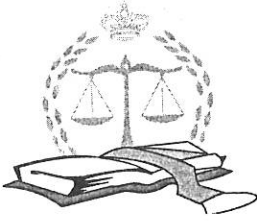




مجلة الملاحق القضائي

- إشكاليات محل نقاش على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد
- تقديم وشرح مقتضيات القانون رقم 03.01 : في 12/08/2002 المتعلق بالزام إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية (الجريدة الرسمية 5029)
- لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية
- التجريم المعلوماتي : لماذا وكيف؟
- نحو الاعتراف بحق الكد والسعاية انطلاقاً من حكم المحكمة الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997
- حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998
- مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي
- اتفاق تعاون : بين المعهد العالي للقضاء، بالمملكة المغربية والمعهد العالي للقضاء، بالجمهورية اليمنية
- بروتوكول تعاون : بين المعهد العالي للقضاء، بالمملكة المغربية ومعهد التدريب والدراسات القضائية بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- La prise en charge ou la Kafala des enfants en Droit marocain.
- Accord de Coopération : entre l'Institut Supérieure de la Magistrature du Royaume du Maroc et le Centre de Formation Judiciaire de la République du Sénégal.



مجلة الملاحق القضائي

- إشكاليات محل نقاش على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد
- تقديم وشرح مقتضيات القانون رقم 03.01 : في 12/08/2002 المتعلق بالزام إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية (الجريدة الرسمية 5029)
- لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية
- التجريم المعلوماتي : لماذا وكيف؟
- نحو الاعتراف بحق الكد والسعاية انطلاقاً من حكم المحكمة الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997
- حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998
- مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي
- اتفاق تعاون : بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية والمعهد العالي للقضاء بالجمهورية اليمنية
- بروتوكول تعاون : بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية ومعهد التدريب والدراسات القضائية بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- La prise en charge ou la Kafala des enfants en Droit marocain.
- Accord de Coopération : entre l'Institut Supérieure de la Magistrature du Royaume du Maroc et le Centre de Formation Judiciaire de la République du Sénégal.

الملحق القضائي

مجلة دورية تصدر مرتين في السنة

المدير المسؤول: الأستاذ محمد سعيد بناني

هيئة التحرير: الأستاذ محمد سعيد بناني

الأستاذة ثريا الحريف

الأستاذ محمد الإدريسي العمراوي

الأستاذ عبد الجواد الرايسي

الأستاذ حميدو أكري

هيئة الإشراف: الأستاذ عبد العلي العبودي

الأستاذ أحمد السراج الأندلسي

الدكتور الحبيب بيهي

الدكتور محمد أمين بن عبد الله

الدكتور محمد الكشور

عنوان المراسلة:

مجلة الملحق القضائي. ص.ب. 1007 - الرباط

ملاحظة: البحوث المنشورة بهذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها

الملحق القضائي

مجلة دورية تصدر مرتين في السنة

المدير المسؤول: الأستاذ محمد سعيد بناني

هيئة التحرير: الأستاذ محمد سعيد بناني

الأستاذة ثريا الحريف

الأستاذ محمد الإدريسي العمراوي

الأستاذ عبد الجواد الرايسي

الأستاذ حميدو أكري

هيئة الإشراف: الأستاذ عبد العلي العبودي

الأستاذ أحمد السراج الأندلسي

الدكتور الحبيب بيهي

الدكتور محمد أمين بن عبد الله

الدكتور محمد الكشور

عنوان المراسلة:

مجلة الملحق القضائي. ص.ب. 1007 - الرباط

ملاحظة: البحوث المنشورة بهذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها

الفهرس

- إشكاليات محل نقاش على ضوء قانون المسطرة الجنائية
الجديد

الأستاذ: بوشعيب عسال

9 قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف بسطات

- تقديم وشرح مقتضيات القانون رقم 03.01: في 2002/08/12
المتعلق بإلزام إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها
والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق
عام بتعليق قراراتها الإدارية الفردية السلبية (الجريدة الرسمية
عدد 5029)

الأستاذ: ميمون يشو

أستاذ التعليم العالي

أستاذ القانون الإداري والعلوم الإدارية

والقانون الدستوري والعلوم السياسية

المفتش العام السابق للوزارة المكلفة بتحديث

21 القطاعات العامة

- لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشرifاً ولكنها تعتبر
تكليفاً ومسؤولية

الأستاذ: ميمون يشو

أستاذ التعليم العالي

أستاذ القانون الإداري والعلوم الإدارية

والقانون الدستوري والعلوم السياسية

المفتش العام السابق للوزارة المكلفة بتحديث

القطاعات العامة 49

- التجريم المعلوماتي: لماذا وكيف؟

الدكتور: عبد الكريم غالي

أستاذ بجامعة محمد الخامس-السويسي 81

- نحو الإعراف بحق الكد والسعاية انطلاقاً من حكم المحكمة

الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997

الأستاذ: أحمد زوكاغي

أستاذ بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية أكدال-الرباط 101

- حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس

الأعلى يوم 5 مارس 1998

الأستاذ: أحمد زوكاغي

أستاذ بكلية العلوم القانونية

والإقتصادية والإجتماعية أكادال-الرباط 113

- مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي

والقضاء المغربي

الأستاذ: عبد اللطيف الأنصاري

قاضي خريج دار الحديث الحسنية 133

- اتفاق تعاون: بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية

والمعهد العالي للقضاء بالجمهورية اليمنية 179

- بروتوكول تعاون: بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة

المغربية ومعهد التدريب والدراسات القضائية بدولة الإمارات

العربية المتحدة 183

- La prise en charge ou la Kafala des enfants en Droit marocain

Par: **Zarrouki Mustapha**

Juge chargé de l'homologation

et des tutelles au tribunal

de première instance de Serfrou.....1

- Accord de Coopération: entre l'Institut Supérieure de la Magistrature du Royaume du Maroc et le Centre de Formation Judiciaire de la République du Sénégal...41

إشكاليات محل نقاش على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد

الأستاذ: بوشعيب عسال

قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف بسطات

I- الجرائم المرتبطة بالجنايات واختصاص غرفة الجنايات وقاضي التحقيق للنظر فيها:

من المعلوم أن المشرع حول لغرفة الجنايات بمقتضى الفصل 416 من قانون المسطرة الجنائية الاختصاص للبت في الجنايات والجرائم التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها، ويؤخذ من ذلك أن غرفة الجنايات ينعقد لها الاختصاص للبت في الجنايات وفي الجنح والمخالفات التي لا يمكن فصلها عنها أو المرتبطة بها ما دام المشرع نص على عبارة الجرائم ويندرج ضمنها بالطبع الجنح والمخالفات، وذلك بعدة أن الجنح والمخالفات لا تقبل التجزئة عن الجنايات أو أنها مرتبطة بها حسبما وقع التعريف بالجرائم المرتبطة أو التي لا تقبل الفصل في المواد 255 إلى 257 من قانون المسطرة الجنائية.

والخلاصة من ذلك أن الاختصاص النوعي لغرفة الجنايات حدده بوضوح لا لبس فيه مقتضيات المادة 416 من قانون المسطرة الجنائية.

وإذا كان الاختصاص النوعي لغرفة الجنايات محدد وفق المادة المذكورة بطريقة لا تثير إشكالاً، فإن الإشكال يصبح قائماً في الجرائم المرتبطة بالجنايات التي تحال على قاضي التحقيق أمام محكمة الاستئناف في إطار المطالبات بإجراء تحقيق سواء أكان التحقيق إلزامياً كما هو الحال في الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو التي يصل الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها ثلاثين سنة أو الجنايات المرتكبة من طرف الأحداث أو في الجرح بنص خاص في القانون (وهي الجرح المنسوبة لبعض القضاة أو الموظفين في باب قواعد الاختصاص الاستثنائية، أو كان التحقيق اختيارياً فيما عدا ذلك من الجنايات.

إن قراءة الفصل 83 من قانون المسطرة الجنائية توضح أن المشرع حدد على سبيل الحصر الاختصاص النوعي لقاضي التحقيق أمام محكمة الاستئناف وهي بصفة قطعية الجنايات الواجب التحقيق فيها إلزاماً وباقي الجنايات التي ترك المشرع للسيد الوكيل العام للملك أعمال سلطة الملاءمة في إحالتها على التحقيق إن شاء (وإلا أحالها مباشرة على غرفة الجنايات) وكذا الجرح بنص خاص كما أوضحنا

سابقاً، مع الإشارة إلى أن الفصل 83 من قانون المسطرة الجنائية الموماً إليه تضمن أيضاً اختصاص قاضي التحقيق لدى المحكمة الابتدائية في إطار الفقرة الأخيرة منه عندما نص على التحقيق « في الجرح المرتكبة من طرف الأحداث وفي الجرح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات أو أكثر».

والتساؤل المطروح كيف استقام للمشرع أن يخول لغرفة الجنايات في إطار الفصل 416 من قانون المسطرة الجنائية أن تبسط اختصاصها للبت حتى في الجرائم المرتبطة أو التي لا تقبل الفصل عن الجنايات المحالة عليها وأن يغفل منح هذا الاختصاص لقاضي التحقيق وهو يعتبر أحد مصادر الإحالة عليها إضافة إلى الوكيل العام للملك والغرفة الجنحية (الفصل 419 من قانون المسطرة الجنائية) « وماذا سيكون عليه موقف قاضي التحقيق إذا تم الدفع أمامه بعدم الاختصاص النوعي للبحث في جنحة أو مخالفة مرتبطة بجناية أحييت عليه بمقتضى المطالبة بإجراء تحقيق مع العلم بأن الأمر الصادر من قبله في هذا الدفع إما تلقائياً أو بناءً على طلب الأطراف قابل للاستئناف (الفقرة الثانية من الفصل 223 من قانون المسطرة الجنائية) والحقيقة أنه تماشياً مع صراحة الفصل 83 من قانون المسطرة الجنائية الذي حدد على سبيل

الحصر الاختصاص النوعي لقاضي التحقيق فإن هذا الأخير لا يملك -إذا أثير أمامه هذا الدفع- سوى إصدار أمر بعدم الاختصاص في الجنحة أو المخالفة المرتبطة بالجنائية المحالة عليه من أجل التحقيق.

ويمكن القول إن قضاة التحقيق لدى محاكم الاستئناف سواء في إطار المسطرة القديمة أو في ظل المسطرة الجديدة دأبوا على التحقيق في الجنح والمخالفات المرتبطة بالجنائيات غير مستندين إلى نص أو سند قانوني، مستبعدين إثارة الدفع بعدم الاختصاص تلقائياً خدمة لإجراءات التحقيق في الجنائية نفسها، لما من فائدة مأخوذة من تصريحات وأقوال مقترفي الجنح والمخالفات المرتبطة، ودفعاً للضرر الذي ينشأ عندما يتم فصل الجنح والمخالفات المرتبطة والتصريح في شأنها بعدم الاختصاص وإحالتها على من له حق النظر في بداية التحقيق أو إحالتها على المحكمة الابتدائية عندما ينتهي التحقيق، وضياح أدلة كانت في متناول اليد لو ظل مرتكب الجنحة أو المخالفة قيد التحقيق إلى جانب مرتكب الجنائية، ولمن يعود إثارة الدفع بعدم الاختصاص لسكوت الأطراف عنه وعدم الالتفات لذلك من طرف قاضي التحقيق.

ونرى أنه تفادياً للتناقض الحاصل بين الاختصاص النوعي لغرفة الجنائيات ولقاضي التحقيق على اعتبار أن هذا الأخير هو أحد مصادر

الإحالة على الأولى، أن يبادر المشرع إلى إضافة عبارة «وفي الجرائم المرتبطة والتي لا يمكن فصلها عن الجنايات المحالة على التحقيق» بعد عبارة «ويكون اختيارياً فيما عدا ذلك من الجنايات» المنصوص عليها في الفصل 83 من قانون المسطرة الجنائية، وذلك بغية إزالة التضارب القائم بين مقتضيات الفصل المذكور والفصل 416 من نفس القانون.

II - قواعد الاختصاص الاستثنائية (الامتياز القضائي) ومسطرة الصلح في الجنح:

إن المسطرة الجنائية أتت بمعطيات جديدة شجعت طرفي الخصومة على اللجوء إلى مسطرة الصلح في جنح محددة على سبيل الحصر لا تعتبر في حد ذاتها خطراً على النظام العام وينصرف ضررها مباشرة إلى طرفيها ومن ثم يتطلب رضاهما لتحقيق المصالحة القانونية، بحيث توقف هذه المصالحة، إذا استنفذت كافة شروطها المنصوص عليها في الفصل 41 من قانون المسطرة الجنائية، إقامة الدعوى العمومية، وحتى لو أقيمت هذه الدعوى وفي إطار نفس الجنح ووجد تنازل صادر عن الطرف المتضرر من الفعل الجرمي، فإنه يمكن إيقاف سير إجراءاتها بناءً على ملتصم النيابة العامة ما لم يكن قد بت فيها بحكم نهائي (الفصل 372 من قانون المسطرة الجنائية).

ويظهر أن المشرع قصر مسطرة الصلح على المحكمة الابتدائية وحدها فقط على اعتبار أنها المختصة، كما حدد دور وكيل الملك ورئيس المحكمة في إطار الفصل 41 من قانون المسطرة الجنائية ودور هيئة الحكم في إطار الفصل 372 من نفس القانون.

لكن ما هو الموقف إذا كانت الجرح المشار إليها منسوبة لذوي قواعد الاختصاص الاستثنائية من بعض الموظفين والقضاة؟

إن هؤلاء الأصناف من ذوي قواعد الاختصاص الاستثنائية، أوجب المشرع أن يجرى التحقيق معهم قبل المحاكمة، من طرف عضو أو عدة أعضاء من الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى أو من طرف مستشار مكلف بالتحقيق لدى محكمة الاستئناف حسب الترتيب الوارد من الفصل 265 إلى 268 من قانون المسطرة الجنائية.

والحقيقة أن شريحة واسعة من هؤلاء الأصناف أولى بالاستفادة من مسطرة الصلح نظراً للاحتكاك اليومي الذي يحصل بينهم وبين المواطنين أثناء تأدية وظيفتهم، كما هو حال ضباط الشرطة القضائية ورجال السلطة المحلية، فقد يقترف أحد هؤلاء في حق مواطن جنحة من الجرح الضبطية المشار إليها في الفصل 41 من قانون المسطرة الجنائية

المتعلق بمسطرة الصلح مما قد يؤدي إلى تقديم شكاية إلى الوكيل العام للملك في مواجهة صاحب قواعد الاختصاص الاستثنائية، فإذا جرى صلح بين الأخير وصاحب الشكاية، فهل ينتج هذا الصلح آثاره في إيقاف إجراءات قيام الدعوى العمومية أثناء إجراءات التحقيق أو قبل ذلك أمام الوكيل العام للملك أسوة بآثار الصلح أمام المحكمة الابتدائية؟

إنه لا يوجد نص يجعل هؤلاء الأصناف من القضاة والموظفين من المشمولين بالاستفادة من مسطرة الصلح أثناء إجراء التحقيق معهم من أجل الجرح التي تكون موضوع صلح بينهم وبين المتضرر (الجرح الضبطية)، ومن الغرابة بمكان أن يتمتع المشرع هؤلاء القضاة والموظفين بقواعد استثنائية لقيام الدعوى العمومية في حقهم عن طريق سلوك قنوات مسطرية دقيقة مكفولة بضمانات كبيرة منصوص عليها في الفصول من 265 إلى 268 من قانون المسطرة الجنائية، وفي نفس الوقت يحرمهم من مسطرة الصلح إذا حصل بينهم وبين المتضرر!

ونرى أنه يجب على المشرع أن يتدخل لجعل مسطرة الصلح سارية في حق هؤلاء الأصناف من ذوي قواعد الاختصاص الاستثنائية بالنسبة للجرح الخاضعة لمسطرة الصلح، وأن يرتب عن ذلك إيقاف إجراءات

التحقيق إذا أجري صلح بين صاحب الاختصاص الاستثنائي والمشتكي أوالمتضرر وذلك مساواة لهم بباقي المتقاضين العاديين.
III- شرعية محاكمة المحدث البالغ من العمر 12 سنة فأقل:

من المسلم به أن انعدام المسؤولية الجنائية بصفة مطلقة ترجع لسببين هما:

1- الخلل العقلي التام:

كما يحدد ذلك الفصل 134 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه « لا يكون مسؤولاً ويجب الحكم بإعفائه من كان وقت ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه في حالة يستحيل عليه معها الإدراك أوالإرادة نتيجة لخلل في قواه العقلية... إلخ».

2- القصور:

وبالضبط الحدث إلى غاية بلوغه 12 سنة، ويكرس ذلك الفصل 458 من قانون المسطرة الجنائية الذي ينص على أنه: «يعتبر الحدث إلى غاية بلوغه سن اثنتي عشرة سنة غير مسؤول جنائياً لانعدام تمييزه»، ونفس الاتجاه يؤكداه الفصل 138 من القانون الجنائي الذي تنص فقرته الأولى على أن: «الحدث الذي لم يبلغ سنه اثنتي عشرة سنة كاملة يعتبر غير مسؤول جنائياً لانعدام تمييزه».

والتساؤل الذي يعيننا في هذا المقام هل تجوز متابعة ومحاكمة الحدث البالغ سنه 12 سنة فأقل وهو أصلاً منعدم المسؤولية كما تقرر ذلك مقتضيات المسطرة الجنائية وكذلك مقتضيات القانون الجنائي الموماً إليهما سابقاً؟

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى مقتضيات الفصل 480 من قانون المسطرة الجنائية وهي مقتضيات تتعلق بمحاكمة الأحداث، فبقراءة متأنية للفقرة السادسة من الفصل المذكور التي تنص على أنه: «إذا كان الحدث يتجاوز عمره 12 سنة يمكن أن يطبق في حقه إما تدبير أو أكثر من تدابير الحماية أو التهذيب المنصوص عليهما في المادة 481 وما بعدها أو إحدى العقوبات المقررة في المادة 482 أو تكمل هذه العقوبات بواحد أو أكثر من تدابير الحماية أو التهذيب»، يتبادر إلى الذهن أن الحدث البالغ سنه 12 سنة فأقل يستثنى من تدابير الحماية والتهذيب المنصوص عليها في الفصل 481 من قانون المسطرة الجنائية وهي تمثل أقل جزاء يمكن أن يقضى به في حق الحدث الذي يكون قد توبع من أجل فعل جرمي وتمت إدانته من طرف هيئة الحكم.

ويستخلص من ذلك أن الحدث البالغ 12 سنة فأقل استثناه المشرع من تطبيق تدابير الحماية في حقه وقصر تطبيقها على الحدث

الذي يتجاوز عمره 12 سنة وذلك بعلّة انعدام مسؤوليته الجنائية بصفة مطلقة، وهذا يحتم القول بالنتيجة أن الحدث المنعدم المسؤولية الجنائية لا يمكن متابعته ولا محاكمته وأنه يتعين حفظ المتابعة في حقه وعلى المتضرر من فعله الجرمي اللجوء إلى القضاء المدني في إطار المسؤولية التقصيرية.

لكنه خلافاً لهذا الاتجاه فإن المشرع وفي إطار الفصل 480 من قانون المسطرة الجنائية المشار إليه سابقاً وقع في تناقض واضح إذ أنه في الفقرة السادسة التي أشرنا إليها سابقاً قصر تطبيق تدابير الحماية والتهذيب بعد المحاكمة على الحدث يتجاوز عمره 12 سنة أي أنه استثنى الحدث البالغ عمره 12 سنة فأقل فإنه في الفقرة الرابعة من نفس الفصل نص على أنه: «إذا كان عمر الحدث يقل عن 12 سنة فإن المحكمة تنبهه وتسلمه بعد ذلك لأبويه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو حاضنه أو كافلة أو المكلف برعايته»، فالمشرع وتبعاً لذلك يقر في إطار الفقرة الرابعة من الفصل 480 من قانون المسطرة الجنائية بمتابعة ومحاكمة الحدث البالغ عمره 12 سنة كما يجيز ذلك أيضاً بصفة صريحة في الفصل 138 من القانون الجنائي، إذ في الفقرة الأولى منه يعترف بانعدام مسؤوليته الجنائية ثم يعود في الفقرة الثانية من نفس الفصل

ليجيز محاكمته طبقاً للمقتضيات المقررة في الكتاب الثالث من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

ولقائل أن يقول ولماذا لا يحاكم الحدث المنعدم المسؤولية الجنائية شأنه شأن المنعدم المسؤولية بسبب الخلل العقلي؟

حقاً إن المشرع سمح بمحاكمة المتهم المنعدم المسؤولية الجنائية بسبب خلله العقلي كما تؤكد ذلك مقتضيات الفصل 76 من القانون الجنائي، لكن مبررات محاكمة هذا الأخير ترد في الفصل المذكور وهي إجراء خبرة على المتهم للتأكد من الخلل العقلي، وبعد أن تتيقن المحكمة بواسطة خبرة من ذوي الاختصاص من أن المتهم منعدم المسؤولية بسبب الخلل العقلي تقضي بإعفائه من العقوبة، وتأمّر في حالة استمرار الخلل العقلي بإيداعه في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية.

فمبررات محاكمة المختل عقلياً وهي التأكد من خلله العقلي وما يشكله ذلك من خطورة على نفسه وعلى الغير بسبب ذلك الخلل ومن تم يحكم بإيداعه بمؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، وهي مبررات ليست واردة في حالة الحدث المنعدم المسؤولية الجنائية إذ أن قصوره يكون ثابتاً في البداية بواسطة حالته المدنية أو شهادة طبية، وهو من جهة أخرى لا يشكل خطورة كما هو حال المختل عقلياً، ومع ذلك فالفقرة

الرابعة من الفصل 480 من قانون المسطرة الجنائية أجازت محاكمته بل وعقابه عن طريق تنبيهه وتسليمه بعد ذلك لأبويه أو الوصي عليه أو المقدم عليه... وهو تديير منصوص عليه في الفصل 481 من قانون المسطرة الجنائية مع المنعدم المسؤولية الجنائية للخلل العقلي، يعنى من العقوبة كما هو واضح من الفصل 76 من القانون الجنائي المشار إليه سابقاً.

ونقترح احتراماً لانعدام المسؤولية الجنائية للحدث البالغ عمره 12 سنة فأقل أن يعاد النظر في صياغة الفقرة الرابعة من الفصل 480 من قانون المسطرة الجنائية والفقرة الثانية من الفصل 138 من القانون الجنائي، وذلك بالنص على أن الحدث المشار إليه والبالغ سنه 12 سنة فأقل لا يمكن متابعته أو محاكمته وعلى المتضرر من فعله اللجوء إلى الطريق المدني للمطالبة بالتعويض.

تقديم وشرح مقتضيات القانون رقم 03.01

في 2002/08/12 المتعلق بإلزام إدارات الدولة
والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية
والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام
بتعليق قراراتها الإدارية الفردية السلبية
(الجريدة الرسمية عدد 5029)*

الأستاذ: ميمون يشو

أستاذ التعليم العالي

أستاذ القانون الإداري والعلوم الإدارية

والقانون الدستوري والعلوم السياسية

المفتش العام السابق للوزارة المكلفة بتحديث القطاعات العامة

I- إرساءات عامة:

يندرج مضمون هذ القانون ضمن الجهود الرامية إلى تخليق الحياة العامة من أجل إعطاء مفهوم جديد للسلطة العامة تعزيزاً للبنات الأولى التي وضعها المغرب على هذا المسار، ومنها إحداث المحاكم الإدارية، والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، ومؤسسة ديوان المظالم الخ... كما أن العمل بهذا القانون سوف يؤهل الإدارة لجعلها أداة فعالة في

(*) من محاضرات ألقيت على أطر المصالح الخارجية للوزارات والجماعات المحلية بمقر جهات فاس، مكناس، الرباط، الدار البيضاء، سطات، مراكش، خلال شهر يونيو 2003.

خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية لضمان حقوق وحرّيات المواطنين وكل المتعاملين معها، والحد من البروقراطية ومن الغلو في ممارسة السلطة التقديرية، وربط هذا وذاك بالمفهوم الجديد للسلطة وبمفهوم الخدمة العامة وصيانة الحقوق وحفظ المصالح واحترام الحرّيات والقوانين. مع التأكيد على أنه توجد حالياً قناعة ثابتة بأنه لن يتحقق التغيير الذي يتطلع إليه الجميع إلا بتغيير سلوك الإدارة وإعادة النظر في مهامها وفي مساطرها وفي الوسائل التي تستعملها للقيام بمهامها.

كانت الإدارة إلى غاية تاريخ العمل بهذا القانون غير ملزمة بتعليل قراراتها الفردية السلبية وقت إصدارها لها إلا في الحالات النادرة التي ينص عليها القانون صراحة، ولم تكن مجبرة على التعليل إلا أمام القضاء (الفقرة الثانية من الفصل 366 من قانون المسطرة المدنية)، وهو ما كان يفقد إلى حد ما الثقة في الإدارة ولا سيما لدى المستثمرين، وكانت هذه الفترة تتميز بنوع من اللامبالاة لدى كثير من المسؤولين الإداريين حين معالجتهم لملفات المواطنين وعدم إعطائها العناية اللازمة.

وهكذا تكمن أهمية هذا القانون في تحقيقه لأبعاد كثيرة ومتعددة: (البعد السياسي والبعد الأخلاقي والبعد الثقافي والبعد

الاقتصادي والبعد الاجتماعي والبعد الإداري) تتطلع كلها إلى حمل الإدارة على الانتقال من إدارة تبني مشروعية عملها على امتيازات السلطة العامة إلى إدارة مطالب منها أن تكون خدومة ومواطنة وقريبة من المواطنين.

وهكذا يتمثل البعد السياسي لهذا القانون في كونه يربط مشروعية العمل الإداري بمدى احترامه للمشروعية، ومدى التزام الإدارة باحترام القانون والحريات الفردية والجماعية، كما أن هذا القانون يساهم في ديمقراطية المجتمع وضمان مساواة المواطنين أمام القانون، ويسمح للمواطن بأن ينتقل من وضعية: «المواطن المدعن» إلى المواطن بما في الكلمة من معنى حديثة، متعارف عليها دولياً، وهو أمر يعتبر في حد ذاته قرينة على مدى النضج السياسي في بلادنا كما هو الحال في دول العالم المتحضر.

ويتمثل البعد الثقافي والأخلاقي في مساهمة هذا القانون في إرساء ثقافة جديدة مبنية على علاقة تسودها الشفافية والمسؤولية.

ويتمثل البعد الاقتصادي في تهييء المناخ الملائم لجلب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وذلك بوضع ضمانات قانونية وقضائية

مماثلة للضمانات التي اعتاد الرأس المال خصوصاً الأجنبي أن يعمل في إطارها .

أما البعد الإداري، فيفرض على الإدارة مراجعة طرق وآليات إعداد قراراتها الإدارية وكذا الرفع من مستوى الكفاءات المهنية للموظفين المكلفين بتسيير دواليب الدولة.

للقانون المتعلق بتعليل القرارات الفردية السلبية أربع منطلقات:

1- إقرار مبدأ إلزامية تعليل القرارات الإدارية الفردية السلبية كقاعدة عامة أصلية في تعامل الإدارة مع المواطنين والمرتفقين بما فيهم المستثمرون تحت طائلة عدم الشرعية؛

2- الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات التي قد يقتضيها الأمن الداخلي والخارجي للدولة وكذا حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية أحوالات الاستعجال القصوى التي يتعذر معها تعليل القرارات وقت إصدارها، لكن مع إبقاء حق المعني بالأمر بالاطلاع على الأسباب التي كانت وراء اتخاذ القرار لغير فائدته حسب مسطرة معينة فيما يخص هذه الحالات الأخيرة؛

3- توطيد الشفافية في العمل الإداري من خلال فرض مسطرة شكلية تحت طائلة عدم الشرعية تقضي بأن يكون التعليل في صلب

القرار، مكتوباً، مطابقاً للقانون، ومرتبباً بوقائع مضبوطة، ومقنعاً، ومتزامناً لتاريخ اتخاذ القرار؛

4- تكتسي المجالات الخاضعة لإلزامية التعليل حيوية وأهمية خاصة بالنسبة للمواطنين والمرتفقين والمتعاملين مع الإدارة.

ماهي نقط القوة في هذا القانون؟ يظهر ذلك من خلال شرح مقتضيات كل مادة على حدة:

II - شرح المقتضيات:

عنوان القانون:

ولإن كان القانون ملزماً في حد ذاته، فإنه تم تعمد ذكر كلمة: إلزام... للتذكير بوجوب التعليل والإشارة إلى أن البدء بالعمل بهذا القانون يهدف إلى وضع خط فاصل بين حقبتين: حقبة كانت فيها الإدارة غير ملزمة بتعليل قراراتها وقت إصدارها لها، وحقبة أصبحت فيها ملزمة بذلك.

المادة الأولى:

تلزم إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها

الإدارية الفردية السلبية الصادرة لغير فائدة المعني المشار إليها في المادة الثانية بعده تحت طائلة عدم الشرعية، وذلك بالإفصاح كتابة في صلب هذه القرارات عن الأسباب القانونية والواقعية الداعية إلى اتخاذها.

خاصية هذه المادة:

1- كل الأجهزة الإدارية المتعاملة مع العموم خاضعة لهذا القانون وعلى الخصوص:

- إدارات الدولة أي جميع الوزارات بما فيها الإدارات المركزية والمصالح الخارجية والغير ممرضة؛

- الجماعات المحلية بما فيها الجهات والأقاليم والعمالات والجماعات الحضرية والقروية وكذا الهيئات التي تحدثها كالوكالات المستقلة ونقابات الجماعات؛

- المؤسسات العمومية على اختلاف أنواعها؛

- المصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عمومي أي الأجهزة الخاصة التي تستفيد من امتيازات السلطة العامة في تسييرها لنشاط يهدف إلى تقديم خدمة عمومية (كالهاتف، والماء، والكهرباء، والنظافة إلخ...).

تجدر الإشارة إلى أن هذه الأجهزة هي عموماً أشخاص خاصة تخضع عموماً للقانون الخاص ولاسيما في نشاطها التجاري، وبالتالي فإن المحاكم الابتدائية أوحى المحاكم التجارية لا تلغي قرارات هذه الأجهزة وإنما تحكم عليها بالتعويض.

لكننا نجد في كثير من الحالات أن الحكم بالتعويض لا يحل المشكل، ولذلك نجد بعض المتضررين يفضلون الإلغاء لاسيما في مجال الخدمات العمومية. مثلاً رفض جهاز اتصالات المغرب ربط شخص معنوي أذاتي بالشبكة الهاتفية، أو رفض الجهاز المكلف بتوزيع الماء والكهرباء مد هذا الشخص بهاتني المادتين إلخ...

لهذا السبب تم إخضاع حتى هذا النوع من الأجهزة وفي هذا الصنف من النشاط إلى القضاء الإداري، وهو الاتجاه الذي عمل به كل من القضاء الإداري المغربي والفرنسي فيما يخص النشاط العمومي ذا الصلة بالمنفعة العامة لأشخاص القانون الخاص.

2- القرارات الفردية:

هي القرارات التي تمس مصالح الفرد أي كل شخص بعينه سواء كان فرداً واحداً أو مجموعة من الأشخاص ولكن بعينها. وتستثنى منها

القرارات ذات الطبيعة التنظيمية أي تلك النصوص القانونية ذات القواعد العامة والمجردة والملزمة «مراسيم وقرارات وزارية تنظيمية».

ويشترط في القرارات المعنية بهذا القانون أن تكون سلبية بالنسبة للشخص المعني أو الأشخاص المعنيين بالأمر أي أنها ليست في صالحه أو صالحهم.

الهدف من حصر إلزامية التعليل على القرارات السلبية فقط يهدف إلى حمل الأجهزة الإدارية على التثبت بالقانون، سيما وأن نوعية القرارات التي تزعم المرتفقين هي القرارات السلبية، على خلاف القرارات الإيجابية، ولذلك لن يكون لتعميم التعليل أي جدوى سيما وأن القرار الإداري هو ثنائي بين الإدارة والمستفيد منه ولا يصل مضمونه إلى علم الغير، وبالتالي فإن فرض تعليل القرارات حتى على القرارات الإيجابية وقت إصدارها يبقى غير ضروري.

3- وجوب تضمين القرار الإداري للتعليل كشرط أولي لصحته:

الميزة الأخرى للقانون الحالي هي فرض شرط أساسي أولي لصحة القرار الإداري في جانبه الشكلي إلى جانب باقي الشروط والأركان التي قد يفرضها القانون، ويقضي بضرورة وجود التعليل (بغض النظر عن

جدية مضمونه)، وأن مجرد عدم التضمين في صلب القرار لهذا الشرط الأولي يؤدي إلى اعتباره غير شرعي على حالته، (ومهما كانت جدية ومشروعية الأسباب الحقيقية المبررة لصدوره) مما يحول، وبقوة القانون، دون تنفيذه أو إعطائه أي أثر قانوني مهما طال الزمان وتغير المكان.

هذا وقد حددت هذه المادة شروط صحة التعليل بأن يكون:

أ- مكتوباً وفي صلب القرار، وهذا يعني عدم جواز القرار الشفوي في المجالات التي تخضع لأحكام هذا القانون، كما أنه لا يجوز فصل التعليل عن مضمون القرار في وثيقتين مستقلتين بتواريخ مختلفة، أو حتى متزامنتين، وبالتالي فإن صحة التعليل تقتضي كما جرى عليه القضاء إلى يومنا بأن يكون القرار مكتوباً ومقنعاً (من حيث مادية الوقائع وتكييفها القانوني ودقة مفرداتها ومفاهيمها) وتناسباً ومتزامناً وغير مخل بأي قاعدة قانونية من حيث الاختصاص أو الشكل أو المضمون، وبالتالي ليس هناك مجال للتستر وراء ذريعة السلطة التقديرية أو استعمال جمل فضفاضة ومطاطية كصيغة: «تطبيق النصوص والقوانين الجاري بها العمل»؛

ب- بأن يفصح عن الوقائع المادية والأسباب القانونية التي دعت إلى اتخاذ هذا القرار، وهذا يتطلب من الإدارة عرض الوقائع المادية بأمانة، وتكييفها والبحث عن القاعدة أو القواعد القانونية ذات الصلة بها، وهو مجهود سوف يحد لا محالة من الارتجال أو الذاتية في اتخاذ القرارات ومحفزاً على التفقه في القانون.

4- الشرعية:

تجاوزاً للجدل القائم بين مفهومي الشرعية والمشروعية، وأيهما يكون الأنسب لما نحن بصدد، نشير إلى أنه يقصد - بالشرعية في هذا القانون: كل النصوص القانونية التي تضبط سلوك المواطنين، أي كل القوانين والمراسيم والقرارات الوزارية التنظيمية التي تصدر عن السلطات الشرعية كل واحدة في حدود صلاحياتها، طبقاً لما ينص عليه الدستور، وبالتالي فإن الشرعية تهدف إلى جعل الجميع أياً كان مركزهم في وضعية الخضوع للقانون على خلاف وضعية التعسف التي لا تستند على القانون. ولتفادي هذه الوضعية الأخيرة ومن أجل بسط سلطان القانون، تم إخضاع عمل الإدارة إلى الشرعية، أي أن الإدارة تبقى خاضعة للقواعد القانونية كأى شخص في المجتمع، بما في ذلك القواعد القانونية التي ساهمت في إنشائها. وبعبارة أخرى، فإن

الوضعية القانونية تعني خضوع السلطة الإدارية إلى القواعد القانونية الصادرة عن السلطة السياسية بصفة عامة وإلى القواعد القانونية المحددة لصلاحياتها واختصاصاتها بصفة خاصة. وهكذا تكون الوضعية القانونية للإدارة هي وضعية موضوعية ومجردة وليس ذاتية أو شخصية، ويعني ذلك أن الموظف العمومي لا يتوفر على حق شخصي بالنسبة للمتعاملين مع الإدارة أو المرفق العمومي الذي يعمل فيه أو يشرف عليه.

نشير إلى أنه إذا كانت قرينة المشروعية (الشرعية) لصيقة فيما مضى بكل القرارات الإدارية متى صدرت عن سلطة إدارية شرعية، فتعطيها القوة والإلزامية التنفيذية، بحيث لم يكن جائزاً للمرؤوس أو الجهاز الموكل له مهمة التنفيذ مناقشتها أو الاعتراض عليها أو على تنفيذها، مهما كانت عللها الظاهرة، وهو نفس الحكم الذي كان سائراً حتى على المنفذ عليه، اللهم إذا نهج مسطرة التظلم الإداري أو مسطرة الطعن أمام القضاء، فإن الأمر أصبح اليوم مختلفاً بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة في المجالات التي أخضعها القانون الحالي لإلزامية التعليل تحت طائلة عدم الشرعية، بحيث لن تكون لها القوة الإلزامية بالنسبة لكل المتدخلين في مسلسل التنفيذ إلا إذا توفرت في صلبها

على التعليل في جانب وجوده الشكلي، بغض النظر عن مدى جديته وماديته وقانونيته المعلنة والذي يبقى تقييمه من اختصاص المحكمة الإدارية، وبالتالي أصبح من الضروري إعطاء شرط «تحت طائلة عدم الشرعية» المنصوص عليه في هذه المادة مدلوله وأثره الكاملين وإلا بقينا في الوضع السابق والمتجسد في ما تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 366 من قانون المسطرة المدنية.

وهكذا نعتبر أن البدء بالعمل بالقانون الحالي سوف يكون له تأثير أكيد على المفهوم التقليدي الذي كان سائداً للسلطة العمومية، وعلى طبيعة علاقة المرؤوس برئيسه فيما نحن بصدده، وعلى علاقة الموكل له التنفيذ أو المنفذ عليه بالجهاز المصدر للقرار الإداري في المجالات التي يفرض فيها القانون ضرورة وجود التعليل في صلب القرار الإداري السلبي تحت طائلة عدم الشرعية.

من جهة أخرى، نشير إلى أن القانون الحالي لم يعالج الوضعية العكسية، أي هل يعتبر قرار غير معلل برفض امتياز يعتبره المرفوض له، أنه حق له أي، أنه موافقة ضمنية؟ مثلاً في مجال الإعفاءات الضريبية أو الترشيحات الانتخابية أو القيام بتظاهرة معينة إلخ...

تجدد الإشارة إلى أنه:

أ- لا يجوز إثارة عدم الشرعية للقرار بكيفية تلقائية من طرف القاضي باعتباره من النظام العام، إلا بعد تبليغ عريضة الطعن إلى الإدارة، وبعد عدم اعتداد هذه الأخيرة بالجانب الأمني الداخلي أو الخارجي أوحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية (الفصلان 3 و4) من القانون؛

ب- لا يجوز لأي طرف كان أن يستنتج من صيغة القرار حالتي الضرورة أو الظروف الاستثنائية، بل يتعين الإشارة في صلب القرار إليهما وإلى الفصل 4 من هذا القانون لتبرير عدم التعليل وقت إصدار القرار؛

ج- لا يجوز الاعتداد بالسر المهني لتبرير عدم تعليل القرار ما دامت العلاقة ثنائية بين الإدارة والمعني بالأمر، ولكون السر المهني لا يطبق إلا في:

1- الحالات الخاصة التي يحددها القانون بصريح العبارة كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للفصلين 446 و447 من القانون الجنائي، إذ يتعلق الفصل الأول بمنع الأطباء والمرضيين والمولدات الإفشاء إلى الغير عن طبيعة الأمراض للأشخاص الذين عالجهم، ويتعلق الفصل

الثاني بمنع المسؤولين أو العمال في المعامل المغربية تسريب أسرار المنتوجات المغربية إلى الأجانب وحتى إلى المغاربة القاطنين في الخارج؛

2- الحالات التي يحدث ضرر أكيد للأغيار بسبب المعلومات المفشى بها عنهم.

من جهة أخرى نعتبر أنه من تحصيل الحاصل إذا قلنا أن تعليل القرارات الإدارية السلبية أصبح واجباً على الموظفين المصدرين للقرارات الإدارية، وأن عدم مراعاته يعتبر خطأ مهنيّاً مادام الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود يعرف الخطأ بالنسبة للموظفين بأنه «هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر».

وأن الفصل 80 من نفس القانون يجعل الموظفين مسؤولين شخصياً عن أخطائهم الجسيمة في أداء وظائفهم، وأن المسؤولية المدنية للدولة لن تصبح قائمة إلا بعد إثبات عسر الموظفين المسؤولين عن فعل وعن الضرر اللاحق بالأغيار، لكون الدولة ليست مسؤولة حسب الفصل 79 من نفس القانون إلا عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إداراتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

يتم إلحاق الجزاء عن كل مخالفة من طرف الموظفين لهذا المبدأ إما من طرف السلطة العليا الإدارية (في نطاق العلاقة التسلسلية أوفي نطاق الوصاية الإدارية) وإما في إطار مسطرة التقاضي أمام القضاء الإداري من أجل إلغاء القرارات الغير المشروعة.

من جهة أخرى، نشير إلى صلاحية المحاكم الجزية لتقدير شرعية القرارات التي تصدر في نطاق القانون الملزم بتعليل القرارات متى وقع التمسك بها أمامها سواء باعتبارها أساساً للمتابعة أو باعتبارها وسيلة من وسائل الدفاع (الفقرة الأخيرة من الفصل 44 من القانون عدد 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية).

المادة الثانية:

« يخضع للتعليل، مع مراعاة أحكام المادتين 3 و4 من هذا القانون، علاوة عن القرارات الإدارية التي أوجبت النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل تعليلها، القرارات الإدارية التالية:

أ) القرارات المرتبطة بمجال ممارسة الحريات العامة أو التي تكتسي طابع إجراء ضبطي؛

ب) القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية؛

ج) القرارات الإدارية التي تقيد تسليم رخصة أو شهادة أو أي وثيقة إدارية أخرى بشروط أو تفرض أعباء غير منصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل؛

د) القرارات القضائية بسحب أو إلغاء قرار منشئ لحقوق؛

هـ) القرارات الإدارية التي تستند على تقادم أو فوات أجل أو سقوط؛

و) القرارات التي ترفض منح امتياز يعتبر حقاً للأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية».

لقد حددت هذه المادة مجال وجوب تعليل القرارات الإدارية بالإضافة إلى الحالات التي أوجبت النصوص التشريعية والتنظيمية تعليلها:

أ) القرارات المرتبطة بمجال ممارسة الحريات العامة أو التي تختص بطابع إجراء ضبوطي؛

مثال عن القرارات التي تمس بالحريات العامة:

- قرار عدم منح رخصة بالتغيب لمزاولة نشاط نقابي؛

- قرار سحب جريدة من السوق؛

- قرار سحب سلعة معينة من السوق.

القرارات التي تكتسي طابع إجراء ضبطي:

الإجراء الضبطي أو كما يسمى أيضاً بالشرطة الإدارية يفيد تلك الضوابط التي تصدرها السلطة العمومية الإدارية للمواطنين في شأن الحياة العامة اليومية، أو من أجل ممارسة نشاط معين.

أ- أهداف الشرطة الإدارية أو الإجراءات الضبطية هي:

1- الحفاظ على النظام والانتظام في الطرقات العمومية؛

2- التصدي للفوضى في الطرقات العمومية وهو ما يسمح بمنع بعض التظاهرات في الطرقات العمومية؛

3- الأمن والأمان بالمفهوم الوقائي: أي الوقاية من جميع أنواع الكوارث سيما الطبيعية: مثل الفيضانات أو الحرائق، أو انهيار المباني إلخ...؛

4- المجالات الصحية: مثل الوقاية من الوباء أيضاً كان نوعه كالتسمم أو الوقاية من الوضعيات غير الصحية الناتجة عن المياه المستعملة إلخ...؛

5- الطمأنينة: أي عدم عرقلة النظام والانتظام العمومي كمنع الضجيج خصوصاً بالليل وبصفة عامة كل ما يزعج راحة المواطنين.

ب- مجال سلطة الشرطة الإدارية أو الإجراءات الضبطية هي:

- 1- حرية التنقل؛
 - 2- ممارسة حق الملكية وحرمة المنزل وحرية الولوج إليه؛
 - 3- حرية التجارة؛
 - 4- حرية الصحافة؛
 - 5- حرية التجمع؛
 - 6- حرية العروض المسرحية؛
 - 7- حرية ممارسة العبادة؛
 - 8- الحفاظ على جمالية المظهر الخارجي للبنيات، إلخ...
- (ب) القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية:
- مثال:

- قرار إصدار عقوبة ضد موظف بالتوبيخ أو القهقرة في الدرجة؛
- قرار فرض غرامة على أحد التجار؛
- قرار توقيف مقلع لمدة معينة؛

ج) القرارات الإدارية التي تقيد تسليم رخصة أو شهادة أو أي وثيقة إدارية أخرى بشروط أو تفرض أعباء غير منصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل؛

مثال عن القرارات التي تفرض أعباء غير منصوص عليها في القانون:

- منح رخصة السكن شريطة تخصيص المنزل لنشاط غير السكن؛
- إلزام بعض الإدارات للناجحين في امتحانات الولوج للوظائف بالعمل لديها لمدة لا تقل عن 10 سنوات.

مثال عن القرارات التي تقيد تسليم رخصة أو شهادة أو أي وثيقة إدارية بشروط:

- ربط تسليم شهادة السكنى بشراء رهان اليناصيب الوطني؛
- ربط تسليم رخصة البناء بضرورة تعبيد طريق عمومي مجاور؛
- فرض على مقابلة إنجاز تجهيزات لتطهير وحماية البيئة؛
- فرض شروط تقنية غير منصوص عليها في قانون البناء.

د) القرارات القاضية بسحب أو إلغاء قرار منشىء لحقوق:

مثال:

- قرار سحب رخصة استغلال الملك العمومي الذي نتج عنه ضياع أصل تجاري؛

- قرار سحب رخصة النقل العمومي « كريما ».

هـ) القرارات الإدارية التي تستند على تقادم أو فوات أجل أو سقوط حق:

مثال:

- قرار رفض تمديد رخصة استغلال مقلع على أساس أحد هذه الأسباب (تقادم أو فوات الأجل أو سقوط الحق).

و) القرارات التي ترفض منح امتياز يعتبر حقاً للأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية:

مثال:

- القرارات القاضية برفض منح امتيازات ينص عليها القانون كما هو الشأن بالنسبة لقدماء المحاربين أو الأشخاص المعوقين (مثلاً رفض تخصيص الحصيص القانوني لهذه الشرائح في مجال التوظيف).

- القرارات القضائية بمنع بعض الأشخاص من ارتياد الأماكن العمومية دون البعض الآخر.
- القرارات القضائية برفض منح جواز السفر.

المادة الثالثة:

«تستثنى من أحكام المادة الأولى من هذا القانون القرارات الإدارية التي يقتضي الأمن الداخلي والخارجي للدولة عدم تعليلها». مثلاً: قرار عدم السماح بأخذ صور لبعض الأماكن تحت ذريعة أنها تكتسي طابعاً استراتيجياً أمنياً أو عسكرياً.

ينحصر هذا الاستثناء على عدم وجوب تضمين، في صلب القرار الإداري، للتعليل وقت إصداره فقط، ولا يفيد الإعفاء التام والنهائي، كما أن عدم وجوب التعليل وقت إصدار القرار في هذه الحالة بالذات (المادة 3 السالفة الذكر) لا ينسخ الفقرة الثانية من الفصل 366 من قانون المسطرة المدنية، وبالتالي فإن هذا الاستثناء لا يعفي الإدارة المصدرة للقرار من إعطاء جميع التوضيحات في حالة مسطرة التقاضي، علماً بأن للقضاء الإداري، ومعه إن اقتضى الحال، القضاء الجزري (الفقرة الأخيرة من الفصل 44 من القانون المنشيء للمحاكم الإدارية)

صلاحية الاطلاع ومراقبة مدى مادية وصحة ارتباط عدم التعليل بالأمن الداخلي والخارجي لدولة شكلاً ومضموناً، وأن القضاء يعتبر عدم تقديم التعليل أو تقديم تعليل ناقص أو غير مشروع سبباً من أسباب الإلغاء أو التصريح بعدم شرعية القرار بالنسبة للقضاء الزجري.

المادة الرابعة:

«إن القرارات الإدارية الفردية التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية والتي يتعذر تعليلها لا تكون مشوبة بعدم الشرعية بسبب عدم تعليلها وقت اتخاذها، غير أنه يحق للمعني بالأمر تقديم طلب إلى الجهة المصدرة للقرار داخل أجل ثلاثين (30) يوماً من تاريخ التبليغ لاطلاعه على الأسباب الداعية إلى اتخاذ القرار الإداري السلبي الصادر لغير فائدته.

يجب على الإدارة حينئذ أن تجيب على طلب المعني داخل أجل خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ توصلها بالطلب.

لا تدخل القرارات في الفقرتين (ب) و(هـ) من المادة 2 من هذا القانون ضمن حالة الضرورة».

مثلاً: حدوث فيضانات، حرائق كبرى، زلازل، اضطرابات داخلية من حجم ونوع معين، خطر انهيار منازل أوقناطر أوعمارات إلخ...

إن تمسك الإدارة بحالة الضرورة والظروف الاستثنائية لتبرير عدم تعليل قراراتها الإدارية وقت إصدارها لها، لن يحصنها من رقابة القاضي الإداري ومعه، إن اقتضى الحال، القاضي الزجري كما سبق ذكره، إذ تبقى صلاحية النظر في مدى:

1- صحة ومادية وقانونية حالة الضرورة والظروف الاستثنائية التي تتستر وراءها الإدارة لأجل تبرير موقفها بعدم تعليل قرارها الإداري وقت صدوره؛

2- صحة ومادية وقانونية الأسباب التي يركز عليها القرار الإداري من حيث باقي شروطه الشكلية ومن حيث مضمونه؛

3- أركان مفهوم الضرورة هي:

- هلاك محقق ووشيك الوقوع آنياً؛

- الحل الوحيد بدون وجود أي دليل؛

- حالة الاستعجال القصوى.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه حتى لو سلمنا بوجود حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية كحالة الاستعجال القصوى، فإن هذا الإعفاء من التعليل ينتهي بانتهاء 15 يوماً من تاريخ توصل الإدارة بطلب من المعني بالأمر الذي يتعين عليه أن يرفعه خلال 30 يوماً من تاريخ توصله بقرار الرفض الغير المعلل، بحيث يصبح من حقه الاطلاع على الأسباب الواقعية والقانونية الحقيقية التي كانت وراء صدور القرار الإداري السلبي لغير فائدته، وفي نفس الوقت يتعين على الإدارة التي تم إعفاؤها من التعليل مؤقتاً وقت إصدارها للقرار الإداري، أن تستجيب له داخل 15 يوماً من تاريخ توصلها بالطلب بالإفصاح عن الأسباب التي كانت وراء قرارها السلبي.

هذا، وقد استثنت هذه المادة من حالة الضرورة والظروف الاستثنائية القرارات الإدارية القاضية بإنزال عقوبة إدارية أو تأديبية والقرارات الإدارية التي تستند على تقادم أو فوات أجل أو سقوط حق، لأنه منطقياً لا يمكن تصور ظروف استثنائية أو حالة الضرورة في هذه المجالات.

المادة الخامسة:

«عندما تلتزم السلطات الإدارية السكوت من خلال القرارات الضمنية السلبية التي تصدرها، يحق للمعني بالأمر تقديم طلب داخل

أجل الثلاثين (30) يوماً الموالية لانصرام الأجل القانوني للطعن، لاطلاعه على أسباب القرار الضمني السالف، وتكون الإدارة حينئذ ملزمة بالرد على الطلب داخل أجل خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ التوصل بالطلب».

بالإضافة إلى الشرح الذي أوردناه في المادة الرابعة أعلاه، يستفاد من هذه المادة الخامسة أن للمرتفق الحق، في ممارسة المسطرة القضائية حتى بعد فوات أجل الطعن العادي، ولكن شريطة ممارستها داخل الثلاثين يوماً الموالية لهذا الفوات، وذلك بمراجعة الإدارة قصد مطالبتها بإخباره بأسباب الرفض الضمني، والتي يتعين عليها في هذه الحالة ومن باب الوجوب بالرد داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ توصلها بهذا الطلب، مما يفتح له أجلاً جديداً لاستدراك الموقف وممارسة المسطرة القضائية.

المادة السادسة:

«إن الأجل المنصوص عليه في المادتين الرابعة والخامسة أعلاه، والمتعلق بطلب المعني بالأمر، وجواب السلطة الإدارية، يمدد أجل الطعن المنصوص عليه في الفقرة الخامسة من الفصل 360 من قانون المسطرة المدنية والمادة 23 من القانون رقم 90.41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية».

كل الطعون المقدمة سواء في إطار المادة الرابعة أو المادة الخامسة أعلاه تممدد الأجل المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية (الفصل 360) وفي القانون المنظم للمحاكم الإدارية (المادة 23) ضماناً لحقوق الأفراد والجماعات تجاه الأجهزة الإدارية.

وهكذا أصبح القانون الحالي يعطي للمرتفقين الذين يرغبون في الطعن القضائي ضد القرارات الإدارية السلبية الخاضعة لوجوب التعليل أجلاً قد يصل بسبب التمديدات إلى 359 يوماً مفصلاً كما يلي:

(1) (الفصل 360 ق.م.م) 60 يوماً لجواب الإدارة أو اعتبار سكوتهام رفضاً ضمناً؛

(2) (الفصل 360 ق.م.م) 60 يوماً لممارسة مسطرة الطعن أو مسطرة الاستعفاف إذا قرر المرتفق ذلك؛

(3) (الفصل 360 ق.م.م) 60 يوماً لتمديد أجل الطعن القضائي بسبب المسطرة الاستعافية؛

(4) (الفصل 5 من القانون الحالي) 30 يوماً بعد انتهاء أجل

الطعن؛

(5) (الفصل 5 من القانون الحالي) 15 يوماً لجواب الإدارة؛

6 (الفصل 360 ق.م.م) 60 يوماً لممارسة مسطرة الاستعطاف إذا أراد المرتفق سلك هذه المسطرة ضد قرار الإدارة الصادر في إطار الفصل 5 من القانون الحالي سواء كان القرار صريحاً أو ضمناً؛

7 (60 يوماً لتمديد أجل الطعن القضائي بسبب مسطرة الاستعطاف.

هذا بالإضافة إلى أنه لا يؤخذ في احتساب أجل الطعون القضائية لا اليوم الأول للتبليغ ولا اليوم الأخير لأجل الطعن (الفصل 512 من ق.م.م)، تصبح هذه المدة هي:

$$345 = (7 \times 2) + 359 \text{ يوماً.}$$

المادة السابعة:

« يعمل بأحكام هذا القانون ابتداءً من الشهر السادس الموالي للشهر الذي يصدر فيه بالجريدة الرسمية.»

فيما يخص تاريخ سريان مقتضيات هذا القانون فإنه يبتدأ مع بداية شهر فبراير 2003، وذلك راجع لكون الشهر الذي تم فيه النشر بالجريدة الرسمية هو شهر غشت 2002 وأن بداية الشهر السادس الموالي لهذا الشهر هي فاتح شهر فبراير 2003.

هذا وقد منح القانون كل هذه المهلة للإدارة بعد نشره في الجريدة الرسمية قصد تمكينها من اتخاذ جميع الترتيبات اللازمة لتأهيلها، والانتقال من الوضع الراهن إلى الوضع الجديد الذي ستكون فيه الإدارة ملزمة بتعليل قراراتها حسب مقتضيات السالفة الذكر.

أخيراً وليس آخراً ما يمكن قوله، فإننا نعتبر أن فعالية هذا القانون على أرض الواقع تبقى مرهونة بضرورة صدور قانون يتعلق بتحديد مسطرة تنفيذ الأحكام القضائية على أشخاص القانون العام، حتى يحظى الشيء المقتضى به بالقوة الإلزامية التي بدونها لن يحقق هذا القانون وقوانين أخرى الهدف أو الأهداف التي صدرت من أجلها.

لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً

ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية^(*)

الأستاذ: ميمون يشو

أستاذ التعليم العالي

أستاذ القانون الإداري والعلوم الإدارية

والقانون الدستوري والعلوم السياسية

المفتش العام السابق للوزارة المكلفة بتحديث القطاعات العامة

المقدمة:

يبقى عمل الجهاز الإداري بل وهمه اليومي هو حسن تطبيق القواعد القانونية بالطريقة التي يحقق بها ومعها الإدارة الكاملة للمشرع، وهو ما يصطلح عليه بالمشروعية. ويقصد بالمشروعية جميع النصوص القانونية العامة والمجردة والملزمة أياً كان مصدرها: سلطة تشريعية أو سلطة تنظيمية ولكن ليس بصفتها سلطة إدارية محضة، لأنه في هذه الحالة أي السلطة الإدارية فإنها تعمل على تنفيذ

(*) من محاضرات ألقى على طلبة السلك الثالث بكلية الحقوق بمراكش وطلبة السلك العالي للمدرسة الوطنية للإدارة بالرباط في مادة العمل الإداري.

القوانين بالمفهوم الواسع وتسيير المرافق العمومية، وليس على إصدار نصوص قانونية وإن كانت تساهم في تحضيرها وحتى في صياغة مشاريعها.

من جهة أخرى يتعين التمييز بين موقف القاضي الذي يضمنه في حكمه حين يبت في نازلة معروضة عليه، وبين موقف صادر عن مسؤول إداري حين يتخذ قراراً إدارياً تقديرياً ولو في نفس القضية المعروضة على القاضي، مع العلم أن كليهما مطالب ومقيد بضرورة تطبيق واحترام القانون.

يفترض في حكم القاضي أنه يعكس الإرادة الحقيقية والوحيدة للمشرع، بينما يهدف القرار التقديري للمسؤول الإداري إلى اختيار أحسن قرار من بين جملة مواقف مشروعة، يقتنع بكون مضمونه هو الأقرب إلى إرادة المشرع.

وهكذا يقول القاضي: «بناءً على فهمي وتأويلي للقانون فإن المشرع يريد كذا...».

بينما يقول المسؤول الإداري: «بناءً على ترخيص القانون لي فإني قررت كذا...».

السؤال المطروح هو: هل غياب النص القانوني الصريح لتحديد مضمون السلطة التقديرية يعطي الحرية المطلقة للإدارة باتخاذ أي قرار ولو كان متسماً بالتعسف؟

هذا النوع من العمل محذور، لأن الإدارة لا تفعل ما تريد، كما أن طبيعة عملها وشكله ومضمونه مقيد بالقانون، إذ أنها لا تقوم إلا بما يسمح به القانون على عكس الأفراد الذين يجوز لهم أن يقوموا بكل شيء إلا ما كان محذوراً.

لذلك يشترط في كل قرار إداري ألا يكون مخالفاً للمشروعية سواء كان القرار يخضع للمجال المقيد بالقانون أو لمجال السلطة التقديرية، أي أنه لا يجوز للجهاز الإداري أن يخرج عن حدود القواعد القانونية المتعلقة بالشكل والمضمون. وهذا يعني ضرورة الوجود القانوني للجهاز الإداري الذي اتخذ القرار، ومدى توفره على صلاحيات اتخاذ مثل هذا النوع من القرارات، هذا فضلاً على ضرورة مراعاة الشروط الشكلية المفروضة قانوناً لاتخاذ هذا النوع من القرارات الإدارية.

I - بعض الحالات التي تبقى مقيّدة بالقانون ولا تندرج في مفهوم ومضمون السلطة التقديرية:

الحالات التي لا تعتبر ولا تدخل ضمن السلطة التقديرية هي:

- معاينة الوقائع المادية؛

- البحث عن النص القانوني (أوالنصوص القانونية) الذي تخضع

له الوقائع المعنية وتكييفها وإنشاء الإرادة الإدارية والإعلان عنها؛

- تفسير وتأويل القانون.

1- معاينة الوقائع:

تهدف هذه المعاينة إلى معاينة الوقائع المادية التي تتكون منها

الحالة المعنية بالأمر.

وقد نجد من يكيف هذه المرحلة «بمرحلة تقدير الوقائع» وهذا

فهم خاطئ، لأن هذه المرحلة لا تقتضي أي عنصر تقديري من لدن الطرف

الذي يعاين.

ترتكز المعاينة على ثلاثة عناصر:

- تحديد ما هو خاضع للمعاينة؛

- اختيار وتحديد الوسائل المناسبة للقيام بهذه المعاينة؛

- تقدير القوة الإثباتية لهذه الوسائل.

المشكل الذي قد يطرح في معاينة الوقائع وتكييفها، هو احتمال حدوث الغلط فيها للشخص الذي يقوم بالمعاينة، أي عندما يتوهم الشخص الشيء على غير حقيقته، أي أنه يعتبر ما هو صحيحاً غير صحيح وما هو غير صحيح صحيحاً.

كل قرار إداري إلا ويجسد مجموعة من الاعتبارات والأشكال للعالم المادي الخارجي.

وعليه، إذا كان القرار الإداري يتضمن بدون قصد واقعة مخالفة للأشكال الواقعية المفروض فيه أنه يسردها كما هي، فإنه يكون في هذه الحالة فاسداً وبالتالي غير مشروع سواء تعلق الأمر بمجال السلطة التقديرية أو بالمجال المقيد بالقانون.

- مثال: ترقية الموظف (أ) بدل الموظف «ب» بسبب الأقدمية أو النقطة الجيدة، لكن في الواقع نجد أن الموظف «ب» هو الأقدم وأن الموظف (أ) لم يحصل بتاتاً على أي نقطة أعلى من نقطة الموظف «ب».

وهكذا، وبمجرد التنصيب على هذه الأسباب في القرار فإنها تصبح جزءاً لا يتجزأ من القرار ككل، ولذلك لا يجوز تغيير الأسباب الواردة في القرار أو التراجع عنها بمجرد توصل المعني بالأمر بالقرار.

يكون الغلط في الوقائع قائماً عندما يجهل الجهاز الإداري واقعة أو وضعية ما أو عرفها ولكن بكيفية مغلوطة، ولكن عندما يسيء الجهاز الإداري تطبيق القانون على الواقعة، رغم معرفته لها، لا نكون أمام الغلط في الواقعة ولكن نكون أمام خطأ في إخضاع الواقعة إلى القاعدة القانونية المناسبة، حتى لو تمت معابنتها بكيفية سليمة وهو ما يصطلح عليه ب: سوء تكييف الوقائع المعابنة.

وهنا لا بد من التمييز بين الغلط الحاسم وبين الغلط الثانوي.

الغلط الحاسم:

يتأثر القرار سلباً بالغلط إذا كان هذا الأخير ينصب على وقائع مادية في إحدى الحالتين:

في الحالة الأولى تعتبر الواقعة المغلوطة الركيزة المادية التي لولاها ما كان للإدارة أن تصدر قرارها.

مثلاً: نقل موظف إلى منصب ظن أنه شاغر والحال هو العكس.

نزاع ملكية أراضٍ اعتبرت أنها عارية والحال أنها مبنية.
أما الحالة الثانية فإنها تهدف إلى إبطال القرار لكونه اعتمد أسباباً غير مطابقة مع الوضعية الحقيقية للوقائع التي تضمنها وارتكز عليها.

وتطبق هذه القاعدة سواء تمت الإشارة صراحة إلى السبب أو تم استنتاج السبب الحقيقي من خلال الوثائق التي اعتمد عليها القرار.
مثال على بعض حالات الإلغاء نظراً للأسباب الغير الصحيحة:

- عقوبة تأديبية ضد موظف لكونه تسبب في وفاة شخص والحال أن الموت سببه الغير؛

- رفض ترقية موظف بسبب متابعة أو عقوبة جنائية والحال أن هذه المتابعة انتهت بالبراءة.

الغلط الثانوي:

إذا كان السبب المثار لا يؤثر على القرار أو أن تأثيره جد ثانوي، فإن الغلط في الواقعة الذي يتضمنه القرار لا يؤدي إلى إلغاء هذا الأخير.

المشكل القائم فيما يتعلق بالغلط في الوقائع هو:

- عبء الإثبات؛

- مدى إمكانية إثباته تلقائياً.

فيما يتعلق بعبء الإثبات يتعين التركيز على أن القاعدة هي القرينة الإيجابية لصالح حجية ومادية الوقائع الواردة في القرار إلى أن يثبت العكس. وقد يكون إثبات هذا العكس أمراً صعباً.

في حالة وجود شكوك حول حقيقة الوقائع المثبتة في القرار، يجوز للقاضي ولأجل توضيح الرؤيا أن يأمر بقرار فرعي خبيراً أو عدة خبراء من أجل إعادة المعاينة أو أن يأمر الإدارة بإعادة المعاينة بكيفية لا تترك أدنى شك في صحتها.

أما فيما يخص مدى إمكانية الإثارة التلقائية للغلط، فإن القاضي لا يثبته إلا إذا طلب منه ذلك بعد إثبات الغلط، وهو نفس الموقف في باقي أسباب الطعن باستثناء ما يتعلق بالاختصاص والتركيبية الغير القانونية للأجهزة الإدارية إذا كانت جماعية.

2- إخضاع الوقائع المعاينة إلى القانون عن طريق التكييف ونشأة الإرادة الإدارية:

مباشرة بعد القيام بالمعاينة تخضع الوقائع التي تمت معاينتها إلى التكييف، وتحديد عما إذا كانت تخضع أو لا تخضع إلى النص القانوني، وبالتالي يتعين اتخاذ قرار إداري لمواجهتها، كما أن عملية الإشهار أو التبليغ للقرار ما هي في الحقيقة إلا طريقة للإعلان عن هذه الإرادة.

فيما يتعلق بالتمييز بين المراقبة على معاينة الوقائع ومراقبة صحة تكييفها، يتعين التذكير بأن الجهاز الإداري، بعد معاينة وتدوين الوقائع، يعمد إلى إخضاع هذه الوضعية المادية إلى وضعية قانونية، وذلك بإعطاء تكييف قانوني لهذه الوقائع وهو عمل يخضع إلى المشروعية.

مثال: قرار إداري بتوقيف نشاط معمل معين لتواجده قرب منازل سكنية تبعد عنه بـ 20 متر، التحريات التي قامت بها المحكمة أثبتت أن المعمل يوجد على بعد 500 متر. إذن هناك خطأ في معاينة الواقعة.

مثال ثاني:

تم توقيف نشاط المعمل نظراً لكون المعمل يضر بصحة السكان المجاورين، التحريات القضائية أثبتت أن لا وجود لأي ضرر على حياة السكان.

الأمر هنا لا يتعلق بغلط أو خطأ في الوقائع ولكن يتعلق بخطأ في التكييف القانوني لها.

مثال ثالث:

تتشرط الإدارة أن تكون المعامل بعيدة عن المنازل السكنية بـ: 200 متر.

يأتي صاحب مشروع معمل على بعد 150 متر فقط من المنازل، فيطعن ليقول ولماذا لا يكون 150 متر فقط بدل 200 متر.

يكون طلبه مرفوضاً لأن تحديد المسافة التي تفصل المنازل عن المعامل تدخل ضمن السلطة التقديرية لأجهزة الدولة.

يستنتج مما سبق ذكره أن الغلط في الوقائع ينتج عن الغلط في رؤيا أشياء أوفي وضعيات مادية عن طريق الحواس، بينما الخطأ في

التكييف ينتج عن الخطأ في الحكم على مكونات مادية خاضعة للحواس البشرية بسبب محدودية معرفة الموظف مصدر القرار.

3- تفسير وتاويل القانون:

أ- التفسير:

يلجأ إلى التفسير عندما يكون مضمون القاعدة القانونية غامضاً. ومرد هذا الغموض يرجع إلى استعمال عبارات غير دقيقة في النص القانوني من حيث قواعد اللغة أو من حيث التحرير، وإما بسبب استعمال بعض المفاهيم الواسعة والقابلة للفهم المتباين.

فالتأويل يهدف بادئ ذي بدء إلى إقصاء كل الكلمات والجمل الغير المفيدة من حيث الإعراب والنحو والتحرير من أجل استبدالها بصيغ أو كلمات أكثر تناسباً وانسجاماً.

فهذه العملية تهدف إلى اختيار الكلمات والصيغ أكثر تناسباً، وهو عمل يندرج ضمن حرية المنهج ولا يندرج مطلقاً ضمن مفهوم السلطة التقديرية، لأنه يهدف إلى توظيف جميع المعلومات والقدرات الفكرية والعلمية الشخصية.

وهنا نشير إلى أن مفاهيم الكلمات المستعملة في النصوص القانونية تنقسم إلى قسمين:

- المفاهيم التي حدد القانون مضمونها ومعانيها؛

- المفاهيم التي بقي القانون غامضاً أو ساكتاً حول مضمونها ومعانيها.

المفاهيم القانونية بالمعنى الضيق:

في هذا الصنف نجد كلمات بمفاهيم اجتماعية مستعملة في نصوص قانونية، وبالتالي فهي تنتقل من مفاهيم اجتماعية إلى مفاهيم قانونية وبحدود معينة قد تختلف مع نظيراتها المتداولة بين العامة.

مثلاً: مفهوم محارب قديم وشروط اكتسابه لهذه الصفة بغض النظر عن المعنى المتداول.

المفاهيم ذات المعنى الواسع والغير الدقيق:

يتم التعبير عن المعاريف الإنسانية بواسطة كلمات، ويفترض في كل كلمة أنها تكون إطاراً أو جزءاً منه لمفهوم معين: مثلاً: رجل - امرأة - سبورة - حذاء - منزل - طائرة، إلخ...

يكون المعنى أكثر دقة عندما يتعلق الأمر بمفاهيم رياضية:

مثال: مربع - مستطيل - دائرة، إلخ...

إلا أنه قد يحدث سوء استعمال الكلمات أو استعمالها في أماكن غير مناسبة، أو اقترانها مع كلمات أخرى غير ملائمة أو غير منسجمة معها.

وهنا يبدأ عمل التأويل، مثلاً: البناء الأثري.

ب- كيفية القيام بالتأويل:

هناك طريقتان:

1- استعمال المفاهيم المتداولة عند كافة العامة والتي أخذت معناها بالاستعمال اليومي من طرف المواطنين.

مثلاً: لعب القمار، ولعب «المربعات» أو ما يعرف «بالضامة» بلغة العامة.

إذ أن لعب القمار محذور وحرام ويرتكز على الحظ وعلى حسابات دقيقة بينما لعب المربعات هو خال من هذه المعطيات وإن كان ينتج عن الإثنتين الربح والخسارة.

2- الإلمام بالجانب التقني للمفاهيم المتداولة بين المختصين في المجالات التي تتطلب التخصص:

مثال:

- الطب وأنواع المرض؛

- المختبري والمواد المغشوشة؛

- المهندس المعماري والبنية القابلة للهدم، إلخ...

في حالة تعذر التوفر على المعرفة التقنية الدقيقة، يتعين اللجوء إلى الخبرة، ولكن يبقى القرار في جميع الأحوال من صلاحيات السلطة الإدارية.

نشير إلى أن تراجع القضاء أوحى الأجهزة الإدارية عن بعض المواقف التي سبق لها أن اتخذتها من قبل في حالات مشابهة بسبب فهم جديد أصبحت تعطيه للنصوص القانونية، لا يدخل في خانة السلطات التقديرية لهذين الجهازين، لأنه من المفروض ألا يكون للنص القانوني إلا معنى واحداً، فإذا لم يتم اكتشاف هذا المعنى في البداية، فإن اكتشافه بعد مدة، يندرج دائماً ضمن واجب البحث المستمر عن حسن تطبيق القاعدة القانونية، وأن هذا المعنى الجديد هو المفترض فيه أنه الصحيح.

وقد يكون مرد هذا التراجع إلى المعنى الجديد الذي أصبح يعطى لبعض الكلمات أو إلى موقف المجتمع من بعض السلوكات (مثلاً: مفهوم الأخلاق الحميدة).

وهكذا يكون تراجع القضاء أوحتى الأجهزة الإدارية عن بعض المواقف التي سبق لها أن اتخذتها يهدف إلى الانسياق أكثر مع إرادة المشرع التي أصبحت تتغير بتغير المجتمع. إذ أن صيغة القانون بقيت هي نفسها منذ إنشائها ولكن روحها وهدفها تغير بتغير سلوك المجتمع، لأن المعنى الذي كان يعطى لها في بداية الأمر أصبح غير ملائم أو متناف مع سلوك المجتمع الحالي وبالتالي غير مقبول.

فالقانون لا يأمر الجهاز الإداري بأن يقوم بكذا ولكن يسمح له بأن يقوم بما يعتقد أنه يهدف إلى تحقيق الصالح العام.

وهكذا يظهر أن مجال السلطة التقديرية يبدأ مع نهاية مجال التأويل للحالات المقيدة بالقانون.

مثال: اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب.

II- المجال الخاضع للسلطة التقديرية:

التعريف:

السلطة التقديرية هي الحرية المتروكة من طرف القانون صراحة أو ضمناً لصاحب القرار من أجل اختيار من بين حلول كثيرة ومشروعة الحل الأنسب الذي لا يتعارض مع أي قاعدة قانونية.

مثال: مفهوم الفقير أو المحتاج.

بعبارة أخرى، تمنح السلطة التقديرية الحرية للجهاز الإداري في اختيار من بين مجموعة من الحلول المشروعة الحل الذي يراه مناسباً (كاتخاذ القرار أو الامتناع عن أخذه) وتحديد مضمونه حسب هذه الكيفية أو تلك.

إذن: كثيراً ما تنصب السلطة التقديرية على مجال غير محدد بطبيعته (مثال: الفقير أو المحتاج) لأنها تركز بالأساس على نظرية الأسباب التي يركز عليها كل عمل قانوني وهي: السبب - المحل - الغاية - الإعلان عن الإدارة.

المجلس الأعلى المغربي: «وإن كان مجال السلطة التقديرية غير خاضع للرقابة القضائية، إلا أنه من الواجب أن يكون القرار محيئاً، وأن

هذه الحثيات (الأسباب) تخضع للرقابة القضائية لأن الأسباب هي في حد ذاتها وضعيات مادية تخضع بطبيعتها للمشروعية، لكون الأسباب التي يركز عليها القرار المتخذ في مجال السلطة التقديرية تبقى مقيدة بالقانون».

1- إشكالية تحديد مجال مراقبة ممارسة السلطة التقديرية ومضمونها:

كلما استعمل القانون المصطلحات التالية إلا ويستنتج أن هناك مجالاً للسلطة التقديرية.

(أ) الكلمات التي تفيد الاختيار،

مثلاً: يمكن - له الحق - يرخص - يقرر في ملاءمة - يختار من بين - يخذ القرار المناسب - يحدد إلخ... وهذا على خلاف بعض الكلمات التي لا تجوز معها أية حرية للمسؤول الإداري مثلاً: يمنح - يقرر - يتخذ إلخ... والتي تفهم أن اتخاذ القرار هو من باب الوجوب وليس من باب الاختيار.

(ب) الكلمات التي تحدد الموقف الأقصى والموقف الأدنى:

ويتعلق الأمر بجرّد تسلسلي لوضعيات مختلفة مثلاً في مجال العقوبات.

في كثير من الأحيان يتعين استبعاد المعنى اللفظي المباشر وإن كان يعني الاختيار لفائدة المعنى الذي يفيد الجواب.

مثلاً: يمكن للشرطة الإدارية اتخاذ الإجراءات للرقابة الصحية، الاختيار هنا يؤدي إلى الإخلال بالواجب.

لذلك يتعين التمييز بين المراقبة على ممارسة السلطة التقديرية وبين عدم جواز المراقبة على مضمون القرار الصادر في إطار السلطة التقديرية.

نشير إلى أنه من المبادئ العامة أن القرار الإداري، كيفما كان نوعه ولو كان تقديرياً لا بد وأن يخضع لمراقبة المشروعية من حيث الاختصاص الترابي والنوعي للسلطة التي أصدرته وكذا مدى احترامها للشكليات المفروضة قانوناً لاتخاذ هذا النوع من القرارات، ولكن دون أن تنصب هذه المراقبة على فحوى أو مضمون القرار الذي يدخل ضمن السلطة التقديرية موضوع القرار المعني بالأمر.

كما يتعين التمييز بين المراقبة على ممارسة السلطة التقديرية وبين المراقبة على معاينة الوقائع أو دراستها أو تكييفها والتي تبقى مقيدة بسلطة القانون ولا تخضع بتاتاً للسلطة التقديرية، فهي تخضع للمفاهيم القانونية إما بالمعنى الواسع أو الضيق كما سبق ذكره.

أخيراً يتعين التمييز بين المراقبة على ممارسة السلطة التقديرية وبين المراقبة على انحراف السلطة لأن مفهوم انحراف السلطة يقتضي مبدئياً وجود سلطة تقديرية، مع الإشارة إلى أن مراقبة الانحراف لا تنصب إلا على الهدف والغاية الحقيقية للقرار الإداري الناشئ عن السلطة التقديرية، وبعبارة أدق، تنصب هذه المراقبة على العنصر الذاتي للموظف المصدر للقرار والذي كان المؤثر والحاسم في وعلى القرار.

وهكذا تكون مراقبة ممارسة السلطة التقديرية هي الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي من أجل اقتحام مجال السلطة التقديرية قصد التأكد من كون ممارستها تمت وفق الشروط والحدود التي رسمها القانون.

2- تبرير المراقبة على ممارسة السلطة التقديرية:

لم ينتج خضوع ممارسة السلطة التقديرية الإدارية إلى المراقبة القضائية عن القانون بصريح العبارة ولكنه تم بكيفية غير مباشرة، كما أن المواقف الفقهية أثرت مباشرة على اتجاه الأحكام القضائية في هذا المجال.

1- بالنسبة للقانون الوضعي المقارن:

بصفة عامة فإن الأسباب المشاركة أمام القضاء من أجل المطالبة بإلغاء قرار، ولو كان صادراً في مجال السلطة التقديرية هي:
عدم الاختصاص - العيوب المسطرية - خرق القانون - انحراف السلطة (الفصل 359 ق.م.م).

نلاحظ أن لا وجود في القانون لأسباب تتعلق بالغلط في الوقائع أو بالممارسة المعيبة للسلطة التقديرية، وهذا الوضع هو القائم بفرنسا والمغرب، لكن بالنسبة لألمانيا أو النمسا فإن الأمر يختلف شيئاً ما.

في ألمانيا وابتداءً من سنة 1833 فإن القانون الإداري لبروسيا وقتئذ أعطى الحق للقاضي الذي يعرض عليه قرار مطعون فيه، بمعرفة عما إذا كان القرار الإداري يخرق القانون أو الحقوق المكتسبة، وهل الوضعية الحقيقية تبرر فعلاً الإجراء المتخذ من طرف الإدارة كما جاء في القرار.

أما دستور النمسا لسنة 1925 فإنه لا يعطي للقاضي الحق في مراقبة السلطة التقديرية الإدارية ولكنه يعطيه الحق في مراقبة عما إذا كانت السلطة التقديرية قد مورست حسب روح القانون.

ب- من حيث النظريات الفقهية المقارنة،

ترتكز النظرية الألمانية على عيوب ممارسة السلطة التقديرية من حيث الجانب الشكلي خصوصاً في الحالات الثلاثة التالية:

- التهاون في ممارسة السلطة التقديرية: كغياب عرض الأسباب الحاسمة؛

- تجاهل بعض المقتضيات الآمرة المنصوص عليها في القانون: كعدم الأخذ بعين الاعتبار موقف دفاع المعني بالأمر؛

- تأثير الأسباب الناتجة مباشرة عن تحيز المسؤول الإداري أو إجحافه في موقفه: كعدم التجريح التلقائي للمسؤول نفسه.

أما في فرنسا، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من دائرة الرقابة إلى حد مراقبة الهدف الذي يتوخاه القرار الإداري وذلك بالتأكد من الأسباب ومن قيمتها القانونية، وأن عدم وجود هذه أو تلك يؤدي إلى حرمان القرار الإداري من مقوماته القانونية، أضف إلى ذلك كون المقتضيات التي تحكم حدود السلطة التقديرية تندرج ضمن مجموعة المادئ العامة التي لا ينص عليها القانون بل القانون هو الذي يخضع لها في تطبيقاته.

نشير إلى أن المحاكم في ألمانيا لا تذهب في إطار مراقبتها إلى التصدي إلى مضمون القرار الذي يدخل ضمن السلطة التقديرية، لكنها تراقب عما إذا احترم الجهاز الإداري الحدود والشكليات التي فرضها القانون على هذه السلطة التقديرية، كما تراقب المحاكم حقيقة ومادية الأسباب المرتكز عليها في القرار الإداري.

أما المحاكم النمساوية فقد ذهبت إلى أبعد من ذلك، فإنها تراقب عما إذا كانت هناك حاجة أكيدة إلى ممارسة السلطة التقديرية (مثلاً قرار إعادة رسم خريطة طريق) وهل هناك صالح عام حقيقي في الإجراء الذي اتخذته الشرطة الإدارية، وهل أحسن الجهاز الإداري الاختيار عندما لجأ إلى مسطرة نزع الملكية لبقعة مكلفة بينما كان من الممكن الوصول إلى نفس الهدف بنزع ملكية عقار غير مكلف، أو معرفة عما إذا كانت السلطة التقديرية قد مورست خرقاً لمبدأ المساواة أو بدون سبب قانوني (نزع ملكية لغرض غير موجود عملياً).

في فرنسا: أدت مراقبة مادية الوقائع المعاينة إلى اعتبار كل من الغلط الواقعي (أي الغلط في الوقائع) وكذا السبب الغير القانوني كأحد الأسباب المؤدية إلى الإلغاء.

في اليونان يعتبر القضاء أن ممارسة السلطة التقديرية تتم من باب الوجوب حسب مصلحة المرفق العمومي وحسب ما يقتضيه سير إدارة عمومية منصفة ومسيرة بطريقة اعتيادية.

في المغرب يأخذ المجلس الأعلى بالرقابة على الأسباب دون التدخل في مضمون القرار المتخذ في إطار السلطة التقديرية.

3- مراقبة عيوب ممارسة السلطة التقديرية وتطبيقاتها:

- مجال هذه المراقبة:

في البداية نتساءل إلى أي حد يمكن للقاضي أن يبسط رقابته على ممارسة السلطة التقديرية، سيما وأن رقابته غير منصوص عليها قانوناً، وأن وجودها ناتج فقط عن مواقف قضائية تكرست بمرور الزمان وبكيفية تلقائية في كثير من البلدان.

ج- من حيث بعض المواقف الفقهية المقارنة

بصفة عامة تعرف ممارسة السلطة التقديرية نوعين من العيوب:

- عيوب داخلية.

- عيوب خارجية.

أ- العيوب الداخلية:

تتعلق بالغاية المشروعة للقرار المتخذ في نطاق السلطة التقديرية، وأن خرق هذه الأخيرة (أي الغاية المشروعة) يعتبر شططاً في ممارسة السلطة التقديرية.

كما أنه في حالة اكتشاف أن الجهاز الإداري أراد غاية غير الصالح العام نكون أمام واقعة انحراف السلطة.

أما إذا كان القرار يهدف إلى غاية غير مشروعة بدون أن يستهدفها الجهاز الإداري بكيفية فعلية وحقيقية وعمدية وبدون ممارسة أي مناورة أوتدليس، نكون أمام واقعة الابتعاد عن السلطة التقديرية.

ومن بين هذه الحالات:

- إذا ما ظن الجهاز الإداري أنه مقيد بنص قانوني والحال أنه حر في استعمال سلطته التقديرية؛

- إذا ما ظن الجهاز الإداري أنه يعمل في إطار السلطة التقديرية والحال أنه مقيد؛

- إذا ما اتسم سلوك الجهاز الإداري بالتعسف، أو أنه تجاهل مصالح المواطنين، أو في حالة ادعائه أن قراره يرتكز على وقائع موجودة وحقيقية، والحال أنها غير موجودة مادياً، أو إذا كان يستهدف هدفاً غير مشروع، أو إذا كان القرار يخرق مبدأ المساواة، أو يخرق مبدأ وقواعد المنطق إلخ...

وهكذا أصبح من الثابت أن انحراف السلطة والارتكاز على أسباب غير حقيقية هي أسباب يعتمد عليها من أجل الحد من ممارسة السلطة التقديرية.

ب- العيوب الخارجية:

فهي ناتجة بالأساس عن النصوص القانونية المتعلقة بالأشخاص الذاتيين والمعنويين الموكول إليهم صلاحيات اتخاذ القرار وعن الشروط الشكلية الواجب اتباعها وقت اتخاذ هذا القرار الذي يندرج ضمن السلطة التقديرية هذا فضلاً على الحالات التالية:

1- الامتناع عن مزاولة السلطة التقديرية:

إذا توفر جهاز إداري على سلطة تقديرية، فهذا لا يعني أن حريته أصبحت مطلقة وأن بإمكانه ممارسة هذه السلطة أو عدم ممارستها.

يتعين عليه ممارسة السلطة التقديرية التي لا يمكن اعتبارها مجرد حرية يمكن استعمالها أو العدول عن مزاولتها، كما أنه لا يجوز للجهاز الإداري أن يتنازل عنها للغير، وعليه أن يزاولها بنفس الكيفية في جميع الأحوال.

إذن يتعين على القاضي مراقبة ما إذا كان الجهاز الإداري قد زاول سلطته التقديرية أم لا، وفي حالة عدم مزاولته لها، يلغي القرار الإداري. وهنا يتعين التمييز بين الامتناع الإرادي وبين الامتناع المفروض أو الغير العمدي.

1-1- الامتناع العمدي:

يتم ذلك عندما يكون الجهاز الإداري على علم تام بتوفره على السلطة التقديرية، لكنه يزاولها بالكيفية التي تؤدي إما إلى القضاء عليها أو إلى التخفيض من مشاركته في اتخاذ المبادرة الضرورية لممارستها.

مثلاً: ترقية موظف حسب الاختيار مع مراعاة وضعية كل مرشح على حدة (أي مؤهلاته، قيمته...) ففي حالة الاكتفاء برأي الغير نكون أمام واقعة تخاذل في ممارسة السلطة التقديرية الممنوحة له.

نكون كذلك أمام نفس التكييف في حالة مراعاة عدد السنوات فقط دون أخذ بعين الاعتبار لقيمة كل مرشح.

1-2- الامتناع الغير العمدي:

يتم ذلك عندما لا يتوفر الجهاز الإداري على معرفة كافية لصلاحياته أو أنه يعرفها ولكن بكيفية ناقصة أو خاطئة، وبالتالي يعتبر القرار الذي قد يتخذه الجهاز غير القرار الذي اتخذته لولا الخطأ الذي حصل له في الإحاطة بصلاحياته الكاملة.

2- غياب تحييث وتعليل القرار التقديري:

من المعروف أن مجال السلطة التقديرية غير خاضع لأي رقابة من حيث المضمون، ولكن يجب أن يتوفر هذا القرار على بعض العناصر الخارجية التي تسمح بمعرفة عما إذا مورست هذه السلطة التقديرية في حدود ما يسمح به القانون، وهذه العناصر الخارجية هي: ضرورة الإشارة في القرار إلى الأسباب الحاسمة التي كانت وراء صدوره في شكله ومضمونه.

إذن ما معنى السبب أو المبرر للقرار؟ إنه يعني الإشارة إلى الوقائع والتبريرات التي اعتبرها الجهاز المصدر للقرار أنها تبرر قراره شكلاً ومضموناً.

من القواعد العامة، أن لكل قرار سبباً (أي تبريراً) لا بد من الإفصاح عنه، وهذا السبب هو الوسيلة التقنية لتحقيق إرادة وروح القانون.

والتبرير يهدف إلى:

- جلب الانتباه لدى الإدارة حول مشروعية وملاءمة قرارها؛

- تمكين المرتفق من الاطلاع على أسباب القرار وقبول القرار

واعتباره قانوني أوغير قانوني بالنظر إلى الأسباب التي ارتكز عليها؛

- تسهيل عملية المراقبة القضائية.

نشير إلى أن الأسباب تعني تارة الوقائع، وتارة الحثيات، وتارة

ملاءمة القرار، وتارة مشروعيته.

عندما تنصب الأسباب على الملاءمة يجب أن يتضمن القرار

الوقائع المادية وكذا القيمة التي أعطيت لها من طرف الجهاز الإداري

مع الإشارة إلى التأثير الذي نتج عن هذه الأسباب على السلطة التقديرية

مما يسهل مراقبة القاضي.

أما عندما تنصب الأسباب على المشروعية، فعليها أن تظهر:

- التحليل للمعنى الذي أعطى للنصوص القانونية المطبقة؛

- تأكيد وجود وقائع مادية خاضعة لهذه النصوص القانونية؛

- تأكيد على إخضاع هذه الوقائع إلى تكييف قانوني، وهذا

التكييف يعبر عن وجهة نظر صاحب القرار، مما يفتح المجال إلى

مراقبة المفاهيم والسلوكيات، وهي تخضع كلها للقانون أي أنه مجال مقيد بالقانون.

وفي هذه الحالات فإن القاضي لا يسعى إلى التصدي إلى الملاءمة، ولكنه يبحث عما إذا كان مضمون القرار لا يتجاوز الحدود المفروضة على السلطة التقديرية.

3- الغلو في استعمال السلطة التقديرية:

مثلاً: ترقية موظف سبق وأن ألحقت به عقوبة تأديبية.

إذن هذه الترقية تخرق روح القانون. إذن هناك عيب في ممارسة السلطة التقديرية أي أن هناك تجاوزاً لحدودها.

مثلاً: إلحاق أعلى عقوبة عن خطأ بسيط.

4- سوء التدبير بدل حسن التدبير في ممارسة السلطة التقديرية:

مثلاً: تسريح موظفين قدامى بدل الموظفين الجدد.

أوتوظيف أشخاص جدد بدل إعادة توظيف الذين تم تسريحهم من قبل، أو نزع ملكية عقارات بمساحة تفوق بكثير الحاجيات الحقيقية للمرفق.

5- الاتسام بالقسوة بدل روح الرأفة في ممارسة السلطة التقديرية:

- التعامل برأفة مستنبط من روح القوانين التي تفسر دائماً لفائدة المرتفقين والمتقاضين.

6- عدم مراعاة مبدأ المساواة في ممارسة السلطة التقديرية:

بدأ العمل بمبدأ المساواة كباقي المبادئ العامة الكونية قبل أن يصبح قاعدة قانونية ثم دستورية.

والمساواة تعني ضرورة اتخاذ نفس الإجراءات لنفس الشروط وأشروط متشابهة.

ونكون أمام واقعة خرق للمساواة إذا كانت بنفس الشروط، يرفض لهذا ما يمنح لذلك.

ومبدأ المساواة أصبح من المبادئ الدستورية التي أصبحت لا تطبق على الأشخاص فقط، ولكنه يطبق حتى على المشرع حين يصدر تشريعاته.

إذن هناك مساواة أمام القانون ومساواة القانون نفسه في جميع ما يتخذه من قواعد قانونية بالنسبة لجميع المواطنين الذين يوجدون في نفس الوضعية، وبذلك يكون مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وأمام

المرافق العمومية حداً يؤخذ بعين الاعتبار حين اتخاذ قرار تقديري وإلا كان لاغياً.

7- انحراف السلطة في ممارسة السلطة التقديرية: أي الخروج عن غايتها

الحقيقية détournement du pouvoir :

دراسة انحراف السلطة تهدف إلى معرفة الهدف الحقيقي والحاسم الذي يتوخاه مضمون القرار التقديري، وبعبارة أخرى هناك إرادة معلنة في القرار، ولكن في حقيقة الأمر هناك إرادة أخرى هي الإرادة المقصودة والتي لم يتم الإعلان عنها، وتهدف إلى شيء آخر غير الهدف المعلن عنه في القرار، وبالتالي يهدف القرار الإداري إلى تحقيق هدف ذاتي ونزوات شخصية لدى الموظف المصدر للقرار وليس إلى تحقيق هدف الصالح العام.

تكرست مراقبة انحراف السلطة بفعل العمل القضائي الذي له من بين الصلاحيات النظر في مشروعية الغاية وفي الهدف الحقيقي للقرار الإداري ولو صدر في إطار ومجال السلطة التقديرية.

استنتاج:

وهكذا، يستنتج مما سبق ذكره أن السلطة التقديرية لا تعتبر امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية.

التجريم المعلوماتي:

لماذا وكيف؟

الدكتور: عبد الكريم غالي

أستاذ بجامعة محمد الخامس-السويسي

مقدمة:

السؤال الذي يطرح نفسه في البداية هو لماذا أخذ يتم توفير حماية جنائية خاصة بالمعلومات؟

إن المعلومات كما هي وسيلة اقتصادية، هي في نفس الوقت وسيلة ومجال خصب للإجرام. فالحماية الجنائية في مجال المعلومات أخذت تفرضها المعلومات باعتبارها ظاهرة غير عادية وبسبب ما رافقها من ظواهر إجرامية نوعية تتمثل في مضاعفة الجرائم التقليدية وفي تلك الأفعال الضارة الجديدة التي أخذت تمس على الخصوص بالبرامج المعلوماتية والبنوك المعلوماتية بما تتضمنه هذه الأخيرة من معلومات هامة كالمعلومات الشخصية أو الإسمية.⁽¹⁾

(1) مقالنا: الحماية الجنائية للمعلومات على ضوء القانون المغربي، مجلة الملحق القضائي، عدد 34، مارس 2002، ص. 65.

وهكذا، وكما يثبت ذلك الواقع فإن الجرائم المعلوماتية، بالنظر إلى طبيعتها، تكتسي أهمية خاصة سواء على صعيد الدفاع الاجتماعي أو على الصعيد الاقتصادي.

إذن فالظواهر الإجرامية المعلوماتية تتطلب إيجاد تصورات قانونية جديدة تلائم تجريمها. وإذا كان التجريم المعلوماتي أخذ يعرف مساراً معيناً فرضته الضرورة واتخذ أشكالاً معينة، فثمة إشكالية منهجية مطروحة تكمن فيما إذا كان الأمر يحتاج بعد عمق تفكير إلى إيجاد حماية خاصة أي بوضع نصوص خاصة أم فقط إلى حماية جنائية عامة شاملة مندمجة توحد موضوع التجريم وتحول دون تفرقه أو تشتته؟

ومن تم يتعين علينا في البداية الوقوف على ضرورة التجريم المعلوماتي في بلادنا وإبراز مظاهره في الوقت الحالي والتي تعبر عن كيفية التعامل معه من طرف المشرع؛ وبعد ذلك نحاول منهجة هذا المسار التشريعي ضمن رؤيا أو نظرية عامة للتجريم في مجتمع المعلومات.

وهكذا يتحدد هذا الموضوع في نقطتين أساسيتين:

أولاً: مسار التجريم المعلوماتي: ضرورته ومظهره؛

ثانياً: من أجل نظرية عامة للتجريم في مجتمع المعلومات.

أولاً : مسار التجريم المعلوماتي: ضرورته ومظاهره

يعتبر القانون بصورة عامة ظاهرة ثانوية بمعنى أنها تأتي انعكاساً للظاهرة الأصلية: اقتصادية، اجتماعية... وإذا تخلف عن مسايرة الأحداث، فإن السوسولوجيا تتدعه.⁽²⁾ ومعلوم أن القانون يأخذ مظاهر معينة تعكس أو تعبر عن الظرفية التي نشأت فيها قواعده.

والتجريم المعلوماتي لا يشد بطبيعة الحال عن هذه القاعدة، مما يقتضي التعرض إلى ضرورة التجريم المعلوماتي من جهة، وإلى مظاهر التجريم المعلوماتي من جهة ثانية.

(1) ضرورة التجريم المعلوماتي:

إذا كان أمن المعلومات وما قد تنطوي عليه هذه التقنيات من معلومات معالجة يقتضي بالأساس العمل على توفير الوسائل التقنية لتوفير حمايتها من القرصنة، أو ما سبق وصفه أيضاً بالاعتصاب المعلوماتي،⁽³⁾ فإن هذه التدابير تبقى غير كافية في غياب نصوص زاجرة تجرم مثل هذه الأفعال.⁽⁴⁾

(2) André - Jean Arnaud, le droit trahi par la sociologie, une pratique de l'histoire, LGDJ, Paris, 1998.

(3) Hebdo, n° 531, Paris, 12 mars 1979, p. 9.

(4) مقالنا المذكور، ص. 66.

ثم إن المغرب، وهو الموقع على اتفاقية الكات بمراكش لم يستطع البقاء بمعزل عن التعامل على مستوى التشريع مع ظاهرة المعلومات التي تعتبر رافداً للعولمة (تدفق المعلومات عبر الحدود)، ولا عن هذا التطور الذي عرفته هذه الظاهرة بإيجابياته وسلبياته (وأقصد هنا الجانب الإجرامي).

وعلى أرض الواقع فقد طرحت قضايا معلوماتية وبذل القضاء قصارى جهده لكن لم يسعه لا القياس ولا التكييف في تطبيق نصوص القانون الجنائي؛ لكن أفرز وأبرز بالتالي محدودية النصوص أمام نوعية الظاهرة المعالجة.⁽⁵⁾

ومن ثم وأمام نداءات ذوي المصالح الاقتصادية المتضررين (بنوك، شركات معلوماتية...) وتوالي الوقائع والأحداث الإجرامية، سواء على المستوى الوطني أو المستوى الدولي، والتي امتدت إلى المساس بالمعلومات أو استعمال هذه التقنيات نفسها في الفعل

(5) راجع مواقف الفقه، في:

- مقالنا المذكور، ص: 70 وما بعدها.

- Mohamed OUZGANE, La criminalité informatique, au Maroc, Le diagnostic de la riposte juridique s'organise, le Matin, n° 11732, 6 mars 2003, p: 7.

الإجرامي، ومراعاة لمبدأ التجريم والعقاب، أخذنا نعيش مسلسلأ من نصوص قانونية ذات طبيعة جنائية وضعت المغرب في مصاف الدول التي عالجت التجريم المعلوماتي ولو نسبياً.

ويمكن القول، إن وراء تدخل المشرع الجنائي كانت هناك ضرورات اقتصادية وأمنية اكتست مظاهر قانونية معينة.

(2) مظاهر التجريم المعلوماتي:

لقد عمد المشرع المغربي إذن إلى مواجهة الأفعال الجرمية المنسبة على المعلومات. وباعتبار هذه الظاهرة ذات طبيعة خاصة، اتجه المشرع إلى وضع مقتضيات نوعية جاء بعضها مستقلاً،⁽⁶⁾ وبعضها الآخر ورد مكملاً لمدونة القانون الجنائي.

أ- تدخل المشرع بنصوص خارج مدونة القانون الجنائي:

لقد تدخل المشرع بنصوص خارج مدونة القانون الجنائي، وذلك في مواضيع أساسية أهمها:

- حماية البرامج المعلوماتية؛
- حماية وسائل الأداء الحديثة.

(6) مع الإحالة على القانون الجنائي في الحالات التي تقتضيها.

* حماية البرامج المعلوماتية:

لقد تمت مراجعة ظهير 29 يوليوز 1970 المتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية بمقتضى ظهير 15 فبراير 2000 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بحيث أدرجت البرامج المعلوماتية وبنوك المعطيات ضمن المصنفات المحمية.

والحماية هنا هي في الحقيقة حماية مدنية وجنائية. والجديد في الميدان الجنائي هو تقوية العقوبات الجنائية. وثمة إحالة على نصوص القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية مع تخويل القضاء إمكانية مضاعفة العقوبات في الحالات التي تقتضيها.

* حماية وسائل الأداء الحديثة:

في إطار مدونة التجارة حصل تجريم تزيف وتزوير وسائل الأداء الحديثة،⁽⁷⁾ إذ تطبق هنا مقتضيات الفصل 331 من هذه المدونة الذي يحيل على الفقرة 3 من الفصل 316 (البند 3 في الفقرة 1) والمتعلقة بتزيف وتزوير الشيك. وذلك علاوة على ما جاء في المادة 332 من منع الحصول على بطاقة الأداء (بالإحالة على الفصل 317) وتبعاً لما ورد

(7) إذ تطبق هنا مقتضيات الفصل 331 من هذه المدونة الذي يحيل على الفقرة 3 من الفصل 316 منها الوارد ضمن الأحكام الجزئية المتعلقة بالشيك.

في الفصل 333 من مصادرة وتبيد لبطائق الأداء المزيفة والوسائل المستعملة في هذا التزييف.

وقد تم أيضاً تجريم الاستعمال اللامشروع لوسائل الأداء الحديثة في إطار القانون المتعلق بالإرهاب في البند 8 من الفصل 1-218 من مدونة القانون الجنائي، وذلك إذا ارتبط بالفعل الإرهابي كما حدده المشرع في مطلع الفصل المذكور.

وتم تساؤل يطرح عما إذا كان يمكن بالإضافة إلى ذلك تطبيق المقتضيات المتعلقة بتزوير الأوراق العرفية أو المتعلقة بالتجارة والبنوك المنصوص عليها في القانون الجنائي (الفصل 357 وما بعده). وقد ضاعفت الفقرة 3 من الفصل 357 من هذا القانون من العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة موظفاً في المؤسسة البنكية. مع الإشارة إلى أن القضاء درج منذ زمن على اعتبار المستخدم في البنك موظفاً عمومياً.⁽⁸⁾

(8) من قرارات المجلس الأعلى في الموضوع:

- قرار في 8 دجنبر 1975، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 3، دجنبر 1977، ص: 242.

- قرار في 23 يوليوز 1992، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، يوليوز 1995، ص: 199.

ب- تدخل المشرع بنصوص متممة لمدونة القانون الجنائي:

لقد تدخل المشرع بنصوص متممة لنصوص القانون الجنائي بـ:

- القانون رقم 07-03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات؛

- القانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب.

* القانون المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات:

يعرف هذا القانون الجرائم التي يمكن أن ترتكب في هذا الإطار مع تحديد العقوبات التي تطال مرتكبيها.

وعلى اعتبار أن المعلومات هي علم المعالجة الآلية للمعطيات وأن النظام المعلوماتي هو إطار يتم فيه تنسيق جميع وسائل التحصيل والمعالجة أو إرسال المعطيات المتعلقة بتطبيق معين،⁽⁹⁾ يطرح السؤال عما إذا كان الأمر يقتصر على النظم الكبرى مثل شبكة أنظمة الهاتف

(9) Dictionnaire de l'informatique, Sous la direction de Pierre Morvan, Larousse, Paris, 1989, p. 303.

وفي معجم المعلومات Lexique informatique، المعد تحت إشراف عبد القادر الفاسي الفهري. Publications de l'Institut d'Etudes et de l'Arabisation de Rabat, avril 1997.

نظام ومعالجة وردت مترجمة على التوالي في الصفحات 119 و127 و54.

أ ويشمل حتى الأنظمة الصغرى أ وحتى الآلات أ والتجهيزات الكبيرة أ والبسيطة التي تشتغل بأنظمة معلوماتية مثل الهاتف وخصوصاً الهاتف النقال مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي يعطي مفهوماً واسعاً للنظام.⁽¹⁰⁾

والملاحظ أن المشرع لم يميز بين درجة أوقوة النظم المعلوماتية. ومعلوم أن النظم البسيطة لا تستحق التجريم. وكان يتعين الاكتفاء بالنظم الكبرى - لا من حيث الحجم ولكن من حيث القوة- ومع وضع معايير معينة خصوصاً وأن المشرع ارتقى بالمساس بالنظم المعلوماتية إلى مستوى الجرائم الإرهابية كما سنرى.

وعلى أي حال فقد تم التنصيص على مجموعة من الجرائم الجديدة.

فقد تناول المشرع موضوع الغش أ والاحتيال المعلوماتي أ وما يمكن وصفه بالقرصنة واعتبره جريمة شكلية⁽¹¹⁾ في الفصول 3-607 إلى 6-607 مع مضاعفة العقوبة أ وتشديدها في حالة عرقلة أ أو تخريب

(10) Voir: Mohamed OUZGANE, La criminalité informatique au Maroc, la riposte juridique s'organise, article inédit.

(11) أوالجريمة الصريحة وهي الجريمة التي تعتبر موجودة بصرف النظر عن نتيجهتها مثل جريمة التسميم المنصوص عليها في الفصل 398 من القانون الجنائي.

أ ويشمل حتى الأنظمة الصغرى أ وحتى الآلات أ والتجهيزات الكبيرة أ والبسيطة التي تشتغل بأنظمة معلوماتية مثل الهاتف وخصوصاً الهاتف النقال مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي يعطي مفهوماً واسعاً للنظام.⁽¹⁰⁾

والملاحظ أن المشرع لم يميز بين درجة أوقوة النظم المعلوماتية. ومعلوم أن النظم البسيطة لا تستحق التجريم. وكان يتعين الاكتفاء بالنظم الكبرى - لا من حيث الحجم ولكن من حيث القوة- ومع وضع معايير معينة خصوصاً وأن المشرع ارتقى بالمساس بالنظم المعلوماتية إلى مستوى الجرائم الإرهابية كما سنرى.

وعلى أي حال فقد تم التنصيص على مجموعة من الجرائم الجديدة.

فقد تناول المشرع موضوع الغش أ والاحتيال المعلوماتي أ وما يمكن وصفه بالقرصنة وأعتبره جريمة شكلية⁽¹¹⁾ في الفصول 3-607 إلى 6-607 مع مضاعفة العقوبة أ وتشديدها في حالة عرقلة أ وتخريب

(10) Voir: Mohamed OUZGANE, La criminalité informatique au Maroc, la riposte juridique s'organise, article inédit.

(11) أوالجريمة الصريحة وهي الجريمة التي تعتبر موجودة بصرف النظر عن نتائجها مثل جريمة التسميم المنصوص عليها في الفصل 398 من القانون الجنائي.

* القانون المتعلق بمكافحة الإرهاب:

بعد أن حاول المشرع تحديد مفهوم الإرهاب -أوبالأحرى الفعل الإرهابي- في الفصل 1-218 من القانون الجنائي بما له وما عليه، سرد بعض الأفعال على سبيل الحصر واعتبرها إرهابية وأدرج ضمنها، كما سبق الذكر، الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات (البند 7) وأيضاً تزوير وسائل الأداء الحديثة (البند 8). أي أن هذه الجرائم الأخيرة تعتبر إرهابية إذا ارتبطت بالفعل الإرهابي كما حدده المشرع في مطلع الفصل المذكور. ويضاف إلى ذلك استعمال وسائل الإعلام الإلكترونية في الإشادة بالأعمال الإرهابية (الفصل 2-218).

ثانياً: من أجل نظرية عامة للتجريم في مجتمع المعلومات

يجب عند معالجة التجريم المعلوماتي، في مدونة القانون الجنائي، أن يراعى الحرص على وحدة نصوص القانون الجنائي تكريساً لمبادئ هذا القانون وأساسه وضماناً لفعاليته وحسن تطبيقه. كما يتعين عدم الاقتصار على الظرفية الآتية فقط بل المساهمة في بناء مشروع مجتمعي على الأمد الطويل يعبر عن مجتمع الإعلام والمعلومات. وذلك مع الأخذ في الاعتبار معطيات القانون المقارن والقانون الدولي

ومع مراعاة حقوق الإنسان في جيلها الثالث والتي تتضمن وبالأساس توفير الحماية القانونية من مخاطر التكنولوجيا الجديدة للإعلام.

يتبين مما سبق أن المشرع المغربي كجل الدول، اهتم في معالجته ظاهرة الإجرام المعلوماتي بالجانب الجوهري والعملي. لكن يبدو أنه أغفل عن غير قصد الجانب العلمي في بعده المنهجي ومن ثم حصل الابتعاد عن النظرة الشمولية.

فالنصوص المستحدثة في بلادنا كغيرها من النصوص التشريعية الأجنبية الحديثة لم تتناول في الحقيقة التجريم المعلوماتي في إطار نظرية عامة، بل ركزت بدافع الحرص على فعالية الردع والتبسيط في معالجة المواضيع المتعلقة بالوسائل المعلوماتية وبالتالي جاءت صياغة هذه المعالجة بشكل مجزأ ومفرق في غياب نظرية عامة.⁽¹²⁾

وتم تساؤل يطرح السؤال: أليس الأجدر في إطار إصلاح القانون إعادة التفكير في كل فرع قانوني حسب تطور المجتمع من أجل ضمان انسجام قوي بين القانون والتقنية؟⁽¹³⁾

(12) Herve CROZE, l'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique en France, (à propos de la loi n° 88-19 du 15 février 1988 relative à la fraude informatique) la semaine juridique, édition générale, n° 18, I - Doctrine, 1988.

(13) Mohamed OUZGANE, article précité, p: 7.

إن النهج المعتمد الذي سلكه المشرع والمتمثل في ضم جرائم معلوماتية إلى نصوص القانون الجنائي، وإن كانت له فائدة عملية، يبقى في إطار علم القانون ومناهج العلوم الاجتماعية نهجاً معيباً إذ يعبر عن معالجة أولية بسيطة ولا ينم عن تفكير شمولي عميق. فتجريم المعلومات على حدة دون اعتبار هذه التقنيات محوراً أو موضوعاً للتجريم العام يفسد البناء الأصلي للقانون الجنائي ويفتح مجال ترميم هذا القانون، لا إعادة البناء، بتعداد جميع أنواع الجرائم الخاصة، وبالتالي تتعدد النصوص القانونية علاوة على تعدد القوانين الخاصة في هذا المجال.

إنه يتعين العمل بجد وبمنهجية قانونية تستهدف تطور القانون في اتجاه مسيرته للمستجدات وتحقيق دوره الاجتماعي الرادع والعادل من جهة، وتكريس ثقافة قانونية جديدة تركز على الثقافة القانونية التقليدية التي كانت تحرص على المبادئ والنظريات العامة لكن مع إغنائها عن طريق جعلها تدين بالوفاء لظروف عصرها في نطاق البحث العلمي الرصين.

ومن ثم وفي إطار العناية بالجانب العلمي-المنهجي، يبدو أن المنطلق في كل عمل إصلاحي يتعلق بالقانون الجنائي، ينبغي أن يتم

بدءاً بالوقوف على العنصر المشترك الذي هو الموضوع المعالج عموماً، وذلك مع إعادة تحديد مفهومه ليتسع لكل عنصر جديد والقيام بالمناسبة بمراجعة ما هو قديم.

1) العنصر الحاسم أو الموضوع المحوري للتجريم:

يكن العنصر الحاسم في الموضوع المحوري للتجريم أو ما يشكل حجر الزاوية في جرائم الأموال والذي هو بطبيعة الحال: المال. ومعلوم أن مفهوم المال لا يتلاءم مع جميع مكونات المعلومات الأساسية كما سنرى.

ففي نطاق الحماية الجنائية للمعلومات، يمكن التمييز بين ثلاث عناصر أساسية: المعدات المعلوماتية والبرامج المعتمد عليها والمعلومات المعالجة.

وعلى اعتبار أن المال المقصود به في إطار مدونة القانون الجنائي هو الشيء الملموس، فإنه يمكن، عندما يتعلق الأمر بالمعدات المعلوماتية، تقبل ما قد نص عليه القانون الجنائي في الباب المتعلق بالجنايات والجنح المتعلقة بالأموال. والأمر يتعلق أساساً وكما هو معروف بالسرقات وانتزاع الأموال (الفصل 505 وما بعده) والتخريب (الفصل 580 وما بعده).

لكن الإشكال يطرح عندما يتعلق الأمر بالمكونات الأخرى أي البرامج المعلوماتية والمعلومات المعالجة. فكيف يمكن مواجهة هذه الصعوبات؟

(2) التوسع في مضمون الموضوع المحوري للتجريم:

يمكن التغلب على الصعوبات القانونية المرتبطة بالمعلومات والبرامج باعتبارها أموالاً غير مادية عن طريق تدخل المشرع لإعادة النظر في تحديد مفهوم المال التقليدي المعتمد وذلك بأن لا يبقى الشيء المادي الملموس فقط، وإنما يجب أن يشمل كذلك كل ما له قيمة مالية أو اقتصادية مثل القيم المنقولة والمعلومات المعالجة حتى وإن كانت هذه الأخيرة لا تفقد قيمتها نتيجة استهلاكها والحصول على منفعة منها. مع الإشارة إلى أن المشرع أخذ عنصر الربح في الاعتبار في تجريمه المساس بالبرامج المعلوماتية.⁽¹⁴⁾ وبعبارة أخرى ينبغي اقتراح مفهوم أوسع للمال يكون على مقياس العصر.

ويمكن للمشرع النص على هذا المفهوم الحديث ووضعه في مستهل المقتضيات المتعلقة بجرائم الأموال وفاء لمبدأ التجريم والعقاب.

(14) الفصل 12 من ظهير 15 فبراير 2000 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وهكذا، فتغيير المفهوم السائد للمال، يسمح بأن تدرج الجرائم المعلوماتية ضمن الجرائم المتعلقة بالأموال.

ويمكن بعد ذلك القيام بسائر التنقيحات لملاءمة المعالجة القانونية للمعلومات بصورة يمكن معها تفادي ما قد يطرح من مشاكل في الحال والاستقبال نتيجة ما قد تتفرع عن المعلومات والاتصالات الحديثة من مستجدات وما يتخذها السلوك الإجرامي من أشكال جديدة.

ويبدو أن هذه الطريقة تسمح بإعاد البناء لجرائم الأموال في مدونة القانون الجنائي والحفاظ ما أمكن على وحدة هذه المدونة، وبالتالي تسهيل عملية التطبيق والتكيف بالنسبة لجميع المعنيين من باحثين في القانون وممارسين أو مطبقين له.⁽¹⁵⁾

ونشير في الأخير أنه في الميدان الجنائي حيث يطبق مبدأ حرية الإثبات،⁽¹⁶⁾ تكون الوسائل المعلوماتية محل تقدير من طرف

(15) ويتعين بالمناسبة تجاوز الصراع الخفي بين رجل القانون كباحث مجرد يبحث عن ذاته في العلم من جهة، ومن جهة ثانية بين رجل القانون الذي يتموضع إدارياً بحثاً عن ذاته في الإدارة والذي يسد الباب في وجه الباحث المعني بصورة أو بأخرى مما ينعكس سلباً على البحث العلمي وعلى اتخاذ القرار وعلى إصلاح القانون على حد سواء.

(16) الفصل 404 من قانون المسطرة المدنية.

القضاء.⁽¹⁷⁾ بل يمكن كذلك استخدام المعلومات وسائر وسائل الاتصالات الحديثة في البحث والتحقيق في الجرائم بصورة عامة.⁽¹⁸⁾

خاتمة:

إن تدخل المشرع كان ينظر إليه منذ زمن أي منذ الشروع في استعمال المعلومات كضرورة قصوى، غير أن التدخل التشريعي المنشود يقتضي ليس فقط تجريم وقائع ومواضيع معينة، وإنما مراجعة القانون الجنائي باعتباره تراثاً قانونياً وتجديده في شموله حتى يتلاءم ومعطيات المجتمع المعلوماتي.

لكن الملاحظ أن العناصر المتحكمة في إصدار وتوجه هذه الترسانة التشريعية هي في الحقيقة عناصر ظرفية، أملت لها عوامل اقتصادية وأخرى أمنية جاءت مفاجئة، وخصوصاً فيما يتعلق بالنصوص المتسارعة التي جاءت لإتمام القانون الجنائي.

ولعل هذا ما يفسر غياب الجانب المنهجي-العلمي الملائم من جهة، ومن جهة ثانية إنزال البعد الإنساني إلى المرتبة الأخيرة وحصول

(17) الفصل 286 من قانون المسطرة الجنائية. وراجع على الخصوص: Houria TAZI SADEQ? L'ordinateur, le fraudeur et le juge, Revue RMDDE? Faculté de Droit de Casablanca, n° 11, 1986, p: 68.

(18) الفصول 108 إلى 116 من قانون المسطرة الجنائية.

تعثر في بلورة مشروع المرسوم المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽¹⁹⁾ والذين يصب في حماية الحرية الفردية وألحياة الخاصة؛ مع العلم أن هناك اهتماماً بالموضوع من طرف جلالة الملك محمد السادس.⁽²⁰⁾

وتبقى في الأخير إشكالية مطروحة على صعيد صياغة مدونة القانون الجنائي تكمن فيما إذا كان الأمر يحتاج بالضرورة إلى إيجاد نصوص جنائية إضافية ومتراكمة أم فقط إلى مراجعة مفهوم المال موضوع الحماية بصورة يبقى معها موضوع التجريم موحداً وتحول دون تراكم النصوص القانونية وتفرقتها أو تشتتها.

يبدو أنه بصياغة حديثة ومرنة لمفهوم المال والأخذ ببعض العناصر القانونية الجديدة مثل ربط العقوبة بالضرر⁽²¹⁾ وبلورة المشاريع المتعلقة بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وحماية المعطيات

(19) إلى جانب مشروع آخر يتعلق بالإرسال الإلكتروني للمعطيات.

(20) ثمة توجهات سامية في مجال قانون المعلومات ضمن الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في مناظرة «الاستراتيجية الوطنية لإدماج المغرب في مجتمع الإعلام والمعرفة»، الرباط، 23-24 أبريل 2001. وتحث الرسالة السامية على تفعيل العناصر التالية: التوقيع الإلكتروني، وحماية الحياة الخاصة، وحماية الملكية الأدبية.

(21) كما أثير ذلك بمناسبة مناقشة الفصل 6-607 من المشروع رقم 03-67، بمجلس النواب، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول المشروع رقم 63-67 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، دورة أبريل 2003، ص: 6.

الإسمية قد لا تكون هناك مبدئياً حاجة إلى نصوص خاصة، وبهذا المنظور يمكن تجنب كثير من المحاذير من تأويل قد يصل إلى حد القياس والاصطدام مع مبدأ التجريم والعقاب؛ وذلك علاوة على الحفاظ على وحدة القانون الجنائي وتكريسها.

وهكذا وأخذاً في الاعتبار للجانب الشكلي والموضوعي في معالجة المشرع الجنائي لظاهرة المعلومات يمكن، وبحق، المساهمة في تطوير هذا القانون شكلاً ومضموناً.

وحرصاً على حسن تطبيق مثل هذه المقتضيات القانونية الجديدة المرتبطة بالتكنولوجيا الحديثة، يتعين الاهتمام بتكوين ملائم للشرطة القضائية وللقضاة ولمساعدتهم. فتحديث القانون يجب أن يواكبه تحديث التكوين والتأهيل لكل من يوكل إليه تفعيله أو تطبيقه وهذا في الحقيقة أمر مفروض بصورة حتمية.⁽²²⁾

ويتعين كذلك الأخذ في الاعتبار للبعد الدولي في الحماية الجنائية للمعلومات؛ فالفعل الإجرامي في مجتمع المعلومات لم يعد

(22) مقالنا: المعلومات ودورها في التأهيل القضائي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العددان 21/20، يوليوز/أكتوبر 1997، ص: 91 وما بعدها.

يعرف الحدود كما يحصل مثلاً عند تدمير برامج الحاسوب غير الشبكات المعلوماتية.⁽²³⁾

وحرصاً على توفير حماية قانونية عادلة متوازنة، يتعين التأكيد على:
- أخذ البعد الإنساني في الاعتبار إلى جانب الهاجس الأمني، فلا يعقل مثلاً أن يتم التعامل مع التنصت على الهاتف ووسائل الاتصال الأخرى،⁽²⁴⁾ دون التعجيل بتفعيل مشروع المرسوم المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من مخاطر المعلومات؛

- العمل بالإضافة إلى قانون الإرهاب -الذي يتعين مراجعته- على ضرورة النص على جرائم تبييض الأموال، إذ أن هذه الأخيرة لا تقل خطورة عن جرائم الإرهاب إن لم نقل إنها تغذيها بصورة غير مباشرة.

ونعتقد أنه، كما اقتضى الأمر وضع نصوص تحمي المعلومات، يتعين كذلك الأخذ في الاعتبار للحقوق الأساسية للأفراد نتيجة استعمال المعلومات، ومن ثم يمكن ضمان المسار القانوني في اتجاه الحفاظ على الحقوق الأساسية للمواطنين.⁽²⁵⁾

(23) Mohamed OUZGANE, la criminalité informatique au Maroc, Diagnostic de la riposte juridique s'organise, Le Matin, n° 11732, 6 mars 2003, p: 7.

(24) الفصل 108 مكرر من قانون المسطرة الجنائية.

(25) La vie économique, n° 4205, 28 février 2003, p: 31.

نحو الإعراف بحق الكد والسعاية انطلاقاً

من حكم المحكمة الإدارية بالرباط

المؤرخ في 15 ماي 1997

الأستاذ: أحمد زوكاغي

أستاذ بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية

أكدال - الرباط

نشرت مجلة رسالة المحاماة، الصادرة عن هيئة المحامين بالرباط، في العدد 15 أكتوبر 2000، في الصفحات 185، 186، 187 حكماً للمحكمة الإدارية بالرباط، يحمل رقم 439 بتاريخ 15 ماي 1997، يؤكد على نهج أحكام أخرى، وفي مواضيع مختلفة، الدور الريادي، المنفتح والجسور، الذي أصبح يضطلع به القضاء الإداري في بلادنا، بالرغم من أن عمر المحاكم الإدارية، بوصفها جهازاً قضائياً مستقلاً عن القضاء العادي لم يتجاوز عقده الأول.

ويتعلق الحكم المائل، موضوع هذا التعليق، بقضية قانونية واجتماعية ساخنة، لم يجرؤ القضاء المغربي بعد على الحسم فيها برأي قاطع، وهي قضية حق الكد والسعاية، التي لازال القضاء المستقر

بشأنها، لحد الآن، يعتبرها منحصرة في نطاق الأرياف والبوادي، التي يوجد بالنسبة إليها عرف ثابت يقرها ويعترف بها، كما هو الشأن في منطقة سوس.

وتتلخص وقائع النازلة التي صدر في شأنها الحكم الإداري، الذي نحن بصدد التعليق عليه، في قيام امرأة كانت متزوجة من رجل لمدة ثلاثة وأربعين سنة، أنجبت خلالها معه سبعة أبناء، بإقامة دعوى أمام المحكمة الابتدائية بالرباط، تطالب فيها بالإعتراف لها بحق الكد والسعاية في عقار محفظ، هو عبارة عن دار للسكنى، أكدت أن مطلقها لم يكتسب ملكيتها بمفرده، وإنما بسعيها وكدها وكفاحها إلى جانبه، إذ أنه لم يكن يملك شيئاً في الوقت الذي تزوجها فيه. وبموازاة مع الدعوى التي أقامتها لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، قدمت للمحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالرباط طلباً بتسجيل تقييد احتياطي على العقار المذكور، بهدف قيد حقها في الكد والسعاية على العقار المشار إليه، إلا أن المحافظ رفض طلبها، إستناداً إلى أن الطلب الموماً إليه لا يسمح القانون بتسجيل الحق المدعى به فيه، ولذلك لجأت المرأة إلى الطعن في قرار المحافظ العقاري، أمام المحكمة الإدارية بالرباط، مطالبة بإلغائه، بناءً على أنه معيب بالشطط في استعمال السلطة، والأمر بتقييد احتياطي لحق الكد والسعاية الذي تدعيه.

إن أول ما يلاحظ، بخصوص الحكم الماثل، أن المفوض الملكي، لدى المحكمة الإدارية بالرباط، أكد في تقريره الكتابي الإستجابة للطلب، الأمر الذي يعني أن قضاة المحكمة الإدارية بالرباط نظروا لمطلب المرأة المدعية الطاعنة، بما يستحق من الجدية والعناية والإهتمام، ولذلك قررت المحكمة اعتبار القرار الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالرباط، القاضي برفض طلب تسجيل قيد احتياطي على العقار الذي تدعي فيه المرأة المذكورة حق الكد والسعاية قراراً إدارياً بطبيعته، يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري.

وفي هذا الصدد، صرحت المحكمة الإدارية، في الحكم الذي بين أيدينا بما يلي:

«وحيث إنه والحالة هذه، يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً بطبيعته، وأنه ما دام لا يمكن الطعن فيه أمام القضاء العادي، فإن المحكمة الإدارية تبقى مختصة في البت في الطلب، في إطار دعوى الإلغاء».

وهذا يعني أن المحكمة الإدارية بالرباط أوجدت للمتقاضين منفذاً لم يكن من الممكن سلوكه قبل إنشاء المحاكم الإدارية بالمغرب، حيث كانت بعض القرارات الإدارية بطبيعتها تستعصي على الطعن،

لعدم وجود جهة إدارية مختصة كما هو الشأن بالنسبة للقرارات الصادرة عن النيابة العامة وعن قاضي التوثيق، بوصفهما سلطات إدارية، وليس باعتبارهما سلطتين قضائيتين، مما يفيد أن كل القرارات كيفما كان نوعها، أصبحت قابلة للطعن فيها إما لدى جهة القضاء العادي، إن كانت قضائية، أو أمام جهة القضاء الإداري، إن كانت إدارية، طبعاً باستثناء الأعمال والقرارات الصادرة عن جلالة الملك.

وعلاوة على ذلك، فإن ما يعتبر جديداً ويستأهل التنويه بحق، في حكم المحكمة الإدارية، موضوع هذا التعليق، يتمثل في التفسير الذي أعطته المحكمة المذكورة أن النص الوارد في المادة المشار إليها جاء عاماً في صياغته، ومنح إمكانية طلب تقييد إحتياطي أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد، الأمر الذي ينسجم تماماً مع القاعدة القانونية التي جاءت في طليعة الحكم والتي ورد فيها ما يلي:

«إن حق الكد والسعاية يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية، شأنه في ذلك شأن حقوق الجلسة، والزينة، والجزاء، والهواء، المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، التي وردت على سبيل المثال لا الحصر، وأن

الفصل 85 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري قد جاء عاماً في صياغته، ومنح إمكانية طلب تقييد إحتياطي أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد، وإلا يعتبر قرار المحافظ برفض طلب التقييد الإحتياطي، والحالة هذه، متسماً بتجاوز السلطة لعيب خرق القانون، الموجب لإلغائه».

المحكمة الإدارية بالرباط

حكم عدد 439

بتاريخ 1997/05/15

السفاعة:

إن حق الكد والسعاية يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية، شأنه في ذلك شأن حقوق الجلسة والزينة والجزاء والهواء المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، التي وردت على سبيل المثال لا الحصر، وأن الفصل 35 من ظهير 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري قد جاء عاماً في صياغته ومنح إمكانية طلب تقييد احتياطي أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهنون - لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد ويعتبر قرار المحافظ برفض طلب التقييد الإحتياطي والحالة هذه متسماً بتجاوز السلطة لعيب خرق القانون، الموجب لإلغائه.

باسم جلالة الملك

بتاريخ 15 ماي 1997 أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي

متكونة من السادة:

- الأستاذ محمد لمزوعي: رئيساً

- الأستاذ محمد محجوبي: مقررأ

- الأستاذ عبد الحي بوجداني: عضواً

- بحضور السدي احميدو أكري: مفوضاً ملكياً

- بمساعدة السيد عبد الحكيم الأحرش: كاتب الضبط

الحكم الآتي نصه:

بين السيدة: (ع.أ) نائبها الأستاذ الحسين الملكي المحامي

بالرباط. من جهة.

وبين السيد: المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالرباط. من

جهة أخرى.

الوقائع:

بناءً على المقال المقدم أمام هذه المحكمة من طرف الطاعنة المذكورة حوله بواسطة نائبها الأستاذ الحسين الملكي بتاريخ 1996/01/23، المعفى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون الذي تعرض فيه بأنها كانت متزوجة بالسيد (خ.م) منذ 1952/01/27 وأنجبت معه سبعة أولاد، وأن مطلقها لم يكن يملك أي شيء، وأنها سعت وكافحت معه لتأسيس عش أسر فاستطاعا معاً اقتناء الدار موضوع الرسم العقاري عدد...، الكائن ... بالرباط، وأنها فوجئت بعد 43 سنة من العشرة الزوجية بطلاقها، فتقدمت على إثر ذلك بدعوى ترمي إلى تمكينها من حقها في الكد والسعاية في العقار المذكور (ملف عدد 95/1992 بإبتدائية الرباط)، لأن حق الكد والسعاية حق عيني، وبناءً على تلك الدعوى تقدمت أمام السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط بطلب إجراء تقييد احتياطي بناءً على مقال. إلا أن هذا الأخير أصدر قراراً إدارياً قضى برفض طلبها بعلّة أن القانون لا يسمح بتسجيله. وأنه قرار غير مرتكز على أساس قانوني مما يجعله متسماً بالشطط في استعمال السلطة، ملتسماً بالحكم بإلغائه، والأمر بتقييد احتياطي للطاعنة بناءً على مقالها المقدم أمام المحكمة الإبتدائية بالرباط بتاريخ 1996/11/02 وتحميل المطلوب في الطعن الصائر.

وبناءً على الأوراق الأخرى المدرجة بملف المحكمة.
وبناءً على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 1997/03/05.
وبناءً على الإعلام بإدراج القضية بالجلسة العلنية المنعقدة
بتاريخ 1997/04/03.
وبعد المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم،
أعطيت الكلمة إلى السيد المفوض الملكي الذي أكد في تقريره الكتابي
الرامي إلى الاستجابة للطلب، فضم إلى ملف المحكمة التي فرزت حجز
القضية للمداولة لجلسة 1997/04/15 ثم تقرر تمديدها لجلسة اليوم
قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الإختصاص:

حيث يهدف الطلب إلى إلغاء القرار الإداري المطعون فيه عدد
1823 م.ع 8/30 الذي رفض بموجبه المحافظ على الأملاك العقارية
والهون بالرباط حسب تقييد احتياطي على عقار محفظ ببناءً على
مقتضيات الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري.

وحيث لم يحدد المشرع في الفصل المذكور الجهة القضائية المختصة بالبت في قرارات المحافظ بهذا الصدد خلافاً للحالة المنصوص عليها في الفصل 96 من نفس القانون.

وحيث إنه في نازلة الحال -وكما جاء في تعليل القرار المطعون فيه- فإن الأمر لا يتعلق لا بطلب تسجيل تعرض ولا بطلب تحفيظ عقار أو تسجيل حق عيني أو التشطيب عليه، حتى يكون قرار المحافظ قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية.

وحيث إنه والحالة هذه يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً بطبيعته، وأنه ما دام لا يمكن الطعن فيه أمام القضاء العادي فإن المحكمة الإدارية تبقى المختصة بالبت في إطار دعوى الإلغاء.

في الشكل:

حيث قدم الطلب من ذي صفة وجاء داخل الأجل القانوني ومستوفياً باقي الشروط الشكلية الأخرى المتطلبة قانوناً فهو لذلك مقبول.

وفي الموضوع:

حيث يهدف الطلب إلى الحكم لفائدة الطاعنة بما سطر أعلاه.

وحيث إنه بعد إطلاع المحكمة على القرار المطعون فيه، إتضح أن المطلوب في الطعن رفض طلب الطاعنة لكون الحق المطالب بتقييده احتياطياً ليس حقاً عينياً طبقاً لمقتضيات الفصل 85 أعلاه.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات هذا الفصل فإنه على أنه: «يمكن لكل من يدعي حقاً في عقار محفظ أن يطلب تقييداً احتياطياً قصد الاحتفاظ المؤقت لهذا الحق» إما بمقتضى سند يبرره وإما بأمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار في دائرة نفوذها، وإما بمقتضى نسخة من المقال المرفوع لدى القضاء قصد إثبات الحق، كما في نازلة الحال.

وحيث إنه بغض النظر عما سيسفر عنه حكم المحكمة الابتدائية التي وضع المقال المقدم أمامها، والذي بموجبه طلبت الطاعنة تقييداً احتياطياً أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون المطلوب في الطعن، فإن الفصل 85 المشار إليه أعلاه قد جاء عاماً في صياغته ومنح إمكانية طلب تقييد احتياطي لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد، مما يكون معه القرار المطعون فيه متسماً بتجاوز السلطة بعيب مخالفة القانون. ويتعين لذلك التصريح بإلغائه مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

حق الكد والسعاية
من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى
يوم 5 مارس 1998

الأستاذ: أحمد زوكاغي

أستاذ بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية

أكسال - الرباط

نشرت مجلة قضاء المجلس الأعلى، في عددها 52 يوليو 1998، بالصفحة 329 وما بعدها قراراً صدر عن المجلس الأعلى، يحمل رقم 1520 بتاريخ 5 مارس 1998، في الملف المدني عدد 97/2276، وتتلخص وقائع النازلة التي صدر في شأنها في قيام امرأة مطلقة برفع دعوى أمام «المحكمة الابتدائية» بأكادير، في مواجهة مطلقتها، تطالب فيها بالحكم لصالحها باستحقاق النصف أو ما يعادله من قيمة الدار المقامة على قطعة أرضية حصل عليها الطرفان المذكوران، أيام زواجهما من المندوبية السامية لإعادة بناء أكادير، بإعتبارهما من منكوبي الزلزال الذي ضرب المدينة المذكورة، سنة 1961، وكذلك على أساس أن الدار المشار إليها، إن كان الزوج قد

عمد إلى تسجيلها بإسمه وحده في المحافظة على الأملاك العقارية والرهون، إلا أنها ساهمت بدورها في إقامتها وفي بناءها، بواسطة ما كانت تقدمه لزوجها الذي طلقها من مبالغ مالية إستخلصتها من مهنتها كخياطة وطرزاة، وعن طريق ما كانت تبذله من سعي وكد وجهد في سبيل إعداد الطعام للعمال والبنائين، ولتأييد مقالها الافتتاحي، أدلت المدعية بصورة من رسم السعاية، وصورة من رسم الطلاق وصورة من عقد البيع الذي باع بموجبه الزوج المطلق الدار، موضوع الدعوى، للمرأة التي تزوجها بعد طلاقه للمدعية.

غير أن المحكمة الابتدائية رفضت الاستجابة لما جاء في المقال الافتتاحي، بناءً على أن رسم السعاية المدلى به من قبل المدعية لم يوضح نوع العمل الذي ساهمت به المدعية في بناء الدار، بالإضافة إلى غموض شهادة الشهود، عندئذ طعنت المدعية في الحكم الابتدائي، أمام محكمة الإستئناف بأكادير التي أيدت الحكم المستأنف، إنطلاقاً من أن رسم السعاية المحتج به لا يشير إلى النظام المالي للزوجين، ولا إلى درجة مساهمة المرأة المستأنفة في ما أصبح يشكل الذمة المالية للزوج، وأن القاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية تقضي باستقلال كل زوج بذمته المالية الخاصة به، علاوة على أن نطاق أعمال حق الكد والسعاية

ينحصر بالبوادي ولا يطبق في حقل العلاقات المالية بين الزوجين القاطنين بالمدينة.

وهذا ما دفع المرأة المستأنفة إلى الطعن بالنقض في الحكم الإستئنافي لدى المجلس الأعلى، الذي قضى بتأييد محكمتي الموضوع، وبالتالي رفض طلب الطعن بالنقض، بناءً على حجة قاتلة، لا سبيل لإنكار فعاليتها، وهي أن العقار الدائر النزاع حوله، هو عقار محفظ وأن اسم المدعى عليه هو المسجل بالرسم العقاري، بصفته المالك الوحيد للعقار، ومن ثم، فلا تأثير لما تدعيه طالبة النقض من إستحقاقها لنصف قيمة العقار المدعى فيه، مادامت غير مسجلة على الشيعاء في الرسم العقاري، وذلك تطبيقاً للأحكام الوارد عليها النص في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

ويتضح مما تقدم، أن نازلة الحال تتعلق بما يعرف، في الممارسة القضائية المغربية، بحق الكد والسعاية، التي أشار إليه العلامة سيدي عبد القادر الفاسي، في نظم العمل الفاسي، بقوله:

وخدمة النساء في البوادي * * للزرع بالدراس والحصاد

قال ابن عرضون لهن قسمة * * على التساوي بحساب الخدمة

لكن أهل فاس فيها خالفوا * * قالوا لهم في ذلك عرف يعرف

وهذا يعني، طبقاً لما جاء في شرح السجل ماسي لنظم العمل الفاسي: «إن خدمة نساء البادية للزرع، مع أزواجهن بالحصاد والدراس، توجب أن يقسم لهن، بأن تعطى المرأة نصيباً من الزرع بحسب خدمتها، إلا أن أهل فاس خالفوا في هذا، وقالوا أن أهل البادية لهم عرف معروف بينهم،، يردهم القاضي إليه».

وعلاوة على ما أشار إليه صاحب العمل الفاسي، فإن المنطقة التي يوجد فيها حق الكد والسعاية، وجوداً يتميز بالانتشار والاستقرار هي منطقة سوس، حيث يطلق عليه، هناك، باللهجة الأمازيغية «تمازالت»، المشتقة من فعل «أزل» بمعنى سعى أو جرى جرياً أوسعياً، حسبما ذكر ذلك أبو زيد الجشتيمي، «صاحب العمل السوسي في الميدان القضائي»، وهو أي حق الكد والسعاية، يعني أن المرأة، إذا كانت قد شاركت في بناء أوفي تنمية ثروة زوجها، فإنها تعتبر شريكة له في كل عناصر الثروة التي أصبح يتوفر عليها من زواجهما، فإذا طلقها تعين عليه أن يرد إليها، بالإضافة إلى حقوقها الثابتة شرعاً، قيمة ما ساهمت به من عمل أو مال أوهما معاً، وكذلك الحال فيما إذا توفي الزوج، إذ أن ما خلفه من ورائه يستخلص منه القدر الذي ساهمت به أرملته، وما بقي منه هو الذي يوزع بوصفه تركة، على الورثة ومن بينهم الزوجة، بطبيعة الحال.

ومن هنا، نتوصل إلى أن النتيجة التي يفرضي إليها إعمال حق الكد والسعاية تتشابه إلى حد كبير مع تلك التي تتمخض عن تطبيق مبدأ الشيوخ أو الاشتراك في الأموال، الذي تقره مختلف القوانين العلمانية، المستمدة، بوجه خاص، من التشريعات الأوروبية، التي تجيز للزوجين أن يتفقا في تنظيم العلاقات المالية بينهما، إما على أساس استقلال الذمة المالية لكل واحد منهما، وإما على الأساس الذي يترتب عليه أن كل ما اكتسبه كل زوج يعتبر ملكاً مشتركاً للزوجين، يقسم مناصفة بينهما أو بناءً على نسبة معينة بعد الوفاة أو عند الفراق.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الكد والسعاية قد خصص له كثير من العلماء المغاربة الأجلاء تحليلات مسهبة، وتوخوا في عرضه بيان مدى مطابقته لأحكام الشريعة الإسلامية. وفي هذا المجال، جاء في النوازل الصغرى، المسماة «المنح السامية في النوازل الفقهية»، لسيدى المهدي الوزاني، ما يلي: «وسئلت عن رجل فقير بالبادية، تزوج امرأة كذلك، لها ولدان من غيره، فصار هو يخدم الزرع والغرس ونحو ذلك من خدمة الرجال، والمرأة تخدم الصوف ولقط السنبل أيام الصيف، وتلقت الزيتون بالأجرة، وشبه ذلك من خدمة النساء، حتى اشترى الزوج المذكور أصولاً وماشية وحوائح، طلق الزوجة وأراد الإستبداد والإختصاص بذلك،

فأبت هي، وأرادت الدخول معه والشركة في جميع ما اشترى من يوم تزوجها، بقدر تحملها وخدمتها؛ فهل لها شركة في ذلك أم لا؟ فأجبت بأن لها ذلك، حسبما نص عليه غير واحد. ففي أجوبة الشيخ بن ناصر، أنه سئل عن رجل وامرأة، كل منهما يخدم على قدر جهده، حتى مات أحدهما أوطلقها، كيف يقتسمان أموالهما؟ فأجاب: تأخذ المرأة بمقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزوجها بحسب نظر أهل المعرفة في ذلك، ونحو في أجوبة العلامة سيدي محمد الوردزي، فإنه سئل عن الزوجة، إذا كانت تخدم في دار زوجها، هل لها الحق فيما استفاده زوجها من خدمته وخدمتها أم لا؟ فأجاب، قال الإمام بن العطار: مذهب الإمام مالك وأصحابه، أن المرأة، إذا كانت تعمل مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها شريكة الزوج فيما استفاده من خدمتها، إنصافاً بينهما، وكذا الأم مع أولادها، والأخت مع أختها، والبنت مع أبيها، ونساء البادية والحاضرة في هذا سواء.

ومن قبل ذلك، أيضاً، ما جاء في نوازل العلمي، الجزء الأول، ص. 187 من أن المرأة «إن صرحت بالإمتناع عن الخدمة إلا على وجه الشركة في الغزل والنسج أوغيرهما وأباح لها زوجها ذلك، فلا إشكال في إشتراكهما في ذلك المعمول. فإن سكتت وعملت ولم تصرح بوجه من

الوجهين ثم طلبت حظها من العمل، وأنها لم تعمل إلا على وجه الشركة أو الرجوع بقيمة العمل، وأنكر الزوج ذلك، أقسمت أنها ما غزلت ولا نسجت ولا عملت إلا لتكون على حظها من المعمول. وإذا حلفت، قوم عملها في الكتان والصوف، وقوم الكتان والصوف، فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك. وكذلك الغزل. هكذا روى عن عبد المالك وابن القاسم وغيرهما، وبهذا أفتى الفقيهان أبو الوليد بن رشد وأبو عبد الله بن الحاج».

وفي هذا الموضوع كذلك: «سئل أبو عبد الله محمد الحسن بن عرضون، عمن تخدم من نساء البوادي خدمة الرجال، من الحصاد والدراس وغيرهما، فهل لهن حق في الزرع بعد وفاة الزوج، لأجل خدمتين أو ليس لهن إلا الميراث؟» وقد أجاب العلامة بن عرضون عن هذه المسألة بقوله:

«الذي أفتى به القوري، مفتي الحضرة الفاسية، أن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم، زاد عليه مفتي البلاد الغمارية، أبو القاسم بن خجو: على قدر خدمتهم، ويحبسها من إتفاقهم أو تفاوتهم. وزدت، أنا لله عبد: بعد مراعاة الأرض والبقر والآلة، فإن كانوا متساوين فيها أيضاً فلا كلام، وإن كانت لواحد حسب له ذلك».

وفي يوم 9 مارس 1996، صدرت عن إتحاد العمل النسائي، بالمغرب، وثيقة تحمل إسم «محكمة الطلاق الرمزية» جاء فيها:

«من الضروري إصدار تشريع يعترف للمرأة بعملها، سواء منه الظاهر أو الباطن، ودور هذا العمل في رفع المستوى المادي للأسرة، وحقها في الحصول، عند الطلاق، على رصيدها من المال المتحصل عليه أثناء قيام الزوجية، اعتماداً على فتاوى الفقهاء المغاربة حول ما أسموه سعاية المرأة. هذه الفتاوى المبنية إما على العادة والعرف أو على عمل الخليفة عمر بن الخطاب. فقد ورد في إحدى هذه الفتاوى ما يلي: «والسلام على مصامدة وجزولة أن الزوجة شريكة لزوجها فيما أفاداه مالاً بتعبهما وكلفتها مدة إنضمامهما ومعاونتهما، ولا يستبد بما كتبه على نفسه، بل هي شريكة له فيه بالإجتهد والشركة (كتاب العمل السوسي في الميدان القضائي، ص. 283).

ومما يستدعي الإنتباه، أن المطالبة بإقرار حق الكد والسعاية لم تعد منعزلة مغمورة، بل أصبحت تطرق بحدّة وإلحاح أبواب المحاكم المغربية، وتستحثّ القضاة في مختلف درجات المحاكم على الاعتراف من مناهل كنوز الفقه الإسلامي واجتهادات جهاذة القضاة الأولين.

وفي هذا المضمار، أورد الأستاذ الحسين الميلكي، في كتابه «نظام الكد والسعاية» الطبعة الأولى، الرباط، 1999... نماذج عديدة، منها ما يلي:

1- الحكم الصادر عن المجلس الأعلى، رقم 44، بتاريخ 28 نونبر 1978، الذي جاء فيه ما يلي:

«الإستفادة التي تحصل للزوجين، إذ أثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك تجعل حق الكد والسعاية ثابتين للزوجة، وتستحق بذلك نسبة من الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية».

2- الحكم الصادر عن المجلس الأعلى، رقم 177 بتاريخ 12 ماي 1980، الذي ورد فيه الآتي:

«تراعي في تقدير السعاية، بعد ثبوتها: الدمنة، وحق باقي بالسعاية على قدر عمله، لا فرق بين الذكر والأنثى فيما هو مستفاد خلال فترة الحياة الزوجية.

على المحكمة أن تراعي، في شأن الكد والسعاية، للزوجات المتوفى عنهن أو المطلقات، ما نص عليه الفقهاء في فتاويهم وأحكامهم في الموضوع».

3- الحكم الصادر عن المجلس الأعلى، رقم 662، بتاريخ 12 أكتوبر 1982 والذي قرر فيه المجلس المذكور إبطال الحكم المطعون فيه، استناداً على أن محكمة الاستئناف بأكادير:

« تنفي على رسم الكد والسعاية بعدم توضيحه للأشياء التي تطالب بها الطاعنة، ولذلك تعتبر حجة ناقصة عن درجة الإعتبار، مع أنها شهدت بأن الزوج كان يعمل في الخارج، وبأن جميع منجزاته بمدينة أكادير ونواحيها هي من كد وسعاية الطاعنة، إذ هي التي تقوم بالشراء والإشراف والمراقبة، وليس على شهود هذه الحجة إحصاء تلك العقارات، وكان بود المحكمة مناقشتهم، وأيضاً فإن الحكم المطعون فيه يسم الطاعنة بادعاء الكسب، مع أنها ترمي بمقالها إلى استحقاق نصف العقارات الواردة بمقالها، التي كانت هي السبب في شرائها وبنائها، وعززت ادعائها بوثائق هامة، لم يستطع المدعى عليه تنفيذها ولا مناقشتها ولم تطلب الكسب والسعاية، لذلك كان الحكم المطعون فيه غير معلل».

4- القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بمراكش، رقم 410، بتاريخ 30 مارس 1984 الذي أعلنت فيه المحكمة عما يلي:

«وحيث، فيما يخص طلب السعاية، وطبقاً لقرار المجلس الأعلى، الصادر في النزاع، عدد 177، بتاريخ 12 ماي 1980، فإنه بالرجوع إلى جواب المستأنف، المسطر بالملف، فإنه قد اعترف للمستأنفة الفرعية بحقتها في السعاية، وأن وجوده في الخارج، ووجودها في المنزل داخل الوطن، والعمل لإنهاء الشروط التي تركها الزوج عند مغادرة الوطن، هو أيضاً عنصر من عناصر السعاية... وحيث أن الثلث الذي منحه الحكم المستأنف للمستأنفة الفرعية، كنصيبها في السعاية، حسب تقرير وتقويم الخبير، يعتبر منطقياً ومنسجماً مع العمل اليومي، لعدم إثبات وجود غير المستأنف والمستأنفة الفرعية في المنزل، موضوع السعاية».

5- حكم محكمة الاستئناف بأسفي رقم 1253 وبتاريخ 4 نونبر 1985، الذي تقرر فيه: «إن حق السعاية، أوحد الكد، كما يسمى في بعض الأعراف، يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي، منذ سنة سيدنا عمر بن الخطاب، في حكمه للبيبة بنت الأرقم ضد أخ زوجها بنصف ما ترك الزوج، لكونها كانت نساجة طرازة، فساهمت بذلك في تكوين الشركة».

6- حكم محكمة الإستئناف بأكادير، رقم 339، بتاريخ 13 دجنبر 1991 الذي تتلخص وقائع النازلة التي صدر في شأنها في أن امرأة

مغربية مطلقة كانت متزوجة من رجل فرنسي، انتقلت معه إلى فرنسا عندما انتهى العقد الرابط بينه وبين الدولة المغربية، ثم عادا إلى المغرب للعمل بمدينة تارودانت، حيث اشتغلت معه بعيادته كمرضة، وأنها ساهمت معه طيلة الحياة الزوجية في حياته العملية، زيادة على القيام بواجباتها الزوجية، وأنهما قد اقتنيا من مدخولهما معاً الدار الكائنة بمدينة أكادير، ولعلاقة الثقة المتبادلة بين الزوجين، لم يتم تقييد وإنجاز عقد البيع إلا في إسم الزوج، وأن ثمن شراء هذا المنزل لم يكن إلا من مدخول جهد الزوجين، وأن من حقها أن تطلب استحقاق نصف المنزل المذكور، سعاية مادية وعملية، ملتزمة بالحكم باستحقاقها نصف المشاع من المنزل المذكور والأمر بتقييد الحكم بالمحافظة العقارية بأكادير، وبناءً على ذلك، قررت محكمة الاستئناف بأكادير الحكم على المدعى عليه بيمين الإنكار، ورد الدعوى المستأنفة، فإن حلف سقطت دعواها، وإن نكل حلفت طبق دعواها واستحقت منه حينئذ ربع الدار المدعى به، وإن نكلت فدعواها ملغاة.

وبناءً على كل ما تقدم، يبدو أن تدخل المشرع، بنصوص صريحة، بات أمراً ضرورياً ومفيداً لتقنين الاجتهادات التي توصل إليها الفقهاء المسلمون منذ قرون وكرستها الأعراف المحلية في بعض مناطق

المغرب، وذلك تثبيتاً للثقة بين الزوجين، وتحقيقاً لما أشارت إليه المادة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية، من أن الزواج يقوم على تحقيق الود والإحترام والطمأنينة والسلام، خاصة في الوقت الحاضر، وخاصة كذلك في المدن، حيث تعمل المرأة إلى جانب الرجل، لبناء بيت الزوجية، وضمان سكن خاص مستقل يضمن استقرار الأبناء سيما في حالة الوفاة، كما أن القضاء المغربي مدعو لمواصلة البحث والتخريج في مجال حق الكد والسعاية، سيما وأن المشرع يحيل على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف فيما لم تشمله المدونة من أحكام.

ومن المعلوم أن القانون رقم 70 لسنة 2003 بمثابة مدونة الأسرة، قد حرص، في المادة 49 منه، على وضع الأسس التشريعية الأولى، في القانون المغربي، لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين، فقد قررت المادة المذكورة، في مطلعها، المبدأ الجوهري الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين، وهو مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته، وعوائد عمله وأملكه وأصوله. وإن كان من الجائز الإتفاق بين الزوجين على تنظيم معين للأموال والعائدات والمداخيل التي تتحقق للزوجين ابتداءً من تاريخ نشوء الرابطة الزوجية.

والمقتضى المادة المذكورة، يتعين، في حالة الإتفاق على توزيع واستثمار الأموال المكتسبة من لدن الزوجين، أن يكون الإتفاق مكتوباً وموجوداً في وثيقة مستقلة عن رسم الزواج، بحيث إذا لم تكن هناك وثيقة كتابية معدة سلفاً، وجب تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، أي تطبيق المبدأ القاضي بأن البينة على المدعي، وعندئذ يراعى عمل كل زوج من الزوجين، ومدى ما ساهم به من مجهود وما تحمله من أعباء وتضحيات في سبيل إيجاد ثروة للأسرة، أو تنميتها أو صيانتها والمحافظة عليها. وهي نفس المبادئ والأحكام التي قررها الفقه الإسلامي وطبقها القضاة المغاربة.

المجلس الأعلى

القرار عدد: 1520

المؤرخ في: 1998/03/05

الملف المدني عدد: 97/2276

القبالة:

حق السعاية - إثباته - حقوق عينية - تسجيلها في الرسم العقاري (نعم) حق السعاية - يجب إثباته والمحكمة غير ملزمة بأي إجراء من إجراءات التحقيق لأن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية طالما أن الأمر بتكملة الحجة موكول للأطراف وحدهم ولذلك فلا أثر لما تدعي الطالبة من حقوق عينية في عقار محفظ ما لم تكن هذه الحقوق مسجلة بإسمها في الرسم العقاري.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في شأن الوجهين الأول والثاني من وسيلة النقض الفريدة مجتمعين،

حيث يستفاد من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف، أن (ق.ي) تقدمت أمام المحكمة الابتدائية بأكادير بمقال تعرض فيه، أنها ومفارقها المدعى عليه (ب.ع) بإعتبارهما من منكوبي زلزال أكادير، حصلوا على قطعة أرضية من المدوية السامية لإعادة بناء أكادير تقع بحي ولي العهد بلوك 3 رقم 22، سجلت في إسم المدعى عليه الذي كان زوجاً لها إعتباراً للثقة، بالرسم العقاري عدد 66388، وأنها ساهمت في بناء الدار المقامة على هذه القطعة ببيع حليها وبما حصلت عليه من مهنة الخياطة، إضافة إلى مراقبة العمال وإعداد الطعام لهم، وأنها بعد طلاقها ظلت تسكن بالطابع السفلي، وأن المدعى عليه لما علم بعزمها على مطالبته بحقها في الدار المذكورة منه، قام بتفويتها لزوجته (ا.س)، ومن أجل ذلك فإنها تلتمس الحكم بإستحقاقها لنصف الدار موضوع الدعوى أولنصف ثمنها بعد تقويمها بواسطة خبرة، مدلية بصورة من رسم السعاية المستفسر تحت عدد 2989، وبصورة من رسم الطلاق وبصورة طبق الأصل من عقد البيع.

وبعدما أجاب المدعى عليه بأن المدعية أقرت بأن الملك موضوع النزاع محفظ في الرسم العقاري تحت عدد 09/66388 في إسمه، وتبعاً لذلك فإنه يتمسك بمقتضيات الفصلين 2 و 62 من القانون العقاري،

وبأنه لا يعرف أي حق للمدعية فيما تدعيه، وبأن ما فوته ملك خاص به ومحفظ دون وجود أي تقييد عليه، ملتمساً إلغاء الدعوى، ومدلياً بشهادة من المحافظة على الأملاك العقارية مؤرخة في 12/02/1993، أصدرت المحكمة حكماً قضت فيه بعدم قبول الدعوى، بعلّة أن (رسم السعاية) المدلى به من طرف المدعية وبالرغم من أن شهوده يشهدون بكد المدعية وسعايتها مع زوجها كطرازه بالآلة، لم يوضح نوعية عملها، وأن الدار موضوع الدعوى أقيمت نتيجة سعيها وكدها، إضافة إلى أن تاريخ إزدياد بعض شهود الرسم المذكور كان بعد خمس عشرة سنة من زواج المدعى عليه بالمدعية، وأن هؤلاء الشهود لا علم لهم بالوضع المادية للزوج وبذمته المالية قبل الزواج بالمدعية. فاستأنفته هذه الأخيرة، بانيه استئنافها على أن شهود رسم (السعاية) أكدوا أنها تشتغل كطرازه بالآلة وهذا لا يستدعي أي إيضاح، وأنه كان على المحكمة استفسار الشهود إن رأت أن هناك غموضاً، وعلى أن ما ورد في الرسم المذكور من كون (سعايتها) إستمرت مع زوجها حتى بناء الطابع الأول من الدار، ومن كونها ساهمت في البناء بحليها وبمجوهراتها. وأنها شريكة في جميع ما إستفاد منه كاف للإثبات، وعلى أن عدم علم الشهود بالوضع المادية للمستأنف عليه جاء نتيجة إزديادهم بعد الزواج بخمس عشرة سنة، وعلى أن الشهود عاينوها بعد

تميزهم وهي تسعى وتكد وتساهم مع زوجها في بناء المنزل، ملتزمة بإلغاء الحكم المستأنف والحكم أساساً وفق مقالها الافتتاحي، واحتياطياً إجراء بحث بالإستماع إلى الشهود.

وبعدما أجاب المستأنف عليه بأنه يؤكد دفعه السابقة مضيئاً أن المستأنفة لو كان لها حق في المدعى فيه لطلبت تقييده احتياطياً على الرسم العقاري المتعلق به قبل وقوع الطلاق، وأقبل البيع للغير، وبأن (السعاية) يعمل بها في البوادي التي تعمل فيها المرأة إلى جانب الرجل في تربية المواشي والحرث والحصاد، وأنه ينكر مساهمة المستأنفة في البناء، أصدرت محكمة الإستئناف بأكادير بتاريخ 1996/04/02 قراراً تحت عدد 1060 في القضية العقارية ذات العدد 95/200 قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف، بعلّة أن رسم السعاية المدلى به من طرف المستأنفة لا يشير إلى النظام المالي للزوجين، ودرجة مساهمة الزوجة في مال الزوج علماً بأن النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية يقتضي إستقلال الذمة المالية لكل واحد منهما، وبذلك يكون الرسم المذكور غير كاف للبت في الطلب، وأن الإجتهدات المدلى بها من طرف المستأنفة تخص الزوجة العاملة مع زوجها في البوادي، ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة، مما يجعل الحكم المستأنف مصادفاً للصواب، وينبغي تأييده. وهو القرار المطلوب نقضه.

وحيث تعيب الطاعنة القرار المذكور بعدم الإرتكاز على أساس قانوني سليم، ذلك أن رسم السعاية المدلى به من طرفها أوضح أنها ساهمت بذمتها المالية المستقلة في بناء الدار موضوع النزاع وبعملها المتمثل في مراقبة العمال وعداد الطعام لهم، إلا أن القرار المطعون فيه اعتبر الرسم المذكور غير متضمن للنظام المالي للزوجين ودرجة مساهمة الزوجة ومشاركتها في مال الزوج دون بيان المقصود من ذلك، كما تعيبه بإنعدام الأساس وفساد التعليل وخرق قواعد الإثبات؛ ذلك أن القرار المطعون فيه إعتبر الإجتهدات المدلى بها من طرف الطالبة تخص المرأة العاملة في البوادي، رغم أن المعيار هو الكد والسعاية مخالفاً بذلك مقاصد الشريعة مما يعرضه للنقض.

لكن، حيث يتجلى من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف أن العقار المدعى فيه محفظ وأن المطلوب، هو المسجل برسمه العقاري كمالك وحيد وبذلك فلا أثر لما تدعيه الطالبة من حقوق عينية أي نصف العقار المدعى فيه، ما دامت غير مسجلة على الشيع في الرسم العقاري عملاً بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، وما دامت المحكمة قد إعتبرت أن ما أدلت به الطالبة غير كاف لاستحقاقها لعقار محفظ باسم الغير الأمر الذي تكون معه الوسيلة في وجهها المذكورين غير مرتكزة على أساس.

وفي شأن الوجه الثالث من نفس الوسيلة المتخذ من إنعدام الأساس وإنعدام التعليل وعدم الرد على طلبات؛ ذلك أن الطالبة إلتمست إجراء بحث في وجود غموض في لفيفية السعاية، غير أن المحكمة لم تستجب لذلك ولم تعذرها مما يعرض قرارها المطعون فيه للنقض.

لكن، حيث إن المحكمة غير ملزمة بأي إجراء من إجراءات التحقيق، لأن ذلك يدخل في إطار سلطتها التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى، وأن الأمر بتكملة الحجج موكول للأطراف وحدهم، فالوجه من الوسيلة غير مقبول.

لهذه الأسباب:

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب، وعلى الطالبة بصائه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة أبو مسلم الحطاب والمستشارين السادة: محمد اعرشا مقررأ - وعبد النبي قديم - وحمادي اعلام - وعبد السلام البريكي وبمحضر المحامي العام السيد عبد السلام حسي رحو وبمساعدة كاتب الضبط السيد محمد بولعجول.

مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي

الأستاذ: عبد اللطيف الأنصاري

قاضي

خريج دار الحديث الحسنية

مقدمة:

يعتبر الفقه المالكي الإطار المرجعي الأهم لموضوع السعاية وما يطرحه من قضايا وبشيره من إشكالات، وعليه فالكلام الذي يقال عنه حالياً، ليس بالجديد المبتكر ولا بالحديث المخترع فقد قيل زماناً، ورغم ذلك فإنه ما زال في حاجة ماسة ليس فقط إلى الاجتهاد في أحكامه ومسائله إنشاءً وتقريراً، ولكن أيضاً وقبل ذلك إلى إخراج تلك الأحكام من مظانها، وترتيبها وفق منهجية واضحة المعالم ومحددة الأهداف.

وفي هذا السياق، تأتي هذه المحاولة قاصدة إلى تلمس الأحكام النازمة لبعض القضايا التي يفرضها بالأصالة الإطار المرجعي الفقهي للموضوع، وتجد صداها بالتبع في الإطار الواقعي القضائي له.

وبالرغم مما قد يبدو ظاهراً بالعنوان من أن الفكرة الأهم في هذه السطور إنما هي أساساً تلك المتعلقة بنطاق تطبيق أحكام السعاية، بالنظر إلى صبغتها الإجرائية وطابعها التنزيلي، فإن الفكرة التي قبلها، والمتصلة بالمفهوم، لا تخلو من أهمية وفائدة، بل ولا تنفك من إشكالات وجبت مقاربتها بقصد التحقق بالفهم الصحيح لها، والاهتداء بالتالي إلى التطبيق السليم لمتعلقاتها. وبذلك تترجع من حيث الأهمية الفكرة المتعلقة بالمفهوم على ما سواها، لأنها الأساس لغيرها، وغيرها إنما هو تأسيس عليها وتجل من تجلياتها لا أكثر، ولله در من قالوا بأن الفهم قبل الحكم، وأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ومن أجل أن يكون هذا الموضوع جامعاً قدر الإمكان لكل ما يدخل فيه من أحكام، ومانعاً لدخول ما ليس منه فيه والتباسه به. فإني سأقتصر على بحث مسألة عمل الزوجة في مال زوجها دون غيرها من المسائل المتعلقة بباقي صور وأنواع العلاقة الممكن تصورهما بين الزوجين في المجال المالي.

وبهذا التحديد الدقيق للموضوع فإنه يخرج من إطاره كل من أحكام الزوجة العاملة في بيت زوجها، وأحكام الزوجة العاملة مع زوجها في مال غيرهما، وأحكام الزوجة المستقلة بعملها ومالها، وأحكام

الزوجة التي يأكل زوجها مالها، فكل هذه الأوضاع والصور لها أحكامها الخاصة وقواعدها الضابطة كما هو منصوص عليها بأدلتها وشواهدا في مظانها ومواردها.

كما تخرج أيضاً من إطار موضوعنا هذا، تلك الأحكام والمقتضيات التي أقرتها مدونة الأسرة في المادة 49^(*) لاعتبارات أهمها:

أ- إن المادة 49 من مدونة الأسرة تشير في فقرتها الأولى إلى حالة الاتفاق بين الزوجين على كيفية استثمار وتوزيع الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، وهو ما يختلف عن أحكام السعاية كما حددها فقهاء المالكية من أوجه كثيرة؛

ب- إن أحكام المادة 49 من المدونة عامة في الزوجة العاملة في مال زوجها وفي غيرها من الزوجات التي يمكن أن تتخذ علاقتهن بأزواجهن صوراً أخرى؛

(*) تنص المادة 49 من مدونة الأسرة على ما يلي: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السابقة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.»

ج- ومن جهة أخرى، فإن أحكام المادة 49 من مدونة الأسرة تنطبق على كل واحد من الزوجين حالة تحمله أعباء وتقديمه مجهودات من أجل تنمية أموال الأسرة، في حين أن موضوعنا خاص بالزوجة فقط حالة عملها في مال زوجها وتنميتها له.

تلك كلمات أوجبت الضرورة المنهجية التقديم بها لهذه المحاولة التي سأطرق لها وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم السعاية

أولاً: تحديد معنى السعاية من حيث العموم والخصوص وبيان اصطلاحات الفقهاء بشأنها

(1) تحديد معنى السعاية من حيث العموم والخصوص

(2) الإصطلاحات الفقهية المرادفة لمصطلح «السعاية»

ثانياً: تعريف السعاية في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي

(1) السعاية في اللغة

(2) السعاية في الإصطلاح الفقهي

المبحث الثاني: نطاق تطبيق أحكام السعاية في الفقه المالكي والقضاء المغربي

أولاً: نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان والزمان

1) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان

أ- المرأة البدوية والحق في مقابل السعاية

ب- المرأة الحضرية والحق في مقابل السعاية

2) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث الزمان

أ- حالة وفاة الزوج: (الزوجة الأرملة)

ب- حالة الطلاق: (الزوجة المطلقة)

ج- حالة بقاء الزوج في عصمة الزوج

ثانياً: نطاق تطبيق أحكام السعاية في الإجتهد القضائي المغربي

1) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان

أ- الموقف الأول: مقابل السعاية حق للزوجة البدوية

دون الحضرية

ب- الموقف الثاني: مقابل السعاية حق للزوجة البدوية
والحضرية على السواء

2) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث طبيعة العمل المبذول
من قبل الزوجة

أ- الموقف الأول: العمل البدائي (الفلاحي) السبب الوحيد
في استحقاق مقابل السعاية

ب- الموقف الثاني: عمل الزوجة كيفما كانت طبيعته سبب
في استحقاق مقابل السعاية

المبحث الأول: مفهوم السعاية

ولتجلية هذا المفهوم، سنعمل على تحديد السعاية من حيث إن لها معنيين، عام واسع، وخاص ضيق، ثم نعرض لأنواع المصطلحات والألفاظ التي قد تقوم مقامها، وأخيراً نأتي إلى التعريف بمفهومها الخاص -الذي هو محل موضوعنا- في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي.

أولاً: تحديد معنى السعاية من حيث العموم والخصوص وبيان اصطلاحات الفقهاء بشأنها

1) تحديد معنى السعاية من حيث العموم والخصوص:

للسعاية عند فقهاء المالكية معنيان: معنى عام واسع، وآخر خاص ضيق. أما المعنى العام الواسع، «فيدخل فيه كل من قدر على الاشتغال والتكسب من أفراد الأسرة، ولذلك نجد الفقهاء يميزون فيه بين سعاية اليتيم وسعاية الأخت وسعاية الأخ، وسعاية الولد، وسعاية الزوجة»⁽¹⁾.

وأما المعنى الخاص الضيق، فإنما يأتيه التخصيص والتضييق من إرادة الفقيه تخصيص نوع من آحاد المعنى العام للسعاية بالبحث،

(1) فقه النوازل في سوس: قضايا وأعلام من القرن التاسع الهجري إلى نهاية القرن الرابع عشر. للحسن العبادي بن أحمد الهشتوكي. الطبعة الأولى. مطبعة النجاح الجديدة. ص: 416 بتصرف.

فإذا ما تم الحديث عن السعاية بصفة عامة، وبغض النظر عن متعلقها، فهو الأخ أو الأخت أو الزوجة أو اليتيم... فإننا نكون بصدد المعنى العام لها، وأما إذا تم تخصيص الحديث عن السعاية بأن ربط بالأخ أو الأخت أو الزوجة مثلاً، فإننا نكون بصدد البحث في المعنى الخاص الضيق لها. وموضوعنا إنما هو في هذا المعنى الأخير للسعاية، والمتعلق أساساً بالزوجة، ولذلك فإننا عندما نطلق لفظ السعاية إطلاقاً ودونما تحديد لمتعلقه، فإننا نقصد به سعاية الزوجة.

(2) الاصطلاحات الفقهية المرادفة لمصطلح السعاية:

يستعمل الفقهاء للتعبير عن معنى السعاية مصطلحات متعددة، فيطلقون على هذا المعنى أحياناً مصطلح «الكد». وممن عبر به من الفقهاء عبد الواحد الأمزوري في قولين له: الأول منظوم، والثاني منشور.

فأما المنظوم فقوله:

وبين أهل الكد نصف أقساما * * * كلا بقدر كده لتكرما⁽²⁾

(2) العمل السوسني في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمن بن عبد الله الجشتيمي. شرح ومقارنة الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتيمي الطبعة الأولى 1984م، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع. 284/1.

وأما المنثور فقوله: «وإذا استفاد أهل البيت من ذمتهم وكدهم، فإنهم يقسمونه أنصافاً...»⁽³⁾.

فالمقصود بمصطلح الكد في قولي عبد الواحد الأمزوري، المنظوم والمنثور، هو السعاية وما في معناها.

وقد يعبر عن السعاية أيضاً بلفظي «الكد والسعاية». جاء في المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية من قوله الفقيه إبراهيم الشهيد الركني، ما نصه: «...والمنصوص عن العلماء خلفاً وسلفاً، أن الزوجين إذا استفادا بسعيهما وكدهما يشتركان بقدر عملهما... فتختص الزوجة بسعيها وكدها...»⁽⁴⁾.

كما قد يعبر عنها كذلك بـ «تامازالت باللغة الأمازيغية»⁽⁵⁾ أو الجراية. أوحق الشقا لدى أهالي الجبال.⁽⁶⁾

وإلى تلك التعابير كلها دون الأخير منها، يشير الأستاذ الحسين الميلكي فيقول: «تامازالت، كلمة أمازيغية قد تكون مشتقة

(3) المرجع السابق 285/1.

(4) المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية. جمع وترتيب محمد المختار السوسي. إعداد عبد الله الدرقاوي. تقديم محمد المنوني. الطبعة الأولى 1995 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. ص: 260-261.

(5) العمل السوسي في الميدان القضائي 281/1 م.س.

(6) ابن عرضون الكبير، حياته وآثاره، آراؤه الفقهية. لعمر الجبدي الطبعة الأولى 1987 منشورات عكاظ. ص: 205.

من فعل أزل Azzel بمعنى سعا أو جرى... ويقال إلى الآن في بعض مناطق سوس: أيلي-د-يوزل Ayelli ed Yuzzel أو أيلي-د-توزل Ayelli ed Tuzzel، ويعني مقابل سعيه أو مقابل سعيها... ومن هنا -ربما- جاءت تسمية هذا الحق في الفقه المغربي المكتوب باللغة العربية بحق الكد والسعاية، أو بالجرية»⁽⁷⁾.

هكذا إذاً، فإن كلا من مصطلح «السعاية» أو «الكد» أو «الكد والسعاية» أو «الشقا» أو «تامازلت» أو «الجرية»، أسماء لمسمى واحد، ولها نفس الدلالة، وتفيد نفس المعنى. وسندرج في هذا الموضوع على استعمال مصطلح «السعاية» للأسباب الآتية:

- 1- إن مصطلح «السعاية» هو المصطلح الغالب على استعمال الفقهاء في تقايدهم ونوازلهم وفتاواهم. ولذلك قلما نجدهم يستعملون غيره مما أشرنا إليه من مصطلحات أخرى «كالجرية» أو «الشقا» مثلاً.
- 2- إن قولهم: «الكد والسعاية»، فيه تكرار معنوي لا داعي له، بحيث قد يكتفي بأحد اللفظين فقط.

(7) من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية إعداد الميلكي الحسين: الطبعة الأولى 1999 مطبعة دار السلام. ج. 1 ص: 15-14.

3- إن لفظ «تامازالت» هو لفظ خاص من ناحيتين: من حيث المكان: منطقة سوس. ومن حيث اللسان: اللسان الأمازيغي، ولذلك أثرنا عدم استعماله.

ثانياً: تعريف السعاية في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي

1) السعاية في اللغة:

أصل السعاية في اللغة، فعل سعى. جاء في القاموس المحيط: «سعى يسعى سعياً... وسعاية».⁽⁸⁾

وفي لسان العرب: «سعى... إذا عمل... والسعي: الكسب... وقال الزجاج: أصل السعي في كلام العرب: التصرف في كل عمل...».⁽⁹⁾

وفي الرائد: «سعى: عمل. سعى للأمر: اهتم بتحصيله...».⁽¹⁰⁾

مما سبق يتبين أن مصطلح السعاية يدور حول معان منها: العمل والتصرف في الشيء والاهتمام به. وباستحضارنا لهذه المعاني في

(8) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي دار الجيل بيروت (دون تحديد تاريخ الطبع) فصل السين باب الواو والياء. 344/4.

(9) لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري. طبعة دار صادر بيروت الثالثة سنة 1994. حرف الواو والياء من المعتل. 376/14 بتصرف.

(10) الرائد لجبران مسعود. الطبعة الثالثة 1978 دار العلم للملايين بيروت لبنان 820/1.

موضوعنا، يكون معنى السعاية في اللغة، عمل الزوجة في أموال زوجها وتصرفها فيها واهتمامها بها.

2) السعاية في الاصطلاح الفقهي:

لم يعرف فقهاء المالكية - في حدود ما اطلعنا عليه - السعاية من حيث الإصطلاح، إلا ما كان من إشارة طفيفة من الفقيه سيدي محمد بن إبراهيم المزوار عندما سئل عن معناها، فأجاب، «أن معنى السعاية: ما استفادوه من المال بعملهم»، وفي الذكر: «أن ليس للإنسان إلا ما سعى»⁽¹¹⁾، «أي إلا ما عمل»⁽¹²⁾.

والسبب في نظرنا في عدم وجود تعاريف فقهية للسعاية، راجع أساساً إلى كون الفقهاء في فتاواهم ونوازلهم إنما يهتمون ببيان الأحكام وما يعتريها، لا بوضع التعريفات والحدود ما أشبه.

يبقى إذن، أمام الباحث طريق واحد إذا ما أراد التوصل إلى وضع تعريف اصطلاحي للسعاية، وهو النظر في تلك الفتاوى والنوازل والأجوبة المتعلقة بالموضوع، - ما أمكن - وفهمها، ووضع ما من شأنه أن يكون تعريفاً على ضوء ذلك النظر والفهم، وفي ذلك ما فيه من صعوبة.

(11) سورة النجم الآية 38.

(12) شرح أبي عبد الله السجلماسي الرباطي على نظم العمل للإمام سيدي عبد القادر الفاسي. طبعة حجرية 255/1.

وفي هذا الإطار ذهب الأستاذ الحسين الميلكي إلى أن السعاية هي « حق المرأة في الثروة أو الثراء المنشأ خلال فترة الحياة الزوجية »⁽¹³⁾ أو هي « حق المرأة في الثروة التي ينشئها ويكونها زوجها خلال فترة الحياة الزوجية ».⁽¹⁴⁾

وما دام التعريفات متقاربين، فإننا ننبه بشأنهما معاً إلى ما يلي:

1- إن تعريفي الأستاذ الميلكي يجعلنا نتساءل وبإلحاح، هل السعاية حق للمرأة أم هي وضع شرعي ومركز قانوني تترتب عنه حقوق؟ واضح أن الأستاذ يذهب إلى وصفها بأنها « حق »، والحقيقة أن الأمر ليس كذلك، إذ أن السعاية هي وضع شرعي يخول للمتواجد به حق المطالبة بمقابل عمله وكده، وفرق بين السعاية وبين ما يترتب عنها من حق في مقابلها.

2- إن الأستاذ أغفل في تعريفه عنصراً أساسياً من عناصر استحقاق مقابل السعاية، وهو كد المرأة وعملها مع زوجها في أمواله، فإذا لم يكن لها سعي يترتب عنه نماء وزيادة في أمواله وثروته، فلا حق لها في تلك الأموال والثروة.

(13) من الحقوق المالية للمرأة نظام الكد والسعاية 4/1 م.س.

(14) المرجع السابق 9/1.

أما الأستاذ عبد السلام حسن رحو، فقد عرف السعاية بأنها: «استحقاق كل شخص مقابل كده واجتهاده جزاء عمله». (15) ويلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف للسعاية بالمفهوم العام وليس بالمفهوم الخاص المقصود في هذا الموضوع.

ويذهب الأستاذ أحمد الزوكاغي إلى أن السعاية تعني «أن المرأة إذا كانت قد شاركت في بناء أوفي تنمية ثروة زوجها، فإنها تعتبر شريكة له في كل عناصر الثروة التي أصبح يتوفر عليها منذ زواجهما...». (16)

وإذا كان هذا التعريف قريباً نوعاً ما من المقصود بالسعاية في الاستعمال الفقهي، فإن مما يؤخذ عليه أنه قضي بكون الزوجة شريكة لزوجها، وليس الأمر كذلك في كل الأحوال، كما هو مفصل في مظانه وموارده عند فقهاء المالكية.

بقي أن نشير في آخر هذه التعريفات إلى تعريف آخر يعتبر الأقرب إلى مقصود الفقهاء من مصطلح السعاية، وهو تعريف الأستاذ الصديق

(15) مجلة قضاء المجلس الأعلى، ج. 52. السنة العشرون يوليو 1998، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بالمجلس الأعلى. ص: 335.

(16) رسالة المحاماة العدد 17 مارس 2002. طبع مكتبة دار السلام ص: 130.

بلعربي، الذي يقول فيه: «والسعاية اصطلاحاً، هي ما يعطاه الساعي مقابل عمله الذي قام به من أجل تكوين أو تنمية رأسمال، أو هي النصيب الذي يستحقه الساعي أوالسعاة مقابل المجهود الذي بذلوه من أجل تكوين وتنمية مال معين بقدر يناسب مجهوده»،⁽¹⁷⁾ وإلى هنا فإن حديث الأستاذ هو حديث عن المفهوم العام للسعاية، وكأنني به قد أحس بهذا التعميم فعمد في موضع آخر إلى تخصيص سعاية الزوجة بالتعريف قائلاً: «أوهي حق يسمح للمرأة في أخذ جزء من الثروة التي أنشئت أثناء الحياة الزوجية مقابل المجهود الذي بذلته أساهمت به في تكوين تلك الثروة». (18)

ولو أن الأستاذ أبدل كلمة حق بكلمة «وضع» أو«مركز» لاستقام تعريفه أكثر، وفيما دون ذلك فالتعريف أقرب إلى المقصود بالسعاية في الاستعمال الفقهي كما قلنا سابقاً.

وإذا كنا لم نعمد إلى تبني أي من تلك التعريفات، فإنه باستئناسنا بها وباستحضارنا لما أبديناه من ملاحظات بشأنها، وباسترشادنا بما استطعنا الوقوف عليه مما ورد في الموضوع عند

(17) مجلة المرافعة العدد 6 السنة 1977، ص: 56.

(18) المرجع السابق ص: 56.

الفقهاء، يمكن أن نعرف السعاية بأنها: «وضعية شرعية مقتضاها: عمل الزوجة في أموال زوجها بقصد تنميتها. ونتيجتها: استحقاق مقابل ذلك العمل فيما زاد عن أصل تلك الأموال».

- فقولنا: «وضعية شرعية»، فيه إشارة إلى أن المشرع ينظم ويضبط عمل الزوجة في مال زوجها، ويرتب عنه حقوقاً لها، إما نصاً وإما اجتهاداً، وفيه أيضاً تلافٍ لوصف السعاية بأنها حق، وهو ما انتقدناه سابقاً.

- وقولنا: «مقتضاها: عمل الزوجة في أموال زوجها»، فيه إشارة إلى عنصرين من عناصر السعاية. أولهما عمل الزوجة، وثانيهما نماء أموال الزوج بسبب ذلك العمل.

- وقولنا: «نتيجتها: استحقاق مقابل ذلك العمل فيما زاد عن أصل تلك الأموال» فيه إشارة إلى عنصر مقابل السعي باعتباره عنصراً من عناصر تعريف السعاية، وفيه أيضاً تفريق بين «السعاية» التي هي العمل والكد، وبين «مقابل السعاية» الذي هو مقابل العمل والكد.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق أحكام السعاية في الفقه المالكي والقضاء المغربي

أولاً: نطاق تطبيق أحكام السعاية في الفقه المالكي

ينصب الحديث هنا حول نقطتين رئيسيتين، تتعلق الأولى بنطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان، وتعلق الثانية بنطاق تطبيق تلك الأحكام من حيث الزمان.

1) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان:

يدور الكلام في هذه النقطة حول ما إذا كان حق الاستفادة من أحكام السعاية مخولاً للمرأة البدوية فقط، أو للبدوية والحضرية على حد سواء.

أ- المرأة البدوية والحق في مقابل السعاية:

لقد ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن الاستفادة من مقتضيات وأحكام السعاية هي خاصة من خواص نساء البادية، وأفتوا بناءً على ذلك فتاوى كثيرة تخول لهن الحق في مقابل السعاية.

وعلى ذلك حملت فتوى ابن عرضون المشهورة، في المرأة تخدم زرع زوجها بالبادية أن لها النصيب من ذلك الزرع شركة مع زوجها.⁽¹⁹⁾ وهو ما أشار إليه صاحب العمل الفاسي في قوله:

وخدمة النساء في البوادي * * للزرع بالدراس والحصاد

قال ابن عرضون لهن قسمة * * على التساوي بحساب الخدمة⁽²⁰⁾

وإذا كان محمد ابن عرضون -ومن قال بقوله- قد أطلق فتواه لتسع عموم نساء البادية ذوات السعاية في أموال أزواجهن، دون تفريق في ذلك بين أهل الجبال منهن وأهل السهول. فإن غيره قد قصر القول بتطبيق أحكام السعاية على نساء الجبال دون غيرهن، وبذلك قال الوزاني في المعيار، واحتج له بعدم لزوم ما ثبت من عمل بلد لبلد آخر،⁽²¹⁾ وبه أيضاً جرى العمل عند فقهاء جبال غمارة كما نص على ذلك الفقيه سيدي أحمد البعل.⁽²²⁾

(19) انظر النوازل للشيخ عيسى العلمي تحقيق المجلس العلمي بفاس. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. مطبعة فضالة 1983. 102-101/2.

(20) جني زهرة الآس في شرح نظم عمل فاس لعبد الصمد كتون. مطبعة الشرق الوحيدة (دون تاريخ). ص: 52. وأيضاً في شرح السجلماسي على نظم العمل. 1/250-251 م.س.

(21) النوازل الفقهية الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، والمسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب للشيخ المهدي الوزاني، مراجعة ومقابلة عمر بن عباد. نشر وزارة الأوقاف، مطبعة فضالة السنة 1414هـ-1997م. 563/7.

(22) انظر النوازل للعلمي 102/2 م.س.

ويبدو أن فتاوى كثيرة وأجوبة متعددة، جاءت على منوال ما ذهب إليه ابن عريضون لتجعل -بالتالي- تطبيق أحكام السعاية عاماً في حق نساء البادية، سواء كن في السهل أوكن في الجبل، لكن ذلك مشروط بما إذا لم يقض العرف أوالاتفاق بعدم استحقاقهن مقابل سعيهن.

وتجدر الإشارة في ختام هذه النقطة، إلى أن هناك من الفقهاء من نازع في تطبيق أحكام السعاية على نساء البادية. ففي نوازل الرسموكي من كلام أبي محمد سيدي عبد الله بن يعقوب ما نصه: «ونقل لنا عن المشدالي ما حاصله ألا شيء لنساء البادية لدخولهن على الخدمة مجاناً، والله أعلم». ⁽²³⁾ ويمثله قال سيدي يحيى السراج في نساء البادية اللاتي يحصدن ويدرسن ونحو ذلك، بأن لا شيء لهن في ذلك. ⁽²⁴⁾

ولئن كان سيدي يحيى السراج لم يبين مستنداً لقوله، فإن المشدالي قد استند في القول بعدم استحقاق نساء البادية مقابل

(23) مخطوط: نوازل الرسموكي لأحمد بن محمد الرسموكي. رقم 3566 د بالخزانة العامة. الرباط. ص: 16.

(24) انظر حاشية الإمام سيدي محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني على شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني لمتن الإمام الجليل أبي المودة خليل. الطبعة الأولى 1306هـ. المطبعة الأميرية ببولاق. مصر 39/4.

سعائتهن في أموال أزواجهن على وجوب الخدمة عليهن ودخولهن على ذلك، وهو قول غير مسلم، وفيه منازعة ونظر.

ب- المرأة الحضرية والحق في مقابل السعاية:

جاء في نوازل البرجي من كلام الفقيه يبروك بن عبد الله بن يعقوب عن أبيه عن أبي إسحاق التونسي أنه أفتى «بأن الزوجة في البادية تشارك زوجها على قدر سعائتها... ونساء الحاضرة بخلاف ذلك لأنهن للفراش»⁽²⁵⁾.

إن هذا الكلام يحملنا حملاً على القول بعدم استحقاق الزوجة الحضرية مقابل سعائتها بحجة أنها للفراش ولا أثر لها في تنمية أموال زوجها لا من قريب ولا من بعيد.

والحقيقة أنه إذا كان ذلك هو شأن الزوجة الحضرية في زمن صاحب الفتوى، فإنه قليل في زماننا، ذلك أن هذه الزوجة أصبحت كالبدوية تساعد زوجها وتعمل معه في أمواله وتعيّنه في جل أشغاله. ولسنا نريد أن نصدر حكماً بهذا الشأن، وإنما غايتنا التنبيه إلى أن المبرر الذي استندت إليه الفتوى لم يعد قائماً بالشكل الذي كان عليه زمان صدورها.

(25) انظر فقه النوازل في سوس. م.س. ص: 179-180.

وللفقيه الورزازي فتوى مغايرة في هذا الشأن ونصها: «وسئل -يقصد نفسه- عن الزوجة إذا كانت تخدم في دار زوجها، هل لها فيما استفاده زوجها من خدمته وخدمتها أم لا؟ فأجاب: قال الإمام ابن العطار، مذهب مالك وأصحابه، أن المرأة إذا كانت تعمل مثلاً الغزل والنسج ونحوهما. فإنها شريكة للزوج فيما استفاده من خدمتها أنصافاً بينهما، وكذا الأم مع أولادها، والأخت مع أختها، والبنت مع أبيها، ونساء الحاضرة والبادية في هذا سواء، واللّه أعلم».⁽²⁶⁾

يتبين مما سبق، أن مسألة تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان يحفها الكثير من الخلاف، وهي محل اجتهادات كثيرة، ولذلك ترك بعضهم أمرها إلى أعراف كل بلد وما جرى به عمل أهله، فحيثما قضى العرف بها أخذ بأحكامها، وحيثما لم تعتبر عرفاً وعادة ترك أمرها.

وإلى هذا أشار الإمام أبو الوليد محمد عبد الوهاب الزقاق عندما سئل عما لامرأة بدوية من الاستفادة بسعيها في مال زوجها، فأجاب، «العادة هي المحكّمة في أفعال الزوجة المذكورة، فما دامت العادة على أن الزوجة إنما تفعله على وجه طيب النفس وحسن العشرة والمعاونة

(26) مخطوط نوازل الدرعي لمحمد الورزازي الدرعي. تحت رقم 1847 د بالخزانة العامة بالرباط.

لزوجها في المعيشة، لا شركة لها في ذلك، ولا أجر، وما كان على العكس فحكمها على ذلك»⁽²⁷⁾.

ولعل في هذه الفتوى التي تركت أمر تطبيق السعاية إلى أعراف كل مكان على حدى، وفي فتوى الورزازي قبلها، القاضية بتعميم أحكام السعاية على المرأة البدوية والحضرية معاً، وإن كانت محمولة -أي فتوى الورزازي- على شركة العمل والصنائع.

أقول، لعل في هذين الفتويين ما قد يحمل على القول بضرورة فتح النقاش في موضوع تعميم أحكام السعاية على الزوجات الساعيات في أموال أزواجهن، سواء كن في البادية أو في الحاضرة، لكن بميزان العلم ووفق مبادئ الشريعة الإسلامية الرامية إلى جلب المصالح والعدل ودفع المفاسد والظلم عن الزوجة والزوج معاً.

(2) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث الزمان:

نقصد في هذا المحور إلى الإجابة على تساؤل إشكالي مهم وهو: متى يقضى للزوجة بمقابل السعاية؟

(27) مخطوط الجواهر المختارة مما وقفت عليه من النوازل بجمال غمارة لعبد العزيز الزياتي. تحت رقم 1698 د. بالخزانة العامة بالرباط.

لقد أفضى النظر في بعض فتاوى وتقايد الفقهاء إلى تحديث ثلاث حالات زمانية يقضى فيهن للزوجة بمقابل سعايتها في أموال زوجها، وهي:

1- حالة وفاة الزوج؛

2- حالة الطلاق؛

3- حالة بقاء الزوجة في عصمة الزوج.

أ- حالة وفاة الزوج: الزوجة الأرملة:

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى الحكم للزوجات الأرامل باستحقاق مقابل سعايتهن في أموال أزواجهن بعد وفاتهم.

ومن هؤلاء الفقهاء، سيدي محمد بن الحسن بن عرضون، الذي أفتى في مسألة الزوجة البدوية تخدم خدمة الرجال من الحصاد والدراس ثم يتوفى زوجها، بالشركة لفائدتها، مستنداً في ذلك إلى ما قال به القوري وابن خجو. (28)

ومنهم أيضاً، عيسى بن عبد الرحمن السكتاني الذي أفتى في شأن امرأة ذات يد وسعاية في مال زوجها المتوفى عنها بأن لها حظها

(28) انظر بهذا الخصوص النوازل للعلمي 103-102-101/2 م.س.

مما حصل من عملهما بقدر عمل كل واحد.⁽²⁹⁾ وحكى مثل هذا سيدي أحمد البعل عن فقهاء غمارة المتقدمين.⁽³⁰⁾

ولعل في ما ذهب إليه البعض من تأصيل للسعاية وأحكامها بناءً على قضاء عمر بن الخطاب لحبيبة بنت رزق بالشركة في ما تركه زوجها بعد وفاته، إشارة واضحة إلى جواز تطبيق أحكام السعاية في حق النساء الأراامل في ما يتركه أزواجهن بعد وفاتهم.

ب- حالة الطلاق: الزوجة المطلقة:

أورد الوزاني فتوى خاصة بهذه الحالة للفقهاء العلامة المحقق سيدي محمد بن أبي القاسم السجلماسي، ونصها: «وسئل -يقصد أبا القاسم السجلماسي- أيضاً عن رجل من أهل البادية طلق امرأته وله مال: غنم وبقر، فقامت تدعي أن لها الحظ في ذلك، وقال هو: المال كله له، فلمن القول منهما؟ وإذا قضي بالمال للرجل، هل تتبعه بأجرة خدمتها أيام كانت في عصمته أم لا؟»⁽³¹⁾ وكان مما ورد في جواب السجلماسي،

(29) نوازل الرسومي م.س. ص: 123.

(30) النوازل للعلمي. م.س. ص: 103/2.

(31) النوازل الصغرى المسماة بالمنع السامية في النوازل الفقهية لأبي عيسى المهدي الوزاني. نشر وزارة الأوقاف، مطبعة فضالة المحمدية، السنة 1412هـ-1992م. 272/2.

«... وإن كان في خدمتها زيادة على القدر الواجب عليها، قضي لها بأجرة المثل لا بالشركة...»⁽³²⁾.

فالسجل ماسي في هذه الفتوى، يقول بتطبيق أحكام السعاية في حق الزوجات المطلقات. وهو ما قال به العباسي أيضاً في نوازله التي ورد فيها «ومن زوجت ووجدت عند زوجها بهائم، ومكثت عنده أربعة أعوام ثم فارقها، فإنها تأخذ سعائتها فيما زادت من البهائم بقول أهل المعرفة»⁽³³⁾.

يتبين مما سبق أن هناك من الفقهاء من أفتى للزوجة باستحقاق مقابل السعاية في حالة الطلاق، وهناك من أفتى لها باستحقاقه في حالة وفاة زوجها عنها وترملها منه.

على أن منهم من أفتى بجواز استحقاقها لمقابل سعائتها في حالتي الطلاق والوفاة معاً، بل إن بعض الباحثين أشار إلى أن القول بالمقابل في حالة الطلاق والوفاة على حد سواء هو ما جرى به العمل واعتاده الناس في بعض البوادي المغربية.⁽³⁴⁾

(32) المرجع السابق. 272/2.

(33) العمل السوسي في الميدان القضائي. م.س. 286/1.

(34) انظر المرجع السابق. 281/1.

ويعزو البعض القول بإعطاء مقابل السعاية للزوجة في حالة وفاة الزوج وحالة الطلاق إلى الفقيه أبي العباس أحمد بن عرضون في فتواه التي اعتبرها أحد الباحثين فتوى ثورية،⁽³⁵⁾ واعتبر آخر الرأي الوارد فيها رأياً رائداً عظيماً.⁽³⁶⁾

ولئن كان الباحثون لم يتحققوا من نسبة الفتوى إلى هذا الفقيه التحقق اللازم، فإن منهم من حاول مقارنة مضامينها بناءً على ما جرى به عرف بلد من نسبت إليه، فخلص إلى أن: «مؤداها أن المرأة لها الحق في أخذ النصف فيما عملته لزوجها،⁽³⁷⁾ وذلك في حالتين:

1- إذا توفي عنها زوجها؛

2- إذا حدث ما يوجب الطلاق، وطلقت بالفعل».⁽³⁸⁾

(35) انظر تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقهاء الإسلامي -الجنس معياراً- لفريدة بناني، سلسلة منشورات كلية الحقوق مراكش، السنة 1993، ص: 190.

(36) انظر مقال الدكتور عبد الهادي التازي المنشور بندوة الإمام مالك إمام دار الهجرة بتاريخ أبريل 1980، 89/1.

(37) هذه الفتوى تحتاج إلى نقاش من وجهين: الوجه الأول: كونها قضت للزوجة بالنصف والوجه الثاني كونها تشرك الزوجة في كل ما يتحصل للزوج أثناء الحياة الزوجية. ونحن إنما أوردناها هنا لبيان أن تطبيق أحكام السعاية في حق الزوجة ممكن عند صاحبها في حالتها الطلاق ووفاء الزوج.

(38) ابن عرضون الكبير م.س. ص: 205.

ج- حالة بقاء الزوجة في عصمة الزوج:

إذا ثبت للزوجة الحق في المتحصل أثناء الحياة الزوجية بسبب عملها في مال زوجها في حالتها الطلاق ووفاء الزوج، فهل هناك ما يمنع من القول باستحقاقها هذا المقابل وهي ما زالت في عصمة زوجها؟

إن الأصل في الحقوق أن تخول لصاحبها الاستفادة منها على كل حال وفي كل حال إذا كان أهلاً لذلك، ولم توجد موانع تحول دون تلك الاستفادة، فهل ينطبق هذا الأمر على الحق في مقابل السعاية فيما يتعلق بالزوجة التي لا زالت في عصمة زوجها؟

لقد ذهب الفقهاء في بيان ذلك إلى رأيين:

أما الرأي الأول: فيذهب القائلون به إلى جواز استحقاق الزوجة المقابل عما بذلته من جهود وخدمات في أموال زوجها، وممن قال بذلك أبو عبد الله القوري وعمران المشدالي.⁽³⁹⁾ وقد أثبت العلمي في النوازل أن الأول «سئل عما يعمله نساء البوادي وغيرهن لأزواجهن من أنواع اللباس وسائر الخدمة إذا تشاحوا في ذلك وتشاجروا فيه. هل تجبر على ذلك أولاً؟ وهل لها نصيب حق أم لا؟ وهل يجب عليها الاشتراط على الزوج أو البينة أنها عملت ذلك لنفسها أولاً؟».

(39) انظر النوازل للعلمي. 189-188-187/1.

فأجاب: ... لكن المشهور الذي به الفتوى عدم جبرهن على ذلك وأن لا شيء عليهن من غزل ونسج وغيره. فإذا فعلت شيئاً من ذلك متطوعة به وطيبة النفس بذلك، رشيدة قبل العمل وبعده، فلا خلاف في حلية ذلك للزوج وفي جواز انتفاعه به أو بثمنه، ولا يضر رجوعها بعد ذلك فيه أو قولها: لا جعلتك في حل في كل ما خدمته لك. وإن صرحت بالامتناع من الخدمة إلا على وجه الشركة في الغزل والنسج أو فيهما وأباح لها زوجها ذلك فلا إشكال في اشتراكهما في ذلك المعمول. فإن سكتت وعملت ولم تصرح بوجه من الوجهين ثم طلبت حفظها من العمل وأنها لم تعمل إلا على وجه الشركة أو الرجوع بقيمة العمل وأنكر الزوج ذلك، استحلفت أنها ما غزلت ولا نسجت ولا عملت إلا لتكون على حفظها في المعمول. وإذا حلفت قوم عملها في الكتان والصوف، وقوم الكتان والصوف، فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك. وكذلك الغزل. هكذا روي عن مالك وابن القاسم. وبهذا أفتى أبو الوليد بن رشد وأبو عبد الله بن الحاج»⁽⁴⁰⁾.

يستفاد من هذه الفتوى وغيرها مما هو في موضوعها. أمور كثيرة على درجة كبيرة من الأهمية بخصوص ما نحن بصدد تحرير أحكامه الفقهية. ومن تلك الأمور:

(40) المرجع السابق. 188-187/1.

أ- إن الزوجة تكون شريكة لزوجها في المصنوع بعملها من صوفه وما في حكمه، وذلك في حالة ما إذا صرحت بالامتناع من الخدمة إلا على وجه الشركة في الغزل أوالنسيج أوفيها معاً ورضى الزوج بشرطها هذا.

ب- إذا عملت الزوجة دون تصريح لا بالتطوع ولا بالشركة، ثم طلبت حفظها من المعمول بناءً على أنها لم تعمل إلا على أن ترجع على زوجها بالنصيب فيه وأنكر ذلك الزوج، استحلقت، فإن فعلت قضي بينهما بالشركة في المعمول، هي بقيمة عملها وهو بقيمة أمواله.

وإذا كان يتحصل من هذه الفتوى أن الأصل في عمل الزوجة في مال زوجها صوفاً كان أوثوباً أو ما في حكمهما أن تصير شريكة له في المال المصنع حتى وهي في عصمته، سيراً مع الشهور الذي وقعت به الفتوى من الفقهاء المحققين.⁽⁴¹⁾ فإن القول بخلاف ذلك الأصل موجود قائم. إلا أنه يمكن حمله محملاً حسناً. وقصدنا هنا ما أورده الوزاني في النوازل الصغرى من أن سيدي عيسى السجستاني: «سئل في مسألة رجل نكح امرأة ومكثت عنده نحواً من ست عشرة سنة وهما على المحبة

(41) انظر المعيار الجديد للوزاني. م.س. 511/6.

والمودة والمعروف ويحسن بها غاية الإحسان والآن طلبته بالغزل والنسج الذي كانت تفعله مع أن ذلك لم يكلفها به ولا أذن فيه. هل لها شيء أولاً؟ فأجاب بأنه لا شيء لها والسلام».⁽⁴²⁾

والمحمل الحسن الذي يمكن حمل كلام السجستاني عليه مبني على:

- طول المدة على المصنوع دون تكلم الزوجة في ذلك؛
 - كون الزوجة إنما عملت ذلك دون تكليف ولا إذن من زوجها؛
 - احتمال جريان العرف بالتطوع ولزومه للزوجة.
- وبهذا ينتفي ما يظهر أنه تعارض بين ما أورده العلمي في النوازل وما أثبتته الوزاني في النوازل الصغرى. وينبغي على الجمع بينهما أنه لكي يقضي للزوجة الباقية في عصمة زوجها بالشركة في المصنوع من عملها وماله يلزم:
- ألا تصرح بالتطوع أو يقضي به العرف؛
 - ألا تطول المدة على المصنوع دون مطالبة منها بحقها فيه؛

(42) النوازل الصغرى للوزاني م.س. 989/2.

- ألا ينازع الزوج في الشركة، فإن فعل استحلقت على أنها لم تعمل إلا لترجع عليه. فإن حلفت قضي لها بالشركة معه.

يتبين مما تم عرضه بخصوص الحالات الثلاث المتعلقة بنطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث الزمان، أن القول باستحقاق الزوجة مقابل السعاية أو عدمه في كل حالة، أمر في غاية الأهمية والخطورة، ولذلك اختلف بشأنه كثيراً، وكانت للفقهاء فيه آراء وأقوال وردود واعتراضات. ولعل خطورته تلك هي ما جعلت بعض الفقهاء يتركون أمره للعرف والعادة؛ فقد سئل الفقيه العلامة أبو الوليد محمد عبد الوهاب الزقاق في شأن امرأة ذات سعاية هل لها الحق مع زوجها بسبب خدمتها فأجاب بأن «العادة هي المحكمة في أفعال الزوجة المذكورة، فما دامت العادة على أن الزوجة إنما تفعله على وجه طيب النفس وحسن العشرة والمعاونة لزوجها في المعيشة لا شركة لها ولا أجر، وما كان على العكس فحكمها على ذلك. وبالله التوفيق.⁽⁴³⁾

(43) الجواهر المختارة للزياتي. م.س. 160/1.

ثانياً: نطاق تطبيق احكام السعاية في الاجتهاد القضائي المغربي

تثير أحكام السعاية من حيث نطاق تطبيقها أمام القضاء المغربي العديد من الإشكالات والقضايا، وسنكتفي في هذه الدراسة بالتطرق إلى اثنتين منهما:

أما الأولى: فتتعلق بنطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان.

وأما الثانية: فتتعلق بنطاق تطبيق تلك الأحكام من حيث طبيعة الأعمال التي يخول للزوجة العمل فيها مقابل السعاية.

وأود قبل ذلك الإشارة إلى أن البعض قد يتساءل عن عدم إفرادنا مسألة تطبيق أحكام السعاية من حيث الزمان بالدرس والتحليل على غرار ما قمنا به حينما تعرضنا لنطاق تطبيق تلك الأحكام في الفقه المالكي. والسبب في ذلك راجع بالأساس إلى أن هذه المسألة، ليس فيها من الإشكالات ما يجعلها تفرد بالبحث المستقل. ذلك أننا من جهة أولى لم نقف في حدود ما قدر لنا الإطلاع عليه على حكم أوقرار يميز بهذا الشأن بين المرأة المطلقة والمرأة المتوفى عنها زوجها، فمتى أثبتت الزوجة أياً كانت إسهامها بسعايتها في نماء ثروة زوجها، قضي

لها بحقتها في مقابل تلك السعاية، وما كان على العكس من ذلك فحكمه على خلاف ذلك.

ومن جهة ثانية، فإن المجلس الأعلى قد قضى في قراره رقم 177 الصادر بتاريخ 12/05/1980 في الملف الإجتماعي عدد 74469 بنقض قرار استئنافي، واعتمد -من جملة ما اعتمده في ذلك النقض- على حيثية مفادها أن الحكم الابتدائي الذي تبناه وصححه القرار الاستئنافي، لم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي في شأن الكد والسعاية للزوجات المتوفى عنهن أو المطلقات، والتي نص عليها الفقهاء في فتاواهم وأحكامهم.⁽⁴⁴⁾ وهو ما يفهم منه بجلاء أن المجلس الأعلى يسوي بخصوص تطبيق أحكام السعاية من حيث الزمان بين الزوجة المطلقة والزوجة الأرملة.

وفيما يتعلق بمسألة استحقاق الزوجة الباقية في عصمة زوجها لمقابل السعاية، فلم يقدر لنا الوقوف على قضية تعالج هذه المسألة.

والسبب في نظري راجع إلى أن الزوجات يحجمن عن المطالبة بحقوقهن في مقابل السعاية وهن مازلن في عصمة أزواجهن لأمر

(44) انظر نص القرار في: نظام الكد والسعاية (1) للملكي الحسين طبعة 2002، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام. من الصفحة 69 إلى الصفحة 74.

كثيرة، لعل أهمها الرغبة في المحافظة على وحدة الأسرة واستمرارها واستقرارها.

1) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان:

لل قضاء المغربي بخصوص هذه المسألة موقفان. أما الموقف الأول فيجعل مقابل السعاية حقاً خالصاً للزوجة البدوية من دون الحضرية. وأما الموقف الثاني فيوسع من مجال تطبيق ذلك المقابل ليشمل الزوجة البدوية والحضرية على السواء. وهنا يثور التساؤل حول الأسس والمعايير المعتمدة في توسيع أو تضييق نطاق تطبيق تلك الأحكام من حيث المكان.

أ- الموقف الأول: مقابل السعاية حق للزوجة البدوية دون الحضرية:

تذهب بعض الإجتهدات القضائية إلى قصر نطاق تطبيق أحكام السعاية على نساء البادية فقط وحرمان غيرهن صراحة أو ضمناً من الاستفادة مما تخوله تلك الأحكام من حقوق مالية.

وقد ذهبت هذا المذهب محكمة الشرع بتزيت، عندما قضت في مجموعة من أحكامها بأحقية الزوجات في أخذ مقابل سعائتهن من أزواجهن بعلّة « أن العمل قد جرى بثبوت السعاية للنساء في البوادي

كما بين في شرح العمليات...»⁽⁴⁵⁾ وأن نفس العمل أيضاً «جرى باستسعاء الزوجات في البوادي...»⁽⁴⁶⁾.

ولئن كان هذان الحكمان لم يقصرا صراحة نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث المكان على الزوجة البدوية، فإن فيهما ما يحمل على القول من باب المفهوم المخالف بأنهما جعللا من استحقاق مقابل السعاية حالة عين - كما يقول أهل الأصول - خاصة بالزوجة البدوية دون غيرها.

وأصرح مما قررته هذه المحكمة من قواعد ومبادئ بهذا الشأن، ما ذهبت إليه ابتدائية الرباط، عندما قضت برفض طلب الإشهاد للزوجة بأحقيتها في نصف العقارات المشتراة من طرف المدعى عليه (زوجها) خلال الحياة الزوجية عن طريق الكد والسعاية، معتمدة في ذلك الرفض على مجموعة حيثيات من بينها أن القواعد الفقهية المنظمة لحق الكد والسعاية تجعل هذا الأخير عرفاً مقصور التطبيق على نساء البوادي، وأن المدعية من مدينة الرباط، وهي منطقة حضرية لا يجري عرفها على

(45) حكم محكمة الشرع بتزنيب الصادر بتاريخ 1959/19/14 في القضية المدنية عدد 1959/369. أنظر المرجع أعلاه الصفحات: 209-208-207.

(46) حكم محكمة الشرع بتزنيب الصادر بتاريخ 1960/12/24 في القضية المدنية عدد 1980/228. أنظر المرجع أعلاه الصفحات: 216-215-214-213.

الأخذ بمبدأ الكد والسعاية الذي أسست عليه الدعوى.⁽⁴⁷⁾ وهو نفس الموقف الذي كرسته استئنافية أكادير في قرارها رقم 1060 الصادر بتاريخ 1996/04/02 بخصوص الملف رقم 95/200. والذي جاء فيه أن «الاجتهادات (يقصد الاجتهادات المتعلقة بأحكام السعاية) المدلى بها من طرف المستأنفة، تخص الزوجة العاملة مع زوجها في البوادي، ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة، سواء كانت عاملة أم محتاجة...».⁽⁴⁸⁾

إن الاجتهادات القضائية السالفة الذكر، تقرر لنا قاعدة هامة مفادها أن تطبيق مقتضيات السعاية يتعلق فقط بالمرأة العاملة مع زوجها في البادية، وعليها يتأسس القول بكون مقابل السعاية إنما هو حق للمرأة البدوية دون غيرها، ونقصد هنا المرأة الحضرية التي تبقى في منطق هذه الاجتهادات محرومة من مقابل السعاية.

والملاحظ أن معتمد هذا الرأي في القول بما قال به، هو أن السعاية خاضعة في تطبيق أحكامها للعرف والعمل، وهو ما يؤدي بالتبع إلى القول بأن استحقاق مقابل السعاية أو عدم استحقاقه يدور وجوداً

(47) حكم رقم 1076 بتاريخ 1999/06/07، ملف أحوال شخصية عدد 98/2298. ينظر في المرجع أعلاه. الصفحات من 247 إلى 251.

(48) انظر الحقوق المالية للمرأة... ص: 132-133 بتصرف م.س.

وعدماً مع ما تقرر عرفاً وعملاً في كل منطقة على حدا. وهو معتمد فيه من النظر ما يجعل إعادة النظر فيه واجبة وضرورية، لأن الأعراف أولاً، لا يعرف لها ثبات أو استقرار، وسمتها البارزة هي التغير والتبدل مع تغير الزمان وتبدل المكان، ولأن هناك ثانياً من الناحية الفقهية ما هو أصح في التأسيس، وأقوى في التأصيل للمسألة من أصل العرف والعمل.

ب- الموقف الثاني: مقابل السعاية حق للزوجة البوية والحضرية على السواء:

يذهب الأستاذ عبد السلام حسن رحو، في معرض تعليقه على الاجتهاد القضائي القاضي بحصر نطاق تطبيق مقتضيات السعاية على نساء البادية العاملات في: أموال أزواجهن إلى أنه اجتهاد «تصح مسيرته لولا التقدم الحاصل في المجال الاجتماعي والاقتصادي للمرأة»⁽⁴⁹⁾ أما وأن الأمر ليس كذلك، «حيث لم يعد يلاحظ حالياً أي فرق بين المرأة في البادية والمرأة في الحاضرة في مجال العمل»⁽⁵⁰⁾ فإن تمديد «هذا الاجتهاد إلى المرأة الحضرية أصبح أمراً ضرورياً في الوقت الحاضر إذا ما توفرت وسائل الإثبات المتطلبه شرعاً وقانوناً»⁽⁵¹⁾.

(49) تعليق الأستاذ عبد السلام رحو على قرار المجلس الأعلى رقم 1520 بشأن القضية العقارية رقم 77/2276، الصادر في 1998/03/05 مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 52 ص: 335.

(50) المرجع أعلاه ص: 335.

(51) انظر نص القرار بمجلة رسالة المحاماة. العدد 16. الصفحات: 210-209-208.

ويبدو أن هذا الرأي قد وجد طريقه إلى التطبيق من طرف بعض الجهات القضائية، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها رقم 244 الصادر بتاريخ 2000/04/04 بشأن الملف العقاري عدد 1999/6323 إلى أن «الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه، هو المترتب من عمل مكتسب وافر على الحاجيات الشخصية. يصب في ثروة مادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية». وهو نفس ما تم تأكيده من طرف المجلس الأعلى بصراحة ووضوح كبيرين. حيث جاء في إحدى قراراته وهو يناقش الحجج المعتمدة من قبل القرار المطعون فيه ما يلي: «كما أن قولها (يقصد المحكمة المصدرة للقرار) بأن السند الفقهي والقضائي للكد والسعاية يخص الزوجة العاملة في البوادي ولا ينطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة رغم كدها وسعايتها في تكوين الثروة مع زوجها، هو حكم مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية، لأن الفقهاء لا يفرقون بين المرأة البدوية والحضرية في استحقاق ذلك، بل يضعون «العمل والكد والسعاية» هو المعيار لاستحقاق الزوجة لبدل الكد والسعاية».⁽⁵²⁾

(52) انظر ذلك في نص مداخلة الأستاذة زهور الحر المقدمة إلى الندوة الخاصة بمدونة الأسرة والمنشورة ضمن الكتاب الخامس من سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية التي ينظمها المعهد العالي للقضاء ص: 108-109.

إن هذين القرارين يقران لنا بوادر توجه قضائي مفاده أن مقابل السعاية هو حق لكل امرأة، ليست بوصفها بدوية أو حضرية، وإنما بوصفها تعمل وتبذل الجهد في مال زوجها، وتسهم في تنمية ثروته وتقييم الدليل على ذلك؛ فالمعيار إذاً في تقرير استحقاق مقابل السعاية أو عدمه هو «الكد والاجتهاد»⁽⁵³⁾ ليس إلا. وهذا مذهب حسن.

2) نطاق تطبيق أحكام السعاية من حيث طبيعة العمل المبذول من قبل الزوجة:

لم تعد جهود الزوجات تقتصر كما كان في الماضي على مساعدة أزواجهن في العمل البدائي المتمثل أساساً في العمل الفلاحي وما يتصل به من حرث ودرس للحبوب، وحل وربط للبهائم، ونسج وغزل للأصواف، وإنما تعدته بحكم التطور الحاصل في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية إلى مجالات أخرى، ذات صبغة صناعية ومهنية وتجارية.

والسؤال الذي يفرض نفسه بالحاح، يتمثل في تحديد طبيعة العمل الذي يخول للزوجة حق المطالبة بمقابل السعاية؛ هل هو العمل البدائي المنحصر في العمل الفلاحي وما في حكمه؟ أم يمكن أن تدخل فيه أيضاً أنواع الأعمال العصرية التي أصبحت تشتغل فيها الزوجة

(53) مجلة قضا، المجلس الأعلى ص: 335. م.س.

إلى جانب زوجها، بالشكل الذي يترتب عنه نماء في ثرواته، وزيادة في أمواله؟

إن لكلا الطرفين / الموقفين وجوده في الاجتهاد القضائي. فما هي مبررات ومستندات كل موقف. وإلى أي حد أخذت بعين الاعتبار طبيعة الأدوار الاجتماعية والاقتصادية التي أصبحت تضطلع بها الزوجة إلى جانب زوجها في هذين الموقفين.

أ- الموقف الأول: العمل البدائي (الفلاحي) السبب الوحيد في استحقاق مقابل السعاية:

يذهب بعض العمل القضائي إلى أن العمل الذي يخول للزوجة استحقاق مقابل السعاية هو العمل البدائي المنحصر في دائرة الحرث والدرس وتربية الماشية، وغير ذلك مما يعتبر من مظاهر العمل الفلاحي.

وممن ذهب هذا المذهب ابتدائية أكادير في حكمها الصادر في الملف رقم 91/148 بتاريخ 1991/04/02، حيث أقرت «أن سعاية الكد المشترك تنحصر في العمل البدائي».⁽⁵⁴⁾ وقد أيد هذا الحكم بالقرار الاستثنائي رقم 1520 الصادر بتاريخ 1991/04/02 في القضية العقارية عدد 97/2276. ومن جملة ما علل به هذا القرار

(54) من الحقوق المالية للمرأة 39/1 م.س.

قضاه بعدم القبول، أن حق مقابل السعاية « لا يثبت إلا للمرأة العاملة في المجال الفلاحي بالبادية». (55)

غير أن ما أقر من طرف هاتين الجهتين القضائيتين من مبادئ وقواعد، تقصر نطاق تطبيق أحكام السعاية على العمل ذي الطبيعة البدائية، لم يسلم من النقد والمعارضة.

وبهذا الخصوص يرى الأستاذ عبد السلام حسن رحو أن القول بقصر استحقاق مقابل السعاية على النساء المباشرات لأعمال بدائية كالفلاحة مثلاً، هو قول يمكن أن توجه إليه عدة مآخذ « لعدم مسابرة تطور المرأة ومشاركتها في الميادين الأخرى غير الفلاحية، فكما أن المرأة في البادية تساعد زوجها في الفلاحة فإن المرأة في الحاضرة أيضاً تساعد زوجها في المهنة التي يزاولها كما هو مشاهد حالياً في كل المدن المغربية، حيث تساعد زوجها في التجارة والصناعة وغيرهما من المهن التي لم تعد مقتصرة على الرجال». (56)

وفي نظري فإن مساعدة الزوجة لزوجها في غير العمل الفلاحي، ليست خاصة بنساء الحواضر فقط، بل إنه أمر مشاهد في البوادي

(55) مجلة قضاء المجلس الأعلى ص: 335. م.س.

(56) نفسه ص: 335.

نفسها، حيث أصبح للنساء دور كبير إلى جانب أزواجهن في أعمال التجارة والصناعة وما في حكمهما.

ب- الموقف الثاني: عمل المرأة كيفما كانت طبيعته يخولها حق الاستفادة من مقابل السعاية:

يذهب هذا الموقف إلى أن حق مقابل السعاية ليس قصراً على الزوجة التي تسعى وتكد مع زوجها في العمل البدائي فقط، وإنما يتعداها إلى الزوجة التي تساعد زوجها في أشغاله الصناعية والتجارية والمهنية وغيرها، الشيء الذي يحمل على القول بأن المعيار الذي ينبغي أن يعتمد لتطبيق أحكام السعاية بهذا الخصوص، ليس معياراً نابعاً من طبيعة العمل، وإنما هو معيار موضوعي مبني على أساس كد المرأة وسعيها وبذلها الجهد في مجال زوجها، سواء كان ذلك الجهد المبذول من قبلها متمظهراً في شكل عمل بدائي أو غيره من الأعمال.

ونورد للتدليل على هذا الموقف، الحكم الصادر عن محكمة الشرع بتزنيث منذ سنة 1959⁽⁵⁷⁾ والذي قضى «بقسم قيمة الجميع نصفين: نصف للدمنة كما هو الجاري به العمل بهذه البلاد، والنصف الباقي يقسم بين المدعية (ر. بنت. م) وبين المدعى عليه (م. بن. ع)

(57) صدر هذا الحكم بتاريخ 1959/12/19 في الملف 1959/369. ينظر بهذا الخصوص، نظام الكد والسعاية (1) ص: 207-208-209. م.س.

لكونهما وحدهما في الدار والسعاية لهما فقط...»⁽⁵⁸⁾ وقد علل هذا الحكم قضاءه ذلك بكون «العمل جرى بثبوت السعاية للنساء في البوادي كما بين في شرح العمليات، خصوصاً ما كانت عليه نساء الأزواج المسافرين إلى فرنسا ويتركون أزواجهم يقمن مقامهم في تربية البهائم والأولاد وفي الحرث والحصد ومقابلة أملاكهم، بل ويحضرون في المحاكم يدافعن عن أملاك أزواجهن...»⁽⁵⁹⁾.

إن هذا الحكم كما هو واضح يوسع من دائرة الأعمال التي يخول الاشتغال بها للزوجة الحق في مقابل السعاية، ويجعلها على ثلاثة ضروب، أولها العمل الفلاحي المتمثل في الحرث والحصاد وتربية الماشية وغير ذلك. وثانيها العمل البيتي المعبر عنه بتربية الأولاد، وثالثها ما يمكن أن نسميه بالعمل «القانوني القضائي والإداري»، والمتمثل في الدفاع عن أملاك الأزواج في المحاكم، والتقاضي بشأنها صوتاً لها من التعدي والتضييع.

وبالرغم مما قد يلاحظ على هذا الحكم، خاصة في مدى انضباطه للمرجعية الفقهية التي صدر عنها (شرح العمليات). فإنه يعتبر بخصوص ما نحن بصدد دراسته حكماً جريئاً ومتميزاً، ليس بالنظر لزمانه فقط، وإنما بالنظر أيضاً لزماننا وللأحكام والقرارات الصادرة فيه.

(58) المرجع أعلاه ص: 209.

(59) المرجع أعلاه ص: 209.

خاتمة:

وفي الأخير نود الإشارة إلى ما يلي:

1- إن الكثير من المعايير المرجعية المعتمدة فقهاً وقضاً في تقرير وإنشاء بعض الأحكام والقواعد المتعلقة بهذا الموضوع، لم يعد لها التأثير الكبير الذي يبقياها قاعدة لتقرير تلك الأحكام والقواعد، الشيء الذي يجعل من إعادة النظر فيما بني وأسس عليها فرضاً لازماً. ومن تلك المعايير نذكر: معيار التفرقة بين الزوجة الحضرية والزوجة البدوية، ومعيار التمييز بين العمل الفلاحي وغيره من الأعمال، ومعيار العرف والعمل...

2- إن الاختلاف الذي قد يطبع أحياناً الإجهادات القضائية في القضايا والنماذج التي مثلنا بها لما يتعلق بنطاق تطبيق أحكام السعاية في القضاء المغربي؛ إنما هو نتاج في كثير من حالاته للاختلاف الموجود حول تلك القضايا في الفقه، إذ ما من اجتهاد في القضاء، إلا وله سلف وسند في الفقه، إلا ما ندر وشذ.

3- وهذا يستلزم فيما يستلزم، «توحيد وتدوين» أحكام السعاية الواجبة التطبيق أمام القضاء، حتى يتيسر الرجوع إليها بالنسبة للقضاة

أولاً، وحتى نضع حداً لتباين اجتهاداتهم وما ينتج عنه من ضياع للأوقات والطاقات، بسبب تعلق هذه الجهة القضائية بما لم تتعلق به الجهة الأخرى. وتعلق الثالثة بما لم تتعلق به لا الثانية ولا الأولى، فنقع حينئذ في سلسلة من «الإلغاء» و«النقض» نحن في غنى عنها بخطوة التوحيد والتدوين هذه.

4- وقبل خطوة التوحيد تلك، ومعها وبعدها، لا بد من التكوين الفقهي للقضاة، بما يجعلهم أقدر على التعامل مع مدونات التراث الفقهي، وأجدر بالاستنباط الصحيح منها.

وهكذا فإننا أمما خطوتين هامتين مترابطتين: خطوة توحيد أحكام السعاية وتدوينها. وخطوة التكوين الفقهي المتميز للقضاة.

وإن لم تكن هاتان الخطوتان واجبتين الإنجاز والتنفيذ، فإنهما الطريق إلى إقامة الواجب، المتمثل في حسن تطبيق أحكام الفقه أمام القضاء تحصيلاً للعدل وتحصيلاً للحقوق. وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

اتفاق تعاون

بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية

والمعهد العالي للقضاء بالجمهورية اليمنية

اعتباراً للمصلحة المتوخاة من المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية والمعهد العالي للقضاء بالجمهورية اليمنية في إرساء وتنمية تعاون مستمر في مجال اختصاصهما؛

إيماناً بالدور الحاسم لتكوين القضاة في تحسين سير المؤسسة القضائية وجودة خدماتها لتدعيم القانون؛

واقتراناً بأهمية اتفاقية تعاون من أجل تنمية العلاقات بين المؤسسات المتعاقدتين وتعميقها؛

تم الاتفاق على ما يلي:

المادة 1

يقيم الطرفان في إطار هذه الاتفاقية، علاقات التعاون والإعلام والتبادل في مجالات التكوين القضائي.

المادة 2

يتبادل الطرفان:

- الوثائق، الطرق البيداغوجية (التكوينية) المنشورات العلمية، والوسائل الأخرى التي يمكن أن تسهم في تحسين معارف القضاة وتكوينهم؛
- المعلومات حول برامج التكوين الأساسي والمستمر والتخصصي.

المادة 3

- يهيئ الطرفان لفائدة الملحقين القضائيين (الدارسين بالمعهد) والقضاة الممارسين:
- برامج سنوية للتعاون، توضح الأنشطة المزمع إنجازها استجابة لحاجيات التكوين والبحث؛
- رحلات دراسية، وأندوات حول مواضيع ذات الاهتمام المشترك.

المادة 4

يكون تمويل البعثات والتدريبات المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه موضوع اتفاق مسبق على إنجازها.

المادة 5

يتكلف الطرفان بالسهر على حسن سير الأنشطة المبرمجة وتقييم النتائج المحصل عليها، واقتراح التعديلات الضرورية التي يتعين إدخالها على برامج التعاون وعلى طرق تنفيذها للرفع من مردودية التعاون بين الطرفين.

المادة 6

يجري العمل بهذه الاتفاقية لمدة أربع سنوات، تبتدئ من تاريخ التوقيع عليها، قابلة للتجديد، شريطة أن يتفق الطرفان على ذلك ستة أشهر قبل انتهاء مدتها. كما يمكن لكل طرف أن يضع حداً لهذه الاتفاقية في أي وقت، داخل أجل ستة أشهر على الأقل من التاريخ الذي يرغب في وضع حد لمفعولها.

لا يترتب عن هذا الإنهاء المساس بالأنشطة والبرامج التي هي قيد الإنجاز.

المادة 7

يمكن تعديل هذه الاتفاقية أو تميمها باتفاق الطرفين وبطلب من أي منهما.
حرر بالرباط بتاريخ 23 صفر 1425 الموافق 14 أبريل 2004 في نسختين أصليتين.

وزير العدل

بالجمهورية اليمنية

عدنان عمر محمد الجفري

وزير العدل

بالمملكة المغربية

محمد بوزبع

بروتوكول تعاون

بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية

ومعهد التدريب والدراسات القضائية

بدولة الإمارات العربية المتحدة

انطلاقاً من أواصر العلاقات المتميزة القائمة بين المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية المتحدة، ودعماً للروابط بين البلدين في إطار تعاونهما المشترك في كافة المجالات، ومن بينها المجالات القضائية والقانونية.

ونظراً لتشابه طبيعة عمل المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية ومعهد التدريب والدراسات القضائية بدولة الإمارات العربية المتحدة من حيث اضطلاعهما بمهام إعداد وتأهيل رجال القضاء والنيابة العامة والأجهزة المعاونة، ورغبة في الارتقاء بالمستوى القضائي في كل من البلدين.

فقد اتفق الطرفان على تأكيد هذا التعاون بمقتضى هذا البروتوكول، وفقاً للبند الآتية:

المادة الأولى

يكون التعاون بين المعهد العالي للقضاء بالمملكة المغربية ومعهد التدريب والدراسات القضائية بدولة الإمارات العربية المتحدة في كافة المجالات التي يشغلها نشاط كل منهما وصولاً إلى الارتقاء بالمستوى القضائي في كل من البلدين وإعداد وتأهيل رجال القضاء والأجهزة المعاونة لهما.

المادة الثانية

يتم تبادل الزيارات بين رجال القضاء والمتخصصين في برامج كل من المعهدين لتبادل الخبرات القانونية والقضائية.

المادة الثالثة

تعقد لقاءات دورية بين رجال القضاء العاملين في كل من البلدين للإفادة من آرائهم ومقترحاتهم بشأن تطوير النظم القضائية والتشريعية في كل منهما.

المادة الرابعة

يتم التنسيق حول إلحاق بعض الدارسين من رجال القضاء في كل من البلدين بمعهد البلد الآخر لفترة محددة للاستفادة من برامج كل من المعهدين وأنشطته.

المادة الخامسة

يجرى تبادل برامج التدريب في كل من المعهدين مع بيانات مفصلة عن المواد التي يجري تدريسها وعناصرها والساعات المقررة له.

المادة السادسة

يجرى تبادل النشرات والدوريات والمجلات التي يعدها كل من المعهدين وكافة الوسائل التعليمية المتبعة وأعمال المحاضرين والمتخصصين التي يكون لها فائدة مشتركة في تحقيق الهدف المنشود من هذا البروتوكول.

المادة السابعة

يحرص الجانبان على سرعة إنجاز الإجراءات اللازمة لوضع هذا البروتوكول بعد توقيعه موضع التنفيذ.

حرر بالرباط بتاريخ 24 ذو الحجة 1425 الموافق 4 فبراير 2005 في نسختين أصليتين لهما نفس الحجية.

عن معهد التدريب

والدراسات القضائية

المدير العام

محمد محمود الكمالي

عن المعهد العالي للقضاء

المدير العام

محمد سعيد بناني



أخبار المعهد



بتاريخ فاتح صفر 1426 الموافق 12 مارس 2005،
انتقلت إلى دار البقاء الأستاذة زهرة أملاس، المستشارة
بالمجلس الأعلى ملحققة بالمعهد منذ سنة 2000.
كما انتقل إلى جوار ربه بتاريخ 8 رجب 1426 الموافق
14 غشت 2005 الأستاذ عبد الصمد الأزرق، القاضي المتقاعد،
والذي كان ملحقاً بالمعهد لعدة سنوات إلى غاية سنة 1998.
وسيظل الأستاذان المرحومان في ذاكرة جميع العاملين
بالمعهد العالي للقضاء: قضاة وموظفين، وفي ذاكرة عدد كبير
من القضاة الذين استفادوا أثناء مرحلة تكوينهم بالمعهد
كملاحقين قضائيين، من تجربة المرحومين وخبرتهما القضائية
وسيظلان معاً رمزاً للنزاهة والاستقامة والأخلاق العالية،
تغمدهما الله برحمته وأسكنهما فسيح جناته،
وإنا لله وإنا إليه راجعون.

Introduction:

La famille reste -incontestablement- le milieu le plus convenable pour une enfance saine de corps et d'esprit, laquelle enfance est par excellence la clef de voûte de toute prospérité de la société.

Mais l'air familial n'est pas toujours de sorte à subvenir aux sacrées tâches qu'elles lui incombent à savoir l'entretien et l'éducation de l'enfant.

En effet, plusieurs couples se trouvent dans l'incapacité d'entretenir leurs enfants -et ce, pour des raisons économiques, morales ou autres-. Parfois encore, étant le fruit d'une relation sexuelle illégale, des centaines d'enfants voient le jour sans abri, non seulement démunis de tout moyen de subsistance, mais aussi privés de toute affection.

Dans l'un ou l'autre cas, il s'agit de la responsabilité de toute une société, la question ne doit alors nullement être conçue comme étant la résultante d'une cause ou d'une autre isolément à un problème de structure, à un manque de conscience collective et de maturité sociale. Il

appartient à chacun de nous, de faire le nécessaire pour apaiser la souffrance de cette enfance qu'on qualifie avec amertume de "victime" par le biais d'une vraie solidarité sociale ayant pour but la prise en charge de tout enfant se trouvant dans le besoin.

Déjà, il y'a quatorze siècles, le saint Coran nous raconte l'histoire de Marie -la mère de Jésus- qui étant orpheline, on confia sa garde à Zakarie.⁽¹⁾

De son côté, et pour inciter les fidèles aux actes de solidarité sociale et de bienfaisance, le prophète de l'Islam que la prière et le salut soient sur lui dit dans un Hadith:

"Au paradis, celui qui aura à sa charge un orphelin, sera comme ça avec moi" et il groupa son index et son majeur puis les sépara.⁽²⁾

Il dit aussi dans deux autres Hadiths:⁽²⁾

(1) L'interprétation du Coran: Ibn khatir. Traduit par Fawzi chaaban. Vol: 1 p. 454.

(2) Riad Al Salihine (Les Jardins Des Vertueux) Par Al-Imam Mohïeddine Abou Zakaria, Yahia Ben Charaf Al-Nawawi. Traduction de Harkat Amine Dar Al Fikr p. 98.

"Nous serons ensemble, moi et celui qui aura à sa charge un orphelin; qu'il soit de ses parents ou un étranger".

"Celui qui élève deux jeunes filles jusqu'à ce qu'elles atteignent l'âge majeur, sera avec moi au jour de la résurrection, comme ces deux doigts".

Concaincu par la valeur divine de ces préceptes, le législateur marocain n'a pas manqué de sa part, de réserver à l'institution de la Kafala, tout l'intérêt qu'elle mérite par l'élaboration d'un cadre juridique comprenant aussi bien des règles de forme que celles de fond.

Historiquement, ce cadre a fait l'objet du Dahir portant loi n° 1-93-165 du 10/09/1993 qui réservait des prérogatives considérables au pouvoir exécutif dans l'octroi de la Kafala. Ces prérogatives relèvent à présent du pouvoir judiciaire avec l'arrivé du Dahir n° 1-02-172 du 13 juin 2002⁽³⁾ portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés.

(3) B.O n° 5036 du 05/09/2002 version française.

D'autres règles juridiques relatives à la question restent, cependant incluses dans plusieurs codes à savoir, le code de la famille,⁽⁴⁾ et le code de procédure civile. Quelques dispositions se trouvent également incluses dans le Dahir relatif à l'état civil. L'inobservation de certaines règles concernant la Kafala peut même donner lieu à des poursuites pénales sur la base du code pénal et ce, dans le souci de préserver les intérêts tant de l'enfant pris en charge que ceux de la personne chargée de cette lourde mission.

Outre la loi, et vu la place qu'occupe le juge des tutelles dans cette institution d'une part, et la relation directe de cette autorité judiciaire avec le ministre de la justice d'autre part, certaines circulaires sont prises par ce dernier afin de dissiper toute ambiguïté susceptible de planer sur les textes ou d'écartier les obstacles qui peuvent se dresser dans la pratique.

(4) Le Code de la famille. Dahir n° 1.04.22 du 03/02/2004. B.O n° 5184 du 05/02/2004. p. 418 (version arabe).

A dire vrai, et si le Dahir précité vient pour régler la situation des enfants abandonnés, la prise en charge ou la Kafala -en général- ne concerne pas uniquement ces derniers, elle peut s'étendre également aux enfants non abandonnés. Malheureusement, il n'y a pas de cadre juridique qui régleme la prise en charge de ces derniers. Il s'agit alors d'une lacune juridique en l'absence de règles juridiques spécifiques et propres à ce genre de Kafala et la pratique révèle que les citoyens ont recours à la prise en charge aussi bien des enfants non abandonnés que ceux abandonnés.

En l'absence alors d'un cadre juridique et par la même d'une définition légale de la "notion" d'enfant non abandonné, nous serons amené à procéder par une interprétation à contrario en se referant à la définition légale de l'enfant abandonné.

Notre présente étude se veut une modeste contribution s'inscrivant dans cette bënite promotion que connaît la justice marocaine en générale et la justice familiale en particulier, elle a pour but de:

- Mettre en exergue les règles juridiques en la matière dispersées dans plusieurs textes;

- Et faciliter la tâche aux bonnes intentions désireuses de prendre en charge un enfant pour lui donner paix et prospérité, amour et tranquillité.

Une bonne connaissance des règles de procédure, des droits et obligations qui naissent de la Kafala est de nature -incontestablement- à encourager ces intentions.

D'autre part, une procédure expéditive est également louable pour les aider à s'orienter vers le bien des autres, surtout lorsqu'il s'agit des ressortissants marocains résidant à l'étranger qui -par sentiment de solidarité et de tendresse- cherchent le plus souvent pendant la période de leur vacance à prendre en charge un enfant.

Section I: Quelques définitions à retenir:

A- La définition légale de la Kafala:

C'est l'article 2 de la loi n° 15-01 qui a pris le soin de définir la kafala en ces termes:

"Ces l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant".

Il faut dire que cette définition embrasse aussi bien la notion de l'enfant abandonné que celle de l'enfant non abandonné, car en l'absence d'un cadre juridique propre à la Kafala des enfants non abandonnés, il serait légitime de faire appel à certaines règles contenues dans le Dahir n° 1-02-172 relatif à la prise en charge des enfants abandonnés, c'est le cas par exemple pour ce qui est des conditions requises pour la personne désirant prendre en charge l'enfant non abandonné ou pour ce qui est de l'enquête menée à cette fin par le parquet à la demande du

juge des tutelles. La circulaire n° 2/01858 dossier n° 95/47 de la direction des affaires civiles du ministère de la justice qui se référait au Dahir portant loi n° 1-93-165 du 10 Septembre 1993 sur la prise en charge des enfants abandonnés est claire à cet égard. Il est donc crucial de tracer les limites entre la notion d'enfant abandonné et celle de l'enfant non abandonné.

B- Définition de l'enfant abandonné:

Aux yeux de l'article premier du Dahir n° 1-02-172 l'enfant de l'un ou de l'autre sexe est considéré comme enfant abandonné, lorsque cet enfant:

- 1) N'a pas encore atteint l'age de 18 années grégoriennes révolues;
- 2) Est né de parents inconnus;
- 3) Ou est né d'un père inconnu et d'une mère qui l'a abandonné de son plein gré;
- 4) Ou est orphelin;
- 5) Ou a des parents de mauvaise conduite;

6) Ou a l'un des deux et qu'après le décès ou l'incapacité de l'autre, il se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir de protection et d'orientation vers la bonne voie.

C- Définition de l'enfant non abandonné:

Ainsi et par une interprétation à contrario, on serait appelé de dire que chaque enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de dix huit années grégoriennes révolues et ne se trouvant dans aucunes des situations précitées est considéré comme enfant non abandonné, sa prise en charge échappe par conséquent à l'application des dispositions spéciales contenues dans le Dahir relatif aux enfants abandonnés.

Il est inutile de préciser que l'enfant n'est pas déclaré abandonné par le simple fait de se trouver dans l'un des cas limités par l'article premier du Dahir, mais il l'est nécessairement par une décision de justice rendue par le tribunal compétent et ce, à la seule initiative du parquet.

Section II: Comment un enfant est-il déclaré abandonné?

A- La demande de déclaration d'abandon:

Il incombe à toute personne qui découvre un enfant abandonné non seulement de lui apporter l'assistance que nécessite son état, sous peine des sanctions prévues par le code pénal, notamment celles relatives à l'infraction d'omission de porter secours à une personne en péril prévu par l'art 431 du code pénal,⁽⁵⁾ mais aussi d'informer les services de police ou de gendarmerie ou les autorités locales du lieu où l'enfant a été trouvé. Ainsi, le procureur du Roi près le tribunal de première instance dans la circonscription duquel se situe le lieu où l'enfant a été trouvé, doit le placer provisoirement dans l'un des établissements ou centres et organismes chargés de la protection des enfants et procéder à une enquête au sujet de l'enfant pour dégager les éléments et preuves qu'il va

(5) Code pénal: publication de la revue marocaine d'administration locale et de développement. 2ème édition mise à jour 2000.

fournir au tribunal. Si l'enfant n'est pas encore inscrit sur le registre d'état civil, le procureur du Roi se trouve alors dans l'obligation de le faire dans le cadre de la législation en vigueur.

Dans ce sens, l'art 16 du Dahir relatif à l'état civil n° 1-02-239 du 3 Octobre 2002⁽⁶⁾ stipule:

"Lorsqu'il s'agit d'un nouveau-né de parents inconnus ou abandonné après l'accouchement, le procureur du Roi agissant de sa propre initiative ou à la demande de l'autorité locale ou de toute partie intéressée, procède à la déclaration de la naissance, appuyé d'un procès-verbal dressé à cet effet et d'un certificat médical déterminant approximativement l'âge du nouveau-né, un nom et un prénom lui sont choisis ainsi que des prénoms de parents ou un prénom de père si la mère est connue, l'officier de l'état civil indique en marge de l'acte de naissance que les

(6) B.O n° 5054 du 07/11/2002 (version française).

noms et prénoms des parents ou du père selon le cas lui ont été choisis conformément aux dispositions de la présente loi.

L'officier de l'état civil informe le procureur du Roi de la naissance ainsi enregistrée dans un délai de trois jours, à compter de la date de la déclaration. L'enfant de père inconnu est déclaré par la mère ou par la personne en tenant lieu, elle lui choisit un prénom, un prénom de père comprenant l'épithète "Abd" ainsi qu'un nom de famille qui lui est propre".

Une fois la demande de déclaration d'abandon est présentée de la sorte su-exposée, c'est au tribunal de première instance que revient le rôle de se prononcer sur l'état d'abandon par un jugement.

B- Le jugement de déclaration d'abandon:

Avant de se pencher sur la nature du jugement déclaratif d'abandon, il est intéressant de voir d'abord le tribunal compétent.

S'agissant de la compétence matérielle, c'est le tribunal de première instance qui se trouve compétent pour statuer sur la demande d'abandon présentée par le parquet.

En pratique, l'affaire est enrôlée dans la même audience des affaires relatives au code de la famille devant une formation collégiale.

Pour ce qui est de la compétence territoriale, le tribunal compétent reste celui dans la circonscription duquel se trouve le lieu de résidence de l'enfant ou le lieu où il a été trouvé.

Saisi de l'affaire, le tribunal rend deux genres de jugements: un jugement avant dire droit (1) puis un jugement au fond (2).

1) Le jugement avant dire droit:

L'article 6 de la loi n° 15-01 confère au tribunal de première instance l'aptitude de procéder -s'il est nécessaire et après avoir eu connaissance des résultats de l'enquête présentés par le procureur du Roi- à toute enquête ou

expertise complémentaire qu'il jugera nécessaire, il s'agit en fait, d'une simple concrétisation de l'art 55 du code de procédure civile qui donne au juge la prérogative, soit à la demande des parties ou de l'une d'elles, soit d'office, d'ordonner avant dire droit au fond des mesures d'instruction.

Pratiquement, le tribunal se contente des résultats et éléments qui lui ont été présentés par le parquet. Quant à l'expertise, le juge peut y recourir dans le cadre de l'art 59 du C.P.C. Ainsi il peut nommer d'office l'expert qui y procédera en lui précisant les points sur lesquels portera l'expertise qui ne peuvent être que de caractère technique à l'exclusion de tout point de droit.

Lorsque ces mesures d'instruction sont prises et prouvent que les partens de l'enfant sont effectivement inconnus, le tribunal rend son jugement avant dire droit au fond dans lequel:

- Il précise toutes les indications nécessaires pour l'identification de l'enfant à savoir son portrait physique et lieu où il a été trouvé;

- Il ordonne au procureur du Roi de procéder aux actes nécessaires pour l'affichage dudit jugement dans tout lieu que le tribunal juge utile, et ce, pour une durée de trois mois.

Il n'est pas sans intérêt de noter que le tribunal n'est tenu de rendre ce genre de jugement -c'est à dire avant dire droit- que dans le seul cas ou les parents de l'enfant sans inconnus, autrement, si l'un d'eux est connu, il n'a à rendre qu'un jugement au fond.

2) Le jugement au fond:

Si à l'expiration du délai sus-indiqué, personne ne se présente pour réclamer la restitution de l'enfant et prouver sa parenté, le tribunal se prononce sur la demande de déclaration d'abandon par un jugement au fond qui est

assorti de plein droit de l'exécution provisoire nonobstant tout recours. Une copie du jugement est adressée à la demande du procureur du Roi ou de la personne qui demande la Kafala au juge des tutelles près le tribunal compétent. Ce juge constitue - comme on va le voir par la suite - une vraie pièce maîtresse dans l'institution de la Kafala.

Section III: Comment s'octroyer la Kafala d'un enfant abandonné?

Pour pouvoir prendre un enfant abandonné en charge, la personne doit remplir certaines conditions. (A) ces conditions diffèrent selon qu'il s'agit d'une personne physique (1) ou d'un organisme. (2) elle doit ensuite recourir au juge des tutelles pour l'investir de cette mission par le biais d'une ordonnance. (B)

A- Conditions requises pour pouvoir prendre un enfant abandonné en charge:

1) Conditions requises pour les personnes physiques:

La Kafala d'un enfant abandonné peut être confiée soit:

1- Aux époux musulmans. Ces derniers doivent produire une copie de leur acte de mariage;

2- A la femme musulmane.

Dans l'un au l'autre cas, et selon l'art 9 de la loi n° 15-01 ces personnes doivent avoir atteint l'âge de majorité légale à savoir, 18 années grégoriennes révolues comme le stipule l'art 209⁽⁷⁾ du code de la famille, et disposer de moyens matériels suffisants pour subvenir aux besoins de l'enfant.

En pratique, il s'agit de produire soit un état d'engagement, soit une fiche de paie, soit un relevé bancaire ou toute autre pièce pouvant justifier la situation matérielle.

Outre l'aptitude matérielle, la moralité de la personne demanderesse est également requise. En effet, cette dernière ne doit pas avoir fait l'objet de condamnation pour infraction portant atteinte ou commise à l'encontre des enfants, tel, par exemple, l'infraction des coups, blessures, violences, vois de faits ou privation d'aliments ou de soins au point de compromettre leur santé.⁽⁸⁾ En

(7) Le code de la famille. Dahir n° 1.04.22 du 03/02/2004. B.O n° 5184 du 05/02/2004. p. 418 (version arabe).

(8) Code pénal (art. 480): publication de la revue marocaine d'administration et de développement deuxième édition mise à jour 2002.

principe, c'est une copie du casier judiciaire qui est produite, et vu la sensibilité voire, la fragilité de l'enfant surtout lorsque ce dernier est en bas âge, une bonne aptitude physique de la personne désireuse de la Kafala doit être requise. Ainsi cette dernière ne doit être atteinte ni d'une maladie contagieuse ni de tout autre maladie. Il lui incombe alors de produire un certificat médical attestant son aptitude physique. Généralement, ce certificat est semblable à celui prévu par l'article 65 du code de la famille relatif aux formalités administratives préalables au mariage.

2) Conditions requises pour les organismes:

Outre les personnes physiques, certains organismes ou associations peuvent également demander la prise en charge d'un enfant abandonné.

En effet, les établissements publics chargés de la protection de l'enfant ainsi que les organismes, organisations et associations à caractère social peuvent recourir également au juge des tutelles pour l'investir de

cette sacrée mission, à condition d'être reconnus d'utilité publique et de disposer de moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à entretenir et à protéger les enfants pris en charge, à leur donner la bonne éducation et à les élever conformément à la religion de l'Islam.

B- L'ordonnance confiant la Kafala:

La personne ou la partie qui désire assurer la Kafala doit déposer un dossier auprès du juge des tutelles compétent, lequel dossier est constitué du jugement déclaratif d'abandon accompagné des pièces et documents établissant que cette personne remplit bel et bien les conditions précitées plus:

- Une demande adressée au juge des tutelles dans laquelle elle expose son désir de prendre en charge l'enfant abandonné;
- Une photocopie de la carte d'identité nationale;
- Un certificat de résidence;

- Une copie d'acte de naissance de l'enfant à prendre en charge.

Outre ces documents, et pour mieux s'assurer des circonstances dans lesquelles cette mission sera exécutée, le juge des tutelles procède à une enquête spéciale sur la base de l'art 16 de la loi n° 15-01 pour recueillir les renseignements nécessaires. L'enquête est qualifiée de spéciale par le législateur étant donné la nature de la commission qui s'en charge et dont les modalités de désignation de ses membres sont fixées par voie réglementaire. Ces membres sont:

- 1) Un représentant du Ministère public;
- 2) Un représentant de l'autorité gouvernementale chargée des habous et des affaires islamiques;
- 3) Un représentant de l'autorité locale;
- 4) Un représentant de l'autorité gouvernementale chargée de l'enfance. Autrement, et en l'absence de cette commission, le juge doit procéder à une simple enquête par

le biais du parquet et ce conformément au contenu de la circulaire n° 19292 du 10 octobre 2002 de la direction des affaires civiles du ministère de la justice qui parle d'une solution provisoire en attendant la fameuse commission.

Le parquet doit cependant prendre en considération dans son rapport les avis consultatifs des membres de ladite commission.

Si les résultats de l'enquête s'avèrent positifs et que les conditions légales requises sont réunies, le juge rend une ordonnance confiant la Kafala à celui qui l'a demandée et désigne par la même, l'individu qui en est chargé comme tuteur datif.

L'art 246 du code de la famille précise bien que ce dernier doit être pleinement capable, diligent, honnête et que sa solvabilité est laissée à l'appréciation du juge; conditions qui répondent à l'essence même de ce qui est requis pour le demandeur de la Kafala.

Cependant l'art 247 du même code précise que la tutelle dative ne peut être confiée à:

1) La personne condamnée pour vol, abus de confiance, faux ou toute autre infraction infamante;

2) Au failli non réhabilité;

3) La personne ayant un litige judiciaire avec le mineur ou tout autre litige d'ordre familial qui peut nuire aux intérêts du mineur.

Ce qui nous pousse -légitimement- à dire qu'il s'agit des conditions qui doivent s'ajouter à celles citées par l'article 9 de la loi n° 15-01 puisque l'institution de la Kafala ne peut se concevoir sans celle de la tutelle dative.

Pour rapprocher à tout individu désireux de prendre un enfant en charge les obligations qui naissent de la Kafala, on va essayer de donner un aperçu sur les obligations de cet individu en sa qualité de tuteur datif.

Le code de la famille oblige le tuteur datif et dès qu'il prend en charge sa mission d'accomplir les formalités suivantes:

1) Faire procéder à l'inventaire des biens de l'enfant pris en charge par deux oudouls désignés à cette effet par le juge;

2) Conserver les biens meubles après évaluation ou les vendre au mieux des intérêts du mineur;

3) Faire fixer légalement -et ce, à titre de proposition au juge des tutelles- la pension alimentaire annuelle de l'enfant pris en charge et des présumés à la charge de celui-ci;

4) Déposer à la demande du juge des tutelles au nom de l'enfant auprès d'un établissement public toute somme réalisée ou tout ce dont le dépôt aura été jugé obligatoire par le juge tels que documents, titres, bijoux etc;

5) Déterminer le montant des revenus provenant de l'administration des biens de l'enfant pris en charge;

6) Faire des propositions au juge des tutelles concernant la gestion et l'administration des biens du mineur.

Dans le cadre de cette administration toujours, certains actes ne peuvent être pris par le tuteur datif qu'après autorisation préalable du juge des tutelles. Ces actes sont expressément limités par l'article 271 du code de la famille.

Revenant à l'ordonnance de la Kafala rendue par le juge des tutelles, le Dahir précise bien qu'elle est assortie de l'exécution provisoire et qu'elle est susceptible d'appel devant la cour d'appel qui statue en chambre de conseil.

Section IV: Exécution, effets et cessation de la Kafala

A- L'exécution de la Kafala:

Rendue par le juge des tutelles, l'ordonnance de la Kafala doit être exécutée par le soin du tribunal de première instance duquel relève ledit juge et ce, dans un délai de quinze jours, à compter de la date de l'ordonnance en présence:

- 1) Du représentant du ministère public;
- 2) De l'autorité locale;
- 3) Et de l'assistante sociale concernée.

Mention de l'endroit, de l'heure et des personnes ayant assisté à la remise de l'enfant est portée au procès-verbal dressé à cette fin en trois exemplaires dont un est adressé au juge des tutelles, le deuxième est remis à la personne chargée de la Kafala tandis que le troisième reste conservé dans le dossier d'exécution.

En pratique, l'exécution de cette ordonnance ne se limite pas à ce procès-verbal mais elle appelle tout un suivi

de la part du juge des tutelles, ce suivi diffère selon qu'il s'agit d'une prise en charge à l'intérieur du territoire du Royaume (1) ou à l'extérieur du territoire du Royaume (2).

1) Le suivi de l'exécution de la Kafala à l'intérieur du territoire du Royaume:

Certainement, il ne suffit pas uniquement de s'octroyer le droit de prendre un enfant en charge et de consigner l'ordonnance en marge de l'acte de naissance de l'enfant abandonné par l'officier de l'état civil comme le prévoit le Dahir, mais il faut bien honorer ses obligations envers l'enfant.

Soucieux du sort de l'enfant -partie faible dans cette relation- le législateur a jugé nécessaire l'élaboration de règles corectives et de dispositions pénales pour donner à l'institution le caractère dangereux et sacré qu'elle mérite. Ainsi, il stipule clairement dans l'article 30 du Dahir que les dispositions du code pénal punissant les parents pour les infractions qu'ils commettent à l'encontre de leurs enfants

sont applicables et que les dispositions du code pénal punissant les infractions commises par les enfants à l'encontre de leurs parents sont également et par la même, applicables.

Nul obstacle légal n'existe alors pour engager les poursuites pénales puisque le critère personnel basé sur le lien de parenté ne fait pas défaut, chose heureuse puisque les parents ne sont pas nécessairement et uniquement ceux qui accouchent d'un enfant mais sont également ceux qui caressent cet enfant, l'hébergent, lui essuient les larmes, l'éduquent et lui apprennent le sens de vivre et la beauté de sourire.

Pour ce faire, le juge des tutelles dans la circonscription duquel est situé le lieu de résidence de la personne assurant la Kafala est chargé de contrôler la situation et les conditions de vie de l'enfant. Des enquêtes sont à cet effet incontestablement nécessaires pour suivre de près comment l'enfant est traité, nourri et éduqué. Le juge des tutelles peut confier l'enquête soit aux ministère

public soit à l'autorité locale, soit à l'assistante sociale qualifiée légalement pour cette mission, il peut même confier l'enquête à la commission prévue à l'article 16, c'est à la lumière des rapports rédigés et adressés par ces parties au juge des tutelles que ce dernier peut prendre de nouveau une ordonnance, mais cette fois-ci il va s'agir soit d'une ordonnance d'annulation, soit d'une ordonnance de reconduction.

Dans le premier cas, le ministère public peut recourir à la force publique pour veiller à l'exécution de ladite ordonnance.

Il n'est pas sans intérêt de signaler que cette ordonnance d'annulation -comme celle de l'octroi- est assortie d'exécution provisoire, elle est également susceptible d'appel.

2) Le suivi de l'exécution de la Kafala à l'extérieur du territoire du Royaume:

Si la personne assurant la Kafala désire quitter le territoire du Royaume en compagnie de l'enfant pris en

charge et dans le but de s'établir d'une façon permanente à l'étranger, elle doit recourir au juge des tutelles pour avoir une autorisation. Le législateur utilise le mot permanent, on peut alors se demander si de telle autorisation préalable est également requise lorsqu'il s'agit d'un simple voyage pour un séjour de courte durée à l'étranger et non pas d'un voyage permanent?

A notre sens, le législateur est formel sur ce point et on ne peut répondre à cette question que par la négative.

Un fois l'autorisation est donnée, une copie est envoyée au service consulaire marocain du lieu de résidence de la personne chargée de la Kafala pour veiller au contrôle de son exécution par tout moyen jugé utile et adéquat. Le résultat de ce contrôle doit faire l'objet de rapport adressé par le consul au juge des tutelles compétent à savoir celui qui a rendu l'ordonnance confiant la Kafala.

B- Effet de la Kafala:

Contrairement à certaines législations comparées, la Kafala -en Droit marocain- ne donne pas de droit; ni à la filiation ni à la succession. L'art 2 du Dahir portant est clair à cet égard.

Par contre, la personne qui assure la Kafala peut bénéficier des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants par l'Etat, les établissements publics ou privés ou les collectivités locales et leurs groupements. Il s'agit d'une vraie motivation pour inciter les gens à prendre une telle charge.

La personne assurant la Kafala doit veiller au respect des obligations qui en découlent à savoir, l'entretien, la protection et l'éducation de l'enfant conformément aux dispositions légales prévues dans le code de la famille et relatives à la garde des enfants en général, de l'handicapé, de l'incapable et de la fille en particulier.

Il faut dire que la Loi n° 15-01 est entrée en vigueur sous le régime de l'ancien code du statut personnel, cette

loi prévoit expressément qu'en cas de rupture des liens de mariage entre les époux assurant la Kafala les dispositions de l'art 102 du code du statut personnel sont applicables.

Cet article disposait que l'enfant -après l'âge de 12 ans pour le garçon ou de 15 ans pour la fille- a option de résidence avec qui il veut, de son père ou de sa mère.

Ayant atteint l'un ou l'autre âge -selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille- l'enfant soumis à la Kafala pouvait opter de résider soit avec l'époux, soit avec l'épouse qui ont rompu leur lien de mariage.

On peut cependant légitimement penser que c'est l'article 166 du code de la famille qui a pris la place du fameux article 102 de l'ancien code du statut personnel. Ainsi le nouveau code dispose que la garde de l'enfant se prolonge jusqu'à l'âge de majorité légale pour l'enfant des deux sexes et qu'en cas de rupture des liens de mariages entre les époux, l'enfant des deux sexes ayant atteint l'âge de 15 ans, a option de résidence avec qui il veut de son

père ou de sa mère (dans notre cas, avec qui il veut de l'époux ou de l'épouse assurant sa prise en charge).

C- Cessation de la Kafala:

Outre le cas de l'ordonnance d'annulation de la Kafala par le juge des tutelles, la prise en charge peut également cesser par l'un des motifs suivants:

- Lorsque l'enfant de sexe mâle pris en charge non handicapé et capable de subvenir à ses besoins atteint l'âge de majorité légale;

- Lorsque la fille prise en charge sa marie;

- Lorsque l'enfant pris en charge décède;

- Après le décès des deux époux assurant la Kafala ou leur incapacité conjointe;

- Par la dissolution de l'organisme assurant la Kafala.

Il faut dire que si la Kafala peut cesser par l'un des motifs sus-indiqués, l'état d'abandon peut également cesser et ce, après disparition de ces motifs, dans ce cas les

parents de l'enfant -ou l'un deux- peuvent alors recouvrer la tutelle de leur enfant par décision du tribunal, dans le cas ou cet enfant n'a pas encore atteint l'âge de discernement à savoir, 12 ans selon l'art 214 du code de la famille. Dans le cas contraire, -c'est à dire si l'enfant a atteint l'âge de discernement- le tribunal entend l'enfant et rend sa décision en prenant en compte l'intérêt de l'enfant.

Section V: Comment s'octroyer la Kafala d'un enfant non abandonné?

Comme on l'a précisé en haut, il n'y a pas de règles juridiques propres à l'institution de la Kafala des enfants non abandonnés, seulement rien n'empêche d'emprunter certaines règles incluses dans le Dahir n° 1-02-172 notamment, celles relatives aux conditions requises pour la personne désireuse d'assurer la Kafala.

Cette personne doit présenter au juge chargé de l'homologation (appelé aussi juge des affaires notariales) une demande exposant son désir de prendre l'enfant non abandonné en charge accompagnée des pièces suivantes:

- 1) Une photocopie de sa carte d'identité nationale;
- 2) Un certificat médical attestant son aptitude physique ainsi que l'absence de toute maladie contagieuse ou autre;
- 3) Toutes pièces attestant sa situation matérielle;

4) Une copie du casier judiciaire pour prouver l'absence de toute condamnation infamante;

5) Un certificat de résidence;

6) Une copie de l'acte de mariage si les demandeurs de la Kafala sont mariés.

Après la constitution dudit dossier, le juge procède à une enquête qu'il confère au parquet et ce, dans le but de savoir si la personne est effectivement apte moralement, socialement et matériellement pour assumer une telle mission.

A la lumière de cette enquête, -et si le rapport adressé au juge chargé de l'homologation par le procureur du Roi s'avère positif- Le juge donne une autorisation écrite, laquelle autorisation doit être présentée aux deux oudouls avant la conclusion de l'acte adoulaire de la Kafala, mention en est obligatoirement portée sur ledit acte.

Si la personne autorisée à prendre en charge l'enfant non abandonné désire voyager à l'étranger en compagnie

de cet enfant pour s'y établir d'une façon permanente ou autre, elle doit recourir au tribunal de première instance pour rendre une décision aux fins d'homologation de l'acte adoulaire de la Kafala.

L'autorisation de voyager à l'extérieur du territoire du Royaume en compagnie de l'enfant non abandonné pris en charge doit également faire l'objet d'une décision de justice rendue par le même tribunal.

Pour pouvoir présenter l'acte de la Kafala ou le jugement la concernant à l'extérieur du territoire du Royaume, ledit acte et ledit jugement doivent faire l'objet préalablement d'une homologation par le président du tribunal de première instance ayant rendu le jugement ou dans lequel exerce le juge ayant homologué l'acte adoulaire ainsi que par le ministère des affaires étrangères et de la coopération.

**ACCORD DE COOPERATION
ENTRE
L'INSTITUT SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE
DU ROYAUME DU MAROC
ET
LE CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE
DE LA REPUBLIQUE DU SENEGAL**

L'Institut Supérieur de la Magistrature du Royaume du Maroc d'une part, et le Centre de Formation Judiciaire de la République du Sénégal d'autre part, ci-après dénommés les "Parties".

Constatant,

La convergence de l'Institut Supérieur de la Magistrature et le Centre de Formation Judiciaire sur le fait que la formation des magistrats, et du personnel judiciaire est à la fois une nécessité et un droit;

L'expertise de chacune des Parties et leur volonté d'échanger sur les différents aspects de cette formation en vue d'en améliorer la qualité et l'efficience;

Vu leur volonté commune de développer un cadre concret de coopération;

Les deux Parties conviennent ce qui suit:

Article 1

Les deux Parties établissent entre elles, des relations de coopération formelles conformément au présent Accord.

Article 2

Les deux Parties s'engagent à procéder à l'échange d'informations relatives à l'organisation et à la gestion de toute activité de nature juridique et judiciaire pouvant développer et améliorer le cadre de coopération entre elles, tant en matière de formation initiale que de formation continue.

Article 3

Ces échanges ont notamment, pour but d'enrichir, à partir des expertises respectives, la qualité des activités de formation des deux institutions, tant sur le plan du contenu que sur la pertinence des sujets abordés.

Article 4

Les actions formulées revêtiront la forme d'un appui pédagogique et technique dans les domaines considérés comme prioritaires et définis de commun accord selon les besoins et les circonstances.

Article 5

La coopération dans ce domaine pourra se traduire par l'organisation de séminaires spécialisés, l'échange de magistrats et du personnel judiciaire pour des missions de courte ou de longue durée, dans l'un ou l'autre des deux pays.

Article 6

Les deux Parties procéderont à la définition des sujets communs sur lesquels elles souhaiteraient échanger leurs réflexions.

Pour ce faire, elles privilégieront les échanges ponctuels d'experts et de magistrats.

Article 7

Le financement des missions et des stages prévus ci-dessus fera l'objet d'un accord préalable à leur réalisation.

Le présent Accord est conclu pour une durée indéterminée et peut être dénoncé à tout moment par l'une ou l'autre des Parties. Cette dénonciation ne remet pas en cause les projets déjà engagés dans ce cadre et en cours de réalisation.

Article 8

Le présent Accord pourra être modifié ou complété, à tout stade de son exécution, à la demande de l'une ou l'autre des Parties.

Article 9

Le présent Accord prend effet à la date de sa signature par le représentant de l'Institut Supérieur de

la Magistrature et le représentant du Centre de Formation Judiciaire.

Fait à Rabat, le 17 Décembre 2004 en deux exemplaires en langue Française. Les deux textes faisant foi.

Le Directeur de l'Institut
Supérieur de la Magistrature
du Royaume du Maroc

L'Ambassadeur de la
République du Sénégal

Mohamed Said BENNANI

Ibou NDIAYE