

مجلة الملاحق القضائي

العدد 29

دجنبر 1994

- الاجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحقوق الانسان
- الذمة والاهلية في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية
- اوصاف الالتزام في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي
- مسؤولية محافظ الملكية العقارية في التشريع المغربي
- عدم تطبيق النص القانوني وآثاره
- الاجتهاد القضائي في تفسير مفهوم الخطأ والمسؤولية التقصيرية
- كناش التعريف والحالة المدنية وقوته الاثباتية في القانون المغربي
- دعوى نقل رسم الولادة
- الصعوبات والمشاكل التي تعترض قاضي الاحداث
- النزعات القضائية الخاصة بخدمات الاتصالات
- القانون والمعلومات.

p. 67 → p. 3
007595 - Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصاحفة الطباعة والاستنساخ
رقم 007595 - Ar
تاريخ 18/10/07
جذبة

الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان

الاستاذ أحمد السراج
المدير العام للمعهد الوطني
للدراستات القضائية

دعي الاستاذ أحمد السراج مدير المعهد الوطني
للدراستات القضائية للمشاركة في الندوة التي نظمتها
الجمعية المصرية للقانون الجنائي والمعهد الدولي
للدراستات العليا في العلوم الجنائية بسراكوزا
بالجمهورية الايطالية، والتي انعقدت في القاهرة في
الفترة من 16 إلى 21 ديسمبر 1989 على هامش المؤتمر
الرابع للجمعية.

وقد اعد الأستاذ السراج بحثا في موضوع
(حقوق الانسان في قانون الاجراءات الجنائية المغربي)
تقدمه لقراء مجلة الملحق القضائي فيما يلي (1).

(1) نشر البحث ضمن الأعمال التي اشتملت عليها الندوة.

قانون الإجراءات الجنائية المغربية وحقوق الإنسان

مقدمة :

منذ أسبوع فقط، وفي يوم الأحد عاشر كانون الأول (ديسمبر) الجاري 1989، أحييت أمم العالم الذكرى الحادية والأربعين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد شاركت في إحياء هذه الذكرى دول عديدة تغطي أكبر مساحة من رقعة هذا العالم الفسيح الأرجاء، المتسع لكل بني الإنسان، الباسط خيراته لجميع مخلوقات الله دون تمييز بين أجناسهم وأنواعهم، ولا بين دياناتهم ولغاتهم ولا بين أفكارهم ومعتقداتهم.

لقد صدر هذا الإعلان في العاشر من كانون الأول (ديسمبر) 1948 كصيحة من الضمير العالمي ضد كل أنواع التمييز العنصري، وضد كل أنواع التسلط والظلم الذي عاش الإنسان أحقابا متلاحقة من الزمن يئن تحت هولها، فكان الإعلان في حد ذاته ثورة إنسانية أعلنتها الأمم والشعوب بكل أصنافها، القوية منها والضعيفة، والغنية والفقيرة، ثورة أيقظت ضمير العالم للتحرك من أجل المطالبة باحترام حرية الإنسان وكرامته، وضمان حقوقه وتكريم ذاته، ومن أجل المساواة في الحياة الكريمة والتمتع بكل مقوماتها ومستلزماتها، لا فرق بين الكبير والصغير والغني والفقير فلا فوارق طبقية تصنف الإنسان بحسب ما له من امتيازات، ولا عنصرية تميز البشر بحسب اللون والجنس، ولا تفاضل بين الناس إلا بما اكتسبوا من فضائل، ولا فضل لأبيض على أسود إلا بالتقوى⁽¹⁾.

(1) مبدأ أقره الإسلام منذ ما يقارب خمسة عشر قرنا من الزمن.

والمقتضى الإعلان العالمي عبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن شعورها بأن حماية حقوق الإنسان مسؤولية جماعية تقع على عاتق المجتمع الدولي.

وقد صادف الإعلان من حيث تاريخ المصادقة عليه تعرض حقوق الإنسان في بقاع شتى من العالم وفي المشرق العربي وفي فلسطين بصفة خاصة لمصادرة هذه الحقوق بل لإبادتها.

ولم تختلف النتيجة التي كانت حصيلة لعمليات لا إنسانية عما واجهه العالم وواجهته البشرية من ويلات ضربت حقوق الإنسان حتى نهاية الحرب العالمية الثانية :

فإذا كان العالم العربي يعيش اليوم على ذكرى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما تعيشها أقطار العالم أجمع ويعير لهذا الإعلان إهتماماته فلأنه عانى الكثير من المس بهذه الحقوق عندما سلبت حريته، وصودر استقلاله، وغلت يده، ووزعت أراضيه، نتيجة أطماع الطامعين واعتداء المعتدين.

لقد أصبحت دول العالم اليوم تدرك - وعن اقتناع - بأن تمتيع الفرد بحقوقه كاملة وحماية هذه الحقوق بمقتضى القانون، يعتبر عاملا أساسا مؤثرا في الدور الذي يلعبه الفرد داخل مجتمعه. ولمصلحة الجميع يجب ألا يتعطل هذا الدور باعتباره عاملا من عوامل الاستقرار وحفظ التوازن بين مختلف فئات المجتمع.

فالقانون إذا هو الركيزة الأولى لحماية الحقوق، وكان وما يزال مصدرا لها، وسبقى العامل الوقائي ضد كل مس بها، أو تشويه يلحقها، أو تنقيص منها.

ومن ثم كان للضمانات القانونية والقضائية اعتبارها في مجال حماية حقوق الإنسان من أن تمس أو تداس.

واعتبرت الضمانات أمام القضاء وسيلة لا غنى عنها لتثبيت مبدأ العدالة المنصفة النزيهة تحقيقا لإقامة نظام قضائي يصون الحقوق ويقدم الواجبات، ويراعي حرمة وكرامة الإنسان.

وبذلك تتجسم دلالات الإعلان في مادته العاشرة التي تقرر « أن لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه ».

ولما كان القضاء لا يسير إلا وفق إجراءات قانونية معلومة وجب أن تكون هذه الإجراءات متضمنة لكل ما يكفل حماية حقوق الإنسان حتى لا تكون عرضة لأي تعد أو شطط، وأن تشمل هذه الضمانات كل مراحل الدعوى الجنائية سواء خلال مرحلة البحث واستجماع الأدلة أو أثناء التحقيق والمحاكمة.

كما يجب أن تضمن هذه الحقوق عند مناقشة كل شخص فيما ينسب إليه من أفعال والتأكد من سلامة وصحة الحجج المقدمة ضده ومنحه كل وسائل الدفاع عن نفسه، ومراعاة هذه الحقوق عند تنفيذ العقوبة الصادرة في حقه.

فالضمانات جزء لا يتجزأ، والحقوق كل لا يتبعص. ومن ثم كان التبويب الذي أتبع في هذه الندوة شاملا لكل مراحل الدعوى الجنائية الثلاث.

وأشكر المعهد الدولي للعلوم الجنائية والجمعية المصرية للقانون الجنائي والسيد الأمين العام للندوة، أولا : على اختيارهم موضوع « حماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية العربية »، لكونها ستكون مناسبة تقييم هذه الإجراءات من حيث ما تكفله من ضمانات.

ثانيا : لكونهم أتاحوا لي بدعوتهم الكريمة فرصة المشاركة المتواضعة بتقرير عن مرحلة المحاكمة معتذرا مسبقا عن أي تقصير لكوني لم ألتق الدعوة إلا بعد منتصف شهر نونبر (نشرين الثاني - نوفمبر) وأنا في خضم مؤتمر وزراء العدل العرب بالرياض، آملا أن يتضمن تقرير الأجابة على النقاط المطروحة.

مرحلة المحاكمة

تعتبر مرحلة المحاكمة المرحلة الوسطى في الإجراءات المسطرية إذ تأتي بعد مرحلة ما قبل المحاكمة عند بداية الإجراءات أمام الضابطة العدلية، والتي تتكون من جمع الاستدلالات وإجراءات التحقيق، وتأتي من جهة أخرى قبل مرحلة تنفيذ العقوبة.

وإذا كانت الضمانات التي يجب أن تتوفر في مرحلتها ما قبل المحاكمة وتنفيذ العقوبة تكتسي أهمية بالغة، فإن الضمانات التي يجب أن تتوفر في مرحلة المحاكمة وأثناء مشول المعنيين بالأمر أمام القضاء الجنائي لاتقل أهمية عن المرحلتين الأخيرين.

إن مرحلة المحاكمة هي المرحلة التي يمحص فيها القضاء، بصفة عملية ودقيقة، كل وسائل الإثبات التي يواجه بها الشخص قضائيا. وهي المرحلة التي تتاح فيها الفرصة للمناقشة العلنية لجميع الأفعال موضوع المتابعة والمحاكمة، ومن ثم اكتسبت هذه المرحلة أهميتها الخاصة، وكانت في الواقع العمود الفقري لكل دعوى جنائية تنشر أمام الهيئة القضائية.

ومن هنا كان للضمانات التي يجب توفرها خلالها اعتبارها القانوني والإنساني. وفيها يشعر القاضي بأن الشخص المائل أمامه لا يعدو أن يكون إنسانا يتمتع بكل ما يجب أن يتمتع به غيره من الناس، في حدود القانون ووفق ما تضمنته القوانين الإجرائية التي تعتبر في حد ذاتها ميزاتا تتساوى أمامه مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة من حيث حماية الحقوق وصيانتها.

وفي هذا الصدد، سنستعرض عناصر هذه المرحلة وموضوعاتها في النقط التالية :

تتطرق في البداية إلى التنظيم القضائي الجنائي، فنرى من خلاله المحاكم الجنائية العادية منها والاستثنائية، واختصاصها القانوني وكيفية تشكيل هيئاتها، وما يرتبط بذلك من إمكانية مخاصمة القاضي أو تجريحه.

وتعرض أيضا للقواعد العامة للإجراءات المطبقة على سير الجلسات، ثم إصدار الحكم وما يجب أن يتضمنه من وقائع وبيانات. وننتقل بعد ذلك إلى الحديث عن طرق الطعن في الأحكام الجنائية من عادية وغير عادية، وإلى الأسباب التي تستند عليها، ونذكر حالة الطعن لفائدة القانون، مع الإشارة إلى المدة الزمنية التي يستغرقها الفصل في الطعون المعروضة على أنظار المجلس الأعلى (محكمة النقض) ومدى انعكاس ذلك على حقوق المتقاضين.

ونشير في نهاية هذا العرض الموجز إلى الأوامر القضائية التي يصدرها القاضي دون أن يتقيد فيها بالإجراءات والشكليات المطلوبة في إصدار الأحكام.

1 - في التنظيم القضائي

يعتبر التنظيم القضائي الأساس الذي يبنى عليه صرح العدل في المجتمع، ومن خلاله تبرز المبادئ الأساسية والغايات التي يريد المشرع تحقيقها من خلال الأجهزة القضائية. وهو من جهة أخرى ينم عن الفلسفة التشريعية في مجال العدل.

فكل تنظيم قضائي ينبغي أن يهدف إلى تحقيق عدالة تستجيب للمتطلبات الضرورية للمجتمع وتساير تطوره وتطلعاته. ولا سبيل إلى ذلك، إلا بترسيخ استقلال القضاء استقلالاً يكفل للمتقاضين أمامه ضمانات ترمي إلى الحفاظ على حقوقهم وتعزيز ثقتهم فيه.

والتنظيم القضائي المغربي يقوم على هيكلية تتمثل في المقتضيات الأساسية للنصوص التالية :

- ظهير 15 تموز (يوليو) 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي.
- مرسوم 16 تموز (يوليو) 1974 المتعلق بتطبيق مقتضيات الظهير المذكور.
- ظهير 15 تموز (يوليو) 1974 المتعلق بتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات، وتحديد اختصاصها.
- مرسوم 16 تموز (يوليو) 1974 المتعلق بتطبيق مقتضيات الفصل الخامس من الظهير المذكور.
- ظهير 11/11/1974 المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء.
- مقتضيات ظهير المسطرة المدنية التي لها علاقة بالتنظيم القضائي.
- الظهير الصادر بتاريخ 28/9/1974 المتعلق بالإجراءات الانتقالية في الميدان الجزائي.

1 - 1 المحاكم الجنائية

1 - 1 - 1 يشمل التنظيم القضائي للمملكة المغربية حسب الفصل الأول من ظهير (قانون) 24 جمادى الثانية 1394 (15 تموز (يوليو) 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة المحاكم العادية الآتية :

1 - محاكم الجماعات والمقاطعات التي يحدد تنظيمها وتأليفها واختصاصها بمقتضى ظهير بمثابة قانون⁽¹⁾.

2 - المحاكم الابتدائية.

3 - محاكم الاستئناف.

4 - المجلس الأعلى.

(1) ظهير شريف بمثابة قانون رقم 339 - 74 - 1 بتاريخ جمادى الثانية 1394 (15 تموز (يوليو) 1974) يتعلق بتنظيم محاكم الجماعات ومحاكم المقاطعات وتحديد اختصاصاتها.

وتعين مقارها ودوائرها نفوذها وعدد موظفيها بمقتضى مرسوم.

1 - 1 - 2 الاختصاص النوعي

يتعلق الاختصاص النوعي بتوزيع القضايا بين المحاكم العادية والاستثنائية أو فيما بين المحاكم العادية نفسها على أساس نوع الجريمة.

والنوع قد يقصد به معناه حسب التقسيم الرباعي للجرائم تبعا لخطورتها أي المخالفات والجنح الضبطية والجنح التأديبية والجنايات، كما قد يقصد به فئة محددة من الجرائم مثل جرائم أمن الدولة الخارجي الذي تختص به المحكمة العسكرية.

ونقتصر فيما يلي على توزيع الاختصاص النوعي بالنسبة للقضاء العادي فقط.

محاكم الجماعات والمقاطعات

وينحصر اختصاص هذا النوع من المحاكم في المخالفات والجرائم المحددة في المواد 29 و30 و31 من ظهير تنظيمها المؤرخ في 15 تموز (يوليو) 1974. وجميع تلك المخالفات والجرائم معاقب عليها بالغرامة وحدها⁽¹⁾.

وتحديد اختصاص هذه المحاكم بهذا الشكل يجعلها، في الواقع، محاكم ذات ميزة خاصة في نطاق تقرب القضاء من المتقاضين حيث يقع تنصيبها في دائرة الجماعة نفسها ويتم تعيين حكامها بواسطة الإنتخاب، وإن كانت المادة الأولى من ظهير التنظيم القضائي اعتبرتها محاكم عادية.

المحاكم الابتدائية

وهي تختص بالحكم ابتدائيا في جميع المخالفات والجنح إلا ما استثني منها بنص خاص (المادتان 3 و8 من ظ. إ. ن)⁽²⁾.

(1) لكن إذا كان الأمر يتعلق بحدث يقل عن 12 عاما، فإنه يجب اعتباره غير مسؤول جنائيا ولا يمكن أن يصدر في حقه غير التبريح (المادة 35 من الظهير).

(2) ظهير شريف بمثابة قانون رقم 448 - 74 - 1 بتاريخ 1974/9/28

وأهم المخالفات والجنح التي تخرج عن اختصاصها تطبيقا لنصوص خاصة : تلك التي أسند فيها الاختصاص إلى محاكم الجماعات والمقاطعات والمحاكم الاستثنائية (المحكمة العسكرية، محكمة العدل الخاصة، المحكمة العليا) وإلى محاكم الاستئناف أو المجلس الأعلى (المادة 267 ق. م. ج المتعلقة بالجرائم المقترفة من طرف عضو من أعضاء الحكومة أو قاض بالمجلس الأعلى أو عامل إقليم ... والمادة 270 ق. م. ج المتعلقة بالأفعال المنسوبة إلى ضباط الشرطة القضائية غير كبار الموظفين أو القضاة المشار إليهم في المادة 267 السالفة).

محاكم الاستئناف

محكمة الاستئناف نوعان من الاختصاص في المجال الجنائي :

أولا : النظر في الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام المحاكم الابتدائية القابلة للاستئناف طبقا لقانون المسطرة الجنائية أو للنصوص الخاصة، وتقرس هذا الاختصاص الغرفة الجنحية بها (المادة 10 من ظ. إ. ن).

ثانيا : الحكم ابتدائيا ونهائيا في الجنايات، وقد أسند هذا الاختصاص إلى غرفة الجنايات التي تتشكل هيئتها الحاكمة من خمسة قضاة من بين المستشارين المعيّنين بالمحكمة (المادتان 11 و 12 من ظ. إ. ن)، وهذه الغرفة من مستحدثات التنظيم القضائي الجديد الذي ألغى المحاكم الإقليمية التي كانت تتشكل منها محاكم الجنايات سابقا على شكل مختلط بين قضاة ومستشارين محلفين وقد نصت المادة الثانية من ظ. إ. ن على أن الركيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف يقوم بتحريك الدعوى العمومية في الجنح تطبيقا لنص قانوني خاص.

ولذلك فإن محكمة الاستئناف قد يكون لها الاختصاص للحكم ابتدائيا ونهائيا في الجنح متى قضى بذلك نص قانوني خاص مثل المادتين 268 و 279 ق. م. ج.

المجلس الأعلى

وهو مختص أساسا في الفصل في طلبات الطعن بالنقض المقدمة ضد الأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم في المغرب سواء كانت عادية أو استثنائية.

وقد نصت المادة 571 ق. م. ج على أن « كل الأحكام والقرارات والأوامر القضائية النهائية غير القابلة للاستئناف والصادرة في جوهر القضية، يمكن الطعن فيها بالنقض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ».

فالمبدأ العام هو اختصاص المجلس الأعلى بالنظر في طلبات النقض في جميع الأحكام والقرارات النهائية الصادرة في المغرب، إلا إذا وجد نص خاص يمنع الطعن بالنقض.

ومن أهم النصوص التي لا تجيز الطعن بالنقض المادة 20 من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات، وتقضي بأنه « لا تقبل أحكام حاكم الجماعة أو حاكم المقاطعة أي طعن عادي أو استثنائي ... »⁽¹⁾

وقد تسند نصوص خاصة إلى المجلس للحكم ابتدائيا ونهائيا في موضوع القضية مثل المادتين 267 و270 ق. م. ج.⁽²⁾

- الاختصاص المكاني

الاختصاص المكاني أو المحلي لا يكون إلا عند وجود أكثر من محكمة واحدة لها نفس الاختصاص النوعي، ولهذا فإن الاختصاص المحلي لا يبحث إلا بالنسبة لمحاكم الجماعات والمقاطعات والمحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف وقضاة التحقيق بها. أما المحاكم الاستثنائية والمجلس الأعلى فلا شأن لهما بموضوع هذا الاختصاص إذ يشمل اختصاصهما سائر تراب المملكة.

(1) علما بأن أحكام هذه المحاكم لا تتعدى الحكم بالفرامة فقط ما بين 10 دراهم و 800 درهم كحد أقصى.

(2) والأمر هنا يتعلق بالامتياز القضائي.

وقد حددت الاختصاص المحلي المادتان 57 و261 من ق. م. ج والمادة 28 من ظهير تنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وهذا نصها :

المادة 57 : «يرجع النظر من حيث الاختصاص إلى كل من قاضي التحقيق المرتكبة في دائرته الجريمة، أو إلى قاضي التحقيق الكائن بدائرته محل إقامة أحد الأشخاص المظنون مشاركتهم في هذه الجريمة، أو إلى قاضي التحقيق الواقع في دائرة نفوذه القبض على أحد من أولئك الأشخاص ولو كان القبض قد ألقى لسبب آخر».

المادة 261 : «تفرد بالاختصاص في قضايا المخالفات هيئة البت التي تقترب الجريمة في دائرة نفوذها.

وفي القضايا الجنائية أو الجنحية تختص بالنظر، مع مراعاة مقتضيات المقطع الأول من الفصل 235 م: ج⁽¹⁾، هيئة الحكم الكائن في دائرة نفوذها إما محل اقتراف الجريمة، وإما محل إقامة الظنين أو المتهم أو أحد مشاركيه، وإما محل إلقاء القبض عليهم، ولو كان هذا القبض لسبب آخر».

المادة 28 : «يختص حكام الجماعات وحكام المقاطعات بالنظر في الجرائم المقررة في الفصول الآتية إذا ارتكبت داخل الدائرة التي يشملها نفوذها أو التي يقيم المقترف بها».

ويتبين من هذه النصوص الثلاثة أنه باستثناء المخالفات التي تحال على محاكم الجماعات والمقاطعات، تكون أسباب الاختصاص بالنسبة لقاضي التحقيق والمحكمة على السواء هم :

(1) هذا الاستثناء الخاص بمراعاة المادة 235 لم يبق مطبقا الآن لأن المادة 235 كانت تخول لفرقة الانتهام إحالة الجنايات على أية محكمة من محاكم الجنايات المتعددة الواقعة في دائرة نفوذها. واليوم يحيل الجنايات على هيئة الحكم كل من قاضي التحقيق والغرفة الجنحية والوكيل العام للملك، ودائرة نفوذ هؤلاء جميعا هي نفس دائرة نفوذ غرفة الجنايات. فلا يلكون الإحالة إلا عليها ولا مجال لإمكانية الإحالة على هيئة أخرى.

- اقرار الجرم في دائرة نفوذ قاضي التحقيق أو المحكمة.
- وجود محل إقامة للظنين أو المتهم أو لأحد المساهمين أو المشاركين داخل هذه الدائرة.
- إلقاء القبض على أحد هؤلاء الأشخاص داخل دائرة النفوذ السابقة أيضا.

1-1-3 وفيما يتعلق بمسألة اختيار القضاة، فإن منصب القضاء، نظرا لخطورته وأهميته، يحتم توفر شروط فيمن يسند إليه هذا المنصب. وفي المملكة المغربية، يوجد قانون أساسي لرجال القضاء يتضمن الشروط الضرورية التي يجب أن تتوفر في كل منتسب للهيئة القضائية. فطبقا للمواد 4 و5 و6 و7 من ظهير 26 شوال 1394 الموافق ل 11 نونبر (تشرين الثاني - نوفمبر) 1974 المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء :

لا يعين أي شخص ملحقا قضائيا (1) :

- 1 - إذا لم يكن جنسيته مغربية مع مراعاة قيود الأهلية المشار إليها في قانون الجنسية المغربية.
- 2 - إذا لم يكن متمتعا بحقوق الوطنية وذا مروءة وسلوك حسن.
- 3 - إذا لم يكن يتوفر على القدرة البدنية المطلوبة لممارسة الوظيفة.
- 4 - إذا لم يكن بالغًا من العمر 21 سنة كاملة.
- 5 - إذا لم يكن في حالة صحيحة تجاه القوانين المتعلقة بالتجنيد العسكري والخدمة المدنية (المادة 4).

ويقبل في مباراة الانخراط في سلك الملحقين القضائيين حملة شهادة العالمية للتعليم العالي الإسلامي، وشهادة الإجازة في الحقوق (العلوم القانونية)

(1) عبارة ملحق قضائي تعني القضاة في طور التدريب بالمعهد الوطني للدراسات القضائية.

والإجازة في الشريعة من جامعة القرويين أو شهادة معترف بمعادلتها بمقتضى مرسوم بناء على اقتراح من وزير العدل.

يحدد مرسوم صادر بنفس شروط المشاركة في المباراة ومواد الاختبار وتنقيطها وكذا تشكيل لجنة المباراة (المادة 5).

ويعين المرشحون الناجحون في المباراة المنصوص عليها في المادة السابقة حسب تفوقهم ملحقين قضائيين بقرار لوزير العدل ويتقاضون مرتبا يحدد بمرسوم وتعريضا تمثيليا عن بذلة الجلسة. ولا يتم تعيينهم قضاة إلا بعد أن يقضوا بهذه الصفة تدريبا لمدة سنتين كاملتين يشتمل على :

(أ) طور للدراسات والأشغال التطبيقية بالمعهد الوطني للدراسات القضائية يرمي إلى تحقيق تكوينهم المهني بواسطة تعليم خاص (1).

(ب) تدريب بمحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية ويشترك الملحقون القضائيون بهذه الصفة تحت مسؤولية القضاة القدامى في النشاط القضائي غير أنه لا يمكن أن يفوض لهم في الإضاء.

ويمكن لهم بصفة خاصة :

- مساعدة القضاة المكلفين بالتحقيق في الأحداث في جميع إجراءات التحقيق الإعدادي.

- مساعدة قضاة النيابة العامة في ممارسة الدعوى العمومية.

- الحضور في الجلسات المدنية والجنائية زيادة على النصاب القانوني والمشاركة فيها وفي المداولات دون أن يكون لهم حق التصويت.

- أن يرتدوا في الجلسات بذلة قضاة المحاكم الابتدائية.

(1) يتلقى القضاة في فترة التدريب بالمعهد محاضرات في مادة حقوق الإنسان يلتقيها أحد المختصين وذلك منذ سنة 1988.

- المحافظة على السر المهني.

(ج) تدريب مدته أربعة أشهر تقسم بين المؤسسات السجنية والمقاولات العمومية أو الخاصة والمصارف والعمالات ومختلف الإدارات ذات العلاقة بالعمل القضائي.

تحدد قرارات لوزير العدل طريقة تطبيق الطور الدراسي والتدريب المشار إليهما في الفقرات السابقة وكذا الأوقات التي تجري فيها (المادة 6).

يؤدي المدققون القضائيون بعد انصرام الفترة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل السابق امتحان نهاية التمرين ضمن الشروط المحددة بمقتضى مرسوم.

يمكن للمدققين القضائيين الذين نجحوا في الامتحان المذكور أن يعينوا قضاة بظهير باقتراح من المجلس الأعلى للقضاء في الرتبة الأولى من الدرجة الثالثة.

يعنى الذين لا تتوفر فيهم شروط تعيينهم قضاة أو يوضعون رهن إشارة إدارتهم الأصلية بقرار لوزير العدل (المادة 7)، وهكذا لا يمكن أن يعين الشخص قاضيا إلا إذا سبق ذلك إعداد مهني وتعليمي خاص.

1 - 1 - 4 وطبقا للمادة 20 من ظهير 11 نونبر (تشرين الثاني - نوفمبر) 43 المكون للنظام الأساسي لرجال القضاء، تحمي الدولة القضاة مما قد يتعرضون إليه من التهديدات والتهجمات والسب والقذف ضمن مقتضيات القانون الجنائي، والقوانين الخاصة الجاري بها العمل، وتضمن لهم - زيادة على ذلك عند الاقتضاء - طبقا للنصوص التنظيمية الجاري بها العلم تعويضا عن الأضرار التي يمكن أن تلحقهم أثناء مباشرة مهامهم أو بسبب القيام بها وذلك في غير ما يشملته التشريع الخاص برواتب المعاش ورأس مال الوفاة، وتحل في هذه الحالة محل المصاب في حقوقه ودعاواه ضد المتسبب في الضرر.

وهذه الضمانات تنسحب أيضا على أعضاء النيابة العامة، ذلك أن السلك القضائي بالمملكة حسب المادة الأولى من الظهير يؤلف من هيئة واحدة تشمل قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة بالمجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم، وتشمل أيضا القضاة الذين يمارسون مهامهم بالإدارة المركزية بوزارة العدل والذين يتم إلحاقهم بها بظهير شريف (قانون).

1-1-5 وإذا كانت بعض التشريعات الأجنبية تأخذ بنظام تخصص القضاة في المواد الجنائية، فإنه بالنسبة للتشريع المغربي لم يأخذ بعد بهذا النظام، ذلك أنه يمكن لكل قسم من أقسام المحكمة أو غرفها أن تبحث أو تحكم في كل القضايا المعروضة عليها أيا كان نوعها (المواد 2 و6 و10 من ظهير 15 تموز (يوليو) 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة).

إلا أنه من الوجهة العملية هناك توجه جدي نحو مبدأ التخصص، وفي هذا الصدد أعلن السيد وزير العدل في الخطاب الذي ألقاه بمناسبة افتتاح أشغال الندوة الأولى للعمل القضائي والمصرفي المنعقدة بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، يومي 11 و12 ربيع الثاني 1407 (3 و4 دجنبر (كانون الثاني - يناير 1987) ضرورة الأخذ بمبدأ تخصص القضاة حين قال: «... ولقد آن الأوان - حضرات السادة القضاة - ليأخذ قضاؤنا بمبدأ التخصص، إن القاضي يحاكي الطبيب في معالجته بعض الأمراض الاجتماعية ومقاومة الانحرافات الخلقية والإخلالات المالية التي تمس بالثقة التي تنبني عليها سلامة المعاملات، فعمله أدعى إلى التخصص ليتعمق في دراسة الوقائع المسندة إليه، ويتفوق في إيجاد الحلول الملائمة لها، وهذا ما سيضطلع به المعهد الوطني للدراسات القضائية ابتداء من سنته هذه...».

وبالفعل، فقد تم إحداث شعب لتخصص المحققين القضائيين (القضاة في طور التدريب بالمعهد) في ميادين قانونية معينة ولا يبعد أن تحدث شعبة للتخصص في المادة الجنائية. هذا بالإضافة إلى قيام المعهد الوطني للدراسات

القضائية بتنظيم ندوات متخصصة الهدف منها ترسخ المبدأ المذكور وتوطيده حتى يسفر عن النتائج المرجوة منه.

ودعما لمبدأ التخصص عمدت الوزارة إلى إرسال قضاة خارج المغرب للقيام بدورات تدريبية في مجال قضاء التحقيق وقضاء الأحداث في نطاق التعاون القضائي مع بعض الدول الصديقة.

1-1-6 لقد كان التنظيم القضائي المغربي، قبل تعديل 1974، يأخذ بنظام المستشارين المحلفين. حيث كانت محكمة الجنايات تتشكل من رئيس وقاضيين من قضاة المحكمة الإقليمية ومن ثلاثة مستشارين محلفين يختارون بطريق القرعة من قائمة تنظم وفقا للظهير الصادر بتاريخ 20 أيلول (سبتمبر) 1958 والمعدل بظهير نونبر (تشرين الثاني - نوفمبر) 1962، إلا أنه بعد التعديل الذي شمل التنظيم القضائي المغربي بمقتضى ظهير 15 تموز (يوليو) 1974 تم إلغاء هذا النظام وأصبحت غرفة الجنايات تتكون من خمسة قضاة محترفين يكونون وحدهم هيئة الحكم.

1-2 القضاء الخاص والقضاء المتخصص

1-2-1 القضاء الخاص

يقصد بتعبير الخاص ذلك النوع من المحاكم التي تختص بصفة دائمة بنظر جرائم معينة أو بمحاكمة أشخاص معينين وفقا لنظام إجرائي قد يختلف عما هو متبع في المحاكم الجنائية العادية. ونجد تطبيقا لمثل هذا النظام في التشريع المغربي، بصرف النظر عن قضاء الأحداث والقضاء العسكري، إذ يتعلق الأمر هنا بمحكمة العدل الخاصة المحدثه منذ سنة 1965 والتي أعيد تنظيمها بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 156-62-1 الصادر بتاريخ 28 شعبان 1390 الموافق لثاني تشرين الأول (أكتوبر) 1972. ويعهد إليها بالزجر عن جنایات الغدر والرشوة واستغلال النفوذ والاختلاس المقرفة من طرف الموظفين العموميين (المواد من 1 إلى 39 من الظهير المذكور، جرائم الوظيفة).

والموظف العمومي في نطاق القانون الجنائي المغربي يشمل عدة شرائح. فقد نصت المادة 224 من ق. ج على أنه «يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة، أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام.

وتراعى صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها».

ولاشك أن هنالك أوجه اختلاف فيما بين المحاكم الجنائية العادية ومحكمة العدل الخاصة، التي تعتبر من المحاكم الجنائية الاستثنائية ويتجلى ذلك فيما يلي :

أ) من حيث تحريك الدعوى العمومية

تحرك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لدى محكمة العدل الخاصة بأمر كتابي من وزير العدل (المادة 8 من الظهير).

أما في المحاكم الجنائية العادية فتتحرك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة دون إذن كتابي من وزير العدل.

ب) من حيث مدى خضوع النيابة العامة لسلطة وزير العدل

تمارس مهام النيابة العامة لدى محكمة العدل الخاصة تحت السلطة المباشرة لوزير العدل (المادة 4 من ق. ج. محكمة العدل الخاصة)، في حين أن جهاز النيابة العامة لدى المحاكم الجنائية العادية يخضع لمبدأ التسلسل الإداري (المادة 2 من ق. م. ج).

ج) من حيث الطعن في قرارات قاضي التحقيق

إن القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق لدى محكمة العدل الخاصة لا تقبل أي طعن (المادة 13 من الظهير).

في حين أن القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق في المحاكم الاستئنافية يمكن الطعن فيها بالاستئناف من طرف كل من النيابة العامة (المادة 204 ق. م. ج) والظنين (المادة 206 ق. م. ج) والمطالب بالحق المدني إن وجد (المادة 207 ق. م. ج).

د) من حيث المطالبة بالحق المدني

«إن الإدارات العمومية والمكاتب والمؤسسات المجعولة تحت مراقبة السلطة التي تدعي الضرر من جراء جريمة هي التي تستطيع وحدها المطالبة بالحق المدني أثناء الجلسة...» (المادة 22 من الظهير)، في حين أنه بالنسبة للمحاكم الجنائية العادية يمكن لأي متضرر أن ينتصب كمطالب بالحق المدني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

أما من حيث الضمانات، فيكفل هذا القضاء الخاص لمن يحاكم أمامه الضمانات ذاتها التي يكفلها قضاء المحاكم الجنائية العادية. فكل منها يتكون من قضاة ممتهنين مؤهلين علميا ومهنيا، وتطبق أمامها سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الإجراءات نفسها وتتوفر لكل من يحاكم أمامها الضمانات نفسها، ويطعن في أحكامها بواسطة النقض، ولا يمثل المتهم أمامها إلا مؤازرا بمحام. وفي حالة عدم تمكنه من تنصيب محام عنه، فإن على رئيس المحكمة أن يعين محاميا لمؤازرته في نطاق المساعدة القضائية.

1 - 2 - 2 القضاء المتخصص

يقصد بتعبير القضاء المتخصص تخصيص بعض المحاكم الجنائية العادية أو دوائر بها لنظر جرائم معينة وفقا للنظام الإجرائي العادي. والتشريع القضائي

المغربي لا يعرف مثل هذا القضاء، إذ تنظر المحاكم الجنائية العادية ببلادنا في مختلف أنواع الجرائم المرتكبة في دائرة نفوذها⁽¹⁾.

1 - 3 القضاء الجنائي الاستثنائي

يقصد بتعبير القضاء الجنائي الاستثنائي، ذلك القضاء الذي يختص بما يدخل في اختصاص القضاء العادي بحسب الأصل، ولكن المشرع يقرر اختصاص القضاء الاستثنائي به بالنظر لقيام ظروف أو ملائسات معينة (مثل الحروب أو فترات الهياج والفتنة).

ويتجلى من خلال هذا التعريف أن النوع من القضاء يختص بالبث في فترات معينة قد يكون من بينها حالة الاستثناء. وحالة الاستثناء بالنسبة للمغرب، هي المنصوص عليها في المادة 35 من الدستور المغربي الحالي لسنة 1992 وقد جاء فيها ما يلي :

«إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة، أو إذا وقع من الأحداث ما من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية، فيمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بظهير شريف بعد استشارة رئيس مجلس النواب وتوجيه خطاب للأمم. وبسبب ذلك تكون له الصلاحية، رغم جميع النصوص المخالفة، في اتخاذ التدابير التي يفرضها الدفاع عن حوزة التراب ويقتضيها رجوع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادي أو يقتضيها تسيير شؤون الدولة.

تنتهي حالة الاستثناء باتخاذ نفس الإجراءات المتبعة لإعلانها».

فمن خلال منطوق هذه المادة، ومن خلال تصفح مختلف النصوص التشريعية الجنائية المغربية، يتبين بأنه ليس ثمة ما يفيد وجود قضاء يسمى بالقضاء الجنائي الاستثنائي يمارس الاختصاصات المذكورة سابقا، بل يظل

(1) محكمة العدل الخاصة التي سبقت الإشارة إليها تدخل ضمن هذا الاعتبار ولو أنها مختصة بالنظر في جرائم الوظيفة بصفة خاصة.

القضاء الجنائي العادي محتفظا بسائر الاختصاصات الموكولة إليه بمقتضى قانون الإجراءات الجنائية. ولا تتعطل في هذه الحالة أية ضمانات من الضمانات التي يكفلها النظام الإجرائي العادي.

1 - 4 موانع القضاء

نص ظهير التنظيم القضائي وقانون الإجراءات على حالات يمتنع فيها على القاضي أو المحكمة بأسرها نظر الدعوى والحكم فيها وهي حالات عدم الصلاحية أو عدم الأهلية، وطلب التجريح ثم طلب الإحالة من أجل التشكك المشروع أو لضمان حسن سير العدالة أو لاعتبارات تتعلق بالأمن العام.

وتجدر الإشارة إلى التفرقة بين الأسباب التي تؤدي إلى عدم صلاحية القاضي للبت في النزاع أو عدم أهليته لذلك، وبين تجريح القاضي أو رده أو طلب تنحية المحكمة بأسرها فيما يسمى بطلب الإحالة من أجل التشكك المشروع (المادتان 373 و384 ق. م. م) أو لاعتبارات تتعلق بالأمن العام (المادة 385 ق. م. م).

فأسباب عدم صلاحية القاضي أو عدم أهليته لنظر النزاع تجعل القاضي ممنوعا أصلا من الفصل في النزاع ولو لم يجرحه أحد الأطراف، وقد عدت المادتان 24 و25 من ظهير التنظيم القضائي أسباب عدم الصلاحية وهي واردة على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها لخطورة النتائج التي تترتب عليها، وأخصها بطلان الحكم الصادر من القاضي الذي توفرت في حقه أسباب عدم الصلاحية، ومرجع هذه الأسباب إلى كونها مما تضعف إليه النفس في الأغلب الأعم، وكونها معلومة للقاضي ويستبعد أن يجهلها.

وأسباب عدم الصلاحية التي نص عليها القانون هي :

1 - لا يمكن للأزواج والأقارب والأصهار إلى درجة العمومة أو الخزولة أو

أبناء الإخوة أن يكونوا بأية صفة كانت قضاة في آن واحد بنفس المحكمة، إلا في حالة الترخيص الذي يمكن منحه بمرسوم عندما تشتمل المحكمة على أكثر من غرفة واحدة، أو إذا كانت المحكمة تعقد جلساتها بقاض منفرد، وبشرط أن لا يكون أحد الأزواج أو الأقارب أو الأصهار المشار إليهم رئيسا من رؤساء المحكمة، ولا يمكن في أي حال من الأحوال ولو بعد الترخيص المذكور أن ينظر الأزواج والأقارب أو الأصهار في قضية واحدة (المادة 24 من ظ. ت. ق).

2 - لا يسوغ لأي قاض يكون أحد أقاربه أو أصهاره إلى درجة العمومة أو الخزولة أو أبناء الإخوة محاميا لأحد الأطراف أن ينظر في ذلك النزاع وإلا اعتبر الحكم أو القرار باطلا (المادة 25 من ظ. ت. ق).

أما التجريح فيقصد به طلب منع القاضي من نظر النزاع كلما كان سبب يدعو إلي الشك في قضائه، فالتجريح دعوى يشكو فيها الخصوم أيا كانت صفتهم في الدعوى من إنصاف القاضي لسبب من الأسباب المبينة على سبيل الحصر في المادة 275 ق. م. ج ويطلبون فيها ألا ينظر في النزاع الذي بين يديه ويعوض بقاض آخر.

فإذا كان التجريح موجها إلى عدة قضاة معينين شخصا بحيث يتعذر معه تشكيل المحكمة بصفة قانونية، أو ضد المحكمة بأجمعها يعتبر الطلب بمثابة طلب الإحالة بسبب التشكك المشروع، وهو يكون إما تشككا في نزاهة حكم القضاة أو لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أو حسن سير العدالة. ويجمع بين التجريح وطلب الإحالة من أجل التشكك المشروع أو لاعتبارات تتعلق بالأمن العام وحسن سير العدالة أنها جميعا لا بد لقيامها من أن تطلب ممن جعل له القانون حق هذا الطلب. وعدم طلب التجريح أو الإحالة يجعل الحكم الصادر في النزاع صحيحا مع توافر أسباب التجريح أو الرد، أما في حالة عدم الصلاحية أو الأهلية، فإذا نظرت الدعوى أمام قاض غير صالح لنظرها كان عمله وقضاؤه باطلين وهذه قاعدة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويجوز الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة حسب الأحوال استثناء أو نقضا.

وأسباب التجريح واردة على سبيل المحصر (المواد 275 إلى 287 ق. م. ج) فلا يجوز القياس عليها. وللخصم تقدير الأمر إن شاء رد القاضي عن نظر الدعوى والحكم فيها مجرّحا إياه لسبب من الأسباب، ويمكن تجريح قاض من القضاة في الأحوال الآتية :

- إذا كانت له أو لزوجته فائدة شخصية في الحكم في الدعوى.
- إذا كانت له أو لزوجته قرابة أو مصاهرة مع أحد المترافعين أو أحد محاميهم بما فيها درجة أبناء الأعمام والأخوال.
- إذا كان بين أحد المترافعين والقاضي أو أصولهما وفروعهما دعوى ما زالت جارية أو انتهت منذ أقل من سنتين.
- إذا كان القاضي دائما أو مدينا لأحد المترافعين.
- إذا كان قد تقدم له أن أبدى رأيه في الإجراءات أو أدى شهادته فيها أو بت فيها في طورها الابتدائي.
- إذا كان وصيا أو وارثا محتملا أو مؤاجرا أو ضيفا نزيلا للشخص المتهم أو للمسؤول عن الحقوق المدنية أو للمطالب بالحق المدني أو إذا كان أحد هؤلاء وارثا محتملا له.
- إذا كانت بينه وبين الشخص المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أو المطالب بالحق المدني عداوة شديدة مشهورة.
- إذا كان القاضي صاحب الشكوى (المادة 275 ق. م. ج) ولا يمكن تجريح موظفي النيابة العامة (المادة 276 ق. م. ج)، وينبغي لكل قاض يعلم أنه قابل للتجريح من جراء أحد الأسباب المبينة في الفصل 275 أن يعلن عنه إلى المحكمة أو الغرفة التي ينتمي إليها، وبعد هذا الإعلان تقرر المحكمة أو الغرفة هل يتعين عليه التخلي عن الدعوى أم لا (المادة 277 ق. م. ج).

1 - 5 التعريض عن أخطاء السلطة القضائية

إذا كان التجريح يرمي إلى إبعاد القاضي عن النظر في الدعوى موضوع التجريح، فإن المخاصمة يترتب على قبولها إبعاد القاضي عن النظر في الدعوى بالإضافة إلى إمكانية الحكم بالتعويض لفائدة طالب المخاصمة، وبعبارة أوضح يكون التجريح إجراء احتياطيا من التحامل الذي قد يصدر فيما بعد من القاضي ضد طالب التجريح، أما المخاصمة فتكون ضد التدليس أو الغش أو الغدر الذي صدر فعلا من القاضي.

وتهدف دعوى المخاصمة إلى تقرير مسؤولية القضاة في حالات معينة وبشروط خاصة حتى لا يؤدي ذلك إلى التأثير في استقلالهم وذلك بتحويل المتقاضين في هذه الحالات وطبقا لشروط معينة مخاصمة القضاة عن طريق الالتجاء إلى القضاء بهدف الحصول على حكم بإلزام القاضي بالتعويضات طبقا لنص المادة 81 من ق. ل. ع الذي ينص على أن «القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه يسأل مدنيا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته».

وتعتبر الدولة مسؤولة عما يحكم به من تعويضات على القاضي أو عضو النيابة العامة أو المحكمة المخاصمين بسبب أفعالهم التي أسست عليها دعوى المخاصمة والحكم فيها، وللدولة حق الرجوع على القاضي بما يحكم عليها به (المادة 70 ق. ل. ع)، والتعويض في هذه الحالة يكون في واقع الأمر تعويضا رمزيا مهما بلغت قيمته، لكونه لن يرجع الحالة إلى ماكنت عليه، فالهدف منه إنصاف المتضرر نسبيا على كل حال، وإشعاره بأن القانون يسري على الجميع.

1 - 2 القواعد العامة للمحاكمة

تتشارك إجراءات المحاكمة أمام المحكمة الابتدائية والغرفة الجنحية وغرفة الجنايات في الأحكام الآتية :

- العلنية.
- الشفوية.
- حضور المترافعين.
- التدوين.

إلا أننا سوف نقتصر على تحليل العناصر الأربعة التالية :

1 - 2 - 1 علانية المحاكمة وحدود سلطة المحكمة في تقرير سريتها

إذا كانت إجراءات البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي سرية (المادة 15 ق. م. ج) فإن إجراءات المحاكمة يجب أن تتم في جلسات عمومية وعلنية. تقضي المادة 301 ق. م. ج بأنه : « باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادتين 302 و303 يجب تحت طائلة البطلان أن تكون الإجراءات في الجلسة والمناقشات علنية.

ولا يمكن الأخذ بهذا البطلان إلا إذا طلب ممثل النيابة العامة أو المطالب بالحق المدني أو المتهم تسجيل الإشهاد بعدم علنية الجلسة».

والمادتان 302 و303 المشار إليهما تقضيان بأن لرئيس الجلسة منع الأحداث أو بعضهم من دخول قاعة الجلسات إذ رأى أن دخولهم غير مناسب (كما في جرائم العرض مثلا) وبأن للمحكمة وأن تقرر عقد الجلسة سرية إذ رأت في علانيتها خطرا على النظام أو على الأخلاق.

ويضاف إلى ذلك القضايا المتعلقة بالأحداث حيث أوجب القانون إجراء المناقشات بشأنها في جلسة سرية (المادتان 16 و23 من ظ. إ. ن).

على أن الحكم يجب دائما أن يصدر في جلسة علنية إلا إذا وجد نص قانوني خاص (المادة 346 ق. م. ج) ومن الحالات التي يقضي فيها القانون بصدور الحكم في جلسة سرية الحالة التي تنص عليها المادة 13 ظ. إ. ن التي تقضي بأن « تنظر المحكمة الابتدائية وهي تبت في غرفة المشورة في الجرح



والمخالفات المرتكبة من طرف الأحداث...» فالبت في غرفة المشورة يعني إجراء المناقشة وإصدار الحكم في هذه الغرفة غير المسموح بالدخول إليها بالنسبة للعموم، نظرا للوضعية الخاصة للأحداث.

1 - 6 - 2 شفوية إجراءات المحاكمة وما يرد عليها من استثناءات

مبدأ شفوية إجراءات الجلسة والتحقيق النهائي في القضية ارتبط دخوله إلى المرافعات الجنائية من الناحية التاريخية بمبدأ آخر هو مبدأ «البيئة القضائية أو حرية الأدلة» الذي حل بدوره محل مبدأ «البيئة القانونية». وهكذا ونتيجة لإقرار مبدأ البيئة القضائية أو حرية الأدلة تقرر مبدأ الشفوية لأن المناقشات الشفوية التي تجري بين الخصوم بإشراف وتوجيه القاضي هي وحدها التي تؤدي إلى الإقتناع الوجداني وإلى التمييز بين الجدي من الأدلة والخادع منها.

ومبدأ الشفوية في إجراءات المحاكمة يقتضي على الخصوص شفوية الإجراءات التالية :

- تحقيق أدلة الإتهام ومناقشة الدفوع ووسائل الدفاع، أو ما تعبر عنه المسطرة الجنائية بدراسة القضية ومناقشتها. فيتعين أن تعرض أدلة الاتهام وما يبديه كل من المتهم والمطالب بالحق المدني والمسؤول مدنيا - إن وجد - من دفوع ووسائل الدفاع على المناقشة الشفوية وبمحضر الخصوم.

- تقديم الأدلة في الجلسة سواء كانت أدلة إثبات تقدمها النيابة العامة أو المطالب بالحق المدني فيما يرجع إلى دعواه المدنية، أو أدلة نفي يقدمها المتهم أو المسؤول مدنيا، فيعتبر كل دليل أو وسيلة إثبات لم تقدم في الجلسة ولم تعرض على الخصوم لمناقشتها في الجلسة عديمة القيمة ويمتنع على القاضي اعتمادها في تكوين اقتناعه وإلا كان حكمه معيبا معرضا للنقض. ولذلك نصت المادة 289 م. ج على أنه :

« لا يمكن للقاضي أن يبني مقرره إلا على حجج عرضت أثناء الإجراءات ونوقشت شفاهيا وحضوريا أمامه.»

- أداء الشهادة حيث تؤدي بحضور الذين يحق لهم مناقشة الشاهد تحت إشراف المحكمة وقد نصت المادة 330 م. ج على أنه : «يؤدي الشاهد شهادته شفاهيا، ولا يمكن له أن يستعين بالمذكرات إلا بصفة استثنائية وبإذن من الرئيس، وبعد أداء كل شهادة يسأل رئيس الجلسة المتهم عما إذا كان لديه ما يقوله ردا على ما وقع الإفضاء به، ثم يسأل النيابة العامة والمطالب بالحق المدني عما إذا كان لديهما أسئلة يلقيانها».

وفي الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها القانون أداء الشهادة كتابة كشهادة أعضاء الحكومة ومثلي الدول الأجنبية أوجب القانون تبليغها في وقتها إلى النيابة العامة وإلى المترافعين الذين يهمهم الأمر ليتأتى لهم إبداء دفوعهم وملاحظاتهم بشأنها، إذا كان الأمر يتعلق بمخالفة أو جنحة، أما إذا كانت الشهادة قد أديت في جناية فإنه يتعين تلاوتها بالجلسة العلنية وعرضها للمناقشة ويترتب البطلان عن عدم تلاوتها أو إخضاعها للمناقشة (المادتان 320 إلى 321 م. ج).

1 - 2 - 3 المواجهة بين الخصوم في الدعوى الجنائية

يتبين مما سبق أن الشفوية تتركز على عرض أدلة الاتهام والدفوع ووسائل الدفاع في الجلسة العلنية وعلى مناقشتها شفويا من طرف النيابة العامة والمتهم وباقي الأطراف إن وجدوا.

ولهذا فإن مبدأ الشفوية يستلزم وجود مبدأ آخر هو مبدأ المواجهة (الحضورية) أي حضور الخصوم وتواجههم لمناقشة تلك الأدلة والدفوع ووسائل الدفاع أمام القاضي وتحت إشرافه ورقابته.

والحضور في التحقيق النهائي أمام المحكمة حق للأطراف وواجب عليهم في نفس الوقت (المواد 308 و371 و376 ق. م. ج).

وتعيين المترجمان عند الحاجة بقصد ضمان حقوق الدفاع للمتهم في الجلسة المحاكمة فرض القانون الإجراءات التالية :

أ) مؤازرة المحامي

يحق للمتهم أن يركل محاميا ليؤازره في أي طور من أطوار المحاكمة (المادة 310 م.ج) وتكون هذه المؤازرة إلزامية في الحالات المنصوص عليها في المادة 311 م.ج وهي :

- إذا كانت المحاكمة أمام غرفة الجنايات.
- إذا كان المتهم حدثا لم تبلغ سنه 16 سنة، أو أبكم أو أعمى أو مصابا بأية عاهة أخرى من شأنها الإخلال بالدفاع عن نفسه.
- إذا كان المتهم معرضا لعقوبة الإقصاء.
- وفي هذه الحالات الثلاث إذا لم يختار المتهم محاميا أو تخلف عن الحضور أو امتنع عن أداء مهمته أو كف عنها وجب على رئيس الجلسة أن يعين له محاميا أو يعوض المحامي المتخلف فورا.
- وزيادة في توفير الضمانات للأشخاص الذين لا يتكلمون اللغة الوطنية أوجب المشرع إحضار مترجمان قصد تبليغهم ما يقال أثناء المحاكمة.

ب) تعيين المترجمان

تنص المادة 313 م.ج على أنه إذا كان المتهم «يتكلم لغة أو لهجة أو لسانا يصعب فهمه على القضاة أو المترافعين والشهود أو إذا قضت الضرورة بترجمة مستند أدلى به أثناء المناقشات، عين الرئيس تلقائيا مترجما، وإلا فيترتب عن الإخلال بذلك البطلان، وتطبق على المترجم مقتضيات الفصل 112 م.ج المتعلقة بأداء القسم إذا لم يكن محلفا ويمكن للمتهم وللنيابة العامة أو المطالب بالحق المدني أن يجرحوا المترجم وقت تعيينه مع بيان تجريحه وتبت المحكمة في شأن هذا الطلب ...».

1 - 6 - 4 وتتجلى حدود سلطة المحكمة في استجواب المتهم (أي استنطاقه) في إخباره بالتهمة المنسوبة إليه وجوابه على ذلك بالاعتراف أو بالإنكار الكلي أو الجزئي وما يكون لديه حول وقائعها من إيضاح، وعلى الأسئلة التي يلقيها عليه رئيس الجلسة عن الوقائع التي قد يساعد جواب المتهم عنها على الوصول إلى الحقيقة.

ومادام المطلوب من القاضي هو الكشف عن الحقيقة والبحث عنها، فإنه يمكنه استيضاح المتهم عن كل واقعة يرى الجواب عنها فائدة لتكوين اقتناعه الصميم.

ومن أجل ذلك نصت المادة 316 ق. م. ج على أنه «يمكن للرئيس أن يأمر بتلاوة محاضر المعاينة، ومحاضر التفتيش أو الحجز، وتقارير الخبراء وكذا جميع الوثائق المفيدة لإظهار الحقيقة. كما يمكن له أثناء استجواب المتهم أن يأمر بتلاوة الاستنطاقات التي أجريت أثناء التحقيق أو أثناء تحقيق متعلق بجرائم مرتبطة بالجريمة التي هي موضوع المحاكمة. وتبت المحكمة فيما يطرأ من مسائل نزاعية عارضة».

1 - 6 - 5 بعد انتهاء دراسة القضية باستجواب المتهم والاستماع إلى الشهود، تبدأ مناقشتها من حيث الوقائع وما يتفرع عنها من نتائج. وذلك بتقديم كل فريق لوسائل دفاعه والرد على دفاع الخصم، وتقديم الطلبات والملمات الرامية إلى تأييد تلك الوسائل أو هذا الرد كطلب انتداب خبراء أو الوقوف على عين المكان تأييدا لوسائل الدفاع أو لتأكيد أو استبعاد إدعاءات الخصم. وقد نصت المادة 306 ق. م. ج، والتي يأتي ذكرها، على الترتيب الذي يجب أن يسود المناقشات، ويحق لكل مترافع أن يشرح وسائل دفاعه وأن يناقش إدعاءات الخصم ووسائل دفاعه، وذلك في الحدود المعقولة التي لا تخل بالدفاع ولا تضيع من وقت المحكمة، فلرئيس الجلسة أن يوقف المترافع عن الكلام حول وقائع غير منتجة في القضية المعروضة. مساعدة محام للمتهم

ويتعين تقديم طلبات ووسائل الدفاع بصورة قانونية في الجلسة أي أن تقدم في شكل طلب أو دفاع صريحين. فلا يكفي مثلا القول «إذا ظهر للمحكمة انتداب خبراء» أو «سيتبين للمحكمة عند مراجعة الملف أن ظرف تشديد ما غير متوفر في الجريمة». فمثل هذه الطلبات لا تلزم المحكمة بالجواب عنها. كما يتعين أن تقدم مكتوبة في الجلسة أو أن يطلب المعني بالأمر تسجيلها في محضر الجلسة.

1 - 6 - 6 تدوين الإجراءات وملخص المناقشات

ضمن كل هيئة محكمة يوجد كاتب للضبط ومهمته تسجيل أهم ما يروج في الجلسة وضبط ما تم فيها من إجراءات كحضور الخصوم والشهود أو تخلفهم ومأدلي به من أدلة ودفع ووسائل دفاع وما حدث من المسائل النزاعية والعارضة وقرارات المحكمة بشأنها.

وقد تعرضت المادة 347 م. ج لما يجب أن يتضمنه كل حكم أو قرار وهي توضيح الإجراءات ووقائع التحقيق التي يجب تدوينها في الحكم. وبالإضافة إلى ذلك نصت المواد 331 و332 و375 م. ج على أنه يتعين على كاتب الضبط أن يشير في المحضر إلى هوية الشهود والخبراء وإلى اليمين التي أديت وأن يلخص أهم ماجاء في شهاداتهم، كما قضت المادة 498 م. ج المتعلقة بالجنايات بأن يحرر كاتب الضبط محضرا يلخص فيه المهم من أجوبة المتهمين وتصريحات الشهود ويتعرض فيه باختصار إلى أهم المسائل العارضة التي قد تحدث خلال المناقشات، ويشير إلى المطالب الملتمس تسجيلها وما آلت إليه تلك المطالب.

وتعتبر هذه البيانات الواجب تدوينها بمحاضر الجلسة ركيزة من ركائز الضمانات المخولة للمتهم حيث يمكن لكل من يعنيه الأمر الرجوع إليها كوثيقة رسمية من وثائق الدعوى وتنص المادة 353 فقرة أولى على الإمضاء عليها من طرف رئيس المحكمة وكاتب الضبط.

1 - 6 - 7 وبالإضافة إلى ما تقدم، هنالك في التشريع المغربي قواعد

للمحاكمة خاصة بكل محكمة. وتتعلق، على وجه الخصوص، بسير الجلسات

والمناقشات أمام المحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف (الغرفة الجنحية) وأخيرا أمام غرف الجنايات.

أولا : المحكمة الابتدائية

وتنحصر إجراءات سير الجلسة والمناقشات أمام المحاكم الابتدائية

فيما يلي :

أ) تشكيل المحكمة

تتكون هيئة المحكمة الابتدائية من قاض فرد وممثل للنيابة العامة بمساعدة كاتب الضبط (المادة 4 من ظهير التنظيم القضائي).

وقد نصت المادة 298 ق. م. ج على أنه « يشترط لصحة انعقاد الجلسات أن تتشكل كل هيئة قضائية من العدد من القضاة المقرر قانونا ».

وهكذا تكون لقاضي المحكمة الابتدائية في الجلسات صلاحيات رئيس

الجلسة وبصفته هذه :

- يحافظ على النظام في الجلسة (المواد 299 و 302 و 341

و 342 ق. م. ج).

- يسير دراسة القضية ومناقشتها، ويرتب سير هذه المناقشة إن اقتضى

الحال (المادتان 299 و 306 ق. م. ج).

- يأمر بتلاوة المحاضر وكل الوثائق التي يشتمل عليها الملف، متى رأى

في تلاوتها فائدة لإظهار الحقيقة، كمواجهة شاهد بتصريحاته السابقة (المادة

316 ق. م. ج).

- يعين المحامي للمتهم في الحالات التي يفرض فيها القانون ذلك

(المادتان 311 و 312 ق. م. ج) كما يعين المترجم إن اقتضى الحال (المادة

313 ق. م. ج).

وبصفة الهيئة الحاكمة بيت في :

- تأخير القضية تلقائيا أو بناء على ملتصم من المترافعين (المادة 300 ق. م. ج).

- عقد الجلسة سرية إذا رأى في علانيتها خطرا على النظام أو على الأخلاق (المادة 303 ق. م. ج).

- المسائل النزاعية والعارضة (المادة 17 ق. م. ج).

ب) التحقق من حضور الأطراف

تبدأ إجراءات الجلسة بالتحقيق من هوية المتهم ومن حضور باقي الأطراف والشهود والمتروجم إن اقتضى الحال، فقد نصت المادة 304 على أنه : «يتحقق الرئيس في كل قضية من هوية المتهم، وينادي عند الاقتضاء على الشهود، ويتأكد من حضور المطالب بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية، والخبراء والمتروجم...».

ج) الدفوع والمسائل الأولية

ما يثيره المتهم - وكذا المطالب بالحق المدني والمسؤول مدنيا بالنسبة للدعوى المدنية التابعة - أمام المحكمة لمواجهة المتابعة الجنائية المقامة ضده ينقسم إلى نوعين : دفوع وأوجه دفاع.

فالدفع هو التي تتعلق بالاحتجاج بخرق الإجراءات الشكلية التي يفرضها القانون للمتابعة الجنائية وإصدار الحكم فيها، كالدفع بخرق نص من نصوص المسطرة الجنائية، المنظمة للاختصاص مثلا.

وأوجه الدفاع هي التي لا تتعلق بالإجراءات الشكلية للمتابعة وإصدار الحكم، وإنما بموضوع المتابعة ذاته كنفى نسبة الجريمة إلى المتهم ودحض وسائل الإثبات المستدل بها من طرف النيابة العامة.

د) دراسة القضية

نصت المادة 305 ق. م. ج على أنه : «تحتوي دراسة القضية على استنطاق المتهم إن كان حاضرا والاستماع إلى الشهود والخبراء، وتقديم حجج الإثبات إن اقتضاه الحال، فدراسة القضية في الجلسة تشمل أساسا :

- استنطاق المتهم.

- والاستماع إلى الشهود والخبراء.

- هـ) المناقشة

وتقضي المادة 306 بأنه :

«تجري المناقشات بعد انتهاء هذه الدراسة (أي دراسة القضية) حسب الترتيب الآتي ما لم يتعين خلاف ذلك بمقتضى قانون خاص أو بتقرير من الرئيس:

يقدم المطالب بالحق المدني، إن كان هناك مطالب، طلبه بالتعرض عن الضرر.

وتقدم النيابة العامة ملتسماتها.

ويعرض الشخص المتهم دفاعه وكذا المسؤول عن الحقوق المدنية إن اقتضى الحال.

ثم يتولى المتهم في الأخير الكلام.

وحينذاك يعلن الرئيس عن انتهاء المناقشات».

ويعلن الحكم حالا، وإذا تعذر النطق به، أقر القضية للتأمل، مع وجوب تمديد تاريخ الجلسة التي سيصدر الحكم فيها ليكون المترافعون على بينة منها (المواد 379 و399 و420 ق. م. ج).

ثانيا : محكمة الاستئناف

إن المادة 430 ق. م. ج تقرر بأنه :

«لا تطبق على جلسات محكمة الاستئناف القواعد المقررة في المادة 304 وما يليها إلى المادة 307 حول سير الجلسة إلا مع مراعاة الشروط الآتية :

بمجرد الانتهاء من استنطاق المتهم حول هويته، يتلو الرئيس أو أحد القضاة المستشارين تقريره حول الوقائع.

ثم يستنطق المتهم في جوهر القضية.

ويستمع إلى الشهود إن كانت المحكمة قد أمرت استثنائيا بالاستماع إليهم.

وأثناء المناقشات يتناول الكلام بالتتابع، أولا فريق المستشارين ثم فريق المستشارين عليهم، فإذا تعدد فريق المستشارين أو فريق المستشارين عليهم يحدد رئيس المحكمة ترتيبهم في تناول الكلام.

وفي جميع الأحوال يحق للمتهم أن يتناول الكلام مرة أخرى إن طلب ذلك ويكون آخر مستمع إليه».

وتنص المادة 388 ق.م.ج (المادة 306 التي تحيل عليها) على أنه :

«في حالة الاستئناف يمكن الاستماع من جديد للشهود الأولين أو لشهود آخرين، إذا طلب ذلك (وكيل الملك) أو أحد المترافعين».

ونخلص إلى أن إجراءات المحاكمة أمام الغرفة الجنحية تكون على الشكل التالي:

(أ) تطبق نفس الإجراءات التي رأيناها أمام المحكمة الابتدائية بالنسبة لصلاحيات رئيس الجلسة والتحقق من حضور الأطراف إلى غير ذلك.

(ب) ترتيب المناقشات وتناول المتهم الكلام في الآخر يخضعان للمادة 430 في المخالفات وفي الجنح بنوعيتها (الضبطية والتأديبية).

(ج) قبول طلب الاستماع إلى الشهود الذين شهدوا أمام المحكمة

الابتدائية يرجع إلى السلطة التقديرية للمحكمة في المخالفات والجنح الضبطية، ويرجع إلى هذه السلطة التقديرية كذلك في الجنح التأديبية، إلا أن القبول لا يقرر إلا بصفة استثنائية⁽¹⁾.

(د) تختص الجنح التأديبية بإحالتها في المرحلة الاستثنائية على مستشار مقرر يلخص وقائع القضية والحكم المستأنف وموضوع الاستئناف، في تقرير مكتوب يقرأه في الجلسة.

(هـ) القاعدة الأمرة الواردة في المادة 306 ق. م. ج بشأن تناول المتهم الكلام في نهاية المناقشة، لا تطبق على الجنح التأديبية في مرحلة الاستئناف. فالمادة 430 تقضي في نهايتها بأنه: «في جميع الأحوال يحق للمتهم أن يتناول الكلام مرة أخرى إن طلب ذلك ليكون آخر مستمع إليه».

ولذلك، فإذا لم يطلب المتهم الكلمة في آخر الجلسة فإن المحكمة لا تكون ملزمة بإعطائه إيها عند نهاية المناقشات.

ثالثا : قواعد المحاكمة الخاصة بغرفة الجنايات

(أ) بالإضافة إلى القواعد أو الإجراءات العادية المتعلقة بالتحقق من هوية المتهم واستنطاقه والتأكد من حضور باقي الأطراف، نجد أمام غرفة الجنايات القواعد الآتية :

- مؤازرة المتهم إلزامية (المادة 311 ق. م. ج) وفي حالة عدم توكيل

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 27 بتاريخ 13 كانون الثاني 1977 مجلة القضاء والقانون، عدد 1 ص 188 وقد جاء فيه :

«وحيث إن أمر استدعاء الشهود في المرحلة الاستثنائية أو عدم استدعائهم والاكتفاء بما راج لدى محكمة الدرجة الأولى يرجع إلى السلطة التقديرية التي لمحكمة الموضع في هذا المجال فلها أن تستدعيهم متى رأت ضرورة لذلك، ولها أن تستغني عن استدعائهم متى لم تر فيه فائدة، ولا يعتبر ذلك خرقا لحقوق الدفاع».

المتهم لمحام أو تغييب المحامي الموكل، يجب على رئيس الجلسة أن يعين تلقائيا من يقوم مقامه (المادتان 312 و467 ق. م. ج).

- إذا كانت القضية تتطلب مناقشات طويلة، يمكن أن تضيف الغرفة إلى هيئتها المكونة من خمسة قضاة قاضيا أو أكثر (المادة 436 ق. م. ج) حتى إذا حدث مانع لأحد أعضاء الهيئة الأصليين، أمكن تعويضه بالعضو الإضافي. ولا يضطر المحكمة إلى إعادة المناقشات من بدايتها.

- تبليغ المترافعين بعضهم لبعض قائمة الشهود الذين استدعاهم كل فريق، وذلك قبل انعقاد الجلسة بأربع وعشرين ساعة على الأقل (المادة 470 ق. م. ج).

- الاستماع إلى الشهود وإن كان يتم طبقا للقواعد العادية (المادة 475 ق. م. ج) إلا أن المواد 476 إلى 481 أضافت بعض الأحكام المتعلقة بتسجيل ماقد يرد في شهادة الشاهد من زيادة أو نقص أو تحريف. كما تقرر المادة 472 م. ج إمكانية إحضار الشاهد المتخلف بالقوة العمومية.

- تسليم نسخة من المحاضر المتضمنة للتهمة وتصريحات الشهود الكتابية وتقارير الخبراء إلى كل متهم (المادة 458 ق. م. ج).

- يجب أن تتم المداولة عقب الانسحاب المباشر من قاعة الجلسات ويمتنع على أعضاء المحكمة مغادرة قاعة المداولة إلا بعد النطق بالقرار في الجلسة العلنية (المواد 484 و485 و494 ق. م. ج).

- الاقتراع على منطوق الحكم يعين أن تراعى فيه مقتضيات المادة 486 م. ج، وفي حالة الإدانة يتعين قبل تحديد العقوبة أن تبت المحكمة في وجود أو

عدم وجود ظرف أو ظروف تخفيف⁽¹⁾ وإذا تعدد المتهمون وجب الاقتراع على ظروف التخفيف بصورة منفصلة بالنسبة لكل واحد منهم.

- وضع الشاهد تحت الحراسة إذا تجلت في شهادته قرائن زور خطيرة.

وإذا أئذره الرئيس للمرة الأخيرة، وبقي مصرا على تصريحاته أمكن للمحكمة أن تأمر باعتقاله، ويساق حالا إلى قاضي التحقيق بنفس المحكمة (المادة 481 ق. م. ج.).

- محضر الجلسة الذي تلخص منه أجوبة المتهمين وتصريحات الشهود والمسائل العارضة والمطالب الملتمس تسجيلها، يجب أن يوقعه كل من رئيس الجلسة وكاتب الضبط (المادة 498) وإلا كان الحكم معيبا ومعرضا للنقض.

ب) المسطرة الغيابية

تعرضت المواد 499 إلى 510 ق. م. ج للمسطرة الغيابية التي تطبقها غرفة الجنايات في حالة تعذر إلقاء القبض على المتهم أو فراره.

وتتلخص هذه المسطرة في أن رئيس غرفة الجنايات يصدر الأمر بإجراء المسطرة الغيابية، وينص هذا الأمر على أنه يتعين على المتهم أن يحضر ضمن أجل جديد مدته عشرة أيام⁽²⁾ وإلا فيصرح بأنه عاص للقانون، ويوقف عن مزاوله حقوقه المدنية، وتحتجز أملاكه طيلة إجراءات المسطرة الغيابية ويمتنع من رفع أي دعوى قضائية طيلة المدة نفسها كذلك، ويصرح بأنه سيحاكم رغم تغيبه، وعلى كل شخص أن يدل السلطات على المكان الذي يوجد فيه.

(1) وإذا أغفلت المحكمة ذلك كان حكمها معرضا للنقض، قرار المجلس الأعلى عدد 228، بتاريخ 79/2/26 ولكن المجلس يعتبر الحكم سليما ولو لم يتضمن الاقتراع على ظروف التخفيف متى كانت العقوبة المحكوم بها أقل من الحد الأدنى المقرر في القانون للجريمة موضوع الإدانة، إذ يعتبر في هذه الحالة أن المحكمة تمتعت المتهم فعلا بظروف التخفيف.

انظر قرار المجلس الأعلى، عدد 719، بتاريخ 1977/5/12، قضية 44625.

(2) وإذا تعلق الأمر بمحكمة العدل الخاصة، خفضت الأجل إلى ستة أيام (المادة 30 من قانون هذه المحكمة).

ويتضمن الأمر هوية المتهم وأوصافه، والجنائية المتابع بها (المادة 499) ويعلق هذا الأمر بباب آخر مسكن للمتهم، وعند عدم معرفة هذا المسكن، بباب المحكمة الجنائية، وترسل نسخة منه إلى مدير الأملاك المخزنية بالدائرة التي كان فيها آخر مسكن للمتهم، وعند عدم معرفة هذا المسكن، إلى مدير الأملاك المخزنية بالمكان الذي تتعقد فيه المحكمة الجنائية (المادة 500).

وبعد إصدار هذا الأمر يذاع بواسطة الإذاعة الوطنية ثلاث مرات خلال فترة ثمانية أيام (المادة 501).

وإذا لم يقدم نفسه خلال عشرة أيام من إعلان الأمر، فإن المحكمة الجنائية تباشر محاكمته غيابيا دون حضور أي محام.

بيد أنه إذا تعذر على المتهم مطلقا أن يقدم نفسه فيمكن لمحاميه أو لذويه أو أصدقائه أن يعرضوا على المحكمة أسباب العذر (المادة 502).

وإذا قبلت المحكمة العذر المقدم، فإنها تأمر بإرجاء محاكمة المتهم كما تأمر، عند الاقتضاء، برفع العقل عن أملاكه لأجل تحده (المادة 503).

وتتم إجراءات جلسة المحاكمة الغيابية بتلاوة كاتب الضبط تنص الأمر الصادر بإجراء المسطرة الغيابية ومحضر إعلان هذا الأمر، ثم تستمع المحكمة إلى مطالب الطرف المدني، إن وجد، وإلى إلتماسات النيابة العامة ثم تصدر الحكم.

وتبقى أموال المحكوم عليه تحت الحجز، ولكن تمنح إعانات لزوجته وأصوله وفروعه إن كانوا في حالة عوز، وإذا أثير نزاع حول هذه الإعانات أو حول تسيير الأموال المحجوزة، فإن غرفة الجنايات تفصل في ذلك (المادة 505).

وينشر ملخص الحكم بسعي من النيابة العامة بالجريدة الرسمية في أقرب وقت، كما يتعلق ويبلغ لإدارة الأملاك المخزنية طبق ما جاء في المادة 500 (المادة 506).

والحكم الغيابي يقبل الطعن فيه بالنقض من طرف النيابة العامة والمطالب بالحق المدني (المادة 507 ق. م. ج).

وإذا سلم المحكوم عليه نفسه أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بالتقادم فإن الحكم والإجراءات المتخذة منذ الأمر بالمسطرة الغيابية تسقط كلها بحكم القانون، وتجري بعد ذلك في شأنه المسطرة العادية (المادة 509 فقرة أولى).

1 - 7 القواعد العامة لإصدار الحكم

لا يجوز إصدار الحكم إلا بعد أن تقرر المحكمة ختام المحاكمة والتشاور في منطوق الحكم وأسبابه بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا وذلك بعد إنتهاء المرافعة وقبل النطق به. والحكم يعتبر هو النتيجة التي وصلت إليها المحكمة من دراسة القضية.

ولإصدار الحكم لا بد من توافر شروط معينة نذكر منها :

- حصول المداولة سرا والنطق بالحكم علنا.
- وجوب اشتغال الحكم على الأسباب التي بني عليها.

1 - 7 - 1 حصول المداولة سرا

يقصد بالمداولة التشاور في منطوق الحكم وأسبابه بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا، وذلك بعد انتهاء المرافعة، وقبل النطق بالحكم، كما يقصد بها التفكير في الحكم والتأمل فيه إذا كان القاضي واحدا. والمداولة تتم بين القضاة مجتمعين سواء في الجلسة أثناء نظر الدعوى أو بعد انسحابهم إلى غرفة المداولة وفي الحالتين تحصل سرا. وذلك أن القاعدة في النظام القضائي أن الحكم ينسب إلى المحكمة بكامل هيئتها سواء صدر بإجماع الآراء أو بالأغلبية. فالسرية تكفل للقضاة حرية إبداء الرأي والاستقلال فيه، وهي من أهم مزايا نظام تعدد قضاة المحكمة الواحدة، وإذا لم يتقيد القضاة بقاعدة سرية المداولة

وأجروها علنا، فيكون الحكم الصادر بنتيجتها باطلا، لأن القاعدة المذكورة تتعلق بالنظام العام لاتصالها بمبادئ التنظيم القضائي وبمقتضيات حسن سير العدالة وضمان الثقة والطمأنينة للخصوم.

1 - 7 - 2 النطق بالحكم علنا

ولا يعتبر الحكم صادرا قانونا، إلا بالنطق به في جلسة علنية. وبناء على ذلك، يكون المنطوق المتفق عليه في المداولة مجرد مشروع قابل للتعديل. أي أن للهيئة أن تغيره إذا بدت لها عناصر تقتضي هذا التغيير، باكتشاف خطأ أو غلط قانوني أو واقعي، أو تبنى تفسير جديد للنص القانوني. فالحكم قبل النطق به ملك المحكمة يحق لها أن تتصرف فيه ولو كتب منطوقه على غلاف الملف أو أوراقه ما دام لم يتم النطق به في جلسة علنية إذا كان ذلك سيؤدي إلى ضمان سلامته، وإن كان ينبغي عدم إثبات هذا المنطوق في السجلات وأوراق الملف قبل إعلانه في الجلسة العمومية تفاديا للتقولات التي تنال من نزاهة القاضي ومن الثقة في قضائه.

والنطق بالحكم يجب أن يتم في جلسة علنية وإلا كان باطلا (المادة 346 والمادة 352 في فقرتها الرابعة) وتستثني المادة 346 م. ج الحالات التي توجد فيها نصوص خاصة تقضي بغير ذلك.

ونجد من هذه النصوص الخاصة المادة 16 من ظ. إ. ن. التي تنص على أنه : « تنظر المحكمة الابتدائية وهي تبت في غرفة المشورة في الجرح والمخالفات المرتكبة من طرف الأحداث ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ».

ويتعين أن يتضمن الحكم أنه صدر في جلسة علنية وإلا كان معرضا للنقض (قرار المجلس الأعلى عدد 755 تاريخ 1971/7/8 قضية 32457).

1 - 7 - 3 وجوب اشتغال الحكم على الأسباب التي بني عليها

يقصد بأسباب الحكم العناصر والأدلة التي تعتمد عليها المحكمة لتبرير منطوق الحكم الذي تصدره.

وقد نصت المادة 347 فقرة 7 م. ج على أنه يجب أن يحتوي كل حكم أو قرار على الأسباب الواقعية أو القانونية التي يبنى عليها الحكم ولو في حالة البراءة.

وأضافت المادة 348 أنه في حالة الحكم بالإدانة، فإنه يجب النص في الحكم «على الجريمة المثبتة اقرارها من طرف المتهم وعلى فصول القانون المطبقة...».

وبيان الجريمة وذكر النص القانوني الوارد في المادة 348 يدخلان كذلك في الأسباب القانونية للحكم، لذلك فإن الأسباب الواقعية يتسع مفهومها في الحكم بالإدانة ويضيق عند الحكم بالبراءة.

وهكذا نجد الأسباب الواقعية والقانونية عموما هي :

- بيان الوقائع المتعلقة بالجريمة موضوع المتابعة.

- بيان الأدلة.

- مناقشة وسائل الدفاع والرد عليها.

- الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب على الجريمة في حالة الحكم بالإدانة.

والأسباب الثلاثة الأولى مطلوبة في سائر الأحوال أي سواء كان الحكم بالإدانة أو بالبراءة وإن كان مدلولها في الحالة الأولى أكثر تفصيلا من الحالة الثانية، والسبب الرابع والأخير هو الإشارة إلى النص القانوني خاص بحالة الحكم بالإدانة.

1 - 8 طرق الطعن في الأحكام الجنائية

إن اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة وإضفاء صفة الحجية المطلقة عليه، يفرضان توفير الوسائل والضمانات التي تساعد على أن يكون مضمون

الحكم مطابقا للواقع. وتحقق بذلك العدالة التي تقتضي أن تكون الحقيقة القانونية التي يعلنها الحكم هي نفس الحقيقة والواقعية الواقعة في العالم الخارجي.

وطرق الطعن في الأحكام نظمها القانون احتياطا لتدارك ما قد يشوبها من أخطاء.

1 - 8 - 1 سبل الطعن المتاحة في التشريع المغربي أمام المحاكم الجنائية، منها ما ينشر القضية من جديد للدراسة والمناقشة بجميع عناصرها الواقعية والقانونية، وتسمى طرق الطعن العادية، ومنها ما لا يسمح فيه للطاعن إلا بإثارة وسائل خاصة ومحددة في القانون، وتسمى بالطرق غير العادية للطعن. ويشمل النوع الأول، التعرض والاستئناف، أما النوع الثاني فيشمل النقض والمراجعة.

أ) التعرض

ويكون على الأحكام الغيابية دون ما سواها من أحكام كما يكون ضد الأوامر القضائية.

وتقضي المادة 371 ق. م. ج في فقرتها الأولى بأنه : « إذا لم يحضر الشخص المستدعي قانونا في اليوم والساعة المحددين في الاستدعاء بت في دعواه غيابيا... ».

والأحكام الغيابية القابلة للتعرض هي التي تصدر عن :

* المحكمة الابتدائية.

* الغرف الجنحية بمحاكم الاستئناف.

* المحكمة العسكرية في الجنح والمخالفات المادة 127 من قانون العدل

العسكري

* المحكمة العليا (المادة 41 من قانونها التنظيمي الصادر بتاريخ 8 تشرين الأول (أكتوبر) 1977).

* غرف الجنايات في الجرح المرتبطة بالجناية المحالة عليها (المادة 513 ق. م. ج).

وبالإضافة إلى الأحكام الغيابية السالفة يقبل التعرض كذلك على الأوامر القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية في المخالفات الضبطية طبقا للمادة 357 ق. م. ج وما بعدها.

ب) الاستئناف

الاستئناف مثل التعرض من الطرق العادية للطعن، ويؤدي إلى مناقشة الدعوى من الناحيتين الموضوعية والقانونية، ومع ذلك فهما يختلفان في أن التعرض يقدم إلى المحكمة المصدرة للحكم المعترض عليه ولا مانع من أن يفصل فيها القاضي الذي أصدر الحكم الغيابي، بينما الاستئناف يقدم إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة المصدرة للحكم المستأنف فهو يستلزم نظام التقاضي على درجتين.

والأحكام القابلة للاستئناف يمكن حصرها فيما يلي :

* الأحكام الفاصلة في الموضوع في الجرح التأديبية والضبطية الصادرة من المحكمة الابتدائية سواء فصلت في الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة معا أو في إحداها (المادتان 406 و 428 ق. م. ج).

* الأحكام الفاصلة في الموضوع في المخالفات والصادرة من نفس المحاكم متى فصلت في الدعوى المدنية مطلقا أو فصلت في الدعوى العمومية وقضت بالاعتقال أو كانت العقوبة المقررة في القانون للمخالفة هي الاعتقال، أو غرامة يتجاوز مبلغها 100 درهم ولو صدر الحكم بأقل من مائة درهم غرامة (المادة 383 ق. م. ج).

* الأحكام الفاصلة في السراح المؤقت (المادتان 406 و427 ق. م. ج)، أما الأحكام الصادرة في الجرح والمخالفات قبل الفصل في الموضوع، فإن قانون المسطرة الجنائية اكتفى بالنص في المادة 386 على ما يلي :

« لا يقبل استئناف الأحكام الإعدادية أو التمهيدية أو الصادرة في مسائل عارضة أو في وسائل الدفع إلا بعد صدور الحكم في جوهر الدعوى، وفي نفس الوقت الذي يطلب فيه استئناف هذا الحكم، وكذلك في الأحكام الصادرة في مسألة الاختصاص ما لم يكن الأمر متعلقا بعدم اختصاص موضوعي، وكان الدفع به قد أثير قبل كل دفاع في جوهر الدعوى...»، وتحيل المادتان 406 و428 ق. م. ج المتعلقتان بالجرح الضبطية والتأديبية على المادة 386.

أما الأحكام التي لا تقبل الاستئناف فهي :

* جميع الأحكام الصادرة من غير المحاكم الابتدائية سواء الصادرة من محاكم عادية أو استثنائية تتعلق بالجنايات أو الجرح أو المخالفات.

* الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية من مخالفات يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز مائة درهم ما لم يصدر الحكم بالاعتقال بسبب حالة العود مثلا، فيقبل الحكم الاستئناف ولو كانت المخالفة في الأصل يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز مائة درهم.

* الأوامر القضائية، فقد نصت المادة 364 م. ج على أن الأمر القضائي غير قابل للاستئناف.

* الحالات الخاصة التي نص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف مثل الأمر بالاعتقال الصادر من رئيس الجلسة ضد محدثي الضوضاء

(المادة 341 ق.م.ج) والأحكام⁽¹⁾ الصادرة في المسائل العارضة بشأن تنفيذ الأحكام (المادة 647 ق.م.ج).

ج) النقض

يقصد بنظام النقض في التنظيم القضائي مراقبة القاضي في تطبيقه للقانون على القضايا المعروضة عليه، من حيث سلامة التطبيق القانوني للوقائع والتطبيق السليم لنصوص القانون الموضوعية وإجراءات المحاكمة، ومدى التقيد بحقوق الدفاع.

وبناء على المواد 571 و572 و573 و574 و576 ق.م.ج. نجد :

- أن كل الأحكام والقرارات والأوامر القضائية النهائية غير القابلة للاستئناف والصادرة في جوهر القضية يمكن أن يطعن فيها بالنقض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (المادة 571).

- أن المقررات الإعدائية أو التمهيدية أو الصادرة في المسائل العارضة لا يمكن طلب نقضها بطريق الطعن أو بوسائل الدفع إلا بعد صدور الحكم في جوهر الدعوى غير القابل للاستئناف وفي نفس الوقت الذي يطلب فيه نقض هذا الحكم الأخير، وكذا الشأن في الأحكام الصادرة في مسألة الاختصاص ما لم تكن عائدة إلى عدم الاختصاص الموضوعي وقد وقع الدفع به قبل كل دفاع في جوهر الدعوى (المادة 572 فقرة أولى).

- أنه لا يقبل طلب النقض من أي شخص إلا إذا كان فريقا في الدعوى الجنائية وتضرر من الحكم المطعون فيه (المادة 573).

- أنه لا يمكن طلب نقض القرار الصادر عن الغرفة الجنحية بالإحالة

(1) وهاتان الحالتان المنصوص عليهما في المادتين 341 و343 ق.م.ج لا يمكن الطعن فيهما بأي وجه من وجوه الطعن. ففي المادة 341 م.ج : «... ويبقى محدث الضراء تحت الاعتقال مدة أربع وعشرين ساعة بصرف النظر عن التابعات المجراة إن اقتضى الحال طبقا للفصل 342 وما يليه إلى الفصل 345».

على المحكمة الجنائية إلا من طرف المتهم والنيابة العامة دون غيرهما (م 574 فقرة 1).

ولا يمكن طلب نقض قرار الإحالة على محكمة زجرية أخرى إلا إذا كان القرار محتويا على مقتضيات نهائية لا سلطة على تغييرها للهيئة القضائية المحال عليها (م 574 م.ج.ج.).

ولا يمكن للمطالب بالعقد المدني أن يطلب نقض القرار بعدم المتابعة إلا إذا نص القرار المذكور على عدم قبول تدخله في الدعوى أو أغفل البت في تهمة ما (م 574 م.ج.ج. فقرة 1).

- انه لا يمكن للمطالب بالحق المدني في القضايا الجنائية أن يطلب نقض الأحكام الصادرة بالبراءة أو بالإعفاء (م 576 من ق.م.ج) فقرة 1.

وكذا الشأن فيما يرجع للنيابة العامة مالم يعلل الحكم الصادر بالإعفاء بعدم وجود نص قانوني جنائي مع أنه موجود في الواقع م 576 فقرة 2.

يمكن للنيابة العامة بالرغم من البراءة أو الإعفاء أن تشعر الوكيل العام لدى المجلس الأعلى بما يثبت لديها من خرق للقانون رغبة في طلب النقض المقرر في الفصل 608 إن اقتضاه الحال (المادة 576) فقرة 3.

ومن أهم الأحكام والقرارات التي منع القانون طلب نقضها :

* أحكام محاكم الجماعات والمقاطعات (المادة 20 من ظهير تنظيمها الصادر في 15 تموز (يوليو) 1984⁽¹⁾ والتي لا تقبل أي وجه من أوجه الطعن (انظر ص 485 الهامش رقم 1).

* أحكام المحكمة العليا (المادة 40 من قانونها التنظيمي)⁽²⁾.

(1) والتي جاء فيها : «لا تقبل أحكام حاكم الجماعة أو حاكم المقاطعة أي طعن عاديا كان أو استثنائيا ...».

(2) والتي تقضي بأن «أحكام المحكمة العليا غير قابلة للاستئناف ولا لطلب النقض».

* الأحكام الصادرة بالبراءة أو بالإعفاء في الجنايات فقد نصت المادة 576 م ج على أنه : « لا يمكن للمطالب بالحق المدني في القضايا الجنائية أن يطلب نقض الأحكام الصادرة بالبراءة أو بالإعفاء وكذا الشأن فيما يرجع للنيابة العامة ما لم يعلل الحكم الصادر بالإعفاء بعدم وجود نص قانوني جنائي مع أنه موجود في الواقع.

يمكن للنيابة العامة بالرغم من البراءة أو الإعفاء أن تشعر الوكيل العام لدى المجلس الأعلى بما يثبت لديها من خرق للقانون رغبة في طلب النقض المقرر في المادة 608 (النقض لفائدة القانون) إن اقتضاه الحال ».

* الأوامر القضائية الصادرة في المخالفات الضبطية ولا يقبل فيها الطعن بالنقض إلا لفائدة القانون (المادة 364 م. ج).

* المقررات الإعدادية أو التمهيدية أو الصادرة في المسائل العارضة لا يمكن طلب نقضها بطريق الطعن أو بوسائل الدفع، إلا بعد صدور الحكم في جوهر الدعوى غير القابلة للاستئناف وفي نفس الوقت الذي يطلب فيه نقض هذا الحكم الأخير، وكذا الشأن في الأحكام الصادرة في مسألة الإختصاص الموضوعي، وقد وقع الدفع به قبل كل دفاع في جوهر الدعوى ... (المادة 572 م. ج فقرة أولى).

* الأحكام والأوامر التي يقضي نص خاص بعدم جواز الطعن فيها بالنقض (مثل المواد 225 فقرة 2 و343 و386 فقرة 3 من ق. م. ج).

* القرارات الصادرة عن الغرفة الجنحية التي تبث في الإفراج المؤقت (المادة 575 ق. م. ج).

(د) المراجعة

المراجعة هي الطريق الثاني من طرق الطعن غير العادية وقد تعرضت لها المسطرة الجنائية في الماد 612 إلى 661. وهي إن كانت مثل النقص طريقا غير عادي للنقض، وكلاهما يقدم أمام المجلس الأعلى، إلا أنهما يختلفان في أمر أساسي، وهو أن أسباب النقص ترجع إلى خطأ في تطبيق القانون على الواقع، بينما ترجع أسباب المراجعة إلى أخطاء واقعية خاصة ترتب عنها نسبة الجريمة إلى شخص لم يرتكبها، ومن أجل ذلك كانت الأحكام القابلة للمراجعة نادرة جدا، لأن الخطأ اليقيني في إدانة شخص لم يرتكب جريمة نادر كذلك.

* الأحكام القابلة للطعن بالمراجعة

بمقتضى المادة 612 ق. م. ج (1) يشترط في الحكم المطعون فيه بالمراجعة:

(أ) أن يكون مكتسبا لقوة الشيء المحكوم به، بأن يكون قد استنفذ من طرق الطعن ما يقبله من استئناف ونقض، أو فات أجل الطعن فيه بذلك، لأن أسباب المراجعة يمكن تداركها في الاستئناف بلا جدال، كما أنها تندرج في أحد أسباب النقص وهو «انعدام الأساس القانوني للحكم».

(ب) أن يكون الحكم صادرا في جنابة أو جنحة من محكمة عادية أو استثنائية أما الأحكام الصادرة في المخالفات فلا تقبل الطعن بالمراجعة.

(ج) أن يكون الحكم قد قضى بإدانة المتهم جنائيا، سواء حكم عليه فعلا بالعقوبة، أو أعفاه من العقوبة بسبب تمتعه بعذر أعفاه منها.

(1) تنص هذه المادة على أنه : «ولا يفتح باب المراجعة إلا لتدارك خطأ واقعي تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جنابة أو جنحة. ولا تقبل المراجعة إلا عند تعذر أية طريقة أخرى من وسائل الطعن».

1 - 8 - 2 أما حدود سلطة المحكمة المطعون في الحكم الجنائي أمامها فيمكن توضيحها بالنسبة لكل وسيلة من وسائل الطعن العادية وغير العادية.

* بالنسبة للتعرض

إن أهم أثر يترتب على التعرض هو بطلان الحكم الغيابي المعارض عليه وإعادة مناقشة القضية من جديد أمام المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 374 ق. م. ج التي تقول :

«إن التعرض المتقدم من طرف المتهم يبطل الحكم الصادر غيابيا، وكذا مقتضياته التي تكون قد بت بها في طلب المطالب بالحق المدني». ونفس الأثر يترتب على تعرض المطالب بالحق المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية، لكن فيما يرجع إلى المقتضيات المدنية وحدها دون مقتضيات جنائية لأن هؤلاء لا علاقة لهم بها.

وبطلان الحكم الغيابي بالتعرض لا يصبح نهائيا حتى يستدعي المعارض ويحضر أو يقدم عذرا مقبولا لتخلفه، فقد نصت المادة 374 م. ج في الفقرة الأخيرة على أنه : «يلغى التعرض إن لم يحضر المعارض في التاريخ المحدد في هذا الاستدعاء الجديد».

* بالنسبة للاستئناف

إن سلطة المحكمة المطعون أمامها بالاستئناف من جهة تنصب على مناقشة كل الوقائع المنسوبة ارتكابها للمتهم، أي نقل القضية موضوع الحكم بوقائعها وعناصرها القانونية إلى محكمة الاستئناف.

ولعل أهم أثر يترتب عن الطعن بالاستئناف من جهة ثانية امتناع تنفيذ الحكم المطعون فيه، لأن الطعن يحول بينه وبين اكتساب الصفة النهائية التي تعد ضرورية لإمكانية التنفيذ.

* بالنسبة للنقض

للطعن بالنقض اثران : أثر واقف وأثر ناقل.

(أ) الأثر الواقف للطعن بالنقض

المبدأ العام أن الأحكام الجنائية لا تكون قابلة للتنفيذ في مقتضياتها الجنائية إلا إذا اكتسبت قوة الشيء المحكوم به، بأن أصبحت غير قابلة للطعن بالطرق العادية، أو بالنقض لفائدة المترافعين (المادة 644 ق. م. ج) (1).

أما في المقتضيات المدنية، فتنفذ عندما يصيح الحكم نهائيا من جراء عدم قبوله لأي وجه من وجوه الطعن العادي (المادة 645 ق. م. ج).

وتطبيقا لذلك نصت المادة 584 في فقرتها الأولى على أنه : «يوقف تنفيذ العقوبة أثناء أجل طلب النقض أو حينما يقدم طلب النقض إلى أن يصدر قرار المجلس الأعلى ما عدا فيما يتعلق بالتعويضات المدنية».

غير أن هذا الأثر الواقف لأجل الطعن بالنقض ولطلب النقض فعلا يرد عليه استثناءان هاما :

الأول : تضمنته الفقرة الثانية من المادة 584 التي تقول : «فإذا كان المحكوم عليه بعقوبة السجن في حالة اعتقال استمر اعتقاله بصفة احتياطية، ويطلق سراحه إذا صدرت في حقه البراءة أو الإعفاء أو حكم عليه بالحبس مع إيقاف التنفيذ، أو بأداء الغرامة، كما يطلق سراح المحكوم عليه بعقوبة السجن بمجرد ما تبلغ مدة اعتقاله حد العقوبة المحكوم بها عليه».

أما الاستثناء الثاني، فقد نصت عليه المادتان 411 و432 ق. م. ج، ومفاده أنه يمكن لمحكمة الاستئناف عند إصدارها للحكم بالحبس (في الجنح

(1) المادة 644 : «يجري تنفيذ طلب من النيابة العامة إذا كان الحكم لم يعد يقبل أي وجه من وجوه الطعن العادية أو النقض لفائدة المترافعين ويكتسب بصفة نهائية قوة الشيء المحكوم به».

التأديبية والضبطية)، أن تأمر باعتقال المحكوم عليه أو بإلقاء القبض عليه، وذلك بناء على طلبات النيابة العامة.

والحكم نفسه تقرره المادة 28 من قانون محكمة العدل الخاصة بالنسبة للمحكوم عليه من طرف هذه المحكمة⁽¹⁾.

أما المحكوم عليه من لدن غرفة الجنايات، فإنهم يقدمون إلى المحاكمة في أغلب الحالات معتقلين، ولذلك فهم يخضعون للمادة 584 السالف ذكرها.

ب) الأثر الناقل للطعن بالنقض

إن نقل الدعوى إلى المجلس الأعلى عن طريق الطعن بالنقض يختلف في طبيعته عن النقل من المحكمة الابتدائية إلى محكمة الاستئناف عن طريق الطعن بالاستئناف، فبالرغم من اتفاق الطعنين في بعض الجوانب من آثارهما، فإنهما يختلفان في جوانب أخرى من هذه الآثار.

فهما يتفقان في أن كلا منهما ينقل الدعوى إلى حدود مصالح الطعن وفي حدود ما يثيره الطاعن من تلك المصلحة، وبالنسبة للطعن بالنقض تنص المادة 585 على أنه ينحصر نظر المجلس الأعلى في موضع طلب النقض وبصفة الطالب له، وأن الطعن المرفوع من النيابة العامة ينحصر أثره في الدعوى العمومية، والمرفوع من الطرف المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية ينحصر أثره في الدعوى المدنية، أما المرفوع من المحكوم عليه فينصرف إلى الدعويين معا «إلا إذا كانت هناك قيود في التصريح بطلب النقض». وبناء على هذا النص، فإن ما ينقل إلى نظر المجلس الأعلى بالطعن بالنقض يحدد من جهة بصفة الطاعن في الدعوى ومن جهة ثانية بما يتضمنه التصريح بالطعن.

- التقيد بصفة الطاعن في الدعوى

(1) وحسب رأي المجلس الأعلى، تكون محكمة العدل الخاصة ملزمة بالاستجابة لطلب النيابة العامة في إصدار الأمر بإيداع المتهم في السجن وإلا كان حكمها معرضا للنقض.
قرار عدد 296، تاريخ 20 شباط فبراير 1975، قضية عدد 43171 مكرر).

فالبينة للصفة نجد النيابة العامة طرفا في الدعوى العمومية وحدها، ونادرا ما تكون طرفا في الدعوى المدنية التابعة طبقا للمادتين 6 و7 من ق. م. م، فطعنها يقتصر على الدعوى العمومية، ويمكن أن يشمل الدعوى المدنية إن كانت طرفا رئيسيا فيها.

والمتهم طرف في الدعويين، فله أن يطعن في الحكم بشقيه الجنائي والمدني.

أما الطرف المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية، وشركة التأمين وغيرها من الأشخاص الذين يلزمهم القانون بأداء التعويضات، مثل صندوق مال الضمان في حوادث السير، فإنهم جميعا أطراف في الدعوى المدنية وحدها، فطعنهم لا يتصرف إلا إلى هذه الدعوى.

- التقيد بالتصريح

يؤخذ من المادة 585 ق. ج أن موضوع النقض يتحدد في التصريح فلا يقبل من الطاعن أن يثير في المذكرة طعنا ضد مقتضيات لن يشملها التصريح، كما في حال اقتصار المتهم في التصريح على المقتضيات الجنائية دون المدنية من الحكم المطعون فيه أو العكس.

هذا وإذا كان الطعن بالنقض يتفق مع الاستئناف في أنه ينقل الدعوى في حدود مصالح الطاعن وصفته في الدعوى وفي حدود ما يرد في التصريح بالطعن، فإنهما يختلفان في أن الطعن بالاستئناف ينقل الدعوى بجميع عناصرها الواقعية والقانونية، أما الطعن بالنقض فلا ينقل إلا العناصر القانونية كما تؤكد ذلك المادة 568 ق. م. ج التي تحدد مهمة قاضي النقض بقولها : «تناط بقاضي النقض مهمة من شأنها السهر على مراعاة القانون بدقة من لدن المحاكم الجزرية.

وتمتد مراقبته إلي الوصف القانوني الذي تتسم به الوقائع المبنية عليها

المتابعة الجنائية لكنها لا تمتد إلى حقيقة الوقائع التي يشهد بثبوتها قضاة الزجر، ولا إلى قيمة الحجج التي حظيت بقبولهم باستثناء الحالة التي يحدد القانون فيها قبول تلك الحجج».

ويرجع اختلاف الاستئناف عن النقض، من هذه الناحية، إلى أن الاستئناف درجة ثانية للتقاضي تقوم فيه المحكمة ببسط وقائع القضية من جديد، وتعيد مناقشاتهما في مواجهة المترافعين.

أما النقض، فإن يكون «الرقابة القضائية» على القاضي أي أن قاضي النقض يراقب سلامة مشروعية المحاكمة التي أنجزها قاضي الموضوع، ولا يقوم هو بإعادة المحاكمة، فهو لا شأن له بالخصوم والمناقشات والبحث عن الوقائع.

* بالنسبة للمراجعة

يترتب على رفع طلب المراجعة من وزير العدل منع تنفيذ العقوبة، وإذا لم تكن قد نفذت بعد، وإذا كان قد شرع في تنفيذها، أمكن لوزير العدل نفسه، إذا كانت العقوبة سالبة للحرية، أن يصدر الأمر بتسريح المحكوم عليه المعتقل إلى أن يبت المجلس الأعلى في طلب المراجعة.

أ) الحكم في طلب المراجعة

تبت الغرفة الجنائية أولا في قبول أو عدم قبول طلب المراجعة، فإذا قبلت الطلب، انتقلت بعد ذلك إلى دراسة موضوعه.

وعندما تستجمع عناصر الحكم أو تصبح القضية جاهزة تصدر الغرفة الجنائية الحكم، إما برفض الطعن، أو بإبطال الحكم المطعون فيه.

ب) الحكم بالتعويض المدني

يحق للمحكوم عليه أو لأقاربه في سائر أطوار مسطرة طلب المراجعة، أن يطالبوا بتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإدانة ويحكم لهم بهذا التعويض، إذا ترتب عن الإبطال براءة المحكوم عليه، وثبت الضرر بطبيعة الحال.

ويشمل التعويض، الحكم باسترجاع الغرامات، والتعويضات التي آداها المحكوم عليه أو تحملتها تركته تنفيذًا لحكم الإدانة الملغى (المادة 620 ق. م. ج.).

وفي جميع الأحوال، تتحمل الخزينة التعويض المحكوم به، وقد قرر الفقه الإسلامي أن القاضي الذي يصدر حكماً جائراً تعمده، فإن حكمه يبطل، ويلزم القاضي الضمان من ما له ويعزر ويعزل من القضاء. وإن أصدر حكمه دون تعمد الأذى، فإنه لا يضمن من ماله.

1 - 8 - 3 أما الأطراف الذين يجوز لهم إعمال حق الطعن في الأحكام الجنائية، فتتولى ذكرهم على التوالي وذلك حسب كل وسيلة من وسائل الطعن السالفة الذكر.

* بالنسبة للتعرض

يحق التعرض على الأحكام الغيابية والأوامر القضائية للأشخاص الآتي ذكرهم :

أ) المحكوم عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية بالنسبة للأوامر القضائية (المادة 359 ق. م. ج.).

ب) المحكوم عليه والمطالب بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية بالنسبة للأحكام الغيابية (المادة 384 ق. م. ج.).

وغني عن البيان، أن المطالب بالحق المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية، لا يحق له الطعن بالتعرض إلا إذا كان الحكم غيابياً بالنسبة إليه.

ج) أجاز قانون العدل العسكري بصفة استثنائية للنيابة العامة، الاعتراض على الحكم الغيابي الصادر على متهم لعصيانه التجنيد، إذا ثبت بعد الحكم أن المحكوم عليه المتغيب لم يستدع قانوناً للخدمة العسكرية بأية صفة، ولم يعد استدعاؤه إليها كذلك (المادة 129 من قانون العدل العسكري).

*** بالنسبة للاستئناف**

بمقتضى المواد 383 و424 و405 و426 و443 من قانون المسطرة الجنائية يحق الاستئناف للأشخاص والجهات الآتية :

(أ) المتهم أو محاميه.

(ب) وكيل الملك لدي المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه.

(ج) الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه.

(د) إدارة المياه والغابات في حالة إثارتها للدعوى العمومية في جرائم الغابات والصيد البري والصيد في المياه الداخلية.

(هـ) المطالب بالحق المدني.

(و) المسؤول عن الحقوق المدنية.

(ز) الحدث أو نائبه القانوني.

ويضاف إلى هؤلاء شركة التأمين المحكوم بحلولها محل المؤمن له في أداء التعويض وكذلك الأشخاص والجهات المنصوص على حقها في الاستئناف بمقتضى نصوص خاصة مثل مصلحة الجمارك (المادة 258 من مدونة الجمارك)⁽¹⁾ وشركة التبغ (ظهير 12 نونبر (تشرين الثاني - نوفمبر 1932)⁽²⁾. وهؤلاء الذين يحق لهم طلب الاستئناف بمقتضى نصوص المسطرة أو النصوص الخاصة، يمكنهم أن يستأنفوا في حدود مصالحهم وصلاحتهم.

*** بالنسبة للنقض**

تنص المادة 570 ق. م. ج في فقرتها الثانية على أن الطعن بالنقض

(1) ظهير شريف بمثابة قانون رقم 339 - 88 - 1، بتاريخ 19 تشرين الأول (أكتوبر) 1988، يصادق بمرجه على مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة الراجعة لإدارة الجمارك.

(2) ظهير شريف صادر في 12 تشرين الثاني (نوفمبر) 1931 بشأن نظام التبغ في المغرب.

«يرفع إما من النيابة العامة لصالح المجتمع، وإما من لدن جميع من كان فريقا - طرفا في الدعوى لصالحهم الخاص».

كما ورد في المادة 573 ق. م. ج أنه : « لا يقبل طلب النقض من أي شخص إلا إذا كان فريقا في الدعوى الجنائية وتضرر من الحكم المطعون فيه».

وبناء على ذلك يحق طلب النقض لكل من :

(أ) النيابة العامة فيما يرجع إلى الدعوى العمومية، وتطلب النقض ضد المتهم أو لفائدته ولها أن تطعن في جميع الأحكام والقرارات النهائية إلا ما نص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيه من طرفها مثل أحكام البراءة والإعفاء في الجنايات (المادة 576 ق. م. ج).

(ب) المتهم في المقتضيات الجنائية والمدنية للحكم الذي مس بمصالحه في هذه المقتضيات أو تلك.

(ج) الطرف المدني في حدود مطالبه المدنية التي لم تستجب لها كليا أو جزئيا الحكم المطعون فيه.

(د) المسؤول عن الحقوق المدنية في حدود ما يمس مصالحه في الدعوى المدنية.

(هـ) الأشخاص والجهات التي يسمح لها القانون بأن تكون طرفا في الدعوى العمومية، أو المدنية، مثل مصلحة المياه والغابات ومصالح الجمارك وصندوق مال الضمان في حوادث السير، وشركة التأمين، وذلك أيضا في حدود ما لكل من هذه الجهات من صلاحيات قانونية ومصالح في الدعوى الجنائية أو المدنية التابعة.

* قيود الطعن

بالإضافة إلى القيود الخاصة التي يفرضها القانون أحيانا على أحد الأطراف لقبول طلب النقض (راجع مثلا المادتين 574 و576 م. ج)، تعرض

قانون المسطرة الجنائية لقيود عامة إذا توفر أحدها، لم يقبل الطعن بالنقض ممن قدمه، وأهم هذه القيود ما تعرضت له المادة 573 والمادة 583.

ففي المادة 573 : « لا يقبل طلب النقض من أي شخص إلا إذا كان فريقا في الدعوى الجنائية وتضرر من الحكم المطعون فيه ».

وفي المادة 583 : « لا يمكن بأي وجه كان، ولا بأية وسيلة كانت للفريق الذي رفض طلب نقضه، أن يطلب من جديد نقض الحكم الذي سبق أن طعن فيه عبثا ».

وبمقتضى هذين النصين لا يقبل الطعن بالنقض :

أولا : ممن لم يكن طرفا في الدعوى أمام الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، إما لأنه لم يسبق أن كان طرفا فيها كالمتضرر الذي لم يطالب بالحق المدني، وإما لأنه كان طرفا في الدعوى في المرحلة الابتدائية دون مرحلة الاستئناف كما إذا حكم للطرف المدني ابتدائيا بتعويض ولم يستأنف الحكم واستأنفه مطالب آخر بالحق المدني، أو استأنف المتهم المقتضيات الجنائية وحدها، فلا يقبل الطعن بالنقض ممن لم يستأنف الحكم الابتدائي ولم يكن الاستئناف الذي قدمه الغير مرجها ضد مصالحه.

ثانيا : ممن لم يتضرر بالحكم المطعون فيه سواء كان هذا الحكم ابتدائيا ونهائيا، أو كان استئنافيا.

ويستخلص مما سبق أن قيود الطعن هاته يمكن أن تسري أيضا على طرق الطعن السالف ذكرها (التعرض والاستئناف)، إذ لا يحق لمن لم يكن طرفا في الدعوى أو كان طرفا فيها ولكنه لم يتضرر من الحكم المطعون فيه، أو ممن سبق له أن استنفد طريق الطعن بالتعرض أو بالاستئناف في الحكم الصادر عليه أن يمارس وسائل الطعن المذكورة. قبل الطعن تغلق أو تنغلق أمام كل من وجد في إحدى هذه الحالات.



* بالنسبة للمراجعة

تنص المادة 614 من قانون المسطرة الجنائية على أنه : «يخول حق طلب المراجعة في الحالات الثلاث الأولى لمن يأتي ذكرهم :

1 - وزير العدل.

2 - المحكوم عليه أو نائبه القانوني في حالة عدم الأهلية.

3 - زوجة المحكوم عليه بعد وفاته أو غيبته المعلن عنها وكذا أولاده وذووه والموصى لهم بعموم تركته⁽¹⁾ أو بحصة منها ومن تلقى توكيلا خاصا منه بذلك.

ويرجع حق طلب المراجعة في الحالة الرابعة إلى وزير العدل وحده بعد استشارة مديري الوزارة وثلاثة قضاة من المجلس الأعلى يعينهم الرئيس الأول لهذا المجلس خارج أعضاء الغرفة الجنائية».

والنيابة العامة لامتلك حق الطعن بالمراجعة مباشرة وإنما الذي يفعل ذلك هو الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى خاصة وبعد تلقيه الأمر الصريح من وزير العدل. أما النيابة العامة بالمحاكم الابتدائية والاستئنافية والمحاكم الخاصة فلا يحق لها أن ترفع هذا الطعن وإنما عليها أن تبلغ ما يصلها من حالات إلى وزير العدل الذي خول له القانون طلب المراجعة. ولوزير العدل الحق في أن يرفع طلب المراجعة في جميع الحالات بوسيلة إصدار أمر صريح بذلك إلى الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى، تلقائيا، أو بناء على طلب يرفعه إليه المعني بالأمر (المادة 615 ق. م ج).

1 - 9 سلطة المجلس الأعلى (التمييز أو النقض)

يعتبر المجلس الأعلى أعلى هيئة قضائية في التنظيم القضائي المغربي،

(1) هذا لا ينطبق على المغاربة لأن مدونة الأحوال الشخصية تحدد الرصية في حدود ثلث التركة فأقل (المادة 173 من المدونة).

ويلاحظ أنه ليس محكمة من الدرجة الثالثة إذ لا ينظر في القضية نفسها، ولكن في الحكم المطعون فيه من حيث موافقته أو عدم موافقته للأصول والقانون أو خروجه على المبادئ والأصول القانونية.

والطعون التي يمكن رفعها أمام المجلس الأعلى هي كما سلف الذكر الطعن بالنقض أو بالمراجعة.

1- 9- 1 أما الأوجه أو الأسباب التي تستند إليها هاته الطعون فيمكن حصرها فيما يلي :

* أسباب النقض

تنص المادة 586 مسطرة جنائية على أنه : « يجب أن ترتكز طلبات النقض على أحد الأسباب الآتية :

1 - خرق القواعد الجوهرية في إجراءات المسطرة.

2 - الشطط في استعمال السلطة.

3 - عدم الاختصاص.

4 - الخرق الجوهرية للقانون.

5 - انعدام أساس قانوني أو الحثيات».

* أسباب المراجعة

حددت هذه الأسباب المادة 613 م. ج كما يلي :

« يمكن أن يقدم طلب هذه المراجعة أيا كانت المحكمة التي بتت في الدعوى وأيا كانت العقوبة الصادرة فيها :

1 - إذا صدرت عقوبة في دعوى القتل، وأدلي بعد ذلك بمستندات أو

حجج ينجم عنها قيام قرائن أو علامات كافية تدل على وجود المجني عليه المزعوم قتلته.

2 - إذا صدرت عقوبة وصدر بعد ذلك حكم ثان يعاقب المتهم أو شخصا متهما أو متابعا من أجل نفس الفعل بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين ويتبين من تضاربهما قيام الحجة على براءة أحد المحكوم عليهم.

3 - إن جدد بعد صدور الحكم بالادانة متابعة أحد الشهود الذي سبق الاستماع إليه وحكم عليه من أجل شهادة الزور ضد المتهم أو ضد الشخص المتابع ولا يمكن أثناء المناقشات الجديدة الاستماع إلى الشاهد المحكوم عليه بهذه الصفة.

4 - إن طرأ بعد صدور الحكم بالادانة أو اكتشف أمر أو واقع الاستدلال بمستندات كانت مجهولة أثناء المناقشات ومن شأنها أثبتت براءة المحكوم عليه».

1 - 9 - 2 أما الحالات التي يلزم فيها رفع الحكم الجنائي إلى المجلس الأعلى (المحكمة العليا) دون طعن فيه من جانب الأطراف فيعبر عنها في التشريع المغربي بالطعن لفائدة القانون وعليه، فإذا كانت القاعدة العامة أن الطعن في الأحكام قاصر على الخصوم ولفائدتهم لأنه بمثابة حق التقاضي نفسه، فإن الطعن بالنقض قد يشذ عن هذه القاعدة سواء في الميدان المدني (المادتان 381 و382 ق. م. م) أو الجنائي، وسبب ذلك ما تتميز به مهمة قاضي النقض من السهر على حسن تطبيق القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي.

فالخطأ القضائي في الأحكام أمر متوقع، والخصوم لا يجبرون على استعمال حقهم في الطعن، فقد لا يمس الخطأ بمصلحة أي واحد منهم، وقد يمس بها، ومع ذلك لا يلتجئ المعني بالأمر إلى الطعن لسبب أو لآخر.

من أجل ذلك كان لابد من وضع نظام قانوني لتدارك الخطأ ولا سيما الخطأ الذي الموضوعي أو الشكلي هذا النظام هو النقض لفائدة القانون.

وقد قسم المشرع هذا النوع من النقض إلى نقض يقتصر أثره على الناحية

القانونية الصرفة، وإلى نقض لفائدة القانون كذلك بالإضافة إلى إمكانية لاستفادة منه من طرف المتهم.

1 - النقض القانوني الصرف

تنقض المادة 608 من المسطرة الجنائية بأنه :

«إذا بلغ لعلم الوكيل العام للمجلس الأعلى أن حكما غير قابل للاستئناف صدر خرقا للقانون أو للصيغ الجوهرية المتعلقة بالإجراءات ولم يتقدم أي أحد من المترافعين بطلب نقض هذا الحكم داخل الأجل المقرر، تولى الوكيل المذكور رفع هذا الطلب إلى المجلس بصفة تلقائية.

فإن صدر الحكم بالنقض فلا يمكن للمترافعين الاحتجاج به، ليتجنبوا مقتضيات الحكم المنقوض أو ليعارضوا في تنفيذه».

2 - النقض بناء على أمر من وزير العدل

تنص المادة 609 مسطرة جنائية على أنه : «يمكن للوكيل العام لدى المجلس الأعلى أن ينهي إلى الغرفة الجنائية - استنادا للأمر الصريح الذي يوجهه إليه وزير العدل - الإجراءات القضائية أو القرارات أو الأحكام التي تصدر خرقا للقانون أو للصيغ الجوهرية المتعلقة بالمسطرة.

ويمكن للمجلس الأعلى أن يلغي الأحكام المرفوعة حسبما تقدم، على أن الإلغاء إذا حدث يمكن أن يستفيد منه المحكوم عليه من غير أن يضر في أية حالة من الأحوال بمصالحه، ومن غير أن يكون له أي مفعول على الحقوق المدنية».

1 - 9 - 3 وفيما يخص التساؤل حول الوقت الذي يستغرقه الفصل في الطعن أمام المجلس الأعلى، وانعكاس ذلك على حقوق المحكوم عليه، فإن الإجابة عليه سوف تجرنا إلى الحديث عن موضوع آخر مرتبط به ارتباطا وثيقا،

أعني مسألة البطء في تصفية القضايا أمام المحاكم هذا البطء الذي تتعدد أسبابه.

ولعل من جملة تلك الأسباب عدم التكافؤ بين حجم القضايا وعدد العاملين في الجهاز القضائي.

وظاهرة البطء هذه ليست مقصورة على الدول العربية وحدها، بل تشمل حتى بعض الدول الأجنبية التي قطعت أشواطاً في التقدم كفرنسا مثلاً.

ففي ضوء إحصائيات 1987 بحكم أنها السنة التي تم فيها استجماع المعلومات الكاملة لمجموع محاكم المملكة يتبين بأن عدد القضايا الراجعة بالنسبة للمجلس الأعلى قد وصل إلى 45584 قضية وهذا يتطلب ضعف ما يوجد به من مستشارين حتى تتمكن من اختصار الوقت الذي يستغرقه المجلس عند بته في القضايا المطعون فيها بالنقض.

ولاشك أن المتقاضين يعانون من آثار هذا البطء والتي يتجلى أهمها في تعطيل ذوي الحقوق من الحصول على حقوقهم في الوقت الذي يكون فيه الانتفاع بتلك الحقوق مناسباً، بالإضافة إلى شعور المتقاضين بنوع من عدم الثقة بالسلطة القضائية التي هي السبيل الأول والأخير الذي يلجأ إليه كل من أراد استرجاع حق ضاع منه. وإن المسؤولين لجادون في توفير العنصر البشري للتغلب على هذه الظاهرة.

1 - 10 نظم الفصل في الدعوى الجنائية دون محاكمة

تعرف بعض التشريعات نظماً للفصل في الدعوى الجنائية دون أن تسبقه إجراءات محاكمة على النحو السابق بيانه مثل نظام الأوامر الجنائية في القانون المصري.

أما التشريع المغربي فنجد أنه يأخذ بمسطرة الأمر القضائي التي اقتبسها من بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع الإيطالي والألماني.

وتتلخص هذه المسطرة في الاستغناء عن إجراءات المحاكمة العلنية والشفوية والاكتفاء بإصدار القاضي في مكتبه أمرا بالعقوبة بناء على المحضر المحرر في إثبات الجريمة ويتعلق الأمر بالمخالفات الضبطية.

والأمر القضائي مقيد من الناحية العملية يعني المحكمة من إجراءات المحاكمة الطويلة في المخالفات البسيطة ولا يضر بالمتهم، فهو لا ينفذ إلا بعد تبليغه إليه ومن حقه أن يعترض عليه فتجري المحاكمة إذ ذاك وفق المسطرة العادية.

ونفرض أحكام الأمر القضائي باختصار فيما يلي :

أولا : تنص المادة 357 من قانون المسطرة الجنائية (إجراءات جنائية) على أنه :

«يجوز للقاضي في سائر الأحوال التي تقترب فيها مخالفة لا يعاقب عليها بالسجن ويكون اقترافها مثبتا في محضر أو تقرير ولا يظهر فيها مطالب بالحق المدني، أن يصدر في الأحوال المذكورة استنادا إلى ملتصق كتابي من طرف النيابة العامة أمرا يتضمن المؤاخذة بالغرامة والمصاريف، وذلك بدون سابق مناقشات من غير أن يحتاج إلى إحضار المتهم أو الشخص المسؤول عن الحقوق المدنية».

ثانيا : محتويات الأمر القضائي

تنص المادة 358 م. ج على أنه :

«يجب أن يحمل الأمر القضائي في المخالفات الضبطية إمضاء القاضي وتاريخ صدوره وأن يتضمن :

1 - الإسم العائلي والإسم الشخصي والحرفة ومحل السكنى لمرتكب المخالفة وكذا الشخص المسؤول عن الحقوق المدنية إن اقتضى الحال.

- 2 - بيان الجريمة ومحلها وتاريخها ووسائل إثباتها.
- 3 - نصوص القانون والمقتضيات النظامية المطبقة في النازلة.
- 4 - بيان قدر الغرامة والمصاريف مع الأمر بتسديد واجبهما لصندوق مكتب الضبط للمحكمة التي أصدرت الأمر القضائي».

ثالثا : التبليغ والتعرض

الأمر القضائي لا يكتسب حجية الأحكام فور صدوره وإنما يجب أن يبلغ إلى المعني بالأمر الذي يحق له أن يعترض عليه فيصبح كأنه لم يكن. وتتم المحاكمة وفقا للإجراءات العادية ويتم التبليغ برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالتوصل، توجه إلى كل من المحكوم عليه والمسؤول المدني إن وجد. ويجب أن تتضمن الرسالة تحت طائلة البطلان النص صراحة على أن يجوز للمبلغ إليه - المحكوم عليه أو المسؤول المدني - أن يعترض على الأمر داخل عشرة أيام تبتدئ من تاريخ التوصل أو من تاريخ رفض من وجهت إليه الرسالة، أن يتسلمها (المادتان 359 و360 من قانون المسطرة الجنائية) (إجراءات جنائية).

خاتمة

وهكذا نستخلص من خلال محتوى هذا التقرير أن حقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية المغربي قد تضمنتها مواد هذا القانون مما يمكن معه القول بأن المبادئ الأساسية بالنسبة للعدالة الجنائية قد تم احترامها.

فكل الناس سواسية أمام القانون ولكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه، والتعسف في استعمال الحق محرم ومعاقب عليه خاصة إذا مس بحرية الشخص أو الحق به أي أذى.

والقضاء مستقل بحكم الدستور يمارس مهامه طبق القانون ومايوحي به الضمير النزيه.

والبراءة هي الأصل إلى أن يثبت الحكس بعد تمحيص سليم للأدلة وأوجه الدفاع.

وحق الدفاع والمؤازرة مقرر قانونا.

ولا عقوبة ولا جريمة إلا بنص.

ولكل محكوم عليه الحق في الطعن في الأحكام الصادرة ضده قصد التأكد من صحتها وسلامتها.

وحرمة المسكن مقدسة ولايجوز هتكها ولا تفتيشه إلا وفق مايقدره القانون.

فالإطار القانوني للإجراءات الجنائية قد كرس حماية الحقوق بالنسبة لكل من يمثل أمام القضاء محققا بذلك توفير الضمانات الضرورية لكل محاكمة عادلة ونزيهة على اعتبار أن القضاء هو الجهة التي يجب أن تحمي هذه الحقوق.

وقد عمد المشرع المغربي إلى فرض تأهيل قضائي خاص لمن يتولى منصب القضاء حتى يضمن الأداة الصالحة لتنفيذ تلك المقتضيات، إذ لا فائدة في قوانين قد تكون مثالية في نصوصها لكن يساء تطبيقها ولو بغير قصد فنهضم الحقوق التي توخى المشرع حمايتها بمقتضى القانون.

ومن هنا كان اهتمامنا أكيدا على دعم برنامج التكوين والتأهيل القضائي بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الذي يهتم بتكوين الأطر القضائية علميا ومهنيا وبيث فيها روح الشعور بالمسؤولية التي يتحملونها تجاه المجتمع بكافة فئاته وجميع أفراداه.

أعود مرة أخرى لأتوجه بالشكر للقائمين بهذه الندوة والساهرين على تنظيمها متيقنا أننا بحسن نوايانا جميعا سنحقق الغاية التي من أجلها تظمت هذه الندوة وعقد هذا اللقاء الذي يهدف أساسا لخدمة العدالة الجنائية العربية حتى تكون الدرع الواقية ضد هضم الحقوق وانتهاك الحرمات والمس بالمقدسات. وحتى تعمل على ترسيخ الوعي وتأكيد القناعات بأن الضمانة الأساسية لحقوق الإنسان تكمن في سيادة القانون وحرص رجاله على تطبيقه واحترامه نصا وروحا.

بارك الله أعمالنا وألهمنا سبل التوفيق والنجاح.

p. 68 → p. 77
007576 Ar

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
المصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007576 تاريخ 15/10/07
جريدة Ar

الذمة والأهلية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

الأستاذ عبد الرحيم بن سلامة
مستشار بالمعهد الوطني
للدراسات القضائية

الذمة وصف شرعي اعتباري يقصد بها فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية سلبية أي الالتزام، فإذا قالوا في ذمة عمرو مائة درهم عنوا بذلك أنه ملزم بأداء المبلغ المذكور لصاحبه.

والذمة في اللغة يعنى بها العهد أو الكفالة، قال تعالى: «لا يرقبون في مؤمن إلا ولاذمة» وفي الحديث: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدنانهم وهم يد على من سواهم».

وعرف ابن الحاجب الذمة بأنها أمر تقديري يفرضه الذهن فلا وصف ولا ذات لها.

وعرفها ابن عرفة بأنها ملك متمول كلي حاصل ومقدر يخرج منه ما أمكن حصوله.

وعرفها الحموي في حاشيته (الاشباه والنظائر) بأنها: أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الالتزام والإلتزام.

نظرية الذمة والأهلية عند جمهور الفقهاء

(1) الفقيه عبد الرزاق السنهوري :

ذكر السنهوري في كتابه (مصادر الحق) أن الذمة هي وصف شرعي

يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للالتزام والالتزام، ومن خلال هذا التعريف. يتبين أن الذمة في نظر السنهوري سابقة لوجود الأهلية فهي تثبت للجنين منذ تكوينه جنينا في بطن أمه، حيث تكون له ذمة ناقصة تصبح كاملة حيث ولادته حيا، وبذلك تصبح له أهلية وجوب تؤهله بأن يلزم⁽¹⁾ ويلتزم فالجنين عندما يكون في بطن أمه يكون له ذمة وأهلية ناقصة تخوله حقوقا كثيرة فهو يرث ويوقف عليه ويوحى له، بل عندما يولد حيا يمكن أن يلزم ويلتزم ويتوب عليه في ذلك وليه أو الوصي عليه أو المقدم.

وهكذا نستنتج من نظرية الفقيه السنهوري أن الذمة سابقة للأهلية فلا يشترط لها لا البلوغ ولا الرشد ولا التكليف ولا التمييز، وإنما تجعل الولادة مع الحياة شرطا لتمام الذمة التي عنها تترتب أهلية الوجوب.

(2) الفقيه مصطفى الزرقاء :

إن الفقيه الزرقاء يخالف الفقيه السنهوري في نظريته فهو يرى بأن الذمة ماهي إلا وعاء تقديري اعتباري يقدر قيامه في الشخص لإثبات الديون والالتزامات في شخصه.

وهكذا يرى بأن الذمة لا تثبت للإنسان إلا بعد أن يولد حيا، فلا تكون له ذمة، وبالتالي لا أهلية إذا كان جنينا في بطن أمه.

فوجه الخلاف بين الفقيهين السنهوري والزرقاء يحدد في النقاط الثلاثة

التالية :

(1) الأهلية نرعان : أهلية وجوب أو تمتع، وأهلية أداء أو تصرف فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للمتع بالحقوق دون التحمل بالالتزامات، وهي تثبت لكل إنسان ولو جنينا شريطة أن يولد حيا، لأن الأهلية هي الأصل وعدمها هو الاستثناء.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للالتزام وهي تختلف باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان والذي يعدمها هو الجنون والسفه والحجر.

أ) الزرقاء يرى بأن الذمة تترتب على الأهلية، أي أن الإنسان يجب أن تكون له أهلية حتى تكون له ذمة لأنها مجرد وعاء، بينما السنهوري يرى أن الذمة هي الأصل والأهلية مترتبة عليها.

ب) الزرقاء يرى أن الجنين لا تكون له ذمة لأنه لا أهلية له، فلا ذمة ولا أهلية إلا بعد ولادة الجنين حيا، لكن السنهوري يقول : بما أن الجنين في بطن أمه يرث ويوقف عليه ويوصى له - إذا ولد حيا - فإن له ذمة أي له وعاء تقديري و يترتب على ذلك أن له أهلية وجوب ناقصة تكمل بميلاده.

ج) إذا كان الزرقاء يجعل الولادة مع الحياة شرطا في الحصول على الأهلية كنتيجة لثبوت الذمة. فإن السنهوري يجعل الولادة مع الحياة شرط تمام للذمة التي تترتب عليها أهلية الوجوب.

(3) الفقيه القرافي :

يشترط الفقيه القرافي في الذمة البلوغ والرشد، فمن بلغ سفيها أو مجنونا فلا ذمة له، وكذلك المحجور عليه والمفلس، على عكس ما يراه الفقيهان السنهوري، والزرقاء، حيث لا يشترطان في الذمة البلوغ والرشد.

(4) الفقيه المقرئ :

لا يشترط في الذمة البلوغ والرشد ولكنه يجعل الحجر على الراشد البالغ سببا لاستيفاء ذمته، فالعبد والمفلس لا ذمة له في نظره.

(5) ابن الشاط :

يقول إذا كانت للصبى ذمة تجعله قابلا للحقوق والالتزامات فإن له أهلية وجوب وذمة للزوم التعويض على أروش الجنائيات وقيم المتلفات، فإذا الحق الصبى ضررا بالغير فإنه يعرض عنه من ماله كثبوت ذمته.

(6) علال الفاسي :

يقول برأي الفقيه السنهوري الذي يجعل الأهلية نتيجة لثبوت الذمة أي أن الذمة أولا والأهلية بعدها، فالذمة عنده هي الشخصية وهي التي تؤهل الإنسان للأهلية لقبول اللزوم والالتزام، وحيث أن الذمة وعاء تقديري فلا مانع من اعتبار الجنين ذا ذمة لأنه ذو وعاء تقديري يحصل له به الاغتناء عن طريق الميراث والوصية والوقف ويكفل له ذلك بمجرد ولادته حيا.

وهو ينتقد نظرية الفقيه الزرقاء الذي يقول بأن الجنين ليس له ذمة ولا أهلية حتى يولد، في حين أن جميع الفقهاء يقرون الذمة للصبى فهي تثبت له وهو جنين، فلا يشترط فيها التمييز فضلا عن التكليف، فالميز وغير المميز، والراشد، وغير الراشد، كلهم يتمتعون بالذمة ويكونون ملزمين في ذمتهم بتعويض كل الأضرار التي يحدثونها للغير.

نظرية الذمة عند فقهاء الإمامية

الذمة في نظر فقهاء الإمامية وعاء اعتباري افتراض العقل للأموال الرمزية (التي لا وجود لها في الخارج) كي يكون موطنًا لتلك الأموال التي تتخذ كرمز للأموال الخارجية تطبق حين التنفيذ والأداء على الخارج تطبيقًا للرمز على ذي الرمز، وفيما يلي رأي بعض فقهاء الإمامية في الذمة .

(1) الفقيه النائيني :

لقد فرق الفقيه النائيني بين الذمة والعهدة فقال : (إن العهدة وعاء للأموال الخارجية والذمة وعاء للأموال الكلية⁽²⁾ وهذا مأخوذ مما يقال في الفقه من أن الغاصب مادامت العين موجودة لم تشغل ذمته بشيء، وإنما كان على عهده أن يرد المال، وإذا تلفت العين انشغلت ذمته بالبدل الكلي⁽³⁾).

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب - تقريرات الميرزا الناشئين بقلم الشيخ موسى الخوانساري.

(3) فقه العترة للسيد كاظم الخانزاري : (مخروط).

(2) الفقيه باقر الصدر :

إن الفرق الجوهرى عند باقر الصدر بين الذمة والعهدة هو : (أن الذمة وعاء للأموال الرمزية، والعهدة وعاء للتكاليف وما يلزم على الإنسان من أعمال⁽⁴⁾).

فمن خلال ماتقدم فإن الذمة في رأي فقهاء الأمامية (وعاء اعتباري) قابل للبقاء حتى بعد الموت فذمة الشخص لا تموت بموته، ولذا فلا حاجة إلى قيام الوارث مقام الموروث في الدين. وعليه فللذمة عند فقهاء الأمامية خصائص هي :

1 - لازمة للحيونات 2 - العبد له ذمة يتبع بعد عتقه 3- الجنين لازمة له وإن كان يمكن أن يوهب له أو يوصى، إلا أن هذا حق له في ذمة غيره وليس هو حقا عليه 4 - الذمة من لوازم الشخصية. فالوليد هو شخص له صلاحية أن تكون عليه حقوق يكون محلها الذمة 5 - ليس لسعة الذمة حد، حيث أنها أمر اعتباري تتسع لكل ما يتصور من حقوق 6 - الشخص الواحد ليس له إلا ذمة واحدة 7 - لا اشتراك في الذمة، أي لا يكون للذمة أكثر من صاحب واحد 8 - الذمة إذا كانت مشغولة لا تمتع المدين من التصرف في أمواله الخارجية أو تضيف إلى ذمته أشياء مالية أخرى. 9 - التحجير من قبل الحاكم الشرعي في حالة ثبوت إفلاسه أو سفهه أو صغره لا يخرب الذمة نعم، التحجير يمنع المحجر عليه من التصرف في أعيان أمواله كما يمنعه من أن يضيف إلى ذمته ديونا أخرى بحيث يشترك الدائن الجديد مع الدائنين القدماء.

نظرية الذمة المالية في الفقه والقانون الوضعي

لم يوضح القانون الفرنسي حقيقة الذمة المالية⁽⁵⁾ لكن الفقيهين (أبرى)

(4) نفس المرجع السالف الذكر

(5) كانت فرنسا إلى سنة 1854 تعتبر الرقيق ناقص أهلية ليست له ذمة ولا أهلية وبالتالي لا يمكن أن يلزم أو يلتزم، وكان نظام المورث المدني يعمل به حيث يحكم على المدين بالموت المدني فيصبح بدون ذمة ولا أهلية فتصفي تركته ويعتبر كأنه ميتا. ومثل هذا الوضع انتهى عنه الشريعة الإسلامية.

و(روا) حاولا في القرن التاسع عشر تعريف الذمة في كتابهما (Protedron et aptitude) فقالا : «ان الذمة ليست إلا نتيجة وجود الشخصية»، فنظرية الذمة في رأي هذين الفقيهين تنتج مباشرة عن الشخصية، ومجموع حقوق الشخص تكون كلا قانونيا أو جماعيا ماثلا في «الذمة».

وعليه فحسب النظرية التقليدية التي يقول بها (أبرى وروا) تكون الذمة : مجموعة قانونية.

- هذه المجموعة مرتبطة بالشخص.

- الذمة وحدة لا تتعدد ولا تتجزأ.

فالنظرية التي يدافع عليها (ابرى) و(روا) تقوم إذن على الرابطة بين الشخص والذمة، لأن الذمة ماهي إلا صفة للشخص.

إلا أن ضيق هذه النظرية الفرنسية الكلاسيكية يتجلى في كون الذمة تشكل كلا لا يتجزأ أمام الدائنين، فكم من تاجر يرغب ألا يدخل في معاملته إلا بعض متاعه محتفظا بالباقي لحماية نفسه، لكن النظرية التي تقول بعدم تجزئة الذمة والتي تبنتها النظرية التقليدية الفرنسية لا تقبل منه ذلك، وبالنسبة للأشخاص المعنوية فإن الذمة هي التي تجعل لمؤسسة ما شخصية وأهلية ليصبح لها وجود قانوني.

وحسب رأي (ابرى وروا) أو النظرية الفرنسية التقليدية فإن الذمة لا يمكن تحويلها ولا تجزئتها، لكن يمكن نقلها بسبب الموت، فالوارث ليس إلا امتداد لشخصية الموروث وقد برهنت هذه النظرية على خطئها لانها تقيم رابطة وثيقة بين الشخصية والذمة مما جعل القانون الفرنسي يتخلى عنها أخيرا، حيث أخذت عدة تشريعات تعمل مبدأ تجزئة الذمة المالية وهو ما تدعو إليه النظرية الألمانية الحديثة التي سادت في القرن العشرين معتبرة الذمة مجموعة أموال مخصصة لغرض معين دون أن تكون مرتبطة بوجود شخص معين.

وإذا كانت النظرية التقليدية قد وجهت لها انتقادات شديدة لكونها :

(1) تجعل لكل شخص لزوما ذمة مالية.

(2) تجعل لكل ذمة مالية شخصا تستند عليه.

(3) تجعل للشخص ذمة مالية واحدة.

(4) تجعل الذمة المالية امتدادا للشخصية.

فإن النظرية الألمانية الحديثة التي إعتنقها الاشتراكيون تجعل من الذمة

وظيفة اجتماعية وكيانا اقتصاديا، فحسب هذه النظرية تكون الذمة المالية :

- ضمان لديون الدائن.

- مستقلة عن الشخصية.

- الذمة مجموعة قابلة للتجزئة، فمن تلقى جزءا منها يعتبر خلفا عاما.

فإذا افترضنا أن شخصا أتلف مالا مخصصا لاستغلال صناعي فإن مبلغ

التعويض يحل محل المال التالف وفقا لنظرية «تخصيص الذمة» فلا يكون الذي

أتلف المال ملزما بالتعويض إلا في نطاق الجزء المخصص للاستغلال الصناعي لا

في كل ماله، كما أنه إذا كان أحد الأشخاص مساهما في شركة ما ووقع إفلاسه

فإن ديونه لا تؤخذ إلا من حصته في الشركة، فلا يمكن أن تؤخذ من حصص كل

المساهمين لتخصص الذمة، في حين أن النظرية التقليدية التي تقول بعدم

تخصيص الذمة تجعل الشركاء متضامنين لأن الذمة واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ،

فالشركة لها ذمة واحدة بغض النظر عن الشركاء فيها.

مقارنة بين الشريعة والقانون

بعد أن عرفنا وضع الذمة في الفقه الغربي على ضوء النظريتين الفرنسية

والألمانية فعلينا أن نتساءل عن موقف الفقه والشريعة الإسلامية في هذا الباب. هل تتفق مع النظريتين الفرنسية والألمانية أم تخالفهما ؟

الواقع أن الفقه الإسلامي سبق كثيرا من النظريات الفقهية الغربية إلى تحليل نظرية الذمة فهو ينظر إليها بنظرة تخالف نظرة التقليديين والمحدثين فهو ينظر إليها لا كمجموعة من المال تندمج فيها أجزاؤه ولا كوحدة لاتتجزأ، ولكن ينظر للذمة كوعاء تقديري يقوم بالشخص. فهي تتعلق بالإنسان منذ أن يكون جنينا حتى يلقى الله، وربما تبقى بعد موته عندما يحتاج الأمر إلى تصفية تركته، فهي على عكس الأهلية التي تزول أحيانا بعوارض الجنون والسفه والحجر، فالذمة تبقى مع وجود هذه الحالات.

إلا أن بعض الفقهاء كالشيخ خفيف، والدكتور محمد سامي والشيخ أبوزهرة، ذكروا بأن الفقه الإسلامي تأثر بالنظرية التقليدية الشخصية التي تأخذ مبدأ وحدة الذمة المالية، والصحيح أن هناك خلافا بين الفقهاء الإسلامي والغربي يتجلى في كون :

- (1) الذمة في الفقه الإسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية، أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات.
- (2) في الفقه الإسلامي تبدأ الذمة من الشخص وتنتهي إلى المال، أما في الفقه الغربي تبدأ الذمة بالمال وتنتهي إلى الشخص.
- (3) الذمة في الفقه الإسلامي لا تجعل المال مجموعا، أما الفقه الغربي، ولاسيما النظرية التقليدية، فيجعل المال مجموعا لايتجزأ.

موقف القانون المغربي من الذمة والأهلية

لقد رجعنا إلى عدة تشريعات ولاسيما مدونة الأحوال الشخصية وقانون

الالتزامات والعقود المغربية فتبين لنا أن المشرع تناول موضوع الذمة والأهلية بشكل لا يدعو إلى الجدل الفقهي.

فبالنسبة للأهلية نصت مدونة الأحوال الشخصية على أحكامها في الفصول من 133 إلى 146.

أما الذمة فلا نجد لها نصوصا متعددة في قانوننا المدني تتناول أحكامها، اللهم ماجاء في الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود الذي تأثر فيه المشرع المغربي بالمشرع الفرنسي، الذي تأثر هو الآخر بالنظرية التقليدية التي سبق تحليل مضمونها.

مصادر البحث

- الشاطبي : الموافقات
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، ومصادر الحق.
- مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل لدراسة الفقه.
- علال الفاسي : مقاصد الشريعة الإسلامية
- والمعاملات في الفقه الإسلامي (محاضرات).
- أبو الفتوح : المعاملات في الشريعة الإسلامية.
- الصابوني : العقود في الفقه الإسلامي.
- الجواهري : نظرية الذمة في الفقه الإسلامي.
- مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- مجلة (رسالة التقريب) التي يصدرها المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية بإيران.
- مجلة (الفقه المالكي) التي تصدرها وزارة العدل.
- مجلة (الفقه والقضاء) التي يصدرها مجلس وزراء العدل العرب.
- مجلة (البحث العلمي) التي يصدرها المعهد الجامعي للبحث العلمي بالرباط.
- مجلة (دعوة الحق) التي تصدرها وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية.
- مجلة (منار الاسلام) التي تصدرها وزارة الاوقاف بدولة الامارات العربية المتحدة.

p. 78 → p. 99
007577A

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007577- تاريخ 15/10/07
جذيدة Ar

أوصاف الالتزام

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الأستاذ عبد الله الدرقاوي
كلية الحقوق بالرباط

تمهيد :

«ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا، ويسر لنا العمل كما علمتنا، وأوزعنا شكر ما آتيتنا، وانهج لنا سبيلا يهدي إليك، وافتح بيننا وبينك بابا نفذ منه عليك، لك مقاليد السماوات والأرض، وأنت على كل شيء قدير».

إن الوصف أو العبء أو القيد أو التكليف الذي سنتناوله بالبحث والتحليل هو الوصف الذي يلحق عنصرا من عناصر الالتزام ويعدل من آثاره. الأمر الذي يؤدي إلى تغيير في القواعد التي تحكم تنفيذه، وهذا القيد أو الوصف قد يلحق الرابطة القانونية التي تربط الدائن بالمدين. أو يلحق محل الالتزام البدلي أو التخيري أو متعدد المحل، وقد يلحق الوصف أطراف الالتزام «الدائن والمدين» في الالتزامات التضامنية، والقابلة للإنقسام، وغير القابلة للإنقسام.

غير أن الذي يهمنا نحن في هذه العجالة هو الوصف الذي يتعلق بعنصر الرابطة القانونية التي تربط المدين بالدائن، والذي قد يجعل وجودها أو زوالها أمرا غير محقق الوقوع على اعتبار أن الالتزام علق على حدوث أمر مستقبل قد يقع وقد لا يقع، فإذا لحقها في وجودها جعلها غير محققة الوجود، ويسمى في هذه الحالة بـ "الشرط"، وإذا لحقها في نفاذها جعلها غير واجبة التنفيذ في

الحال، ويسمى في هذه الحالة، بـ "الأجل" فالشرط والأجل إذن هما الوصفان اللذان يلحقان الرابطة القانونية ذاتها.

هذا ونعرض الموضوع في فصلين :

الفصل الأول : الشرط.

الفصل الثاني : الأجل.

الفصل الأول : الشرط

نتناول دراسة الشرط كوصف من أوصاف الالتزام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ثلاثة فروع سنخصص الأول منها لتعريف الشرط ومقوماته. ونتحدث في الثاني عن مختلف أنواع الشرط. بينما سنتناول في الفرع الثالث آثار الشرط مع بيان المركز القانوني للمتعاقدین أثناء مرحلة التعليق وبعدها.

الفرع الأول :

نقوم بدراسة مضمون هذا الفرع في مبحثين اثنين :

الأول منهما نخصصه لتعريف الشرط في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، على أن نتناول في الثاني مقوماته.

المبحث الأول :

تعريف الشرط في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

الشرط هو كل حدث عارض مستقبل وغير محقق الوقوع تعلق عليه الإرادة قيام الالتزام بالتصرف أو زوال هذا الالتزام.

ويطلق الشرط في العرف على معنيين :

الأول : المعنى الحدسي : وهو بهذا المعنى مصدر "شرط" فهو شرط للأمر الفلاني وذلك الأمر مشروط.

وفي القاموس : هو إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره.

الثاني : المعنى الاصطلاحي : وهو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجا عن حقيقته.

جاء في الحديث الشريف : «المؤمنون عند شروطهم»، وقال ابن قاسم : «إن تعليق العقود وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف».

لقد عرف المشرع المغربي الشرط في المادة 107 من ق ل ع التي جاء فيها : "الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله".

أو هو كما عرفه قانون الالتزامات والعقود الموريطاني في المادة 127 التي تنص على أن "الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو زواله".

وجاء في المادة 265 من القانون المدني المصري ما يلي : "الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله"، وتقابل هذا النص في التقنينات المدنية الحديثة منها : "المادة 265 من التقنين المدني السوري" و"المادة 252 من التقنين المدني الليبي" و"المادة 285 من التقنين المدني العراقي" والمادة "81 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني".

من مختلف هذه التعريفات يمكننا القول بأن الشرط هو تلك النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل.

فالنشاط القانوني لا يتقصر على الحاضر بل كثيرا ما يمتد إلى المستقبل،

بحيث إن كثيرا من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها ولا يستطيع القانون تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط، فبالشرط يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل، فبتنظرة واحدة على أحكام المحاكم أو على أسواق المعاملات المالية يمكننا الوقوف على تنوع وتعدد التصرفات الشرطية مدنية كانت هذه التصرفات أم تجارية، رضائية أم شكلية أم عينية، مسماة أم غير مسماة ملزمة للجانبين أم لجانب واحد بعوض أم على سبيل التبرع.

إن التعليق شائع في عقود البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح والإيجار والعارية والمقاوله وفي عقد العمل والوكالة والوديعة والكفالة والرهن والتأمين وغيرها.

كما توجد فكرة التعليق على الشرط في كثير من حالات البيع الأولى للمنتولات المادية كابتياح الأفراد سلعا من دول أخرى بعقود شرطية وانتقال تلك السلع إلى موقع جديد قبل تحقيق الشرط.

وهذا اتجاه تسانده أقوال أئمة الفقه الإسلامي، حيث يقول ابن القيم في هذا الصدد: "إنه إذا صح تعليق الغاية، فتعليق الوسيلة أولى بالصحة"⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق ذكره، يمكننا أن نقول بأن الالتزام المقرون بشرط هو في حقيقة الأمر التزام مجهول المصير، فالشك يدور حول معرفة ما إذا كانت الواقعة الشرطية التي علق عليها وجود الالتزام أو زواله ستحقق أولا تتحقق في المستقبل.

والجدير بالملاحظة في مجال الشرط هو أن الفقهاء المسلمين ميزوا في باب المعاملات بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط، أي بين "قاعدة قبول الشرط، وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط" ويتجلى ذلك وفق القواعد الأربعة التالية:

(1) - أعلام المرتعين ج 3 ص 469.

القاعدة الأولى : مايقبل الشرط والتعليق عليه

كالطلاق والعتاق ونحوهما فيقبلان الشرط، كأن يقول: أنت حر وعليك ألف درهم، وأنت طالق وعليك ألف درهم، فهذه صورة من قبول الشرط، فيلزم ذلك إذا اتفقا عليه وينجز الطلاق والعتاق حالا.

كما يقبل التعليق على الشرط بأن يقول : إن دخلت دار فلان فأنت طالق أو أنت حر، وحينئذ لا ينجز طلاق أو عتاق حالا حتى يقع الشرط.

القاعدة الثانية : الذي لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه :

فالإيمان بالله تعالى والدخول في الدين لا يقبل الشرط، فلا يصح القول : أسلمت على أن أشرب الخمر أو أن أترك الصلاة ونحوه، ويسقط شرطه الذي قرن به إسلامه.

وأما عدم قبوله التعليق على الشرط، كقوله : إن كنت كاذبا في هذه القضية فأنا مسلم أو مؤمن ونحو ذلك من الشروط التي يعلق عليها، فلا يلزم إسلامه إذا وجد ذلك الشرط، بل يبقى على كفره بسبب أن الدخول في الدين الإسلامي يعتمد الجزم بصحته والمعلق ليس حازما.

القاعدة الثالثة : الذي يقبل الشرط دون التعليق عليه

كالبيع والإجارة، فإنه يصح أن نقول : بعتك كذا على أن تأتي بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع.

ولا يصح التعليق عليه، كأن يقول : إن قدم زيد فقد بعتك أو أجزمتك، بسبب أن انتقال ملكية البيع يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق.

القاعدة الرابعة : ما يقبل التعليق على الشرط دون مقارنته به

كالصلاة والصوم ونحوهما، فلا يصح قول : أدخل في الصلاة على أن لا أسجد أو أسلم بعد سجدة ونحو ذلك، ...

وأدخل في الصوم على أن لي الاقتصار على بعض يوم، فلا يصح شيء من ذلك، ...

ولكن يصح تعليقه على الشرط فنقول : إن قدم زيد فعلي صوم شهر أو صلاة مائة ركعة ونحو ذلك⁽¹⁾.

المبحث الثاني**مقومات الشرط أو شروطه**

لقد سبق لنا أن عرفنا الشرط في المبحث الأول وقلنا بأنه تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله.

وعليه، فإن شروطه أو مقوماته أربعة، وهي كالتالي :

الشرط الأول : الشرط أمر مستقبل

لكي تكون الواقعة شرطية يجب أن تكون أمرا مستقبلا، أما الواقعة الماضية أو الحاضرة فلا يصح بتاتا أن تكون شرطا حتى ولو كانت مجهولة من أحد طرفي الإلتزام أو من كليهما، مثال ذلك : ما إذا وعد شخص بمبلغ من النقود لمن يكشف دواء لداء معين أو لمن يعثر على شيء ضائع، والواقعة المستقبلية التي ينطوي عليها الشرط قد تكون أمرا إيجابيا وقد تكون أمرا سلبيا، وهما معا يستويان في الحكم، غير أنه من ناحية تقدير الوقت الذي

(1) الفروق للقرافي ج 1 ص 228 وما بعدها.

تعتبر فيه الواقعة الشرطية متحققة أو متخلفة يوجد فارق عملي، فعندما تكون الواقعة أمرا إيجابيا تحدد عادة مدة قصيرة لتحقيقها، فإذا لم تحقق الواقعة الشرطية خلالها اعتبر الشرط متخلفا.

أما عندما تكون الواقعة الشرطية أمرا سلبيا، فالمدة غالبا ما تكون طويلة، مثال ذلك : ما إذا اشترط صاحب مصنع على مهندس ألا يعمل في مصنع آخر لمدة معينة.

الشرط أو المقوم الثاني : الشرط أمر غير محقق الوقوع

يجب أن يكون مدلول الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله أمرا غير محقق الوقوع، فإذا كانت الواقعة الشرطية التي علق عليها العقد مستحيلة أو محققة الوقوع إن عاجلا أو آجلا لم تكن شرطا، فالأمر المحقق الوقوع يفتقر إلى عنصر الجهالة والشك، وهو عنصر يلزم الشرط، فلا يقوم بدونه، وهذا هو الأمر الجوهري في الشرط، وبه يختلف عن الأجل، فكل منهما أمر مستقبلي، فالشرط يكون غير محقق الوقوع، أما الأجل فأمر محقق الوقوع، فإذا علق العقد على حلول الصيف أو وفاة فلان لم نكن أمام شرط بل نكون أمام أجل، فحلول الصيف أمر آت لا ريب في مواعده، والوفاة أمر محتوم لا بد من تحققه يوما، غير أنه إذا اقترن الأمر المحقق الوقوع بملازمات تجعله أمرا غير محقق الوقوع كقول له لشخص أعطيك ألف درهم إذا توفي فلان خلال السنة الجارية فإن تصرفه هذا يكون مقرونا بشرط، ويعبر الفقهاء المسلمون عن الأمر غير المحقق الوقوع بقولهم : "إن مدلول فعل الشرط يجب أن يكون معدوما على خطر الوجود".

الشرط أو المقوم الثالث : الأمر الذي علق عليه الشرط يجب أن يكون غير مستحيل الوقوع

إن الأمر المستحيل الوقوع لا يصح بتاتا أن يكون شرطا وسبب ذلك مغايرته لمقتضيات الطبيعة أو بسبب تعارضه لأحكام القانون وعليه فالاستحالة

قد تكون مادية أو طبيعية، وإما أن تكون استحالة قانونية، مثال الاستحالة الطبيعية إحياء الموتى أو قطع المحيط الأطلسي سباحة أو تشييد مسكن في الفضاء، ومثل الاستحالة القانونية تعدد الزوجات في البلاد التي يمنع قانونها تعدد الزوجات، أو استثناء حكم مضي عليه أجل الاستئناف أو شراء طريق عمومي.

والجدير بالملاحظة هو أن تقدير الإستحالة هي للوقت الذي اشترط فيه الشرط، فالتصرف الذي يعلق على شرط مستحيل يبقى باطلا حتى لو أصبح الشرط ممكنا في وقت لاحق "الفقرة الأخيرة من المادة 108 ق ل ع" أما إذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكنا ثم أصبح بعد ذلك مستحيلا فإنه يعتبر شرطا صحيحا قد تخلف.

الشرط أو المقوم الرابع: أن يكون الشرط أمرا غير مخالف للنظام العام أو الآداب

أ - الشرط المخالف للنظام العام : قد يكون الشرط مخالفا للنظام العام فيقع باطلا ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه

مثال ذلك : إذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها فإن هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام. وفي هذا الصدد نصت المادة 109 من ق ل ع في فقرتها الأولى على أن : "كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحدد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل انسان كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه.

ب - الشرط المخالف للآداب العامة : هو الشرط الذي يرمي إلى حمل شخص على القيام بعمل يناهض القواعد الأخلاقية الواجب صيانتها وحمايتها، فإذا ما التزم شخص بأداء ألف درهم لشخص آخر وعلق التزامه على أن يشتري

له هذا الشخص الآخر دارا للمقامرة أو بيتا للدعارة كان الشرط باطلا وكان الالتزام باطلا أيضا.

بعد أن انتهينا من الحديث عن تعريف الشرط ومقوماته ننتقل إلى دراسة الفرع الثاني المتعلق بأنواع الشرط.

الفرع الثاني أنواع الشرط

سنقسم هذا الفرع إلى ثلاث مباحث بحيث سنتناول في الأول منها الشرط الواقف والشرط الفاسخ، وفي المبحث الثاني نتحدث عن الشرط الاحتمالي أو المتروك للصدفة، وتكلم في المبحث الثالث عن الشرط الإرادي والشرط المختلط.

المبحث الأول الشرط الواقف والشرط الفاسخ

سنتناول مضمون هذا المبحث في مطلبين اثنين :

المطلب الأول الشرط الواقف

يكون الشرط واقفا إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام، وإذا تخلف الشرط لا تقوم للالتزام قائمة ولا يخرج إلى الوجود. مثال ذلك : أن تتعهد شركة التأمين بدفع تعويض لمالك دار مؤمن عليها إذا هلكت الدار بالحريق، فالشرط في هذا المثال شرط واقف.

فالالتزام لا ينشأ إلا إذا تحقق الشرط، أي الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام - وهو الحريق -

المطلب الثاني

الشرط الفاسخ

الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال الالتزام أو زوال الحق، بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام. واعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف أصبح الالتزام بائنا، مثال ذلك أن يوافق الدائن على تقسيط دينه شرط أن يدفع المدين هذه الأقساط كل قسط بميعاده وإلا استحق الدين بكامله.

ملاحظة : قد توجد صعوبة في التفرقة بين الشرط الواقف والفاسخ في بعض الأحيان

فقد تدق التفرقة أحيانا ويصعب معرفة ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا مثال ذلك : أن يكري المالك دارا للسكن شرط أن توافق زوجة المكتري على هذه الدار.

فهل الشرط هنا واقف ولا يتم الإيجار إلا إذا وافقت الزوجة على الكراء أم أن الشرط فاسخا حيث ينفذ الإيجار في الحال فالأمر في مثل هذه النازلة يرجع إلى تبيين إرادة الطرفين المشتركة من طرف قاضي الموضوع الذي يستخلص إرادة الطرفين من الظروف والملابسات التي تحيط بالقضية.

المبحث الثاني

الشرط الاحتمالي أو غير الإرادي

إن الشرط غير الإرادي أو الاحتمالي هو الشرط الذي يترك أمر تحققه وتخلفه لأمر لا علاقة لإرادة أحد الطرفين به، أي لمجرد الصدفة. وخير مثال

لذلك، التعليق على وفرة الإنتاج الزراعي أو على ارتفاع أو انخفاض الأسعار، أو تعليق فسخ عقد على سقوط الجليد، أو تعليق عقد استئجار عربة على صحو الجو إلى غير ذلك من الوقائع التي لا تدخل في إرادة طرفي العقد.

ومع أن الفقه الإسلامي لا يتبنى على سبيل التحديد الذي تتبناه القوانين الحديثة فيما يتعلق بالشرط الاحتمالي إلا أن كثيرا من الأمثلة التي يضرها هذا الفقه تصدق على هذا النوع من الشرط كتعليق الوفاء أو الكفالة على عودة شخص من السفر، أو كعودة الحجيج قافلين أو كعودة شخص سالما غانما إلى غير ذلك من الأمثلة.

والشرط الاحتمالي هو شرط صحيح سواء كان واقفا أو فاسخا لأنه لا يتوقف على محض إرادة صاحب العلاقة القانونية، ويصح ذلك التصرف القانوني المعلق عليه لأنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب العامة.

المبحث الثالث

الشرط الإرادي المحض والشرط المختلط

سنتطرق لدراسة موضوع هذا البحث في مطلبين اثنين

المطلب الأول

الشرط الإرادي المحض

إن المقصود بالشرط الإرادي المحض هو ذلك الشرط الذي يترك أمر تحققه أو تخلفه لإرادة أحد المتعاقدين ولا يتطلب سوء التعبير عن هذه الإرادة

مثال ذلك تعليق العقد على سفر أحد المتعاقدين أو على كتابته مقالا في إحدى الصحف.

ومما يجب الإشارة إليه هو أن الشرط الإرادي إما أن يتوقف تحققه أو تخلفه على إرادة الدائن وعندها يسمى بالشرط الإرادي البسيط. أما إذا تعلق على إرادة المدين فيسمى بالشرط الإرادي المحض.

غير أن حكم هذين الشرطين يختلف كل منهما عن الآخر.

بحيث إذا توقف على إرادة الدائن كان الشرط صحيحا ملزما واقفا كان أم فاسخا.

أما إذا توقف على إرادة المدين فيجب التفريق بين الشرط الواقف والفاسخ فإن كان الشرط واقفا بطل الشرط والتصرف، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر أبيعك داري إذا أردت أنا أو إذا رأيت ذلك في مصلحتي ففي هذه الحالة يكون تحقيق الشرط أو تخلفه متوقفا على محض إرادة المدين إن شاء أبرم العقد وإن لم يشأ لم يبرمه، ففي الواقع هو لم يلتزم بشيء أبدا وحكم هذا الشرط باطل هو والعقد المعلق عليه.

أما إذا كان الشرط فاسخا كان صحيحا هو والعقد المعلق عليه سواء على إرادة الدائن أو المدين مثال ذلك خيار الشرط أو شرط الخيار.

فإذا باع شخص أو اشترى شيئا على أن يكون له الخيار لمدة معينة كان الشرط صحيحا "المادة 112 ق ل ع".

والجدير بالذكر في هذا المجال هو أن الفقه الإسلامي قد انطوى على نظرية عامة للخيارات يمكن أن تدخل في مفهومها فكرة الشرط الإرادي المحض بشكل يرفع كل لبس يكتنف هذه الفكرة.

فالخيارات هي: "تحفظات لصاحب العقد" والشرط الإرادي المحض لا يعدو أن يكون تحفظا حسبما انتهى إليه مضاف الفقه الوضعي.

وبالنظر لما لخيار الفسخ من أهمية يمكن تلخيص أحكامه في الأمور التالية :

أولا : مبدئيا يسوغ للطرفين الاحتفاظ بخيار الفسخ في سائر التصرفات المالية.

إلا أن هذا الحكم ليس مطلقا بل ترد عليه بعض الاستثناءات، ومن ثمة فإنه لا يسوغ اشتراط الاحتفاظ بخيار الفسخ في التصرفات التالية وذلك على سبيل الحصر.

أ - الاعتراف بالدين

ب - الهبة

ج - الإبراء من الدين سواء كان إبراء وفاء أم إبرام اسقاط

د - بيع الأشياء المستقبلية المسمى بالسلم

ثانيا : إذا حدد ميعاد لممارسة خيار الفسخ وجب ممارسة الخيار خلال هذه المدة.

ثالثا : إذا انقضى الميعاد دون أن يصرح المتعاقد بأنه يريد فسخ العقد أصبح العقد نهائيا ابتداء من وقت إبرامه.

رابعا : إذا مات المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ قبل فوات الميعاد المحدد لمباشرته انتقل حق الخيار لورثته.

خامسا : إذا ما أصيب المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ بالجنون أو بأي سبب آخر من أسباب نقص الأهلية، فإن المحكمة بناء على طلب المتعاقد الآخر أو ذي مصلحة غيره تعين مقدما خاصا ليقرر ما إذا كان يقبل العقد أو يفسخه وفق ما تقتضيه مصلحة ناقص الأهلية. وفي حالة الإفلاس يكون المقدم بحكم القانون هو وكيل التفليسة.

المطلب الثاني الشرط المختلط

الشرط المختلط هو الذي يعلق تحققه أو تخلفه على إرادة أحد طرفي العقد وعلى أمر خارجي، أو كما يقول الأستاذ الكزبري هو: "الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام ومشاركة عامل خارج عنها كمجرد الصدفة أو إرادة الغير".

ولما كانت إرادة الغير تعد من قبيل الصدفة فقد عرف باييه وبوثوار الشرط المختلط بأنه هو الشرط الذي يعتمد تحققه على تطابق ارادتي أحد المتعاقدين والغير، وبهذا يعتبر العقد معلقا على شرط مختلط إذا كان يلزم لتحقيقه التقاء إرادة أحد المتعاقدين بإرادة الغير دون تعيين أو بالصدفة.

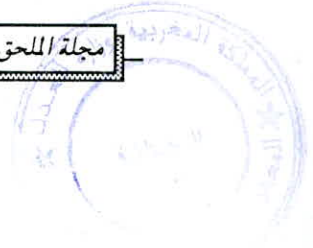
ويذهب ديمولومب إلى أن إرادة أحد المتعاقدين تمثل العنصر الإرادي بينما تلعب إرادة الغير دور العنصر الاحتمالي، فاختلاط إرادة أحد المتعاقدين بإرادة الغير أو بالصدفة هو الذي يضيف على الشرط طابعه المختلط.

ويذهب جميل الشرقاوي وإسماعيل غانم وعبد المنعم البدرأوي وعبد الرزاق السنهوري وغيرهم إلى أن الشرط لا يكون مختلطا ما لم يكن الغير الذي تلتقي إرادة أحد المتعاقدين بإرادته معينا مثال ذلك: تعليق عقد بيع أو هبة على زواج أحد المتعاقدين من سيدة معينة، أو تعليق عقد إيجار على إبرام المستأجر عقد شركة مع شخص معين.

وخلاصة القول فإن الشرط المختلط هو الذي يناط تحققه بإرادة أحد المتعاقدين مقرونة بالصدفة أو بإرادة الغير إذا كان معينا.

بهذا نكون قد أنهينا الحديث عن تعريف الشرط ومقوماته وأنواعه وننتقل إلى دراسة آثاره

فما هي إذن آثار الشرط ؟



الفرع الثالث

آثار الشرط كوصف للتراضي

إن الفقه القانوني لم يتكلم منذ الرومان وحتى الآن إلا عن آثار الشرط في نطاق العقد.

ولمعرفة آثار الشرط ينبغي دراسة آثار العقد المعلق على الشرط في مرحلتين اثنتين : مرحلة الشك. ومرحلة اليقين. أي المرحلة التي لا يعلم ما إذا كان الشرط سيتحقق أم يستخلف أولاً. ثم المرحلة التي تعقب تحقق أو تخلف الشرط أي المرحلة التي يصبح فيها مصير الشرط مبتوتا فيه.

وعليه فإننا سنقسم هذا الفرع إلى المباحث الأربعة التالية حيث سنتناول في أولها آثار التصرف المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق مع بيان المركز القانوني للمتعاقدين في ظل التشريع الوضعي على أن نتحدث في ثانيها عن المركز القانوني للمتعاقدين في ظل الفقه الإسلامي. بينما نخصص المبحث الثالث لآثار الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق أيضاً. وفي المبحث الرابع سنتكلم عن أساس فكرة الأثر الرجعي للشرط مع بيان الاستثناءات الواردة عليها في القانون المغربي والمقارن.

المبحث الأول

آثار التصرف المعلق على شرط واقف في مرحلة التعليق وبيان المركز القانوني للمتعاقدين

إن دراسة هذا المبحث تتطلب منا تقسيمه إلى المطالب التالية :



المطلب الأول آثار التصرف المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق

إن الشرط يؤثر في الرضا أو التراضي ذاته فيصير موصوفا أي معلقا بعد أن كان يمكن صدوره بسيطا منجزا، وينطبق هذا على التصرف الذي يصبح منوطا بالواقعة الشرطية بحيث إذا كان يترتب على الشرط وجود الواقعة وبالتالي تنفيذ الالتزام اعتبر الشرط شرطا واقفا وإذا كانت الظاهرة العقدية ظاهرة إنسانية قديمة، والعقد باعتباره محطة التقاء ارادتين أو أكثر هو أداة التعامل الشائعة التي استحوذت على فكر القانونيين ورجال الأعمال سواء في صورته المنجزة أو في قالبه المعلق، فإن دراسة آثار العقد المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق تستوجب تحديد مضمون المركز القانوني للمتعاقدين في هذه المرحلة بغية معرفة مدى ترتيب العقد لآثاره رغم التعليق على شرط واقف وهذا ما سنراه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني مضمون المركز القانوني للمتعاقد قبل تحقق الشرط الواقف في القانون

يكتنف حقيقة المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف في القانون المقارن شيء من الشك، والسبب في ذلك يرجع إلى تعارض النصوص القانونية في هذا المجال. فبعض النصوص في القانون الروماني تفيد أن الدائن

في العقد الشرطي وعلى الخصوص قبل تحقق الشرط الواقف لا يتمتع سوى بمجرد أمل.

وإلى جانب هذا توجد بعض النصوص الأخرى تفيد بأن الدائن في العقد الشرطي يتمتع بحق فعلا وليس بمجرد أمل.
ونعرض لهاتين النظريتين فيما يلي :

النظرية الأولى : نظرية الأمل

يتلخص منطوق هذه النظرية في أنه قبل تحقق الشرط الواقف لا يوجد حق للدائن ولا التزام على المدين حيث يقول كاريا في هذا الصدد : إنه يتعين التمييز بين التصرف ذاته وبين الحق المرتبط به. فالتصرف يوجد فور إبرامه. أما الحق فلا يوجد بل يكتسي صبغة الأمل فقط.

إن نظرية الأمل هاته انتقلت من الفكر الروماني إلى الفقه الفرنسي حيث ذاعت هذه النظرية على يد الفقيه الفرنسي بوتيه الذي تأثر بعبارة جوستينيان أيما تأثر فقال : "إن الشرط الواقف يقضي إلى تعليق الالتزام فيظل مصيره مجهولا إلى أن يتحقق أو يتخلف، فحتى ذلك الوقت يبقى سوى مجرد أمل في حق".

النظرية الثانية : نظرية الحق

وفي مقابل نظرية الأمل توجد نظرية الحق، ومؤداها أنه قبل تحقق الشرط الواقف يتمتع الدائن الشرطي بحق وليس بمجرد أمل.

لقد تبني هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان بوردي لاكنترني وبارد فهما معا يقرران أن فكرة الأمل غير صائبة. والترجيح بين النظريتين أمر بالغ الدقة، فنظرية الأمل ترتبط أساسا بفكرة عدم وجود العقد قبل تحقق الشرط الواقف، والوفاء الذي يحصل بين المتعاقدين يكون وفاء بغير المستحق.

أما النظرية الثانية أي نظرية الحق فهي ترى عكس ذلك أي أن العقد يكون موجودا قبل تحقق الشرط الواقف والوفاء الذي يقع يكون وفاء بمستحق.



أما المشرع المغربي فلقد أخذ بالنظريتين معا ويتجلى ذلك من خلال النقطتين التاليتين :

النقطة الأولى : الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير نافذ فالالتزام في هاته الحالة لا يتصف بمزايا الالتزام الناجز "النافذ" بل يبقى التزاما ناقصا غير نافذ مادام الشرط المعلق عليه لم يتحقق.

وهو بهذا يسير في الاتجاه الذي يقول بأن الالتزام المعلق على شرط واقف هو مجرد أمل لأنه التزم غير مستحق الأداء، وإذا ما قام المدين بالوفاء خطأ معتقدا أن التزامه غير معلق على شرط واقف جاز له استرداد ما دفع عملا بالقواعد العامة في دفع غير المستحق.

النقطة الثانية : الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود، لأنه استجمع سائر أركانه، فالملتزم تحت مثل هذا الشرط يرتبط بما إلتزم به ولا يجوز له الرجوع في التزامه مالم يتخلف الشرط.

وموقف المشرع المغربي هنا هو نفس الموقف الذي قال به أصحاب نظرية الحق السابقة.

المبحث الثاني

المركز القانوني للمتعاقدين في ظل الفقه الإسلامي

وذلك قبل تحقق الشرط الواقف

إن الفقه الإسلامي تناول أحكام المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف وفق نظريتين أساسيتين هما :

النظرية الأولى : يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن العقد المعلق على شرط واقف عقد غير موجود قبل تحقق الشرط.

النظرية الثانية : ترى بأن العقد المعلق على شرط واقف هو عقد قائم وموجود من لحظة إبرامه ولو قبل تحقق الشرط الواقف.

وخلاصة النظريتين هو أن الرأي الأول مفاده أنه لا حق للمتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف.

أما الرأي الثاني ف مؤداه أن الحق يوجد بوجود العقد، غاية الأمر أنه لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا تحقق الشرط.

ويمكن إجمال ملخص النظريتين فيما يلي حسب بعض مذاهب الفقه الإسلامي.

أولا : رأي الفقه الحنفي

يذهب الفقه الحنفي إلى أن العقد المعلق على شرط واقف هو عقد لا وجود له قبل تحقق الشرط.

وسند هذا الرأي موجود في عدة عبارات فقهية قاطعة، من هذه العبارات ما جاء في البخاري بشرح البزديوي قوله : "المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط" و "الشرط يدل على ثبوت الحكم عند وجوده فقط" ومنها قوله أيضا: "التعليق مانع للمعلق من الوصول إلى المحل، والأسباب الشرعية لا تصير أسبابا قبل الوصول إلى المحل لأنها عبارة عما يكون طريقا إلى الشيء ومفضيا إليه" (1).

إن محدثي الفقه الإسلامي وفق المذهب الحنفي بنوا على هذه الأقوال وأمثالها نظريتهم القائلة : بأن العقد المعلق يعتبر غير موجود قبل تحقق الشرط، بحيث يبقى العقد معلقا فلا ينعقد ولا يكون له وجود منذ صدور الصيغة وإلى أن يتحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط انعقد العقد وترتبت عليه آثاره من وقت تحقق الشرط فقط، وهذا يعني أن تحقق الشرط ليس له أثر رجعي في الفقه الحنفي.

(1) ابن عابدين ج 4 ص 243 / تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج 2 ص 231 وما بعدها / البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج 4 ص 4 وما بعدها.

ثانيا : رأي الشافعية والمالكية

إن العقد المعلق على شرط واقف وفق المذهب الشافعي والمالكي هو عقد موجود وكل ما في الأمر أن حكم هذا العقد يتأخر لا إلى وقت محقق كما هو شأن العقد المؤجل، ولا لحين إصدار صاحب الخيار إرادته أو مشيئته كما يحدث في حالة اقتران العقد بخيار الشرط، وما يتأخر الحكم إلى حين حدوث واقعة شرطية مستقبلية ومحتملة.

فالصيغة الموصوفة أو المعلقة تنعقد سببا في الحال، ولكن أثرها يربأ بسبب التعليق لحين حلول الأجل أو تحقق الشرط.

فالشرط عند الشافعية هو أمر غير محقق الوقوع فلا يمكن الجزم سلفا بمآله ولكنه في نفس الوقت ممكن، حيث "لا تعليق بمستحيل". وإذا كان هذا هو شأن العقد المعلق، فإن المتعاقدين يكونان جديرين بالحماية القانونية قبل تحقق الشرط في ظل الفقه الإسلامي باعتبار أن لكل منهما حقوق دائرة في فلك احتمال عدم تحقق الشرط.

المبحث الثالث

آثار الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق

يمكننا إجمال آثار الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق في محورين أساسيين هما :

المحور الأول : ومؤداه أن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ هو إلتزام موجود ونافذ بحيث أن هذا الإلتزام ينتج آثاره فوراً، وهذا ما أشارت إليه المادة 121 من ق ل ع التي جاء فيها: "الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الإلتزام". وبناء عليه يكون من حق الدائن تحت شرط فاسخ أن يتقاضى حقه من المدين طوعاً وإلا فقضاء عن طريق التنفيذ الجبري. كما أن لصاحب الحق شرط

فاسخ التصرف بحقه فله أن يبيع الشيء أو يهبه أو يوصي به للغير غير أن تصرفه هذا يكون بنفس الشرط الفاسخ.

المحور الثاني : يتلخص في أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام معرض للزوال وإن كان حقا موجودا.

فالعقد المعلق على شرط فاسخ يستمر في إنتاج آثاره بحيث يمكن أن تصير هذه الآثار نهائية إذا تخلف الشرط، أما إذا تحقق الشرط فالالتزام الذي كان معلقا عليه يزول، ويترتب على الدائن أن يرد إلى المدين ما كان قد أخذه منه عملا بالقواعد العامة في دفع غير المستحق.

المبحث الرابع

أساس فكرة الأثر الرجعي للشرط في القانون المدني

كيف تثور فكرة الأثر الرجعي للشرط ؟

إن المتعاقدين قد لا يرغبان في إبرام عقد بسيط منجز بل يريدان تعليق عقدهما على حدوث واقعة شرطية مستقبلية وغير محققة وعارضة نزولا على ما تقتضيه مصلحتهما. ومن ذلك مثلا ما إذا أراد شخص شراء قطعة أرض بجواره ليقيم عليها مصنعا أو مسكنا هو وشقيقه الموجود للعمل بالخارج، غير أنه لا يستطيع التعاقد البات المنجز حالا، ويجد أن مصلحته هو أو البائع لا تتحقق عن طريق أسلوب آخر كالوعد بالعقد فيبرم مع المالك عقدا يحددان فيه كافة الالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما، ويعلقان هذا العقد على أية واقعة شرطية كعودة الأخ مليتا من الخارج قبل نهاية السنة الجارية، فإذا تحقق الشرط صار العقد كما لو كان بسيطا منجزا.

لكن السؤال الذي يجب طرحه في هذا المجال هو هل العقد يطبق بأثر رجعي أم بأثر فوري ؟

إن المتتبع للتشريعات الوضعية الحديثة بغية معرفة مدى إعمالها أو إهمالها لنظرية الأثر الرجعي للشرط يفصح عن انقسامها إلى فريقين :

الفريق الأول : وهو يمثل الأغلبية العظمى من التشريعات منها التشريع الفرنسي والمصري والسوري واللبناني وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية فهذه التشريعات تعتبر مثالا نموذجيا للتشريعات اللاتينية التي تتبنى نظرية الأثر الرجعي للشرط. لقد ورد في المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي والمادة 270 مدني مصري وسوري : "أنه إذا تحقق الشرط استند أثره إلى وقت إبرام التعهد بمعنى أن التصرف القانوني الشرطي يجب أن يعتبر كما لو كان موجودا دائما .

الفريق الثاني : رأي هذا الفريق يمثل الأقلية يأخذ من حيث الأصل بنظرية عدم الرجعية بمعنى أن آثار العقد لا تترتب إلا من لحظة تحقق الشرط وليس من لحظة إبرامه - نظرية عدم الرجعية لقد تبني المشرع المغربي نظرية عدم الرجعية وهو يسير في النهج الذي اتخذه بعض التقنينات الجرمانية كالتقنين المدني الألماني (المادة 1850) والقانون السويسري (المادة 156).

لقد ورد في المادة 124 من ق ل ع أن "لتحقق الشرط أثرا رجعيا يستند إلى يوم الاتفاق على الالتزام إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاءه هذا الأثر". يتضح من هذا النص أنه مالم يظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنهما قصدا إعطاء الشرط إذا تحقق أثر رجعيا فإن المبدأ الذي يجب الاعتداد به في ظل التشريع المغربي هو الأثر الفوري للشرط بمعنى أن الالتزام يعتبر قد وجد أو أنه قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط لا في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام. وينسجم هذا المبدأ مع مبدأ السببية في الفقه الإسلامي، فمقتضى مبدأ السببية في هذا الفقه هو أن الشيء لا يسبق سببه في الوجود وبالتالي فإن أثر الشرط لا يجب أن يوجد إلا عند وجود الشرط.

بهذا تنتهي من الحديث عن الشرط كوصف من أوصاف الالتزام ومنتقل بعون من الله وتوفيقه للحديث عن الأجل كوصف من أوصاف الالتزام.

109 → 100 م

007578A~

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007578
تاريخ 15/10/09
جريدة

مسؤولية محافظ الملكية العقارية

في التشريع المخبري

الأستاذ اقلعي دريوش عبد القادر
محام

مسؤولية محافظ الملكية العقارية :

إن المحافظ العقاري كموظف عمومي يخضع إلى جميع المقتضيات القانونية والتنظيمية المهنية، التي توجبها ممارسة الوظيفة العمومية ... وفي هذا الإطار يتحمل مسؤوليتين : مسؤولية إزاء الدولة، وأخرى إزاء المستفيدين من عمل مصلحة المحافظة العقارية، فبالنسبة للأولى فإن الإدارة يمكنها تطبيق عقوبات تأديبية في حقه عند الإخلال بالمقتضيات الوظيفية، وبالنسبة للثانية فإن القضاء هو المختص لتقريرها. وما يهمننا في هذا الجانب هو المسؤولية المدنية للمحافظ والتي تخضع لاختصاص القضاء ...

وتقتضي دراسة هذا الموضوع التطرق أولاً إلى الطبيعة القانونية لمسؤولية المحافظ، ثم ثانياً لشروط قيامها، ثم ثالثاً لأحكام دعوى المسؤولية.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لمسؤولية المحافظ

إن مسؤولية المحافظ العقاري، مسؤولية قانونية تجب أساسها في الخطأ المهني الناتج عن عدم القيام بالالتزامات المفروضة قانوناً، والذي يؤدي إلى إلحاق أضرار بالغير⁽¹⁾.

(1) الباتولي : ص 145 من رسالته بالفرنسية حول دور المحافظ في إطار التحفيظ العقاري.



ولقد اختلف الفقه في طبيعة هذه المسؤولية، فجانبا منه اعتبرها مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾، وآخر اعتبرها عقدية استنادا إلى وجود عقد بين المحافظ وطالب التحفيظ⁽²⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي الأخير كون المحافظ في إطار التحفيظ العقاري لا يقوم إلا بواجب مهني تمليه عليه وضعيته كموظف عمومي، دون أن يستطيع الامتناع عن ذلك كما أن اختصاصه في هذا المجال محدد في العقارات والحقوق العقارية داخل الدائرة الترابية للمحافظة العقارية التي يعمل بها، إذ ليس من حق أي طرف سواء المحافظ أو طالب التحفيظ فرض شروط عقدية على الآخر. بحيث لا يلزم طالب التحفيظ إلا بما هو مسطر في القوانين والأنظمة المعمول بها في ميدان التحفيظ، كما لا يستطيع المحافظ إضافة أية شروط أخرى غير واردة في تلك النصوص⁽³⁾. ذلك أن مسؤولية المحافظ كسائر الموظفين العموميين تخضع للنظرية العامة للمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي المرتبطة بالشروط المعروفة⁽⁴⁾.

فمسؤولية المحافظ حسب الرأي الفقهي السائد لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية ناتجة من عدم القيام بالالتزامات المهنية، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي يمكن الأخذ به حتى في المغرب، باعتبار تطابق دور المحافظ في كلا النظامين⁽⁵⁾.

(1) جون كلود بريجوا : دور ومسؤولية محافظ الزهون الرسمية، أطروحة باريس 1959 ص 11. أشار إليه الباترلي ص 145. هامش 2.

(2) كاريني وشون باز مذكور عند جون كلود بريجوا : ص 11 والباترلي. ص 145 هامش 2.

(3) الباترلي : ص 146.

(4) سلسلة التكرين القانوني : حقوق الموظف وواجباته : ادريس قاسمي وخالد المير. ص 20.

(5) نقض مدن 1898/11/16 د اليرز 1904/1/27 مذكور عند جون كلود بريجوا ص 11. أورده الباترلي. ص 146. هامش 2.

الفرع الثاني

شروط قيام مسؤولية المحافظ

لقيام مسؤولية المحافظ لا بد من توفر الشروط القانونية المتطلبية في إطار القواعد العامة للقانون المدني من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

الفقرة الأولى : الخطأ :

يتطلب لمساءلة المحافظ العقاري مدنيا وجود خطأ مرتكب من طرفه، عند تنفيذه لمهمته أثناء سريان مسطرة التحفيظ أو إجمام عن القيام بالالتزامات المهنية المفروضة عليه طبقا للقوانين والنظم المعمول بها في مادة التحفيظ العقاري ...

ولئن كان الخطأ هو أساس المسؤولية، إلا أن الخطأ قد يكون شخصا كما قد يكون الخطأ مرفقيا. ومن ثم نبتغي التمييز بينهما رغم ما يعترض ذلك من صعوبات ليبقى الأمر في الأخير راجعا إلى سلطة القاضي.

فهناك بعض الفقه من يرى أن هذه المسألة غير مطروحة في التشريع المغربي ذلك أن قانون الالتزامات والعقود وخاصة في الفصلين 79 و80 حدد حالات مسؤولية الدولة وحالات المسؤولية الشخصية للموظف والتي لا تكون إلا عند ارتكاب خطأ جسيم أو تدليس أو غش⁽¹⁾. إلا أن البعض الآخر يرى أن المشرع لم يحدد ما إذا كانت مسؤولية المحافظ قائمة على أساس الخطأ أم على

(1) سبل المسؤولية المدنية لمحافظ الملكية العقارية بالمغرب ص 47، مذكر عند الباترلي ص 148. هامش 1.

على أساس المخاطر⁽¹⁾، بل ترك الأمر إلى القضاء ليحدد ذلك حسب كل حالة على حدة .

أ - مسؤولية الدولة : الخطأ المصلحي

لقد اختلف كل من الفقه والقضاء في تفسير نص الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، فجانبا يقول بالمسؤولية الموضوعية للدولة، وآخر يرى إعطاء السلطة التقديرية للقاضي لتحديد طبيعتها ...

موقف الفقه : هناك اتجاه يرى أن المشرع أقر في إطار الفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود المسؤولية الإدارية الموضوعية، بعيدا عن فكرة الخطأ. بحيث إن إثبات الضرر كاف للقول بمسؤولية الدولة في التعويض، مؤسسين موقفهم على أساس المساواة أمام التكاليف العامة لتحقيق التوازن بين الحرية التي تتمتع بها الإدارة في نشاطها القانوني، والمادي لتحقيق المصلحة العامة .

إلا أن الرأي الراجح في الفقه هو الذي يرى إعطاء السلطة التقديرية للقاضي لتحديد نوع المسؤولية حسب كل حالة على حدة، والذي يرى أن الفصل 79 لا يهتم بمشكل المسؤولية الإدارية وإنما اكتفى بتحديد مبدئها العام⁽²⁾.

موقف القضاء : لقد اختلف الاجتهاد القضائي بالمغرب في تفسير الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، ومدى خضوع مسؤولية الجماعات العمومية لقواعد القانون المدني. فهناك أحكام اعتبرت أن الفصل 79 لا ينص

(1) ديلوبا دير : القانون الإداري : ص 718. الباتولي. ص 149 هامش 1. محمد مرتيشي القانون الإداري. ص 491 والهوامش المشار إليها في نفس الصفحة.

(2) ديلوبا دير: أساس مسؤولية الجماعات العمومية الخطأ أو المخاطر بمجلة المحاكم المغربية 1943/4/9 القانون الإداري للأساتذة ادريس البصري ومن معه ص 575 هامش 1. الطبعة العربية. والمرغيني : القانون الإداري. ص 942 والهامش 15 و16.

على مبدأ المسؤولية الموضوعية للإدارات العمومية، وأنه لا يمكن البحث عن أساس المسؤولية الإدارية في الفصل 79 المذكور الذي لم يكن له من هدف سوى إقرار وجود مسؤولية الجماعات العمومية، وأن المشرع ترك للقاضي الذي ينظر في المنازعات الإدارية حرية إرساء المسؤولية على أساس قضائي⁽¹⁾. غير أن الأحكام القضائية الحديثة وخاصة الصادرة عن المجلس الأعلى ذهبت إلى تأسيس مسؤولية الإدارة على أساس فكرة المخاطر بعيدا عن فكرة الخطأ، مؤكدة على أن الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تتسبب فيها... ولو لم ينسب إليها أي خطأ⁽²⁾. كما أن القضاء ألزم الدولة بأداء التعويض عن السير المعيب لعملية التحفيظ، وذلك لعدم تحقق المحافظ من مطابقة الوثائق على القطعة المراد تحفيظها⁽³⁾.

ب - المسؤولية الشخصية للمحافظ عن خطأه الجسيم :

إذا استثنينا مسؤولية المحافظ في إطار الفصل 79 من ظهير الالتزامات والعقود، فإن أي خطأ يسأل عنه مسؤولية شخصية حسب ما يستفاد من الفصل 80 من نفس القانون الذي يحيل عليه الفصل 5 من القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1915/6/4 والذي يعالج مسؤولية المحافظ.

ويلاحظ أن المشرع المغربي لا يرتب المسؤولية الشخصية للمحافظ إلا في حالة الخطأ الجسيم أو ارتكابه غشا أو تدليسا. فقد أشار الفصل 64 من ظهير

(1) أحكام محكمة الاستئناف بالرباط 1947/12/9 و 1951/3/13 أشار إليها ادريس البصري. ص 579 و 580.

(2) قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ص 3 وعدد 30 ص 121 وعدد 21 ص 142 وعدد 39 ص 174.

(3) جون كرانبون ومثيل روي : القانون الإداري : الطبعة الثانية الرباط 1973 ص 457 وحسن الوزاني الشاهدي المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية عدد 7 ص 170 والباترلي ص 149. هامش 2 و3 والأستاذ باحيني الرئيس الأول للمجلس الأعلى في تعليقه على قرار صادر عن المجلس الأعلى منشور بمجلة المحاكم المغربية. عدد 5. ص 8.

التحفيظ إلى مساءلة المدلس شخصيا عن فعله سواء كان المحافظ أو غيره، ذلك أن النص لم يميز بين المحافظ وباقي أطراف التحفيظ. والتدليس في هذا الإطار يؤخذ بمفهومه الواسع بحيث لا يشترط القيام بأعمال تدليسية كما هو الحال في ميدان التعاقد، بل يتوفر بكل تصرف يهدف إلى الإضرار بالغير⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع في الفصول 30 و72 و97 من ظهير التحفيظ أهم حالات مساءلة المحافظ شخصيا⁽²⁾ وقد عالج الاجتهاد القضائي بعض حالات المسؤولية الشخصية للمحافظ، ذلك أن هذا الأخير يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الأضرار الناتجة عن إغفال التضمين بسجلاته أو القيام بتسجيل غير قانوني⁽³⁾، أو في حالة عدم تحققه من مطابقة الوثائق على القطعة المراد تحفيظها⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية : الضرر والعلاقة السببية

لا يكفي لقيام مسؤولية المحافظ وجود عنصر الخطأ بل لا بد من أن يكون هذا الأخير هو الذي سبب الضرر مباشرة. ولا يثير اكتشاف العلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي إشكال إلا إذا تعددت الأنواع والعوامل المحدثة للضرر، كاشتراك خطأ المضرور في وقوعه، وفي هاته الحالة يقضي الفقه والقضاء بتوزيع المسؤولية بين الطرفين⁽⁵⁾، بحيث يبقى للمحاكم صلاحية تقدير مدى

(1) بول ديكر. ص 130 و131 القضاء والقانون : عدد 144. ص 230.

(2) بول ديكر. ص 134.

(3) محكمة الاستئناف بالرباط، مجلة المحاكم المغربية 1965 ص 10 والمرجع في قرارات المجلس الأعلى الجزء الثالث ص 313 مذكورة عند فرسرا بول بلون التعليق على قانون الالتزامات والعقود في الاجتهادات المذيل بها الفصل 80.

(4) القضاء والقانون عدد 144. ص 230.

(5) محمد مزغيني ص 496 هامش 3.

جسامة خطأ المحافظ، وتشطير المسؤولية متى ساهم المضرور في حدوث الضرر...

ويبقى التعويض هو جزاء المسؤولية، حيث يتعين جبر الضرر. وإذا كان القانون المدني يجيز التعويض عينيا أو نقديا فإنه في الميدان الإداري لا يكون التعويض إلا نقدا⁽¹⁾، ويتم تقديره على أساس جسامة الضرر وليس على أساس جسامة الخطأ⁽²⁾.

ويجب على المحافظ أن يؤدي التعويض المحكوم به عليه من ماله الخاص ولا تتحمله الخزينة العامة إلا في حالة إعساره، حيث يؤدي التعويض من صندوق التأمين المنشأ بمقتضى الفصل 100 من ظهير التحفيظ، على أن يكون للإدارة حق الرجوع على المحافظ لاستيفاء ما أدته إما من ماله الخاص إن كان له أو بالخصم من مرتبه أو معاشه⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للمضرور مقاضاة الدولة مباشرة إلا في حالة إعسار الموظف المسؤول شخصيا عن الضرر، وهو ما يؤكد الفصل 61 حيث ينص على أنه "ويكون لمن يهمهم الأمر في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء التعويضات وفي حالة إعسار المدلس تودي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث مع الاحتفاظ للصندوق المذكور بحق الرجوع على المعسر". وهو ما أقره المجلس الأعلى في قرار ورد فيه "أن المحافظ العقاري مسؤول شخصيا عن الضرر الناتج عن نسيان التسجيل بسجلاته وعن الأخطاء والتشطيبات الواقعة في السجل العقاري وأن الدولة

(1) مليكة الصروح : ص 464.

(2) قضاء المجلس الأعلى : عدد 9 ص 97.

(3) المرغيني : ص 494.

لا يمكن متابعتها إلا في حالة إعسار الموظف أو ورثته طبقا للفصل 80⁽¹⁾. وقد أوضح الفقه أن دعوى التعويض التي يمكن رفعها على الدولة لمطالبتها بالتعويض تتسم بطابع الدعوى الاحتياطية، إذ أنه لا يمكن مطالبة الدولة بأي شيء إلا بعد أن توجه الدعوى ضد الموظف ويثبت إعساره⁽²⁾.

الفرع الثالث

أحكام دعوى المسؤولية

تتميز دعوى مسؤولية المحافظ بخاصيتين : الأولى من حيث الاختصاص الترابي (أ) والثانية فيما يخص تقادمها (ب).

أ - الاختصاص الترابي :

يعود الاختصاص الترابي للنظر في مسؤولية المحافظ إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بها مقر عمله، سواء وجهت ضده شخصيا أو لذوي حقوقه⁽³⁾.

إن هذه القاعدة المحددة للاختصاص الترابي لدعوى المسؤولية اختيارية بالنسبة للمدعي، إذ يمكنه إقامتها بمحكمة الفصل السالف الذكر أو إلى محكمة محل سكنه في حالة استقالة المحافظ أو إحالته على التقاعد.

(1) مجموعة قرارات المجلس الأعلى للفرقة الإدارية لسنة 61 - 1969. ص 313.

(2) الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود الجزء الأول. ص 506. وعبد الرهاب رافع:

مقاضاة الدولة والمؤسسات العمومية في التشريع المغربي ص 58. والمرغيني. ص 494.

(3) الفقرة الأخيرة من الفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 1975/6/4.

وتجدر الإشارة إلى وجوب توجيه الدعوى ضد الدولة في شخص الوزير الأول الذي له حق تعيين الوزير المختص، كما يقتضي إدخال العون القضائي للمملكة⁽¹⁾.

ب - مصاريف الدعوى :

إن المحافظ لا يلزم بأداء التعويض المحكوم به عليه عن الضرر الحاصل من جراء تدليسه أو خطأه الجسيم فقط، بل يلزم كذلك بأداء مصاريف الدعوى التي أقيمت ضده، وهو ما تشير إليه الفقرة الأخيرة من الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/6/3، التي تنص على أنه "وتقع المصاريف القضائية على كاهل الطرف المعني بالأمر إلا إذا صدر من المحافظ خطأ جسيم، الأمر الذي من طرف المحكمة وفي هذه الحالة تحدد المحكمة قدر الصوائر التي يتحملها المحافظ.

وإذا كان المشرع قد منح المضرورة من عملية التحفيظ مدعاة المحافظ متى وقع منه ما يستوجب مسؤوليته، فإنه بالمقابل أعطى لهذا الأخير حق طلب التعويض عن التعسف في استعمال حق الإدعاء عند ثبوت ذلك.

ج - تقادم دعوى مسؤولية المحافظ :

ينص الفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/6/4 في فقرته الأولى على أنه يجب رفع دعوى المسؤولية ضد المحافظ في أي وقت مادام يزاوُل عمله، أو في حالة الانقطاع، فلا بد من رفعها داخل أجل 10 سنوات من

(1) الفصلين 514 و515 ق. م. م.

تاريخ مغادرته للعمل، وفي حالة انصرام المدة المذكورة فإن المحافظ يتحلل من أي ضمان أو مسؤولية قد يواجه بها بعد ذلك.

وهذه المدة الخاصة للتقادم لا يمكن أن تكون محل انقطاع أو توقف باعتبار أن النص الخاص لا يجوز إخضاعه إلى المقتضيات القانونية العامة⁽¹⁾.

(1) الباتولي : ص 164.

p. 110 → p. 117

007599-Ar 117

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007599-
تاريخ 15/10/07
جريدة Ar

عدم تطبيق النص القانوني وآثاره

تحليق على قرار المجلس الأعلى عدد 166*

للاستاذ الطيب بن لمقدم
محام بهيئة الرباط الخميسات

صدر عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1990/6/13 تحت عدد 166 في
الملف الإداري رقم 89/10190 ورد فيه المبدأ التالي :

"إن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف هو الذي يبت في طلبات الطعون
الموجهة ضد قرارات تحديد أتعاب المحامي، وليس له قانوناً إمكانية تفويض هذا
الاختصاص لغيره".

فهذا القرار تقدر أهميته في تفسير بعض مقتضيات الفصل 123 من
قانون المحاماة حسب مبدئه المذكور أنفاً بقدر ما يكون قد أخطأ في تطبيق تفسير
الفصل على الوقائع، وخاصة ما يتعلق بعدم قبول الطعن بالنقض (I) وقد أدى
ذلك إلى آثار مهمة (II).

I - عدم تطبيق النص فيما يخص عدم قبول الطعن بالنقض :

يتص الفصل 123 من قانون المحاماة الصادر الأمر بتنفيذه بتاريخ
79/11/8 (قانون رقم 79/19)⁽¹⁾ على مايلي : "يستدعى المحامي والطرف
للحضور في مكتب الرئيس الأول داخل أجل ثمانية أيام.

* القرار منشور في هذه المجلة ص

(1) الجريدة الرسمية ع 3499 بتاريخ 1979/11/21.

يستمع الرئيس الأول إليهما في غرفة المشورة. ويمكن له أن يأمر بجمع إجراءات التحقيق التي يراها مفيدة، ويقدم الوكيل العام للملك مستنتجات مكتوبة.

يبت الرئيس الأول بمقتضى أمر تبلغه كتابة الضبط برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل. لا يقبل هذا الأمر أي طعن".

فإذا كان قرار المجلس الأعلى المذكور أعلاه آثار بصفة تلقائية وسيلة عدم النص على تفويض الاختصاص إلى غير الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف حسب مقتضيات الفصل 123 من قانون المحاماة، فقد كان الأولى به أن يثير بنفس الطريقة وسيلة عدم قبول الطعن بناء على نفس الفصل لتعلقها من جهة بالنظام العام ولأوليتها من جهة أخرى.

ذلك أن مسألة عدم القبول هذه هي التي يتعين على المجلس الأعلى قبل كل شيء بحثها والتصريح بشأن إقرارها، رغم كون استعمال لفظ "عدم القبول" في مادة الشكل هو استعمال رديء لما يحدثه من الالتباس مع عدم القبول في الوسائل وخاصة فيما يخص الوسائل الجديدة على حد تعبير الأستاذ أدولف ريبولط⁽¹⁾.

هذا وقد جاء النص في المادة 353 من قانون المسطرة المدنية على أن المجلس الأعلى يبت مالم يصدر نص صريح بخلاف ذلك في، وأن النص الصريح المقصود في تعليقنا هذا هو نص الفصل 123 من قانون المحاماة. وبهذا تكون الأولوية للبت في مسألة عدم القبول ذات أهمية لتعلقها باختصاص المجلس الأعلى وبالتالي لتعلقها بالنظام العام.

وفي هذا الإطار صدر قرار المجلس الأعلى بعد مدة تقترب من السنة على صدور القرار المعلق عليه، والذي ورد فيه مايلي : فيما يتعلق بالسبب

(1) المسطرة المدنية في شروح. تعريب ادريس ملين. منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية - مطبعة ومكتبة الأمنية، الرباط 1990 ص 239.

المثار تلقائيا من طرف المجلس الأعلى المتعلقة بالنظام العام، وبناء على الفقرة الأخيرة من الفصل 123 من القانون رقم 79/19 الذي تنظم بموجبه نقابات المحامين ومزاولة مهنة المحاماة والتي تنص على أن أمر السيد الرئيس الأول فيما يخص إحالة تقدير الأتعاب "لاتقبل أي طعن" وقرر "أن الفقرة الأخيرة المشار إليها أعلاه نصت بصفة صريحة على أن أمر الرئيس فيما يخص تحديد الأتعاب لايقبل أي طعن، وأن تعبير المشرع " بأن "المستغرقة للجلس يقصد به كل طعن كيفما كان نوعه سواء كان عاديا أو استثنافيا مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب" (1).

ومما يلاحظ على قرار المجلس الأعلى الأخير أنه من غريب الصدف أن تكون وقائعه هي نفس الوقائع تقريبا في القرار موضوع التعليق وخاصة فيما يخص صدور الأمر المطعون فيه بالنقض من طرف نائب للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، ومع ذلك لم يبت المجلس الأعلى في قراره الأخير في هذه المسألة واعتبر الأولوية لمسألة عدم القبول لتعلقها بالنظام العام.

واعتقد أن المسألة التي باعدت فيما بين القرارين وجعلتهما متناقضين هي اختلاف الغرف الصادر عنها القرار، فالقرار الأول موضوع التعليق صدر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، أما القرار الثاني فصادر عن الغرفة المدنية منه. وبالتأكيد فإن عدم التنسيق بين الغرف في هذا الإطار هو المبرر بدون شك لصدور مثل هذه القرارات المتناقضة.

وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى مقال السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى في "الذكرى الثلاثون لتأسيس المجلس الأعلى" حيث قال: "إن توحيد العمل القضائي على المستوى الوطني يشكل الدور الرئيسي للمجلس الأعلى وأن هذا الأخير لن يكون في مقدوره إنجاز هذا الدور سليما من كل إخلال إلا إذا وحد عمله القضائي هو نفسه. فإذا تباينت الآراء القضائية

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 375 بتاريخ 1991/2/6. مجلة الإشعاع عدد 5 ص 104.

وتضاربت التأويلات القانونية داخل المجلس وانعدام تناسق العمل بين غرفة وأقسامها فلن يكون ذلك إلا فشلا ذريعا لهذه المحكمة العليا إذ هو يؤدي حتما إلى الفوضى ويضع قضاة الموضوع في حيرة متعذرة الحل غير قابلة للتغلب عليها، كما يضع المحامين في مواقف يطبعها الاضطراب ويصبح النقض والرفض وعدم القبول وسقوط الحق رهين الصدفة والمخاطرة ومرتبطة بإحالة ملف الطعن على هذه الغرفة أو تلك وحتى هذا القسم أو ذاك⁽¹⁾.

فإذا كان من واجب قاضي المجلس أن لا يسبق القانون أو لا يقبل على التأويل أو أي عمل قضائي جديد إلا بكامل الحكمة والرؤية حتى لا يعتدى على القانون ويتجاوز مهامه أو يتأثر بأرائه الشخصية على حد تعبير السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى⁽²⁾، فإنه من الجدير بالملاحظة أيضا أنه إذا تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام، ومع ذلك لم يشره المجلس الأعلى من تلقاء نفسه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وتكون مخالفة القانون أكثر وضوحا إذا ما كان النزاع يحتوي على جميع الوقائع المطروحة بواسطة الخصوم والتي تحتوي على الدفع بعدم القبول، ومع ذلك لم يتمسك به الخصوم ولم يتم المجلس الأعلى بإثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه، مما يجيز الطعن في القرار الصادر عنه⁽³⁾. وإمكانية الطعن في القرار موضوع هذا التعليق هي من الآثار التي لا بد من التعرض إلى دراستها فيما يلي :

II- الآثار الناجمة عن عدم تطبيق النص القانوني :

بصدور قرار المجلس الأعلى موضوع هذا التعليق على حالته تلك التي نقض معها قرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء وأحال القضية على الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط ليبحث فيها من جديد طبقا للقانون، ترتبت آثار واقعية وأخرى قانونية مهمة .

(1) محمد العربي المجرود . مجلة القضاء والقانون ع 138 ص 22 .

(2) محمد العربي المجرود . مجلة القضاء والقانون ع 138 ص 24 .

(3) نبيل اسماعيل عمر . الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني . الجزء 101 من مرسوعة القضاء والفقه للدول العربية . الدار العربية للموسوعات . القاهرة 1982 ص 269 .

1 - الآثار الواقعية :

وتتجلى هذه الآثار الواقعية في اعتبار القرار المنقوض كأن لم يكن (أ).
 وصدور قرار الرئيس الأول بعد النقض مخالف تماما للقرار المنقوض (ب).
 أ - اعتبار القرار المنقوض كأن لم يكن : إذ أنه بصدور قرار المجلس الأعلى موضوع التعليق ونقضه لقرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط الذي كان قد أيد قرار السيد نقيب هيئة المحامين بالدار البيضاء بشأن تحديد الأتعاب، يكون قد أصبح معه ذلك القرار كأن لم يكن عدم كينونته هذه هي لمجرد عدم تطبيق نص صريح ليس إلا.

ب - صدور قرار بعد النقض مخالف للنقض المنقوض : ذلك أنه بعد أن أحال المجلس الأعلى القضية على السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط للبت فيها من جديد وخاصة في النقطة المنقوض من أجلها القرار، فإن السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أصدر قراره بتاريخ 92/5/25 تحت عدد 2526 في الملف المدني عدد 91/6909 الخاص بنزاعات المحامين، بصورة مغايرة تماما للقرار المنقوض (قرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء) والذي جاء فيه مايلي : "وحيث إنه من استقراء الفصل 53 من القانون المنظم لمهنة المحاماة يتجلى أن الاختصاص الموكل للسيد نقيب المحامين يتعلق بتقدير الأتعاب والصوائر والأداءات المستحقة للمحامي وليس المصادقة على الأتعاب المحددة والمتفق على مقدارها مسبقا بين المحامي وموكله.

وحيث إنه من الثابت فقها وقضاء أنه في حالة اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب والحالة هذه فإن السبيل المسطري الوحيد لتمكين المحامي كوكيل بأتعابه ومختلف الأداءات المستحقة له هو استصدار حكم قضائي من طرف القضاء العادي المختص وحده وظيفيا بما له من ولاية عامة في مثل هذه الدعوى كدعوى شخصية لتنفيذ الالتزام الموضوع على عاتق الموكل كطرف مدين وحيث لايسعنا أمام ما ذكرنا إلا أن نقرر إلغاء مقرر السيد نقيب هيئة المحامين

بالدار البيضاء المؤرخ في 10/4/1987 والتصريح بعد التصدي بعدم اختصاصه بالمصادقة على الأتعاب المحددة مسبقا بين المحامي وموكله" (1). مما سبق يتبين أن اعتبار القرار المنقوض كأن لم يكن مسألة أثر قانوني ناتج عن النقض بينما صدور قرار بعد النقض مخالف للقرار المنقوض رغم كونه سليما من الناحية القانونية إلا أن الأمر الواقع ذو تأثير سيء على القضية مسطرة وموضوعا، ذلك أن المسطرة التي أصبحت واجبة الإلتباع هي ماذهب إليه القرار الصادر بعد النقض من طرف السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط، أي إقامة الدعوى أمام القضاء العادي، وبمعنى آخر سلوك مسطرة الدعاوى العادية بجميع مميزاتها الزمانية والمكانية من طول المسطرة بشأن تحقيقها والحكم فيها وطرق الطعن فيها العادية وغير العادية إلى ما شاء الله لها من زمان. وهذا كله ناتج من عدم تطبيق نص صريح وواضح ... فهل من طريق آخر يختزل هذه المراحل الزمانية والمكانية؟

لعل هذه الطريق هي إمكانية الطعن في قرار المجلس الأعلى موضوع هذا التعليق وذلك كأثر من الآثار القانونية الناتجة عن عدم تطبيق النص القانوني.

1 - الآثار القانونية : إن اعتبار المجلس الأعلى في قراره موضوع التعليق الأولوية للاختصاص جعله يفوت فرصة إصلاح القرار المطعون فيه بالنقض (قرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء) على من له الصفة والأمر في ذلك (أ) وجعل الفرصة أيضا صعبة لإصلاح الخطأ في قرار المجلس الأعلى موضوع هذا التعليق (ب).

أ - تفويت فرصة إصلاح القرار المنقوض :

لقد نصت المادة 381 من قانون المسطرة المدنية على أنه : "إذا علم الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى أنه صدر حكم انتهائي على وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة ولم يتقدم أحد من الأطراف بطلب نقضه في الأجل المقرر فإنه يحيله على المجلس.

(1) قرار غير منشور.

إذا صدر عن المجلس حكم بالنقض فلا يمكن للأطراف الاستفادة منه ليتخلصوا من مقتضيات الحكم المنقوض. فبمقتضى هذه المادة يكون من حق الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى في حالة علمه بمخالفة القرار للقانون أو القواعد المسطرية، أن يحيله على المجلس الأعلى من أجل إمكانية نقضه.

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن الطعن بالنقض في قرار الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المتعلق بالأتعاب هو من القرارات الباتة أي التي لا تقبل أي طعن عاديًا كان أم استثنائيًا وبذلك فلو أن المجلس الأعلى أصدر قرارًا بعدم قبول الطعن بدل النقض حسب القرار موضوع هذا التعليق نكون - رغم ذلك - أمام الحالة المنصوص عليها في الفصل 381 من قانون المسطرة المدنية، وذلك لعدم إمكانية الطعن بالمرّة، وتبقى إذا إمكانية الطعن لصالح القانون والقانون وحده.

ومن الجائز أيضًا استعمال مقتضيات المادة 382 من قانون المسطرة المدنية لنفس الأسباب المشار إليها قبل قليل على أساس تجاوز القضاة لسلطاتهم. وقد نصت الفقرة الأولى منها على مايلي: "يمكن لوزير العدل أن يأمر الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى بأن يحيل على هذا المجلس بقصد إلغاء الأحكام التي قد يتجاوز فيها القضاة سلطاتهم".

ب - صعوبة إصلاح الخطأ في قرار النقض :

إن إصلاح الأخطاء المادية التي تلحق قرارات المجلس الأعلى ممكن وذلك حسب المسطرة المنصوص عليها في الفقرة "ب" من المادة 379 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه: "يمكن أن يطعن من أجل طلب تصحيح القرارات التي لحقها خطأ مادي من شأنه أن يكون قد أثر فيها".

غير أن إصلاح الأخطاء القانونية ذات الآثار المهمة لا نجد لها نصًا صريحًا اللهم إلا تحميل الفقرة المذكورة أنفاً مما لا تتحمل. وكما قال الأستاذ أدولف ريبولط في هذا الصدد: "إذا كان من طبيعة هذا الخطأ المادي أن يؤثر في

الحكم الصادر في القضية فإننا نسعى للحصول من المجلس الأعلى على تغيير قراره. وإذا كان الأمر يتعلق بحالة تصحيح بل بطلب حقيقي لإعادة النظر في القرار الذي ارتكز على خطأ القاضي لا على وسيلة ما لأحد الأطراف" (1).

وأعتقد أنه من الممكن تحميل المادة المذكورة ما لا تحتل في حالة خطأ في تطبيق القانون كما أنه من الممكن أيضاً حسب إرادة المشرع إمكانية تعديل الفقرة "ب" من المادة 379 من قانون المسطرة المدنية، وذلك بحذف كلمة "مادي" من سياق النص فيصبح كما يلي: "يمكن أن يطعن من أجل طلب تصحيح القرارات التي لحقها خطأ من شأنه أن يكون قد أثر فيها".

الخميسات 1992/07/05

(1) المسطرة المدنية في شروح. م. س. ص. : 263.

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

p. 118 → p. 129
007580 - Aⁿ

رقم 007580
تاريخ 15/10/07
جذبة

الاجتهاد القضائي في تفسير مفهوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية "في المخرب"

الأستاذ محمد محجوبي
قاض بالحكمة الإدارية بالرباط

سنحاول أن نشير في عجالة كمقدمة للموضوع إلى تطور فكرة الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية في فرنسا باعتبارها "ميتروبول" الاجتهاد القضائي ببلادنا، إن صح التعبير؛ ثم يعقب ذلك بحث لفكرة الخطأ التقصيري عن الأعمال الشخصية، مكتفين بما عثرنا عليه من أحكام في عهد الحماية؛ وأخيرا، يخصص مبحث لفكرة ماسمي بالخطأ المفترض.

ليكون العرض مقسما إلى مقدمة ومبحثين كما يلي :

مقدمة :

إن فكرة الخطأ - كأساس للمسؤولية التقصيرية - لم تكن معروفة لدى الإجتهدادين الفقهي والقضائي قبل صدور القانون المدني الفرنسي المعروف بمدونة نابليون، بل كانت فكرة الضرر هي المسيطرة لتضمحل تدريجيا لفائدة الفكرة الأولى، حتى أصبح الأمر في الآونة الأخيرة معكوسا، كما سيتضح ذلك من خلال العرض.

أ - فبصدور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، نص فصله 1382 على أن كل عمل أيا كان يلحق ضررا بالغير، يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه، وأضاف الفصل الموالي أن "كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره".

ب - وبعد صدور القانون المذكور، وبمرور الزمن، أصبحت الأخطار تتزايد والأضرار تتلاحق، بسبب التقدم المهول الذي أصاب الصناعة عامة، واختراع الآلات الميكانيكية الضخمة، وتعدد وسائل النقل بأنواعها المختلفة على وجه الخصوص، مما أدى برجال الفقه هناك إلى "محاولة الاحتيال" على نصوص القانون، قائلين بضرورة إثبات عيب في الآلات المتسببة في الضرر من طرف الضحايا، مشبهينها بالبناء، ثم عدلوا عن هذه الفكرة إلى وجوب مساءلة رب العمل بناء على المسؤولية العقدية عن سلامة العمال، لكن القضاء لم يتبن هذا الاتجاه.

وهكذا وجد الفقه الفرنسي ضالته في فكرة الخطأ المفترض، ليكون حارس الشيء مسؤولاً دوماً على أساس خطأ شخصي، كلما ثبت عدم اتخاذ التدابير اللازمة للحيلولة دون إضرار الشيء الذي تحت حراسته بالغير، وإلا فهو مهمل أو مقصر، وبالتالي فهو مخطيء، إلا أنه خطأ من نوع خاص، حيث إن عيبه إثباته لا يقع على المتضرر، بل إن هذا الأخير يكتفي بمجرد إثبات كون الضرر اللاحق به قد نشأ مباشرة عن ذلك الشيء، وعلى حارس هذا الأخير نفي الخطأ عنه، خلافاً للقاعدة العامة.

وبمجرد انتشار هذه الفكرة (فكرة الخطأ المفترض) اعتنقها القضاء الفرنسي بعد أخذ ورد، لتستقر ما بين 1896 إلى غاية 1930، ليقرر بعد ذلك إمكانية نفي الخطأ من جانب حارس الشيء، لكن شريطة إثباته أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي (حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المتضرر) إضافة إلى نفيه الخطأ المفترض في حقه باعتباره حارساً للشيء الخطير.

وإلى جانب هذا وذاك، ظهر في الفقه الفرنسي ما يسمى بنظرية تحمل التبعات المستحدثة أو "النظرية الموضوعية" التي مبناها الضرر لا خطأ، لأنه مادام الشخص ينتفع بالشيء (الآلة خاصة) فعليه أن يتحمل تبعته⁽¹⁾، أو ما أطلق عليه في الفقه الإسلامي قبل ذلك بقرون: "الغنم بالغرم"، لكن القضاء الفرنسي، على خلاف نظيره الجرماني مثلاً، لا زال متشبهاً بإرثه التاريخي المقدس لديه والمتمثل في فكرة الخطأ "بنوعيه"، إن صح التعبير.

فما هو موقع الاجتهاد القضائي في المغرب من هذا التطور ؟
ذلك ما سيتم الجواب عنه من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول

الخطأ التقصيري عن الأعمال الشخصية في الاجتهاد القضائي بالمغرب

من خلال مراجعتنا للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية بالمغرب إبان عهد الحماية (المحاكم العصرية) ، يمكن الإشارة ابتداء إلى وجود خلط بين مسؤولية حارس الشيء من جهة، حيث يكون عبء الإثبات ملقى على هذا الأخير طبقاً لنص الفصل 88 من ق ل ع، وبين المسؤولية عن الأعمال الشخصية المستمدة من الفصولين 77 و78 من نفس القانون، وبالتالي، فإن الخطأ التقصيري المولد للمسؤولية عن الأعمال الشخصية لم يبرز واضحاً ولا مستقلاً عن مثيله في المسؤولية الموضوعية عامة والمسؤولية عن فعل الأشياء خاصة.

وهكذا قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 5 نونبر 1924⁽²⁾ تحت عدد 347، بأن ضحية حريق ناتج عن فعل شيء مملوك للغير، بإمكانه أن يبني طلب تعويضه عن الأضرار المادية اللاحقة بأمواله (متجر) ضد مالك هذا الشيء، أو حارسه (متجر نشب فيه حريق وانتقل إلى باقي أجزاء العمارة) بناء على الخطأ الصادر عن الحارس طبقاً للفصولين 77 و78 من ق ل ع. لا على أساس الفصل 88 من ق ل ع، الشيء الذي يجب استبعاده، لأن المسؤولية عن فعل الأشياء التي يقرها هذا الفصل مؤسسة على افتراض خطأ الشخص الذي بيده حراسة تلك الأشياء، كما استبعدت المحكمة المذكورة تأسيس مسؤولية الحارس هذا على الفصل 89 من ق ل ع، "لأن هذا الأخير

(1) - انظر أطروحة الدكتور عبد الرحمن مصلح تحت عنوان: "الخطأ في المسؤولية التقصيرية الشخصية ص 64 وما بعدها، توجد نسخ عنها بخزانة كلية الحقوق بالرباط، وهي لم تطبع بعد.

(2) - انظر "مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط" المجلد الثالث سنة 1925 - 1926 ص 87 الفرنسية).

يشير فقط إلى حالات معينة بذاتها ليس من ضمنها الحريق"، هذا وقد ختمت هذه المحكمة قرارها بحيثية مفادها أن "سبب الحريق الذي نشب في البناء الذي كان معتمرا من قبل "سيدوتي" (Sidoti) بقي مجهولا" لديها.

وخلاصة وقائع النازلة أن حريقا قد امتد إلى متجر السيد بلان (BLANC) من متجر السيد سيدوتي (SIDOTI) الذي كان السبب في الإتيان على عمارة بكاملها من ضمنها متجرا هذين الأخيرين، فأقام الأول دعوى التعويض على المسؤول المدني سيدوتي (SIDOTI) طبقا للفصول 77 و78 و88 من ق ل ع، فاستجابت محكمة الدرجة الأولى إلى طلبه بناء على الفصل الأخير (88)، إلا أن محكمة الدرجة الثانية (استئناف الرباط) قضت بإلغاء الحكم المستأنف لسوء تطبيقه الفصل المذكور.

فما هي المحكمة التي أصابت في تعليل حكمها إذن ؟ أهى المحكمة الابتدائية أم محكمة الاستئناف ؟

نبادر إلى القول بأن محكمة الاستئناف قد كانت على صواب لما استبعدت تطبيق الفصل 89 من ق ل ع (وإن لم تشر في قرارها إلى إيرادها ضمن حيثيات الحكم الابتدائي)، ونكتفي باعتماد تعليلها المرمأ إليه أعلاه.

أما استبعادها نص الفصل 88 وتطبيقها الفصلين 77 و78 من نفس القانون فلا أساس له في نظرنا :

ذلك أن الفصلين الأخيرين يقتصر موضوعهما على المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وليس على فعل الأشياء (الذي خصص له فصل مستقل وهو الفصل 88)، خاصة أن سبب الحريق "بقي لديها مجهولا"⁽³⁾ وعليه، فإن الفصل الأول المعتمد من قبل الحكم المطعون فيه يبقى هو المطبق على النازلة المذكورة، على أساس فقرته الأولى على وجه الخصوص، وبالتالي فإن كان على المسؤول المدني "سيدوتي" (SIDOTI) أن يثبت أنه قام بالاحتياطات اللازمة لمنع نشوب الحريق

(3) - أما نص الحيثية الأخيرة لمحكمة الاستئناف بالرباط فهي كالتالي : "Attendu, en définitive, que l'incendie qui a éclaté dans l'immeuble occupé par SIDOTI, est dû a une cause réstée inconnue".

في متجره، الذي كان يحتوي على مواد قابلة للاشتعال في أي وقت (حيث لا توجد بالقرار المذكور أي إشارة إلى توفر هذا الأخير على وسائل إطفاء النار). وفي قرار آخر صدر عن نفس المحكمة بتاريخ 25/12/23 تحت عدد 423، وفي نازلة مماثلة (4) قررت وجوب تطبيق الفصلين 77 و78 من ق ل ع، حيث نشب حريق في شقة وانتشر في بقية الشقق الموجودة بالعمارة، مستعبدة أيضا تطبيق الفصل 88 من ق ل ع (5) المعتمد من قبل الحكم المستأنف.

وبعد مرور حوالي شهر واحد ليس إلا، عادت المحكمة المذكورة إلى الصواب، مقررته بتاريخ 1926/1/9 أن "مالك جرار (شيء) به عيب بالإمكان توقع نتائجه، إضافة إلى مسؤوليته طبقا للفصل 88 من ق ل ع، (عندما يشتعل حريق في الشيء المملوك له ويمتد إلى محصولات الغير) يمكن، فوق ذلك، متابعتة عن خطئه الشخصي طبقا للفصل 78 من نفس القانون، عندما لا يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقوع الحادث وبالتالي إلحاق الضرر بملك الغير" (6)، مع ملاحظة أنه مادام قد تم اعتماد الفصل 88 من طرف المحكمة فلا داعي للبحث في مقتضيات الفصل 78 من ق ل ع، لأن الأول يغني عن الثاني، مادام الخاص يقدم على العام.

وخلاصة القول أن محكمة الاستئناف بالرباط قد دأبت على استبعاد تطبيق الفصل 88 المذكور، ربما لكون المسؤولية عن فعل الأشياء التي غدت في فرنسا مقررته على الأشياء المنقولة والعقارية على حد سواء، كما هو الحال في المغرب في الوقت الحاضر، لم يحسم في أمرها عندئذ بالمغرب، وهذا ما يجد سنده في قرارها عدد 2781 بتاريخ 1945/12/18 الذي جاء فيه أن "المالك

(4) - نفس المرجع ص 268.

(5) - أنظر قرارا مماثلا صدر عن نفس المحكمة بتاريخ 1925/5/13 تحت عدد 4626 منشور ب "قرارات محكمة الاستئناف بالرباط" تعريب المرجح الأستاذ محمد العربي المجبر، طبعة 1982 ص 465، وخلاصة أنه لايجوز لمن يستعمل لصالحه الخاص الشيء الجامد الذي يملكه الغير أن يقيم دعوى ضد مالك هذا الشيء على أساس افتراض المسؤولية المقررة في الفصل 88 (1384 م القانون المدني الفرنسي).

(6) - المرجع نفسه قرار عدد 441 ص 324.

الذي هلك في عقاره" "أندر" (7) من الحبوب بالنار التي انتشرت إلى معدات الدارس، يعد مسؤولاً عن الحريق الذي نتج عن عدم تبصر عماله ومأموريه طبقاً للفصلين 78 و85 دون أن يكون هناك داع للبحث عما إذا كان افتراض المسؤولية المنصوص عليه في الفصل 88 (كما حرر سنة 1913) يطبق أم لا على العقارات، خاصة وأن أندر الحبوب الموضوعة أثناء الحصاد هي مسألة لم تجد حلاً لها بعد، للقول بأن أشياء منقولة أو عقارات بالتخصيص، إذ ليس هناك داع إلى تفسير معنى مدى الفصل 88، الشيء الذي لا يطابق تماماً الفصل 1384 من القانون المدني الفرنسي الذي غير بمقتضى قانون 1922/11/17، والذي لا يطبق في المغرب... فإن المسؤولية التي تثقل كاهل الشركة الفلاحية تظل مسؤولية تقصيرية، لأنها تنتج عن خطأ أكثر منه عن افتراض خطأ (8).

وهنا نتساءل عن المقصود بالمسؤولية التقصيرية؟ أهي تلك المقررة بمقتضى الفصل 78 فقط، أما أن الأمر يتعدى ذلك إلى الفصل 88 من ق ل ع؟ مع العلم بأن الفصل الأول يضع القاعدة العامة والثاني يكون الأصل، وغيره (من المواد المقررة في باب المسؤولية التقصيرية عامة والمادة 88 خاصة) يشكل تطبيقاً للقاعدة المذكورة، وبالتالي يكون الفرع.

وبالرجوع إلى اجتهاد قضائي صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1984/3/6 تحت عدد 807 (9)، نال تنويه بعض الباحثين الفرنسيين أنفسهم (10)، وفي نازلة مماثلة، طبقت المحكمة المذكورة الفصل 100 من قانون ل ع على حارسي الأشياء باعتبارهم مسؤولين بالتضامن عن الأضرار

(7) - أندر جمع نادر : وهو مكان جمع الحبوب والقطناني لأجل تبيسها ثم درسها .

(8) - انظر المرجح ذ. العربي المجرود في المرجع السابق ص 577 ومابعده

(9) - منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 17 السنة 1988 ص 129 ومابعدها .

(10) - خاصة الأستاذة المحاضرة فرانسواز مرنيجي في تعليقها على القرار المذكور، بنفس المرجع السابق ص 132 ومابعدها .

التي تسببت فيها تلك الأشياء للغير ... بناء على الفصل 88 من ق ل ع⁽¹¹⁾، مع أن الأمر لا يحتاج إلى تنويه مادام مجرد تحصيل لحاصل، ولا يتطلب الانتظار أكثر من سبعين سنة على صدور ق ل ع.

المبحث الثاني

فكرة الخطأ المفترض

في الاجتهاد القضائي بالمغرب

سيتم في هذا المبحث الاقتصار على بعض الأمثلة التطبيقية للاجتهاد القضائي في المغرب (أثناء وبعد الحماية) من أجل الوقوف على وجهة نظر هذا القضاء من الموضوع، وذلك من خلال نموذجين "للخطأ المفترض" في كل من المسؤولية عن فعل الأشياء والمسؤولية عن فعل الحيوان.

أولاً : الخطأ المفترض في المسؤولية عن فعل الأشياء

أ - قبل تأسيس المجلس الأعلى :

لقد كان القضاء في المغرب - في هذه المرحلة - لا يقيم وزناً للتمييز بين كل من الخطأ الجنائي والخطأ المدني، وبالتالي فإذا قضت المحكمة الجنحية (في الجرائم غير العمدية) ببراءة متهم جنائياً، فلا داعي لمقاضاته مدنياً عن طريق دعوى المسؤولية التصيرية المؤسسة على م 88 من ق ل ع، بمعنى أن براءة المتهم في حد ذاتها تعتبر كافية للقول بأن هذا الأخير قد فعل "كل ما كان ضرورياً

(11) - وتتلخص النازلة في كون النار قد اشتعلت في متجر يحترق على قنينات للغاز، وانتشرت في المنزل المجاور لتأتي على آخره مخلقة عدة ضحايا، فأقام هؤلاء دعوى التعريض بناء على م 88، على أساس حراسة الأشياء الراجعة إلى الشركات المرزعة لتلك القنينات، خاصة وأن القنينة التي انفجرت بقيت غير معروفة.

لتفادي الضرر"، لأن تحقيقات القاضي الجنائي النهائية التي أثبتت أن الضرر مصدره سبب أجنبي لا يعزى للحارس، تعفي من القرينة القانونية للمسؤولية المقررة بمقتضى الفصل 88 من ق ل ع" (12).

ب - بعد تأسيس المجلس الأعلى :

أما بعد تأسيس المجلس الأعلى، فقد استقر القضاء في المغرب على القول بأن "البراءة لا تعفي حاسر الشيء من المسؤولية طبقا للمادة 88 من ق ل ع، وبالتالي فإن محاكم الموضوع "تكون قد طبقت م 88 تطبيقا خاطئا بقولها أن الحكم بالبراءة يثبت أن السائق عمل كل ما في استطاعته لتجنب الضرر" (13).

كما قرر المجلس الأعلى في نفس الاتجاه، بأن الفصل 1362 من ق ل ع لطنجة (مطابق للمادة 88 من ق ل ع) يسمح بالتمسك بمسؤولية حارس شيء، حتى ولو كان مبرءا جنائيا، وفي حالة ما إذا لم يلاحظ القضاء المدني أنه قام بكل ما عليه من احتياطات لتفادي الضرر يسأل، لأن البراءة تبين فقط أن المتبوع لم يرتكب أي خطأ (14).

وفي قرار حديث لنفس المجلس (1982) أفيد بأن : "محكمة الاستئناف لم تركز حكمها على أساس قانوني، ولم تعلق ماصرحت به من توفر شروط الإعفاء المنصوص عليها في ف 88. عندما ارتكزت على حكم بالبراءة للقول

(12) - انظر قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1955/3/18 وكذلك قرارها المؤرخ في 58/7/11 منشوران ب "مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط" عدد 151 - 152 ص 476، ومشار إليهما في مقال لأستاذنا الدكتور أحمد الخليلي تحت عنوان "دفع المسؤولية عن الأشياء في ظل م 88 من ق ل ع" بفعل ماهر ضروري لتفادي الضرر "بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد 2. ص 9 وما بعدها.

(13) - قرار صادر عن الغرفة بالمجلس الأعلى بتاريخ 70/5/13 تحت عدد 239، منشور بمجلة ق م أ عدد 20 ص 10 وما بعدها، ومشار إليه في المرجع في اجتهادات المجلس الأعلى للأستاذ إبراهيم زعيم ص 280.

(14) - قرار مدني عدد 169 بتاريخ 1969/4/12 منشور بمجلة ق م أ عدد 10 ص 29.

بأن المسؤول عن حادث سير فعل كل مافي استطاعته لتجنب الضرر، في حين أن الحكم بالبراءة يثبت فقط انعدام الخطأ⁽¹⁵⁾، وعلى هذا تواترت قرارات المجلس الأعلى، المنشورة على الأقل لحد الآن⁽¹⁶⁾.

ثانيا : الخطأ المفترض في المسؤولية عن فعل الحيوان :

في قرار فريد لمحكمة الاستئناف بالرباط، قررت هذه الأخيرة بأن "المسؤولية المدنية لحارس الحيوان بمعنى الفصل 86 لكلمة "حارس" تطبق بكيفية واسعة، حتى في حالة انعدام أي خطأ أو تفريط"⁽¹⁷⁾.

المناقشة

إن السؤال الذي يطرح نفسه بالباح على أي باحث في الاجتهاد القضائي في المغرب، سواء أثناء فترة الحماية أو بعدها، وخاصة عند تقصيه البحث عما سمي بالخطأ المفترض، هو : ما المقصود بهذا الخطأ وما مداه وحدوده ؟ وعند تصفحه كل مانشر من أحكام لهذا القضاء فإنه يفقد ضالته ومبتغاه.

فإذا قيل بأن البراءة تعني المتهم من المسؤولية التقصيرية، فإنك تجد دائما عبارة تلاحقك بعد ذلك، ألا وهي فعل "كل ما كان ضروريا لتفادي الضرر"، لتنتهي عند هذا الحد دون سواه، مع العلم أن القانون الجنائي مؤسس على مبادئ من بينها مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

ومن المبادئ الأساسية في القانون المدني أن كل عمل ألحق ضررا بالغير يكون موجبا للتعويض، مادام خارجا عن دائر القانون المنظم لعلاقات الأفراد داخل مجتمع ما، سواء كان مصدر هذا القانون تشريعا أو عرفا أو مبادئ

(15) - قرار مدني عدد 152 بتاريخ 1970/3/11 م مجلة ق م أ عدد 16 ص 44 وما بعدها.

(16) - انظر مثلا القرار المدني عدد 747 بتاريخ 1982/12/1 بنفس المرجع عدد 32 ص 12 وما بعدها، وكذلك القرار المدني عدد 232 بتاريخ 1968/5/15 بنفس المرجع عدد 14 ص 4 وما بعدها.

(17) - القرار عدد 2811 بتاريخ 1946/2/14 منشور ب "قرار محكمة الاستئناف بالرباط" تعريب المرحوم محمد العربي المجيرد، مرجع سابق ص 558 وما بعدها.

العدالة والإنصاف، أي : أن الشخص يسأل عن فعله المشين (الخاطئ) في نظر المجتمع طبقاً لما عبر عنه بوضوح الفصل 78 من ق ل ع عن تعريفه الخطأ.

لذلك، ربما فقد انتبه القضاء المغربي إلى هذه المسألة، فأباح بعد تأسيس المجلس الأعلى إمكانية طلب الضحية تعويضه عن الأضرار اللاحقة به من جراء جريمة، سواء أمام القضاء الجنائي - بناء على الحكم بالإدانة - عن طريق الدعوى المدنية التابعة، أو أمام القضاء المدني على أساس المسؤولية التصيرية، بغض النظر عن وسائل الإثبات وعن كيفية هذا الإثبات ...

إلا أن ما يعاب على بعض قضائنا اليوم، هو عدم كفاية تعليل الأحكام، وإلا فما معنى "عمل كل مافي الاستطاعة لتجنب الضرر"، وما معنى "فعل ما كان ضروريا لتجنب الضرر"؟ وما معنى كون الحارس "لم يثبت عدم إمكانية القيام بعملية إنقاذ أخرى"؟ وما معنى "اتخاذ الاحتياطات الضرورية التي أملاها الموقف"؟ وما معنى "القيام بعمل إيجابي أو إتخاذ احتياطات تفرضها الظروف لتجنب الحادث"؟ (18) .

لقد كفانا المشرع المغربي إضافة عند تعريفه الخطأ في مجال المسؤولية التصيرية في الفصل 78 الذي سبقت الإشارة إليه.

فأين يكمن إذن ذلك الإبهام وعدم الدقة في التعبير من طرف القضاء المغربي ؟

يمكن القول بكل بساطة، أن ذلك " إنما يكمن في التقليد والنقل الأمين لكل ما يجري به العمل في القضاء الفرنسي المتعصب لفكرة الخطأ ...

فهكذا أشار بالحرف، القائمون على تحرير "المجلة المغربية للتشريع والقضاء" التي كانت تصدر في المغرب أثناء الحماية في أحد أعدادها (وكلهم فرنسيون) إلى أن "محاكم الموضوع الفرنسية كانت تطبق مقتضيات الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي، فيما يتعلق بالحوادث الناتجة عن القطار أو

ما يماثله من الآلات الخطرة ... ونظرا لكون كثير من الضحايا لم يكونوا يستطيعون إثبات خطأ المتسبب في الضرر، فإن محكمة النقض قررت مانقله المشرع المغربي في الفصل 88 من ق ل ع، وذلك لأول مرة بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 20 غشت 1878، هذا القرار الذي جاء "بفضل الدراسة القانونية وفكرة العدالة والإنصاف التي نادى بها السيد الرئيس الأول "لرومبيير" في مؤلفه "الالتزامات" (19).

وهكذا تبنى الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسي موقف محكمة النقض (20) وأضاف هؤلاء قائلون بأن: "الخطأ المنسوب إلى حارس الشيء الجامد يكمن بالنسبة إليه في كونه لم يأخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب ما ينتج عن هذا الشيء من أضرار، وإلا فكان عليه عدم استعمال هذا الشيء...".

"وبناء أيضا على سبب هذا الافتراض للخطأ، فهو لا يمكن أن يؤثر على مالك الشيء إلا إذا كانت له الحراسة الفعلية، أو إذا كانت هذه الحراسة موكلة من طرفه إلى شخص آخر (21) (22).

فكيف يمكن أن تؤسس مسؤولية حارس الشيء على "فعل ما كان ضروريا لتفادي وقوع الضرر" مع قلب عبء الإثبات طبقا لما تم نقله في الفصل 88 من

(18) - القرار عدد 207 بتاريخ 1971/6/23 المنشور ب"مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ص 75 ومابعدها، وراجع القرار عدد 390 بتاريخ 1972/4/5 بمجلة القضاء والقانون عدد 122 ص 46 وكذلك القرار 414 بتاريخ 1972/4/12 بنفس المرجع ص 49، وكذلك القرار 492 بتاريخ 1975/11/12 المنشور بمجلة رابطة القضاة عدد 6 - 7 في السلسلة الجديدة ص 103.

(19) - الجزء السابع ص 665 ومابعدها، وهو مانادى به من بعده الفقيه "سردا" في مؤلفه "المسؤولية" ج 2 فقرة 1453، وتبعه "ريكامبي" في مؤلفه أبحاث حول المسؤولية عن فعل الغير ص 177 ومابعدها.

(20) - وذلك بعد تردد القضاء في الأخذ بالفكرة المذكورة، أنظر كولان وكبيتان في دروس في القانون المدني الفرنسي ط 5 ج 2 ص 402 ومابعدها.

(21) - أنظر بلاتيرول في مؤلفه "القانون المدني" ط 5 ج 2 ص 931 ومابعدها.

(22) - المجلة المغربية للتشريع والقضاء، السنة 24، العدد 145 شتنبر 1936 ص 112 إلى 144 (بالفرنسية).

ق ل ع، ثم القول في نفس الوقت بافتراض الخطأ في حقه ؟ ذلك الخطأ الذي قد توفرت شروط نفيه في إحدى النوازل المعروضة على أنظار القضاء مرة واحدة على مانعهم، وذلك بمقتضى القرار المدني الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1969/5/4 تحت عدد 256 (23)، إلا أنه مع ذلك عاد المجلس الأعلى إلى التشبث بفكرة الخطأ المفترض في حق حارس الشيء الذي أصبح يشكل لديه قرينة تكاد تكون غير قابلة لإثبات العكس في أغلب الحالات ... وبمقتضى ذلك أنه بالإمكان القول بأن فكرة الخطأ المفترض هاته ماهي إلا تطبيق لفكرة "تحمل التبعة" أو ما يعرف في القضاء الإداري "بتحمل المخاطر" رغم اختلاف الوسيلة، مادامت النتيجة واحدة في كلتا الحالتين، وإلا فكيف يسأل حارس الشيء بناء على الخطأ المفترض في حقه رغم كونه كان يسير في أقصى اليمين بسيارته وبسرعة لاتتعدى 15 كلم/س، إضافة إلى خطأ المتضرر، فهل أن شرطي الخطأ المفترض هذا لا ينتفي عن حارس الشيء والحالة هذه ؟

وخلاصة القول : أن الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يتخذ أكثر من شكل واحدا، كما هو منصوص عليه في الفصل 78 من ق ل ع، وأن ما أطلق عليه "الخطأ المفترض" الذي يجب نفيه من قبل المتسبب في الضرر" خلافا للقواعد العامة في الإثبات أمام القضاء، لا يعتبر مع ذلك خطأ من نوع خاص.

(23) - منشور بمجلة ق م أ عدد 11 ص 28 وما بعدها.

كناش التعريف والحالة المدنية وقوته الإثباتية في القانون المغربي

الأستاذ عبد اللطيف تجاني
قاض بالمحكمة الابتدائية بالرباط

من المعلوم أن المغرب لم يعرف نظام الحالة المدنية إلا بعد دخول الحماية الفرنسية، ففي 4 شتنبر 1915 صدر ظهير شريف بإحداث الحالة المدنية في المنطقة الفرنسية بالمملكة المغربية لتجري على كافة الفرنسيين والأجانب.

وفي 8 مارس 1950 صدر ظهير شريف بتمديد نظام الحالة المدنية المؤسس بموجب ظهير 4 شتنبر 1915 على المغاربة، وقد أحدث الظهير الأخير (8 مارس 1950) كناشا للتعريف والحالة المدنية، فما هي قيمته القانونية أو بعبارة أخرى ما هي قوته الإثباتية في التشريع المغربي؟ قبل التطرق لذلك نرى أنه من الضروري بادئ ذي بدء التعرض لتعريف هذا الكناش والجهة المختصة بتسليمه والأشخاص الذين يحق لهم تسلمه، لذلك سنقسم هذا البحث إلى فصلين نخصص الأول لكناش التعريف والحالة المدنية، ونعرض في الثاني لقوته الإثباتية.

الفصل الأول : كناش التعريف والحالة المدنية

نتناول في هذا الفصل تعريف هذا الكناش والجهة المختصة بتسليمه والأشخاص الذين يتم تسليمه لهم، على أنه ينبغي قبل ذلك إعطاء لمحة تاريخية عنه، لذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : لمحة تاريخية

المبحث الثاني : تعريف الكناش والجهة المختصة بتسليمه.

المبحث الثالث : الأشخاص الذين يحق لهم تسلم الكناش.

المبحث الأول

لمحة تاريخية

المملكة المغربية

المركز الوطني للتوثيق

مصلحة الطباعة والاستنساخ

تاريخ

رقم 007587

Ar

جريدة

أشرنا قبل قليل إلى أن كناش التعريف والحالة المدنية لم يتم إحداثه إلا بعد صدور ظهير 8 مارس 1950، غير أن ذلك لا يفيد أن ظهير 1915/9/4 أفضل إنشاء كناش يمسه رب العائلة وتسجل به وقائع الحالة المدنية، بل قد نص على مثل هذا الكناش وأطلق عليه اسم "كناش العائلة" وهكذا جاء في الفصل 40 من الظهير المذكور في نصه الأصلي ما يلي :

"يذكر إتمام عقد النكاح بطرة رسم ولادة الزوجين ويسلم المكلف بإدارة الحالة المدنية الحالة المدنية مجاناً إلى الزوجين كناشاً صغيراً يعرف بكناش العائلة ويصدر قرار من وزيرنا الصدر الأعظم يبين فيه صورة هذه الكناش وطريقة استعمالها".

وقد تم تغيير هذا الفصل بموجب الظهير الشريف الصادر في 1931/9/2 فأصبح مايلي:

"يذكر عقد النكاح بطرة ولادة الزوجين ويسلم لضباط الحالة المدنية مجاناً إلى الزوجين كناشاً صغيراً يعرف بكناش العائلة.

ولا يمكن طبع كناش العائلة ولا بيعها إلا برخصة من الكاتب العام للحماية.

وينبغي بيع الكناش المذكورة لضباط الحالة المدنية وحدهم دون غيرهم بعد أن يطلبوا ذلك كتابة وكل مخالفة للفقرات السابقة يقع زجرها بدعيرة تتراوح بين 16 فرنكا و 1000 فرنك، وإذا تكررت المخالفة في خلال الإثني عشر شهراً الموالية للحكم الأول النهائي فيقع زجرها بدعيرة تتراوح

بين 50 و3000 فرنك، وأما الكنايش التي يقع طبعها البيع أو مسكها بقصد للبيع بدون الرخصة المشار إليها فيقع حجزها بقصد تمزيقها وتحجز وتمزق أيضا الكنايش المطبوعة بطريقة غير قانونية التي بيد أفراد الناس ما لم تكن هذه الكنايش مسلمة لهم بطريقة قانونية من أحد ضباط الحالة المدنية المغربية".

فبمقتضى هذا الفصل كان كناش العائلة يسلم وجوبا للزوجين اللذين أبرما عقد الزواج لدى ضابط الحالة المدنية مهما كانت جنسيتهما، ولا يسلم إلا لمن أبرم عقد زواجه وفق مقتضيات ظهير 1915/9/4⁽¹⁾.

وكان بعض المغاربة الذين يتزوجون بالفرنسيات أو الأجنيات بموجب عقود زواج مدنية، يتوفرون على كناش العائلة⁽²⁾.

ويصدر ظهير 8 مارس 1950 تم إنشاء "كناش التعريف والحالة المدنية" فجاء في الفصل الخامس في نصه الأصلي ما يلي :

"تؤسس لرعايانا كنايش تسمى كنايش التعريف والحالة المدنية معفاة من واجب التمبير تكون محررة باللغة العربية مع ترجمتها إلى اللغة الفرنسية، ويوقع عليها ضابط الحالة المدنية.

وستبين بتدقيق في قرار وزيرى الشروط التي ستحرر وستوزع بمقتضاها تلك الكنايش".

وقد تم تغيير وتتميم هذا الفصل بالظهير الشريف الصادر في 12 شتنبر 1963 فأصبح نصه كما يلي .

"يؤسس لرعايانا كناش التعريف والحالة المدنية يحرر باللغة العربية مع كتابة اسم صاحبه العائلي والشخصي بالحروف اللاتينية، ويوقع عليه ضابط الحالة المدنية.

(1) راجع ساين فيليزولا : تنظيم الحالة المدنية بالمغرب أطروحة لنيل الدكتوراة سنة 1955. ص 114 (بالفرنسية).

(2) راجع بول دكرو في مقاله : الحالة المدنية والمغاربة منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 1134 بتاريخ 15 غشت 1953 ص 143.

وستبين بتدقيق في قرار وزيري الشروط التي ستحرر وستوزع بمقتضاها تلك الكنائش"

فالمشروع المغربي بعد أن كان ينص في سنة 1950 على أن كناش التعريف والحالة المدنية يحرق باللغة العربية مع ترجمته إلى اللغة الفرنسية، أصبح في سنة 1963 يتكلم فقط على كتابة الإسم العائلي والشخصي بالحروف اللاتينية، ولا شك أن هناك فروقا جوهرية بين النص الأصلي والنص الحالي للفصل الخامس نلخصها فيما يلي:

1 - ترجمة الإسم العائلي أو الشخصي يؤدي إلى تغييره وعدم المطابقة في النطق، فمثلا يحيى تترجم بJean أو يونس بJonas† أو الأسد بLe lion. أما كتابة الاسم بالأحرف اللاتينية فلا يترتب عليه تغيير الإسم أو عدم المطابقة في النطق إلا في حالات قليلة لانعدام حرف يطابق الحرف العربي كالضاد والعين والحاء.

2 - كان النص القديم يحيل على اللغة الفرنسية (في الترجمة)، أما النص الحالي فينص على كتابة الإسم العائلي والشخصي بالأحرف اللاتينية، فالحروف اللاتينية تشمل عدة لغات: انجليزية، فرنسية، اسبانية، ايطالية، وغير ذلك ولا يخلو تطبيق هذا النص من صعوبة لاختلاف نطق الأحرف اللاتينية من لغة لأخرى.

3 - بعد أن كان النص الأصلي يشمل ترجمة كافة بيانات كناش التعريف والحالة المدنية، أصبح يقتصر في النص الحالي على كتابة الإسم العائلي والشخصي بالأحرف اللاتينية.

وتطبيقا للفقرة الثانية من الفصل الخامس المشار إليه أعلاه، صدر قرار وزاري بتاريخ 1950/4/3 يحدد البيانات الواجب تضمينها في الكناش فجاء في فصله الثاني :

"كل شخص ممن أشير إليه في الفصل الأول⁽³⁾ أعلاه يجب عليه أن يطلب في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ إجراء العمل بهذا القرار كناش التعريف والحالة المدنية المؤسس بموجب الظهير الشريف المؤرخ بثمان عشر جمادى الأولى 1369 الموافق 8 مارس 1950 كما أنه يجب على كل شخص ممن يستفيد من الإعانة المذكورة أن يطلب الكناش المشار إليه في ظرف أجل قدره ثلاثة أشهر ويوجه الطلب الملتمس به تسليم الكناش المتحدث عنه إلى الباشا أو القائد التابع إليه مسكن الطالب، ومن الواجب على الباشا أو القائد أن يعطي عنه توصيلا، ويكون كناش التعريف والحالة المدنية محررا باللغة العربية مترجما إلى اللغة الفرنسية ويسلم مجانا للراغب فيه وينبغي أن يبين في الكناش المذكور لقب المنتفع بالإعانة المذكورة ولقب أبيه واسم عائلته ومهنته ومحل سكنه وتاريخ ولادته ومسقط رأسه وكذلك مهنة كل واحد من أولاده وأمههم ومسكنهم وتاريخ ولادتهم ومساقط رؤوسهم والكل بقدر ما يمكن العلم به ولا يجوز أن يسلم إلى الشخص الواحد سوى كناش واحد ولا يمكن طبع الكناش المشار إليه إلا على المثال الملحق بهذا القرار وبعد إذن يسلم بقرار وزيرى، وتطبق أيضا مقتضيات هذا الفصل على الرعايا المغاربة الذين ربما قد يستفيدون من الكناش العائلي".

وبموجب المرسوم رقم 297-63-2 الصادر في 1963/12/4 أصبح المقطع الرابع للفصل الثاني من القرار الوزيري المذكور كما يلي :

"إن كناش الحالة المدنية المحرر باللغة العربية مع كتابة اسم صاحبه العائلي بحروف لاتينية يسلم مجانا".

(3) ينص الفصل الأول علي وجوب الخضوع لنظام الحالة المدنية إذا كان يستحق عن المواليد والوفيات إعانة عائلية قانونية أو يترتب عنها سقوط الحق فيها.

المبحث الثاني

تعريف كناش التعريف والحالة المدنية والجهة المختصة بتسليمه

المطلب الأول

تعريف كناش التعريف والحالة المدنية

عرف القانون التونسي الدفتر العائلي بقوله "الدفتر العائلي هو عبارة عن كناش ذي شكل موحد حسب المثال المصاحب تسجل به جميع الارشادات المتعلقة بالحالة المدنية وكل التغييرات التي تطرأ على حياة أفراد الأسرة.

وهو يحتوي على :

- مضمون عقد الزواج

- مضمونين من رسمي ولادة الزوجين.

- مضامين من رسوم أولاد الصلب والأولاد المتبنين.

- مضامين من رسوم وفاة الأولاد المتوفين قبل زواجهم.

- مضمون من رسم وفاة كل من الزوجين.

كما تضمن بالدفتر كل الملاحظات والتنصيصات التي جاءت برسوم الحالة المدنية حسبما يقتضيه القانون أو بموجب أحكام عدلية⁽⁴⁾.

أما المشرع المغربي فلم يعرض لتعريف الكناش، ويمكن تعريفه بأنه دفتر عائلي يتضمن هوية صاحبه (رب العائلة) وماله من أبناء.

(4) راجع الفصل الثاني من قانون عدد 28 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/6/30.

فحامل هذا الكناش يستطيع إثبات هويته وماله من أبناء وسنهم وتسجيل وفاتهم، فلا تسجل بهذا الكناش نسخة عقد الزواج ولا نسخة رسم ولادة الزوجة كما في القانون التونسي والقانون الفرنسي.

المطلب الثاني

الجهة المختصة بتسليم كناش التعريف والحالة المدنية.

كان الباشا أو القائد هو الجهة الادارية المختصة بتسليم كناش التعريف والحالة المدنية بصفته ضابطا للحالة المدنية. إلا أنه بموجب ظهير 1976/9/30 المتعلق بالتنظيم الجماعي⁽⁵⁾، أصبح رئيس الجماعة هو ضابط الحالة المدنية وبالتالي هو المختص بتسليم الكناش المذكور باستثناء الجماعة الحضرية للرباط حسان، فعامل عمالة الرباط هو ضابط الحالة المدنية⁽⁶⁾، والجماعة الحضرية لمشوار الدار البيضاء التي يقوم بمهامها في ميدان الحالة المدنية باشا الجماعة المذكورة⁽⁷⁾.

وبالنسبة للمغاربة القاطنين بالخارج، فيتسلمون بدورهم كناش التعريف والحالة المدنية، فقد نص الفصل الأول من مرسوم 29 يناير 1970 بتطبيق الظهير الشريف الصادر في 1969/10/20 المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج على ما يلي :

"يحرر الأعوان الدبلوماسيون والقناصل طبقا للقوانين والأنظمة المغربية المعمول بها عقود الحالة المدنية المتعلقة بالرعايا المغاربة ما لم يتعارض ذلك وقوانين وأنظمة الدولة المقام بها.

ويسلمون إلى المعنيين بالأمر كناش التعريف والحالة المدنية المحدث بالظهير الشريف المؤرخ في 18 جمادى الأولى 1369 (8 مارس 1950).

(5) راجع الفصل 44 من الظهير.

(6) راجع الفصل 67 من الظهير.

(7) راجع الفصل 67 مكرر من الظهير.



ويضمنون كذلك طبق نفس الشروط في سجلات الحالة المدنية المودعة بالمركز عقود ازدياد ووفاة المغاربة المتوصل بها في صيغتها المحلية".

وقد عرف تطبيق هذا الفصل عدة عراقيل، ذلك أن الأعوان الدبلوماسيين والقناصل كانوا يحيلون طلبات الحصول على كناش التعريف والحالة المدنية على ضباط الحالة المدنية لمسقط رأس المعنيين بالأمر بمختلف أقاليم المملكة، وتفاديا لهذا قامت وزارتا الداخلية والخارجية بإصدار منشور مشترك في 25 مايو 1977 أثارنا فيه انتباه ضباط الحالة المدنية بالخارج إلى اختصاصاتهم في مجال الحالة المدنية حيث ألح على ضرورة تقديم طلبات هذه الكناش إلى القنصل أو العون الدبلوماسي التي تقع سكنى الطالب في دائرة نفوذه والذي يكون عليه تسليم الكناش المطلوب في عين المكان.

ورغم المنشور المشترك المذكور، فقد ظلت الطلبات تبعث على يد وزارة الخارجية إلى ضباط الحالة المدنية لمسقط رأس المعنيين بالأمر بمختلف أقاليم المملكة، مما جعل وزارة الداخلية تصدر منشورا بتاريخ 10/1/1978 وجهته إلى ضباط الحالة المدنية بالمملكة تطلب منهم عدم تلبية أي طلب ورد عليهم في شأن الحصول على كناش التعريف والحالة المدنية متى تعلق الأمر بشخص لا يقطن في دائرة نفوذ مكتبهم وإحالة الطلب إذا تعلق الأمر بأحد الرعايا المغربية القاطنين بالخارج على الضابط المختص وذلك تحت إشراف السلم الإداري⁽⁸⁾.

(8) راجع مجموعة أهم الدوريات الصادرة في ميدان الحالة المدنية ص 65 و66.

المبحث الثالث الأشخاص الذين يحق لهم تسلم كناش التعريف والحالة المدنية

إن الأشخاص الذين يحق لهم تسلم الكناش هم :

- 1 - الأب المسجل بالحالة المدنية منذ ولادة أول مولود له.
- 2 - العازب والعازبة المنتفعين بالحالة المدنية متى أثبتا أنهما مسجلان في الضمان الاجتماعي.
- 3 - المرأة المطلقة إذا ما أثبتت أن أبناءها يعيشون تحت كفالتها بشرط أن يبقى الكناش في اسم أبيهم.
- 4 - المرأة الأرملة متى أثبتت هي الأخرى حضانتها لأبنائها مع وجوب بقاء الكناش في اسم زوجها الهالك.
- 5 - متى تعددت الأرامل للزوج الهالك فإنه يسلم لكل منهن كناش متضمنا للإشارة التالية : (نظير) بشرط أن يسجل في كناش كل أرملة أولادها فقط.
- 6 - أم الأبناء غير الشرعيين إذا كان الأب مجهولا أو غير معترف بهم، وهذه هي الحالة الوحيدة فقط التي خول القانون فيها تسليم الكناش للأم⁽⁹⁾.

(9) راجع منشور وزير الداخلية عدد 258 المؤرخ في 18/9/1987 بالمرجع السابق ص 67.

وإذا كان كناش التعريف والحالة المدنية قد نال حظا من الإهتمام من حيث إلزام المشرع لبعض الأشخاص طلب الحصول عليه، وطبعه (10) وغير ذلك من المقتضيات القانونية والتنظيمية، فما هي قيمته القانونية، هذا ما سنحاول معالجته في الفصل الثاني تحت عنوان :

القوة الإثباتية لكناش التعريف والحالة المدنية.

الفصل الثاني

القوة الإثباتية لكناش التعريف والحالة المدنية

إن تتبع ملفات الحالة المدنية الراجعة بالمحاكم يلاحظ أن أول ما يدلي به المدعي هو كناش الحالة المدنية أو صور شمسية أو مصادق عليها من صفحات هذا الكناش، كما أن النيابة العامة التي تكون غالبا مدعى عليها في هذه الدعاوى، تلتزم عدم قبول الدعوى لعدم الإدلاء بكناش الحالة المدنية ولو كان المدعي قد أرفق مقاله بنسخ كاملة أو موجزة من الرسم المراد تصحيحه.

إن حرص كل من طرفي الدعوى على هذا الكناش، يجعل المرء يتساءل عن قيمة هذا الكناش في اثبات وقائع الحالة المدنية.

إن للكناش العائلي قوة إثباتية في كثير من القوانين، فالقانون الفرنسي يعطي للنسخ المضمنة بالدفتري العائلي نفس القوة الإثباتية للنسخ المستخرجة من سجلات الحالة المدنية (11).

وينص الفصل الثالث من قانون 1967 التونسي على أن :

(10) راجع الفصل الثاني من قرار 1950/4/3 المشار إليه نصه أعلاه.

(11) راجع مرسوعة دالرز n° 233 Actes de l'etat civil

"الدفتر العائلي هو الدليل الذي يعتمده رئيس العائلة كلما دعت الحاجة للإدلاء بما يثبت الحالة المدنية الخاصة بكل فرد من أفراد العائلة.

وكل مضمون أو تنصيب مسجل بالدفتر العائلي له من قوة الإثبات ما لسائر مضامين رسوم الحالة المدنية والتنصيبات المسجلة بطرتها".

إلا أن القانون المغربي لم يعط لكناش التعريف والحالة المدنية أية قوة إثباتية، فالكناش لا يصلح إلا كمرجع لمعرفة أرقام الرسوم المضمنة في السجلات ليسهل الرجوع إليها، فلا يمكن تسليم نسخ رسوم الحالة المدنية سواء كانت نسخا موجزة أو نسخا كاملة إلا بالاستناد إلى السجلات المسوكة من طرف ضباط الحالة المدنية، ولا يمكن الاعتماد على كناش التعريف والحالة المدنية أو أية وثيقة أخرى مهما كان نوعها⁽¹²⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا اعتري خطأ أحد الرسوم المضمنة بكناش التعريف والحالة المدنية كأن يكون تاريخ الازدياد هو 1970/6/25 في حين أن التاريخ الموجود بسجل الحالة المدنية المسوك من طرف الضابط هو 1971/6/25، أو أن يكون الإسم العائلي المسجل بالكناش هو السماعي، في حين أن الإسم المضمن بالسجل هو السباعي، فإن الأمر لا يحتاج إلى رفع دعوى لاستصدار حكم بتصحيح هذا الخطأ كما يرى البعض وإنما يتعين على ضابط الحالة المدنية أن يقوم بهذا التصحيح حتى يكون الكناش متطابقا مع تنصيبات وسجل المسوك لديه لأن المحكمة تقتصر على إصلاح الرسوم المضمنة بسجلات الحالة المدنية التي هي الأصل، ولا شأن لها بالوثائق الأخرى كالرسوم المستنسخة في الكناش أو بطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر، لأن جميع هذه الوثائق وغيرها مأخوذة من الأصل أي السجل.

(12) راجع منشور وزير الداخلية رقم 150 المؤرخ في 1987/7/20 بملحق كتاب مجموعة أهم الدوريات

الصادرة في ميدان الحالة المدنية ص 46.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي بموجب ظهير 14 دجنبر 1984، قد أعطى بعض القوة الإثباتية لكناش التعريف والحالة المدنية حيث سمح باستخراج البطاقة الشخصية والعائلية بالإستناد إليه. فالظهير المشار إليه أضاف الفصل 61 لظهير 1915/9/4 الذي جاء فيه :

"تحدث بطاقة شخصية وعائلية للحالة المدنية تسلم إلى أي شخص يسكن خارج مسقط رأسه من لدن ضابط الحالة المدنية الذي يقع داخل دائرة اختصاصه مكان سكنى طالب البطاقة.

ويعتمد في تحرير البطاقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إما على الكناش العائلي للحالة المدنية بشرط أن يكون مستوفيا لجميع البيانات التي تجعله مطابقا لواقع الحال، وأما في حالة عدم وجوده، على موجز عقد الولادة التي يرغب المعني بالأمر في الحصول على نظير منه.

وتقوم البطاقة الآنف الذكر مقام موجز عقد الولادة وتكون لها قوة الإثبات التي يتمتع بها هذا الموجز للقيام بجميع الإجراءات الرسمية أو غيرها ما عدا في الحالات التالية :

- طلب الحصول على الجنسية المغربية أو على شهادة حيازة هذه الجنسية.
- إثبات وقائع الحالة المدنية أمام المحاكم.

وقد تم إحداث البطاقة الشخصية والعائلية للحالة المدنية للتخفيف من الصعوبات والمشاق التي كان يتحملها المواطنون الذين يسكنون في غير محل ولادتهم للحصول على نسخ رسوم ولادتهم وولادة أبنائهم.

وقد أعطى القانون لهذه الوثيقة نفس القوة الإثباتية التي تتمتع بها النسخة الموجزة لرسم الولادة رغم أنها غير مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، بل مسلمة اعتمادا فقط على كناش التعريف والحالة المدنية أو نسخة موجزة لعقد الازدياد.

إلا أن المشرع ارتأى قصر هذه القوة الإثباتية لهذه الوثيقة على الاغراض الإدارية كإجراء مباراة مثلا، أما عندما يتعلق الأمر بطلب الحصول على الجنسية المغربية أو شهادة حيازة هذه الجنسية أو لإثبات وقائع الحالة المدنية أمام المحاكم، فإن البطاقة الشخصية والعائلية للحالة المدنية غير ذات أهمية.

وإذا كان المشرع قد سمح بتحرير البطاقة الشخصية والعائلية للحالة المدنية استنادا إلى موجز عقد الازدياد⁽¹⁴⁾، فإننا نرى أنه من باب أولى إمكانية تسليم البطاقة المذكورة اعتمادا على النسخة الكاملة لرسم الازدياد.

والجدير بالإشارة أنه يوجد عمليا كثير من كناش التعريف والحالة المدنية تتضمن بيانات مخالفة لتلك المسطرة بسجلات الحالة المدنية. بل إن هناك أشخاصا يتوفرون على كناش التعريف والحالة المدنية وهم غير خاضعين لنظام الحالة المدنية أي غير مدرجين بالسجلات المسوكة من طرف ضباط الحالة المدنية.

(14) فضلا عن الاعتماد على الكناش.

ويعود تاريخ هذه الكنائش بالخصوص إلى السنوات الأولى للإستقلال حيث كان المغرب يفتقر إلى الأطر الكفأة في ميدان الحالة المدنية. ونرى أنه آن الأوان بعد أن أصبح المغرب يتوفر على أطر لها تكوين جيد في الميدان إعادة النظر في الكناش العائلي وإعطائه الأهمية التي يكتسيها في مختلف الدول كفرنسا وتونس كما رأينا حتى يكون حجة لإثبات ما تضمنه من وقائع وبيانات لا يطعن فيها إلا بالزور.

الرباط في 1994/2/1

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم: 007583
تاريخ: 10/10/11
جريدة: Ar

p. 164 → p. 171

007583 - Ar

الصعوبات والمشاكل التي تعترض قاضي الأحداث أثناء النظر في الدعاوي المحروضة عليه وعند تنفيذ الأحكام الصادرة من طرفه

للاستاذة أمينة زياد
قاضية الأحداث
لدى المحكمة الابتدائية بالرباط

لا شك أن الطفل هو نواة كل المجتمعات هذه النواة التي تحتاج منا رعاية قصوى منذ خلقها إلى أن تنضج وتبلغ الحد الذي نجني فيه ثمارها، إلا أنه خلال مسيرة الطفل منذ مرحلة البراعم إلى مرحلة البلوغ والرشد يتعرض لمجموعة من التيارات سواء منها داخلية أي منبثقة من وسطه الطبيعي الذي يعيش فيه أو خارجية خلال احتكاكه بالعناصر الأجنبية من الأغيار من أطفال سنه، هذه التيارات التي تزيحه عن الخط الإستوائي الذي رسمته الطبيعة للطفل والذي يفترض ان يسير عليه حتى يبلغ الغاية المتوخاة منه هذه الغاية التي تتجلى في تكوينه عنصرا منتجا وفعالا داخل المجتمع، قلت هذه التيارات تجذبه الى عالم الإجرام، هذا العالم الذي نراه مقتصر على الرشاء ولا نتخيل فيه الأحداث إلا أنه للأسف الشديد نعيش يوميا حالات تصور لنا الطفل المجرم وإن كان لا يصح أن نطلق هذه الصفة عليه، غير أن الأفعال التي يؤكد جرمها القانون وسن عقوبات سيتوجب تطبيقها على مرتكبيها وبناء عليه خلقت غرفة الأحداث هذه الغرفة التي تعتبر جزءا لا يتجزء من المحاكم العادية. وتتكون من قاض وممثل

الحق العام وكاتب الضبط وتنعقد الجلسات المتعلقة بالأحداث بغرفة المشورة، والمقصود بغرفة المشورة أن الجلسة تكون سرية وهي استثناء من المبدأ العام وهو علنية الجلسات، وقد نص المشرع على هذه السرية حفاظا للطفل ومراعاة لشعوره وأحاسيسه، وحتى لا يشعر بأنه يحاكم أمام جهاز القضاء، لذلك فمحكمة الأحداث تتم في سرية مطلقة يحضرها بالإضافة إلى هيئة الحكم كما أسلفت من قاض وممثل الحق العام وكاتب الضبط مندوبي الحرية المحروسة وباحثات اجتماعيات وهم أشخاص مجندون لخدمة الحدث ولاننسى أولياء أمر الأحداث إذ لا يجوز أن يمثل الحدث بمفرده أمام المحكمة بل لابد من مراقبة ولي أمره له.

تنعقد الجلسة بعد إحالة الملف من قبل النيابة العامة التي يقدم لها الحدث من طرف الضابطة القضائية إذ يقدم الحدث بعد الإستماع إليه من قبل الشرطة على الفعل الذي ارتكبه والذي هو متهم من أجل ارتكابه ويكون دوما برفقة ولي أمره، في أن ظابط الشرطة يجب أن يشير إلى ذلك، ويحرر محضر استماع الحدث وقد يواجه بشهود إن وجدوا.

بعد ذلك يقدم الحدث للسيد ممثل الحق العام هذا الأخير الذي يستمع بدوره إلى الحدث بمكتبه، إذ لا يجوز استنطاق الحدث مع باقي الرشداء من المتهمين لما في ذلك من تأثير سيئ على نفسية الطفل. ثم يقرر بعد ذلك السيد ممثل الحق العام ما إذا كان سيفتح المتابعة أو يحفظ الملف لعدم كفاية الأدلة، وعند فتح المتابعة يحال ملف الحدث على قاضي الأحداث، عندها يصبح الحدث في نظر القانون متهما، ويمثل أمام القاضي برفقة ولي أمره مؤازرا من قبل محام باختياره أو يعينه له القاضي في إطار المساعدة القضائية. عندئذ تبدأ مهمة قاضي الأحداث، هذا القاضي الذي أراه من خلال تجربتي البسيطة مخالفا للقاضي العادي تماما فهو وإن كان مبدئيا قاض يجب أن يتحلى بصفة الحياد إلا

أنه قاض اجتماعي يجب أن لا يقتصر دوره على التأكد من الفصل وإصدار الحكم الملائم له بل إن المشرع خوله سلطات أوسع من ذلك فهو قاض كما قلت اجتماعي ومحكمته هي محكمة إصلاحية اجتماعية وتقييمية أكثر من أن تكون زجرية وراذعة. فله أن يأمر الجهات المكلفة بإجراء أبحاث اجتماعية تتعلق بشخص الحدث لمعرفة أكثر والتعرف على وسطه الطبيعي الذي يعيش فيه والبيئة التي ينتمي إليها، فلا شك أن المشرع خص الأحداث بأحكام خاصة تختلف عن تلك التي خص بها الرشداء إذ سن تدابير وقائية في حقهم بدلا من العقوبات الجسيمة وهذا طبيعي نظرا إلى سن الحدث وطبيعته.

هذه التدابير التي نطلق عليها تدابير الحماية والتهديب، التي لا تكون الغاية منها معاقبة الحدث بأكثر ما تكون الغاية المترخاة منها تقويم سلوك الحدث وتوجيهه إلى الطريق السوي. تتجلى هذه التدابير في تسليم الحدث لأبويه أو وصيه أو لكافله أو لشخص جدير بالثقة، أو إيداعه في مشروع في مؤسسة عمومية أو خصوصية للتهديب أو التكوين المهني المؤهلة لذلك، أو إيداعه بمؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك، أو إيداعه بقسم داخلي صالح لإيواء المجرمين الأحداث الذين لازالوا في طور الدراسة، وهذه التدابير يحكم بها لمدة معينة من غير أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه الحدث 18 سنة كاملة.

وتجدر الإشارة إلى أن مهمة قاضي الأحداث ليست بالهينة كما يبدو لأول وهلة بل هي مهمة دقيقة تحتاج من القاضي كل الصبر والتأني وسعة الصدر إذ هناك من المشاكل والصعوبات ما تعترض قاضي الأحداث عند النظر في القضايا المعروضة عليه وعند تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، هذه المشاكل التي تجعله في حيرة من أمره.

وهذه الصعوبات تبدأ منذ مشول الحدث بين يدي المحكمة إلى حين تاريخ

صدر الحكم في حقه وتنفيذه، وتتجلى هذه المشاكل أولاً في المحاضر المنبجزة من قبل الضابطة القضائية والتي غالباً ما تكون قاصرة إذ أن ضباط الشرطة القضائية لا يتقصون حقيقة الحدث المائل أمامهم وذلك بإجراء التحريات والأبحاث الكافية في حقه بل يقتصرون في الغالب على ما يدلي به الحدث من تصريحات تكون في الغالب كاذبة ومغلوبة لسوء نية الحدث الذي يدلي بهوية خاطئة تفادياً من تسجيل سوابق في حقه من إسم عائلي وإسم شخصي مما يؤدي بالمحكمة إلى إصدار قرارات وأحكام ضد مجهول لا وجود له على سطح الواقع، وهذا راجع كما قلت إلى تقصير الضابطة القضائية.

أيضاً من المشاكل التي تعترض مسيرة قاضي الأحداث غياب ممثلي ومندوبي الحرية المحروسة ومثلي مراكز إعادة التربية وباحثات اجتماعيات، هؤلاء الأشخاص الذين يعتمد عليهم في السهر على تنفيذ الأحكام الصادرة عن قاضي الأحداث والذين عينوا لكي يكونوا في عون قاضي الأحداث ولكي يقربوا الصورة أكثر منه حتى يستطيع أن يتعامل مع الحدث بشكل واقعي أكثر منه قانوني وهذا هو بيت القصيد كما أسلفت لأن قاضي الأحداث خوله المشرع سلطة إجراء أبحاث خاصة بالحدث يكلف بها الباحثات الاجتماعيات اللواتي عليهن الانتقال إلى المكان الذي يعيش فيه الحدث والإطلاع على أحواله، علاقته بأسرته من والديه وإخوته، الحالة المادية للوالدين، تحديد ما إذا كان هناك تفكك عائلي أم لا، ويفاجأ قاضي الحدث بغياب هؤلاء الأشخاص من جهة وخلو الملفات من تقاريرهم مما يقيد القاضي عند اتخاذ أي إجراء في حق الحدث.

من أهم المشاكل التي تعترض سبيل قاضي الأحداث هو تنفيذ قراره بإيداع الحدث داخل مؤسسة إصلاحية لإعادة تربيته أو لتلقي تكوين مهني،

فهذا القرار للأسف الشديد يبقى مجرد حبر على ورق، إذ نادرا جدا من خلال تجربتي البسيطة سواء في قضاء الحكم بالنسبة للأحداث أو كممثل للحق العام، ما ينفذ هذا القرار والسبب يرجع بالدرجة الأولى الى الوضعية المزرية التي عليها تلك المراكز التي خلقت أساسا لإصلاح الحدث وتقويم سلوكه، للأسف الشديد نفاجا بنتيجة عكسية بحيث أن وضعية الحدث داخل المركز جد مزرية ذلك أن الضروريات غير متوافرة، بحيث إن الحدث لا ينسجم مع وضعه الجديد وسرعان ما يعمل جاهدا على مغادرة المركز التربوي، خصوصا وأن زملاءه من الأحداث والذين سبقوه يهيؤون له الجو المناسب للفرار، نعم القرار الذي أصبح قاضي الأحداث يعتبره نتيجة حتمية لقراراته، إذ أنه بعد صدور هذا القرار يظل ملف الحدث يروج من جلسة إلى أخرى قد تفوق فترة التجربة التي قرر قاضي الأحداث إيداع الحدث بمركز الملاحظة، دون أن يتضمن تقرير مدير المركز، وفي الحالة التي يتضمن تقريره، فإنه غالبا ما يتأسف فيها المسؤول عن مراقبة الحدث وحراسته لينقل إلى علم القاضي خبر فرار الحدث من المركز.

وهناك حالات تصيب الهدف ونجد أن تقارير مدير المركز يقترح فيها إعادة الحدث إلى وسطه الطبيعي بعد تقويم سلوكه وإصلاح إعوجاجه، ومن الملاحظ أن المشكل الرئيسي والأساسي هو مشكل الفرار، من مراكز إعادة تربية الأحداث، فالسؤال الذي يطرح : ما الغاية من المسالك والمراحل التي يقطعها الحدث منذ ضبطه من طرف ضابط الشرطة القضائية إلى غاية إيداعه بالمركز الإصلاحية، فالغاية المتوخاة من ذلك غير محققة والمجهود الذي تبذره كل من الضابطة القضائية والمحكمة بكافة أجهزتها يذهب سدى مادام أن الحدث يعود

الى الشارع الذي ضبط فيه وهو في حالة تشرد. مثلاً أذكر في زيارة قمنا بها لمركز حماية الطفولة "تيط مليل" بالدار البيضاء أن أول ما أثار انتباهي هو السور الذي يحيط بالمركز ذلك ان هذا السور أول ما يراه الناقد إلا ويتبادر إلى ذهنه أنه وضع لتزيين المظهر الخارجي للمؤسسة لا لحماية الأحداث المتواجدين بداخله، إذ أن أصغر هؤلاء الأحداث يستطيع تخطي هذا السور بسهولة فائقة، وهذا ما يحصل في الواقع. إذ أن الحدث بمجرد دخوله للمركز يتآمر مع زملائه على تدبير خطة للفرار والفرصة غالباً ما تكون سانحة وذلك لكون الحراسة على الأحداث تقريبا منعدمة بسبب قلة المربين الاجتماعيين والذين غالباً ما يكونون مثقلين بأعباء أخرى داخل المركز بالإضافة الى قلة الإمكانيات التي يشتمون منها.

ومن نتائج مشاكل الفرار ثقل كاهل المحكمة بملفات تتعلق بنفس الأحداث الذين اتخذت في حقهم قرارات بالإيداع وفرّوا من المراكز المودعين بها وأعيدت محاكمتهم وتكرر فرارهم لعدة مرات فيجد قاضي الأحداث نفسه يدور في حلقة مفرغة.

كما أن الحالة الصحية التي يوجد عليها الأحداث المودعين بمراكز حماية الطفولة تشفع لهم عند مساءلتهم عن الفرار ذلك أن الوضعية الصحية داخل المراكز مزرية إذ غالباً ما يشتكي الأحداث من الأمراض الجلدية التي تستفحل بينهم.

كذلك من المشاكل التي يتعرض لها قاضي الأحداث عدم وجود مراكز

إصلاحية خاصة بالبنات إذا استثنينا مركز حماية الطفولة عبد السلام بناني بالدار البيضاء، مما يكون معه القاضي مقيدا بالمركز المذكور، كما أن القدرة الإستيعابية لهذا المركز لم تعد تحتل الأحداث من العنصر النسوي الوافدين عليه، مما يتسبب في الأمراض التي سبق ذكرها، مما يتعين معه أخذ هذا المشكل بعين الاعتبار.

كذلك من المشاكل المطروحة على الصعيد العملي عدم وجود مراكز إصلاحية خاصة بالأحداث الذين يعانون من أمراض عقلية مما يضطر معه القاضي إلى إيداع الحدث بالمستشفيات العمومية للأمراض العقلية الخاصة بالرشاء مع ما في ذلك من تأثير على نفسية الحدث قد يزيد حالته حدة.

هذه في عجالة بعض المشاكل والعراقيل التي عايشتها خلال ممارسة لقضاء الأحداث وقد حاولت أن أنطلق من الواقع البحث ومن خلال المشاكل التي نحتك بها يوميا، كما أنني لم أعتمد على أي مصدر نظري علما بأن الحضور الكريم باستطاعته الإطلاع على محاكم الأحداث بشكل أوسع عن طريق الدراسات المنجزة في هذا الباب، وأخيرا أمني كبير في أن تتظافر الجهود لكي نعمل على إزاحة هذه المشاكل والعراقيل التي تمس قبل أي شئ الحدث نفسه هذا الحدث الذي هو الطفل، الطفل الذي هو أمانة بين أيدي الرشاء الذين عليهم بذل كل الجهود للمحافظة عليها والوصول بها إلى بر الأمان والطمأنينة.

كما أتمنى أن يبلغ قاضي الأحداث ما بلغه زملاؤه في الدول الأخرى كفرنسا مثلا، إذ أن دور قاضي الأحداث يكون دورا وقائيا أكثر منه علاجيا، فهو يتدخل قبل وقوع الفعل بمبادرة أولياء أمور الأحداث، ويستطيع بذلك منع وقوع الضرر وحماية الطفل من الآفات المحيطة به.

وأخيراً أتوجه بالشكر الجزيل لإدارة المعهد الوطني للدراسات القضائية على الثقة التي خصتني بها لكي ألقى هذه الكلمة المتواضعة باسم قاضي الأحداث وأخيراً أتمنى أن تكثر مثل هذه التظاهرات المتعلقة بالطفل الذي هو نواة المجتمع إذا نحن أصلحناه أصلحنا مجتمعا بكامله.

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 007584 تاريخ 15/10/07
Ar
جذيدة

p. 172 → p. 177
007584-Ar

النزاعات القضائية الخاصة بخدمات الاتصالات

الأستاذ عبد الرزاق مزيني

مكتب اتصالات المغرب
خريج المدرسة الوطنية للإدارة العمومية

ان وسائل الاتصال اللاسلكي في المغرب تعرف تطورا وتوسعا مضطردين منذ السبعينات، فبعد ان كانت محصورة فيما سبق في الهاتف كوسيلة للاتصال الشخصي (مثل الرسالة)، أصبحت الآن وسيلة من وسائل الانتاج لا يمكن الاستغناء عنها، ونظرا لتصاعد عدد المشتركين (من 215.421 مشترك سنة 1984 إلى 820.496 سنة 1993) كان من الطبيعي ان تنتج من حين لآخر بعض النزاعات حول هذه الخدمة، خصوصا فيما يتعلق بوجيبات الاستهلاك، وإذا كانت غالبية هذه النزاعات تجد حلولا لها على مستوى التراضي بين الإدارة والمشارك، فإن بعضا منها قد يرفع احيانا إلى الجهات القضائية.

ويلاحظ منذ تحول هذا القطاع إلى مؤسسة عمومية بموجب الظهير المؤرخ في 6 ربيع الثاني 1404 (10.01.1984) ⁽¹⁾ بعض عدم الانسجام فيما يخص الاحكام الصادرة في هذا الشأن، وقد تطرقنا في بحث سابق ⁽²⁾ الى هذا الموضوع. ونحاول في هذه العجالة تسليط مزيد من الأضواء.

(1) الجريدة الرسمية عدد 3715 المؤرخ في 11.01.1984 - ص 57.

(2) منازعات الواجبات المترتبة عن استعمال الهاتف - مزيني عبد الرزاق نشرة الاتصال الصادرة عن جمعية خريجي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية (دجنبر 1990).



ان النزاعات في هذا الشأن غالبا ما تنصب على الموضوعين التاليين :

- نزاعات الاشتراك (توقيف الخط والغاء الاشتراك ...).
- نزاعات حول المبالغ المستحقة (أسس الاحتساب وطرق التحصيل ...).

ويجب التأكيد على الترابط بين الموضوعين، ذلك ان نزاعات الاشتراك غالبا ما تنتج عن التماطل أو رفض الاداء بدعوى الخطأ في الفاتورة. والتساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد ينصب حول الجهة القضائية المختصة للنظر في هذه القضايا، وبالتالي القانون الواجب تطبيقه. وللجواب على هذا التساؤل يمكن الارتكاز اما على المعيار العضوي (ORGANIQUE)، أو على المعيار المادي (MATERIEL).

1 - المعيار العضوي :

منذ احداث المكتب الوطني للبريد والاتصالات، اخذت بعض المحاكم الابتدائية تصرح باختصاصها للنظر في الدعاوى المرفوعة اليها من طرف بعض المشتركين في الهاتف، مرتكزة على كون هذه المؤسسة ذات صبغة صناعية وتجارية، يجب ان تخضع بالتالي في نزاعاتها مع المشتركين لقواعد القانون الخاص، فعلى سبيل المثال تصرح المحكمة الابتدائية للبيضاء - أنفا، ان قطع الخط الهاتفي لعدم الاداء، " يعتبر عملا مدنيا يخضع لاحكام القانون المدني، ولا يعتبر قرارا اداريا تلحقه الحضانة". إلا ان المحكمة الابتدائية لمراكش في نازلة مشابهة تقضي بكون قرار توقيف الخط الهاتفي قرارا اداريا يجب الطعن فيه أمام الغرفة الادارية، وبالتالي تصرح بعدم الاختصاص. (1).

ان الاجتهاد القضائي المغربي استقر على عدم اختصاص القضاء العادي

(1) قرار ابتدائية البيضاء - أنفا السيد "م" في مراجعة المكتب الوطني للبريد والاتصالات، قرار ابتدائية مراكش بين السيد "ح" والمكتب الوطني للبريد والاتصالات.

في الطعون التي تنصب على المقررات الصادرة عن مديري المؤسسات العمومية، فعلى سبيل المثال لا الحصر تصرح الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى : " حيث ان المكتب الوطني للتسويق والتصدير يشكل مؤسسة عمومية ذات شخصية معنوية واستعمال مالي، ويتولى تسيير مرفق عام، فان المقررات المتخذة من طرف مديره تدخل في عداد المقررات الصادرة عن السلطة الادارية، الأمر الذي يجعلها قابلة للطعن فيها امام المجلس الاعلى عن طريق الالغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة (1) وهذا الاجتهاد سوف تؤكده الغرف الادارية في عدة مناسبات (2).

2 - المعيار المادي :

انه غالبا ما يستند السادة القضاة في نزاعات الاشتراك في الهاتف على الصبغة الصناعية والتجارية للمكتب الوطني للبريد والاتصال ليقتضوا باختصاص المحاكم الابتدائية. إلا أن وثيقة الاشتراك في الهاتف، نظرا لطبيعتها ولتنوع النصوص المنظمة لخدمات الاتصالات (نصوص قانونية وتنظيمية)، تعد مخالفة للعقود العادي التي تربط بين اشخاص عاديين. وفي هذا الشأن يصرح القاضي المقرر في قضية "أورسو" () انه فيما يخص نزاعات المرفق العمومي المكلف بالهاتف، وبمناسبة البث في الاختصاص، يتحتم على القاضي ان يركز فقط على طابع الخدمة الصناعي والتجاري، بل عليه كذلك ان ينظر الى ظروف استغلال المرفق واداء الخدمات، فاذا كانت هذه الظروف

(1) قرار عدد 148 الصادر في 6 ماي 1977 - المجلة المغربية للقانون والسياسة والمؤرخ في 4 يوليوز 1978.

(2) قرار 19 الصادر في 26 يناير 1977 - بدوي محمد ضد مكتب الأبحاث والمساهمات المعدنية - قرار

210 الصادر في 27-11-1986 - القادري صالح بن أحمد ضد المكتب الجهري للاستثمار الفلاحي.

تشابه ظروف الخواص كان الاختصاص للمحاكم العادية اما اذا كانت ذات طابع مخالف ان الاختصاص يؤول للمحاكم الادارية مهما كانت طبيعة المرفق (1).
 وخصوصية عقود الاشتراك في الهاتف تتجلى سواء في مرحلة انشائها أو مرحلة تنفيذها، ذلك أن بنود العقد في هذا الشأن ليست متروكة لارادة الاطراف المتعاقدة، بل مقيدة بنصوص تشريعية وتنظيمية، فالواطن الذي يمضي اشتراكا في الهاتف يعلن عن رغبته في الادعان لكل الشروط الحالية والمستقبلية التي تحددها السلطات العمومية.

وقد يتبادر الى الذهن ان عقود الاشتراك تعتبر عقود ادعان، مما قد يجعل منها عقودا خاصة. إلا ان رجال الفقه يعتبرونها من العقود العامة نظرا لطبيعتها (2).

الخلاصة

ان الظهير المحدث للمكتب الوطني للبريد والاتصالات لم ينزع طابع المرفق العام عن هذه المؤسسة، كما ان نفس الظهير - حينما كلف هذه المؤسسة بمهمة استغلال احتكار الدولة لخدمات البريد والاتصالات - صرح ان هذه الخدمات تقدم حسب القوانين والراسيم التي تحددها السلطات العمومية وكذا المعاهدات المبرمة مع المنظمات الدولية أو الجهوية المختصة، وبالتالي لا يمكن اعتبار اعضاء الطابع التجاري والصناعي على هذا المرفق من المستجندات التي تحتم تحويل الاختصاص في المنازعات من المحاكم الادارية الى المحاكم العادية.

(1) راجع JEAN LEMASURIER - R.D.P. لشهر مارس 1969 - ص 143.

(2) يصرح الاستاذ "ديكي" DUGUIT ان القول بأن الاشتراك في الهاتف يعد عقدا يعتبر خطأ فادحا ... فالمستفيد من الاشتراك، يكون في وضعية نظامية، او كما يصطلح عليه، في وضعية "مرضعية" (SITUATION OBJECTIVE) تحكمها قوانين المصلحة - نفس الرأي يعبر عنه العديد من الفقهاء مثل "فيدل" VEDEL (القانون الاداري - 1968 - ص 688).

ذلك ان هذا المنحى القضائي يقتضي التصريح صراحة على ان المكتب الوطني لم يعد مرفقا عموميا، وهذا ما يخالف نص الظهير المحدث لهذه المؤسسة.

ان تحديد القضاء المختص يبقى مرتبطا بطريقة تنظيم واستغلال المرفق، فعلى سبيل المثال عرف ميدان الاختصاص القضائي في هذا الشأن بالنسبة للاجتهاد الفرنسي عدة تحولات كانت دائما مرتبطة بتحويلات هيكلية عرفها هذا القطاع، وهكذا كان الاختصاص في البداية للمحاكم العادية اعتبارا لكون تسيير هذا المرفق كان موكولا إلى الخواص بموجب عقد امتياز (CONCESSION) قبل ان تباشر الدولة استغلاله مباشرة ابتداء من سنة 1886، ومنذ ذلك الحين لم يستقر الاجتهاد القضائي حول الجهة القضائية المختصة. الا انه ابتداء من سنة 1968 سيحسم الاختصاص نهائيا لصالح القضاء الداري وذلك في قضية شهيرة تعرف بقضية "أورسو"⁽¹⁾.

لكنه بعد اعادة هيكلة هذا القطاع بموجب القانون المؤرخ في 2 يوليوز 1990 وكل الاختصاص الى المحاكم العادية بموجب الفصل 25 الذي ينص على " ان علاقات المؤسسات العموميتين " البريد" وقرانس تلكوم " (F. TELECOM) مع المستخدمين، والمزودين وباقي الأطراف الاخرى تحكمها قواعد القانون العادي، وكل النزاعات التي قد تترتب عن هذه العلاقات ترفع الى المحاكم العادية" لكن هذا التطور اصطلاحه تغيير في هيكلية الجهاز الذي تحول من مرفق عمومي الي مؤسسة عمومية تحكم علاقاتها ليس فقط مع الأشخاص بل حتى مع الدولة قواعد شبه تعاقدية، مبنية على دفتر للتحميلات (CAHIER DES CHARGES) وبرنامج يحدد الاهداف والوسائل (CONTRAT DE PLAN) ونفس

(1) قضية "اورسو" (URSOT) - محكمة تنازع الاختصاص (T.C.) - 1968.6.42.

القانون فتح باب المناقسة في قطاع البريد والاتصالات وقلص من كل الامتيازات القانونية التي كانت تتمتع بها المؤسسات والتي يمكن ان تعيق المنافسة العادلة.

من هنا يمكن القول ان تحويل الاختصاص الى القضاء العادي فيما يخص نزاعات الاتصالات يجب أن يكون مرتبطا بتغيير في طبيعة العلاقات التي تربط بين المرفق والمتعاملين، مما يحتم بدوره التفكير في اعادة النظر في هيكله هذا المرفق ونظم اسداء خدماته وظروف مراقبته ذلك انه لا يمكن الجمع بين ارتفاعات المرفق العمومي وما يترتب عنها من تحملات من جهة ومنطق قواعد القانون المدني التي تطبق على الأشخاص العاديين من جهة أخرى.

القانون والمعلومات (*)

الاستاذ غالي عبد الكريم

مصلحة المناهج الإعلامية بوزارة العدل

... إن المعلومات هي المعالجة الآلية والمنطقية للمعلومات.

ويمكن أن تكون هذه المعلومات المعالجة هي مصادر القانون، وهذا جانب أول من علاقة القانون بالمعلومات.

وقد أخذت المعلومات، كظاهرة تقنية، تشكل بنفسها مواضيع للقانون بالنظر إلى ماتطرحه من مشاكل قانونية جديدة ؛ وهذا جانب ثان من هذه العلاقة.

يتبين من ذلك أن هناك علاقيتين ممتكتين بين القانون والمعلومات، هما على التوالي :

- المعلومات القانونية أو المعلومات في خدمة القانون.

- قانون المعلومات أو القانون في خدمة المعلومات

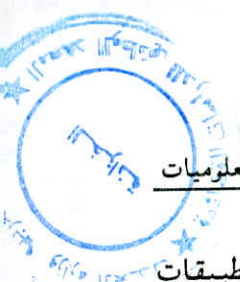
المحور الأول : المعلومات القانونية

مقدمة

1) مفهوم المعلومات القانونية

انطلاقا من أن المعلومات هي معالجة المعلومة بواسطة الحاسوب، يمكن تحديد المعلومات القانونية في أنها المعالجة المنطقية والآلية للمعلومات القانونية. وهذا هو المعنى الضيق والدقيق لمفهوم المعلومات القانونية.

(*) مرضع مبسط تمت معالجته في إطار البرنامج الإذاعي : "المجتمع والقانون" إعداد السيدة فريدة الرحمان، الإذاعة المركزية بالرباط، 26 يناير 1994، الساعة الثامنة والربع صباحا.



وثمة مفهوم واسع للمعلومات القانونية ويعني بها مجموع تطبيقات المعلومات في الميدان القانوني كمعلومات التسيير في مجال القضاء أو القطاع البنكي والمالي ... الخ.

ونحن سنقف فقط عند المفهوم الأول الذي يرتبط بالتوثيق القانوني.

(2) أهمية المعلومات القانونية

إن الوقت الذي يخصه المشتغل بالقانون للأعمال المادية المحضة والتي تتعلق بالبحث عن المراجع القانونية أصبح يستغرق مدة طويلة أمام غزارة وتشتت المعلومات القانونية. فتوفيرا لريح هذا الوقت واستغلال الطاقة الفكرية في أعمال الخلق والإبداع، أخذت تتم معالجة المعلومات القانونية بواسطة الحاسوب واختزان مصادر القانون في بنوك خاصة تعرف ببنوك المعطيات القانونية.

أولا - تحضير المعطيات القانونية

(1) طرق المعالجة المعلوماتية

هناك طريقتان أساسيتان لمعالجة المعطيات القانونية بواسطة المعلومات تم الأخذ بهما في أهم مراكز المعلومات القانونية، وهما :

- تقنية النص الكامل بالنسبة للنصوص التشريعية والتنظيمية،
- تقنية الملخص بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية والأبحاث القانونية (الفقه).

وتصاحب كلا من النص الكامل أو الملخص كلمات مفتاح بالإضافة إلى عناصر أخرى تعرف بهما من الناحية التاريخية والتقنية.

(2) تحصيل المعطيات والبحث عنها.

يقصد بتحصيل المعطيات هسك هذه المعطيات عن طريق تسجيلها على دعامات مغناطيسية.

وتنجز عملية التحصيل مبدئياً بعد ملء بطاقات التسجيل، غير أنه يمكن أن تتم هذه العملية مباشرة من مراجع النشر كالدوريات التي تنشر الاجتهاد القضائي.

ويعمد عادة إلى تسجيل مضمون البطاقات أو مضمون مراجع النشر في أسطوانات أو أقراص صغيرة، ثم يصب محتوى هذه الأخيرة في أسطوانات الحاسوب بواسطة مطراف.

وتتم عملية البحث عادة بالاعتماد على الكلمات المفتاح أو غيرها من المعطيات التي تعرف بالنص المسجل. وقد ينجز البحث عن المعلومات بصياغة حاجيات المستعمل في شكل سؤال وذلك على مستوى مراكز بنوك المعطيات المتقدمة.

ثانيا : الإطار المؤسسي للمعلومات القانونية

هناك فرضيتان :

- يمكن القيام بالمعالجة المعلوماتية للمعطيات القانونية على مستوى كل إدارة أو مؤسسة.

- أو يمكن القيام بهذه العملية على المستوى الوطني.

لكن الملاحظ أنه إذا قامت كل وحدة إدارية بإنشاء قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بدون تنسيق فيما بينها، فإن الجهود ستبقى مفرقة ..

لذلك فإن إنشاء مؤسسة مختصة على المستوى الوطني كإقامة مركز وطني للمعلومات القانونية لمن شأنها أن تقوم بتنسيق جهود الأجهزة المعنية : الحكومة والبرلمان والجامعة، في العمل على تحضير ومعالجة واستغلال المعلومات القانونية على الوجه المطلوب.

المحور الثاني : قانون المعلومات

مقدمة

(1) مفهوم قانون المعلومات

إن هذا القانون يتكون في واقع الأمر من مجموعة القواعد التي يمكن تطبيقها على الصعوبات ذات الطابع القانوني التي يحدثها استعمال المعلومات..

(2) أهمية قانون المعلومات

تكتسي المعالجة القانونية لظاهرة المعلومات أهمية خاصة لسببين رئيسيين :

- إن المعلومات ليست ظاهرة عادية لما يسببه استعمالها من اضطراب في قواعد القانون المعروفة :
- إن المعلومات ليست تقنيات محايدة لما يترتب عليها من تهديد للإنسان في أعلى حقوقه المتمثلة في الحرية والشغل ...

(3) مضمون قانون المعلومات

تتوزع موضوعات قانون المعلومات بين حماية المعلومات من جهة، والحماية من مخاطر المعلومات من جهة ثانية.

ولا يمكن أن نشير هنا بطبيعة الحال إلا بعض المجالات التي طرحت فيها مسألة تكييف القواعد العامة للقانون أو تقتضي ضرورة سن قواعد قانونية جديدة.

أولاً - حماية المعلومات

(1) العقود المعلوماتية

العقود المعلوماتية عقود عامة تتعلق باقتناء أو كراء الأجهزة المعلوماتية، إلا أن لها خصوصيات تتمثل بالأساس في وجود :

- دفتر للتحملات

- عقد ملحق لصيانة المعدات

ومن الاجتهادات القضائية في الموضوع، يذهب القضاء الفرنسي إلى فرض التزام على المورد بإعطاء النصيحة للزبون.

(2) الإثبات والمعلومات

إن المعلومات أخذت تتحدى قواعد الإثبات في صورتها المعتادة بزعة أسسها القائمة على الكتابة والتوقيع.

ولمواجهة هذا الوضع، فإن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 12 يوليوز 1980 والذي عدل الفصل 1348 من القانون المدني قد أعطى للنسخ المعلوماتية قوة ثبوتية شريطة أن تكون وفيه للمضمن المسجل وأن تكتسي طابع الديمومة.

ويمكن على ضوء القانون المغربي الاعتماد على الفصلين 440 و441 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 55 وما بعده من قانون المسطرة المدنية والفصل 288 وما بعده من قانون المسطرة الجنائية والقول بأنه يتعين حتى تكتسب النسخ المعلوماتية قوة ثبوتية أن يوضع عليها توقيع وطابع الجهة المسؤولة. غير أنه أمام حالات النسخ عن بعد في إطار التواصل المعلوماتي يتعذر الأخذ بهذا الحل، ومن ثم يتعين على المشرع أن يتدخل لتكريس مبدأ قانوني - معلوماتي يقضي بأن تأمين النظام المعلوماتي يفترض صحة المعلومة ولا حاجة إلى التوقيع.

(3) البرامج المعلوماتية

إن قيمة المعدات المعلوماتية تعتبر ثانوية بالمقارنة مع قيمة البرامج المعلوماتية Logiciels.

وعلى اعتبار أن المنافسة غير المشروعة (الفصل 84 من قانون

الالتزامات والعقود) والإثراء بلا سبب (الفصول 66 و67 و75 و76 من نفس القانون) لايفيان بالحماية المطلوبة، يتجه الفقه إلى تمتيع المنتجين للبرامج المعلوماتية بحقوق التأليف التي ينص عليها ظهير 29 يوليوز 1970 المتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية.

وفي حالة إنتاج معلوماتي من طرف مستخدم في مؤسسة شغل، تكون حقوق التأليف لصاحب المؤسسة مالم يشترط خلاف ذلك في عقد الشغل كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من الفصل الخامس من الظهير المذكور.

4) التجريم المعلوماتي

إن توفير الحماية الجنائية للظواهر المعلوماتية كالمعطيات المسجلة والبرامج المعلوماتية⁽¹⁾ ومواجهة استعمال البطائق المغناطيسية رغم عدم وجود رصيد ... الخ، يتطلب إيجاد قواعد قانونية جديدة لتجريم مثل هذه الأعمال الضارة.

ثانيا : الحماية من مخاطر المعلومات

إن إنشاء جذاذيات معلوماتية تتضمن معلومات إسمية وتربط هذه الجذاذيات في إطار شبكات للمعلومات ينطوي على خطر كبير يهدد الحرية الفردية.

ولذلك ندعو إلى ضرورة تدخل المشرع من أجل :

- تنظيم الجذاذات الإسمية وتجريم البعض منها،
- إقرار رقابة قانونية على مستوى الفرد وعلى مستوى المجتمع ...

(1) يمكن بالنسبة للبرامج المعلوماتية متابعة الجاني في الرضع الراهن بمقتضى الفصل 575 من القانون الجنائي الذي ينص على ارتكاب جريمة التقليد في حقل الملكية الأدبية والفنية.