاستماع عند الاقتضاء للطراف المعنية بالامر

نعم هناك احالة على الصبغة النزاعية لقضايا الحالة المدنية كاستثناء وردت ضمن الفصول 218 الفقرة الثانية و 219 في فقرته الاخيرة من قانون نص هذا الاخير على ما يلي « ويمكن في أي وقت كان لرئيس المحكمة أن يحيل المسألة على المحكمة نفسها التي تحكم فيها حسب مقتضيات الفصل 395 من قانون المرافعات المدنية وذلك بعد سماع مقال النيابة العامة.

وبالتالي فان دور النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية يتغير بتغير الحالة التي تكون عليها الدعوى اما طرفا مدعيا او - مدعى عليه أو طرفا منضما ، وكمثال على بيان هذا التغيير طفل لقيط قامت النيابة العامة برفع دعوى قصد تسجيله بسجلات الحالة المدنية أثناء رفع الطالب ظهر أن له أب تقدم بطلب قصد تسجيله بكناش حالته المدنية فهل هنا يبقى دور النيابة العامة هو . هو أنها حين مبادرتها لطلب التصريح بازدياد هذا اللقيط كانت

طرفا مدعيا وهي بعد ظهور الاب لا تملك أن تكون طرف مدعى عليه إذ لو نازعته في صفته كأب لكننا أمام مسألة تتعلق بالنسب التي هي من اختصاص قاضي الاحوال الشخصية وليست من اختصاص قاضي الحالة المدنية. وحتى إذا قررت هذه المحكمة البت فيها فسيكون بثها لا على أساس مساطر الحالة المدنية وقوانينها وإنما في اطار الاحوال الشخصية وهنا لا تملك النيابة العامة حق التقاضي كطرف رئيسي في هذه القضايا بصريح الفصل 9 وبالتالي لا يبقى أمامها الا الانضمام وفقا لاحكام الفصل المذكور. وهكذا يتضح ان النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية لها دورا مزدوجا تارة تكون طرفا رئيسيا مدع وتارة مدعى عليه وأحيانا أخرى طرف منضم - يراجع في هذا الموضوع بحثنا تحت عنوان ازدواجية دور النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية وأثره عمليا المنشور - بمجلة المحاكم المغربية العدد 50 سنة 88.

وما دام الأمر كذلك فحق الطعن في قضايا الحالة المدنية بالرغم من كونها من النظام العام ليس بيد النيابة العامة إذ لا تملكه إلا إذا كانت طرفا رئيسيا مدعيا أو مدعى عليه رغم ما استقر عليه المجلس الأعلى وكذا المحاكم المغربية وهذا فعلا ما نبه اليه الأستاذ الجليل المجبود في بحثه الذي انتقد فيه اتجاه المحاكم وكذا المجلس الأعلى فيما ذهب اليه من اعتبار النيابة العامة طرفا رئيسيا دائما في قضايا الحالة المدنية ومنحها حق الطعن في الأوامر الصادرة في هذا المجال.

على اعتبار ان امكانية تأويل هذه النصوص غير متاحا اطلاقا ونحن نشاطر الاستاذ الجليل نظرته هذه ذلك ان حالات أو مجالات تقاضي النيابة العامة كطرف رئيسي محددة حصرا بصريح الفصل 6 و 7 من قانون المسطرة المدنية وكذا حالات التدخل الانضمامي الوارد النص عليها في الفصل 9 من نفس القانون ولا يمكن اطلاقا التأويل لخلق مجال آخر مثل ما ذهب اليه الاستاذ المحترم ادريس بلمحجوب في بحثه الذي رأى الاخذ أو اللجوء الى

مبادئ التدخل الارادي مقتضيات الفصل 111 وما يليه من ق.م.م لاضفاء صفة قانونية للنيابة العامة للطعن في قضايا الحالة المدنية واعطائها صفة الطرف الرئيسي المدعى عليه دائما في هذه القضايا وأن تبني الأستاذ ادريس بلمحجوب هذه النظرية راجع في الحقيقة الى تأثره بوجهة نظر الأستاذ بوزيان الذي يعتبر قضايا الحالة المدنية ذات صبغة نزاعية دائما الشيء الذي جعله يبحث عن بديل لاضفاء صفة قانونية على طعن النيابة العامة الدائم المستمر في هذه القضايا مع العلم أن امكانية التأويل تخلق حالات جديدة لتقاضي النيابة العامة في الدعاوى المدنية غير وارد اطلاقا . ذلك أن الفصلين 6 و 7 من قانون المسطرة المدنية وكذا مقتضيات الفصل 9 قد حددت حصرا الحالات التي تنتقاض فيها النيابة العامة كطرف رئيسي وحالات التدخل الاجباري وأن الطابع الحصري هذا يمنع منعا كليا اضافة حالة جديدة. ثم من جهة أخرى ان المشرع قد جعل بيد النيابة العامة حق التدخل في الدعاوى المدنية ولم يعطيه للطراف إذ لو كان الامر كذلك لنص صراحة على امكانية ادخال النيابة العامة من طرف الاغيار كما فعل المشرع اللبناني. وبالتالي فامكانية اللجوء الى مقتضيات التدخل الارادي غير متاحة حتى من هذه الناحية. وأن هذا لا يصدق فقط على قضايا الحالة المدنية وانما أيضا على قضايا الغيبة التي أثارها الاستاذ الجليل في بحثه ذلك ان هذه القضايا بدورها تتميز بأنها ذات طابع ولائي وطابع نزاعي وبالتالي فان ما ذهب اليه الاستاذ الجليل غير مستساغ قانونا . تلكم نظرة حاولنا من خلالها اعطاء الصبغة التي تتلاءم ومقتضيات فصول دور النيابة العامة في القضايا المدنية واني لا أسلم بكون هذه النظرة سليمة من العيوب أو خالية من الهفوات كل ما أتوخاه انها تشكل اسهاما في اثناء النقاش في هذا الجانب الذي لازال النقاش فيه محتدما. والذي نتمنى أن يغنيه العمل القضائي باجتهادات من شأنها أن تحدد المسار وأهداف المشرع في هذا المجال.

الزمالك عبد الكريم قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بالعيون.

المراجع :

- كتاب الوجيز في المرافعات ذ. محمد محمود البراهيم
- التعليق على نصوص المرافعات ذ أبو الوفاء
- أصول المحاكمات اللبناني ذة أمينة النمر
- كتاب دور النيابة العامة في القضايا المدنية ذ بوزيان
- كتاب القانون المدني بالفرنسية الجزء 1 ذ أويل
- مجلة القضاء والقانون الاعداد 102 - 109 - 110.
- مجلة الملحق القضائي العدد 3 سنة 1983
- مجلة رسالة المحاماة العدد 4 السنة 1987
- مجلة المحاماة العدد 13 السنة 1983

007516-Dr

p.79 → p.89

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
تاريخ 05/11/2007
جريدة

مسؤولية المريض العقلي مدنيا
قراءة في العدالة الاستاذ عبد العزيز الحيلة (1)

أحمد ادريوهش

أستاذ باحث - كلية الحقوق - الرباط

تمهيد :

لا أبغي من هذا العرض تلخيص رسالة شارفت صفحاتها على الثلاثمائة ، غنية بالآراء والمعارف والافكار. ففضلا عن كون التلخيص يفقد الكتاب أهميته وغناه ، فانه غالبا ما يؤدي الى تشويه آراء صاحبه وتحريفها . (2) « فالتلخيص عقلية بروكستية عنيفة » (3) لكني أتوخي منه تقديم نموذج من الفكر القانوني المغربي الجديد في موضوعه بتناوله

** أستاذ باحث - كلية الحقوق - جامعة محمد الخامس - الرباط.

le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental

- (1) «مسألة القراءة. تقرير مقدم الى ندوة « المنهجية في الادب والعلوم الإنسانية ». كلية اداب الرباط. منشورات دار توبقال - سلسلة «معالم». 1986 ص 19.
- (2) انظر على سبيل المثال. مجلة القضاء والقانون - عدد 133 174 باب رسائل جامعية.
- (3) ع.ف كيليطو مرجع سابق ص 20 - ويقال كذلك نسبة لبروكست قاطع طريق يوناني، حيث كان يعذب ضحايا بطريقتة جديدة من نوعها. كان له فراشان : فراش كبير وفراش صغير. فكان يطرح المسافرين الطويلي القامة على الفراش الصغير والمسافرين القصيري القامة على الفراش الكبير ثم يعمد الى قطع أرجل الطويلي القامة فيقطعها لانها تتعدى الفراش الصغير. أما القصيري القامة فكان يجذب أيديهم وأرجلهم حتى يكونوا تماما على قد الفراش الكبير...

«المرض العقلي والقانون». ويثير هذا الموضوع ، على حد تعبير الاستاذ الحيلة ، «مجموعة من المشاكل تستأهل أن تحضى باهتمام الباحث في مجال القانون: كالحجز القضائي ، الادارة المؤقتة لا موال المريض ، عدم المسؤولية.. (4) ، الا أنه اختار التركيز على الموضوع الاخير فقط » مبتغيا من ورائه ، وبطريقته الخاصة ، المساهمة في نقاش حول ازالة الطابع الخداع demystification للمريض العقلي من جهة ، والرفع من القيمة الاجتماعية للمريض العقلي من جهة أخرى (5) ، مطالباً من أجل ذلك باقرار مسؤوليته مدنياً.

ومن هذا المنطلق ستكون قراءتنا لرسالة الاستاذ الحيلة، بمعنى أن هذه السطور تبغي الاطلاع أولاً على الحل المدافع عنه ، وثانياً على المنهج المتبع لهذا الغرض حيث لا يمكن فصل الغاية عن الوسيلة.

- أولاً -

«في الحقيقة ، وفي الوقت الذي تثار فيه «قضية» اصلاح قانون الالتزامات والعقود باعتباره ارثاً قانونياً لم يستوعب بكيفية حسنة ، نتهنى أن تقرر مسؤولية المريض العقلي بكيفية واضحة وموازية لاصلاح عام لنظام المسؤولية المدنية ، وان يتم ذلك بارتباط مع تطور الافكار في الميدان ».

«وحل كهذا ، فضلا عن كونه يجنبنا السلبيات القانونية والاجتماعية والطبية للنظام الحالي لعدم مسؤولية المريض العقلي باخضاعه هذا الاخير للقواعد العامة للمسؤولية المدنية..، فانه يساهم من جهة أخرى في رد الاعتبار الاجتماعي للمريض العقلي».

هكذا أجاب الاستاذ الحيلة (5 مكرر) عن السؤال المتعلق بما اذا كان

(4 و 5).

(5) مكرر- ص 252

من الصواب أن نبقى ضمن قانوننا الوضعي على قاعدة (عدم مسؤولية المريض العقلي مدنيا) محدودة الفائدة ومضرة اجتماعيا وطبيا بالمريض العقلي ؟» (6) وهو الجواب/ الحل الذي كرس الباحث كل جهده عبر هذه الرسالة للدفاع عنه. وما كان ليأتى له ذلك إلا من خلال «نقده» لهذه القاعدة/المشكل على مستويين اثنين :

أ - على مستوى المبدأ في ذاته ، حيث انه ليس مبدأ عالميا ، بمعنى أنه غير مقرر في جميع القوانين العالمية بما في ذلك الفقه الاسلامي. بل أن الفقه وحتى القضاء في الدول التي تقرر القاعدة كثيرا ما جادل ويجادل فيها. فضلا عن هذا وذلك ، فان المرض العقلي نفسه ، الذي قرر على أساسه عدم المسؤولية بالنسبة للدول التي تأخذ به ، يعتبر مفهوما معقدا ونسبيا في نفس الوقت ، فهو متغير في الزمان والمكان وذلك بالنظر للاختلافات الحاصلة بين جميع المعارف التي تهتم به في تعريفه وتحديد عناصره ، حتى ان البعض منها - الطب العقلي المضاد - يرفض مفهوم المرض العقلي على الاطلاق. بالاضافة الى هذا كله فان المبرر الاساسي لذلك المبدأ ، وهو حماية المريض العقلي ، يظل غير فعال ؛ وذلك لكون المبدأ لا يخدم المبرر ، أي لا يوجد حماية حقيقية للمريض العقلي والمتمثلة أساسا في إعادة ادماجه اجتماعيا ، وهذا رهين في تحقيقه وفعالته باقرار مبدأ المسؤولية (7).

ب - على مستوى تطبيق المبدأ بالنسبة لجميع أنواع المسؤولية المدنية في القانون المغربي : تعاقدية أو تقصيرية أو مسؤولية عن افعال المجانين ومختلي العقل.

فعلى مستوى المسؤولية التعاقدية وفي الحالات التي تثار فيها هذه الاخيرة ؛ فالاصل هو أن المسؤولية موضوعية ، مبنية على أساس عدم

(6) ص 251

(7) وقد خصص لذلك القسم الاول من الرسالة من ص 9 الى ص 144.

التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ ، وليست مسؤولية شخصية مبنية على الخطأ الا استثناء وبالنسبة للالتزامات يبذل عناية ، وعليه :
وبتأويل للنصوص القانونية - استبعاد الفصل 96 من حقل المسؤولية التعاقدية والاعتماد على الفصلين 263 و 268 وخاصة الاول - يتوصل الباحث الى اقرار مسؤولية المريض العقلي مدنيا اذا كان الالتزام الذي وقع الاخلال به التزاما بتحقيق غاية. اما اذا كان التزاما يبذل عناية فانه يشترط الخطأ. لكن اذا كان المبدأ هو أنه لا يمكن نسبة خطأ ما الى المريض العقلي ، وبالتالي القول بعدم مسؤوليته مدنيا على هذا الاساس ، فان تطبيق المبدأ تعترضه صعوبات تحد من فعاليته ان لم نقل تعدمه.

أما على مستوى المسؤولية التصيرية فيظل مجال القاعدة (قاعدة عدم المسؤولية) محدودا فهي نتيجة منطقية لبناء المسؤولية على الخطأ، وبالتالي لا يمكن العمل بها في حالات المسؤولية الموضوعية : المسؤولية عن فعل الاشياء استنادا الى الفصل 88 ، والمسؤولية عن فعل الغير استنادا الى الفصل 85 لا سيما فيما يتعلق بمسؤولية المتبوع عن افعال التابع ، ومسؤولية الاب والام عن أبنائهما القاصرين . ومن ثم يظل المجال الوحيد الذي يمكن الاخذ فيه بها هو مجال المسؤولية عن العمل الشخصي (الفصل 96) حيث الخطأ أساس المسؤولية ، لكن حتى في هذا المجال يظل تطبيق القاعدة محدودا بالنظر للشروط المطلوبة لذلك (يجب أن يكون المتسبب في الضرر مجنونا، وأن يكون جنونه مطبقا ، وان يتزامن جنونه مع الفعل الضار) حيث يواجه القاضى صعوبات جمة تقف حاجزا بينه وبين الحكم بعدم المسؤولية. مما يؤدي في النهاية الى القول بان تلك الشروط تقلل من فعالية القاعدة فتجعل تطبيقها صعبا ان لم نقل وهميا.

اما على مستوى النتيجة الملازمة لقاعدة عدم مسؤولية المريض العقلي عن فعله الشخصي ، وهي مسؤولية «الأب والأم وغيرهما من الاقارب أو الأزواج.. أو من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الاشخاص أو رقابتهم» (الفقرة الاخيرة من الفصل 85) . فهي وان كانت تدل على رغبة المشرع في

الموازنة بين مصالح كل من المريض العقلي من جهة ، ومصالح الضحية من جهة أخرى ، حيث يريد أن لا يبقى هذا الأخير بدون تعويض عما لحقه من ضرر في وقت لا يمكن فيه الحكم على المريض بالمسؤولية ، إلا أنها تظل غير فعالة لا في تحقيق هذه ولا في تحقيق تلك. فبالنسبة للمريض العقلي فإنها لا تؤدي إلا إلى عزله اجتماعيا وبالتالي التقليل من فرص شفائه ؛ أما بالنسبة للضحية فإنها لا تشكل وسيلة ناجعة لتعويضه عما لحقه من ضرر ، وهن تم كانت حيلة غير منتجة وبالتالي معيبة. (8).

- ثانيا -

ليس من الضروري أن يكون الباحث «مجنونا» حتى يخوض في موضوع المرض العقلي ، بل ليس من الضروري كذلك «ان يكون طبيبا متخصصا حتى يستطيع ان يعالج الموضوع بكيفية حسنة» (9). فالظاهرة ليست حكرا على هذا ولا على ذلك. بل هي محط اهتمام الجميع - ويجب أن تكون كذلك - بمن فيهم رجل القانون. ومن هنا أهني الاستاذ الحيلة على جراته للخوض في مثل الموضوع الذي يعتبر ولا شك اقتحاما لجانب من جوانب المجال العلمي ظل مغمورا. وقد تميز اقتحامه لهذا المجال بتنبيه «لقضية المريض العقلي» مدافعا عن إعادة ادماجه اجتماعيا مصوبا بالتالي سهام النقد لقاعدة مشكلة عدم مسؤوليته مدنيا.

أ - وفي سبيل ذلك ، لم يقتصر على معالجة الموضوع من الناحية القانونية فحسب ، بل حاول المزج بين القانون وبعض المعارف الاجتماعية الأخرى ، لا سيما الطب والاجتماع ، وذلك بقصد القضاء الضوء على الموضوع المدروس (المريض العقلي) من ناحية ، والبرهنة عن رأيه المتمثل في نقده

(8) وقد خصص لذلك القسم الثاني من ص 155 الى 250

(9) كل خلاف ما يعتقد هنري مازو H. MAZEAUD انظر تقديمه لاطروحة :

J. LAFON : La responsabilité civile du fait des malades mentaux. Thèse de Paris. L.G.D.J. 1960.

لقاعدة عدم مسؤولية المريض العقلي من ناحية أخرى ، وقد تجلى ذلك بكيفية واضحة من خلال الفصلين الثاني والثالث من القسم الأول من الرسالة ، بل لقد أعلن الباحث عن ذلك بكيفية صريحة منذ البداية مؤكدا على « أن الدراسة وإن كانت تنتمي للمجال القانوني ، إلا أنها تهتم بموضوع له صبغة اجتماعية وطبية (المرض العقلي).. ولذلك لا يكفي أن يعالج من الوجهة القانونية فحسب ، بل إن المعالجة الاجتماعية والطبية تبدو ليس فقط غنية بل ضرورية أيضا وذلك لقيمتها التفسيرية» (10).

وهذا ، لعمرى أسلوب جديد في المعالجة القانونية ، حيث أخذنا نلمس خروج الباحث القانوني من عزلته أو على الأقل شعوره بضرورة التفتح على باقي المعارف الاجتماعية الأخرى. وهو شعور وجدناه لدى بعض «الفقه الفرنسي» (11) ، كما نجده أيضا بالمغرب (12). ويعرف هذا الأسلوب اليوم «بتكامل اصناف المعرفة» (13) ، حتى أن جمعية

(10) ص. 7.

(11) حتى لقد اتخذ في أواخر الستينات كشمسار للجامعة الفرنسية ما يسمى بتعدد اصناف المعرفة انظر pluridisuptinarité انظر جريدة لوموند le monde بتاريخ 16.2.1969. ص 16.

A. J. ARNAUD : critique de la raison juridique: انظر للمزيد من الاطلاع
εφορολογος ει εν νο : juridique L.G.D.J. 1981.

(12) انظر بصفة خاصة عمر عزيان O. AZZMAN : Dépendance et connaissance
παραση ενισχυση τουρ ηρ plaidoyer de la sociologie juridique.
R.J.P.E.M. N° 10

(13) وقد اخترنا هذا المصطلح للدلالة على الظاهرة ليس إلا. إلا أنه تجدر الإشارة في هذا العدد الى اننا نجد في اللغة الفرنسية ثلاث عبارات تستعمل للدلالة على نفس الظاهرة وإن كانت تختلف فيما بينها من حيث قوة الدلالة - pluridixiplinarité (تعدد اصناف المعرفة) interdixiplinarité (تكامل اصناف المعرفة) transdixiplinarité (تجاوز الحدود الوهمية بين مخلف اصناف المعرفة) - انظر le grand Robert - ونجد لدى الباحثين المغاربة عبارات مثل « امبريالية التخصصات » « التداخل أو للتجانس » « تكامل اصناف المعرفة » « رقم الانفصال »...

الفلسفة غيرت اسم مجلتها من «دراسات أدبية وفلسفية» لتتخذ عنواناً لها «تكاملاً أصناف المعرفة»، معتبرة أن «التيار الخلاق في الثقافة الطلائعية هو التفتح على أصناف المعرفة وتكاملها» (14).

صحيح ، انه ينبغي أن نتجاوز المجال الضيق للاختصاص القانوني ، وبالتالي ازالة الحواجز بين القانون وباقي العلوم الاجتماعية ، فالاختصاص ليس سوى مجرد تفسير منظم للعمل العلمي ، وبالتالي ليس انفصالا للعلوم الواحد منها عن الآخر لا سيما اذا كانت هذه العلوم تدرس جوانب مختلفة لواقع واحد كما هو الشأن بالنسبة للعلوم الانسانية في دراستها للفعاليات الانسانية المختلفة. لكن السؤال الذي يظل مطروحا بكيفية واضحة هو : ماذا نعني «بتكامل أصناف المعرفة» ؟ هل معنى ذلك ان نقف عند حدود كل فرع من فروع المعرفة ولا نلجأ الى غيره الا عندما تقتضي «طبيعة الموضوع المدروس» ذلك ، اي اذا كانت له «صبغة اقتصادية» ينبغي أن نعتد الاقتصاد السياسي ، واذا كانت له «صبغة تاريخية» ينبغي ان نعتد التاريخ.... بمعنى آخر هل يكون لجوؤنا الى تلك المعارف رهينا بالمزايا التي يمكن أن نجنيها من معرفتنا في هذا الفرع أو ذلك ؟ أم أن ذلك يعني تجاوز الحدود الوهمية القائمة بين مختلف فروع المعرفة الاجتماعية والانسانية طالما أن الظاهرة المدروسة هي ظاهرة واحدة ؟ وهل تجاوز الحدود يقتضي أن يعتمد الباحث في القانون على ما يقوله له الباحث في علم الاجتماع أو الاقتصاد أو التاريخ أم ينبغي أن يتولى بنفسه ؟ أم يعني ذلك ترك المهمة لفرع آخر يضاف الى مختلف فروع المعرفة الانسانية ؟ تلك مشكلة قائمة - على الاقل بالنسبة لنا - (15). لكن أعتقد

(14) فاطمة الجامعي الحبابي افتتاحية العدد 7 - 8 من مجلة «تكاملاً أصناف المعرفة»
1983 1982

(15) هل يمكن أن نفصل قِيَمًا ؟ وهل من الضروري أن نتولى ذلك ؟ لنكتفي بطرح السؤال.
- المسألة محط نقاش بين الباحثين.

ان الظاهرة المدروسة (المرض العقلي - الجنون..) يتداخل فيها - الى الجانب الطبي والاجتماعي - التاريخي والاقتصادي والسياسي كذلك ، فعدم مسؤولية المريض العقلي ، والحجز عليه ، وحجزه . internement هي جوانب مختلفة لظاهرة واحدة. وتلك مشكلة أخرى.

ب - والخط الفاصل بين ما ينتقده الباحث (قاعدة عدم المسؤولية) وبين ما ينشده (اقرار المسؤولية) هو فكرة الحماية ذاتها ، حيث يرى انه برغم القول بان قاعدة عدم المسؤولية تنشدها وتهدف الى تحقيقها، فان العكس هو الصحيح ، اي ان ما يخدم حماية المريض العقلي هو اقرار مسؤوليته مدنيا ، ذلك ان ما يؤدي اليه تطبيق عدم المسؤولية من نتائج لا يساهم الا في تعميق تهميش المريض اجتماعيا والتقليل من فرص شفائه، على عكس النتائج التي يؤدي اليها اقرار المسؤولية حيث يساهم بشكل كبير في اعادة ادماج المريض اجتماعيا ، وهذه هي الحماية التي ينبغي أن ننشدها.

وبعيدا عن مناقشة فكرتي الحماية ورد الاعتبار الاجتماعي لمرونتهما (15 مكرر) ، نتساءل عن الاساس القانوني الذي يقيم عليه الباحث قاعدة مسؤولية المريض العقلي ؟ فمن خلال مناقشته للقانون المقارن ، وللفقه، سواء من يقول بمسؤولية المريض العقلي أو من يقول بعدمها ، يتوصل الاستاذ الحيلة الى ان الاساس الذي ينبغي أن يقوم عليه مبدأ المسؤولية هو «الخطأ الاجتماعي».

(15 مكرر) باعتبار ان الحماية هدف سواء لمن قال بالمسؤولية ومن قال بعدمها. بل ان المشروح في تنظيمه للحجز internement بمقتضى ظهير 30 أبريل 1959 ، وكذلك الدورية الصادرة من وزارة الصحة العمومية والموجبة الى «رجال القوة العمومية التابعين لامن الوطني» بخصوصه ، اعتبر ان من بين المبادئ التي يقوم عليها الظهير هي «حماية المريض العقلي اولاهما الاستاذ الحيلة ضمن ملاحق الرسالة). وقد جاء هذا القانون متأثر الى حد كبير بالقانون الفرنسي الصادر في 30 يونيو 1838 المتعلق بالمرضى العقليين.

«فضلا عن التأثير الذي خلفته على المشرع الفرنسي الذي أقر بمقتضى قانون 1968 المسؤولية المدنية للمريض العقلي - وعلى القضاء ، فانها تجد انصارا كثيرين لها من الفقهاء» (16). وقد أفاض الباحث في دراسته للاساس القانوني لمسؤولية المريض العقلي ، وبهذا الصدد يميز فيها بين نوعين من المسؤولية : مسؤولية موضوعية ومسؤولية مبنية على الخطأ الشخصي (17) ؛ وقاعدة عدم المسؤولية لا يمكن العمل بها في القانون المغربي الا في النوع الثاني ولا محل لها في النوع الاول سواء تعلق الامر بالمسؤولية التعاقدية المترتبة عن الاخلال بالتزام بتحقيق نتيجة أو تعلق بالمسؤولية التقصيرية عن حراسة الاشياء أو عن فعل الغير **وتبوعا كان هذا الاخير ، أو أبسا ، ففي جميع هذه الحالات يسأل المجنون عما لحق الغير من ضرر بفعله ، وذلك على الرغم من كونه انه لا يمكن نسبة أي خطأ اليه ، اذ المعول عليه بالنسبة لها ، ليس هو الخطأ.**

أما بالنسبة للمسؤولية المبنية على الخطأ الشخصي، سواء تعلق الامر بالمسؤولية التعاقدية المترتبة عن اخلال بالتزام ببذل عناية أو تعلق بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي ، فتظل هي المجال الوحيد ، في القانون المغربي ، لتطبيق قاعدة عدم المسؤولية ، الا أنها منتقدة لكونها تؤدي الى عكس ما تدعيه من حماية للمريض ، لذلك ينبغي «تجاوزها» وإقرار مبدأ المسؤولية دون تجاوز فكرة الخطأ ، ذلك ان هذا الاخير «يؤخذ على وجه جديد يخالف التعريف التقليدي الشخصي. (فالخطأ) يعرف هنا بان «غلط في السلوك ما كان يرتكبه شخص يقظ يوجد في نفس الظروف

(16) ص 42 و 43 حيث يشير الى مجموعة من الفقهاء الفرنسيين نقتصر على ذكر :
الاخوة مازو وأندريه تونفي وماتيه وريينو.
(17) انظر بصفة خاصة تحليل الباحث على ضوء القانون المغربي في القسم الثاني من الرسالة

الخارجية للشخص الذي وقع منه التعدي» (18) ، فالخطأ المدني الموجب للمسؤولية ليس خطأ معنوياً بمعنى خطأ عمد أو عدم اليقظة أو الإهمال ، انه خطأ اجتماعي ، موضوعي ، من غير تعدي ، مجرد ، انه مجرد الخروج على سلوك رب الأسرة العادي...» (19). فنظرية الخطأ الاجتماعي تعتبر أحسن أساس يمكن أن تقوم عليه مسؤولية المريض العقلي ، حتى اذا بدت غير كافية عقلاً ، فانه يمكن الاستعانة بنظرية الضمان. (20).

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا بالحاح هو : كيف نبني مسؤولية المريض العقلي على أساسين مختلفين ان لم نقل متناقضين ؟ ذلك ان الباحث عندما عمد الى تأويل النصوص القانونية للمسؤولية المدنية بالمغرب ، بما يخدم تضييق نطاق تطبيق قاعدة عدم المسؤولية ، اعتمد فكرة المسؤولية الموضوعية ، لكن حينما عمد الى بناء المسؤولية المدنية للمريض العقلي ، عن فعله الشخصي وعن اخلاله بالالتزام التعاقدية ببذل عناية ، تراجع الى فكرة الخطأ ، وبتعبيره «الخطأ الاجتماعي» ؟ ! ودون أن نتساءل عن الأساس الذي تبني عليه المسؤولية وفق قانون الالتزامات والعقود ، الا أنه

(18) يشير الى ان صاحب هذا التعريف عم الاخوة مازو وتونك ، وقد ترجمنا عبارة *erreur* «بغلط» بدل ترجمتها «بانحراف» كما ذهب الى ذلك حسين وعبد الرحيم عامر في مؤلفهما «المسؤولية المدنية التصيرية والتعاقدية» - الطبعة الثانية عن دار المعارف 1979 ص 142 . الترجمة

« *erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances extérieures que l'adversaire* »

يترجمناه الاخوة عامر : «انحراف في السلوك بنحو لا يجب أن يقدم عليه الرجل الحصيف الرشيد ، وهو في نفس الظروف الخارجية لمحدث الضرر».

(19) ص 43

(20) يؤكد على بيان المزاي التي يمكن أن تحققها نظرية الخطأ الاجتماعي ، مع امكانية الاستعانة بنظرية الضمان على الرغم عن عدم كفاية هذه الاخيرة ، بالصفحات ص 42 الى 46.

يمكن القول بان المشكل/القاعدة الذي يواجهه الباحث ليس قائما الا بالنسبة لبعض حالات المسؤولية دون سواها ، وان ما يدافع عنه متحقق في القانون المغربي في أغلب حالات المسؤولية المدنية ٢٢.

X X X

ومهما يكن من أمر الاسئلة التي تطرح نفسها عبر هذه القراءة ، التي توخت الوقوف على الحل المدافع عنه والمعالجة المتبعة للبرهنة عليه ، فانها سعت فقط الى بيان الافكار العامة (المعلن منها والمسكوت عنه) التي قادت الباحث الى القول بالمسؤولية المدنية للمريض العقلي ، حيث تتمثل فيها حمايته ، وهي الغاية المبتغاة التي يمكن الوصول الى تحقيقها باعتماد «الخطأ الاجتماعي». ومن ناحية أخرى تسعى الى اغناء مناقشة الرسالة التي دخل بها الأستاذ الحيلة مناقشة دائرة بين الفتة والقضاء ، حول ما اذا كان يجب القول بمسؤولية المريض العقلي أو لا ، أدت بهما الى الانقسام الى اتجاهين ، أولهما يقول بعدم مسؤولية المريض العقلي ، في حين يذهب ثانيهما في الاتجاه المعاكس القائل باقرار المسؤولية ، وهو ما دافع عنه الباحث أمام خيرة من أساتذة كلية الحقوق (20 مكرر) وبمشاركة طبيب متخصص (21). «وخصوصية كتابته من هذا القبيل هي الدفاع عن رأي بعد احاطته بجميع الضمانات الممكنة» (22).

احمد ادريوش
الرباط - يبرابر 1987

-
- (20) د. عمر عزيان مئيسا مشرافا / د. عبد الكبير زروال / د. اندريه مربول.
(21) الدكتور المهدي بايس.
(22) محمد العربي بن عثمان ، قراءة في «أطروحة» سنديك التخليق، م.م.ق.س.ق. عدد 16 ص 241.

م. 90 → م. 97

007517-Ar

تجربة السلف الصالح في احياء «الفقه»

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007517
تاريخ 05/10/2015
جريدة

للمستشار علي الهاشمي

حينما يكون الامر بصدد حكم شرعي يرجح المحدث الفقيه على المحدث غير الفقيه.

ان كل من قدر له الوقوف على ما خلفه السلف الصالح لنا من كتب قيمة ورسائل ممتعة وجدل رائع يدرك ما بذلوه من جهد واصب لبلوغ الحق ودرء المناسد وتحقيق الصالح العام وانهاض المجتمع في مختلف ميادينه وكل من استطاع ان يمحص فقه المعاملات على وجه الخصوص يجد ان اصوله تقوم على قواعد كلية وهي التي تتخذ اساسا للأقضية والفتاوي وتأتي التقنيات مستهدة منها أحكامها وهذه القواعد التي أحكم الفقهاء ارساءها ونصت عليها مجلة الاحكام العدلية في فواعدها الكلية كانت ومازالت منارة للاهتداء تحقق العدل والانصاف والتيسير على الناس بما قررت من معطيات تصلح لمواجهة ما يعترض الناس من مشاكل او تحدث لهم من حاجات.

وكان كل فقيه لا يجد غضاضة ان يرجع عن رأيه اذا تبين له وجه الحق في غيره او تغيير العرف الذي استند اليه أو انتفت المصلحة التي استهدفها بادئ ذي بدء من غير ان يتهم بالزندقة او المروق ومن أجل ذلك انطوى اختلاف الفقهاء على ثروة ضخمة من المبادئ تصلح أساسا لان نتخذ منها درسا نستفيده ونهجا نتبعه وعبرة نعتبرها في البحث والاستقصاء.

وان احدهم كان يقول لا يحق لأحد أن يفتى بقولنا حتى يعلم من أين قلنا.

وكلنا يذكر ان الامام مالك رضي الله عنه لما استشاره الخليفة العباسي هارون الرشيد في ان يحمل الناس على ما في الموطأ منعه مالك من ذلك وقال له :

لقد تفرق أصحاب رسول الله في البلاد وصار عند كل قوم من الأحاديث ما ليس عند الآخرين.

ولم يقع الاختلاف في أمهات الأمور ولا في باب المعاملات أو الحدود فحسب بل تناول العبادات أيضا حتى السنن والنوافل أيضا : ونشير في هذا الصدد الى ما ذكره الفقهاء واستشهدوا به في ما روي عن أبي حنيفة في قول حديث رسول الله وذكروا بانه قد التقى مرة الامام الأوزاعي وهو فقيه الشام (وإذا أطلقت الشام أريد بها من طوروس للعريش) بالامام أبي حنيفة فقال له لماذا لا تكبرون عند الركوع وعند الرفع منه وقد روى لنا الزهري عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أن رسول الله كان يرفع يديه عند الركوع وعند الرفع منه فقال له أبو حنيفة ونحن قد روى لنا حماد عن ابراهيم النخعي عن الاسود عن علقمة عن ابن مسعود أن رسول الله كان يرفع يديه في تكبيرة الاحرام ولا يعود يرفع يديه بعد ذلك . فقال له الاوزاعي أقول لك روى لنا الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر وأنت تقول روي عن حماد عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن الاسود...

وكأنه يستحقر سلسلة أبي حنيفة بالقياس الى سلسلته هو - فرد عليه أبو حنيفة وقال له أن حمادا و ابراهيم كانا فقيهين على أن - الزهري الذي تروي حديثه كان محدثا فقط وحينما يكون الامر بصدد حكم شرعي يرجح المحدث الفقيه على المحدث غير الفقيه وقال له كذلك سالم بن عبد الله بن عمر الذي رويت حديثه عن طريق الزهري كان محدثا ولم يكن فقيها على حين أن علقمة والأسود و ابراهيم النخعي كانوا جميعا فقهاء ثم قال وعبد الله هو عبد الله أي ان عبد الله بن مسعود لا يمكن أن يشك في روايته . واستدل الفقهاء من هذه القصة أن أبا حنيفة يرجع للسبب في قلة حديثه انه كان شديد التحري في الأحاديث وكانت له مقاييس دقيقة حرص عليها ولهذا لجأ الى القياس وما القياس الا رجوع غير مباشر للكتاب الكريم والسنة النبوية.

وكان الامام الشافعي ينهي أصحابه عن تقليده.
وكان الامام أحمد بن حنبل يقول لصحبه لا تقلدوني ولا تقلدوا فلانا
وفلانا وخذوا من حيث أخذوا..

والعدل من صميم الشرع وهو جزء لا يتجزأ منه.. انه العدل المطلق يا أيها
الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين
والأقربين ولا يجبر منكم شنان قوم على أن لا تعدلوا.... وقد خاب من
حمل ظالما..

ويقول العلامة ابن القيم في اعلام الموقعين : ان الشريعة عدل كلها
ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن المصلحة
الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فهي ليست من الشريعة في شيء وان
ادخلت فيها بالتأويل وان الله لم يرسل رسله الا ليقوم الناس بالقسط فحيث
كانت المصلحة فتم شرع الله.

ويقول أيضا من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة فجعلوا الشريعة قاصرة
لا تقوم بمصالح الناس محتاجة الى غيرها وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة
من طرق الحق والعدل ومنهم من أسرفوا فسوغوا ما ينافس شرع الله وأحدثوا
شرا طويلا وفسادا عريضا.

بل ان كل من قدر له الوقوف على أقوال الفقهاء على تعدد مذاهبهم
واختلاف مدارسهم يجد أنهم اختلفوا اختلفا كبيرا ولم يروا حرجا ديانة ان
يقعوا في هذا الاختلاف.

انما هو رأي ارتأوه ومصلحة ابتغوها واستنتجا خلصوا اليه .

ولم يظهر هذا الاختلاف بين أهل السنة والشيعة وانما ظهر في مذاهب
السنة ومذاهب الشيعة والى أبعد من ذلك ظهرت آثار هذا الاختلاف الواضح
في كل مذهب من مذاهبهم وفي كل عصر من عصور الفقه. حتى صار من
الحطأ الجزم بان هذا قول المالكية أو الاحناف أو الشافعية أو الحنابلة أو

الجعفرية أو ما إلى ذلك ، لأننا نجد في فقهاء كل مدرسة من هذه المدارس أناسا ارتضوا رأي رجال المدرسة الأخرى ولم يلتزموا بما قرره أشياخهم وهم في ذلك لا يظنون عن عمى وإنما يتدارسون ويمحصون ويستقصون ثم يخلصون إلى ما يخلصون إليه من رأي مستتمل واستنتاج يطمئن إليه. ومن الخطأ الاصرار على تحديد موقف معين في شؤون المعاملات للمالكين أو الاحناف والشافعيين والحنابلة والجعفریین والظاهریین ومن اليهم.

وإذا كان قيام مثل هذه المذاهب في فترة من الزمن استدعتها ظروف خاصة فليس ذلك معناه أن نلتزم بما قالوه لا نعدوه ففي أصول فقهاء كنوز لا تغني من مذاهب القول وعناصر الخلود ومناهج البحث وان علينا ان ننتزع عن أنفسنا (عقدة التقليد الاعمى) وعندنا (من الكنوز ما أن مفاتحه لتنوء بالعصبة أولى القوة) وقد استطاع سلفنا الصالح رضوان الله عليهم أجمعين بما أوتي من بصيرة نافذة وبسطة في العلم أن يطبع على جبين الحضارة من تشريعه مياسم. جديدة مانزال بادية الاثر مشفوعة بالتقدير والاعجاب وما علينا الا ان نعيد النظر في الاصول التي اتخذها هذا السلف ونتعهدة بالعناية والرعاية بدون انقطاع بالاجتهاد المستمر في مواجهة ما يستجد من حاجات ومشاكل.

أليس الفقه الصحيح هو ما عرف به الامام علي بن ابي طالب كرم الله وجهه حيث قال (الا أنبئكم بالفقيه حق الفقيه من لم يقنط الناس من رحمة الله ولم يرخس لهم في حرمات الله ولم يؤمنهم من مكر الله..).

أما الوقوف عندما اصطالحوا على تسميته (بالمفتي به) فانه من صنع المتأخرين من العلماء - طيب الله ثراهم فقد أرادوا في زمانهم وضع حد للاضطراب في الاجتهاد والاختلاف في الفتاوي والتباين في الأفضية بعد ان استمحل الخطب وصار بتكلم من لم يكن يتكلم.

فاذا زالت هذه المحاذير وصحت الرواية والتثبت من أقول الفقهاء الثقات
وارتضاء المنطق السديد ما خالص اليه في أصل الشريعة ما يحول دون الأخذ
به واعتماده.

وإذا كان الائمة مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل وجعفر
الصادق شموسا ساطعة في سماء الفقه فان شموسا أخرى عرفها الفقه لا تغل
عنها أشعاعا ونورا - فابن حزم وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن تيمية
وابن القيم الجوزية والطوسي والكاساني والماوردي والاوزاعي وابن الهمام
وابن قدامة والحطاب والدردير وآخرون غيرهم لم يكونوا أقل فصاحة ومهارة
وقدرة على الاستقراء والتخريج والترجيح.

والآثار التي خلقها لنا هؤلاء الأعلام هي أمتع ما خلفه الفقه سواء أكان شريقيا
أم غربيا على امتداد العصور والازمنة ولا يستطيع محقق منصف أن يطالع
ما احتواه المغني والهدونة والام والمحلّى وبدائع الصانع والنيل والمبسوط
والمفتح بالتقدير إلا ويلمس لمس اليد من بسطة العلم وقوة الحجّة وذكاء الفؤاد
ودقة الملاحظة وخصوبة المنهج وبراعة الاستنباط ما يثير الدهشة والاعجاب.

والشيء الذي نريد أن نقرره ان هذه الشموس ليست وفقا على زهن ولا
مقتصرة على فئة فقد تكون الليالي حيايي بامثالها ومن الخطأ أن نرى في
الشموس التي ذكرناها كواكب اذا طلعت شمس من شموس الأولين لم يبدا
منهن كوكب.

والامر الذي لا أشك فيه ان ابن تيمية وابن القيم وابن قرامة ليسوا
للحنابلة وخدمهم ولا يجوز حصرهم في مذهب معين وابن رشد وخلييل ابن
أبي زيد والامام مالك وابن حزم ليسوا تبعاء لداوود والكساني ليس مقلداً
لأبي حنيفة والنووي ليس كاتباً للامام الشافعي والثوري والليث والاوزاعي
ومكحول والنخعي كلهم أئمة اعلام لم يتطفلوا على مؤائد الغير ولم يلجأوا
عقولهم عن التفكير وحسن الاستدلال .

ولنقرأ جميعاً قول الامامي الشاطبي فيما نصه : -

« كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات المشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح بيني عليه ويرجع اليه واذا كان الاصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به لان الأدلة لا يلزم ان تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها اليها ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي فانه وان لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي ، والاصل الكلي اذا كان قطعياً قد يساوي الاصل المعين وقد يربي عليه بحسب قوة الاصل المعين وضعفه وكذلك أصل الاستحسان على رأي مالك لان معناه تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ثم ان فقهاء لا يعرف التطبيقية وهذه التطبيقية التي فرضت عليه في فترة من الزمن وفي مذهب من المذاهب فهذا مجتهد مطلق وذلك مجتهد في المذهب وثالث مرجح ورابع مقلد وما الى ذلك انما فرضت تحوطاً وجاءت استثناء وهي ليست من أصل الشريعة في شيء وانما اقتضاها (تنظيم العمل الفقهي) في مرحلة من المراحل وفي فترة محددة من الزمن. وان الوقوف عندها أبداً من شأنه أن يبييت فقهاء التليد ويذهب وراؤه.

وهذا الامام أبو حنيفة وهو أوسع الفقهاء رأياً وتشبيهاً وقياساً أليس هو القائل : هذا رأينا فمن جاءنا باحسن منه قبلناه.

وهو في ذلك انما يطبق قول الله تعالى : فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله ورسوله أي كتاب الله وسنة نبيه.

وان التطبيقية الفقهيّة التي تحدثنا عنها فاذا كانت عند نشوئها ضرورة لا غنى عنها تجنباً لرأي شاذ أو قياس أو مصدر مشبوه فانها أصبحت في زمننا بعد هذا التطور الحضاري وتوفر الوسائل ليست بذات غناء.

وان أحوج ما نكون اليه في أيامنا هذه الى ما يمكن ان نصلح عليه
« بالفقه الموجه » لان توجيه الفقه معناه تجديد لفقهنا وجعله يواكب ما
تطرحة الحياة المعاصرة من احداث ومشاكل واختراعات واكتشفات ونوازل
من غير ان تضار قواعد شرعنا وأسسها وخاصة ونحن نجد فيما اختطه
لأنفسهم الاعلامنا (من السلف الصالح) مما ذكرناهما يقوي هذا المنهج ويشجع
عليه ويضمن لنا حضارة أصلية وكيانا مستقلا بارزا بين الأهم المتحضرة.

إن علينا ان نجد الوسائل لتؤتي هذه الدعوة أكلها الطيب ومن هذه
الوسائل ان نعني عناية خاصة في اعداد برامج التدريس في المعاهد
والكليات ذات الاهتمام الشرعي والقانوني وأمثالها من المعاهد الاخرى وان
يصار الى (تدريس الفقه دراسة مستحدثة) من شأنها أن تعيد له شبابه الذي
عرفناه ويثبت لنا تشريعا له أصالته واستقلاله يستمد لحمته وسداه من
تراثنا العظيم.

كما علينا ان نرتب موضوعات الفقه ترتيبا يسهل تناولها والافادة منها.
والعمل على اقامة مجمع علمي فقهي يضم طائفة مختارة من العلماء
الافذاذ من غير انتماء لسياسة معينة - بمعنى ان يكون مجمعا علميا حرا.
ومحولة ايجاد فئات في هذا المجمع لأن عصر التخصص في كل شيء
قد أزلنا ولم يعد في وسع عالم واحد أن يكون مجتهدا في شؤون الحياة
من عبادات ومعاملات وزكوات وحدود وما إليها.

ولا أغلوا اذا قلت بان ما تواجهه الشريعة لا يغني فيه ان نكون غياري
عليها وقديما قيل (انما يبكي على الحب النساء..) وانما الذي يفنيها حقاً
التفقه فيها ومعرفة اسرارها والقدرة على الاستنباط منها والا بقينا على ما
نعانيه وكان أمرنا فرطاً.

وأود في الحتام ان أؤكد ان ما نشهده من يقطعة عارمة ومن مد فكري
متزايد في كل بقعة من بقاع الشرق وما يهدف اليه من بعث التراث الفكري
الخالد ومواجهة الغزو الفكري الذي يتعرض اليه..

ان هذا كله يصبح زبدا ولا يمكث في الارض اذا لم نتعهده بما ينبغي
نا ان نتعهده به من جد متصل ونشاط خصب وقلب زكي وحكم راجح واعتدال
في الحكم وبراعة في التاويل وحسن فهم للنصوص.

حقيق الله لهذه التسريفة ما نحب لها من النجاح وارتفاع الذكر وبعد الصيت
في العالمين - والله يقول الحق وهو الهادي الى سواء السبيل. وصلى الله
وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هديه وتمسك
بسنته الى يوم الدين.

المستشار

السيد علي الهاشمي المستشار بديوان

الرئاسة أبوظبي



الرهن المغربي على الذات والرهن الاوروبي الموحد

الأستاذ موريس حمو « هوثق بالرباط »

مقدمة :

- (1) لقد دخل المغرب في مرحلة انتاج مكثف للسكن ذو التكلفة المنخفضة فطرح تطوّر هذا القطاع على المستوى القانوني مشاكل عدة سيما فيما يتعلق بارساء قواعد آلية رهن بسيطة وعملية وغير مكلفة تكون مكيّنة خصوصا مع قروض حيازة الملكية ومع خصوصية النظام العقاري في بلدنا (2).
- ونظرا لهذه الخصوصية أحدث المشرع سنة 1924 رهنا على الذات قابل للتحويل فقط لفائدة الصندوق المغربي للقروض العقارية الذي أصبح فيما بعد يعرف بالقروض العقاري والفندقي وهو الشركة الوحيدة المرخص لها بممارسة مثل هذا النشاط.
- 2 - في سنة 1968 ، تم الغاء هذا الشكل من الرهن نظرا لآليته المعقدة، وكان استحداثه يستهدف الغايات الثلاث التالية :
- * التوفيق بين مبادئ نظام عقاري يركز أساسا على الاثر الناشيء عن

(2) - استمد نظام التقييد العقاري المغربي كل مبادئ قانون تورانز (من ضمنها الاثر الناشيء وعدم الرجوع في تنقييدات السجل العقاري) الذي أنشأته سنة 1856 في استراليا من طرف شخص المسمى باسمه القانون.

التقييد والآثار المترتبة عن القانون الرضائي وخصوصا منها الاثر الكاشف للدعاية العقارية والاثر التبعي للرهن.

* اعطاء شركات القرض العقاري نفس الضمانات التي يخولها حلول الدائن في امتياز البائع وتلك المترتبة عن امتياز مقرض الاموال الذي أنشأ خصيصا لذلك ، فيما بعد في فرنسا ، بموجب قانون 26 يوليوز 1971 ، الفصل 47 - 1 منه المتعلق بقروض حيازة الملكية (3) التي لم يتعرض لها القانون العقاري المعمول به في بلادنا نظرا لطابعها الخفي.

* السماح بتحويل الديون الرهنية لفائدة الصندوق المغربي للقروض العقارية عن طريق خلق سندات رهنية.

3 - ونتيجة لذلك ، فان النظم العقارية تتميز عن بعضها البعض ، فمنها من اختارت الاثر الناشئ للتقييد (ألمانيا ، سويسرا ، الخ....) ومنها من اختارت الاثر الكاشف للدعاية (فرنسا ، بلجيكا ، الخ.....) (4).

● في الوقت الذي تبحث فيه السوق الاوروبية المشتركة على اداة رهنية موحدة تجمع بين الحساسيات القانونية لكل الدول الاعضاء ، يتعين علينا ان نتساءل فيما اذا كان جعل آلية هذا النوع من الرهون أكثر مرونة سيمكن من ايجاد حل للمشاكل (1) كتلك التي تترتب عن تطور القطاع العقاري في المغرب ، وفيما اذا كانت هذه الآلية في شكلها الجيد تستطيع أن تكون قاعدة دراسة لما أصبح يعرف بالرهن الاوروبي الموحد (2)

1 - البحث عن آلية رهن مكيفة مع القروض لاجل حيازة الملكية :

4 - يكتسي هذا المشكل في المغرب طابعا محليا بالاساس وسيتمكن حله من ايجاد حل للنزاع القائم بين غرفة الموثقين ومؤسسات القرض بشأن منح قروض لحيازة الملكية.

(3) - راجع مدونة القانون المدني ، فصل 2103.

(4) - يمكن كذلك في المغرب القيام بالتقييدات في السجلات العقارية بموجب عقد عرفي.

وسنرى في الفقرات التالية كيف نشأ هذا النزاع (أ) وما هي الحلول التي يمكن ان تضع له حدا (ب) وما هو الحل الذي نقترحه (ج).

أ - نشأة النزاع بين غرفة الموثقين والمصارف :

5 - عندما شرع في العمل بفرض لحيازة ملكية مسكن على الخصوص ، كان من الطبيعي أن تعتمد المؤسسات المقرضة المصرفية منها وغير المصرفية على تقييد الرهن لضمان دينها ، وكان من حق البائع أن يطمح في الحصول على المبلغ الذي يموله جزئيا هذا القرض. اما فيما يخص المشتري فانه لا يختار العقد الموثق الا لايمانه بان حيازته ستقيد في السجلات العقارية.

6 - ولا يمكن بلوغ هذا الهدف المزدوج ما لم يتم دفع مبلغ القرض بين يدي الموثق ، وما لم تظهر عراقيل بعد توقيع عقد الشراء تحول دون انجاز اجراءات تقييد الشراء والرهن.

وبترك النظام العقاري في بلدنا شكوكا بخصوص انجاز هذا الاجراء ما دام لم ينص على نظام بسيط وغير مكلف لحماية الدائن والبائع والمشتري.

7 - وفيما يخص الدائنين ، أي المؤسسات المصرفية وغير المصرفية المقرضة ، فانهم كانوا دائما يكتمون رفضهم لدفع مبلغ القرض لحيازة الملكية بين يدي الموثق مفضلين اما المحافظة على الاموال المقرضة الي غاية تقييد عقد الشراء والرهن ، واما عدم التدخل ما لم تتم الحيازة التي لن تعطي مخالصة عنها في هذه الحالة الا في حدود المبلغ المدفوع للبائع ، أي حدود الحصة التي أتى بها المشتري شخصيا.

وفيما يخص البائعين ولا سيما المستثمرين العقاريين منهم - فانهم عادة ما لا يقبلون التوقيع على العقد ما لم يتم دفع مبلغ القرض لأجل حيازة الملكية بين يدي الموثق.

8 - لادانة ممارسة المؤسسات المصرفية التي تقترب عنها نظرا لطبيعتها ، مسؤولية بالنسبة للموثق ، منعت غرفة الموثقين بموجب قرار

بتاريخ 14 مارس 1986 أعضاءها من استلام عقود لحيازة الملكية تستدعي قروضا لم يتم دفعها مسبقا في صناديقهم.

ومنذ ذلك الحين توصلت غرفة الموثقين واللجنة الممثلة للمصارف الى حل هش ، حيث توصي هذه الاخيرة اعضاءها بدفع القروض الممنوحة بين يدي الموثقين ، الا ان هذه التوصية بقيت دائما حبرا على ورق ولازالت المصارف تبدي عدم استعدادها في هذا الصدد ، ولن يسمح الا اجراء تشريعي يهدف الى حماية كل الاطراف المعنية ، بايجاد حل للمشكل.

ب - وسائل الحماية المتوفرة.

9 - قمنا بجدد خمسة وسائل للحماية ، نذكر منها تلك المعتمدة في الأنظمة العقارية الاجنبية كل حسب خصوصياته :

- امتياز مقرض الاموال (فرنسا) ؛
- التغطية بواسطة التامين (كاليفورنيا) ؛
- الرهن المؤجل (المغرب) ؛
- الرهن على الذات (ألمانيا ، سويسرا والمغرب ما بين 1924 و 1968)
- التقييد الاحتياطي (المغرب ، ألمانيا ، سويسرا).

1 امتياز مقرض الاموال :

10 - قبل انشائه من طرف القانون الفرنسي في 16 يوليوز 1941 في في فصله الرابع ثم تدوينه بعدها في الفصل 2103 الفقرة الثانية من القانون المدني ، أسست الممارسة التوثيقية في فرنسا نظاما لحماية القروض المخصصة لتمويل حيازة الملكية عن طريق استعمال حلول المقرض التقليدية المعروفة (5) من طرف البائع في الامتياز الممنوح له بمقتضى الفصل 2103 ، الفقرة الاولى ، من القانون المدني وكانت هذه الآلية تسمح للموثق بان يدفع البائع عند التوقيع على عقد البيع الثمن الممول بواسطة قرض.

(5) ارجع الى القانون المدني ، الفصل 1250.

ولكي يتعرف الموثق على الحالة الرهنية التي يوجد عليها العقار موضوع البيع ، كان يتعين عليه طلب الحصول على شهادة عن حالة العقار (6) قبل إبرام البيع ، وحماية نفسه من الآثار القانونية التي ستترتب فيما بعد بواسطة تأمين مهني.

وكان الامتياز يصبح ساريا ، اعتبارا من تاريخ إبرام عقد البيع والقرض شريطة ان يتم تقييده في الأجل المحدد.

11 - وأستغني تدريجيا على هذه التقنية المهنية التوثيقية التي تم استحداثها لسد الفراغ القانوني فيما يتعلق بحماية القروض الموجهة لحيازة العقارات، منذ ان تم بمقتضى قانون 16 يوليوز 1971 (7) احداث أداة رهنية تتكيف بالخصوص مع قروض حيازة الملكية تحمل اسم امتياز مقرض الاموال والتي يخضع تطبيقها وآثارها لنفس القواعد التي يخضع لها امتياز البائع مع تبسيط في تقنياتها عن طريق استثناء الحلول التقليدية .

2 - تأمين رسم الملكية وتأمين المسؤولية المهنية :

12 - يمكن للاخطار الناجمة عن حث يمكن ان يعرقل تقييد عقد قرض لحيازة الملكية ان تكون موضوعا لعقدة تأمين.

ويمكن لوثيقة التأمين هذه ان تهتم كل عملية على حدة كما هو الحال في كاليفورنيا بعد الغاء قانون نوفمبر 1951 لقانون تورنز ، او ان تكون عامة كما هو الشأن في فرنسا بالنسبة لمسؤولية الموثقين المهنية (8).

(6) - على خلاف شهادة تثبت القيام باجراء التقييد تسلم عند القيام باجراء بتقييد عقاري.

(7) - ارجع الى القانون المدني ، الفصل 2 - 2103.

(8) - كما نرى فان هذه الضمانة تضاف الى تلك التي يخولها مبدأ رجعية مرتبة تقييد امتياز البائع أو قرض الاموال لاجل حيازة العقارات. وتغطي بالخصوص الآثار التي يمكن ان تترتب عن الحقوق أو المصاريف التي يمكن ان تثقل العقار الباع.

3 - التقييد الاحتياطي .

13 - يهـم التقييد الاحتياطي تقييدا سيتم فيما بعد ، وثمة ثلاثة اشكال من التقييد الاحتياطي بالمغرب .

- عشرة أيام يمنحها المحافظ
- ستة اشهر يمنحها امر صادر عن رئيس محكمة
- مدة يرتبط طولها بمحكمة من المحاكم .

4 - الرهن المؤجل :

14 - يعتبر الرهن المؤجل النقل الخفي التقليدي الوحيد الذي سمح به نظامنا العقاري ، الا ان مدته محددة في ثلاثة أشهر ، ويتعين على المحافظ بعدها الاعلان عنه عن طريق تقييده .

5 - الرهن على الذات :

أ - نشأته :

15 - أخذ هذا الشكل من الرهن عن الدين العقاري الالمانى وعن سند الرهن المعمول به في سويسرا ، وشرع في العمل به في المغرب بمقتضى ظهير 29 ربيع 1343 (19 أكتوبر 1924) المحدث لاشكال جديدة من القرض تتم عبر صندوق القروض العقارية .

ب - التقييد الاحادي في سنة 1924 :

16 - كان لا يتطلب عند نشأته سوى تقييدا واحدا في السجلات العقارية يهـم تقييد الرهن على الذات ، على عكس عمود القرض والسندات الرهنية المظهرة (9) التي كانت معفاة من الدعاية ، ولقد جاء هذا الشكل من الرهن نتيجة للفصلين 8،9 من الظهير السابق الذكر واللذين نصا على ما يلي :

(9) - شهادة يسلمها المحافظ .

الفصل 8 :

- بإمكان مالك يصطحب معه «وثيقة الخبرة» ، ان يتقدم الى محافظة الجهة التي يوجد بها العقار بطلب تقييد رهني باسمه بحدود 57,5% من مجموع المبلغ المقدر والذي سيضمن مبلغ القرض وفوائده ومصاريفه. وفي المقابل ، سيحصل على شهادة تقييد رهني في اسمه قابلة للتظهير بأكملها او باقساط متوالية تساوي خمس مبلغ التقييد وقابلة للتحقيق لدى صندوق القروض العقارية وفقا للشروط المحددة في الباب الثالث أدناه.

الفصل 9

- خروجاً على مبادئ المسطرة المنصوص عليها في الفصل 65 وما يليه من الظهير المتعلق بالتسجيلات العقارية ، سوف لن تتم الاشارة الى تظهير الشهادة في السجلات العقارية وسيطبق الشيء نفسه على العقود المبرمة بين الصندوق المغربي للقروض العقارية والمالك للحصول على قرض.

الا ان شطب هذا الرهن كان يخضع منذ البداية الى اجراء مزدوج بموجب الفصل 10 من الظهير السابق الذكر الذي ينص على :

الفصل 10 :

- سيكون الانخراط في الصندوق المغربي للقروض العقارية ضروريا لكي يتم شطب الرهن المشار اليه في السجل العقاري باسم المالك وللاشارة في السجل الى كل التصرفات التي تهم العقار طيلة مدة الرهن وتتطلب تدخل الدائنين المقننين.

ج - العودة الى العمل بالتقييد المزدوج في سنة 1962 :

16 - تمت العودة الى العمل بهذا الأسلوب بمقتضى ظهير 9 جمادى 1
1344 (25 نونبر 1925) واستمر الحال كذلك الى غاية صدور ظهير 7 جمادى 2

1382 (5 نونبر 1962) الذي أعاد تكريس العمل بالإشارة إلى عقود القرض العقاري في السجلات العقارية بموجب فصله 6 الذي ينص على ما يلي :
الفصل 6 :

- تسلم العقود التي تتعلق بالسلف والقرض المقدم من طرف القرض العقاري المرخص له لذلك الغرض، خلال الثلاثة أشهر عن توقيعها، إلى محافظ الإملاك العقارية الذي يقيد الرهن ويسلم شهادة بذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتسجيل.

د - الغاء الرهن على الذات سنة 1968 :

18 - حذف هذا الشكل من الرهن ضميا بموجب المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552 - 67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) والمتعلق بالقروض العقارية والبناء.

وتشير مذكرة تقديم هذا الظهير إلى أنه لم يتم الاحتفاظ بالمقتضيات القديمة الخاصة بتسليم شهادة الخبرة (الفصل 2 وما يليه سابقا) ، فلقد اتضح بانها تثقل بدون فائدة مسطرة تقييد الرهن.

19 - ولقد بدت آلية هذا الرهن معقدة بالفعل سواء على مستوى نشأتها أو على مستوى شطبها.

فعلى مستوى نشأته ، كانت ثمة عمليتان مختلفتان ينشأ بموجبها التقييد في وثيقة الخبرة ويليه بعدها تقييد عقد القرض.

أما شطبها ، فكان هو الآخر يستلزم الاجراءات التالية :

شطب الرهن من طرف المالك المقيد ، ثم انضمام القرض العقاري والفندقي إلى رفع اليد على الرهن.

غير ان كل عملية حيازة ، أصبحت حاليا تستدعي خمسة تقييدات على الاقل تهم على التوالي مصلحة الرسم العقاري وتقييد البيع ، وتقييد رهن حيازة الملكية ، والتوصل الى تطابق يتناسب مع البنائيات التي تم تشييدها فوق الارضية ، ورفع التقييد على الرهن

20 - في انتظار اصلاح النظام العقاري الذي تم احداثه ابان الاستعمار للعمل به في اقتصاد قروي بالخصوص والذي أثبت عن عدم ملائمته للانتاج المكثف للسكن ، فان المشرع انه بالغاء الرهن على الذات سنة 1968 سيمكن، في هذا الباب من توفير عناء اجرائيين اثنين ، الا ان الغاء هذا الشكل من الرهن من جهة وتطور البناء منذ ذلك الحين من جهة اخرى اثارا مشاكل عديدة.

هـ - مشاكل الرهن المرتبطة بتطور البناء والغاء الرهن على الذات :

21 - تتجلى مصرفية القرض الرهنى في المغرب على مستوى مشاكل التمويل واعادة تمويل بناء السكن التي تتهت دراستهما في فرنسا سنة 1965 في مقرر لوزان (10).

وتهدف آخر الاجراءات التي اتخذت في هذا الصدد في اطار القانون المالي لسنة 1986 ، الى اعطاء صفة مصرف ايداع للقرض العقاري والفندقي وللبنك الوطني للتنمية الاقتصادية من جهة ، والى تمكين المصارف الابتدائية من الرفع من نسبة تمويلها للسكن من 4 الى 6% من مجموع مبالغ ايداعاتها من جهة اخرى.

لكن كلنا يعلم بأن المصارف لا تستعمل الا جزئيا حقها في منح قروض

(10) - حرر هذا التقرير الذي يحمل اسم محافظ القرض العقاري بمناسبة الاعمال التمهيدية حول تمويل السكن في المخطط الفرنسي الخامس ، وبسبب قدمه فانه لا يندرج لا في مراجع المصرف المركزي الفرنسي ولا في مراجع العقاري الفرنسي. لكن تمت الاشارة الى هذا التقرير في هوجاس 'داسين في تمويل السكن في فرنسا الوثائق الفرنسية سنة 1985.

مباشرة تخصص للسكن ، اذ انها تفضل استعمال هذه الحصة من ايداعائها للاكتتاب في السندات التي يصدرها القرض العقاري والفندقي (11).

22 - باستثناء نظام القرض الشعبي الموكل له من طرف القرض العقاري، والفندقي، يظل تدخل المصارف الابتدائية لتمويل السكن جد محدود، وأخذت هذه الاخيرة بسبب الضمانات التي تجدها في العقد الموثق تجنح أقل فأقل الى العقد العرفي عن طريق تكليف الموثقين بتحرير عقود القرض لحيازة الملكية. ويترتب عن ذلك ان أغلب القروض من هذا النوع ينفرد بمنحها أساسا، القرض العقاري والفندقي والقرض الشعبي ووكيله من حين لآخر.

23 - وبالتالي فان المشرع لدى الغائه للرهن على الذات في 1968 ، حرم القرض العقاري والفندقي من الحماية التي كان يتمتع بها فيما يخص الآثار التي يمكن أن تنتج عن حدث يقف أمام التيام باجراء التقييد في السجلات العقارية.

عندما يكون القرض مخصصا للبناء ويكون المقترض مالكا للعقار المضروب بالرهن ، لا يعطي القرض العقاري والفندقي أمره بدفع القرض الا بعد تقييد الرهن في السجلات العقارية.

24 - وحينما يتعلق الامر بقرض لحيازة الملكية يكون المستفيد هو البائع نفسه ، لا يصرف هذا القرض الا بعد القيام بنفس الاجراء.

بالنسبة للحالة الاخيرة ، اوجد القرض العقاري والفندقي عقدا عرفيا للبيع والقرض يوقعه الطرفان ، وذلك رغبة منه في حماية نفسه من كل الشكوك التي يمكن ان تطال تقييد عقد القرض الرهني بعد حيازة المقترض لمسكن. ولا يهدف هذا العقد الذي هو عبارة عن عقد بيع وعقد قرض تم دمجهما في عقد واحد الى احدث آثار قانونية غير تلك التي يحدثها كل من العقدين ، كحلول القرض اللاغي المخول للبائع ، المعمول به في فرنسا الى

(11) - يبدو ان هذا الموقف يجد تبريرا له في صعوبة ومصاريف تسيير هذه القروض التي تفوق إمكانية تدخل اللجنة.

حين تعويض هذا الاجراء الذي كان ينطبق كذلك على امتياز البائع ، بامتياز مقرض الاموال سنة 1971.

25 - ومنذ ذلك الحين اُبانَت هذه الممارسة عن شوائب عديدة اذ انها :
- تترك مشاكل الضمانة المرتبطة بالتقييد الرهني الذي سنتم كما هي تماما بدون حل.

- تحمل القرض العقاري والفندقي مسؤولية ترفض مؤسسات القرض تحملها في مثل هذه الحالات ، ويمكن ان يشكك في هذه المسؤولية في حالة نشوء نزاع بسبب عيب في عقد البيع.

- وأخيرا تضر بتطور العقد الموثق ، وتصادف في هذا الصدد بأنه نتيجة لسوء سير النظام العقاري في بلادنا سيما ممارسة العقد العرفي ، شرعت كل المؤسسات المختصة في العمل بالعقد الموثق لمعالجة العمليات العقارية على خلاف القرض العقاري والفندقي الذي لازال يعرض على الاطراف عقد بيع وقرض عرفي يعرف « بالعقد الثلاثي » ، الامر الذي يجعل الموثقين يتخلون على برامج البناء التي تمت دراستها في مكاتبهم ويتخلون حتى على عمليات حيازة الملكية التي تكون موضوع عقد أولي يتم تحريره بموجب عقود موثقة تقدم للقرض العقاري والفندقي لدعم طلب القرض والتي تنص على ان البيع يجب ان يتم على يد الموثق محرر ذلك العقد.

ج - تقييم لمختلف هذه الادوات :

26 - يجب اولا معرفة الشروط التي يلزم توفرها في اداة رهنية او عقارية لمعرفة مدى قدرتها على حماية جميع الاطراف سواء تعلق الامر بعملية قرض رهنى لاجل البناء او عملية قرض رهنى لحيازة الملكية.

27 - فيما يخص القروض لأجل البناء ، ما دام المقترض هو مالك العقار موضوع الرهن ، فان الصفات التي يتعين توفرها في أداة رهنية ستكون كالتالي :

- أن تحمي مرتبة الرهن الذي يضمن القرض

- ان يتقبلها نظامنا العقاري
- الا تستدعي اجراءات عديدة في السجلات العقارية.
- ان تسمح بنقل الدين.

28 - اما فيما يخص قروض الملكية ، فيجب ان تضاف الى هذه الصفات التي تستهدف حماية تقييد البيع الذي سيبرم دون ضرورة اللجوء الى الفناء كما هو الحال في المغرب بالنسبة للتقييد الاحتياطي الذي تفوق مدته عشرة أيام.

لنرى فيما اذا كانت ادوات الحماية المدروسة أسفله تستجيب الى هذه الانشغالات.

أ - امتياز مقرض الاموال :

الهزاييسا :

29 - انه يضمن رجعيا مرتبة رهن القرض لحيازة الملكية ، وبالتالي فانه لا يستدعي سوى اجراء واحد يتعلق في نفس الوقت باعلان البيع وتقييد الامتياز.

فضلا على ذلك ، فان سقوط الرهن بالخصوص في فرنسا ، يؤدي عموما الى توفير عناء اجراء (رفع قيد الرهن) وتقييده في مصلحة الرهون.

ب - السلبيات

30 - لن يقبله نظام السجلات العقارية (ألمانيا ، سويسرا ، المغرب ومقاطعات لاموزيل والراين الاسفل (12) لان نقله ليس مرنا ما دام يستلزم

(12) - في هذه المقاطعات لا يكون امتياز مقرض الاموال قابلا للتعرض له في الفترة ما قبل التقييد الا من طرف الدائنين العاديين : بالفعل ، فيموجب مبدأ الاثر الناشئ عن التقييد في السجلات العقارية ، فان هذا الامتياز يصبح مجرد رهن يصبح قائما اعتبارا من تاريخ تقييده (مراجع 11 قانون 1 يونيو 1924 ، في فصله 47 الذي يتحكم في الحقوق على العقارات التي تقع في مقاطعات الراين الأعلى والاسفل ولاموزيل بالاضافة الى الظهير 4 يناير 1955 في فصله 52 المتعلق باصلاح الدعاية العقارية).

نسخة باسم حاملها أو نسخة اسمية يسلمها الموثقون ، ولاتهم آثاره سوى حماية مقرض الاموال دون المشتري.

وما الذي يحصل في الواقع عندما يطرأ طارئ يمكن ان ينزع يد المشتري كلياً او جزئياً بعد دفع الموثق لمبلغ القرض عند توقيع عقد البيع والقرض وقبل القيام بالدعاية العقارية أو تقييد البيع ؟

في هذه الحالة يجب أن تكون مسؤولية الموثق موضوعاً للتغطية بواسطة تأمين (13).

2 - التأمين على رسم الملكية والمسؤولية المهنية :

أ - المزايا :

31 - تتطلب تقييد أو إجراء واحداً يكون متزامناً مع الدعاية العقارية

ب - السلبيات :

32 - عندما يؤمن على كل عملية على حدة ، فإن ذلك قد يشكك في مبادئ قانون تورير ، كما هو الحال في كاليفورنيا ، عن طريق ضمان حماية تنبني لا على مبدأ عدم الرجوع في التقييد ولكن على تعويض الاخطار التي يمكن أن تكثف نظام الدعاية العقارية الذي يعتمد على الاثر الكاشف لا المؤسس للحقوق والالتزامات ، اضافة الى ذلك فان تكلفة هذا التأمين تنضاف الى مصاريف الدعاية العقارية.

وعلى كل حال ، فان التأمين العام على مسؤولية الموثقين ضروري

(13) - راجع الوسائل الدورية الصادرة عن المجلس الأعلى للموثقين في فرنسا بتاريخ 2 فبراير و 5 ماي 1972 والتي تذكر الموثقين بالاحتياطات التي يتعين عليهم إتخاذها لتغطية أنفسهم بعقد تأمين مهني في حالة حدوث طارئ.

لممارستهم لمهامهم ويترك غيابه في النظام المغربي فراغا محسوسا (14).
ولا تنقص بطبيعة الحال ، المقتضيات المفروضة على الموثق الفرنسي
لكي يستفيد من هذه التغطية في شيء من مسؤوليته (15) ، وتحمله مساهمة
بنسبة 10% من الثمن المدفوع في حالة حدوث طارئ (16).

3 - الرهن المؤجل :

33 يتعلق الامر بأداة رهنية لم يتطور استعمالها منذ احداثها والتي
توقف العمل بها تقريبا. وكانت هذه الاداة تستهدف توفير عناء تقييد القروض
قصيرة الاجل (اقل من ثلاثة أشهر) في السجلات العقارية. ويمكن ان تكون
صالحة بالنسبة لقروض «إبدال» تتم بين مصرف ابتدائي وهؤسسة للقرض
العقاري شريطة ان تمنح هذه القروض للمالك المقيد مباشرة.

وبالتالي ، فان هذه الاداة لا تستطيع حماية كل الاطراف في حيازة يتم
تمويلها بواسطة قرض لحيازة الملكية.

4 - الرهن على الذات :

أ - المزايا :

34 - يعتبر الرهن على الذات اداة مكيفة بالخصوص مع القروض لحيازة
الملكية. ويخلف هذا النوع ن الرهن نفس الآثار التي يتركها امتياز مقرض
الاموال، اذ يضمن رجعيًا مرتبة دين سيأتي لاحقا، كما يسمح هذا الرهن بعملية
نقل مرنة للدين.

ويمكن ان تتقبله أنظمة الدعاية الشخصية حيث يحافظ الرهن على اثر

(14) - لا يشمل بالفعل صندوق ضمان الموثقين المغربية مسؤولية الموثق الشخصية ، ولا
يتدخل لتغطية الاغاث الا في حالة عدم قدرة الموثق على الوفاء بما عليه.

(15) - انظر الدليل الوزاري لـ 8 دجنبر 1980 : كريدون ، ياريس 1981 ص. 17

(16) - انظر الرسالة الدورية الصادرة عن المجلس الاعلى للموثقين بتاريخ 4 فبراير 1981.

تابع ، شريطة ان يحتفظ بعملية نقله الاولى لفائدة مؤسسة قرض مع الاشارة الى ذلك في السجل العقاري او في مصلحة الرهون لجعله قابلا للتعرض له من طرف الغير. ويتعين اعفاء تظهير لاحق من كل دعاية عقارية اذا كان هذا التظهير لفائدة مؤسسة للقرض كذلك.

ويجب بالفعل ان نلاحظ ان اعادة التمويل من طرف مؤسسات القرض العقاري ، سيما في السوق الرهنى (17) عن طريق بيع ديونها الرهنية ، يتم بمجرد تقديم كشف للرسوم من دون حاجة الى تظهير او دعاية عقارية.

ب - السلبيات :

35 - يمكن ان يكون أداة خطيرة (18) ما لم يرخس تظهير السند فقط للمؤسسات المصرفية وغير المصرفية وما لم تعين نشأته وتظهيره الاول بواسطة عقد موثق ، وربما يكون خطر الانحراف هذا هو السبب الرئيسي وراء الغاء فرنسا للرهن على الذات الذي تم احداثه بمقتضى قانون 27 يونيو 1795.

ويتطلب الرهن على الذات فيما يخص قرض حيازة الملكية تقديداً متتاليان : تقبيد ورقة الخبرة (18 مكرر) او العقد المؤسس (19) ، وتقبيد عقد البيع افتراضاً ان تقبيد النقل لازال متوأمًا مع تقبيد عقد البيع الذي

(17) راجع القرض الرهنى في المجموعة الأوروبية ، الناشر : لفدرالية الرهينة لدى المجموعة الأوروبية المشتركة ، ص 192 ، رقم 313.

(18) - ج. مارتى وب : راينود ، القانون المدني : الحماية ، الدعاية العقارية ، الجزء 3 ، المجلد 1 ، سيرى ، س 88 رقم 148.

(18) - مكرر) راجع رقم 16 اعلاه.

(19) - راجع الدراسة المقارنة لسند الرهن السويسرى والدين العقازى الالمانى : تقزيز الوفد الالمانى (غشت 1987) امام لجنة الشؤون الأوروبية ، قسم السوق المشتركة للاتحاد الدولى للموثقين ، ص 3 ، رقم 4.

يمكن ان يترتب عنه هذا النقل (20). ولا يحمي هذا النوع من الرهن الا الدائن فقط ، لا المشتري الحائز على الملكية ولا الموثق محرر عقد البيع والقرض.

5) التقييد الاحتياطي :

36 - فيما يخص القرض المخصص للبناء أو القرض الرهنسي ، فان الرهن على الذات يفي كلية بالغرض المطلوب ، اذ يضمن حماية الدائن والمتنازل لهم من طرفه بالاضافة الى الموثق.

اما في حالة القرض لاجل حيازة الملكية ، فيجب حماية المشتري هو الآخر ، ولا يمكن أن يكون هذا الاخير موضوعا للحماية الا بعد حصول دعاية مسبقة (نظام الاثر الكاشف) او تقييد العقد الاولي للحيازة.

37 - هل تحب بالتالي الزيادة من تعقيد آلية الرهن على الذات لدلوع هذه الحماية المزدوجة ؟

نظن انه من الواجب احداث اداة خاصة تكون مقبولة من طرف كل الانظمة العقارية كيفما كانت حساسيتها القانونية.

ويمكن ان تكون هذه الاداة في نظرنا مزجا بين الرهن على الذات والتقييد الاحتياطي (21) الذي استمده المغرب من القانون الالماني منذ سنة 1912 باشكاله الثلاثة الهبينة أدناه والتي لا تصلح أية منها حاليا لحماية العقد الاولي من دون ردع قضائي.

38 - يجب ان يتم التقييد الاحتياطي كما هو الحال في المانيا بمجرد تقديم الموثق لمطلب في ذلك الشأن كدعم لعقد بيع اولي. وعلى خلاف ما يحصل في المانيا حيث يتميز التقييد الاحتياطي بمحدوديته ، يجب تغيير

(20) - تعد الإشارة الى النقل الاول في السجل العقاري إجبارية في سويسرا : راجع الدراماة المشار اليها اعلاه في 19 ص. 7 ، رقم 14. أما في المغرب ، فان هذا التقييد يمكن أن يتوأم مع تقييد عقد البيع الذي يجب أن يتضمن نقل السند وشروط سداد الدين اي سداد قرض حيازة الملكية.

(21) - يحمل التقييد الاحتياطي في المانيا اسم فورمكونغ.

هذه المدة بأخرى أقل تكفي لإنشاء القرض للحيلولة دون الاطراف ، فقط على الحماية التي يضمنها التقييد الاحتياطي.

39 - اذا ما احدثنا اداة وحيدة انطلاقا من الاداتين ، نظن بان حماية كل الاطراف في عملية حيازة الملكية ستكون مضمونة وناجحة. ومن تم يمكننا ان نشرع في التفكير في جدول للمشروع في العمل بهذه الاداة المدججة، وتبيان مزاياها وسلبياتها.

أ - الجدولة الزمنية :

40 - ت - 1 - تحرير عقد بيع أولي يحتوي على تصريح المشتري عن نيته في تمويل جزء من الثمن او كله ، واقامة رهن على الذات اذا كان مبلغ القرض معروفا في ذلك التاريخ.

- ت - 2 - تسجيل تقييد رهن احتياطي على الذات لدعم عقد البيع الأولي بطلب من الموثق.

- ت - 3 - تسليم شهادة من طرف المحافظ يمكن ان تحرر في المغرب كالتالي :

يشهد محافظ الاملاك العقارية بان الملك المسمى «الرياضي» المقيد في الرسم العقاري تحت رقم 3/98.659 والذي يشتمل على :

والذي يوجد في ملك السيد....

والذي تبلغ مساحته....

ليس مضروبا الى يومه بأي حق عيني او رهن باستثناء تقييد احتياطي لحيازة الملكية بتاريخ... (ايداع رقم...، مجلد رقم : ...) بموجب عقد بيع أولي حرره الأستاذ... الموثق بتاريخ... ويقطع فيه السيد... وعدا بالبيع الى السيد... ويضم وعدا بانشاء رهن (او انشاء رهن على الذات) الى حدود... درهم يكون تابلا للنقل لفائدة مؤسسة مصرفية او غير مصرفية مرخص لها.

بان هذا التقييد سيتم شطبه تلقائيا بعد أجل مدته 6 اشهر في حالة عدم تقييد عقد البيع وانشاء الرهن (او نقل الرهن لفائدة الذات) (22) خلال هذا الاجل.

الرباط في

- ت 4 - ارسال الشهادة الى المصرف
- ت 5 - استلام مبلغ القرض من طرف الموثق
- ت 6 - تحرير عقد البيع وانشاء الرهن او نقل الرهن لفائدة الذات في عقد واحد.

- ت 7 - الدعاية العقارية او تمييد الكل في السجلات العقارية.

- ت 8 - تسليم سند الرهن من طرف المحافظ

- 41 - والمشكل المطروح هو معرفة ما اذا وجب القيام بانشاء الرهن في
- ت - 1 - او ت - 5، وفيما اذا أمكن في هذه الحالة تسليم سند الرهن في ت 2.

يتعين في نظرنا اعتبار امكانيتين اثنتين ، سنرى فيما بعد لدى دراستنا للرهن الاوربي الموحد المزايا التي يمكن أن يقدمها الخيار الثاني خصوصا بالنسبة لقروض حيازة الملكية التي تتم بين دول السوق الاوروبية المشتركة.

ب - التقييم :

- 42 - المزايا : الامان شبه المطلق بالنسبة لكل الاطراف بالاضافة الى الوثوق ، والتقليص من الحوادث المهنية ، وبالتالي التخفيض من تكاليف تأمين المسؤولية بالنسبة للموثقين.

(22) - بطبيعة الحال ، فان الاشارات الواردة في 1 و 2 لا يمكن أن تكون موضوعا لشهادة يسلمها محافظ نظام عقاري يركز حق الملكية فيه على مبدأ الشفعة.

43 - السليبيات : التقييد المزوج بالنسبة للانظمة التي تعتمد التسجيل العيني، اي التقييد الذي سيتم بموجب وعد البيع والتقييد الذي سيتم بموجب عقد البيع ، اما بخصوص الانظمة ذات التسجيل الشخصي ، فثمة دعاية عقارية مزدوجة تشمل الدعاية التي تتعلق بوعد البيع والتي تعد اختيارية حاليا والدعاية الخاصة بالبيع لدى حصوله ، بالاضافة الى حافظتي تقييد : الحافظة التي تهتم الرهن على الذات لدى انشائه والحافظة المتعلقة بنقله.

6 الحل المقترح :

44 - لا تأتي دراستنا فيما يخص الرهن على الذات باي جديد باستثناء الحد من قابلية النقل لفائدة مؤسسات القرض بالمقارنة مع الدين العقاري الالمانى والسند السويسري. هذا ولقد اعتمد الدين العقاري في المغرب اعتبارا من سنة 1924 وتم تعويضه بالسند السويسري عقب الشروع في العمل بتقييد عقد القرض (22 مكرر) حسب نفس القيود فيما يتعلق بعملية نقله.

وفيما يتعلق برهن من اجل حيازة الملكية ، تقتصر دراستنا على اقتراح دمج للرهن على الذات وللتقييد الاحتياطي بهدف حماية كل من المشتري والموثق.

45 - وهكذا فان نجاعة هذه الاداة تكمن في الشروع في العمل بها ، بالفعل فان ما كان يتقل الرهن على الذات هو خبرة الملكية وتمييد المرة التي تعين ذلك الاجراء (23).

بالاضافة الى ذلك كان يحتفظ بالرهن فقط لفائدة الصندوق المغربي للقروض العقارية.

(22) - مكرر انظر رقم 17 اعلاه.

(23) - انظر رقم 16 اعلاه

46 - التعديلات التي يجب ادخالها على نص ظهير 5 نونبر 1962 الذي أصبح لاغيا حاليا ، حتى يستطيع هذا النوع من الرهن ان يفي باغراض أصبحت ضرورية بسبب تطور البناء والاستثمار العقاري هي كالتالي .

* الغاء ورقة الخبرة

*توسيع نطاق النقل لكي يشمل كل مؤسسات القرض

* تمديد فترة التقييد الاحتياطي من 10 أيام الى ستة اشهر

* الغاء التقييد الاحتياطي بموجب قرار (24) . بهذه الصورة سنحصل على اداة مركبة ووظيفية ومرنة غير مكلفة .

47 - هل ترتبط هذه الاقتراحات بالابحاث الجارية في أوروبا لايجاد اداة رهنية أوروبية تستطيع حل المشاكل التي تطرحها القروض الرهنية خارج الحدود ، سيما اذا أخذنا في الاعتبار اختلاف الانظمة العقارية الاوروبية .

2 - الرهن الأوروبي الموحد :

أ المشاكل التي تطرحها القروض خارج الحدود .

1 - طرح المشكل :

48 - كانت مشاكل القروض خارج الحدود تطرح نفسها قبل تصويت البرلمان الاوروبي على قرار وحيد يهدف الى جعل أوروبا ، في أفق 1992 ، سوقا واحدا للسلع ورؤوس الاموال والخدمات .

ان تنقلات السكان وتطور المساكن الثانوية والسياحية ودور العجزة تحول دون حصول شخص وفر مبلغا من المال خلال مدة ما لدى مؤسسة للقرض في البلاد التي يقيم فيها وأراد ان يفتني مسكنا في بلد آخر على قرض يخول له المبلغ الذي وفره قصد الحصول عليه ، كما يحول دون تمتعه بالمزايا التي ترتبط بذلك القرض في بلاده الاصلية سيما مدة ومبلغ القرض، وتخفيض

(24) - انظر رقم 13 اعلاه

الفوائد ، وجواز الدين في السوق الرهنى ، السخ... في مثل هذه الحالة ، لا يمكن لمؤسسة القرض أن تقدم لزبونها ضماناً لدى مؤسسة أجنبية لتمكينه من الحصول على قرض يستفيد في بلاد الحيازة من نفس تلك المزايا.

49 - إلا ان هناك مشاكل أخرى تطرح نفسها ، إذ ان انقضاء استخدام القرض ستسحب بعملة البلد الذي يوجد به المسكن في حين ان مداخيل المقترض تكون عموماً بعملة بلده الأصلي (عائدات المنقول أو العقار ، معاش التقاعد ، السخ...) ؛ ويمكن ان تترتب عن ذلك تغييرات في صرف العملات يمكن ان تضر بقدرة المشتري على الوفاء بدينه.

2 - مقترح توجيهي :

50 - محاولة منها ليجاد حل لهذه الوضعية ، اعتمدت لجنة السوق الأوروبية المشتركة في نوفمبر 1984 (25) مقترحاً توجيهياً بخصوص حرية إقامة خدمة في المجال الرهنى. وعقب صدور هذا المقترح كلف قسم السوق المشترك «للاوبنل» التابع للجنة الشؤون الأوروبية في دورته السادسة والثلاثون المنعقدة في لوكسمبورغ بتاريخ 23 نونبر 1984 ، كلف لجنة منبثمة عنه بدراسة المواضيع التالية.

أ - دراسة مقارنة للسند الرهنى السويسري والدين العقاري الألماني (26).

ب - رؤية مدى تطابق نتائج هذه الدراسة مع الانظمة الوطنية للدول الاعضاء في السوق الأوروبية.

(25) - راجع التقرير الهولندي لسنة 1987 المقدم للاتحاد الدولي للموثقين قسم السوق المشتركة من طرف الدكتور آرت أدريان فان فيلتن بتعاون مع الاساتذة بريد فلس وهنجلد وستيل.

(26) - قدمت هذه الرسالة من طرف الوفد الألماني.

ج - ابداء آراء على ضوء ما سبق بخصوص مشروع قانون قابل للتطبيق مستقبلا يتعلق بسند رهني ورسم قابل للتداول.

51 - وجاء مقترح توجيهي ثاني صادر عن لجنة السوق الأوروبية المشتركة في الرابع فبراير 1985 لاتمام المقترح الاول ، وذلك عن طريق النص في فصله الثالث على ان مؤسسات القرض يمكنها في المستقبل اعطاء قروض مضمونة بواسطة رهون تضرب عقارات تقع في بلد عضو آخر . ترى لجنة السوق الأوروبية المشتركة فيما يخص نشاط مؤسسات القرض خارج الحدود في المجال العقاري بأن هناك ثلاثة عوائق :

1 حماية اسواق رؤوس الاموال (نقاش سياسي)،

2 - اعتراضات سلطات المراقبة بسبب الاخطار التي تواجهها مؤسسات القرض في الخارج (عراقيل مردها القوانين المصرفية)؛

3- الاختلافات القائمة على مستوى القانون المدني (حاجز قانوني) (27)

52 - ونظن بخصوص هذه النقط ان الغموض الذي يكتنف المقترح التوجيهي يرجع الى المناهج التي يجب تطبيقها لتحقيق حرية تنقل رؤوس الاموال في هذا المجال. وتهم هذه المناهج انشاء وايقاف العمل بالادوات الرهنية.

وحتى يلقي مطلبنا قبول الفدرالية الرهنية التي تعد بمثابة جهاز تقني للاقتراحات ودراسات التوجيهات والذي يحظى بثقة لجنة المجموعة والبرلمان الاوروبي ، يجب أن تتمكن مهنتنا من اقتراح اداة رهينة موحدة قد يسهل تطبيقها على مستوى الجدولة الزمنية والتنفيذ ، حرية تنقل رؤوس الاموال . ويجب الا تقتصر هذه الدراسة على التدخل العادي والمألوف للموثقين ،

(27) - راجع. الدكتور هانزس وهرنز في تقرير للوفد الالمانى امام إلتحاد الدولي للموثقين، قسم السوق المشتركة سنة 1987.

اي تحرير العتود والقيام باجراءات التقييد الخ... ويجب ان تأخذ الدراسة أيضا في الاعتبار ما يحدث قبل وبعد تدخل الموثق. يتعلق الامر اذا بالقيام بدراسة معمقة تتناول بالتحليل كل الآليات وآثارها القانونية والمالية والضريبية والادارية ، وبعدها اقتراح توحيد لمختلف النماذج (28).

53 - لايزال اجراء دراسات عديدة ضروري لبلوغ حرية ممارسة تقديم خدمات في مجال القرض الرهنى وفقا لمقترح 4 فبراير 1985 التوجيهي.

على المستوى القانوني ، يتعين اعتبارا من الآن ، دراسة خصائص هذه الاداة التي يمكن ان تلتقى قبول الفدرالية الرهنية والفدرالية المصرفية (ب) والتخطيط الزمني للشروع في العمل بها (ج) وتحديد مساهمة مختلف أجهزة الاتحاد الدولي للموثقين بغية تطبيقها في جميع الدول الاعضاء والشريكة (د).

د - خصائص الرهن على الذات الذي يمكن ان يلقى اجماع الفدرالية المصرفية والفدرالية الرهنية التابعان للمجموعة الاوروبية المشتركة.

1 - اقتراحات مجموعة العمل التابعة للفدرالية الرهنية لدى المجموعة الاوروبية المشتركة :

أ - الرهن على الذات :

54 - «قررت الفدرالية الرهنية لدى المجموعة الاوروبية طرح المشكل باكملة للتفكير امام مجموعة عمل تم انشاؤها لهذا الغرض تتكون من فقهاء متخصصين في القانون الرهنى» (29).

ولقد رأت الفدرالية ، مشيرة الى فصل من تقرير سيجر حول الدين العقاري الالمانى (كرونوشولد) بان على المقتضيات التشريعية الجديدة ان تستوفي مجموعة من الشروط :

(28) - راجع محضر الدورة الاربعون لتقسم السوق المشتركة المنعقدة بتاريخ 6، 7 نونبر 1986، ص 23.

(29) - انظر الدراسة رقم 100 ق 4 / 5 / 4 بتاريخ 20 أبريل 1972.

- يسحب رسم الرهن من طرف المالك نفسه ولفائدته؛
 - يجب ان يكون الرهن عنصرا مؤسسا للقانون؛
 - يكون للرهن طابع معنوي لا تابع؛
 - يجب ان يكون نقل الرسم بسيطا وسهلا.
- يتعلق الامر بالطبع بالخصائص نفسها الموجودة في الدين العقاري الألماني.

55 - ورأت مجموعة العمل التابعة للفدرالية الرهنية والمتألّفة من مندوبين من ألمانيا وبلجيكا وفرنسا وهولندا بعد سماعها لتقرير لجنة كونت لهذا الغرض من طرف الفدرالية المصرفية الأوروبية، بأنه يصعب جدا ادخال نظم جديدة في الانظمة القانونية للبلدان الاخرى باستثناء ألمانيا ، وبأن الرهن على الذات سيواجه صعوبات أقل حدة لأنه يمكن ان يستقي من نظام الرهن الموجود منذ أمد طويل والمقنن بصورة جيدة على العموم.

اعتبارا لهذه الملاحظات ، وافقت مجموعة العمل بعد دراسة ومناقشة مختلف المسائل التي أثّرت خصوصا في تقرير اللجنة المكونة لهذا الغرض على ان تتسم هذه الاداة الرهنية بالخصائص التالية.

ب - خصائص هذه الاداة.

- 56 - تكون خصائص هذا الرهن كالتالي :
- 1 - التسمية : الرهن على الذات.
- 2 - الخبرة : غير اجبارية :
- 3 - التصرف المنشأ للرهن : يمكن ان يكون احادي او ثنائي الاطراف ولكنه يجب ان يعاين بالطريقة المألوفة.
- 4 - تسمية رسم الرهن : «سند رهني».
- 5 - المذكورة الرهنية التي يجب ارفاقها مع سند الرهن : ليست ضرورية اذا أدرج تعيين العقار ومعلومات عن حافظة التقبيد في السند.

- 6 - التقييد : تقييد واحد يجب القيام به مباشرة بعد التصرف المنشأ .
الإشارة الى النقل الدائن في السجلات العقارية.
- 7 - الالتزام الشخصي للمدين : لانه مسؤول كذلك حتى على املاكه الشخصية.
- 8 - النقل : يتم نقل سند الرهن من يد الى يد ، ويرفق ب :
- اشارة للتنازل عن السند؛
- اصفاء الطابع الرسمي على المظهر بموجب عقد موثق ؛
- الاشارة الى التنازل في السجل العقاري او في مصلحة الرهنون .
9 - مرتبة الرهن : وفقا لنظام الخانات السويسري .
10 - تنقل السندات داخل البلدان الاعضاء : صعوبات مردها بالخصوص ان السند محرر بالعملة الوطنية.

2 - ملاحظات :

أ - مبلغ مضمون :

- 57 - يجب ان يضاف هذا الشكل من الرهنون الى الرهنون الموجودة في ائبلدان الاعضاء والشريكة (30) ، ما دام ان نشأته أصبحت ضرورية بسبب

(30) - أشار الدكتور فينوريود كانيو نائب رئيس هذه اللجنة ورئيس اللجنة المكلفه بتحضير التقرير في ص 6 ، فقرة 1.7 بخصوص اجابه الوفد المغربي على أسئلة لجنة الشؤون الأوروبية التابعة للاتحاد الدولي للموثقين بغية تحرير وتقديم التقرير الى مؤتمر القانون الموحد (روما 7 - 10 ستمبر 1987) حول القانون الموحد في الممارسة «بيدو جيا بان النظام القانوني داخل بلدان المجموعة... يحقق بصورة نظاميه انهدف المتوحى مس الوحدة القانونيه ، ويمارس تأثيرا كبيرا على مهنة التوثيق في بلدان السوق المتسترخه وي البلدان الشريكة أو ذات علاقة مع المجموعة الأوروبية (خذ مثلا الوضعية في المغرب التي ستكون دراستها مهمة وهفيدة لاسباب عديدة تاريخية وثقافية وللتقنيات المستعمله في التوفيق والتكييف).



المشاكل التي تطرحها القروض خارج الحدود. وليست هذه القروض سوى وسائل لتمويل عمليات حيازة الملكية.

وتنشأ عملية من هذا القبيل عموماً بواسطة عقد بيع أولي (عقد الحجز، وعد بالبيع أو اتفاق على البيع، وحتى هذا الوقت، لا يمكن للمشتري أن يعرف بصورة نهائية مبلغ القرض الذي يمكنه الاستفادة منه.

ب - انعدام الحماية بالنسبة للمشتري

58 - يترك استعمال الرهن على الذات بمفرده، المشتري بدون حماية، ويكون من المحمود أن يشرع في دراسة أداة مدججة تجمع بين آلية التقييد الاحتياطي وآلية الرهن على الذات وتطبيقها في البلدان الاعضاء والشريكة.

ج- تطبيق آلية مدججة :

1 - ادعائية العقارية.

59 - ما من شك في ان حماية المشتري المستفيد من عقد بيع اولي، يمكن ان تضمن في البلدان التي تعتمد نظام السجلات العقارية بواسطة تقييد احتياطي(31)، وعن طريق الاعلان عن العقد الاولي في البلدان التي تعمل بنظام التسجيل الشخصي.

ويلزم في هذه الحالة القيام باجراء يكون من الافضل توفير عناه، اذا أمكن توأمته مع اجراء آخر يستلزمه تقييد الرهن على الذات.

وفي هذا الصدد، فان الرهن على الذات سينشأ عموماً في عقد البيع الاولي، وسيعلن عن ذلك في السجلات العقارية او في مصلحة الرهن، وستكون هذه الدعاية بمثابة تقييد للرهن وحماية للمشتري.

(31) - غير اننا سبق ان اشرنا الى أن مسطرة التقييد الاحتياطي تعد رادعة.

2 - الشفعة أو فك الرهن :

اما بخصوص فك الرهن على الذات ، فيبدو لنا ان الانضمام أو فك الرهن الذي يعطيها الدائن يكتفيان للقيام بشطب التقييد الرهني في السجل العقاري.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل سيكون من المفيد اعتماد مبدأ الشفعة على منوال الانظمة التي لا يطرح بالنسبة لها هذا الاجراء أي مشكل (32).

وسيساهم ذلك ليس فقط في التقليل من عدد اجراءات التقييد الرهني التي لم تعد اليها حاجة ، والتي يتطلب شطبها اجراءات قضائية طويلة ومكلفة ، اضافة الى انها توفر عناء تقييد واحد.

3 - الجدولة الزمنية لقرض خارج الحدود لاجل حيازة الملكية :

61 - ع - 1 : تحرير وعد البيع وانشاء الرهن في عقد موثق أمام موثق يتخذ من المكان الذي يقع به العقار موثقا له.

ع - 2 : الاعلان عن وعد البيع ، وتقييد الرهن ، واستلام « سند الرهن ».

ع - 3 : ارسال نسخة مصورة من «سند الرهن» الى المصرف.

ع - 4 : تحرير عقد القرض في شكل عقد عرفي بين المقرض والمصرف.

ع - 5 : استلام الموثق لمبلغ القرض.

ع - 6 : تحرير عقد بيع يحتوي على نقل «لسند الرهن» والحاقي نسخة من عقد القرض به

ع - 7 : الاعلان عن البيع والنقل.

(32) - ج. مارتني وب رايونود المرجع المشار اليه اعلاه ص 20 رقم 656.

- ع - 8 : ارسال السند الى المصرف .

د - مساهمة اجهزة الاتحاد الدولي للموثقين :

62 - يجب ان نلاحظ بان وثيقة الفدرالية الرهنية يعود تاريخها الى سنة 1972 (33).

وبأن خصائص الرهن على الذات التي تم تلخيصها فيما قبل ربما تكون قد تطورت منذ ذلك الوقت .

وبالتالي يجب اولا ان نتعرف على خصائص الاداة التي يمكن ان تحظى بموافقة كل من الفدرالية الرهنية والفدرالية المصرفية .

وسيكون من المفيد في مرحلة ثانية ان يحضر كل وفد وفقا للنظم القانونية المعمول بها في بلده :

- نماذج للعقود اللازمة للشروع في العمل بقرض خارج الحدود لحيازة ملكية؛

- مشاريع القوانين اللازمة لتقييد هذه العقود في البلد العضو او الشريك .

وفي مرحلة ثالثة ستتم دراسة هذه الوثائق من طرف لجنة تابعة للجنة الشؤون الاوروبية وقسم السوق المشتركة .

وسيتم ارسال نتائج هذه الاعمال في مرحلة رابعة الى المحافل التوثيقية لكل بلد قصد الموافقة عليها .

وفي الاخير يمكن عرض مشروع نص توجيهي يتعلق بتطبيق المسطرة التي احتفظ بها ، على أنظار الفدرالية الرهنية الاوروبية .

بهذه الطريقة ، فان هذا الاصلاح الذي يمس بالاساس العاملين بالقانون الرهني سوف يأخذ بعين الاعتبار كل الانشغالات التي يمكن ان يبدونها .

(33) - يبدو انه لا يوجد ضمن مراجع الفدرالية الرهنية دراسة اكثر حداثة حول الرهن الاوروبي الموحد .

p. 126 → p. 150

007519-Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007519 تاريخ 05/10/2015
جذيدة Ar

الشرطة القضائية والتحقيق الاعدادي بفرنسا

للاستاذ جان كلود صوير
ترجمة وتعليق
عبد الصمد الزعنوني
قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف ببني ملال

الشرطة القضائية

اهمية ومهمة الشرطة القضائية.

● ان الشرطة القضائية تمثل مساعدا ذو أهمية قصوى للعدالة الجزرية. وتلعب دورا حيويا على امتداد ما يسبق المسطرة والإجراءات أمام هيئة الحكم. ونراها تتدخل في الواقع ، سواء قبل أي تحقيق تتخذه هيئة التحقيق وقضائه او عند فتح تحقيق مماثل.

وقبل التحقيق الرسمي فان الشرطة القضائية يناط بها معاينة الجرائم والمخالفات التي تستهدف القانون الجنائي وجمع أدلتها والبحث عن مقترفيها (المادة 14 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي (1). ومهمتها تتمثل في

1 - قوانين الإجراءات أو التي يسميها بعض الفقه أصول المحاكمات يطلق عليها بالمغرب مصطلح قوانين المسطرة وهي تسمية ينتقدها البعض منهم مثلا الدكتور أبو العاطي حافظ أبو الفتوح الذي يرى أن تسمية المسطرة تسمية غريبة قد اريد بها القانون الشكلي بمعنى أن المسطرة من الشيء المسطور أي المكتوب بينما لا نسانده الرأي ونرى أن مصطلح المسطرة هو ترجمة - في المغرب - لكلمة Procedure الفرنسية وان عدة مصطلحات عربية تحتاج الى التوحيد ليس الا.

انارة النيابة العامة التي بفضل تحريات الشرطة التي توجد تحت اشرافها تكون قادرة على تقدير ملائمة المتابعات أي قادرة على اتخاذ القرار المتعين اتخاذه بخصوص مآل القضية : اما الحفظ او الاستدعاء المباشر أمام قضاء الحكم او المطالبة باجراء تحقيق ترفع الى قاضي التحقيق الذي يقوم بفتح تحقيق.

وعند فتح التحقيق ، فان الشرطة القضائية تبدو للعيان أيضا لكن هذه المرة لاعانة قضاء التحقيق ، وتحت مراقبة هذا الاخير تقوم بتنفيذ والامتثال لانتداباتته. فتقوم مثلا تبعا لانتداب قضائي بالاستماع الى الشهود او بناء على أمر بالقاء القبض على المتهم بيد ان العمليات المنجزة على هذا النحو من لدن الشرطة القضائية تكون مرتبطة بشكل ضيق بالتحقيق فهي عمليات تحقيقية ولهذه العلة سنتطرق اليها ونعالجها عند معالجة التحقيق الاعدادي.

موظفو الشرطة القضائية

(الاختلاط بين موظفي الشرطة القضائية وموظفي الشرطة الادارية.)
الشرطة القضائية تبعا لما قيل وفصل أعلاه يجب تمييزها بوضوح عن الشرطة الادارية : فبينما توضع الشرطة الادارية تحت اشراف السلطة الادارية ويناط بها منع وقوع الجرائم ، فان الشرطة القضائية على النقيض من ذلك توضع تحت اشراف السلطة القضائية وتدخلها يقتضي حصول ووقوع جريمة.

لكن في الواقع فان الشرطة الادارية والشرطة القضائية يقع غالبا من فعل نفس الاشخاص. وهكذا فان الدركي عندما يقوم بتنظيم السير للسيارات فانه يزاوّل عمل الشرطة الادارية واذا أثبت مخالفات لقانون السير فانه يقوم بعمل الشرطة القضائية.

وفي الحقيقة ، فانه من الطبيعي ان يتوفر أولئك الذين انيط بهم الوقاية عن الجريمة على مهمة معاينتها وجمع ادلتها والبحث عن مقترفيها. وبعبارة

أخرى فإن التمييز بين الشرطة الادارية والشرطة القضائية يستند ويجد أساسه في طبيعة العمليات المتعين القيام بها والفترة التي تحدد لها بالنسبة للجريمة. فالتمييز ليس دائما تمييزا بين الأشخاص.

التنظيم العام لمصالح الشرطة

باستثناء بعض الجماعات التي يوجد بها أقل من عشرة آلاف نسمة والتي مازالت تتوفر على شرطة وأعوان شرطة بلدية ، فإن مصالح الشرطة جميعها حكومية. وتنقسم الى متميزتين : الدرك والشرطة.

1 - الدرك = جهاز من اجهزة الشرطة وفرقة عسكرية (2) يتوفر من جهة اخرى على اختصاصات عسكرية محضة (كالبحت مثلا عن العاصين أو الفارين) ومرتبطة بوزارة القوات العسكرية والى جانب الدرك الخاص (كالحرس الجمهوري ، ودرك الجو) هناك درك حفظ الامن والدرك الاقليمي اي درك المقاطعات الموزع عبر جميع التراب في شكل وحدات وفرق على رأسها ، تبعا لاهميتها ، نجد أصحاب الرتب والضباط. ودرك المقاطعات يؤمن مهام الامن الوطني (بالاقليم) وعمالة الشرطة (بباريس).

2 - الامن الوطني ان الامن الوطني تابع لوزارة الداخلية.

والمديرية العامة للامن الوطني ترأس ، بالاضافة الى المصالح المركزية (كصحة الاسفار الرسمية ، ومصحة أمن سامي الشخصيات) فرقتين للامن موحدتين ، الامن الوطني (بالاقليم) وعمالة الشرطة (بباريس).

2 - الدرك الملكي المغربي يمثل بدوره قوة عمومية مكلفة بالسهل على الامن الوطني وحفظ النظام وتنفيذ القوانين (والسهل على الامن بالبوادي وطرق المواصلات). وهو جزء من القوات المسلحة الملكية ، تجري عليه القوانين والضوابط العسكرية. كما أنه تابع لوزير العدل فيما يخص الشرطة القضائية ولوزير الداخلية فيما يرجع للشرطة الادارية. أنظر الفصل 2 من ظهير أبريل 1957 الخاص باحداث الدرك الملكي والفصول 1 و 2 و 3 من ظهير 14 يناير 1958 بشأن مصلحة الدرك الملكي المغربي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2366 بتاريخ 28 فبراير 1958 صحيفة 498.

دور وظف الشرطة القضائية : تقسيم

- نجد أولا الضباط وأعوان الشرطة القضائية ، هم بالضبط أعضاء مصالح الشرطة الذين أومأنا اليهم ، بالإضافة الى عمداء الجماعات ونوابهم

- ثانيا نجد الموظفين والأعوان المكلفين ببعض مهام الشرطة القضائية وفي جميع الاحوال بان الفئتين معا تخضع كل واحد منهما لسلطة النيابة العامة ما دامتا تخضعان لاشراف وكييل الجمهورية ولمراقبة الوكيل العام (المادة 12 و 13 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي) - بيد انه من المفيد التمييز بينها للأسباب التالية :

إذا استثنينا عمداء الجماعات ونوابهم الذين يعرف دورهم عمليا بتقليصا في هذه المادة ، فان ضباط وأعوان الشرطة القضائية كلهم محترفون بالشرطة ما داهوا تابعين لمصالح الشرطة وبالتالي فان عملهم يمكن ان يهتم جميع الجرائم كيفما كانت. وعلى النقيض من ذلك فان الموظفين والأعوان المنوط بهم فقط بعض مهام الشرطة القضائية فانهم لا يمارسونها الا في بعض المناسبات ومبدئيا فقط بخصوص جرائم محددة ليس الا.

للضباط وأعوان الشرطة القضائية

ان ضباط واعوان الشرطة القضائية لهم مهمة مشتركة : تتمثل في ، وكيفما كانت الجرائم ، معاينتها وجمع ادلتها والبحث عن مقترفيها. بيد انه بعد هذا القول، فان أعوان الشرطة القضائية ليس لهم الا دور تبعي بالنسبة للضباط الذين تنحصر مهامهم في مساعدتهم فسلطاتهم هي أقل وادنى : وهكذا فانه خلال المرحلة البوليسية ليس لهم حق تقرير الوضع تحت الحراسة النظرية (المادة 20).

وعندما يتم فتح تحقيق ، فانهم غير مؤهلين للقيام بعمليات التحقيق بموجب انتداب من لدن قاضي التحقيق تبعا لانحداب قضائي. ومن جهة أخرى، فانه فيما يخص مسؤوليتهم فان أعوان الشرطة القضائية غير خاضعين

للنظام الخاص المطبق في حق ضباط الشرطة القضائية. فهؤلاء فقط هم المعرضون للمراقبة وللعقوبات التأديبية من طرف غرفة الاتهام (3) (المادة 224 وما بعدها) ، ويتمتعون بقواعد خاصة فيما يخص الاختصاص والمسطرة عند اقتراحهم لجناية أو جنحة في دائرة اختصاصهم (المادة 687 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي).

انه لمن الهمية بىمكان معرفة من هو ضابط أو عون الشرطة القضائية، ببد ان معيار التفرقة والتمييز هو من السهولة فقانون المسطرة الجنائية يقدم لائحة حصرية لضباط الشرطة القضائية وجميع من هم ليسوا بضباط فانهم أعوان.

ضباط (4) الشرطة القضائية

3 - بالنسبة للمغرب فان غرفة الاتهام الغيت واعطي اختصاصها جزئيا للغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف بموجب المادة العاشرة من ظهير الإجراءات الإنتقالية المؤرخ في 28 - 9 - 74 والتي عهدت الى الغرفة الجنحية بالاختصاصات المخولة سابقا لغرفة الاتهام إلا ما يناف منها مقتضيات ظهير الإجراءات الإنتقالية. وبالتالي فان الغرفة الجنحية هي التي تنظر بموجب المواد 244 الى غاية 250 من قانون المسطرة الجنائية المغربي في مراقبة أعمال الشرطة القضائية ويمكنها أن تقرر التوقيف المؤقت عن عهذ الوظيفة أو الفصل النهائي عنها كما بوسعها ارسال الملف للنياية العامة بخصوص المخالفات الجنائية.

4 - بخصوص الشرطة القضائية بالمغرب لابد من الإشارة الى الخطأ الذي تسرب الى نصوص «قانون المسطرة الجنائية مع آخر التعديلات» الصادر عن دار النشر الصفحة 38 من تقديم الاستاذ عبد العزيز توفيق يخصوص المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية الخاصة بضباط الشرطة القضائية وبموجب هذا الخطأ فانه تم اسقاط أمدير العام للامن الوطني واراتيون العامون للشرطة ومدوبو الشرطة وضباطها فقد ورد في تلك النصوص ان ضباط الشرطة حسب المادة 20 الموما إليها هم أربعة طوائف في حين أن المادة 20 التي عرفت تعديلا بمقتضى ظهير 18 - 9 - 1962 تعرف خمسة طوائف منها المدير العام للامن الوطني والمراقبون العامون للشرطة ومدوبو الشرطة وضباطها. ودليلنا في ذلك أن المشروع يعبر بلفظ «خامسا» أي أن الطوائف هي خمسة لا أربعة ، وهذه الملاحظة لها في نظرنا أهمية باعتبار أهمية صنف المدير العام للامن الوطني الذي تحرص معظم التشريعات على اعتباره من ضباط الشرطة القضائية كالمادة 11 من قانون الاصول الجزائية

إذا تركنا حالات خاصة (مثلا العمدة ونوابه) فان صفة ضابط الشرطة القضائية (المادة 16) يتوفر عليها كلا من

1 - الضباط وذوو الرتب بالدرك. والدركيون الذين قضوا على الأقل خمس سنوات من الخدمة وعينوا رسميا بموجب قرار وزاري.

2 - عمداء الشرطة ، والمفتشون الجهويون ، والمفتشون الممتازون بالأمن الوطني على ان يكون هؤلاء الاخيريون قد قضوا على الاقل سنتين في الخدمة وعينوا رسميا بقرار وزاري.

وهؤلاء الموظفون لا يمكنهم فعليا مزاوله اختصاصاتهم المرتبطة بصفتهم كضباط للشرطة القضائية إلا تبعا لتأهيل (قابل للسحب أو الايقاف) من لدن الوكيل العام.

أعوان الشرطة القضائية

هذه الفئة تعرف ازدواجية. ويستحسن تمييز نوعين من اعوان الشرطة القضائية.

- النوع الاول (المادة 20). هذا النوع يتكون مما يمكن أن نطلق عليه اسم الاعوان (السامون) للشرطة القضائية : من جهة الدركيون ومفتشوا الشرطة (الذين ليست لهم صفة ضباط للشرطة القضائية) ، ومن جهة أخرى باحثو الامن الوطني ، هؤلاء الاعوان السامون يتوفرون على اختصاصات أهم من اختصاصات اعوان الطائفة الثانية. وهكذا فانه بوسعهم تحرير وانجاز محاضر بمعاينة الجرائم وتلقي تصريحات الاشخاص المستمع اليهم.

=

الليثاني الذي ينص على مدير الشرطة ومدير الامن العام ، ويبدو أن الدكتور الخليلي في مؤلفه حول شرح قانون المسطرة الجنائية الطبعة الثانية ص 213 والدكتور أبو المعاطي في مؤلف بجمل نفس العنوان طبعة 1982 ص 140 والدكتور محمد الدريسي علمي مشيشي في مؤلفه بالفرنسية المسطرة الجنائية ص. 109 طبعة 1981 الرباط جميعهم يؤيدون رأينا باعتبار المدير العام للامن الوطني ضابطا للشرطة القضائية.

- **انواع الشافني (المادة 21) :** مكون مما يمكن ان نسميه اعوان الشرطة التضائعية النواب ، ونجد بهذه الطائفة ، من جهة موظفي المصالح العاملة بالشرطة (كحرس السلم) من غير المشار اليهم اعلان ، ومن جهة اخرى أعوان الشرطة البلدية. وهؤلاء الأعوان من الطائفة الثانية تكون مبادرتهم أقل واذني وفي معظم الاحوال تنحصر في مجرد تنفيذ مهام مادية دون أن تفوض لهم السلطات التي يستلزمها البحث. وبما أنهم يساعدون ضباط الشرطة القضائية في القيام بمهامهم ، فانه يتعين عليهم الالتزام بشكل ضيق بالعمليات التي يؤمرون بالقيام بها (المادة 13).

الموظفون والاعوان المكافون ببعض مهام الشرطة القضائية

- لائحة الموظفين والاعوان :

كما أسلفنا ليست لهم أي سلطات للشرطة القضائية الا فيما يخص بعض الجرائم. كما يجب كذلك ترتيب هؤلاء الموظفين والاعوان تبعا للمخالفات التي هم مؤهلون لاثباتها :

1 - بالنسبة للمخالفات التي تستهدف الملكيات الغابوية والقروية فانه يتوفر على سلطة معاينتها بموجب محاضر : المهندسون ورؤساء المقاطعات ، والاعوان الفنيون في المياه والغابات والنواطير (5) (المواد 22 الى غاية 27 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي) والحراس الخاصون المحلفون.

2 - بخصوص الجرائم الخاصة التي تدخل تحت حراستهم (مثلا المخالفات الجمركية ، والضريبية السخ) ، فان موظفي وأعوان بعض الادارات المعنية (مثلا ادارة الجمارك ، الضرائب المباشرة او غير المباشرة السخ)

- 5 - النواطير هم حراس الحقول القرويون. فالقانون اللبناني مثلا يعتبر من ضمن الضباط الصغار للضابطة العدلية (أي الشرطة القضائية) النواطير الخصوصية والعموميين. ويبدو انه لا مقابل له في التشريع المغربي.

يتوفرون على مهام الشرطة القضائية ضمن الشروط والحدود التي تحددها القوانين الخاصة (المادة 28).

3 - وبالنسبة لجرائم أمن الدولة فان ولاية المقاطعات وبالنسبة لباريس والي الشرطة يتوفرون بدورهم على سلطات الشرطة القضائية (المادة 30).

سلطات الشرطة القضائية للولاية

ان هذه السلطات تثير باديء ذي بدء الانتباه لتعلقها بجرائم ذات خطورة معاقبة بصفة عامة بعقوبات صارمة. وبما ان هذه الجرائم هي بالضبط (ضمان سلامة الدولة) وذات طابع سياسي ، فانه من أجل ذلك اعتبرت ضروريا السماح بتدخل الوالي الذي هو تابع للسلطة التنفيذية.

يضاف الى ذلك أن السلطات المخولة للوالي مهمة ، فهو كما تقول المادة 30 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي ، يجرى بنفسه (أو يطلب بهذا الخصوص كتابة ضابطا للشرطة القضائية) جميع الإجراءات الضرورية للفتبث ومعاينة الجرائم المقترفة ضد سلامة الدولة.

وقد تم قبول الترخيص للوالي للقيام مثلا بالتفتيش والحجز حتى في حالة رفض الشخص المعني وحتى لو لم تكن الجريمة مشهودة ومتلبسا بها.

ومع ذلك ، وحتى لا تؤدي هذه السلطات الى المس وافشال ذريع لبدأ

6 - بالنسبة لقانون المسطرة الجنائية فانه بدوره يعهد بموجب المادة 33 منه الى عامل الاقليم فيما يخص الجنايات والجرح المركبة ضد سلامة الدولة الداخلية أو الخارجية للفتبث من هذه الجرائم. وتفاديا لاي تعسف أو تجاوز للسلطة فإن المادة 33 تضع من جهتها شروطا صارمة تتمثل في توفر حالة الاستعجال مع العلم أن القضاء هو الكفيل وحده بتحديد هذه المسألة الواقعية الخاصة بالاستعجال (أنظر على سبيل الاستئناس يحث الاستاذ عبد العزيز الفيالي لشرطة القضائية رابطة القضاء العدد 2 السنة الاولى فبراير 1964 ص. 8) وكذا إشعار النيابة العامة أي الوكيل العام لذلك لدى محكمة الاستئناف في حالة الجناية بدل وكيل الملك المشار اليه في أصل النص وتقديم الوثائق والأشخاص أمام الجهة المذكورة خلال ثلاثة أيام علما بان القانون الفرنسي يرتب جزاء البطلان على الإخلال بهذا الالتزام

نصل السلطتين القضائية والادارية فان المادة 30 من قانون المسطرة الجنائية تضع عدة قيود : من جهة لا يمكن للوالي التصرف الا اذا كان الامر يفتضي الاستعجال ، ومن جهة أخرى ، وفي حالة السلم ، فان الوالي يجب ان يخبر فوراً بعمله النيابة العامة (وكل ضابط من ضباط الشرطة القضائية سبق للوالي ان طلب تدخله ملزم بدوره بالقيام بنفس الالتزام). والوثائق يتعين ارسالها داخل الثمانية وأربعين ساعة الى هذه السلطة. كما يقدم أمامها الاشخاص الذين تم ضبطهم.

نضيف انه بموجب نصوص خاصة وفي ظروف استثنائية (حالة الحرب، توتر خارجي، الاعلان عن حالة الطوارئ) فان سلطات الولاية في ميدان الشرطة القضائية تعرف توسعا يمتد الى جميع الجرائم كيفما كانت حيث يتم التفكير بأن المساس بمبدأ فصل السلطتين الادارية والقضائية يكون أقل شأنًا في فترة الاضطراب.

أعمال الشرطة القضائية

ان اعمال الشرطة القضائية ، كما سبق الذكر ، هي التي تتم مزاولتها حتى قبل تحريك المتابعات الجنائية ، ما دامت هذه الاعمال تستهدف بلاضبط انارة النيابة العامة بخصوص ملاءمة المتابعة. واعمال الشرطة القضائية التي تتمثل دائما في معاينة الجرائم واستقاء وجمع الادلة والبحث عن مقترفيها يتم انجازها خلال المرحلة المسماة البوليسية خلال ما يسميه قانون المسطرة الجنائية بمصطلح عام : الابحاث.

تقسيم الابحاث الى نوعين

بخصوص الابحاث خلال المرحلة البوليسية ، فان قانون المسطرة الجنائية يخصص لها فصلا بآتمه (ابتداء من المادة 53 الى غاية المادة 78). ويميز من جهة أخرى بين نوعين : البحث في حالة التلبس بالجريمة، والبحث

المسمى البحث التمهيدي الذي لا يفترض بالضرورة التلبس بالجريمة التي تقوم الضابطة بشأنها بالاجراءات.

والتمييز ينبني على الفكرة التالية : في حالة الجريمة المشهودة المتلبس بها يكون من الضروري القيام باستعجال بما من شأنه تفادي اختفاء الادلة التي مازالت متفاعلة للجريمة وتفادي افساد السبل التي تؤدي الى ضبط الجاني. وينتج عن ذلك ان السلطات التي يعترف بها للباحثين هي اوسع والتدابير الحامية للحرية الفردية هي اقل عندما يتعلق الامر ببحث في حالة جريمة متلبس بها. وان كان كما سنرى ذلك ان هذا التمييز ليس له دائما الاهمية التي يظهر ان النصوص حريصة على اضافتها عليه.

البحث عند التلبس بالجريمة (المواد 53 الى غاية 74 من قانون المسطرة الجنائية (الفرنسي).

ميدان البحث عند التلبس بالجريمة

● يجب بادىء ذي بدء تسجيل ان البحث عند التلبس بالجريمة لا يطبق الا على الجرائم المتلبس بها التي تتصف بالخطورة لتبرير السلطات الواسعة التي يعترف بها للباحثين والمساس الناتج عن ذلك بالجريمة الفردية.

ومن ثمة نستخلص ان البحث عند التلبس بالجريمة ليس ممكنا في حالة المخالفة (والجنحة المعاقبة بغرامة ليس الا. فهذا البحث يفترض وجود جنائية (المادة 53) او جنحة ينص القانون على معاقبتها بعقوبة حبسية (المادة 67).

لكن متى تكون الجناية او الجنحة التأديبية المعاقبة بالحبس متلبسا بها ؟

فكرة الجنابة أو الجنحة المتلبس بها (7)

بمقتضى المادة 53 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي هناك ثلاث فرضيات وحالات للجنابة أو الجنحة المتلبس بها.

- الحالة الأولى : الجنابة أو الجنحة المتلبس بها بمعنى الكلمة وبدقة التعبير : ويفهم من ذلك الجنابة أو الجنحة «في حالة انجاز الفعل الجنائي أو على اثر انجازه».

- الحالة الثانية : الجنابة أو الجنحة المعتبرة متلبس بها : والامر كذلك في حالة ما اذا كان الفاعل مازال مطاردا بصياح الجمهور بعد مرور زمن جد قصير على ارتكاب الفعل أو وجد حاملا أشياء أو تبدو عليه آثار أو امارات توحي بمشاركته في الجنابة والجنحة.

- الحالة الثالثة : الجنابة أو الجنحة الشبيهة بالجنابة أو الجنحة المتلبس بها ، والامر يتعلق بكل جنابة أو جنحة تقع داخل منزل التمس ربه (أي الذي يشغله بصفة شرعية) من وكيل الجمهورية أو من ضابط الشرطة القضائية معاينتها والتثبت منها. ففي هذه الحالة يقال أن هناك احتجاج من خارج المنزل.

تسلسل البحث عند التلبس بالجريمة.

هذا التسلسل منصوص عليه بمقتضى المواد 54 الى 66 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، ويمكن أن يتضمن الاجراءات والعمليات التالية:
الانتقال الى الامكنة والمحافظة على الادلة ، التفتيش والحجز ، الخبرات،

- 7 - للمقارنة بالتشريع المغربي أنظر حالة التلبس بالجنابات والجنح المنصوص عليها بمقتضى المادة 53 من قانون المسطرة الجنائية المغربي والتي لا تختلف في مضمونها عن المادة 53 فرنسي. مع الإشارة الى أن مشروع المسطرة المعروض على البرلمان توسع في مفهوم حالة التلبس ونصت المادة 55 منه على حالة عدم التوفر على ضمانات كافية للحضور وهي حالة كما يرى الدكتور الخليلي مرنة.

الاستماع الى الاشخاص ، والحراسة النظرية للشهود.

الانتقال الى الاماكن والمحافظة على الادلة (المادة 54 و 55 من قانون المسطرة الجنائية)

ان الضابطة القضائية عندما تعانين جناية او جنحة متلبس بها او يصل الى علمها نبأ وتوعها فان ضابط الشرطة القضائية الذي يشعر فوراً وكيل الجمهورية يجب أن ينتقل حالاً الى الامكنة الجريمة واجراء جميع المعاينات الضرورية. ولتسهيلها فان الاشخاص الحاضرين يمنعون تحت طائلة غرامة من تغيير حالة الاماكن.

وعند القيام بالمعاينات الاولية فانه يتعين على ضابط الشرطة القضائية السهر والحرص على المحافظة على كل ما من شأنه اظهار الحقيقة (مثلاً أخذ بصمات الاصابع). ولهذه الغاية فانه يقوم بحجز مختلف الاشياء (أسلحة و ثياب وأدوات) التي لها علاقة بالجريمة والموجودة بالامكنة.

التفتيش والحجز (المواد 56 الى شاية 59 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي)

في معظم الأحيان فان وسائل الاقتناع لا توجد بالامكنة ، ويتعين لحجزها القيام في بداية الامر بتفتيش. فضايط الشرطة القضائية ينتقل اذن في الحال الى منزل الاشخاص الذين تظهر مشاركتهم في الجريمة او يبدو أنهم حائزون لاشياء تتعلق بالافعال الاجرامية. بيد انه يجب ان يحترم القواعد التالية :

– في بداية الامر فان التفتيش لا يمكن البدء في اجرائه الا نهارا اي بعد

– 8 – اما المادة 64 من قانون المسطرة الجنائية المغربي فتتص على انه لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل او معاينتها قبل الساعة الخامسة لا السادسة صباحا كما بالنص الفرنسي (نسبة لفرنسا) وبعد الساعة التاسعة ليلا وفي رأينا ان المشرع المغربي ما دام يبدو متأثراً بالتشريع الفرنسي في هذا الموضوع فانه كان من الافضل التنصيص على عدم إمكانية إجراء التفتيش قبل الساعة السادسة صباحا بدل الخامسة اسوة بالتشريع الفرنسي لما يوفره ذلك من ضمانات للحرية الفردية.

الساعة السادسة صباحا وقبل التاسعة ليلا اللهم اذا طلب رب المنزل تدخل الشرطة أو كانت هناك أحوال استثنائية قررها القانون (كبعض الاماكن العمومية ، الاتجار و استعمال المخدرات ، الجرائم ضد سلامة الدولة ، الاعلان عن حالة الطوارئ).

– ثم ان التفتيش يجب ان يكون بحضور الاشخاص (9) الذين يجري في مواجهتهم ولديهم هذا التفتيش. واذا تعذر عليهم الحضور شخصا فبحضور ممثلهم او نائب عنهم او شهود يطالبهم ضابط الشرطة القضائية ويستدعيهم للحضور. وهذا الاخير يجب ان يتخذ جمع التدابير اللازمة لضمان احترام السر المهني (10) وحقوق الدفاع ، فمثلا التفتيش لدى محام لا يتم الا بحضور ممثل عن مجلس هيئة المحامين. والقانون ينص على عقوبات صارمة ضد متطرفي افشاء السر. واخيرا للتأكد من ان جميع الشكليات المسطرة اعلاه الوجبة تحت طائلة البطلان تد تم احترامها ومراعاتها فان محضر التفتيش والحجز يجب انجازه وتوقيعه من لدن مفتش الشرطة كما يوقع بالاضافة الى ذلك من لدن الاشخاص الذين حضروا هذه العمليات. ويجب حالا احصاء الاشياء المحجوزة ووضع الاختام عليها.

الخبرات (المادة 60 و 74 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي (11)
اذا تعين القيام بمشاهدات لا يمكن تأخيرها والتي تتطلب تدخل تقنيين او

– 9 – تنص المادة 62 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أن التفتيش إذا وقع في منزل شخص يظن أنه شارك في الجناية أو في منزل شخص قد يكون ممسكا لاوراق أو اشياء لها علاقة بالافعال الاجرامية فإنه يجب أن يكون هذا الشخص حاضرا عند التفتيش أو نائبا عنه أو شاهدين اجنبيين عن الموظف .

10 – تنص المادة 61 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بدورها على ضرورة إحترام السر المهني.

11 – قانون المسطرة الجنائية المغربي خصص للخبرة أمام الضابطة خلال التلبس بالجناية أو الجنحة المادة 66. وفي نظرنا فان المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تكاد تكون ترديدًا للقانون الفرنسي.

غنيين كطبيب مثلا في حالة القتل ، فان ضابط الشرطة القضائي يسمح له بالالتجاء الى جميع الاشخاص المؤهلين لذلك اي بمعنى الخبراء. وهؤلاء يتعين اداؤهم اليمين كتابة اللهم اذا كانوا مقيدين بلائحة رسمية.

في لاستماع الى الشهود ثالمادة 61 و 62 (12).

من ضمن التقصي والتحريات التي يقوم بها الباحثون فان للاستماع الى الشهود بالتاكيد عمليا اهمية قصوى. ولتمكنه من سماع هؤلاء الشهود بالتاكيد عمليا اهمية قصوى. ولتمكنه من سماع هؤلاء الشهود فان ضابط الشرطة القضائية بوسعه من جهة أخرى يمكنه ان يستدعي ويستمع الى اي شخص كمنيل باعطاء معلومات حول الاعمال. والاشخاص الذين يتم طلبهم

12 - فيما يخص الاستماع الى الشهود من لدن ضابط الشرطة القضائية فإن المادة 67 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تخول بحدورها ضابط الشرطة القضائية من منع كل شخص من مفارقة مكان وقوع الجريمة الى أن يتم تحرياته. كما ان كل شخص ظهر من اللازم التعرف على هويته أو التحقق منها طلب منه الضابط ذلكي يجب أن يمثل. وقد رتببت المادة 67 جزء على من يخالف هذه مقتضيات أي من يمتنع عن الإمتثال وهي عقوبة حبس بدل السجن) يتراوح أمده بين يوم واحد وعشرة أيام وغرامة يختلف مبلغها ما بين الف فرنك و 25000 فرنك أو واحدة من هاتين العقوبتين فقط. وهذه العقوبة تبقى مع ذلك في رأينا نظرية لان ضابط الشرطة القضائية يتوفر على امكانية اخرى تخولها إياه المادة 68 من قانون المسطرة الجنائية والتي تمكنه من أن يبقى رعن اشارته أي شخص ممن ذكرتهم المادة 67 وبالتالي فان الضابط يمكنه أن يدعو الممتنع عن الافصاح عن هويته الى المخفر من أجل الحراسة النظرية وهو ما يخشاه الشخص الذي لا يبدي اذك أي إعتراض على إعطاء بيانات حول هويته وتبقى العقوبة كما أسلفنا نظرية ليس إلا.

مع العلم ان المادة 68 عرفت تعديلا بموجب ظهير 18 - 9 - 1962 وسنشير الى مضمونها حسب آخر تعديل نظرا لأهمية وضرورة التقيد بأجال الحراسة النظرية التي حددها المشرع.

13 - المادة 67 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تنص في هذا الشأن وبالحر ف«يجوز لضابط الشرطة القضائية ان يمنع كل شخص ظير من اللازم التعرف بهويته أو التحقق منها يجب عليه بطلب من ضابط الشرطة القضائية أن يمثل للعمليات التي يقتضيها هذا الاجراء».

وكل من خالف مقتضيات الفقرة السابقة يتعرض لعقوبة سجن يتراوح أمده بين يوم واحد وعشرة أيام وغرامة يختلف (بمعنى يتراوح) مبلغها ما بين 1000 فرنك و 25000 فرنك أو لاحدى هاتين العقوبتين فقط).

على هذا النحو يجب عليهم الامتثال (41). ووكيل الجمهورية بوسعه اجبارهم على الامتثال بواسطة القوة العمومية (15).

هؤلاء الاشخاص عند حضورهم أمام ضابط الشرطة القضائية فانهم يفضون اليه بتصريحات ويجيبون على اسئلته ، وهم لا يؤدون اليمين قبل أداء الشهادة لانه من ضمن الشهود يمكن ان يوجد بينهم او سيوجد المشبوه فيه الذي يبدو احتمالا اقتراه للجريمة ويتم في مواجهته جمع الادلة. ويتعين على ضابط الشرطة ان ينجز محضرا بهذا الاستماع. والاشخاص المستمع اليهم يقومون بقراءته وبوسعهم ان يضمنوه ملاحظاتهم ويوقعونه بجمعية ضابط الشرطة القضائية.

وكما قيل اعلاه فان اعوان الشرطة القضائية الذين حددتهم المادة 20 من قانون المسطرة الجنائية اي «الاعوان السامون» للشرطة القضائية بوسعهم أيضا الاستماع في حدود الاوامر التي يتلقونها لجميع الاشخاص الذين بإمكانهم اعطاء معلومات حول الافعال المعنية. وينجزون في هذا الشأن محاضر يرسلونها الى ضابط الشرطة الذي يعينونه (المادة 2).

الحراسة النظرية (13)

ان القانون لا ينص على الطريقة والكيفية التي يرغم بموجبها الشهود والمشبوه فيه على الادلاء بالشهادة والتصريحات. ويجب ان يفهم من ذلك أنهم ليسوا فقط يدلون من تلقاء أنفسهم بتصريحات وانما يجيبون عن الاسئلة التي توجه اليهم. فقد تم اعتبار ، والتجربة تثبت ذلك، انه يكفي

14 - المادة 67 مغربي متأثرة والحالة هذه بانص الفرثسي
15 - بالنسبة لقانون المسطرة الجنائية المغربي فإن الوكيل العام لجلالة الملك بوسعه في حالة التلبس بالجناية اصدار أمر باستقدام كل شخص مظنون مشاركته في الجريمة ما لم يكن قاضي التحقيق قد وضع يده على القضية حيث يبادر إذا في هذا الأخير الى اصدار الامر المذكور (راجع المادة 15 بالنسبة للوكيل العام للمظني والمادة 139 بالنسبة لقاضي التحقيق علما بأن العمل القضائي المغربي يطلق على الامر بالاستقدام أمام المحقق خلال التحقيق الاعادي مصطلح الامر بالاحضار وهو معنى واحد).

السماح للشرطة لاثارة التصريحات والاجوبة من لدن الشهود او المشبوه ، بالاحتفاظ بهم رهن اشارتها بعض الوقت. وهو ما يسمى بالحراسة النظرية. والشخص الذي يخضع للحراسة يحرم من حريته في الغدو والرواح ويحجز رغم اختياره ويوضع تحت النظر يومن ثمة تسميتها ، اي نظر ممثلي القوة العمومية بمحلات واماكن هي بصفة عامة تابعة للشرطة.

والحراسة النظرية التي لا يمكن من جهة أخرى تقريرها الا من طرف ضابط للشرطة القضائية (المادة 20 من قانون المسطرة الجنائي الفرنسي) هي منظمة بمقتضى (المواد 63 الى غاية 65 من ذات القانون) بشكل يسعى الى تفادي التعسف والتعدي.

- أولا : الحراسة النظرية هي محددة من حيث المدة . ويجب أن نترك جانبا حالة خاصة : كما في حالة الاتجار أو استعمال المخدرات والتي يمكن بخصوصها ان تصل المدة اربعة ايام. لكن القاعدة العامة بالتانون العام ان الحراسة النظرية لا يمكن ان تتجاوز 24 ساعة. ومع ذلك فان مدة 24 ساعة هذه يمكن ان يتم تمديدها مدة متساوية (24 ساعة أخرى) بترخيص كتابي من وكيل الجمهورية (وقاضي التحقيق عندما يتدخل هذا الاخير ، واذا تواجدت ضد الشخص الموضوع تحت الحراسة قرائن خطيرة متسقة ومتطابقة من طبيعة من شأنها ان تحرك اتهامه.

- ثانيا ان الحراسة النظرية محاطة بقدر وعدد من الشكليات : من حيث مدة الاستماع ، وفترة الاستراحة التي تتخلل هذا الاستماع ، بداية ونهاية الحراسة النظرية وكذا اسبابها تضمن وتقع الاشارة والتنصيص عليها بمحضر الاستماع. كذلك الكناش الخاص الذي يجب ان يتوفر عليه كل مركز تابع للشرطة معد لايقوم شخص تحت الحراسة النظرية (14).

16 - مشروع قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 يسمى هذا الاجراء بالوضع تحت الحراسة. اما الاجتهاد القضائي المغربي فيستعمل تارة مصطلح الحراسة النظرية وطورا لفظ الوضع تحت الحراسة ، كما في الاحكام التي سنتطرق اليها اسفله. ويعرف مشروع

ـ ثالثاً الفحص الطبي للشخص الخاضع للحراسة النظرية يمكن ان يأمر
سه وكيل الجمهورية خلال مدة 24 ساعة الاولى. واذا تم تمديد هذه المدة
وطالب الشخص الموجود قيد الحراسة ذلك الفحص الطبي فانه يؤمر به حتماً
وبقوة القانون.

تانون المسطرة الجنائية الوضع تحت إحراسة النظرية بكونه التدبير الذي تستبقي
بمقتضاه الشرطة القضائية تحت تصرفها أشخاصاً مريبين دون أن يكونوا بعد محل تهمة
أوامر بالتوقيف. كما يشير الى التجاوزات والتعسف التي كانت سابقاً تقترب تحت ستار
هذا التدبير لانعدام أي نص إذك بالمغرب يحدد شروط استعماله بالرغم انه - يقول
المشروع - لا غنى عنه في بعض العمليات التي تقوم بها الشرطة - ومشروع قانون المسطرة
الجنائية الموماً اليه يضبط نظام الحراسة النظرية وينص على ثلاثة أحوال يجوز
استعماله فيها ضمن حدود ضيقة وهي على التوالي :

ـ حالة التلبس بالجنائية او الجنحة

ـ أثناء التحقيق (ويقصد به البحث) التمهيدي

ـ وأثناء تنفيذ الضابطة لاناية قضائية موجهة اليها من لدن قاضي التحقيق.

وتجدر الاشارة الى أن الحراسة النظرية بالنسبة للتشريع المغربي ليست محددة أصلاً
في 24 ساعة كما في القانون الفرنسي حسب التفصيل أعلاه القابلة للتدديد 24 ساعة أخرى
بالشروط المذكورة والتي حصرها المشرع الفرنسي وإنما المادة هي حسب المادة 68 في آخر
تعديل لها بموجب ظهير 18 - 9 - 1962 في حالة التلبس بالجنائية أو الجنحة 96 ساعة
ساعة يمكن تدديدها مدة 48 ساعة بإذن كتابي يصدره وكيل الملك بالنسبة للجنح والوكيل
العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالنسبة للجنائيات. أما فيما يخص سلامة الدولة
الداخلية أو الخارجية فإن هذه الآجال تضاعف.

ـ وهذه المادة المحددة في 96 ساعة القابلة للتدديد مدة 48 ساعة هي المادة نفسها
المسموح بها لا ضابطة عند البحث التمهيدي أي عند انعدام حالة الجرم المشهود أو التلبس
ذلك ان المادة 82 من قانون المسطرة الجنائية المغربي حسب تعديلها بموجب ظهير 18 - 9
الاجراءات تستبقي لديها الشخص 96 ساعة قابلة للتدديد مدة من ثمان وأربعين ساعة
62 تسمح لا ضابطة عندما يتعلق الامر بجريمة معاقبة بالحبس وتوقف البحث على هذا
أخرى وفي نظرنا فإنه يذعن التشدد بخصوص تمديد الحراسة في هذه الحالة الثانية التي
ليست حالة التلبس ذلك ان أي تجاوز يكون دون مسوغ ومبرر قانوني وهذا التشدد ليس
من صنع وحبنا أو تخيلنا وابتكارنا بل أنه من صميم وحي المشرع ذاته الذي استلزم أن
نكون الافعال معاقبة بعقوبة حبسية من جهة وأن تقتضي ضرورة البحث ذلك وكلمة
ضرورية لها وزنها ودلالاتها وليست موضوعة اعتباطاً. والمشرع عبر أيضاً بلغة أن التمهيد

جزء المخالفات المقررة أثناء الحراسة النظرية

إذا لم يتم احترام هذه المقتضيات التي تحمي الحرية الفردية
ماذا سيكون الجزاء المترتب عن ذلك ؟

لقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن الجزاء يتمثل احتمالا في
المسؤولية الشخصية لضباط الشرطة القضائية وليس في بطلان

=

يصدر بصفة استثنائية (والاستثناء يجب أن يبقى ضيقا كما تقضى به أبسط التواعد
الفقهية) وما يستبعد أي تلقائية في التمديد ومقرر النياية العامة يجب أن يكون معللا بأسباب
عند عدم تقديس الشخص أمامها عند التمديد وفي نظرنا فإنه كان يجب تمييز هذه الحالة
الثانية عن الحالة الأولى الخاصة بالمتلبس وذلك على مستوى التشريع والانتقاص من مدة
الحالة الثانية.

فهكذا نجد مثلا أن المادة 197 من المرسوم الاشتراكي رقم 54 اللبناني كانت تنص
على أنه يمكن لرجال الامة في حالة الجرم المشهود (أي المتلبس به) توقيف الأشخاص^{٢٦}
من تلقاء أنفسهم وذلك في الجنائيات المشهودة والجنح المشهودة التي تكون عقوبتها الحبس
وأنه يجب سوق وتقديم الموقوفين إلى السلطة القضائية ضمن المهلة التي يسمح بها
إلبحث على أن لا تتجاوز هذه المهلة الأربع وعشرين ساعة. إلا أن المادة 25 من المرسوم
رقم 1459 ألغت نص المادة 197 كما استعيد أعلاه واستعاضت عنه بنص مفاده أنه
بوسع رجال الامن في حالة الجريمة المتلبس بها توقيف الأشخاص من تلقاء أنفسهم وذلك
في الجنائيات والجنح المتلبس بها المعاقبة بالحبس على أن يعلموا بذلك اداعي العام الذي
حصل الجرم في دائرة اختصاصه وأن يتقيدوا ويمثلوا لتعليماته وأوامره. وفيما عدا الجريمة
المتلبس بها منعت المرسوم الاشتراكي اللبناني رقم 54 على الضابطة التوقيف إلا بناء
على مذكرة أو امر من السلطة المختصة.

- وهذا الأجل الذي تضمنته كلا من المادة 68 و 82 من قانون المسطرة الجنائية
المغربي بخصوص الحراسة النظرية هو نفسه المسموح به للضابطة عندما تقوم بتنفيذ
قضائي وارد عليها من طرف قاضي التحقيق. كل ما في الامر أن اإشروع عكس الآبة فالمادة
169 من قانون المسطرة الجنائية المغربي في آخر تعديلها بموجب ظهير 18-9-1962 تلزم
الضابطة في حالة تنفيذ انتداب قاضي التحقيق ان تقدم امامه الشخص أو الأشخاص داخل
إجل 48 ساعة فقط (بينما في الحالة الأولى الخاصة بالمتلبس والحالة الثانية الخاصة
بالبحث التمهدي فان اادة محددة مبدئيا في 96 ساعة) وأن قاضي التحقيق هو الذي يقرر
منح الاذن الكتابي للتمديد لمدة 96 ساعة أخرى اذا تبين له مبرر أو مسوغا لذلك.

المسطرة المعيبة (15) اذا على اي حال لم يتم اثبات ان البحث واثبات الحقيقة كانا معييين بصفة اساسية وجوهرية وانه بناء على ذلك تم انتهاك وخرق حقوق الدفاع . ولعدم امكانية الادلاء بهذه الحجة التي تنقسم في معظم الاحوال بالصعوبة فان المحاضر ونتائج محاضر الاستماع المعيبة يمكن التمسك بها. هذا الاجتهاد القضائي تم تأكيدده بمقتضيات عامة ادخلها قانون سادس غشت 1975 بقانون المسطرة الجنائية (المادة 802).

تدخل وكيل الجمهورية (المادة 68 التي غايتها 71 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي)

17 - ان المادة 69 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تنص بدورها على ضرورة التوفر على كفاية مماثل بكل مركز من مراكز الشرطة أو الدرك من المحتمل ان ياولى تسخما تحت الحراسة.

- اذا اخذنا على وجه مقارن قانونا كالتانون اللبناني مثلا فإنه منع ضابط الشرطة القضائية من إبقاء المشبوه فيه موقفا دون التوفر على سند قضائي يبرر هذا الإبقاء وإن العقوبات أي التانون الجنائي ، وقد اشارت الى هذا المنع - كما أنه ضم ذلك لإستاذ عاطف النقيب في مؤلفه أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة (منشورات عويدات 1986 ص 400) - المادة 200 من المرسوم لإستراكي رقم 54 اللبناني التي نصت على ان رجال إامن الذين يوقفون أشخاصا في غير الحالات المنصوص عليها في القانون يستهدفون ويتعرضون للعقوبات المنصوص عليها في القانون يستهدفون ويتعرضون للعقوبات المنصوص عليها في المادة 367 من قانون العقوبات.

كما منعت المادة 212 من المرسوم اللبناني الأستراكي رقم 54 على رجال قوى إلان في غير الحالات التي ينص عليها القانون ان يزجوا الناس في حريتهم الشخصية أما قانون «مجلة لإجراءأت الجزائية التونسي» لسنة 1968 فيبدو أنه لم يحدد إي أجل صريح الحراسة النظرية وهو الأمر الذي كان منتقداً فالمادة 19 مثلا منه تنص على أن الشكايات والإعلامات والمحاضر توجه «فورا» من طرف ضباط الضابطة القضائية الذين تلقوها الى وكيل الجمهورية. كما ان المادة 12 منه أكتفت بدورها بالتنصيص على أن حكام النوادي (وهم حسب المادة 10 من الضابطة القضائية التي يسميها القانون التونسي أوما اليه الضابطة العدلية) لهم الحق في إيقاف المظنون فيهم مؤقتا بالسجن بشرط تنفيذهم «فورا» إلى أقرب محكمة ، ويظهر جليا أن المشرع التونسي يعبر هنا أيضا بلفظ «فورا» دون تحديد أجل وهو أمر غير مألوف في نظرنا. وتنص المادة 11 منه على ان مامورو

نعرف بأن ضابط الشرطة القضائية الذي انتقل الى الامكنة قد اطلع على الفهر وكيل الجمهورية الذي تمارس تحت اشرافه الشرطة القضائية (المادة 92). وعليه فان وكيل الجمهورية بوسعه اذا رأى اذ ذلك ضروريا ان يحضر بنفسه الى الاماكن. وحضوره يرفع اذن يبد ضابط الشرطة. ويقوم وكيل

الضابطة العدلية الذين يعتبرون مساعدي لوكيل الجمهورية ولهم في الجنايات والجنح الضابطة العدلية الذين يعتبرون مساعدي لوكيل الجمهورية ولهم في الجنايات والجنح المتلبس بها ما له من الشلط يجب ان يعلمون بحال بما قاموا به من الاعمال ، وهذا التعبير «بحال» له في نظارنا نفس المعنى لفورا. والمادة 15 منه تنص بدورها على انه يحق لمشاخ التراب وهم الطبقة الخامسة من مأموري الضابطة العدلية بتونس (علما بأن هذه الاخيرة هي 7 طوائف حسب المادة العاشرة) ان يقبضوا على كل من ادركون حال تلبسه بجنحة او جناية وان يحضروه امام المحكمة او امام أحد مأموري الضابطة.

- بقي ان نتساءل عن موقف المشرع المغربي وكذا الاجتهاد القضائي من الاخلالات التي قد تقع أثناء الحراسة النظرية ؟

ان قانون المسطرة الجنائية المغربي ينص في المادة 765 على ان كل إجراء يامر به هذا القانون ولم يتبث انجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز مع مراعاة مقتضيات المادة 498. وقد وقع نقاش بهذا الشأن نقاش حول تفسير المادة 765 هذه بين الاستاذ الخليلي والقاضي الاستاذ اليوسفي المهدي تم نشره بكل من مجلة القضاء والقانون في عددها رقم 133 - 134 ص 135 ومجلة المحاكم المغربية في عددها 45 ستمبر - أكتوبر 1986 ص 41. كما ان المادة 769 من قانون المسطرة الجنائية حسب تعديلها بظهير 9 - 6 1960 تنص على ان خرق الاجراءات الجوهرية التي تمس بحقوق الدفاع يترتب عنه وحده دون سواء البطلان.

ومن الاجتهادات القضائية بهذا الصدد تشير الى حكم لمحكمة العدل الخاصة ورد بتعليه «وحيث ان مراعاة ما هو مأمور به قانونا بشأن الوضع تحت الحراسة المنصوص عليه في الفصل 82 من قانون المسطرة الجنائية هو من اجراءات الجوهرية للمسطرة وان الاخلال بها يدخل في نطاق ما نص عليه الفصل 765 من قانون المسطرة الجنائية والذي يعد بمقتضاه كل إجراء لم ينجز على الوجه المطلوب قانونا كأنه لم ينجز.

وحيث المحاضر الخاصة بالاستماع الى المتهمين المدنيين سواء المتقدمون منهم بالدفع او غيرهم قد حررت أثناء فترت الوضع تحت الحراسة المنجزة كما سبق بيانه على وجه غير قانوني فإنه يتعين بناء على ذلك ابعادها عن الإلف».

- وحكم لغرفة الجنايات باستينافية الرباط مؤرخ في 1 - 7 - 1982 ورد بتعليله «ان مدة الحراسة استغرقت 255 ساعة وهو يتنافى مع مقتضيات الفصلين 68 و 82 من قانون المسطرة الجنائية التي تحدد الحراسة النظرية في 96 ساعة وبالتالي يترتب عنه وفق ما

الجمهورية وقتئذ بجميع إجراءات الشرطة القضائية الموصى إليها الا اذا فضل اعطاء اوامره للشرطة القضائية لمقابلة العمليات (المادة 68 اعلاه) 16.

بالاضافة فان وكيل الجمهورية ، الذي يمكن ان يتجلى تدخله، كما رأينا فسي استقدام الشاهد الممتنع بواسطة القوة العمومية او فسي الترخيص بالتمديد للحراسة النظرية لمدة 24 ساعة ، يتوفر ايضا على سلطات خاصة به:

- في حالة التلبس بالجناية ، بوسعه اصدار امر باستقدام (19) اي شخص مظنون مشاركته في الجريمة ، ويستنطق وكيل الجمهورية فوراً الشخص المقدم اليه على هذا النحو ، وان حضر من تلقاء نفسه بعمية احد المحامين فانه يتعين استنطاقه بمحضره (المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي).

- وفي حالة التلبس بالجنحة باستثناء بعض الجنح أو بعض المجرمين

=

ينص عليه الفصل 765 من قانون المسطرة الجنائية اعتباره كأنه لم ينجز لانه إجراء لم يثبت انجازن على الوجه الذي يفرضه القانون فيجوز إذن استبعاد محضر استماع المتهم). وبخصوص هذا القرار الأخير الذي عرض على المجلس الأعلى للنقض صرح بشأنه بموجب قراره عدد 6846 بتاريخ فاتح نونبر 1983 مله جنائي رقم 17 196 « لما لاحظت المحكمة أن مدة حراسة المتهم النظرية استغرقت أكثر من 96 ساعة المحددة قانوناً وترتبت على ذلك استبعاد محضر الضابطة القضائية ثم عادت وأدانت المتهم بناء على اعترافه الوارد في المحضر المذكور تكون قد بنت قضاءها على علل متناقضة مما يجعل حكمها ناقص التعليل يوازي انعدامه ».

18 - تنص المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بحورها على أن أصول وكيل الملك الى مكان الجريمة يرفع يد ضابط الشرطة القضائية عنها. ويقوم حينذاك وكيل الملك بجميع أعمال الشرطة القضائية المنصوص عليها في هذا الباب. ويمكنه أن يأمر بالضابطة بمتابعة العمليات.

19 - تنص المادة 75 من قانون المسطرة الجنائية المغربي هي الاخرى على أنه يجوز للوكيل العام للملك في حالة التلبس بالجناية اصدار أمر باستقدام كل شخص مظنون مشاركته في الجريمة وهذا فيما اذا كان قاضي التحقيق لم يضع يده على القضية. ويستنطق الوكيل العام للملك فوراً الشخص المقدم اليه وأن حضر من تلقاء نفسه بعمية أحد المحامين فيتعين

=

(المادة 39 - 6 من قانون المسطرة الجنائية) فان وكيل الجمهورية يمكنه ان يقدم المتهم مباشرة امام المحكمة. واذا كان انعقاد جلسة المحكمة غير ممكن في اليوم نفسه فانه بوسعه ان يلتمس (يطلب) من رئيس المحكمة وضع المتهم تحت نظام الاعتقال الاحتياطي الى حين احضاره امام المحكمة في اول يوم تفتتح فيه الجلسة (المادة 396).

هذه السلطات لا تمنح لوكيل الجمهورية الا في حالة عدم حضور قاضي التحقيق بالاماكن.

تدخل قاضي التحقيق (المادة 72 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي) (20).

ان قاضي التحقيق عندما يصله نبأ وقوع جنائية او جنحة متلبس بها بوسعه ان ينتقل في الواقع ، بصفة شخصية الى الامكنة. وحضوره يرفع يد لا فقط ضباط الشرطة القضائية ولكن ايضا وكيل الجمهورية.

فقاضي التحقيق هو بالتالي وحده (ما لم يفضل ترك الشرطة القضائية تقنايع العمليات) الذي يسير اذك البحث.

وبهذا الخصوص ، تقول المادة 72 « يقوم بجميع اجراءات الشرطة القضائية ». وهذا التعبير يوحي بان قاضي التحقيق لا يتصرف في هذه الحالة كقاض. والنتيجة هي انه عند انتهاء العمليات يتعين عليه ارسال وثائق

استنطاقه بمحضره ومن ثمة يبجو التأثير الظاهر للمادة 17 بالمادة 70 فرنسي ، والمادة 17 تنص على ان الوكيل العام للملك يتخذ هذا الامر بالاستقدام على النحو السابق الذكر اذا لم يكن قاضي التحقيق قد وضع يده على القضية ، ويستنطق الوكيل العام للملك فوراً الشخص المتقدم اليه وأن حضر من تلقاء نفسه بمعية أحد المحامين فيتعين استنطاقه بمحضره ومن ثمة يبجو التأثير الظاهر للمادة 17 بالمادة 70 فرنسي.

20 - ان المادة 17 من قانون المسطرة الجنائية تنص هي الاخرى على أنه إذ حضر قاضي التحقيق الى عين المكان فإن الوكيل العام للدقي وضباط الشرطة القضائية يتخلون له عن النازلة بموجب القانون ، فيقوم اذك بجميع أعمال الشرطة القضائية وله أن يأمر ايا من ضباط الشرطة القضائية بمتابعة العمليات، وبمجرد انتهاء تلك العمليات يرسل قاضي التحقيق الى الوكيل العام للملك جميع وثائق التحقيق ليقرر فيها ما يقتضيه اللازم.

البحث الى وكيل الجمهورية كما يفعله اي ضابط للشرطة القضائية. وعند النظر في نتائج البحث (وهذا هو المتوخى من البحث) فان وكيل الجمهورية يكون قادرا على تقدير ملاءمة المتابعات وكذا الطريقة التي يتعين بموجبها البدء فيها. وانه فقط عندما يتطلب الامر اجراء وفتح تحقيق (والذي ليس بصفة عامة الا اختيارا في الجنج) (21) يناط بقاضي التحقيق التصرف كقاض وذلك تبعا للقواعد التي تنظم التحقيق الاعدادي -

البحث التمهيدي (المادة 75 الى 78 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسية).
هدف وموضوع البحث التمهيدي :

● ان البحث التمهيدي (22) يستهدف كالبحت في حالة الجريمة المشهودة المتلبس بها اعطاء النيابة العام وسيلة لتقرير المتابعات. والشرطة القضائية تقوم به ليس فقط من تلقاء نفسها وانما غالبا تبعا لطلب النيابة العامة عندما يريد ممثلها قبل اتخاذ قراره الحصول على توضيحات خاصة بظروف الجريمة.

بيد ان البحث التمهيدي لا يتطلب ان نكون امام جريمة متلبس بها التي تفرض خلالها ضرورة التعجيل بضبط ادلة الجريمة مضاعفة اشكال التحريات وتضفي الشرعية على الانتهاكات الجسيمة التي تطل حرمة المسكن والملكية الخاصة.

21 - اذا كان التحقيق اختياري في الجنج والزامي في الجنايات بفرنسا فانه بالنسبة للمغرب فانه بموجب المادة السابعة من ظهير الاجراءات الانتقالية المرخ في 28-9-1974 فان التحقيق لم يعد الزاميا الا في الجنايات المعاقبة بالسجن المؤبد أو الاعدام واختياريا في غيرها من الجنايات. ولا يجري التحقيق في الجنج الا تطبيقا لنص خاص كما ان المادة 20 من نفس الظهير تنص على أن جميع الجنايات المنتزفة من لدن الاحداث تحال على التحقيق.

22 - عالج المشرع المغربي حالة التلبس بالجنايات والجنج بموجب المواد 58 الى 79. أما البحث التمهيدي في المواد 80 الى غاية 83 من قانون المسطرة الجنائية. والبحث التمهيدي بالمغرب يقوم به ضباط للشرطة القضائية اما بتعليمات من وكيل الملك أو تلقائيا وهي عمليات تخضع الى نظر رئيس النيابة العامة.

ونتيجة ذلك ان عمليات الشرطة القضائية التي يشملها البحث التمهيدي هي ضئيلة في قدرها وعددها : فقانون المسطرة الجنائية لا ينص الا على التفتيش والحجز من جهة والاستماع (محاضر الاستماع) والحراسة النظرية للشهود من جهة اخرى. يضاف الى ذلك ان السلطات الممنوحة للضباط الباحثين - هي على الاقل نظريا - ضئيلة. وهكذا فان التفتيش والحجز هما غير مرخص بهما الا تحت شروط ضيقة.

التفتيش والحجز (المادة 76 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي)

● هذا التفتيش والحجز في حالة البحث التمهيدي يخضع للقواعد المنصوص عليها بخصوص التفتيش والحجز في حالة التلبس بالجريمة وذلك فيما يخص الساعات المرخص بها ، واحترام السر المهني وحقوق الدفاع ، وانجاز المحاضر واحضاء ووضع المحجوز تحت الاختتام.

بل اكثر من هذا وهنا يكمن الفارق الهام ، ان التفتيش والحجز في حالة البحث التمهيدي لا يمكن اجراؤه (باستثناء حالة المس بامن وسلامة الدولة) دون رضى صريح من لدن الشخص الذي تجرى العملية في مواجهته. وهذا الرضى يجب ان يكون موضوع تصريح كتابي محرر بيد الشخص المعني بالامر.

وفي الحقيقة فان الشك حاصل في ان يكون هناك فارق ذي اهمية ذلك انه غالبا ما يتردد الشخص في الابداء لموافقته خوفا من ان يبادر ضابط الشرطة القضائية الى اثاره والتمسك بضرورة البحث التمهيدي ويطلب منه ان يتبعه الى المركز للاستماع اليه حيث يتم اخضاعه للحراسة النظرية.

الاستماع الى الشهود والحراسة النظرية (المادة 77 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي).

ان قانون المسطرة الجنائية ينص فعلا على الامكانية التي يتوفر عليها ضابط

الشرطة القضائية والمتمثلة في اخضاع اي شخص الى الحراسة النظرية تجرد من البحث التمهيدي ضرورة الاحتفاظ به للاستماع اليه.

وخلال هذه الحراسة النظرية فان الشخص موضوع الحراسة يكون رهن اشارة الشرطة ويمكن بالتالي استجوابه. وسير الاجراءات هو نفسه بخصوص الحراسة النظرية في حالة البحث عند التلبس بالجريمة الموماً اليه والذي يمكن ان نحيل عليه : فالشكلية هي متماثلة (الاشارة الى مدة الاستماع ، الفحص الطبي المحتمل) والمدة القصوى هي بدورها شبيهة سواء في حالة الاتجار او استعمال المخدرات والمحدد في أربعة ايام او في القانون العام والمحددة في 24 ساعة قابلة للتديد لاجل جديد مدته 24 ساعة بترخيص عن وكيل الجمهورية والذي يمكن من جهة أخرى منحه «بصفة استثنائية» دون تقديم الشخص الذي يتم تمديد الحراسة في حقه أمام وكيل الجمهورية. واستنطاقه من لدن هذا الاخير (المادة 77).

خلاصة بخصوص ابحاث المرحلة البوليسية

من الزاوية العملية فان البحث التمهيدي يعطي للباحثين سلطات فعلية تكاد تكون ايضاً واسعة كما في حالة التلبس بالجريمة. ويلتقي في الواقع هاذان الشكلا من المرحلة البوليسية للافتراق عن التحقيق الاعداي.

ذلك انه خلال هذا التحقيق فان الشخص الذي تسند اليه جريمة يتمتع فعلاً كما سيبيئه الفصل الآتي بضمانات اكثر عدداً وجدية.

007520. Ar

p. 151 → p. 154

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007520 Ar
تاريخ 2013/10/05
جنيذة

- البحث ، الاثبات ومسطرة الحجز على ضوء التشريع الغابوي

الأستاذ الكبير بوخديمة

نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بمكناس

1) البحث التمهيدي :

● يمارس مهندسوا ومأموروا ادارة المياه والغابات أعمال الشرطة القضائية في حدود ظهير 10/10/1917 الذي حدد الجرائم التي يقومون فيها بالبحث التمهيدي والصلاحيات التي يتمتعون بها. وفي هذا الاطار يقومون بجمع الادلة والنثبات من وقوع الجريمة والبحث عن مرتكبيها بالسرعة التي يرونها ضرورية واثباتها في محاضر ، ولا تقتيدهم في ذلك الشكليات المفروضة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة.

وعليه تقوم الأطر التقنية التابعة لهذه الادارة بوصفهم أعوانا للشرطة القضائية بالبحث ومعاينة الجرائم التي ترتكب اخلايا بالتشريع الغابوي ، كما يحق لهم الاستنجاذ مباشرة او عن طريق الكتابة بالقوة العمومية من أجل تسهيل مأموريتهم ، وكذا حجز المحصولات الغابوية المأخوذة أو المبيعة خلافا لمقتضيات القانون.

كما منحهم الظهير أيضا حق حجز الدواب الذي يعثر عليها داخل الغابة في حالة الاخلاخ وكذا العربات وكل وسائل النقل المستعملة من طرف المخالفين ووضعها تحت الحراسة ويرخص لهم كذلك تتبج اثر الاشياء المأخوذة دون موجب قانوني من الغابة الى حيث يعتقد أنها وضعت فيه أو دلتهم عليها بعض الدلائل أو شهادة جديفة وحجزها ، غير انه يحرم عليهم دخول

المنازل والمعامل والافنية المتصلة بها والحضائر الا اذا كان ذلك برفقة أحد ضباط الشرطة القضائية الوارد ذكرهم في المادة 20 من ق.م.ج والذي يتعين عليه التوجه حين صحبتهم الى عين المكان وامضائه لمحضر البحث الذي حضره.

(2) الاثبات :

تنص المادة الخامسة والستون من الظهير الغابوي على ان المحاضر التي يتولى مهندسوا ومأمورا ادارة المياه والغابات تحريرها تعد حجة صحيحة ووسيلة اثبات تنتج جميع آثارها القانونية بالنسبة للوقائع التي تشهد بها ، مهما كان مقدار العقوبة الناتجة عنها ، شرط ان تكون موقعة من طرف موظفين اثنين ما لم يقع ادعاء الزور فيها. وفي حالة وجود محضر موقع من طرف موظف واحد فان الحجة صحيحة أيضا ما لم يتم الطعن فيها بادعاء الزور ، شرط الا تكون العقوبة المترتبة تفوق حدا معيناً.

- الطعن في المحاضر الغابوية : بالرغم من اعتبار المحاضر التي يحررها الأعدان المختصون التابعون لهذه الادارة حجة صحيحة ووسيلة اثبات بالنسبة للوقائع التي تضمنتها ، فان ظهير 10 أكتوبر 1917 لم يضيف عليها الصفة القطعية حيث اجاز امكانية الطعن فيها بادعاء الزور اما مباشرة أو بواسطة وكيل ، وذلك بالتصريح أمام كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة قبل التاريخ المحدد للمحاكمة ، فاذا تأكد للمحكمة ان الادعاء يقوم على أسس صحيحة اعتبرت المحضر المطعون فيه دون القيمة القانونية فتسعى بعدئذ بمتابعة جريمة الزور حسب القوانين ، واذا تأكد لها العكس ووجدت حجة المدعي باطلة او لم يتم المدعي باللوازم المقررة فتترد المحكمة دعواه وتصدر حكمها ويعاقب المدعي طبقاً للقانون.

- تقادم المحاضر الغابوية : بالرجوع الى ظهير 10 أكتوبر 1917 نجد ان التقادم من حيث مدته على نوعين :

* تقادم المحاضر الغابوية بانقضاء مدة ستة أشهر على تحريرها
ابتداءً من تاريخ ختمها.

* تقادم الدعاوي التي يكون محلها احياء الغابة ذات الاشجار أو شطب
اخلالا بمقتضيات الفصل 24 من الظهير المذكور ، بمرور سنتين شمسيتين
على وقوع الاحياء دون أن يكون هذا الاخلال مثبت في محضر.

(3) الحجز :

(أ) مسطرة الحجز : كل ما حجز من البهائم التي يعثر عليها في المراعي
اخلافا للقوانين ، والمحصولات ، المأخوذة من الغابة بغير حق توضع تحت
الحراسة لدى شخص موثوق به ، موسر وقاطن قرب المكان الذي ارتكبت
فيه الجريمة.

وعندما يستخلص من محتوى تقرير الحجز ان المنتوجات الموضوعة تحت
الحراسة مصدرها الملك الغابوي تأمر ادارة المياه والغابات ببيعها في مزايحة
علنية لصالح الدولة في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ الحجز حسب الشروط
المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 64 من الظهير المذكور ما لم
تقرر الادارة الاحتفاظ بها.

وعندما ينصب الحجز على ماشية أو عربات أو بهائم ، أو على منتوجات
غير صادرة عن الملك الغابوي للدولة توجه نسخة من محضر الحجز بمجرد
ختمه وفي حدود ثلاثة أيام الى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية المختصة
حتى يتسنى لمن يدعي أن الاشياء المشمولة بالحجز جارية في ملكه أن يطلع
على النسخة المذكورة.

وعند وقع الحجز تعطى نسخة لمن توضع تحت يده الأشياء.

(ب) رفع الحجز : يمكن للقاضي أن يأمر برفع الحجز عن الاشياء المشار
اليها مؤتمتا اذا طلب منه ذلك ، شرط أن يؤدي صاحبها صوائر الحجز وأن

يخضّر ضمانّة ، واذا لم يطلب أحد البهائم أو الاشياء المحجوزة في ظرف ٢٤ أيام من تاريخ حجزها أو طلب ذلك، ولكن عجز صاحبها عن الاتيان بالضامن فيأمر ببيعها بواسطة السمسة.

ج) مسطرة بيع المحجوز : يتم البيع بالمزايدة العلنية بواسطة كاتب الضبط ويعلن عن هذا البيع بـ 24 ساعة قبل وقوعه ويخضم من الناتج صوائر الحجز والبيع ثم تعويضات الحسائر ويسلم الباقي الى مستحقه.

واذا كان المحجوز بهائم وكان صاحبها معروفا فلا يباع منها الا ما هو ضروري لتغطية المبالغ المحكوم بها نقدا.

وفي حالة البراءة يرجع لصاحبها جميع الثمن الذي بيعت به وتبقى صوائر الحجز والبيع في ذمة ادارة المياه والغابات ، واذا لم يتقدم صاحب البهائم الا بعد بيعها وكانت المحكمة أبرأته فلا يرد له الا ثمن البيع بعد خصم الصوائر.

بقلم الأستاذ : الكبير بوخيمة
نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية
بمكناس

007521 Ar

p. 155 → p. 166

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطابعة والاستنساخ

رقم 007521 تاريخ [] جريدة []
Ar الاختصاص المكاني في دعاوي
اشكالية التنفيذ المؤقتة

الأستاذ محمد النجاري رئيس المحكمة الابتدائية بنازة

● ان المشرع حين احداثه للمحاكم سواء كانت ابتدائية أو استئنافية عادية أو استئنائية يحدد دائرة نفوذها بذكر المناطق والجماعات التي تشملها سلطة كل محكمة وذلك تمشيا مع مبدأ تقريب القضاء من المتقاضين ومع أهداف أخرى ترجع بالنفع العام على القضاء والمتقاضين.

ومن المعلوم ان الاختصاص المكاني الذي يهدف الى تحقيق منفعة فردية يبقى حقا خاصا مما يدخل في اطار القواعد القانونية المكملة التي يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها أو التنازل عنها وانه تطبيقا للفصل 16 من قانون المسطرة المدنية المغربي يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع وان على من يثير الدفع أن يبين المحكمة المختصة التي ترفع اليها القضية فهل ينطبق ذلك على دعاوي اشكاليات التنفيذ المستعجلة؟

ان هذه الدعاوى تجد سندها القانوني في اطار الفصل 149 وما بعده و 436 من قانون المسطرة المدنية وذلك أن الفصل 149 ينص على انه «يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبث بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ (.....) كما أن الفصل 436 من ق م م يشير الى انه « اذا اثار الأطراف صعوبة واقعية أو قانونية لايثاق تنفيذ حكم أو تأجيله احيث الصعوبة على الرئيس من لدن المنفذ له أو المحكوم عليه أو العون المكلف بتبليغ أو تنفيذ الحكم.....»

ومن خلال هذين النصين يتبين أن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالبت في الصعوبات الواقعية أو القانونية التي تعترض التنفيذ وقد يشاركه في ذلك الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعروض عليها النزاع في الجوهر مع وجود خلاف فقهي حول هذه المشاركة وحول بدايتها ونهايتها والتي اثارت جدلا فقها وقضائيا عريضا على انسي سأقتصر في بحثي المتواضع هذا على إبراز التساؤل حول رئيس المحكمة المختص مكانيا للنظر في هذه الصعوبات ذلك أن الفصل 439 ق.م.م. في فقرته الأخيرة ينص بالحرف : «يمكن لكتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم ان تنوب عنها كتابة ضبط المحكمة التي يجب أن يقع التنفيذ في دائرتها القضائية» ومن خلال هذه الفقرة يتبين ان اجراءات التنفيذ قد تباشر بمحكمة غير المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه وكثيرا ما يقع هذا ذلك ان كل محكمة بل وكل مركز قضائي مهما صغر لا يخلو من ملفات تنفيذية مفتوحة لديه بناء على انتداب من طرف المحكمة المصدرة للحكم وأن مرحلة التنفيذ تعتبر مرحلة مهمة وحاسمة قصد ايصال الحقوق لأصحابها مما يعتمد معه بعض المحكوم عليهم الى سلك عدة مساطر لمحاولة عرقلة التنفيذ أو تأجيله كادعاء وجود الصعوبات أو ادعاء ملكية المنقول أو العقار المحجوز أو طلب المهل الاستعطفية أو رفع الحجز لدى الغير.....

كما ان مأمور التنفيذ نفسه تستشكل عليه أحيانا بعض الامور مما يضطر الى عرض ما يراه من اشكاليات على الرئيس ومعلوم ان هذا الاخير هو المؤهل قانونا للقول بمدى وجود الصعوبة من عدمها علما بانه متى كان رئيس المحكمة المعروضة عليه الصعوبة هو نفسه رئيس المحكمة المصدرة للحكم انتخت اشكالية الاختصاص المكاني لكن هذه الاشكالية تثار في حالة الانتداب المذكور طبقا للفصل 439 من ق م م مما يتعين معه التساؤل حول من يختص بالبت في اشكالية التنفيذ اهو رئيس المحكمة المصدرة للحكم أم هو رئيس المحكمة المنتدبة لتنفيذه .؟

ان المشرع المغربي وان كان لم يفرد نصا خاصا بالنسبة للاختصاص المحلي في الدعاوى الاستعجالية الا أنني أعتقد ان القواعد العامة تبقى قابلة للتطبيق كغيرها من القواعد الأخرى المتعلقة بالأهلية والصفة والمصلحة الا ما كان منها منافيا لطبيعة الاستعجال وعليه فان الاختصاص المحلي لقاضي المستعجلات يبقى قابلا للتطبيق في مثل هاته الدعوى ذلك ان اختصاص هذا القاضي تنظمه النصوص المتعلقة بالاختصاص المحلي عموما وهذا ما ذهب اليه د. العلوي العبدلاوي في بحثه المتعلق بالحراسة القضائية المنشور بالمجلة القضائية العربية عدد 1 ص 89 موضعا بان بعض التشريعات العربية أفردت نصا خاصا بالاختصاص المحلي في الدعاوى المقدمة لاتخاذ اجراءات وقتية كما ان ذ رشيد الصباغ ذهب في دراسته المعنوية بالقضاء المستعجل ونظرة المشرع العربي اليه المنشورة ضمن كتاب ندوة القضاء المستعجل 1986 الصادر عن المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالرباط الى انه لم يرد أي نص يحدد اختصاصا محليا للقاضي المستعجل يختلف عن الاختصاص المحدد بمقتضى القواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية بالنسبة لكافة المحاكم والاصل في القواعد العامة أن يعقد الاختصاص المحلي للمحكمة التي يوجد بدائرتها مقر المدعى عليه.....) «وقد جاءت في كتاب قضاء الامور المستعجلة لمحمد علي راتب وصحبه جزء 1 ص 10 طبعة 6 : «انه يجوز ابداء الدفع بعدم الاختصاص أمام القضاء المستعجل اسوة بالقضاء العادي الموضوعي فاذا خالف المدعي عند رفع دعواه المستعجلة قواعد الاختصاص المحلي حق لخصمه أن يدفع بعدم الاختصاص وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام».

وفي هذا الاطار صدر الامر الاستعجالي عدد 553 بتاريخ 11/6/83 في الملف عدد 83/425 بابتدائية فاس قضى بعدم الاختصاص المحلي واحالة للملف على المحكمة الابتدائية بصفرو وبعد أن اثار المدعى عليه هذا الدفع.... وكان الامر يتعلق بطلب حراسة قضائية «غير منشور».

لكن هل ينطبق هذا على دعاوى اشكاليات التنفيذ المستعجلة ؟ وهل يمكن الدفع بعدم الاختصاص المحلي من طرف ذي المصلحة ؟.

أعتقد انه لا وجود ما يمنع مراعاة الاختصاص المحلي عند النظر في هذه الدعاوى الا انني أعود وأطرح التساؤل السابق حول أي الرئيسين يكون مختصا بالنظر في الصعوبات اهو رئيس المحكمة الابتدائية المصدرة للحكم أم هو رئيس المحكمة المنتدبة لتنفيذه ؟ ولنفرض ان النزاع في الجوهر معروض على أنظار محكمة الاستئناف فهل يزاحم الرئيس الاول الرئيسين السابقين في هذا الاختصاص ؟.

لقد ذهب البعض الى ان رئيس المحكمة الابتدائية المصدرة للحكم يبقى مختصا في كل الاشكاليات التي تظهر أثناء التنفيذ وان سلطة رئيس المحكمة المنتدبة للتنفيذ لا تتعدى حدود الانابة القضائية التي تنحصر في اتخاذ اجراءات التنفيذ دون الوصول الى حد ايقاف التنفيذ اذ ان سلطة التنفيذ مازالت بيد المحكمة المصدرة للحكم والى رئيسها يرجع أمر البت في طلب ايقاف التنفيذ عند اثاره صعوبة مادية أو قانونية وفي هذا اطار صدر الامر الاستعمالي عدد 892 بتاريخ 83/10/27 في الملف المستعجل عدد 83/195 بابتدائية فاس «غير منشور» قضى بصرف النظر عن الطلب مستدلا بقرار محكمة الاستئناف بفاس عدد 1302 الصادر بتاريخ 81/6/16 في الملف المدني عدد 81/569 والذي ذهب في نفس الاتجاه كما ان المعلقين على قانون المسطرة المدنية المغربي نصوا في كتابهم التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي في ضوء الفقه والقضاء بالحرف : « ففي حالة انابة محكمة ابتدائية في تنفيذ الحكم من لدن كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم او من لدن محكمة الاستئناف في حالة الغاء الحكم المطعون فيه تكون المحكمة التي أصدرت الحكم هي المحكمة المختصة بنظر صعوبات التنفيذ المطروحة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 من ق. م.م معلقين بذلك على الفصل 436 في الصفحة 333 ج 2.

في حين يرى البعض الآخر ان الاختصاص المكاني يعود لرئيس المحكمة

التي يجري بدائرتها التنفيذ وهكذا جاء في بحث ذ. عبد الله الشرقاوي المنشور بمجلة القضاء والقانون عدد 128 ص 35 ما نصه « وعلى هذا نستطيع أن نقرر بأن قاضي المستعجلات المختص بالبت في الصعوبات في التنفيذ هو الذي يجري التنفيذ بدائرة نفوذ المحكمة التي يمارس بها قضاءه سواء تعلق الامر بتنفيذ حكم ابتدائي أو حكم استئنائي» كما ان ذ عبد القادر الرفاعي اثار في بحثه المنشور بمجلة المحاماة عدد 20 ص 109 الى ان الصعوبة لا يمكن ان يبت فيها الا رئيس محكمة مكان التنفيذ مستدلا بتعليق ذ ادولف على الفصل 436 من ق.م.م.م في كتاب تعليق على قانون المسطرة المدنية ص 263 وفي هذا الاتجاه صدر الامر الاستعجالي عدد 894 بتاريخ 1/11/82 في الملف رقم 351 من ابتدائية فاس من طرف غير القاضي الذي سبق ان أصدر الامر المشار اليه سابقا «غير منشور». كما ان ذ الطيب يرادة أشار في كتابه التنفيذ الجبري في التشريع المغربي ص 428 الى أمر استعجالي صادر عن رئيس ابتدائية الرباط يحمل رقم 6522773 بتاريخ 20/10/86 قضى بوجود صعوبة في تنفيذ حكم صادر عن ابتدائية وجدة في الملف عدد 138 الذي أحيل على ابتدائية الرباط لتنفيذه.

وأعتقد ان ما ذهب اليه الرأي الاخير هو القمين بالاعتبار ما دام أن الفصل 436 من ق م م يشير إلى أن احالة الصعوبة على الرئيس من لدن المنفذ عليه أو المحكوم عليه أو العون المكلف بالتنفيذ « او الغير طبقا لما استقر عليه العمل القضائي والفقهية » مما لا يتصور معه واقعا أن يحيل مأمور التنفيذ صعوبة تعترضه في التنفيذ على غير رئيسه اضافة الى انه يصعب من الناحية الواقعية أن يحدث التنسيق اللازم لعدم عرقلة التنفيذ باصدار أمر في الصعوبة قبل الوقت المحدد للتنفيذ اذا كانت هذه الصعوبة معروضة على غير رئيس محكمة مكان التنفيذ وهكذا لو فرضنا ان انتدابا بالتنفيذ موجه من طرف ابتدائية تازة الى ابتدائية أكادير وانه بعد القيام بحجز منقولات المنفذ عليه وتعيين تاريخ بيعها أو بعد تعيين تاريخ افراغ المنفذ عليه باستعمال القوة العمومية حينما ترفع دعوى الافراغ على خلاف الاختصاص

المكاني لوجود العقار دون ان يثار الدفع من طرف ذي المصلحة وأخبار الجهات المعنية بهذا التاريخ ظهر للمنفذ عليه أن يتقدم بمقال يرمي الى اثاره صعوبة في تنفيذ الحكم أو القرار المراد تنفيذه والزمناه بتتقديم مثل هذا الطلب أمام رئيس المحكمة المصدرة للحكم التي هي ابتدائية تازة في المثال المذكور فكيف يمكن له من الناحية الواقعية أن يتقدم الى هذا الاخير وقد يكون يوم تقديم المقال بالصعوبة هو نفسه اليوم المحدد للتنفيذ كما ان رئيس المحكمة المصدرة للحكم يصعب عليه الاطلاع على الملف التنفيذي بالسرعة اللازمة للبت في الطلب قبل اليوم المحدد للتنفيذ وحتى لو فرضنا انه بإمكانه الاتصال بزميله رئيس المحكمة المنتدبة للتنفيذ هاتفيا فان ذلك سيكون غير مبني على أساس من القانون ما دام أن القاضي لا يستند الى علمه كما ان الزام رئيس المحكمة المنتدبة بايقاف التنفيذ بمجرد تقديم طلب بالصعوبة الى رئيس المحكمة المصدرة للحكم لا يستند على أي أساس من القانون اعتبارا الى انه بمجرد تحديد تاريخ عملية التنفيذ واشعار الاطراف بذلك يكون هذا التاريخ قد تعلق به حق الغير مما لا يجوز تغييره الا لأسباب وجيهة وقانونية اضافة الى ان الاسباب المبررة لاثارة الصعوبة في التنفيذ هي التي تظهر أثناء عملية التنفيذ ولم يكن بالإمكان عرضها على قضاء الموضوع مما يعزز ما قلناه من ان رئيس محكمة مكان التنفيذ هو المختص في إشكالياته.

ولعل معترض يقول : ان دعوى الصعوبة هي كغيرها من الدعاوى يشترط فيها اتباع الفصول المتعلقة بموطن المدعى عليه وما يبرد على ذلك من استثناءات وان المدعى عليه في الصعوبة وهو طالب التنفيذ قد يكون مقيما بدائرة المحكمة المصدرة للحكم مما يتعين معه تسجيل الدعوى بالصعوبة في موطن هذا الاخير الا أنني أعتقد ان ذلك غير مبرر اعتبارا لما قبل أعلاه واعتبار الى ان تطبيق القواعد العامة في الاختصاص يعني رفع الصعوبة أمام محكمة غير المحكمتين المذكورتين سابقا وهو ما لم يقل به أحد.

الا ان صعوبة تنفاذي ما قيل أعلاه باسناد الاختصاص الى رئيس محكمة مكان التنفيذ قد لا يجد له حلا في بعض الصور ومن ذلك ما قد يحدث عمليا

من رفع المنفذ عليه دعوى بابطال التبليغ أمام المحكمة المصدرة للحكم ثم يتوجه الى رئيس محكمة مكان التنفيذ لاثارة الصعوبة في التنفيذ بناء على الدعوى الراجعة بابطال التبليغ فكيف يتأتى أيضا لهذا الاخير الاطلاع على ملف التبليغ والقول بمدى جدية الصعوبة من عدمها وقد يكون تاريخ التنفيذ محددا وقريبا. هذا التساؤل يبقى مطروحا لكنني أعتقد انه لا يمكن نقل الاختصاص للنظر في اشكاليات التنفيذ الى رئيس المحكمة المصدرة للحكم بناء على هذه الصورة اعتبارا الى ان أكثرية الاشكاليات تتعلق بوقائع تظهر أثناء عملية التنفيذ وعلى من يدعي وجود هذه الاشكالية اثباتها وانه في مثل حالة وجود ملف بابطال التبليغ وجب على مثير الصعوبة أن يدلي لرئيس محكمة مكان التنفيذ بكل ما يراه مفيدا لاقتناع هذا الاخير بجدية وصعوبة على أن المجلس الأعلى باصداره القرار عدد 1888 الصادر بتاريخ 24 يوليوز 85 والمنشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 1 س 86 ص 40 يكون قد حسم في القضية بتنصيبه على ان رئيس محكمة مكان التنفيذ هو المختص بالنظر في اشكالات التنفيذ.

وأعتقد أن المجلس باصداره لهذا القرار يكون قد أثار السبيل أمام مجموعة من المشتغلين بمهنة القضاء أو المحاماة اعتبارا الى تشعب الآراء في هذه النقطة بين من ينادي باختصاص الرئيس الاول في اشكالات التنفيذ حين يكون النزاع معروضا على محكمته وبين من ينادي بانه بمجرد البدء في عملية التنفيذ يصبح رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالنظر في هذه الصعوبات ولو كان النزاع في الجوهر معروضا على محكمة الاستئناف بل وذهب فريق الى ان الرئيس الاول يبقى مختصا باشكاليات التنفيذ ولو بعد اصدار محكمة الاستئناف قرارها في الموضوع وذلك حين الغائها للحكم الابتدائي والتصدي والحكم في الموضوع مما احدث بلبلة في الاتجاهات القضائية حول هذه النقطة. وعليه يكون قرار المجلس الأعلى المذكور قد مهد الطريق لتوحيد الاجتهادات في هاته المسألة علما بان هذا القرار يسانده الفقه اذ بالاضافة الى ما سبق ذكره من الآراء الفقهية في الموضوع ينص القانون المصري

صراحة على اختصاص قاضي محكمة مكان التنفيذ في الاشكاليات المتعلقة به « المادة 276 من قانون المرافعات المصري ، وعليه اذا سلمنا باختصاص رئيس المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ تمشيا مع قرار المجلس الأعلى المشار اليه سابقا ومع الآراء المؤيدة له فهل يشاركه في ذلك الرئيس الاول احكام الاستئناف المعروض عليها النزاع في الجوهر ؟

انه للاجابة على هذا السؤال احيل القارىء الكريم على المساجلة الفقهية التي جرت بين الأستاذين الكريمين عبد الواحد الجراري ورشيد العراقي المنشورة بمجلة الملحق القضائي في الاعداد 14 و 15 و 16 وعلى دراسة الفقهيين الجليلين ذ. محمد العربي المجبود ومحمد بوزيان المنشورة اولاهما بكتاب ضيوف الشهر الصادر عن المعهد الوطني للدراسات القضائية وثانيهما بمجلة رابطة القضاة عدد 1 س 17 1981 ص 24 وعلى أوامر استعجالية صادرة عن السادة الرؤساء الاولين لمحاكم الاستئناف منشورة في عدة مجلات منها مجلة رابطة القضاة عدد 10 - 11 ص 86 و 89 ومجلة المحامي عدد 8 ص 45 ومجلة المحامي عدد 7 و 11 ص 47 و ص 41 وأعتقد ان ما لم ينشر منها كثير على انه سبق القول بان قرار المجلس الأعلى القاضي بقصر الاختصاص بالنظر في صعوبات التنفيذ على رئيس المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ ولو كان النزاع في الجوهر معروضا على انظار محكمة الاستئناف أثار طريقتنا للخروج من دوامة النقاش التي وان كانت محدودة من الناحية الفقهية الا ان من شأن استمرارها الاضرار بحقوق المتقاضين.

وعليه واعتبارا لكون قرارات المجلس الأعلى منزمة على الاقل أدبيا للمحاكم الأدنى درجة فانه يمكن القول ان الرئيس الاول لم يعد يزلح رئيس المحكمة الابتدائية في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الاحكام المحالة على محكمته لتنفيذها ولو كانت صادرة من محكمة أخرى غير محكمته الا أن رب قائل يقول كيف يمكن لرأي فقهي قضائي ولو كان صادرا عن المجلس الأعلى أن يعطل مفعول مقتضيات الفصل 149 من ق.م.م الذي ينص على اختصاص الرئيس الاول بالبت في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل

أعتقد ان ما سبق شرحه من مسائل عملية وواقعية تتعلق بالصعوبات التي تحول دون عرض النزاع على رئيس المحكمة المصدرة للحكم حين تنتدب هذه الاخيرة محكمة أخرى للعمل على تنفيذ أحكامها أو قرارات صادرة عن محكمة الاستئناف التي تتبعها تشفع لنا بالقول بانفصال مقتضيات الفصل 436 من ق م م عن مقتضيات الفصل 149 منه واعتبار ان الرئيس المذكور في الفصل 436 هو رئيس المحكمة الابتدائية التي تقوم بتنفيذ الحكم علما بان البعض ذهب الى ان الاعمال التي يقوم بها رئيس الفصل 436 من ق م م هي اعمال ولائية مما لا حاجة لاتباع مسطرة الاستعجال التوجيهية وهكذا صدر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتازة سابقا أمرا يحمل رقم 85/211 بتاريخ 21/11/1985 قضي فيه بايقاف اجراءات التنفيذ في الملف عدد 85/218 متبعا في ذلك مسطرة الاوامر على عرائص كما أن ذ الطيب براءة أشار في التنفيذ الجبري في التشريع المغربي ص 426 بالحرف « يرجع الاختصاص فيه كما ذكرنا الى رئيس المحكمة بصفته رئيسا ولائيا طبق القواعد العامة للتنفيذ الجبري » الا أنني اعتقد أن المسطرة الاستعجالية التوجيهية واجبة التطبيق حتى في اطار الفصل 436 من ق م م .

أم الصعوبات المشار اليها في الفصل 149 فتبقى تلك الصعوبات التي تنشأ بعد صدور الحكم وقبل تقديمه لعملية التنفيذ، وانه متى تم الشروع في هذه العملية بعد فتح ملف التنفيذ الا وأصبح رئيس المحكمة الابتدائية لمدكان التنفيذ هو المختص في كل الاشكاليات المتعلقة به قياسا على ما ذهبت اليه بعض التشريعات من تخصيص قاص للتنفيذ بكل محكمة يتولى البت ذهبت اليه بعض شريعات من تخصيص قاص للتنفيذ بكل محكمة يتولى البت في الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ وتسيير شعبة التنفيذ ، على انه حبذا لو تدخل المشرع بنفسه وحسم الامر بتنقيحه الفصل 436 من ق م م او اضافة فصل آخر قياسا على ما ذهب اليه التشريع المصري حين تخصيصه المواد 274 - 276 لمسطرة الاختصاص في مسائل التنفيذ ، وعليه اذا سلمنا بان الاختصاص المكاني في قضايا اشكاليات التنفيذ المؤقتة يعود لرئيس

المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ فهل يكون حق الدفع به متروك للأطراف ووحدهم أم يمكن اثارته من طرف القاضي وهل يترتب عن قبوله احوالة الملف على الجهة المختصة وبدون صائر ؟ هذا التساؤل يبقى مطروحا نظرا لعدم وجود نص قانوني صريح يتعلق بهذه الحالة علي أنني أعتقد وكما سبق القول بان مقتضيات الفصل 16 لا تنطبق على مثل هذه النوازل اعتبارا الي ان هذا الفصل يتعلق بقواعد الاختصاص العامة المنصوص عليها في الفصل 27 وما بعده من قهم وفي نصوص خاصة أخرى واعتبارا الي أن الزمن يلعب دوره في مثل هذه الدعاوى اذ ان انتظار الطالب ارسال الملف الي محكمة مكان التنفيذ من شأنه ان يفوت عليه فرصة النظر في طلبه قبل حصول عملية التنفيذ ذلك ان تاريخ التنفيذ يكون محددًا وانه باعلانه لن له المصلحة فيه يتعلق به حقه مما لا يجوز تغييره الا لأسباب وجيهة وأعتقد أنه ليس من بينها طبعًا انتظار التوصل بملف الصعوبة علما بانّه وان كان الفقهاء يرون ان تقديم مقال بالاستشكال في التنفيذ يؤدي حتما الي ايقافه مؤقتًا الي حين البت في الصعوبة وهو ما يعبر عنه بالاثّر الواقف للاشكال الوقتي الا انه من الناحية العمالية وتجنبًا للأضرار بالمنفذ له خاصة ان كان الاشكال لا ينبني على أساس يحمل القضاء على البت في هاته الاشكاليات قبل الوقت المحدد للتنفيذ ولو بتطبيق مسطرة الفصل 151 من قهم اي البت في غيبة الاطراف طبقًا لما أعرفه في عملي القضائي بمدينة فاس وتازة اضافة الي ان ذ عبد الواحد الجراري أشار في بحثه المنشور بمجلة الملحق القضائي عدد 14 ص 18 الي انه يحرص دائما على البت في اشكاليات التنفيذ على وجه الاستعجال وقبل الموعد المحدد للتنفيذ تلافيا لكل مماثلة أو تأخير.

وهكذا وأمام عدم وجود النص فانني أعتقد ان الاختصاص المكاني لرئيس محكمة مكان التنفيذ يتعلق بالنظام العام اعتبارا الي ان مصلحة العدالة تقتضي ان يتولى رئيس محكمة مكان التنفيذ البت في الصعوبات المتعلقة بهذا التنفيذ ذلك أنه هو الوحيد الذي يتأتى له الاطلاع على ملف التنفيذ وعلى اجراءاته بالسرعة اللازمة واصدار أمره في الموضوع تجنبًا لما

قد يحدث من عرقلة في التنفيذ أو ابطاء مسطرته علما بان الفقه المصري انقسم بدوره حول هاتيه النقطة بين من يرى ان اختصاص محكمة مكان التنفيذ يتعلق بالنظام العام وبين من يرى عكس ذلك وهكذا أشار الأستاذ مصطفى مجدي هرجة في كتابه منازعات التنفيذ الوقتية في المواد المدنية والتجارية 2 ص 207 الى «ان اختصاص محكمة التنفيذ المشرفة على التنفيذ بالفصل في المنازعات المتعلقة به هو اختصاص متعلق بالنظام العام ذلك انه وان كان تحديد الاختصاص محلي فانه يرتبط بوظيفة المحكمة بالنسبة لقضية معينة فالمرجع يريد أن يختص بمنازعات التنفيذ نفس المحكمة التي جرى هذا التنفيذ تحت اشرافها » كما ان محمد علي راتب وصحبه في كتابه قضاء الامور المستحجلة ج 2 ص 856 يشيرون في الهامش الى ان بعض الفقهاء يذهب الى القول بان الاختصاص المحلي لقاضي التنفيذ متعلق بالنظام العام لانه مقرر لحسن سير القضاء مشيرين الى ان من يأخذ نهاية النظرية ذو جدي راغب والدكتور محمد عبد الخالق شي حين يذهب مؤلفوا هذا الكتاب الى ان الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام مشيرين في الهامش الى ان من بين من ينادي بهاته الفكرة أيضا الدكتور عبد الباسط جميعي والدكتور أحمد أبو الوفاء الأستاذ عبد المنعم حسن .»

وانه في اطار ما تبنيه من كون الاختصاص المكاني لرئيس محكمة مكان التنفيذ المغربي يتعلق بالنظام العام صدر الامر الاستعجالي عدد 892 عن ابتدائية فاس المشار اليه سابقا وان كان ما تبناه من اختصاص مكاني هو معاكس لما قلنا به اعتبارا الى انه سار في اتجاه اختصاص رئيس المحكمة المصدرة للحكم بالبت في الصعوبات به كما ان هذا الامر حين اثارته الدفع بعدم الاختصاص المكاني تلقائيا لم يحل الملف على المحكمة المختصة طبقا لما وصل اليه بل انتهى الى صرف النظر عن الاجراء المطلوب. ويظهر أنه اعتبار أن الاختصاص هو شرط للبت في الطلب وان انتفاء هذا الشرط يستتبع صرف النظر عن الاجراء المطلوب.

وفي هذا الاطار يتعين التساؤل حول مدى وجوب احوالة الملف على
الجهة المختصة طبقا لأحكام الفصل 16 من ق م م.

لقد سبق القول ان مقتضيات هذا الفصل قد لا تنطبق على مثل هذه
النوازل اعتبارا لما قيل أعلاه واعتبارا الى انه بتقديرنا تعلق الاختصاص
المكاني لرئيس محكمة مكان التنفيذ بالنظام العام نكون قد استبعدنا
مقتضيات هذا الفصل برمته مما نعتقد معه انه لا داعي لاحالة الملف على
الجهة المختصة تفاديا لما قد يحدث من اتمام عملية التنفيذ أثناء فترة طبع
الامر الاستجالي القاضي بعدم الاختصاص المكاني وارساله الى الجهة
المختصة.

007522-AR

P.167 → P.170

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007522/AR تاريخ 05/10/2015
جريدة

اهمال الأسرة

في نطاق القانون الجنائي المغربي

الأستاذ : الكبير بوكمخة

نائب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بمكناس

● ان الباحث الذي يريد تحديد ظاهرة اهمال الأسرة من الناحية القانونية يجدها تأخذ طابعا جرميا له أربعة صور ، كل صورة منها تشكل جريمة اهمال الأسرة.

وبمطالعة فصول القانون الجنائي الواردة في هذا الباب :

« ف 479 - 480 - 481 - 482 » يمكننا طرح هذه الجرائم على الترتيب التالي :

- الجريمة الاولى : تتمثل بشكل واضح في الفقرة الاولى من الفصل 479 ق.ج. «الأب أو الأم اذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة على الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة ».

وعليه ومن خلال استقراء ما تضمنته هذه الفقرة من الفصل المذكور تكون الجريمة التي نحن بصددنا هي ذلك الترك لبيت الأسرة من طرف الأب أو الأم.

ولقيام هذه الجريمة لابد من توافر ركنين أساسيين هما :

1) الركن المادي أو ما نسميه بالفعل المادي وهو يتجلى في ترك الاب أو الأم لبيت الاسرة لمدة تزيد على شهرين بدون موجب قاهر ، تحت شرط مصاحبة هذا الترك للبيت الاسروي تملص المهمل - الاب أو الأم - من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية او الوصاية أو الحضانة.

2) القصد الجنائي (العمد) وهو يعني أن يكون الترك جاء بصورة عمدية ومقصود منها تملص وتهرب المهمل من كل أو بعض واجباته المادية والمعنوية الناشئة عن رابطة الاسرة.

وهذه الجريمة تعتبر جنحة معاقب عليها قانونيا بالحبس والغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين فقط.

- **الجريمة : اثنائية** هي الاخرى تدخل تحت مقتضيات الفصل 479 من ق.ج. وعلى الخصوص الفقرة الثانية منه ونصها كالتالي : «الزوج الذي يتترك عمدا لأكثر من شهرين ودون موجب قاهر زوجته وهو يعلم أنها حامل».

ويفهم من هذا النص القانوني ، أن هذه الجريمة لا ترتكب الا من طرف الزوج وأنها اضافة الى هذا تتطلب من حيث قيامها وجود أركان وهي كما يلي :

- الركن المادي ، ومقتضاه ترك الزوجة من طرف الزوج لمدة تفوق الشهرين

- وجود الزوجة في حالة حمل.

- علم الزوج بحالتها.

- القصد الجنائي : ان يكون ترك الزوج لزوجته جاء عمدا وليس نتيجة ظرف قاهر.

* ومن الملاحظ أن تخلف احدى هذه الاركان التي جاء بها النص يؤدي حتما الى انتفاء الجريمة من حيث وجودها القانوني.

* أما من حيث الوصف التي تأخذها والعقاب المخصص لها فهي تدخل في نفس السياق مع الجريمة الاولى.

- **الجريمة الثالثة** : ويشملها الفصل 480 الذي جاء على الصيغة الآتية «يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة الى زوجه أو أحد أصوله أو فروعها وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد...».

ويمكن تلخيص هذه الجريمة في الامتناع عن أداء النفقة للزوجة أو أحد الأصول أو الفروع تحت ضرورة قيام أركان متكاملة وهي :

- 1) فعل مادي قوامه الامتناع عن دفع نفقة.
- 2) ان يكون الواجب له النفقة أو المستحق لها أحد الزوجين أو أحد الاصول أو أحد الفروع.
- 3) أن تكون النفقة جاءت بمقتضى حكم قضائي
- 4) أن يتصف هذا الحكم بكونه نهائيا أو يستلزم التنفيذ المؤقت.
- 5) القصد الجنائي ، عمدي وهو يعني كون من امتنع عالما بالحكم ، وامتناعه على الرغم من ذلك من تنفيذه وبدون مبرر مقبول. وهذه الجريمة مماثلة لسابق ما ذكر من الجريمتين سواء من حيث الوصف أو العقاب مع فارق دقيق وملحوظ وهو تشديد العقوبة على الفاعل الذي يوجد في حالة العود ، بحيث يكون الحبس حتما.

- الجريمة الأربعة : وقد نص عليها الفصل 482 الذي جاء فيه بالحرف «إذا تسبب أحد الأبوين في الحاق ضرر بالغ بأطفاله أو بواحد أو أكثر منهم وذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التفتتصر في الاشراف الضروري من ناحية الصحة أو الامن أو الاخلاق يعاقب....».

ويمكن تلخيصها في تلخيص باضرار أحد الوالدين بأطفاله. ولقيام هذه الجريمة لابد من الاركان التالية :

- 1) أن يكون الفعل الجرمي قد آتاه أحد الأبوين أي الأب أو الأم.
- 2) أن يتسبب في الحاق ضرر بالغ بأطفاله أو بواحد أو أكثر منهم.
- 3) أن يكون هذا الضرر جاء نتيجة حالة من الحالات المشار اليها في الفصل المذكور.

وتعد هذه الجريمة هي الاخرى جنحة ويعاقب عليها بالحبس والغرامة سواء جاء الحكم بالحرمان من السلطة الأبوية أو لم يأت بذلك.

أضف الى هذا وجود امكانية الحكم على مقترف الفعل الجرمي أن الجريمة بحرمانه من واحد أو اكثر من الحقوق التي جاء ذكرها في الفصل 40 من خمس سنوات الى عشر.