



المملكة المغربية
وزارة العدل
المعهد العالي للقضاء

العدد 43

2010

مجلة المحامق القضائي

- كلمة السيد وزير العدل بمناسبة حفل تخرج الفوج 34 من الملحقين القضائيين
- اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كناية
- التمييز بين النطاقين الشخصي والمالي للتصرفات القانونية
- النظام القانوني لفوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية
- المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص
- دور الضبط القضائي الخاص في ضبط الجرائم البيئية
- مهام واختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف
- مدى تأثير التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الطبيعة التشريعية للظواهر الصادرة في مجال القانون
- إحصائيات تتعلق بالفوج 35 للملحقين القضائيين

مجلة المحامق القضائي

العدد 43

- كلمة السيد وزير العدل بمناسبة حفل تخرج الفوج 34 من الملحقين القضائيين
- اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية.
- التمييز بين النطاقين الشخصي والمالي للتصرفات القانونية.
- النظام القانوني لفوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية.
- المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص.
- دور ضبط القضائي الخاص في ضبط الجرائم البيئية.
- الاعتقال الاحتياطي والمراقبة القضائية.
- مهام واختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف
- مدى تأثير التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الطبيعة التشريعية للظواهر الصادرة في مجال القانون.
- إحصائيات تتعلق بالفوج 35 للمحلقين القضائيين.

مجلة الملحق القضائي

رقم الإيداع القانوني : 1979/17

ردمك : I.S.S.N : 0851-0148

طبع ونشر وتوزيع : مطبعة دار السلام بالرباط

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2

ديور الجامع - الرباط

الهاتف : 05 37 72 58 23

الفاكس : 05 37 72 13 32

Site Web : WWW.darassalam.ma

Email : Contact @ darassalam.ma

حقوق الطبع محفوظة

عنوان المراسلة :

مجلة الملحق القضائي ص.ب 1007 الرباط.

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

**كلمة السيد وزير العدل
الأستاذ عبد الواحد الراضي
بمناسبة
حفل تخرج الفوج 34 من المحققين القضائيين
18 يونيو 2009**

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى
آله وصحبه أجمعين.

I . S . M
السيد الرئيس الأول للمجلس

السيد الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى

السيد الكاتب العام

السيد المدير العام للمعهد العالي للقضاء

السادة المديرون

السيد الأمين العام للمجلس الأعلى للقضاء

السادة والسيدات القضاة الأجلاء

السيدات والسادة المحققين القضائيين

السيدات والسادة

إنني لسعيد جدا للمشاركة في هذا الحفل البهيج، حفل تخرج الفوج 34 للملحقين القضائيين، وأعتنم هذه المناسبة لأهنئ من جهة أعضاء هذا الفوج على نجاحهم في الامتحان الذي تفوقوا فيه ولأشكر من جهة كل من ساهم في تكوينهم وفي مساعدتهم على القيام بواجبهم في المستقبل.

إن هذا الفوج يتخرج في ظروف خاصة، ظروف تعرف فيها بلادنا مجهودات كبيرة وإصلاحات عميقة في عدة ميادين وبالأخص في ميدان القضاء. ولنا أمل كبير في أن يساهم إن شاء الله في الإصلاح بكيفية فعالة وناجعة، منوهين بكونهم اختاروا مهنة شريفة، مهنة القضاء، وهو اختيار يفرض على كل واحد منكم أن يقدر المهام التي سيقوم بها، لأن للقضاء مهام شريفة وعظيمة وفي نفس الوقت مهام خطيرة، ولهذا لا يمكن لأي كان أن يقوم بهذه المهام.

إن مهام القضاء كما أكررها في مناسبات متعددة أساسية بالنسبة للمجتمع، متعددة لأنها تهم كل ميادين الحياة السياسية الاقتصادية والاجتماعية والأمنية والدبلوماسية. إن للقضاء عدة مهام :

أولا : إن للقضاء مهمة سياسية، هذا لا يعني أن القضاة يمارسون السياسة، القضاة يطبقون وينفذون القانون، ولكن للقضاء مهمة سياسية، أي السهر على بناء النظام الذي اختارته الأمة لنفسها، فالديمقراطية من المهام الأساسية التي يقوم بها القضاء، إذ القضاء هو الذي يحمي الديمقراطية، وهو الذي يحقق دولة القانون، وهو الذي يحمي حقوق المواطنين، الأفراد والجماعات، فالقضاء هو الذي يفرض الواجبات على كل مواطن أو مواطنة، ويقوم كذلك بحماية حقوق الإنسان، ويساعد على التمتع بالحريات، فهذا هو الذي نعني به الوظائف أو المهام السياسية للقضاء.

إن المغرب اختار أن يكون بلدا ديمقراطيا والذي يحمي هذه الديمقراطية هو القضاء، إذن هذه المهمة أساسية في المجتمع، والقضاء هو المسؤول عليها. إذن الملحقون القضائيون الذين سيصبحون غدا إن شاء الله قضاة عليهم أن يكونوا واعين بأن من مهامهم الأساسية هي أن يكونوا في المستوى للاختيار الذي اختاره المغرب بقيادة جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأعزه، والذي يتمتع بكل المشروعات التاريخية والدينية والشعبية.

ثانيا : من مهام القضاء كذلك المحافظة على الأمن، أي أمن المواطنين، أمن الأشخاص، أمن الجماعات، وللقضاء كذلك مهمة حماية الممتلكات للمواطنين والمواطنات، وعلى القضاء كذلك حماية النظام السياسي الذي اختارته الأمة، فنحن في المغرب اخترنا لبلادنا الملكية الدستورية الديمقراطية والاجتماعية، فهذا اختيار ديمقراطي وهذا النظام يجب للقضاء أن يصونه وأن يدافع عنه وأن يستمر في الحفاظ على النظام الذي اختاره الشعب لنفسه. ولهذا فإن هذه مهمة أساسية لحماية الممتلكات والأرواح والمواطنين، وفي نفس الوقت لحماية الجماعة ولحماية النظام السياسي الذي اختاره المواطنون، فالقضاء كذلك يحمي البلاد من الإجرام ومن المجرمين، ويحمي المجتمع من الأمراض التي تمس المجتمعات مثل المخدرات أو الإرهاب أو كل ما يمكن أن يمس بالاستقرار وأمن البلاد.

ثالثا : إن للقضاء مهام اقتصادية لأن الاقتصاد مبني على الثقة، لا يمكن أن يكون هناك تعامل مالي أو اقتصادي أو تجارة، أو صناعة أو فلاحية أو أي نوع من المبادلات بدون الثقة ومصدر الثقة هو الاطمئنان على القضاء، إذن القضاء ضروري لكل المعاملات الاقتصادية، لكونه يحمي الممتلكات الاقتصادية، والحقوق الاقتصادية للمواطنين، للعمال، لأرباب

المعامل، وهو بذلك يشجع الاستثمارات، ليصبح وراء الازدهار الاقتصادي والاجتماعي للأمم، هذه كذلك مهمة أساسية ومهمة حيوية بالنسبة لأي مجتمع من المجتمعات.

رابعا : إن للقضاء مهام ديبلوماسية حقيقية، إذ يساهم في تكوين الصورة، صورة لبلاد ما، فالיום صورة البلاد تلعب دورا أساسيا في مكانتها في المجتمع الدولي، وهذه الصورة يلعب فيها القضاء دورا أساسيا. ففي الماضي كانت الصورة الممتازة أو التي يتمناها كل بلد هي القوة العسكرية أو القوة الاقتصادية والمالية، بطبيعة الحال هذه المقاييس لازالت تلعب دورها ولكن الذي أصبح يلعب دورا أكثر في عالم اليوم هي الحريات وحقوق الإنسان والأمن والاستقرار في البلاد، هذه هي المقاييس التي أصبحت الآن تلعب دورا أساسيا وتتحكم في صورة البلاد، وتلعب دورا أساسيا في مصداقية البلاد، المصداقية التي هي شيء أساسي، وإن تعلق الأمر بالأفراد أو بالجماعات أو بالمؤسسات أو بالأمم، وتعرفون أن البلاد ذات المصداقية تحترم من طرف الجميع، وتكون محبوبة، وتجلب العطف والدعم من شركائها، هذا شيء أساسي في عالم اليوم، عالم العولمة، حيث لا يمكن لأي بلد أن يعيش منعزلا وبدون تعاون مع البلدان الأخرى، فالمصداقية شيء أساسي، والبلد الذي له مصداقية يكون له كذلك نفوذ على المستوى الدولي كيفما كان حجمه وكيفما كانت إمكاناته، كم من بلد صغير ولكن ذا مصداقية يلعب دورا أساسيا في المجتمع الدولي.

هذه هي المهام الأساسية للقضاء ولكن من الذي يفعل هذه المهام، إن تفعيل هذه المهام يتم عن طريق القضاة، إذن هذا هو الدور الأساسي الذي يقوم به القضاة في المجتمع، وهذا هو المطلوب من الفوج الذي نحتفل به أن يكون واعيا بأهمية هذه المهام وخطورتها.

فنتمنى أن تكونوا في المستوى وأن تكونوا إن شاء الله من المدافعين على هذا الاختيار الديمقراطي، من المدافعين على التطور الاقتصادي والاجتماعي، من المدافعين على أمن هذه البلاد والوطن والمواطنين، من المدافعين كذلك على سمعته وصورته.

أما بالنسبة للداخل، بالنسبة للمشاكل اليومية التي ستعيشونها في المحاكم، فإن المنتظر منكم اليوم هو أن تقوموا بمهامكم أحسن قيام، أقول دائما بأن الهدف من القضاء ومن إصلاح القضاء ومن كل ما نتمناه من القضاء هو أن تصدر عن القضاء أحكام عادلة. الهدف الأسمى لكل محكمة ولكل هيئة ولكل قاض هو أن تصدر عنه أحكام عادلة ترضي القاضي مع الله سبحانه وتعالى ومع نفسه وتحمي المواطنين، هذا العمل يجب أن يتم في أحسن الظروف، يجب أن تعملوا على أن تكون الأحكام التي ستساهمون فيها أو تشاركون فيها عادلة، حتى تساهموا كذلك في الإصلاح، إصلاح المحكمة.

قلت بأن هذا الفوج يتخرج في ظرف خاص، ظرف يتميز بالإصلاح، وبالأخص إصلاح القضاء، وإصلاح المحكمة، فالمحكمة تشتكي من البطء في معالجة الملفات، ولهذا نطلب منكم أن تكونوا حريصين حتى تأخذ الملفات وقتها الضروري والكافي، ولكن لا يمكن أن تأخذ أكثر من الوقت الذي تستحق. إذن محاربة البطء مهمة من المهام التي يجب أن تكون حاضرة في أذهاننا.

ومن الأشياء الأخرى التي تظهر جزئية، وهي طبع الأحكام. وبهذه المناسبة ستوزع الوزارة على كل ملحق قضائي من هذا الفوج حاسوبا لطبع الأحكام. حتى يتمكنوا من طبع الأحكام الصادرة عنهم.

كذلك نريد منكم السهر على التبليغ لأن هذا عامل من عوامل البطء. نريد منكم كذلك أن تسهروا على التنفيذ لأن تنفيذ الأحكام هو من الأسس لدولة القانون، لأنه إذا لم تكن الأحكام منفذة فذلك يعني عدم تنفيذ القانون بالبلاد.

نريد منكم أن تهتموا باستقبال المواطنين وتسهلوا المهمة على المواطنين في المحاكم وتسهلوا عليهم المساطر، يمكن إن إ شاء الله من بعد فترة أن يكون منكم مسؤولون قضائيون، فهذه الأشياء كلها يجب أن تبقى حاضرة في ذهنكم أن تكونوا مستعدين لمواجهتها.

ومعلوم أننا نريد تحديث القضاء، ونعمل بحول الله على تعميم التجهيزات الحديثة حتى يكون قضاؤنا في المستوى الدولي، نريد منكم أن تساهموا في هذه الحدائة وتلعبوا دورا أساسيا، علما بأن القضاء ليس فقط تقنيات أو آلات، بل كذلك قيم وأخلاق. ولهذا نريد أن يكون القضاء المغربي إن شاء الله يتمتع بالاستقلال وبالنزاهة وبالحياد، ويجب أن تقوموا بهذا أنتم منذ الانطلاقة، منذ البداية، وأن تقووا زملاءكم الذين ستجدونهم، الذين يعملون والذين يناضلون من أجل نصره هذه القيم، فاستقلال القضاء واستقلال القاضي أساسي كسلطة إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية. فالذي يهتمكم أنتم كقضاة الغد إن شاء الله أن تتمتعوا بالاستقلال : الاستقلال الفكري، الاستقلال الأخلاقي، الاستقلال المعنوي، وبطبيعة الحال على البلد أن يعطيك الاستقلال المادي فهذا الميدان يمكن أن نتحدث فيه كثيرا، المهم هو أن استقلال القاضي هو في خدمة المتقاضين، واستقلال القاضي يجب أن يؤدي إلى أن القاضي يستعمل هذا الاستقلال ليكون وفيا للقانون لا يتأثر لأي كان أو بأي شيء يمكن أن يجعله يطبق القانون، إذن هذا هو الهدف، الاستقلال يعني أن القاضي لا يمكنه أن يشرع أو يزيد أو ينقص في

القانون، فهو يطبق القانون، يحرص على تطبيق القانون، وهذا لا يمكن أن يتم إلا إذا كان هناك نوع من الحياد والاستقلال الأخلاقي والمعنوي، بطبيعة الحال كل استقلال وكل حرية تقتضي المراقبة وتقتضي التفتيش، وهذا شيء يعتبر من ركائز الديمقراطية ومن ركائز الحرية.

قلت على أن الاستقلال أساسي، وكذلك التخليق، هذا جانب أساسي في القضاء، وهو أن القضاء يكون مبنيا على قيم وعلى أخلاق وعلى مبادئ سامية، وهنا أغتتم مرة أخرى الفرصة لأهنيئ الودادية الحسنية للقضاة على نشرها لمدونة السلوك والأخلاق القضائية. فهذا الفوج سيستفيد من محتوى هذه الوثيقة الأساسية المهمة التاريخية التي تسجل لصالح القضاة في مغربنا العزيز.

إننا نتمنى أنكم بولوجكم القضاء ستأتون بدم جديد وستدخلون إن شاء الله في فترة الإصلاح، وستدخلون بعقلية جديدة، وستخدمون إن شاء الله أنفسكم وأسرتكم وبلدكم وستخدمون العدالة. فإله المعين ونتمنى لكم التوفيق.

اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية

تعليق على حكم لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، بتاريخ 6 يوليوز 1994

الدكتور أحمد زوكاغي

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية الرباط-أكادال

نشرت مجلة المحاكم المغربية، التي تصدر عن هيئة المحامين بالدار البيضاء في العدد المزدوج 77-78، ص 103 حكما للغرفة الشرعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، يحمل رقم 1381، بتاريخ 6 يوليوز 1994، في الملف عدد 93/2107، تتلخص وقائع النازلة التي صدر في شأنها في أن رجلا ينتسب إلى الجنسية الإيطالية، متزوج من امرأة كانت تحمل الجنسية الإسبانية، ونتيجة زواجها منه باتت تنتمي مثله إلى الجنسية الإيطالية؛ غير أن الزوج اعتنق الديانة الإسلامية، واقترح على زوجته أن تفعل مثل ما فعل، إلا أنها رفضت، ومن ثم أقام دعوى، لدى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، يطلب فيها فسخ الزواج الرابط بينه وبين زوجته، اعتقادا منه بأن "العلاقة الزوجية التي تربطه بالمدعى عليها، والزواج الذي ربطه بها هو زواج فاسد، منذ اعتناقه الإسلام... وأنه لا تربطهما أية علاقة زوجية صحيحة منذ فاتح نونبر 1991" أي تاريخ اعتناقه الدين الإسلامي، وهي

الدعوى التي نظرت فيها المحكمة الابتدائية المذكورة، وأصدرت فيها الحكم رقم 724، المؤرخ في فاتح أبريل 1993، الذي طعن فيه المدعي أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت بشأنه الحكم المائل، موضوع هذا التعليق.

لقد كان على محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، في الحكم الذي نحن بصدده، أن تفصل في مسألة قانونية وواقعية، كثيرة الحدوث، في مختلف أرجاء العالم العربي، تتعلق بحالة من حالات التنازع المتحرك بين القوانين، حيث يهم الأمر رابطة قانونية تتضمن عنصرا أجنبيا من عناصرها، بغرض البحث عن القانون الواجب تطبيقه من بين قانونين أو مجموعة من القوانين الصادرة عن دول مختلفة تتصل بها الرابطة القانونية المذكورة بصلة ما، غير أن الرابطة المشار إليها، بدلا من أن تظل خاضعة ومرتبطة بالقانون الذي نشأت في ظله تغدو تابعة ومتعلقة بقانون آخر لسبب من الأسباب التي تؤدي إلى تبعيتها له، مثل تغيير الجنسية وتغيير موقع المال المنقول. فمن المعلوم، في ظل نظام القانون الدولي الخاص، المعمول به في المغرب، وكما هو الشأن في كل الأنظمة العربية المستمدة من النسق اللاتيني، أن الجنسية تشكل المعيار الرئيسي المعمول عليه، لتحديد القانون الوطني المختص في مجال الأحوال الشخصية، كلما تعلق الأمر بالروابط القانونية التي تنطوي على عنصر أجنبي، بمعنى أن الفرنسي يخضع للقانون الفرنسي، في كل ما يتعلق بحالته وأهليته، والإيطالي يسري عليه قانون الدولة التي ينتسب إليها بجنسيته بالنسبة لكل ما يندرج في أحواله الشخصية. ومع ذلك، تجب الإشارة إلى أن القضاء والتشريع، في مختلف البلاد العربية، استقر منذ أمد طويل على اعتبار الديانة الإسلامية عنصرا من

عناصر الإسناد بالنسبة للمسلم يجب ويحجب غيره من الضوابط المعول عليها في مضمار الأحوال الشخصية؛ وبعبارة أخرى، إن القاضي المسلم في أي دولة من الدول العربية، عندما ينظر في رابطة من روابط الأحوال الشخصية تتعلق بشخص يعتنق الديانة الإسلامية، يصرف النظر عن معيار الجنسية أو غيره من المعايير الأخرى، ويلجأ إلى تطبيق قانون الأحوال الشخصية الإسلامي، بغض النظر عما إذا كان الشخص المذكور ينتسب بجنسيته أو موطنه إلى دولة إسلامية أو إلى دولة غير مسلمة، ومن ثم فإن الفرنسي المسلم لا يسري عليه، أمام القاضي المسلم القانون الفرنسي، الذي هو قانون الدولة التي يحمل جنسيتها وهو أيضا القانون الوطني الشخصي الذي تأمر بتطبيقه قواعد الإسناد المقررة في التشريع الداخلي لدولة القاضي المسلم، وإنما تطبق عليه قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما يتعلق بأحواله الشخصية، وفقا لاجتهاد قضائي استقر وترسخ منذ العشرينات من القرن العشرين، بموجب اجتهادات وأحكام متواترة أو بمقتضى نصوص تشريعية صريحة تضمنتها التقنيات المدنية العربية في مجموعة هامة من الدول العربية.

إن هذه الحالة هي التي كانت موضوع الحكم الذي نحن بصدد التعليق عليه، والتي تتصل، كما رأينا برجل إيطالي اعتنق، في المغرب الديانة الإسلامية، ثم أقام دعوى يطلب فيها من المحكمة فسخ الزواج الجامع بينه وبين زوجته الإيطالية التي رفضت اعتناق الديانة التي اعتنقها زوجها، ولذلك اعتقد الزوج أن الزواج المذكور لم يعد صحيحا لاختلاف الديانة بين الزوجين.

ومن الواضح أن اعتقاد الزوج خاطئ تماماً، وقد لا يحتاج إلى بيان أو دليل، إذ العكس هو الصحيح، بمعنى أن زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم أو من رجل كان مسلماً ثم ارتد هو الذي يؤدي إلى فساد العلاقة الزوجية و يمنح الزوجة حق المطالبة بحل الرابطة الزوجية، بحيث لا تصح إلا إذا اعتنق الزوج الإسلام أو عدل عن رده وأعلن عن توبته. وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في الحكم المائل حيث أوضحت "إن إسلام الزوج الكافر : المتزوج بالكافرة الكتابية، لا يجب عقد النكاح الرابط بينهما ولا يقطع آثاره الشرعية، بل الإسلام يقر تلك العلاقة ويصحها، وهو ما قاله الشيخ خليل في مختصره : - وقرر عليها أن أسلم، وانكحتهم فاسدة -، قال الزرقاني، أي على الزوجة الحرة الكتابية، وذلك ترغيباً له في الإسلام... ونقل اللخمي عن المذهب أن من أسلم على من يصح نكاحه إياها كان نكاحه لازماً كعقد صحيح الإسلام... قال ابن رشد، في البداية، الجزء الثاني ص 47 : وأما الانكحة التي انعقدت قبل الإسلام، ثم طرأ عليها الإسلام، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منها معاني من الزوج والزوجة، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام، فإن الإسلام يصح ذلك وجاء بالمدونة الكبرى، من رواية سحنون عن بن القاسم الجزء الثاني : قلت، والقول لسحنون، رأيت النصراني يكون على النصرانية فيسلم الزوج، أتكون امرأته على حالها ؟ قال نعم ! قال مالك : هو بمنزلة مسلم تزوج نصرانية أو يهودية. وهذا مسأير لقوله تعالى - والمحصنات من الدين أوتوا الكتاب -؛ ولما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أن صفوان بن أمية أسلمت زوجته، عائشة بنت الوليد بن المغيرة، قبله، فأقره رسول الله على نكاحه، ولما روي أن أبا سفيان بن

حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان إسلامه بمر الظهران، ثم رجع إلى مكة، وهدد بها كافرة، فأخذت بلحيتته، وقالت اقتلوا الشيخ الضال، ثم أسلمت بعده بعدة أيام، فاستقرا على نكاحهما".

وبناء على ذلك، توصلت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى أن "عقد الزواج الرابط بين المسأنتف والمستأنف عليها هو عقد صحيح، منتج لجميع آثاره الشرعية، ولا يشوبه أي فساد، كما توهمه المستأنف، وليعلم هذا الأخير أن الشرع الإسلامي جعل له الطلاق بيده، كلما أراد إنهاء العلاقة الزوجية دون سبب ما".

ويتعين لفت الانتباه إلى أن الزوجة، المدعى عليها، لم تقف مكتوفة اليدين تجاه الدعوى التي أقامها زوجها، بل حاولت المجابهة، استنادا لمجموعة هامة من الحجج والدفع، وفي مقدمتها المطالبة بتطبيق قاعدة الاسناد المقررة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب، القاضية بالرجوع إلى القانون الوطني للزوجين، أي القانون الإيطالي، الذي يرمي الزوج إلى التهرب من أحكامه.

وفي هذا السبيل، أوضحت المدعى عليها "أنها والمدعى من جنسية أجنبية، وأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيطالي لا القوانين المغربية، عملا بالمبادئ والقواعد المعمول بها في ميدان الأحوال الشخصية... وأن المدعى يحاول إقامة دعواه هذه أمام المحاكم المغربية للإفلات من القوانين الإيطالية التي لا تتساهل في ميدان الطلاق، بفرض إجراءات عديدة ومدة مديدة من النقاضي، وبذلك فهو يتحايل على القوانين المغربية للحصول على ما يصعب الحصول عليه حسب قوانين بلدهما، كما أن الزواج الذي يربطهما يفرض نظام الأموال المشتركة، وبالتالي فهو

يهدف من وراء دعواه الاستحواذ على أموالها و الانفرد بها والتزوج بامرأة مغربية، الأمر الذي لا يسمح به القانون الإيطالي بسهولة، وكذا القانون المغربي، فهناك شروط يجب توافرها في عقد زواج الأجنبي، ووثائق يتم الإدلاء بها، كعقد الزواج وعقد الطلاق أو حكم نهائي بالتطليق بالنسبة لمن سبق له التزوج، وهذا ما يرغب فيه المدعي، وتسجيل الحالة المدنية بإيطاليا، لأن القانون الإيطالي لا يسمح بتعدد الزوجات، ذلك أنه لا يمكنه الزواج بامرأة ثانية دون التشطيب على الزواج الأول من سجلات الحالة المدنية بإيطاليا، فلو كانت القوانين المغربية هي التي تسري على المدعي لاكتفى بتوجيه استدعاء لها أمام قاضي التوثيق الذي يحاول إجراء مصالحة، وعند فشلها يأذن بالطلاق".

I . S . M

محكمة الاستئناف بالدار البيضاء

الغرفة الشرعية قرار عدد 1381 بتاريخ 1994/7/6

ملف عدد 93/2107

- * استئناف، إمكانية استبعاد محكمة الاستئناف لتعليقات الحكم الابتدائي واستعاضتها بغيرها، والحكم بالتأييد، نعم.
- * أجنب، وضعيتهم المدنية بالمغرب، قواعد الإسناد، الإيطالي المسلم يخضع لمدونة الأحوال الشخصية المغربية، نعم.
- * زواج، اعتباره فاسدا يتعين الحكم بفسخه لمجرد إسلام الزوج الكافر المتزوج بالكافرة، لا.

باسم جلالة الملك

الوقائع والمسطرة

في الشكل : بمقال مؤدى عنه الرسم القضائي حسب الوصل عدد 36710 وتاريخ خامس عشر دجنبر 1993 استأنف بمقتضاه الأستاذ بوشعيب خرباشي نيابة عن المسمى فوزي الذي يدعى لومباردو فيليبو بن انطوان ذي الجنسية الإيطالية الحكم الابتدائي عدد 724 وتاريخ 1993/4/1 الصادر عن ابتدائية عين الشق بالدار البيضاء والذي لم يبلغ لهذا الأخير بذكره، والقاضي في الشكل بقبول الطلب وفي الموضوع برفضه، وتحميل المدعي الصائر.

حيث أن الاستئناف أعلاه، ورد على الصفة، وداخل الأجل القانونيين، ولذا فهو مقبول شكلا.

وفي الموضوع

يستفاد من الملف، والحكم المستأنف أن المدعي فوزي بن انطوان تقدم بمقال لدى ابتدائية عين الشق البيضاء بتاريخ 1992/5/27 أوضح فيه، أنه من جنسية إيطالية وتزوج بالمدعى عليها مارتان ماريا كرينا ذات الجنسية الإسبانية ثم أصبحت لها جنسية إيطالية بتاريخ 1968/3/2 بمدينة الدار البيضاء بالمغرب وبتاريخ 1991/11/1 اعتنق الدين الإسلامي بعدما نبذ دين النصرانية وطلب من زوجته أعلاه ترك الدين النصراني وقيما عقدا شرعيا إسلاميا كما سنه الشرع الإسلامي إلا أنها رفضت اعتناقه الإسلام وأصبح زواجه بالمدعى عليها فاسدا لمخالفته لقواعد الشرع الإسلامي ولكونه لا يرتب آثار الزوجية بحقوقها وواجباتها كما سنها الشرع ملتصا القول بأن العلاقة الزوجية التي تربطه بالمدعى عليها والزواج الذي ربطه بها هو زواج فاسد منذ اعتناقه الإسلام بتاريخ 1991/11/1 والقول أيضا أنه لا تربطهما أية علاقة زوجية صحيحة منذ 1991/11/1 والأمر بتسجيل هذا الحكم بسجلات الحالة المدنية ليكون في حل من أية رابطة زوجية مرفقا مقاله بشهادة من القنصلية الإيطالية تفيد زواجه بالمدعى عليها وصورة شخصية مشهود بمطابقتها للأصل من رسم اعتناق الإسلام عدد 167 صحيفة كناش3 وتاريخ 1991/11/1 تضمن إسلامه ونبذ الديانة النصرانية.

وأجابت المدعى عليها بمذكرة قدمها محاميها الأستاذ علي بن جلون ضمنها ما يلي : أنها والمدعى من جنسية أجنبية، وأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيطالي لا القوانين المغربية عملا بالمبادئ والقواعد المعمول بها في ميدان الأحوال الشخصية، لذلك يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا، وبصفة احتياطية في الموضوع فإن المدعى يحاول إقامة دعواه هذه أمام المحاكم المغربية للإفلات من القوانين الإيطالية التي لا

تتساهل في ميدان الطلاق بفرض إجراءات عديدة ومدة مديدة من التقاضي، وبذلك فهو يتحايل على القوانين المغربية للحصول على ما يصعب الحصول عليه حسب قوانين بلدهما، كما أن الزواج الذي يربطهما يفرض نظام الأموال المشتركة وبالتالي فهو يهدف من وراء دعواه الاستحواد على أموالها والانفراد بها والتزوج بامرأة مغربية، الأمر الذي لا يسمح به القانون الإيطالي بسهولة وكذا القانون المغربي فهناك شروط يجب توافرها في عقد زواج الأجنبي، ووثائق يتم الإدلاء بها، كعقد الزواج وعقد الطلاق أو حكم نهائي بالتطليق بالنسبة لمن سبق له التزوج، وهذا ما يرغب فيه المدعي وتسجيل الحالة المدنية بإيطاليا لأن القانون الإيطالي لا يسمح بتعدد الزوجات، ذلك أنه لا يمكنه الزواج بامرأة ثانية دون التشطيب على الزواج الأول من سجلات الحالة المدنية بإيطاليا فلو كانت القوانين المغربية هي التي تسري على المدعي لاكتفى بتوجيه استدعاء لها أمام السيد قاضي التوثيق الذي يحاول إجراء مصالحة وعند فشلها يأذن بالطلاق، ملتزمة في الأخير التصريح بعدم قبول الطلب شكلا، وبصفة موضوعية التصريح برفضه، وإبقاء الصائر على رافعه، مدلية بمنشور لوزارة العدل المغربية وشهادة عرفية حول اشتراك الأموال في قانون الزواج الإيطالي.

وبعد إدلاء النيابة العامة بملتمسها الكتابي المضاف للملف، وفشل محاولة الصلح انتهت القضية بإصدار الحكم المستأنف المبني على العلل الآتية : إن اعتناق المدعي الإسلام لا يسقط عنه جنسيته طبقا لمقتضيات ظهير 1913/8/12 وخاصة الفصول 9، 12، 14 التي تجيز للأجانب المطالبة بالتطليق والانفصال الجسماني طبق الإجراءات المنصوص عليها في قانونهم الوطني. ومن ثمة فعقد الزواج الرابط بين المدعي والمدعى عليها يخضع حسب الشهادة العرفية لمقتضيات القانون الإيطالي خاصة الفصل 93

المتعلق بالفصل القضائي للممتلكات وأن اعتناق المدعي لدين الإسلام يحول دون تطبيق مقتضيات قانونه الوطني الذي أبرم في ظلّه عقد الزواج الرابطة بينهما وحسب القانون الإيطالي، غير أن المدعي استأنف الحكم أعلاه بعلل آتية :

إن القاضي الابتدائي اعتمد كون مطالبته اعتبار العلاقة الزوجية التي تربطه بالمستأنف عليها هي علاقة فاسدة منذ تاريخ 1991/11/1 لكونه أصبح مسلماً وهذا غير صحيح، فهو يطالب بكون الزواج أصبح فاسداً لكون ديانته تغيرت من النصرانية إلى الإسلام الذي يفرض شروطاً للزواج الصحيح مهما كانت جنسية الفرد ولذلك فهو لا يطالب بتخلي المستأنف عليها من جنسيتها الإيطالية، وإنما يريد تطبيق القانون الإيطالي على أساس أنه مسلم مالكي المذهب، وإيطالي الجنسية والقانون الإيطالي رقم 1905 سنة 1933 يعطي في فصله الرابع الاختصاص للمحاكم التي تم بها الزواج، وهذا الأخير تم بالمغرب ورغم ذلك فإنه يمكن رفع مثل هذه الدعاوى أمام أي قطر شريطة تطبيق قوانين الأحوال الشخصية المتبعة لجنسية الأطراف، كما أن الفصل الثالث من نفس القانون يعطي حق الطلاق لأحد الأطراف إذا كان الضرر مادياً أو معنوياً أو ضرراً اجتماعياً، وفي هذه النازلة اجتمعت جميع الأضرار فهو منذ اعتناقه الإسلام إلى الآن لم يجمع المستأنف عليها وفي هذا أكبر ضرر لها، وأنه حاول بشتى الوسائل إقناع هذه الأخيرة بإقامة عقد صحيح خاضع للشريعة الإسلامية مع بقائها متمسكة بجنسيتها إلا أنها رفضت ملتصقة بتطبيق الفصل الثالث من القانون الإيطالي لسنة 1975 رقم 151 وإجراء محاولة الصلح وعند فشلها القول بأن العلاقة الزوجية التي تربطه بالمستأنف عليها هي علاقة فاسدة منذ 1991/11/1 أي تاريخ اعتناقه

الإسلام و الحكم بأنه لا تربطه بالمستأنف عليها أية علاقة زوجية صحيحة خاضعة للشريعة الإسلامية منذ تاريخ 1991/11/1 والأمر بتسجيل هذا الحكم بسجلات حالته المدنية وعملا بالفصول 212 وما بعده من ق.م.م تقرر إجراء مصالحة بين المتداعيين وهكذا وبجلسة 94/5/25 حضر الأستاذ خرباشي بوشعيب وموكله فوزي وتخلف الأستاذ علي بن جلون وموكلته مرتان ماريا وأكد الحاضر ما سبق له إيضاحه أعلاه، مضيفا أن له مع المستأنف عليها ولدان أكبرهما عمره 25 سنة وأصغرهما عمره 21 سنة وهذه الأخيرة تسكن بالدار البيضاء وبها تزوج ولا عمل لها ثم تقرر إعادة الاستدعاء لهذه الأخيرة ومحاميها الأستاذ علي بن جلون وذلك لجلسة 94/6/1 وبها حضر المستأنف ومحاميه أعلاه وتخلفت المستأنف عليها ومحاميها أعلاه رغم توصلها واستدعائها مرتين، وذلك حسب شهادتي التسليم المضافتين للملف الأمر الذي حال دون إجراء محاولة الصلح.

وبعد إحالة الملف على النيابة العامة التي التمس تطبيق القانون حسب كتابها المضاف للملف تقرر إدراج القضية بالجلسة العلنية ذات التاريخ 94/6/15 وأثناءها حضر نائب المستأنف الأستاذ خرباشي بوشعيب، في حين تخلف محامي المستأنف عليها الأستاذ علي بن جلون رغم توصله حسب شهادة التسليم المضافة للملف وأكد الحاضر أوجه استينافه أعلاه ومن ثمة تقرر اعتبار القضية جاهزة وتأخيرها للمداولة والنطق بالقرار في جلسة 94/6/29 ثم تقرر التمديد لجلسة 94/7/6 أعلم لها من حضر.

أسباب القرار

حيث حصر المستأنف أوجه استينافه للحكم المستأنف في الوجهتين

التاليين :

إن القانون الواجب التطبيق في النازلة، هو القانون الإيطالي لسنة 1975 رقم 151 وخصوصا الفصل الثالث منه، باعتباره والمستأنف عليها إيطالي الجنسية، مع تشبته بأركان عقد النكاح حسب الشريعة الإسلامية.

إن عقد الزواج الرابط بينه وبين المستأنف عليها أصبح فاسدا منذ اعتناقه الإسلام بتاريخ 1991/11/1، وتمذهبه بالمذهب المالكي وبالتالي فعلاقته الزوجية مع هذه الأخيرة غير منتجة لجميع الآثار الشرعية منذ التاريخ المذكور.

وحيث أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الواجب التطبيق على النازلة نصا، ولو لم يطلب ذلك الطرفان أو طلبا عكس ذلك (الفصل الثالث من ق.م.م).

وحيث بخصوص الوجه الأول، فإن المستأنف يرى أن المحكمة مختصة بالنظر إلا أن عليها أن تطبق على النازلة القانون الإيطالي لسنة 1975 رقم 151 الفصل الثالث منه، وهذا تعارض مع مبدئه كمسلم متذهب بالمذهب المالكي وتشبته بأركان العقد حسب الشريعة المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب تتضمن قواعد إسناد تحيل مباشرة على القانون الداخلي الواجب تطبيقه، وليس على قاعدة الإسناد الأجنبية، ذلك أن استبعاد تطبيق القانون الشخصي في إطار القانون الدولي الخاص بالمغرب يقوم أساسا على العنصر الديني، مع الانتباه إلى كل ما من شأنه أن يتناقض مع المبادئ التي تضمنتها مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي هي من النظام العام، والذي أكد هذا بوضوح، هو ظهير 1959/4/24 الذي نص على أن الأجانب المسلمين يخضعون للقاضي الشرعي، وبالتالي لقانون الأحوال الشخصية للمغاربة المسلمين، حتى ولو كان قانونهم الوطني يخضع لنظام مدني خلافا لما تضمنه ظهير 12 غشت 1913 في فصله الثاني المتعلق بالتنظيم القضائي

الذي استبعد تطبيق مقتضيات التشريع الإسلامي فيما يخص المسلمين من مغاربة وغيرهم، وزاد في تأكيد ما ذكر ما تضمنه ظهير 1965/1/26 الذي تم بموجبه توحيد ومغربة القضاء بالمغرب فأصبح المتقاضون بموجبه مغاربة وأجانب يخضعون لنظام قضائي واحد، وكذا ظهير 1974/9/28 المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربي، وبقي التمييز قائما على أساس العنصر الديني فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية وليس على أساس عنصر الجنسية، أو القانون الوطني إذا كان يتناقض مع الشرع الإسلامي بالنسبة للمسلمين.

وحيث بالنظر إلى ما ذكر، فإن القانون الواجب التطبيق موضوعا في النازلة هو قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربي لكون المستأنف مسلما متدهبا بالمذهب المالكي والمستأنف عليها إيطالية كتابية لا القانون الإيطالي كما رآه القاضي الابتدائي وأعلنه في حكمه المستأنف وسائر في ذلك ما رآه المستأنف عن خطأ في الفهم لنصوص ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

وحيث بخصوص الوجه الثاني المتعلق بصيرورة عقد النكاح فاسدا منذ اعتناق المستأنف الإسلام بتاريخ 1991/11/1 وعدم إنتاجه لأي أثر شرعي منذ التاريخ المذكور فإن ذلك غير صحيح، ذلك أن الكفار، وإن كانت أنكحتهم فاسدة مبدئيا عند من يرى ذلك، لخلوها كليا أو جزئيا من بعض أركان عقد النكاح في الشريعة الإسلامية أو شروط الصحة كالمهر والصيغة أو غيرها، فإن إسلام الزوج الكافر المتزوج بالكافرة الكتابية لم يجب عقد النكاح الرابط بينهما، ولا يقطع آثاره الشرعية، بل الإسلام يقر تلك العلاقة ويصححها وهو ما قاله الشيخ خليل في مختصره "وقرر عليها إن أسلم، وأنكحتهم فاسدة" قال الزرقاني أي على الزوجة الحرة الكتابية،

وذلك ترغيباً له في الإسلام وهل مع الكراهية كالابتداء، وعليه ابن عبد السلام أو بدونها، بناء على أن الدوام ليس كالابتداء، ولترغيبه في الإسلام وعليه البرزلي تردد، وكل كونه يقر عليها حيث لا مانع بها.

وحيث حصل بينهما قبل الإسلام ما يعتقدونه نكاحاً، ونقل اللخمي عن المذهب أن من أسلم على من يصح نكاحه إياها كان نكاحه لازماً كعقد صحيح الإسلام وأما الأئمة رضي الله عنهم فقد عدلوا عن القيام، وأباحوا لمن أسلم من عقد عليها في حال الكفر وجعلوا العقد السابق مع نصهم على فساده لازماً بالإسلام كلزوم العقد الصحيح للتخفيف على من أسلم والترغيب في الدخول في الإسلام لنا في الحكم عليه بالقياس وهو وجوب الفرقة من عظيم المشقة فعدلوا عن القياس إلى الاستحباب وهو الرفق به في الترغيب في الإسلام، قال ابن رشد في البداية ج 2 صفحة 47، وأما الأئمة التي انعقدت قبل الإسلام ثم طراً عليها الإسلام، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معاً أعني من الزوج والزوجة، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام، فإن الإسلام يصح ذلك وجاء بالمدونة الكبرى من رواية سحنون عن ابن القاسم الجزء الثاني قلت والقول لسحنون رأيت النصراني يكون على النصرانية فيسلم الزوج أ تكون امرأته على حالها، قال نعم قال مالك هو بمنزلة مسلم تزوج نصرانية أو يهودية، وهذا مسأير لقوله تعالى : "والمحصنات من الذين أولوا الكتاب" ولما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن صفواه بن أصية أسلمت زوجته عن عائشة ابنة الوليد بن المغيرة قبله، ثم أسلم هو فأقره رسول الله (ص) على نكاحه ولما روى أن ابا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته، وكان إسلامه بمر الظهران، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة فأخذت لحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بعدة أيام، فاستقرا على نكاحهما.

وحيث أنه استنادا إلى ما ذكر فإن عقد الزواج الرابط بين المستأنف والمستأنف عليها هو عقد صحيح منتج لجميع آثاره الشرعية ولا يشوبه أي فساد كما توهمه المستأنف وليعلم هذا الأخير أن الشرع الإسلامي لما جعل له الطلاق بيده أراد إنهاء العلاقة الزوجية دون سبب ما وإن كانت هناك أسباب شرعية معقولة حق له طلب فسخ عقد النكاح وهذه الأسباب هي ما اصطلح عليها بالعيوب الشرعية، وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام أو أنواع نوع يمكن أن يصاب به كل من الرجل والمرأة وهو أربعة أمراض البرص، الجدام، الجنون، العذيمة، وهي حصول الغائط عند الجماع ونوع لا يصاب به إلا الرجل وهي أربعة أنواع أو أمراض هي العنة، ويراد بها هنا صغير العضو التناسلي للرجل، الاعتراض وهو عدم حصول الإنعاض عند إرادة الجماع، الخشاء وهو قطع الذكر فقط أو الأنثيين حيث كان لا يخرج منه منيه، الجب وهو قطع الذكر والأنثيين معا، نوع تصاب به إلا النساء وهو خمسة عيوب : الرتق وهو التصاق محل الوطاء والتمامه، القرن وهو عبارة عن لحم أو عظم يبرز في فرج المرأة، الغفشاء وهو اختلاط مجرى البول مع محل الجماع بزوال الحائل الرقيق الذي بينهما، العفل وهو أن يبدو لحم من الفرج يصحبه في الغالب رشح، البخر وهو نتوءة الفرج والفصل 54 من م.ح.ش أشار إلى هذه العيوب كلها، فمتى توفرت لأحد الزوجين إلا حق لكل منهما طلب فسخ النكاح على تفصيل في ذلك، ومعلوم أن الطلاق له آثاره والفسخ له أثره. أما عدم مجامعته لزوجته منذ اعتناقه الإسلام بتاريخ 1991/11/1 لصيرورة فساد علاقة الزوجية كما زعم، فليس بضرر موجب للفسخ سيما وأن المستأنف لم يقدّم أي دليل بالملف على أنها منعتة من الاجتماع بها.

وحيث أنه والحالة ما ذكر، تكون العلل التي اعتمدها القاضي الابتدائي أساسا في منطوق حكمه هي علل منقذة ويتعين استعاضتها بالعلل أعلاه المقبولة والمنطبقة مع نتيجة منطوق الحكم المستأنف، الذي ترى هذه الغرفة تأييده في منطوقه دون عله.

لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا في حق المستأنف عليها :

في الشكل : بقبول الاستئناف

وفي الجوهر: تأييد الحكم المستأنف عدد 724 الصادر بتاريخ 1993/4/1 عن ابتدائية عين الشق فيما قضى به، وتحميل المستأنف الصائر.

I . S . M

التمييز بين النطاقين الشخصي والمالي للتصرفات القانونية انطلاقا من الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة يوم 31 يناير 1994

الدكتور أحمد زوكاغي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية الرباط-أكداال

I . S . M

نشر الأستاذ محمد الشافعي، في كتابه "الأجانب بالمغرب"، الجزء الأول، سلسلة البحوث القانونية، العدد 12، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2006، في الصفحات 87 إلى 91، حكما هاما سبق أن نشرته مجلة الإشعاع، الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة، في العدد الثاني عشر، 1995، صفحة 190 وما بعدها، يتعلق بمسألة قانونية، تكتسي أهمية بالغة جدا، على الصعيدين الفقهي والقضائي، لا يزال الجدل دائرا بشأنها إلى يومنا، وتتصل بالتمييز بين ما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية وما يندرج في إطار المعاملات المالية، بالنسبة للروابط القانونية، خاصة منها تلك التي يحكمها القانون الدولي الخاص، وهي الروابط التي تتضمن عنصرا أجنبيا واحدا، على الأقل، من عناصرها يجعلها ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، الأمر الذي تنور معه ظاهرة التنازع بين القوانين.

ومن المعلوم أن محكمة النقض، في جمهورية مصر العربية، حاولت منذ السنة الأولى لإنشائها، عام 1934، أن ترسي دعائم التمييز بين ما ينضوي تحت لواء الأحوال الشخصية وبين ما ينتمي لحقل المعاملات المالية، غير أنها لم تفلح، إذ أن محاولتها إنما أسفرت عن تعداد وسرد ليس إلا، دون أن تتوصل إلى إقامة فيصل دقيق أو معيار منضبط يمكن بواسطته التفرقة بين نطاق الأحوال الشخصية ومجال المعاملات المالية.

وهكذا، فقد جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية، يوم 21 يونيه 1934، أن "الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية، مثل كونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقًا، أو ابنا شرعيا، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المالية فكلها، بحسب الأصل، من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات، تقوم على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية، إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها" (القضية رقم 40 لسنة 1934، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة الأولى، هـ 454).

ومن هنا، نستطيع التأكيد أن محكمة النقض المصرية، في الحكم السابق، لم تتمكن من وضع معيار دقيق وحاسم يفصل بين دائرة الأحوال الشخصية ونطاق الأحوال العينية أو المعاملات المالية، على الرغم من استعانتها بالعنصر الديني الذي أشارت إليه بقولها: "أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات، تقوم على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة" ومن ثم فهي "من قبيل مسائل الأحوال الشخصية"، وهذا صحيح إلى حد ما، ولكنه غير حاسم وغير شامل تماما، إذ أن الزواج والنفقة، على سبيل المثال، يتضمنان جوانب من الأحوال الشخصية بدون شك، تتصل بالاعتقاد الديني، ولكنهما يحتويان، مع ذلك، على خصائص ومميزات تدخلهما في نطاق المعاملات المالية.

ولذلك، بقيت محاولة محكمة النقض المصرية، في هذا السبيل، مجرد محاولة للاستئناس والاسترشاد، شأنها في ذلك شأن المحاولة التي تجسّمها القانون المصري رقم 147 لسنة 1949 المتعلق بنظام القضاء، و من بعده القانون التونسي المؤرخ في 12 يوليوز 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود، فهل استطاعت محكمة الاستئناف بالقنيطرة، في الحكم موضوع هذا التعليق، تقديم تصور جديد للتمييز بين ما يعتبر من قبيل الأحوال الشخصية وبين ما يعد من الأحوال العينية أو المعاملات المالية؟ ذلك ما سنتعرف عليه بعد عرض ملخص الوقائع.

تتصل وقائع النازلة الذي صدر في شأنها قرار محكمة استئناف القنيطرة، المؤرخ في 31 يناير 1994، في أن امرأة فرنسية الجنسية وهبت لرجل مغربي مجموعة من المنقولات المنزلية، بمقتضى محرر عادي صدر عنها بتاريخ 5 يونيو 1986، غير أنها تراجعت عن الهبة المذكورة، وأقامت

دعوى لدى المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، تطالب فيها بالإعلان عن بطلان الهبة، استنادا إلى أن "التصرف الذي قامت به يدخل في نطاق ما يتعلق بالأحوال الشخصية، وأن الفصل 10 من ظهير 1913 ينص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقا لقوانينهم الوطنية، وأن القانون الفرنسي، الذي ينطبق على النازلة، ينص على أن عقد الهبة يجب أن يحرر من طرف موثق، وبالتالي فإن عقد الهبة الذي حررته العارضة بخط يدها باطل، لذلك التمسست التصريح بأن عقد الهبة، المحرر لفائدة المدعى عليه، هو عقد باطل، ومخالف للنظام العام الفرنسي، وبعدم وجود أي أثر من الآثار القانونية للعقد، وعدم وجود أي مفعول له بين العارضة والمدعى عليه منذ تاريخ تحريره".

وهي الدعوى التي استجابت لها المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، في الحكم الصادر عنها يوم فاتح أكتوبر 1991، وذلك بالاستناد إلى سببين رئيسيين، وهما :

أولا : لأن عقد الهبة، المحرر من قبل الواهبة مختل من الناحية الشكلية، إذ لم تراعى فيه القوالب التي يفرضها القانون الفرنسي في هذا المضمار، والمقصود بها، على وجه الخصوص، أن عقد الهبة لم يتم تحريره من قبل موثق مختص بالتوثيق.

ومن هذه الزاوية، نلاحظ أن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة كانت على صواب دون شك عندما سايرت المدعية، واعتبرت أن القانون الواجب تطبيقه، بالنسبة لهذه الناحية المتعلقة بالشكل والقوالب، هو القانون الفرنسي المختص بموجب المادة العاشرة من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، تلك المادة التي تقضي بأن التصرفات التي يعقدها الأجانب، في المغرب تكون صحيحة، من الناحية

الشكلية، إذا عقدت وفقا للإجراءات المقررة في القانون الوطني للأطراف المتعاقدين، أو طبقا للقانون الفرنسي، أو بحسب القواعد الشكلية المقررة بموجب القانون المغربي.

ومن الواضح أن التصرف الذي عقده الواهبة، في نازلة الحال، لم يحترم في صياغته أي قانون من القوانين المشار إليها، إذ هو غير صحيح لا في نظر القانون الوطني للمرأة التي صدر عنها التصرف، وهو القانون الفرنسي بالذات الذي يشترط تحرير التصرفات المتعلقة بالهبات والتبرع والتصديق من قبل موثق مختص بالتوثيق، ولا في نظر القانون المغربي، المختص بموجب قاعدة ثابتة ومشهورة وقديمة في هذا الصدد، تقضي بخضوع شكل التصرف لقانون المكان الذي أبرم فيه التصرف (LOCUS REGIT ACTUM)، إذ سواء تعلق الأمر بالهبة، أو الصدقة، أو الوصية، أو غيرها من ضروب التصرف التي تدخل في باب التبرعات، فإن القانون المغربي يشترط لصحة التصرف، من الزاوية الشكلية، عددا لا يستهان به من القوالب الشكلية، الدقيقة والصارمة، تتراوح بين جعل التصرف في محرر عرفي أو رسمي، يتم بمعرفة موظف عمومي مختص بالتوثيق، يحضره شهود، ويخاطب عليه، أحيانا، القاضي المكلف بتوثيق العقود وغيرها من الرسوم العدلية.

ثانيا : ومن الناحية الجوهرية، توصلت المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، إلى أن التصرف الذي عقده المدعية يتعين تكليفه بأنه عقد هبة، يخضع بهذه المثابة، لما يخضع له عقد الصدقة من أحكام "مادامت الهبة قد اشترطت الحيابة" واعتبارا لأن الواهبة "اشترطت الحيابة بعد الوفاة"، فإنه ينبغي التصريح بأن التصرف الذي أنجزته المدعية هو تصرف باطل في نظر القانون المختص بحكمه، وهو القانون المغربي، ممثلا في الفقه المالكي

الذي يشترط، في هذا النوع من التصرفات التبرعية، انتقال الحيازة على الفور من الواهب إلى الموهوب له، أي من المتصدق إلى المتصدق عليه، على مرأى ومسمع من الشهود وممن يعينهم أمر التصرف المعقود، وفي مقدمتهم الورثة المحتملون وغيرهم من ذوي الشأن.

وغني عن البيان، أن هذه النقطة الهامة التي تتعلق بالقانون الواجب تطبيقه في النازلة تكتسي قيمة علمية وعملية على درجة كبيرة من الأهمية؛ إذ أن المحكمة، كما هو واضح، توصلت إلى أن الأمر يتعلق هنا لا بتصرف من تصرفات الأحوال الشخصية، التي يرجع في شأنها إلى القانون الشخصي، أي القانون الوطني للمتصرف، إذا كان الأمر يتعلق بشخص أجنبي، ولكن بتصرف من التصرفات التي تنتمي لحقل المعاملات المالية أو الأحوال العينية، على وجه التدقيق، وبهذه الصفة يسري عليها القانون المحلي (LEX REI SITAE)، أي قانون الدولة التي جرت فيها تلك التصرفات أو المعاملات المالية، مثلها في ذلك مثل غيرها من الأعمال والعقود والتصرفات التي يعقدها المواطنون داخل دولتهم، وذلك اعتباراً لأن التصرفات المالية المحضة لا صلة لها بالأحوال الشخصية، ولا بالاعتقاد الديني، ولذلك فهي تخضع للقاعدة العامة التي تتعلق بتطبيق القانون المحلي تطبيقاً إقليمياً على كل من وما يوجد داخل الدولة من أشخاص وأشياء وأموال، فلا داعي في شأنها بالتالي للاستثناء المتعلق بشخصية القوانين.

ويبدو، حسب تصورنا المتواضع، أن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة كانت على صواب فيما ذهبت إليه من اعتبار التصرف الذي أجرته المدعية داخلاً في نطاق المعاملات المالية دون الأحوال الشخصية، إذ أن هناك مجموعة من القرائن والمؤشرات التي تدل على غياب النية أو الاتجاه نحو فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، وهو مؤشر رغم محدوديته إلا أن ذلك لا

يمنع من الاستعانة به، بالإضافة إلى عدم مراعاة الشكليات التي يفرضها القانون بالنسبة للتصرفات الهادفة إلى التبرع؛ حماية، من جهة، للمتبرع نفسه من التبرع أو الانقياد لبعض المشاعر أو الأهواء أو التأثيرات التي قد تكون عابرة، أو غير دقيقة، أو تحت تأثير ظروف طارئة، ومن جهة ثانية، حماية للانتماء العام والطمأنينة والاستقرار، في مواجهة المفاجآت التي تضر بالداثنين، أو الورثة أو غيرهم من ذوي الحقوق والمصلحة.

وتجدر الإشارة إلى أن خصم المدعية، أثناء مرحلة الاستئناف، وهو الموهوب له، حاول، عند الطعن في الحكم الابتدائي، إقناع محكمة الاستئناف بأن "العقد لا يدخل في إطار عقود الهبة والصدقة، وأن الذي يطبق عليه هو عقد الوصية الذي لم يشترط فيه القانون الفرنسي أية شروط، ويحرره الموصي بخط يده (وفقاً للمادتين 973 و 974 من القانون المدني الفرنسي)".

غير أن دفاع المدعية، أي المستأنف عليها، وهي الواهبة المزعومة، تصدى للرد على الدفع السابق بأن "العقد، موضوع الدعوى، يتعلق بالهبة وليس بالوصية، كما جاء في دفعات المستأنف، وبالرجوع إليه (أي إلى العقد) يتجلى بأنه غير موقع من طرف العارضة، وغير مصادق على صحة توقيعها، وأنه لا يمكن أن ينسب التوقيع إليها، مادامت الوثيقة نفسها خالية من التوقيعات المزعومة".

وعلاوة على ذلك، ناقش دفاع المستأنف عليها دفع المستأنف المستندة إلى المادتين 973 و 974 من التقنين المدني الفرنسي، وتوصل إلى أن الدفع المذكورة غير مرتكزة على أساس، لا من الواقع ولا من القانون. بالفعل، وبالرجوع إلى المادة 973 من التقنين المذكور، فإنه "يتعين التوقيع على صك الوصية من قبل الموصي، وبحضور الشهود والموثق.

وإذا تعذر التوقيع على الموصي، وجب التصريح بأنه يجهل التوقيع أولاً يستطيع التوقيع، مع بيان السبب الذي يمنعه من ذلك". كما تقضى المادة 974 من التقنين المشار إليه أن "صك الوصية ينبغي التوقيع عليه من جانب الشهود ومن لدن الموثق".

هذا طبعاً إذا فرضنا، جدلاً، مع المستأنف، أن التصرف الذي أبرمته المدعية يتضمن وصية ولا يتعلق بتصرف من التصرفات المالية البحتة، وهو ما أكدت عليه محكمة الاستئناف بالقنيطرة، في الحكم موضوع هذا التعليق، حينما أوضحت أنه "حتى على فرض اعتبار العقد وصية، فإن المشرع الفرنسي اشترط لصحتها أن توقع من طرف الموصي، بحضور الشهود، وبحضور الموثق، وان هذه الشكلية غير متوفرة".

وبناء على ذلك، كانت محكمة الاستئناف محقة تماماً في ما ذهبت إليه من تأييد الحكم الابتدائي المطعون فيه "الذي بني على أساس قانوني سليم فيما قضى به، مما جعل المحكمة تتبنى حيثياته، وتصرح بتأييده".

ولكن محكمة الاستئناف بالقنيطرة لم تكن على حق و أخطأت عندما اعتبرت أن القانون الفرنسي هو الذي يتعين تطبيقه على النازلة، اعتباراً، في تقديرها، لأن المادة العاشرة من ظهير الوضعية المدنية تنص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقاً لقوانينهم الوطنية.

وهذا غير صحيح تماماً : إذ أن المادة العاشرة، كما لاحظنا من قبل، تمنح للأجانب الخيرة بين جعل التصرفات القانونية التي يعقدونها في المغرب خاضعة للشكليات والصيغ التي تقرها القوانين الوطنية للأطراف المتعاقدين أو خاضعة للأشكال والقوالب التي يفرضها القانون المغربي في

هذا الشأن، بحيث يغدو الشكل واحدا بالنسبة للتصرف، بغض النظر عما إذا كان من أبرمه من المواطنين أو من الأجانب.

وغني عن البيان، أن الخيرة المزعومة قد انتهت، وعلى وجه الخصوص منذ القرار الصادر عن المجلس الأعلى يوم 23 فبراير 1977 (راجع تعليقنا عليه في مجلة المناهج، العدد الأول، 2001، ص 54)، بحيث أصبحت القاعدة، بالنسبة للتصرفات القانونية التي يعقدها الأجانب، هي أن شكل التصرف يسري عليه قانون المكان الذي أبرم فيه، كما أن القانون الفرنسي بات مثل غيره من القوانين الأجنبية الأخرى، لا يسري ولا يطبق في المغرب إلا إذا قضى المشرع المغربي، بتطبيقه، وبمقتضى قواعد الإسناد المقررة، في التشريع المغربي، لمعالجة ظاهرة التنازع الدولي بين القوانين.

I . S . M

محكمة الاستئناف بالقنيطرة

ملف عدد 94/1386

بتاريخ 1994/1/31

بنسعيد عبد المجيد / مايير ريموند¹

- إن الفصل 10 من ظهير 1913 ينص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقا لقوانينهم الوطنية.
- الفصل 931 من القانون المدني الفرنسي يعتبر الصدقة أو الهبة عقدا رسميا يتعين تحريره من طرف موثق.
- إن عقد الهبة المحررة من طرف الواهب شخصيا جاء مخالفا للقانون الفرنسي ولذلك فهو باطل.

باسم جلالة الملك

أصدرت محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 31 يناير 1994 وهي
مؤلفة من السادة :

حمادي أعلام رئيسا مقررا؛

محمد المنصوري مستشارا؛

1 - مجلة الإشعاع، العدد 12-1995 ص 190.

عبد الإلاه المعزوزي مستشاراً؛
بمساعدة السيد سهيد الكحلاوي كاتباً للضبط.
بنسعيد عبد المجيد بمكتب النقيب العراقي بالقنيطرة
وبين مايير ريموند بمكتب النقيب عبد الرحيم الجامعي.
بعد الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة والمداولة طبق القانون.

في الشكل

حيث أنه بتاريخ 23 أبريل 1992 طلب الأستاذان جواد العراقي والقادري عز الدين المحاميان بالقنيطرة نيابة عن السيد بنسعيد عبد المجيد استئناف الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 1991/10/1 في الملف المدني عدد 90/1736 عن ابتدائية القنيطرة والقاضي ببطلان عقد الهيئة المحرر بخط يد المدعية بتاريخ 1986/6/5 والذي يتضمن هبة للمدعى عليه كل ما سيوجد بسكناها الكائنة بالقنيطرة زنقة محمد عبده رقم 62 مع جعل الصائر على المدعى عليه.

وحيث أديا الوجيبة القضائية بتاريخ 1992/4/24 حسب الوصل عدد 26/4758 بصندوق المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه الذي بلغ للعارض بتاريخ 24 مارس 1992 كما يتجلى ذلك من غلاف التبليغ الموجود ضمن وثائق الملف.

وفي الموضوع

حيث يؤخذ من وثائق الملف وخاصة الحكم المطعون فيه أن المستأنف عليها المذكورة تقدمت بواسطة دفاعها بمقال افتتاحي لدى ابتدائية القنيطرة مؤدى عنه بتاريخ 1990/08/29 عرضت فيه أنه بتاريخ 1986/6/5

وهبت للمدعى عليه بواسطة ورقة عادية كل ما تحتويه دارها الكائنة بزئقة محمد عبده رقم 62 ونظرا لكون العارضة فرنسية الجنسية وأن التصرف الذي قامت به يدخل في نطاق ما يتعلق بالأحوال الشخصية وان الفصل 10 من ظهير 1913 ينص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقا لقوانينهم الوطنية وان القانون الفرنسي الذي ينطبق على النازلة ينص على أن عقد الهبة يجب أن يحرر من طرف موثق وبالتالي فإن عقد الهبة الذي حررته العارضة بخط يدها باطل لذلك التمسست التصريح بأن عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليه هو عقد باطل ومخالف للنظام العام الفرنسي وبعدم وجود أي أثر من الآثار القانونية للعقد وعدم وجود أي مفعول له بين العارضة والمدعى عليه منذ تاريخ تحريره والأمر بنشر مقتضيات الحكم الذي سيصدر عن المحكمة في إحدى الجرائد الناطقة بالفرنسية وكذا بالجريدة الرسمية عند الاقتضاء وجعل الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليه الصائر.

فأجاب المدعى عليه بأنه يجب التفريق بين قانون الأحوال الشخصية وبين الإرث والهبة والصدقة والوصية، وأن الأحوال الشخصية التي يقصدها المشرع في الفصل العاشر هي التي تتعلق بالزواج والطلاق أما باقي المعاملات فإنها تخضع للقانون المغربي.

وبعد تعقيب المدعية بأن القانون الفرنسي هو المطبق مادامت بنوده تشمل المعاملات والأحوال الشخصية كما أن طبيعة الوثيقة المطعون فيها، فالعارض قد حدد من طرف العارضة فيه أنه هبة وليست وصية، وأنه لا يمكن الخروج عن إرادة المدعية.

فأصدرت محكمة الدرجة الأولى الحكم المطعون فيه معللة ذلك بأنه بالرجوع إلى عقد الهبة المطعون فيه والمحزر من طرف الواهبة ثبت لديها أن الواهبة أعطت للمدعى عليه كل ما تحتويه دارها من أثاث وغيره ولا يحوز إلا بعد وفاتها، وبما أن عقد الهبة المحزر بخط الواهبة مختل شكلا لعدم تحريره من طرف موثق وبالتالي يكون مخالفا للقانون الفرنسي، كما أن من شروط الهبة الحيابة أثناء تحرير العقد وفي حياة الواهب ومادامت الهبة قد اشترطت الحيابة بعد الوفاة فإنها تكون مخالفة للفقهاء المالكي وبالتالي فإنها باطلة ويتعين التصريح ببطلانها.

فاستأنفه المدعى عليه بواسطة نائبيه الأستاذين جواد العراقي والقادري عز الدين اللذين بعد عرضهما لوقائع القضية لخصا أسباب الاستئناف في كون القانون المغربي هو الذي يجب أن يطبق على النازلة وحتى على فرض تطبيق القانون الفرنسي الذي اعتبر الصدقة أو الهبة هي ما يعطى في الحياة وليس بسبب الوفاة، ونظرا لكون الواهبة قد التزمت في العقد بأنها تعطي بعد وفاتها للعارض جميع المنقولات الموجودة في شقتها دون استثناء، فإن هذا العقد لا يدخل في إطار عقود الهبة والصدقة وأن الذي يطبق عليه هو عقد الوصية، الذي لم يشترط فيه القانون الفرنسي أية شروط ويحرره الموصي بخط يده (الفصلان 973-974 من القانون المدني الفرنسي).

ونظرا لكون العقد المطلوب إبطاله هو عقد محزر كلياً من طرف صاحبة الوصية وموقع من طرفها ومعرف بتوقيعاته، فإن مقتضيات القانون مطبقة تطبيقاً سليماً خاصة وأنها تعترف بأنها هي التي حررته، كما أن القانون الفرنسي يعتبر الصدقة والهبة هما ما يتصدق به قيد الحياة ويتحوزه المتصدق عليه أو الموهوب له وهنا يتفق الفقهاء الإسلامي مع القانون

الفرنسي وبالتالي فإن العقد المطعون فيه عقد وصية وليس بهبة أو صدقة حتى ولو عنون بذلك.

واستنادا إلى ذلك يكون الحكم المستأنف قد جانب الصواب فيما قضى به، لذلك يتعين التصريح بإلغائه والحكم من جديد برفض الدعوى وجعل الصائر على عاتق المستأنف عليها.

فأجابت المستأنف عليها بواسطة نائبها الأستاذ الجامعي عبد الرحيم بمذكرته المؤرخة في 1992/9/18، دفع فيها بأن العارضة عندما وهبت فإنها قامت بتصرف يدخل في نطاق ما يتعلق بالأحوال الشخصية للفرنسيين المقيمين بالمغرب، لأنها فرنسية الجنسية، كما أن القانون المدني الفرنسي يشمل إلى جانب المعاملات وأنواع العقود والالتزامات كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية لأنه لم يخص المدونة، خاصة بالأحوال الشخصية، لذلك فإن العقد موضوع الدعوى تطبق عليه أحكام القانون المدني الفرنسي الذي يحيل على ظهير 1913 المنظم للوضعية المدنية للأجانب المقيمين في المغرب. كما أن العقد موضوع الدعوى يتعلق بالهبة وليس بالوصية كما جاء في دفعات المستأنف وبالرجوع إليه يتجلى بأنه غير موقع من طرف العارضة وغير مصادق على صحة توقيعها وأنه لا يمكن أن ينسب إلى توقيع إليها مادامت الوثيقة نفسها خالية من التوقيعات المزعومة وبخصوص الفصلين 973 و974 من القانون الفرنسي فيتعين أن توقع من طرف صاحبه بحضور شهود أو بحضور الموثق وهو شيء غائب في الوثيقة، كما أن الفصل 974 نص على أن الوصية يجب أن توقع من طرف الشهود ومن طرف الموثق، ولذلك فإن إدعاءات المستأنف ودفعاته غير مرتكزة على أساس لا من الواقع ولا من القانون مما يتعين معه التصريح بتأييد الحكم المستأنف.

وحيث أنه بعد صدور الأمر بالتخلي الذي بلغ لثانبي الطرفين بصفة قانونية والذين توصلوا به في جلسة 1994/1/17 من أجله اعتبرت المحكمة القضية جاهزة للبت فيها وحجزتها للمداولة لجلسة 1994/1/31.

المحكمة

في الشكل : حيث إن الاستئناف قد وقع داخل الأجل القانوني، وقد جاء على الصفة ووفق الشروط المطلوبة قانونا وبالتالي يتعين التصريح بقبوله.

وفي الموضوع : حيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتجلى أن المستأنف لم يأت في هاته المرحلة بأي عنصر جديد من شأنه أن يغير وجهة نظر المحكمة بالنسبة للحكم المطعون فيه الذي بني على أساس قانوني سليم فيما قضى به مما جعل المحكمة تتبنى حيثياته وتصرح بتأييده وأن ما أثاره من كون القانون المغربي هو المطبق على النازلة مردود عليه لأن الفصل 10 من ظهير 1913 ينص على أن العقود التي يبرمها الفرنسيون المقيمون بالمغرب يجب أن تتم على الشكل المحدد طبقا لقوانينهم الوطنية وبالتالي فإن القانون الفرنسي فهو المطبق على النازلة.

وحيث أن الفصل 931 من القانون المدني الفرنسي يعتبر الصدقة أو الهبة عقدا رسميا يتعين تحريره من طرف موثق وأن مخالفته لهاته الشكلية يجعله باطلا، وبالتالي فإن عقد الهبة موضوع النزاع قد حرر من طرف الواهب شخصا وجاء مخالفا لمقتضيات الفصل المذكور بخصوص ما ذكر لذلك فإنه باطل.

وحيث أن ما أثاره المستأنف من كون العقد موضوع النزاع هو عقد وصية وليس بصدقة وأن القانون الفرنسي لا يشترط أية شكلية فيه مردود

عليه لأنه حتى على فرض اعتبار العقد وصية فإن المشرع الفرنسي اشترط لصحتها أن توقع من طرف الموصي بحضور الشهود أو بحضور الموثق وأن هذه الشكلية غير متوفرة (الفصل 974 من القانون المدني الفرنسي)

لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا، سرىا بغرفة المشورة، حضوريا، غيابيا، انتهائيا.

في الشكل : بقبول الاستئناف.

وفي الموضوع : بتأييد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 1991/10/1 في القضية المدنية عدد 90/1736 عن ابتدائية القنيطرة وتحميل المستأنف الصائر.

I . S . M

النظام القانوني لفوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية

الدكتور مراد أيت ساقل
قاض ملحق بالإدارة المركزية

إذا كان المشرع حرص على منح الإدارة - في إطار إبرامها للصفقات العمومية - امتيازات غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، فإن القضاء عمل على خلق إطار ضابط للعلاقة بين نظرية المصلحة العامة ومتطلبات حماية المصلحة الخاصة لصاحب الصفقة، من خلال منحه مجموعة من الضمانات المسطرية والموضوعية، كما عمل على إقرار مجموعة من الحقوق لفائدته في مواجهة السلطة العامة، ومنها الحق في الحصول على الفوائد الواجبة عند التأخير في دفع المبالغ المستحقة عن إنجاز الصفقات العمومية.

ويعتبر ظهير فاتح يونيو 1948 في شأن الإذن بأداء فوائد عن التأخير لأصحاب صفقات الدولة، المرجعية القانونية المنشئة والكاشفة لحق صاحب الصفقة في المطالبة بفوائد التأخير، حيث نص في فصله الأول على أنه "يمكن لأصحاب العقود الصادرة عن الدولة الحصول على دفع فوائد واجبة لهم يقدر حسابها بسعر يفوق بواحد في المائة مقدار الأقساط الجاري في البنك المخزني عند التأخير في دفع المبالغ المستحقة عن العقود المذكورة بشرط أن يكون التأخير منسوبا للإدارة".

وفي هذا الإطار، حددت دورية مدير المالية الصادرة بتاريخ 16 أبريل 1949 شروط استحقاق وطرق تصفية فوائد التأخير.

غير أن تطبيق هذه النصوص طرح عدة إشكالات عملية تتعلق أساسا بالإطار التقني المحدد لأجال استحقاق فوائد التأخير وكذا الإطار المسطري المحدد للطبيعة القانونية لصيغة المطالبة بالفوائد.

وفي إطار مواكبة متطلبات التحديث، وحسن الحكامة، ونوظمة الاقتصاد التي اقتضت التوفر على نظام قانوني للصفقات العمومية من شأنه الأخذ بعين الاعتبار ضرورة ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الإدارة وشركائها المتعاقدين معها في إطار شراكة متوازنة ومتجددة، نبعت فكرة وضع إطار قانوني جديد لتدبير مسألة المطالبة بفوائد التأخير عن دفع المبالغ المستحقة عن انجاز الصفقات العمومية، فجاء المرسوم رقم 703.03.2 الصادر في 13 نوفمبر 2003 المتعلق بأجال الأداء وفوائد التأخير الخاصة بصفقات الدولة لينص في مادته الأولى على مبدأ وجوب الأمر بدفع وأداء كل نفقة ناتجة عن تنفيذ صفقة مبرمة لحساب الدولة داخل أجل لا يتعدى 90 يوماً، وفي حالة الإحجام عن الامتثال لهذه القاعدة، نصت المادة الثانية من نفس المرسوم على الجزاء والمتمثل في ترتيب فوائد عن التأخير عن عدم الأمر بدفع المبالغ المستحقة وأدائها داخل الأجال القانونية، وذلك بقوة القانون ودون إجراء سابق.

كما صدر قرار لوزير المالية والخصوصية رقم 04.617 بتاريخ 31 مارس 2004 يتعلق بتحديد كيفية معاينة الخدمة المنجزة والالتزام بالمبلغ الإضافي وتصفية مبالغ فوائد التأخير.

غير أن موضوع استحقاق فوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية لا زال يطرح عدة إشكالات قانونية ذات صبغة مسطرية وكذا إشكالات

تقنية سنحاول رصدها بإيجاز من خلال محاولة دراسة الإطار القانوني المنظم لهذه الفوائد وذلك بتحديد أساسها وطبيعتها القانونية ثم دراسة النظام القانوني المنظم لهذه الفوائد وشروط استحقاقها وذلك بتحديد إطار احتسابها وتصنيفها.

المبحث الأول : الإطار القانوني المنظم لفوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية

إن البحث في الإطار القانوني للفوائد التأخيرية يقتضي تحديد أساسها القانوني ثم طبيعتها القانونية

الفرع الأول : الأساس القانوني للفوائد التأخيرية.

تضمنت المادة 10 من المرسوم رقم 703.03.02 الصادر في 18 من رمضان 1424 (13 نونبر 2003) المتعلق بآجال الأداء وفوائد التأخير الخاصة بصفقات الدولة مقتضيات خاصة نصت على استمرار خضوع بعض الصفقات لمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 22 رجب 1367 (فاتح يونيو 1948) في شأن الإذن بأداء فوائد عن التأخير لأصحاب صفقات الدولة رغم نسخه، كما أن المادة 9 من نفس المرسوم أوردت أحكاما خاصة تتعلق بالفترة الانتقالية التي سيتم خلالها تطبيق مقتضياته.

1 - الصفقات الخاضعة لظهير فاتح يونيو 1948

نصت مقتضيات المادة 10 من مرسوم 13 نوفمبر 2003 على أن أحكام ظهير فاتح يونيو 1948 في شأن الإذن بأداء فوائد عن التأخير لأصحاب صفقات الدولة تبقى مطبقة على الصفقات التي تم إبرامها قبل السنة التي تلي سنة نشر المرسوم في الجريدة الرسمية وكذا على الصفقات

التي تم إبرامها خلال الفترة الانتقالية والتي تقل مبالغها الأصلية عن المبالغ المحددة في المادة 9 من نفس المرسوم.

إن استقراء مقتضيات المادة 10 أعلاه يظهر أنها أسست لقاعدتين :

القاعدة الأولى : تفيد أن ظهير فاتح يونيو 1948 يظل مطبقا على جميع الصفقات المبرمة قبل السنة التي تلي سنة نشر المرسوم في الجريدة الرسمية أي الصفقات المبرمة قبل فاتح يناير 2004.

القاعدة الثانية : تفيد أن ظهير فاتح يونيو 1948 يظل مطبقا على جميع الصفقات التي تم إبرامها خلال الفترة الانتقالية لتطبيق مرسوم 13 نوفمبر 2003، والتي تقل مبالغها الأصلية عن المبالغ المحددة في المادة 9 من نفس المرسوم، بمعنى أن مقتضيات هذا الظهير تظل مطبقة على :

- جميع الصفقات المبرمة خلال سنة 2004 شريطة أن يقل مبلغها الأصلي عن مليوني درهم ؛

- جميع الصفقات المبرمة خلال سنة 2005 شريطة أن يقل مبلغها الأصلي عن مليون درهم.

2 - الصفقات الخاضعة لمقتضيات مرسوم 13 نوفمبر 2003

لئن كانت المادة 9 من مرسوم 13 نوفمبر 2003 أقرت مبدأ دخول مقتضيات هذا المرسوم حيز التنفيذ في اليوم الأول من السنة المالية الثالثة التي تلت سنة نشره في الجريدة الرسمية، إلا أنها أفردت بالمقابل مقتضيات خاصة تتعلق بفترة انتقالية لمدة سنتين خاضعة لشروط خاصة.

وانطلاقا من مقتضيات المادة 9 أعلاه، فإن الصفقات الخاضعة لأحكام المرسوم الجديد تتحدد وفق ما يلي :

- جميع الصفقات المبرمة بعد فاتح يناير 2006 ؛
- جميع الصفقات المبرمة خلال سنة 2005 شريطة أن يعادل أو يفوق مبلغها الأصلي مليون درهم ؛
- جميع الصفقات المبرمة خلال سنة 2004 شريطة أن يعادل أو يفوق مبلغها الأصلي مليوني درهم.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لفوائد التأخير

إذا كانت فوائد التأخير تستحق من الناحية القانونية عن التأخير في دفع المبالغ المستحقة لنائلي الصفقات العمومية، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الإطار يتعلق بتحديد ما إذا كان نائل الصفقة في حالة نزاع قضائي ملزم بالمطالبة بفوائد التأخير حصرا في إطار مقتضيات ظهير فاتح يونيو 1948 أو مرسوم 13 نوفمبر 2003 - حسب الحالة - أم أن إمكانية المطالبة بهذه الفوائد قد تأخذ شكل طلب تعويض عن الضرر الذي قد يلحق بنائل الصفقة من جراء التأخير في دفع مستحقاته المالية، أم أن له الحق في الجمع بين المطالبة بفوائد التأخير في إطار المقتضيات الخاصة بالمنظمة لها والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذا التأخير في إطار مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، بمعنى المطالبة بالتعويض في إطار القواعد العامة المحددة لنظام المسؤولية الإدارية.

يتطلب الجواب عن هذا التساؤل بداية تحديد الطبيعة القانونية للفوائد التأخيرية، وبصيغة أخرى، يتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كانت الفوائد التأخيرية لها طبيعة زجرية تروم أساسا إكراه الإدارة على الأداء أم لها طبيعة تعويضية تستهدف تعويض نائل الصفقة عن الضرر اللاحق به من جراء ثبوت تأخر الإدارة في دفع مستحقاته المالية.

إن سير التوجهات القضائية، في هذا الإطار لا يزيد الأمر إلا غموضاً، فالقضاء يساير عموماً الجهة المدعية عندما تؤسس طلبها على مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن التأخير في الأداء كما يسايرها عند ما تؤسس طلبها على مقتضيات ظهير فاتح يونيو 1948 للمطالبة بفوائد التأخير بل ويسايرها حتى في حالة الجمع بين المطالبة بالتعويض في إطار القواعد العامة المنظمة للمسؤولية الإدارية والمطالبة بالفوائد التأخيرية في إطار القواعد الخاصة التي تنظمها.

وفي هذا الإطار، أجابت المحكمة الإدارية بالرباط، في قضية شركة أشغال وخدمات الشمال ضد وزير التربية الوطنية² على دفع الوكالة القضائية للمملكة بكون التأخير في دفع مستحقات الشركة المدعية ناجم عن إجراءات وشكليات معينة يتعين على الإدارة احترامها طبقاً لمقتضيات مرسوم 21 أبريل 1967 بشأن المحاسبة العمومية وبكون طلب الحكم بتعويض عن الضرر الناجم عن التأخير لا يستقيم ومقتضيات ظهير فاتح يونيو 1948، أجابت المحكمة بأنه "مما لا نزاع فيه أن المدعية قد قامت بإنجاز الأشغال موضوع الصفقة المبرمة بينها وبين الإدارة المدعى عليها بتاريخ 14 مارس 1996، وأن اللجنة التقنية أنجزت محضراً يعين المكان تشهد فيه على أن الأشغال تم إنجازها وفق المواصفات المطلوبة وبالتالي لا يمكن تحميل المدعية وزر تماطل الإدارة في إجراءاتها وعدم إنجازها في الوقت المناسب لذا فإن حرمان المدعية من مستحقاتها لمدة تفوق 3 سنوات قد فوت عليها فرصة استثمارها أو استغلالها لهذه المستحقات مما يلحق بها ضرراً يستوجب التعويض عنه من طرف المتسبب فيه"، واستطردت

2 - المحكمة الإدارية بالرباط، 30 شتنبر 1999، شركة أشغال وخدمات الشمال ضد وزير التربية الوطنية، حكم عدد 790.

المحكمة لتؤكد على أن "المبلغ المطالب به مبالغ فيه مما ارتأت معه بما لها من سلطة تقديرية تخفيضه إلى الحد المعقول".

من خلال استقراء هذا الحكم يمكن القول بأن المحكمة أسست قضاءها عند الحكم بالتعويض على تأخر الإدارة في دفع مستحقات الشركة المتعاقدة معها على القواعد القانونية المنظمة لفوات فرصة استثمار الأموال المستحقة للشركة، بمعنى أنها اعتبرت ضمناً أن التأخير في الأداء يشكل خطأ يستوجب الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه لكنها بالمقابل لم تبين أساس استبعادها مقتضيات ظهير 1948 من حقل التطبيق. وتبين المجلس الأعلى هذا الاتجاه، عندما سار على درب منح تعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقدين مع الإدارة من جراء تأخرها في أداء مستحقاته المالية. ففي قرار الجماعة الحضرية لفاس أكدال ضد ملتقى المعاملات التجارية³، قدر المجلس الأعلى "من ظروف النزاع وملابساته والوثائق والمستندات المدلى بها وتمادي المستأنفة الأصلية في تماطلها في أداء الديون التي بقيت بزمتهما رغم المطالبة المستمرة من طرف المستأنفة الفرعية (أن التعويض المناسب عن الضرر) يجب أن يحدد في 60 ألف درهم خصوصاً وأن مدة التماطل دامت حوالي 5 سنوات مما كلفت المستأنفة عدة مصاريف ونفقات وفوائد بنكية". وإقرار الحق في التعويض قام المجلس الأعلى بالبحث في مدى ثبوت حالة التماطل، إذ أكد على أنه، "من الثابت من الوثائق التي لا نزاع فيها أن أجل إنجاز الأشغال حدد في 7 شهور من تاريخ البدء في الإنجاز، حسب البند 10 من الصقفة، وأن الأمر ببدا تلك الأشغال صدر في 20 يناير

3 - المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية، 5 أكتوبر 2000، الجماعة الحضرية لفاس أكدال ضد شركة ملتقى المعاملات التجارية، قرار عدد 1926، في الملف الإداري عدد

1997 ولا نزاع في مراعاة تواريخ الإنجاز وأن الأداء المحتج به من طرف الإدارة لم يتم إلا في 5 دجنبر 2000، أي بعد أكثر من 3 سنوات بعد أن توصلت بإنذار من أجل الأداء بتاريخ 26 مارس 1999 حسب تأشيرتها عليه فكان التماطل ثابتاً".

غير أنه إذا كان القضاء المغربي قد دأب على قبول طلب التعويض عن التأخر في أداء مستحقات نائل الصفقة في إطار القواعد العامة وبمعزل عن تحريك الإطار القانوني المنظم للفوائد التأخيرية، فإن التساؤل الذي يطرح يتعلق بمدى إلزامية تطبيق مقتضيات الخاصة بفوائد التأخير، هذا التساؤل أجاب عليه المجلس الأعلى في قضية المكتب الوطني للسكك الحديدية ضد شركة ما الباهية⁴ عندما أسس لقاعدة مفادها أن المحكمة لم تكن ملزمة بتطبيق مقتضيات ظهير - 1 يونيو 1948، مادام طلب التعويض والفوائد القانونية الذي بثت فيه إنما قدم لها في إطار القواعد العامة من أجل تماطل المكتب في الأداء استناداً للمطالبات بالأداء الموجهة من المستأنف عليها، وهو شيء لا ينازع فيه المكتب، ولم يكن التعويض المحكوم به يتعلق بفوائد التأخير المنصوص عليها في الظهير المذكور وهي تخضع أساساً لسعر بنك الدولة، بل بتعويض عن التماطل في إطار القواعد العامة".

مما لا مرأى فيه أن هذا القرار عمق الإشكال القانوني المطروح عندما أحجم عن تأصيل إطار المطالبة بالتعويض عن التأخير في دفع مستحقات نائل الصفقة وكذا تحديد حقل تطبيق الفوائد عن التأخير والبث في مدى إمكانية الجمع بينهما مع تكاثر الأحكام الصادرة بالجمع بين التعويض

4 - المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - 6 يوليوز 2005، المكتب الوطني للسكك الحديدية ضد شركة ما الباهية، قرار عدد 562، ملف إداري عدد 2004/1/4/1395.

عن الضرر الناتج عن التأخير في الأداء وأداء الفوائد التأخيرية في إطار
ظهير 1 يونيو 1948.

ومما عمق الإشكال المتعلق بالطبيعة القانونية لفوائد التأخير إقرار
المجلس الأعلى لقاعدة المماثلة بين المطالبة بفوائد التأخير والمطالبة بالفوائد
القانونية. ففي قضية الدولة المغربية ضد شركة كوموسرفس⁵، أكدت الغرفة
الإدارية أنه "لا مجال للاحتجاج بقواعد ظهير 1 يونيو 1948 ما دامت
المحكمة قضت بأداء الفوائد القانونية عن أصل الدين المطالب به والذي
يمثل مستحقات نائل الصفقة عن الأشغال التي قام بإنجازها لفائدة الإدارة" ؛
وفي قرار آخر، أكدت على أن "الحكم بالفوائد القانونية يجد سنده في جبر
الضرر الناتج عن التأخير في الأداء اللاحق بالمدعية بالنظر إلى طبيعتها
كشركة وفي النازلة هي وسيلة لإجبار المستأنفة على التنفيذ"⁶.

إن استقراء توجهات الغرفة الإدارية في هذا الإطار يبرز أن القضاء
المغربي يقر بكون جبر الضرر الناتج عن التأخير في الأداء اللاحق بنائل
الصفقة يمكن أن يتم عن طريق ثلاث مؤسسات قانونية مختلفة بحسب
اختيار نائل الصفقة.

1 - المطالبة بالفوائد التأخيرية في إطار القواعد الخاصة المنظمة
لهذه الفوائد ؛

5 - المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - 1 فبراير 2006، الدولة المغربية ضد شركة
كوموسرفس قرار عدد 79 ملف إداري عدد 1-4-2358-2005.

6 - المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - 4 يوليوز 2007، الوكيل القضائي ضد شركة
مخبزة وحلويات سان موريس، قرار عد 538، منشور بالمجلة المغربية للإدارة
المحلية والتنمية، عدد 76-77، 2007، ص : 129.

2 - المطالبة بالفوائد القانونية في حل من سلوك المساطر الخاصة المنظمة للمطالبة بالفوائد التأخيرية ؛

3 - المطالبة بالتعويض عن الضرر في إطار مقتضيات العامة المنظمة للمسؤولية الإدارية.

إن مرد هذا التضارب في التوجه القضائي يكمن في غياب أية محاولة لتأصيل القواعد القانونية المحددة للطبيعة القانونية لمؤسسة الفوائد التأخيرية.

وفي هذا الإطار، أكد الفقه الفرنسي على الطبيعة الخاصة للفوائد التأخيرية التي تستحق لفائدة نائل الصفقة في حال ثبوت تأخر الإدارة عن دفع مستحقاته المالية بمعزل عن ثبوت الضرر، بمعنى أن فوائد التأخير تستحق بمجرد ثبوت واقعة التأخير في دفع مستحقات نائل الصفقة حتى وإن لم يثبت أي ضرر لحقه من جراء ذلك.

فإذا ما ثبت أن فوائد التأخير تستحق بمعزل عن إثبات أي ضرر ناجم عن التأخير في الأداء تكون المماثلة بين هذه المؤسسة ومؤسسة التعويض في إطار مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع التي تستوجب إثبات الضرر، وكذا مؤسسة الفوائد القانونية، التي اعتبرتها الغرفة الإدارية ذات طبيعة إكراهية تروم جبر ضرر، غير مستندة على أساس قانوني سليم، ومن ثم لا يمكن الاستعاضة عن المطالبة بفوائد التأخير في إطار النصوص القانونية المنظمة لها بالمطالبة بالتعويض عن الضرر في إطار مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع أو غيره.

لكن هل التأكيد على الطبيعة الخاصة لفوائد التأخير يجيز الجمع بينها وبين التعويض عن الضرر الذي يلحق نائل الصفقة من جراء التأخير في دفع مستحقته المالية ؟

لقد أكد القضاء الفرنسي⁷ على إمكانية الجمع بين الفوائد التأخيرية والتعويض عن الضرر إذا ما تسببت الإدارة، بإهمالها أو خطئها أو سوء نيتها، لنائل الصفقة في ضرر مستقل عن مجرد التأخير في الأداء، بمعنى أن القضاء الفرنسي حدد شروطا جوهرية للقول بإمكانية الجمع بين الفوائد التأخيرية والتعويض عن الضرر في إطار القواعد العامة تتجلى فيما يلي :

- 1 - ثبوت سوء نية أو إهمال أو خطأ الإدارة
- 2 - ثبوت واقعة التأخير في دفع مستحقات نائل الصفقة.
- 3 - حصول ضرر خاص واستثنائي لنائل الصفقة مستقل عن مجرد التأخير في الدفع ويكون نائل الصفقة، في هذه الحالة، ملزما بإثبات تعرضه لضرر خاص غير مشمول بدفع الفوائد التأخيرية، وذلك خلافا للمطالبة بهذه الفوائد في إطار القواعد القانونية الخاصة بالمنظمة لها والتي لا يشترط فيها إثبات الضرر.

وقد نحى القضاء المصري نفس المنحى عندما أكدت محكمة النقض المصرية على أنه "يشترط للحكم بالتعويض التكميلي، بالإضافة إلى الفوائد، أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين، أولهما حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء

7 - CE 9 Février 1951, Min d'armée, Rec CE , p.81

CE, 28 novembre 1951, ville d' Ajaccio Rec CE, p. 541.

المدين بالتزامه، وثانيهما، سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من ضرر⁸.

مما سبق طرحه يمكن التأكيد على أن الطبيعة الخاصة لفوائد التأخير تحول دون الجمع بينها وبين التعويض عن الضرر المطالب به في إطار القواعد العامة، إلا ضمن شروط خاصة تتمثل في :

- 1 - ثبوت حالة تأخير استثنائي في دفع مستحقات نائل الصفقة.
- 2 - نسبة التأخير في الأداء لسوء نية أو إهمال أو خطأ الإدارة
- 3 - ثبوت حصول ضرر خاص وغير مألوف بنائل الصفقة، مستقل عن مجرد التأخير في الأداء.

المبحث الثاني : النظام القانوني المنظم لفوائد التأخير في مجال

الصفقات العمومية

إن تحديد النظام القانوني لفوائد التأخير يقتضي البحث في شروط استحقاق هذه الفوائد من جهة، ثم البحث في قواعد احتسابها وتصنيفها.

الفرع الأول : شروط استحقاق فوائد التأخير

يمكن التمييز بين شروط استحقاق فوائد التأخير في إطار ظهير فاتح يونيو 1948 وشروط استحقاق فوائد التأخير في إطار مرسوم 13 نوفمبر 2003.

1. شروط استحقاق فوائد التأخير في إطار ظهير فاتح يونيو 1948

حصرت دورية مدير المالية الصادرة بتاريخ 16 أبريل 1949 الأجل الواجب خلاله على الإدارة أداء مستحقات نائل الصفقة في 90 يوما كاملة،

8 - محكمة النقض المصرية، 21 ماي 1990، أورده الدكتور خميس السيد إسماعيل في كتابه العقود الإدارية والتعويضات، 2004، ص 280.

حيث نصت على عدم جواز المطالبة بفوائد التأخير إلا إذا كان الأجل الفاصل بين تاريخ معاينة الأشغال المنجزة وتاريخ بعث حوالة الأداء والأمر بالتحويل يفوق 90 يوما كاملة، بمعنى أن الدورية حددت تاريخ بداية احتساب الأجل في تاريخ معاينة الأشغال المنجزة وتاريخ انتهاءه في تاريخ بعث حوالة الأداء والأمر بالتحويل.

واستحقاق فوائد التأخير في ظل مقتضيات ظهير فاتح يونيو 1948، رهين بتحقق ثلاث شروط أساسية :

الشرط الأول : الفوائد التأخيرية تمنح في حال تأخر الإدارة عن دفع مستحقات نائل الصفقة عن أشغال تمت بالفعل وتمت معاينة إنجازها.

فالمبدأ أن جميع الأشغال المنجزة من طرف نائل الصفقة يجب أن تكون محل معاينة من طرف الإدارة المتعاقدة وفق الشكليات التي ينص عليها القانون. وفي هذا الإطار، نصت دورية مدير المالية أعلاه على أن معاينة الأشغال المنجزة بالنسبة للصفقات الخاضعة لدفتر الشروط الإدارية العامة تتم وفق الشكليات الآتية :

- عند إنجاز الأشغال تتم المعاينة بواسطة جداول المنجزات
- عند انتهاء الأشغال تتم المعاينة بواسطة محضر التسليم المؤقت
- عند نهاية أجل الضمان تتم المعاينة بواسطة محضر التسليم النهائي.

على أن جميع عمليات المعاينة أعلاه يجب أن تكون حضورية ومعلومة التاريخ بالنسبة لطرفي العقد.

الشرط الثاني : فوائد التأخير تمنح حصرا إذا كان التأخير في الأداء منسوبا للإدارة وحدها وبالتالي لا تستحق هذه الفوائد في حال ثبوت كون

هذا التأخير راجع إلى خطأ أو إهمال المتعاقد مع الإدارة، غير أنه في حالة ثبوت نسبة التأخير في الأداء للإدارة المتعاقدة يكون نائل الصفقة غير ملزم بإثبات طبيعة الضرر الذي قد يكون لحقه من جراء هذا التأخير كما يكون غير ملزم بإثبات طابعه الاستثنائي إلا في حالة مطالبته بأداء فوائد تعويضية إضافة إلى الفوائد التأخيرية⁹.

الشرط الثالث : وجوب تقديم نائل الصفقة لطلب الحصول على فوائد التأخير.

أشارت دورية مدير المالية إلى توجيه المتعاقد مع الإدارة، الذي يتمسك بحقه في الحصول على فوائد التأخير، مطالبة بالأداء إلى الجهة المشرفة على المشروع.

وفي حالة وجود نزاع حول صحة المعطيات التقنية المضمنة بالمطالبة أو حول مدى مسؤولية الإدارة عن التأخير، يتم سلوك مسطرة المطالبة الإدارية المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة.

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار له صبغة مسطرية محضة ويتعلق أساسا بمدى إلزامية تقديم نائل الصفقة لطلب قصد الاستفادة من فوائد التأخير وبالتبعية مدى تأثير إحجام نائل الصفقة عن المطالبة إداريا بالفوائد المذكورة على قانونية المطالبة القضائية. ففي إطار الاجتهاد القضائي الفرنسي، أقر مجلس الدولة، في مجموعة من قراراته المتواترة، على أن نائل الصفقة غير ملزم قانونا بالمطالبة إداريا بالفوائد التأخيرية قبل اللجوء إلى القضاء متراجعا بذلك عن موقفه التقليدي الذي ما فتى يؤكد على

9 - CE, 7 Mai 1954, Cie des chemins de fer de Dakar.

أن الدعوى تبقى سابقة لأوانها في حالة عدم سلوك مسطرة المطالبة الإدارية¹⁰.

فبعد ما كان القضاء الفرنسي يلزم نائل الصفقة بتقديم مطالبة إدارية صريحة¹¹، بدأ تدريجيا يكتفي بقبول إمكانية توجيه رسالة عادية¹² قبل أن يعتبر المطالبة القضائية المضمنة بالمقال الافتتاحي للدعوى بمثابة مطالبة بالأداء¹³.

غير أن محكمة الاستئناف الإدارية بباريس سارت أبعد من مجرد اعتبار أن نائل الصفقة غير ملزم بالمطالبة إداريا بالفوائد التأخيرية قبل اللجوء إلى القضاء وذلك عندما أقرت مبدأ قضائيا مفاده أن المحكمة يمكنها الحكم بالفوائد التأخيرية عند ثبوت استحقاقها تلقائيا¹⁴.

فيما يتعلق بالقضاء المغربي، فقد صدر عن المحكمة الإدارية بمكناس حكم في قضية شركة صوصيباجيك ضد المؤسسة الجهوية للتجهيز والبناء للجهة الوسطى الجنوبية¹⁵، الذي أكد على قاعدتين أساسيتين مفادهما أن الإدارة المرتبطة مع مكتب الدراسات بعقد العمل مسؤولة في إطار علاقة التبعية عن تقصير هذا الأخير في توجيه كشوفات الحساب بعد فوات الأجل القانوني وأن الإدارة تكون قد خالفت المقتضيات القانونية وبنود دفتر

10 - CE, 29 Mai 1991, Etb. Public de la ville nouvelle de St Quentin – en – Yvelines, D.1991.Somm.376,Obs. Terneyre.

11 - CE, 20 Nov 1930, Pellerin, Rec. CE, P.959.

12 - CE, 6 juill 1921, Habans, Rec.CE, p.608.

13 - CE, 5 Nov 1937, Ducas, Rec. CE, p.902.

14 - CAA paris, 19 Sep, 1995, Cne de Rocquencourt, Rec. CE, 903

15 - المحكمة الإدارية بمكناس، 6 يوليوز 2001 شركة صوصيباجيك ضد المؤسسة الجهوية للتجهيز والبناء للجهة الوسطى الجنوبية، حكم عدد 2001/58.

التحاملات بمصادقتها على كشوفات الحساب قبل إنجاز محاضر معاينة الأشغال، وأكد على أن اختيار المدعية للمسطرة الاستثنائية أو الصيغة البعدية للمطالبة بفوائد التأخير لا يلزمها باحترام أية مسطرة خاصة للمطالبة بهذه الفوائد وذلك رداً على دفع مفاده أن القانون وإن نص مبدئياً على حق نائل الصفقة في طلب هذه الفوائد، فقد اشترط لذلك عدة شروط وحثم سلوك عدة شكليات ومساطر معينة لنيل تلك الفوائد ومنها احترام مسطرة المطالبة بالفوائد أمام المهندس المكلف بتتبع الأشغال؛ فالمحكمة في معرض مناقشتها لهذا الدفع استندت إلى كون "القانون" نظم طريقتين للمطالبة بفوائد التأخير.

1 - مطالبة قبل نهاية الأشغال وهو ما أسمته المحكمة بالمطالبة القبلية واعتبرته الجهة المدعى عليها طريقة طبيعية للمطالبة بفوائد التأخير.

2 - مطالبة بعد التسليم النهائي للأشغال، وهو ما أسمته المحكمة بالطريقة البعدية واعتبرته الجهة المدعى عليها طريقة استثنائية للمطالبة بفوائد التأخير.

وأقرت المحكمة مبدأ مفاده أنه إذا لم تصف الفوائد التأخيرية بواسطة أمر خاص بالأداء فإن "المشرع" لم يحرم المقاول من حقها الدستوري في تقديم مطالبها إلى القضاء كما لم يقيد هذا الحق بأية شكليات معينة كما اشترط ذلك في الصيغة القبلية للمطالبة بالفوائد حينما نص في الفصل 51 على آجال ومسطرة محددة للمطالبة، بمعنى أن المحكمة خلصت إلى أن اختيار الصيغة البعدية للمطالبة بالفوائد التأخيرية يجعل المقاول غير ملزمة باحترام شروط الفصل 51.

في الحقيقة، إن استقراء منهجية تحليل النص القانوني موضوع التطبيق يقود إلى استبعاد حتمية النتيجة التي وصلت إليها المحكمة وكذا إلى التشكيك في العمق المفاهيمي لتقنية التحليل الذي تبنته الجهة المدعى عليها، وهذا الموقف نابع ببساطة مطلقة من عدم تحديد حقل تطبيق المطالبات موضوع التحليل، إذ أنه باستحضار القاعدة الجوهرية في مجال محاسبة الصفقات العمومية والتي مؤداها عدم قابلية الكشف العام والنهائي للتغيير أو التعديل¹⁶، يتبين بأن الأمر يتعلق بمطالبتين عاديتين (وليست واحدة عادية وأخرى استثنائية) مادام أن لكل مطالبة حقل تطبيق خاص. فالمطالبة الأولى تتعلق بالفوائد التأخيرية الناجمة عن وضعيات حسابية مؤقتة سابقة لصدور الكشف العام والنهائي. أما المطالبة الثانية فتتعلق بالفوائد القانونية المترتبة عن عدم أداء مستحقات مالية عالقة في ذمة الإدارة المتعاقدة بعد حصر الوضعيات الحسابية في إطار الكشف العام والنهائي. فإذا ما اتفقتنا على هذا التحليل يتبين كذلك بأن استناد المحكمة على حق الخيار الذي منحتة للمتعاقد مع الإدارة في سلوك الصيغة القبيلة أو الصيغة البعدية للمطالبة بالفوائد غير مستند على أساس بسبب استحالة إقرار مبدأ الخيار في هذا الإطار مادامت المطالبة التي أسمتها المحكمة بالقبيلية تتعلق بالفوائد التأخيرية الناجمة عن الوضعيات الحسابية المؤقتة في حين أن المرجعية القانونية للمطالبة بالفوائد التأخيرية في إطار المسطرة التي أسمتها المحكمة بالبعدية تتعلق حصراً بتلك الناجمة عن حصر المبالغ المالية المضمنة بالكشف النهائي¹⁷، و إجماع

16 - Le principe de l'intangibilité du décompte général et définitif.

- Babando, «Les piège du décompte général et définitif», TP, 23 mars 2001, p.89.

17 - المجلس الأعلى مافئى يؤكد على ضرورة احترام مسطرة المطالبة الإدارية انظر قرار المجلس الأعلى عدد 299 بتاريخ 25-05-2005 في الملف الإداري عدد 563-2-4-2003. المكتب الوطني للسكك الحديدية ضد شركة افريك = =

نائيل الصفقة عن المطالبة بالفوائد التأخيرية المترتبة عن عدم أداء مستحقاته المالية الناجمة عن حصر الكشوفات الحسابية المؤقتة يحول دون إمكانية المطالبة بها بعد الموافقة وبدون تحفظ على الكشف العام النهائي إعمالاً لمبدأ عام في مجال الصفقات العمومية، وهو مبدأ عدم قابلية هذا الكشف للتعديل أو التغيير¹⁸.

غير أن هذا المبدأ وردت عليه عدة استثناءات أجازت المنازعة في الكشف العام والنهائي حتى بعد المصادقة عليه في أربع حالات حصرية¹⁹.

- حالة وجود خطأ مادي ؛

- حالة ثبوت إغفال ؛

- حالة ثبوت زور ؛

- حالة ثبوت ازدواجية في احتساب المبالغ المستحقة.

وتجدر الإشارة إلى أن نائل الصفقة بإمكانه المطالبة بالفوائد التأخيرية المترتبة عن عدم أداء مستحقاته المالية التي تم حصرها في إطار الكشف العام والنهائي²⁰.

ويستمد هذا التوجه القضائي أساسه القانوني من قاعدة محاسبية تستند إلى كون مجموع الأشغال والعمليات الحسابية المترتبة عن تنفيذ صفقة عمومية تدرج ضمن حساب عام ونهائي لا تقبل عناصره التجزئة ويحدد،

= = سوس الذي أكد فيه على ضرورة سلوك المطالبة الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض عن الضرر المترتب عن التوقف النهائي للأشغال في إطار مقتضيات الفصل 34 من المرسوم الملكي المؤرخ في 19—1965.

18 - CE, 4 déc 1987, Cie de la Ricamare, Rec CE, p.399.

19 - CE, 28 Nov 1952, Ville d' Ajaccio RecCEP.540

20 - CE.28 Sep, 2001, Ese de construction et prestation des services Rec n°213395

في ذات الوقت، الإطار الختامي لجميع الحقوق والالتزامات النهائية للأطراف، وتشكل فوائد التأخير عنصرا من هذا الحساب²¹.

2. شروط استحقاق فوائد التأخير في إطار مرسوم 13 نوفمبر 2003

نصت مقتضيات المادة الأولى من المرسوم رقم 2-03-703 على وجوب الأمر بدفع وأداء كل نفقة ناتجة عن صفقة مبرمة لحساب الدولة وفق الشروط والأشكال المقررة في النصوص القانونية المطبقة على صفقات الدولة، واستطردت المادة 2 من نفس المرسوم لتتص على أنه تترتب عن عدم الأمر بدفع المبالغ المستحقة وأدائها داخل الأجل القانونية لفائدة صاحب الصفقة التي تم التأشير والمصادقة عليها طبقا للنصوص التنظيمية، فوائد عن التأخير، عند ما يرجع التأخير بالأساس للإدارة، وذلك بقوة القانون ودون إجراء سابق ؛ غير أنه لا تترتب فوائد التأخير عن المبالغ المستحقة في حدود التسبيقات الممنوحة لصاحب الصفقة.

إن القراءة المتقاطعة لمقتضيات المادتين 1 و2 من المرسوم أعلاه تظهر أن شروط استحقاق فوائد التأخير تتمثل في :

أ - ثبوت تأخير الإدارة في دفع مستحقات صاحب الصفقة داخل الأجل القانونية ؛

ب - أن تكون الصفقة التي ترتب عنها الأمر بالأداء صفقة قانونية ؛

ت - أن يرجع التأخير في الأداء بالأساس للإدارة.

الشرط الأول : ثبوت تأخير الإدارة في دفع مستحقات صاحب الصفقة داخل الأجل القانونية.

21 - CE.20janv, 1989, cnie de fanton, Rec n°65460.

أ - الأجل القانوني المحدد للإدارة لدفع مستحقات صاحب الصفقة.

باستقراء مقتضيات مرسوم 13 نوفمبر 2003 نجدها حددت الأجل الواجب على الإدارة خلالها دفع مستحقات نائل الصفقة كما نجدها عملت على هندسة توزيع دقيق للأجالات المتعلقة بالأداء بين الإدارة صاحبة المشروع والمحاسب المكلف بتصفية النفقة.

المبدأ العام : حددت مقتضيات المادة 1 من المرسوم أعلاه كمبدأ عام الأجل الكلي الواجب على الإدارة خلاله دفع مستحقات صاحب الصفقة في 90 يوما كحد أقصى على أن تعمل الإدارة صاحبة المشروع على إصدار أمر بدفع النفقة داخل أجل أقصاه 75 يوما ابتداء من تاريخ معاينة الخدمة المنجزة في حين أن المحاسب يكون مطالبا بتصفية النفقة داخل أجل 15 يوما المتبقية.

- الاستثناءات المطبقة خلال الفترة الانتقالية :

أورد المرسوم أعلاه في إطار المقتضيات الانتقالية المنصوص عليها في المادة 9 أجلين خاصين :

- بالنسبة للصفقات المبرمة خلال سنة 2005 والتي يفوق مبلغها مليون درهم، تم تحديد الأجل الكلي الواجب على الإدارة خلاله دفع مستحقات صاحب الصفقة في 105 أيام، على أن تعمل الإدارة صاحب المشروع على إصدار الأمر بدفع النفقة داخل أجل أقصاه 85 يوما وأن يتم التأشير عليه وتسديده من طرف المحاسب داخل أجل أقصاه 20 يوما.
- بالنسبة للصفقات المبرمة خلال سنة 2004 على أساس مبلغ أصلي يعادل أو يفوق مليوني درهم، تم تحديد الأجل الكلي لأداء النفقات

المرتتبة عن تنفيذ الصفقة في 120 يوما، على أن تصدر الإدارة صاحبة المشروع الأمر بدفع النفقة داخل أجل أقصاه 90 يوما وأن يتم التأشير عليه وتسديد النفقة من طرف المحاسب داخل أجل أقصاه 30 يوما.

ب - تاريخ بداية احتساب أجل أداء النفقات المترتبة عن تنفيذ الصفقة

* تاريخ بداية احتساب الأجل الكلي :

حددت مقتضيات المادة الأولى والمادة التاسعة - بحسب الحالة - تاريخ بداية سريان أجل دفع النفقات المترتبة عن تنفيذ الصفقات ابتداء من تاريخ معاينة الخدمة المنجزة، في حين حددت مقتضيات قرار وزير المالية والخصوصية رقم 617.04 الصادر في 31 مارس 2004 بتطبيق مقتضيات المادة 8 من المرسوم رقم 703.03.02 كيفية معاينة الخدمة المنجزة بحسب طبيعة الصفقة :

بالنسبة لصفقات الأشغال²²، فتاريخ معاينة الخدمة المنجزة هو :

- تاريخ جداول المنجزات التي يتم إعدادها لأداء الدفعات المسبقة أثناء تنفيذ الصفقة ؛
- تاريخ محضر التسليم المؤقت الذي يتم إعداده لأداء الدفعة المسبقة الأخيرة بعد انتهاء الأشغال ؛
- تاريخ محضر التسليم النهائي الذي يتم إعداده للتسديد النهائي للصفقة، وعند الاقتضاء، لإرجاع الاقتطاع الضامن والضمان النهائي بعد انصرام أجل الضمان.

22 - المادة 3 من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 04.617 الصادر في 31 مارس 2004.

بالنسبة لصفقات التوريد²³، فتاريخ معاينة الخدمة المنجزة هو:

- تاريخ تسلم التوريدات المثبت في الفاتورة أو في محضر يتم إعداده حضورياً بين صاحب المشروع وصاحب الصفقة.

- تاريخ محضر التسليم المؤقت أو النهائي إذا نص دفتر التحملات المطبق على الصفقة على تسلم التوريدات مع تحديد أجل الضمان.

بالنسبة لصفقات الخدمات²⁴، فتاريخ معاينة الخدمة المنجزة هو :

- تاريخ تقديم طلب الحصول على دفعة مسبقة وبيان تقدم الأعمال لأداء الدفعات المسبقة أثناء التنفيذ.

- تاريخ محضر التسليم المؤقت الذي يتم إعداده على إثر مصادقة صاحب المشروع على التقارير أو الوثائق أو المنتجات لأداء النفقة المسبقة الأخيرة بعد تنفيذ الخدمات ؛

- تاريخ محضر التسليم النهائي الذي يتم إعداده للتسديد النهائي للصفقة، وعند الاقتضاء، لإرجاع الاقتراع الضامن والضمان النهائي بعد انصرام أجل الضمان.

• تاريخ بداية احتساب الأجل الخاص المخول للمحاسب

نصت مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة الأولى من مرسوم نوفمبر 2003 على وجوب التأشير على النفقة الصادر الأمر بدفعها وأدائها من طرف المحاسب داخل أجل 15 يوماً كأجل عام أو أجل 30 يوماً أو 20

23 - المادة 4 من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 04.617 الصادر في 31 مارس 2004.

24 - المادة 5 من قرار وزير المالية والخصوصية رقم 04.617 الصادر في 31 مارس 2004.

يوما، بحسب الحالة، طبقا للمقتضيات الانتقالية المنصوص عليها في المادة 9 من نفس المرسوم، من تاريخ تسليمه الأمر بالدفع أو حوالة الأداء.

ج - تاريخ انتهاء الأجل المخول للإدارة لأداء النفقات المترتبة عن تنفيذ الصفقة :

حددت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قرار وزير المالية بشأن تطبيق مرسوم 13 نوفمبر 2003 مجموعة من الوقائع التي من شأنها أن تشكل قرينة على الأداء، حيث نصت على "أنه لتصفية مبلغ فوائد التأخير، يقصد بتاريخ الأداء الفعلي التاريخ الذي يقوم من خلاله المحاسب المكلف بتحويل المبلغ لفائدة المستفيد أو تسليم الشيك له أو لبنكه أو تقديم أية وسيلة أخرى للأداء لغرفة المقاصة أو تنفيذ تعرض أو أي مانع آخر تم تبليغه بصفة قانونية".

وحتى يتم التحقق من تواريخ الإرسال والتوصل بالوثائق المتبادلة المتعلقة بأداء الصفقات، كلفت الفقرة الأخيرة من المادة السابعة الأمر بالصرف والمحاسب باتخاذ كل التدابير الضرورية لتسجيل ملفات الأمر بالأداء أو بالدفع المتعلقة بها عند إرسالها والتوصل بها.

د - توقف الأجل القانوني لأداء النفقات المترتبة عن تنفيذ الصفقات عن السريان :

* توقف أجل الأمر بالدفع :

نصت مقتضيات المادة الرابعة من المرسوم على توقف سريان الأجل المخول للإدارة في حالة صدور الأمر بدفع النفقة لأسباب راجعة إلى صاحب الصفقة ولاسيما بسبب عدم الإدلاء بالوثائق المثبتة.

وتعد مقتضيات المادة الرابعة أعلاه نتيجة منطقية للمبدأ المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم التي نصت على أنه "يصدر الأمر بالدفع بعد أن تقدم إلى الأمر بالصرف جميع الوثائق المثبتة التي يتعين على صاحب الصفقة الإدلاء بها".

ووقف سريان الأجل لا يمكن أن يتم إلا مرة واحدة بتوجيه رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم إلى صاحب الصفقة داخل أجل 15 يوما على الأقل قبل انصرام أجل الأمر بالدفع لإطلاعه على جميع الأسباب التي تحول دون إصدار الأمر بالدفع.

ويعود الأجل ليسري من جديد في مواجهة الأمر بالصرف من تاريخ تسلمه لجواب صاحب الصفقة المثبت لرفع جميع التحفظات التي حالت دون إصدار الأمر بالدفع.

غير أنه إذا كانت مقتضيات المرسوم قد حددت إمكانية وقف سريان أجل الأمر بالدفع في مرة واحدة فقط، كما حددت شكلية أعمال آلية وقف الأجل، إلا أنها بالمقابل أغفلت التطرق إلى الحالة التي يتبين فيها للأمر بالصرف أن صاحب الصفقة لم يدل رفقة جوابه، بجميع الإثباتات المطلوبة منه لرفع الأسباب التي حالت دون إصدار الأمر بالدفع، خاصة وأن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة الرابعة رتبت مباشرة على تسلم الأمر بالصرف لجواب صاحب الصفقة انطلاق احتساب ما تبقى من الأجل المحدد للأمر بالصرف لإصدار الأمر بالدفع.

إن استقراء مقتضيات الفقرة الثانية أعلاه تسعف في القول بأن بداية سريان ما تبقى من الأجل المحدد للأمر بالصرف يحتسب من تاريخ تسلم "جميع الإثباتات المطلوبة من صاحب الصفقة"، بمعنى أن توصله ببعضها فقط لا يقوم أساسا للقول بانطلاق احتساب هذا الأجل.

• توقف أجل التأشير والتسديد :

نصت مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على وقف أجل التأشير والتسديد في حالة رفض المحاسب التأشير على الأوامر بالدفع أو حوالات الأداء بعلّة :

- عدم التقيد بالأحكام المتعلقة بصحة النفقة، المنصوص عليها في النظام العام للمحاسبة العمومية ؛
- عدم الإدلاء بالوثائق المثبتة.

ويجب أن تكون مذكرة الملاحظات التي يتم إعدادها من طرف المحاسب المكلف، في هذا الصدد، محل إرسالية واحدة إلى الأمر بالصرف تتضمن كل أسباب رفض التأشير وأداء النفقة المعنية.

غير أنه من الملاحظ من استقراء مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة أعلاه أنها لم تحدد أحكام سريان الأجل من جديد في حالة رفض التأشير على الأمر بالدفع، كما أنها حصرت الأسباب الموجبة لوقف هذا الأجل في تلك المتعلقة بعدم التقيد بالأحكام المتعلقة بصحة النفقة المنصوص عليها في النظام العام للمحاسبة العمومية دون تلك المتعلقة بمخالفة الضوابط القانونية المنظمة للصفقات العمومية.

الشرط الثاني : أن تكون الصفقة التي ترتب عنها الأمر بالأداء ثم التأشير والمصادقة عليها بمعنى أن فوائد التأخير لا تستحق عن الأشغال المنجزة في إطار صفقات باطلة.

وتجدر الإشارة إلى أن مرسوم 13 نوفمبر 2003 قد حدد حالتين لا تترتب فيهما فوائد التأخير رغم قانونية الصفقة.

الحالة الأولى : طبقا للمادة الثانية من المرسوم، لا تترتب فوائد التأخير عن المبالغ المستحقة في حدود التسبيقات 0 الممنوحة لصاحب الصفقة.

الحالة الثانية : طبقا لمقتضيات المادة الخامسة من المرسوم، "في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الدفعة فإن الأمر بالدفع يتم مؤقتا على أساس المبالغ المقبولة من طرف الإدارة المعنية، وإذا تبين أن المبالغ المدفوعة أقل من المبالغ المستحقة بالفعل لصاحب الصفقة، كان لهذا الأخير الحق في الاستفادة من فوائد عن التأخير تحتسب باعتبار الفرق بين المبالغ المذكورة".

الشرط الثالث: أن يرجع التأخير بالأساس للإدارة

وفي حالة استجماع هذه الشروط تترتب فوائد التأخير بقوة القانون ودون أي إجراء سابق طبقا لمقتضيات المادة 2 من مرسوم 2003.

الفرع الثاني: قواعد احتساب وتصفية فوائد التأخير:

أ - قواعد احتساب وتصفية فوائد التأخير في إطار ظهير يونيو 1948 :

سبق للمحكمة الإدارية بمكناس²⁵ في قضية شركة النجاح أن ناقشت تقنية احتساب فوائد التأخير. فبعد أن أكدت المحكمة على أنه يجوز للمتعاقد مع الإدارة، في إطار الصفقة العمومية، طلب تسبيقات مالية قبل التسليم النهائي على ضوء التقديرات الجزئية للأشغال في شكل كشوف حسابية تصير قابلة للصرف مباشرة بعد معاينة مطابقة قيمتها لما تم إنجازه من أشغال من طرف المصالح التقنية المكلفة بتتبع الأشغال، وعلى أن المشرع أجاز بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 1 يونيو 1948 حق المقاوله نائلة

25 - المحكمة الإدارية بمكناس، 26 دجنبر 2002، شركة النجاح ضد بلدية خنيفرة، ملف

الصفقة في الحصول على غرامة التأخير في الأداء، وحدد شروط استحقاقها بواسطة دورية مدير المالية بتاريخ 16 أبريل 1949، وعلى أن التأكد من نظامية كشف الحساب من خلال مصادقة المهندس المعماري عليه يفقد رفض الإدارة المعنية تصفية هذا الكشف لكل مبرر قانوني، استطردت المحكمة وأكدت على أن بداية احتساب الفوائد هي تاريخ معاينة الأشغال مع خصم مدة 90 يوما التي تملكها الإدارة لصرف كشف الحساب داخلها.

ومن الناحية التقنية، ففوائد التأخير تحتسب على أساس إضافة نسبة الخصم المطبقة من طرف بنك المغرب زائد واحد، تضاف إليها نسبة الضريبة على القيمة المضافة مما تكون معه طريقة الاحتساب كالتالي :

المبالغ المستحقة عنها فوائد التأخير X نسبة الخصم المطبقة من طرف بنك المغرب X عدد الأيام المستحقة عنها قيمة الفائدة

عدد أيام السنة الحسابية (360 يوما)

الحاصل X نسبة الضريبة على القيمة المضافة.

مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي خالف توجه محكمة العدل الأوروبية التي اعتبرت أن الفوائد التأخيرية لا يجب أن تخضع للضريبة على القيمة المضافة بعلّة طبيعتها التعويضية²⁶، واعتبر أن فوائد التأخير تحتسب على أساس الباقي غير المؤدى عن الصفقة مع اعتبار الضريبة على القيمة المضافة.

ب - قواعد احتساب وتصفية فوائد التأخير في إطار مقتضيات

مرسوم 13 نوفمبر 2003

- احتساب فوائد التأخير

• تاريخ سريان الفوائد التأخيرية : تسري فوائد التأخير من اليوم الموالي لتاريخ انصرام أجل الأداء القانوني إلى غاية التاريخ الفعلي لأداء أصل الدين من طرف المحاسب المكلف.

• طريقة احتساب فوائد التأخير : طبقا لمقتضيات المادة 3 من المرسوم، تحتسب نسبة الفوائد عن التأخير على أساس نسبة المعدل المرجح لأذون الخزينة لثلاثة أشهر، المكتتبه عن طريق المناقصة، خلال ربع السنة المنصرم. وترفع النسبة المحددة على هذا الشكل إلى العشر الأعلى.

وإذا تعذر إصدار أذون للخزينة لثلاثة اشهر بواسطة المناقصة خلال ربع سنة معين فإن نسبة الفائدة المعمول بها خلال ربع السنة المذكورة يحتفظ بها خلال ربع السنة التالي.

- تصفية فوائد التأخير

طبقا للمادة 6 من قرار وزير المالية رقم 617-04، يتم الالتزام بمبلغ كل صفقة أو عقد ملحق مع زيادة مبلغ إضافي في حدود 1% من المبلغ الأصلي للصفقة أو للعقد الملحق وذلك مراعاة لكل أداء محتمل لفوائد التأخير، على أنه في حالة عدم كفاية المبلغ الإضافي لأداء فوائد التأخير يمكن القيام بالتزام تكميلي لتغطية المبلغ الإجمالي للفوائد الباقي أداءها.

ولا تخضع فوائد التأخير لزيادة عن التأخير، وتدرج في باب الميزانية التي تتحمل أداء أصل الدين ولاسيما من المبلغ الإضافي الذي تم الالتزام به زيادة على مبلغ الصفقة.

وفي حالة عدم توفر الاعتمادات أو عدم كفايتها لأداء الفوائد عن التأخير المذكورة يقوم الأمر بالصراف باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية

لرصد الاعتمادات اللازمة لأداء الفوائد عن التأخير المتبقية الواجب دفعها، على أن تعطى الأسبقية في الأداء للفوائد عن التأخير التي لم يتم تسديدها بسبب عدم توفر الاعتمادات وذلك بمجرد رصد الاعتمادات في أبواب الميزانية المعنية. وتحتسب فوائد التأخير على أساس المبلغ الإجمالي لأصل الدين المستحق برسم دفعة مسبقة أو برسم الرصيد مع احتساب الرسوم، ويخصم من هذا المبلغ الاقتطاع الضامن عند الاقتضاء.

I . S . M

- الطبيب الممارس في إطار مرفق الصحة العمومية.

- الطبيب الممارس في إطار الطب المأجور.

فمسؤولية الطبيب الممارس في إطار مرفق الصحة العمومية أساسها الفصلان 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود، والاختصاص يعود فيها إلى المحاكم الإدارية.

أما مسؤولية الطبيب الممارس في إطار الطب المأجور فتناقش في إطار قانون الشغل ولا سيما مسؤولية المؤجر عن أعمال الأجير.

وكلا المسؤوليتين رغم أهميتها فإنها لن تكون موضوع هذا البحث الذي سيقصر على دراسة مسؤولية الطبيب الممارس في إطار الطب الحر.

* وسنحاول التطرق إلى الموضوع من خلال أحكام التشريع المغربي أساسا وهذا لن يمنعنا من التفتح على الدراسة المقارنة خاصة على المستوى الأفقي حيث سنقارن أحكام التشريع المغربي بكل من التشريعين الفرنسي والمصري، وفي بعض الأحيان التونسي والعراقي، هدفنا من هذه الدراسة المقارنة فهم وتطوير القانون الوطني مادام أن مصدر القانون المغربي هو القانون الفرنسي، كما سنعمد إلى تناول آراء الفقه وأحكام القضاء المغربي في تعريفه لقواعد المسؤولية الطبية مقارنين بينه وبين الفقه والقضاء المقارن من أجل تطوير الفقه المغربي خاصة إذا علمنا أن الفقه والقضاء المقارن انطلقا من نصوص متشابهة وفي نظام قانوني مشابه.

وسنحاول الإجابة على عدة إشكالات يطرحها الموضوع :

1 - طبيعة المسؤولية الطبية ؟ هل هي خاضعة للأساس التعاقدي أم التقصيري ؟

2 - ما هو تكييف العقد الطبي ؟

المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص

دراسة في موقف التشريع المغربي معلقا عليه بأحكام القضاء
المغربي والمقارن.

الأستاذ محمد الإدريسي¹
مستشار بمحكمة الاستئناف بتطوان

مقدمة :

تعتبر مسؤولية الطبيب من الإشكالات القانونية التي أسالت مداد
الكثير من الفقهاء كما كانت موضوعا لعدة أحكام قضائية.

ورغم ما قيل حولها وكتب عنها فإنها لا تزال تثير الكثير من الجدل
والنقاش كما لا تزال مجالا خصبا للأحكام القضائية.

وفي البداية فإنه لا بد من الإشارة إلى أن مسؤولية الطبيب المدنية
تبحث في ثلاث وضعيات :

- الطبيب الممارس في إطار الطب الحر.

1 - نص العرض الذي ألقى من طرف محمد الإدريسي قاضي بالمحكمة الابتدائية
بتاونات وذلك بتاريخ 23 يونيو 2000 بمحكمة الاستئناف بفاس، حاليا يشغل مهمة
نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بطنجة، شهادة الدراسات العليا في القانون
المدني سنة 1997 ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق سنة
1999 من كلية الحقوق الرباط أكadal.

- 3 - ما هي التزامات الطبيب ؟
- 4 - هل التزام الطبيب هو التزام بنتيجة أم ببذل عناية ؟
- 5 - هل المسؤولية الطبية مبنية على أساس الخطأ الواجب الإثبات أم على أساس تحمل التبعية أو نظرية المخاطر ؟
- 6 - ما هي صور الخطأ الطبي ؟

وهذه الإشكالات نتناولها وفق إشكالية محورية للعرض وهي :

إلى أي حد حمى المشرع والقضاء المغربيين المريض في تنظيمه لقواعد المسؤولية الطبية ؟

والفرضية التي سنحاول التدليل على صحتها طوال هذا العرض والتي ستظهر بوضوح من خلال النقاط المتناولة هي أن القواعد التي أقرها المشرع المغربي كفيلة بتوفير الحماية للمريض في علاقته بالطبيب وأن الفقه والقضاء المغربيين ظلا بعيدين عن مثل هذه القواعد الحمائية، وتشبثا بالتطبيق المقارن في اتجاهه الكلاسيكي رغم أن هذا التطبيق عرف تطورات مهمة وانطلق من قواعد رغم ما يقال عنها من شبه فإنها مع ذلك نظل متميزة عن القانون المغربي الذي يجب أن يدرس في إطار ذاتيته الخاصة وهذا لا يمنع من الدراسة المقارنة بشقيها العمودي والأفقي.

وعليه وفي ضوء إشكالية العرض فإننا سنقسم الموضوع إلى مبحثين وكل مبحث في مطلبين نتناول في المبحث الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية وفي المبحث الثاني أركان المسؤولية الطبية.

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية :

لقد احتدم النقاش والجدل سواء في فرنسا أو مصر أو المغرب حول الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية بين قائل بأن مسؤولية الطبيب تجد أساسها القانوني في المسؤولية التقصيرية (الفصلين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي والمادتين 163 و 164 من القانون المدني المصري والفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود) وبين قائل بأن مسؤولية الطبيب ذات أساس تعاقدية.

وقد استقر القضاء الفرنسي مدة طويلة على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية ولم يغير اتجاهه إلا في سنة 1936² أما القضاء المغربي فقد استمر في اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية إلى غاية 1946³ والقضاء المصري لغاية 1969⁴.

وسنحاول أن نعرض لكلا الاتجاهين وحجج كل منهما قبل أن نعدم في الأخير إلى إعطاء رأينا في الموضوع.

2 - أهم القرارات التي كرست مبادئ، نذكر :

- C. Cass. 20 mai 1936 D. 1936.1.88 conclusion MATTER, rapp. JOSSERAND .

3 - أنظر في الاتجاه القديم قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1946/01/29 منشور بـ :

- G.T.M. N°976 et R.A.C.A.R.E. XIII, 1945-1948, page 416.

4 - محكمة النقض المصرية 1969/06/16 أحكام النقض س 1969 صفحة 1075 ذكره حسام الأهواني صفحة 109 ومحمد علي عمران : "الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود" دار النهضة العربية 1980 صفحة 28.

المطلب الأول : بناء المسؤولية الطبية على أساس تقصيري :

لقد دافع أنصار الأساس التقصيري للمسؤولية الطبية عن اتجاههم وأوردوا عدة حجج تؤكد صحة نظريتهم كما انتقدوا الأساس العقدي للمسؤولية الطبية ؛ وسنحاول أن نبين كيف أن هذه الحجج لا تصمد أمام النقد كما أن تحفظاتهم بخصوص الأساس العقدي تبقى قابلة للنقاش والدحض، ورغم أن القول بأن المسؤولية الطبية ذات أساس تقصيري هو محل نقد فإن هذا لا ينفي أن هناك حالات تتحقق فيها مسؤولية الطبيب التقصيرية وهذا ما نبينه في فقرتين.

الفقرة الأولى : حجج القائلين بالأساس التقصيري وانتقاداته :

يمكن تلخيص حجج القائلين بالأساس التقصيري للمسؤولية الطبية في النقاط الآتية :

- 1 - خصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض تجعل منها علاقة لا يمكن أن يحويها العقد.
- 2 - علم الطب باعتباره علم غير مكتمل يأبى إخضاعه لقواعد المسؤولية العقدية.
- 3 - التزامات الطبيب تجد مصدرها في القانون وليس في العقد.
- 1 - خصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض تجعل منها علاقة لا يمكن أن يحويها العقد :

إن الأطباء الذين لا يرون بعين الرضا تدخل رجال القانون في موضوع المسؤولية الطبية - ويساندهم بعض من الفقه والقضاء - يعتقدون أن العلاقة التي تجمعهم بمرضاهم هي علاقة خاصة يستعصى فهمها على من هم أجانِب عن المهنة لكونها تتضمن مجموعة من الخصوصيات التي

تجعلها غير قابلة لأن تخضع للمنطق القانوني وللمقاييس التي يطبقها رجال القانون على المواضيع الأخرى.

وهكذا فعلاقة الطبيب بالمريض هي علاقة قائمة على مجموعة من القيم الأخلاقية والمثل المعنوية، فالطبيب يتحمل مسؤولية معنوية كبرى لا يقدرها رجال الفقه والقضاء⁵ فهو "العارف والقادر على تخفيف الآلام عن المرضى، لا يشعر بأنه على قدم المساواة أمام إنسان وإنما أمام "طفل"⁶ ينتظر منه حنان الوالدين والإخوة وعطف الصديق على صديقه⁷.

وقد رتب الأستاذ "لويس بورت"⁸ على هذا التحليل النفسي تحليلاً آخر قانوني يقوم على أساس أن عدم المساواة على الصعيد النفسي تؤدي إلى عدم المساواة القانونية، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد فكرة العقد بين المريض والطبيب ما دام الأول ليس حراً في التعبير عن إرادته بالنظر إلى وضعيته التي يوجد عليها وهي وضعيته "الضعيف الذي أنهكه الألم، وأثر

5 - أنظر منظمة الأطباء المغاربة - النشرة التعاونية لأطباء القطاع الخاص B.C.M.S.P N° 65.

6 - لويس بورت Ports مشار إليه عند ذ/ أحمد ادريوش : "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه" سلسلة الرسائل والأطروحات الجامعية 1989 منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية مطبعة ومكتبة الأمنية الرباط 89 صفحة 102.

7 - أنظر بنشقرن في دروس على طلبة كلية الطب بالرباط، مشار إليه عند نفس المرجع والصفحة هامش رقم 11.

محمود هاشم القاسم : المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية صفحة 50.

عبد الوهاب حومد : المسؤولية الطبية الجزائرية، صفحة 133 وما بعدها.

8 - ويرى ذ/ أحمد ادريوش أن فلسفة بورت هي التي سادت في أواسط هذا القرن ولا تزال تسود لدى الأطباء وهي التي يعكسها قانون السلوك الطبي في فرنسا والمغرب، أنظر نفس المرجع، صفحة 102.

على عقله وتفكيره وحساسيته وإرادته وجعل منه دمية عمياء متألمة لا حركة فيها ولا سكون⁹، وبالتالي فإن التكليف القانوني السليم للعلاقة التي تربطهما ينبغي أن يبني على أساس تشبيه المريض "بالقاصر" والطبيب "بالأب" أو "الوصي"¹⁰ وأن أي خطأ مهني لا يمكن النظر فيه إلا من طرف الهيئة المهنية وبعيدا عن رجال لا علم لهم بقواعد الفن الطبي¹¹.

وفي نفس الاتجاه فإن "أوبري ورو"¹² يريان أن العمل الطبي لا يمكن أن يكون محل تعاقد ملزم، فهو غير داخل في دائرة التعامل وبالتالي فهو "عمل امتنان وشكر" *un simple fait d'obligance*، وبالتالي فإن الأمر لا يتعلق إلا بوعدهم بالتزام لا يجبر الطبيب مدنيا على تنفيذه. ومسؤولية الأطباء المدنية تظل خاضعة للفصلين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي.

وعلى نفس المنوال ذهب ذ. SAVATIER، الذي اعتبر أن العقد لا يضبط بصفة متكاملة العلاقة القانونية بين الطبيب وزبونه¹³.

وقد انتقد الفقه¹⁴ هذه الحجة مبين انتقاداتهم على عدة أسس :

9 - أنظر :

- Le consentement du malade à l'acte médical (communication) in revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques 1950 1° Sem., page 55.

10 - لويس بورت، نفس المعطيات السابقة، وأنظر كذلك :

A. PEYTEL : La responsabilité des médecins, G.P. 1940.250.

11 - Les deux tendances de la responsabilité médicale, in la presse médicale N°36.1966 page 1867.

12 - AUBRY et RAU : cours de droit civil Paris 1907 T IV et V cité.

13 - "المسؤولية المدنية للأطباء" حاتم الخطيب، مقالة منشورة بمجلة المحق القضائي العدد 25 أكتوبر 1992 صفحة 171.

14 - أنظر على الخصوص ذ/ عمر عزيمان، صفحة 251 وما بعدها، وذ/ أحمد دريوش : "المسؤولية المدنية للأطباء" ، مرجع سابق ، صفحة 103.

فمن ناحية فإن القول بأن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة خاصة تتنافى مع مبادئ الكرامة الإنسانية ومع حقوق الإنسان على جسمه وسلامة بدنه وأنها تكشف عن نظرة "رومانسية للمهن الحرة"¹⁵ بل إن البعض تحدث عما سماه بـ "الإمبريالية الطبية" Impérialisme médical¹⁶. وأن استغلال التحليل النفسي لاستبعاد فكرة العقد هي محاولة خادعة لإخفاء حقيقة الطب الحر الاقتصادية والاجتماعية من جهة¹⁷؛ ولا تتبني على أساس قانوني من جهة أخرى¹⁸. فالمريض إنسان حر، وإن حالة اكتمال أهلية أم نقصانها أمر يحدده القانون وحده¹⁹، ولا علاقة للأطباء به وأن مسألة تأثير المرض على إرادة المريض هي أمر موكول للقانون²⁰، ومن الناحية القانونية فإن هذا الفقه²¹ يرى وعن حق - أنه لا يمكن التوفيق بين اعتبار العمل الطبي عمل امتنان وشكر وبين ما يقضي به القانون وما ينص عليه "أوبري ورو" من أنه يؤدي بمقابل يجد مصدره في العقد وأنه يمكن مقاضاة الزبناء بأدائه على هذا الأساس²²؟ وهنا يتجلى التناقض

15 - J. SAVATIER, ibid.

- O. AZZIMAN, option citée, dénaturaton de la relation, page 362.

يتحدث هنا بمعنى تشويه العلاقة بين المتمرس والزبون.

16 - هكذا تحدث روجيه سافاتييه R. SAVATIER

Impérialisme médical sur le terrain du droit : «Le permis d'opérer» et les pratiques américaines, D. 1952, page 157.

17 - ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 103.

18 - نفس المرجع والصفحة.

19 - ينص الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود على أن : "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

20 - أنظر الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود.

21 - ذ/ أحمد ادريوش.

22 - De CASANOVA, option citée, page 189 N°115.

واضحاً كما يقول ذ عمر عزيمان²³. إذ كما يقول ذ/أحمد ادريوش : كيف يمكن اعتبار التزام الطبيب ينصب على عمل امتنان وشكر يظل أدائه متوقفاً عن إرادته وبين التزام المريض بأداء الأتعاب الواجبة بمقتضى العقد والقانون مع أن الالتزامين نشأ من مصدر واحد.

2 - علم الطب باعتباره علم غير مكتمل يأبى إخضاعه لقواعد المسؤولية العقدية :

إن التبرير الثاني الذي يعتمده الأطباء لدفع المسؤولية عنهم والتي وجدت لها صدق في الفقه والقضاء هي أن الطب ما زال في تطور وأن كثيراً من الأمراض لم يتوصل بعد إلى تشخيصها بدقة أو إلى علاج نهائي لها. وأن البحث العلمي يجب أن يشجع من أجل الوصول إلى أفضل النتائج وأن أهم وسيلة لذلك هي إعطاء الطبيب الحرية المطلقة لعلاج مرضاه²⁴ وأن تقدير "التقدم الطبي" وكيفية "أداء العمل الطبي" من المسائل العلمية التي لا يستطيع رجل القانون أن يقوم بها لأنها ليست من اختصاصه²⁵. وبالتالي فإن المريض بحكم جهله بفن العلاج لا يسعه إلا أن يثق في الطبيب ثقة مطلقة²⁶، فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة أساسها الثقة وليس القانون.

23 - ذ/ عمر عزيمان، مرجع سابق، صفحة 219 مشار إليه عند ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 104.

24 - أنظر بصفة خاصة منظمة الأطباء المغاربة - النشرة التعاونية - عدد 1974.64 الافتتاحية بالفرنسية.

L'indépendance professionnelle en pratique médicale.

25 - نفس المرجع عدد 65.

26 - R. SAVATIER : L'origine et le développement du droit des professions libérales, option citée, page 46

ونتيجة لذلك فإن المسؤولية الطبية يجب أن يراعى فيها - يقول الفقيه الفرنسي ديمولومب²⁷ - كوننا بصدد علم غير ثابت من جهة، وأن الأطباء قد يختلفون في طريقة علاج مرضاهم من جهة أخرى، وبالتالي لا ينبغي أن تقوم مسؤوليتهم إلا على أساس الخطأ الجسيم أو سوء النية²⁸، وهو ما وجد له تأثير في كثير من الأحكام القضائية سواء في فرنسا أو مصر أو المغرب²⁹. ومن هذه الأحكام نورد حيثيات الحكم الصادر عن محكمة الجيزة بمصر في 26 يناير 1935 الذي جاء فيه "أن مسؤولية الأطباء لها وجهان أحدهما يتعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، وثانيهما ليس متعلقاً بذلك ولا شأن له بالفن ذاته. فخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالة الجهل الفاضح، والوجه الثاني لا يخضع لسلطان التقدير الطبي والجدل العلمي لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفاً بذلك المقرر طبياً فهو مسؤول عنه. وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة شأن الطبيب في ذلك شأن أي شخص آخر"³⁰، كما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في 16 مارس 1936³¹ "بأن مسؤولية الطبيب لا تقوم في مثل هذه الظروف إلا إذا

27 - DEMOLOMBE : traité des engagements qui se forment sans convention t. 8 page 469 et S. N°5539.

28 - أنظر De Casanova, option citée, page 30 N°15 مشار إليه عند ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 106.

29 - في القضاء الفرنسي، أنظر :

- C. Cass. 18 juin 1835.1835.1.401.

- C. Cass. 21 juin 1862.1862.1.718.

في القضاء المصري قرار محكمة مصر الاستئنافية ، 2 مارس 1927 (المجموعة الرسمية س 29 رقم 11).

30 - المحاماة س 15 القسم الثاني رقم 216 صفحة 471 ج.

31 - Tribunal de 1ère instance de Casablanca, 16 mars 1936 «On ne saurait envisager la responsabilité du médecin dans telles circonstances que = =

ثبت في حقه تواطؤ تدليسي أو كل خطأ جسيم"، كما أن محكمة النقض الفرنسية³² طبقت الفصول 77 و78 وما بعدهما من قانون الالتزامات والعقود، وقررت بأن الطبيب لا يسأل عن المضاعفات الخطيرة المترتبة على العلاج إلا إذا ثبت في حقه - بالنظر لحالة العلم والقواعد الراسخة في الممارسة الطبية - عدم احتياط أو عدم اهتمام أو إهمال ينم عن جهل ثابت لواجباته.

«Que si en égard à l'état de la science et aux règles consacrées de la pratique médicale l'imprudence, l'inattention ou la négligence qui lui sont imputées relèvent une méconnaissance certaine de ses devoirs».

وقد انتقد الفقه³³ هذه الحجة أيضا مبين انتقادهم على أساس أن اعتبار الطب ما زال في تقدم لا ينفي كون علماء الطب قد اتفقوا على عدد معين من القواعد الرئيسية سواء فيما يتعلق بالتشخيص أو العلاج تعتبر الحد الأدنى الذي يجب مراعاته من لدن الأطباء³⁴ كما أن القول بأن ظروف الخطأ الطبي أو تقدير العمل الطبي من الأمور التقنية التي يصعب على

= = si on établissait contre lui soit une collusion frauduleuse soit toute autres fautes fraudes... G.T.M. 9 mai 1936, page 139.

32 - منشور ب 459/19370 وكذلك R.A.C.A.R. 1937 صفحة 258.

33 - ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 107.

34 - وهذه الفكرة بدأت تجد تطبيقا لها سواء في القضاء الفرنسي أو المغربي لا سيما بعد أن أقر القضاء الطبيعية التعاقدية للمسؤولية إذ نجد فيها أن التزام الطبيب هو أن يبذل في علاج المريض جهودا صادقة ويقظة متفقة مع المعطيات الحالية actuelles أو المستقر عليها acquises في العلم.

L'engagement de donner au malade des soins consciencieux attentifs et conformes aux donnés actuelles ou acquises de la science.

أنظر هذه الأحكام عند ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 107 هامش رقم 43.

القاضي الإحاطة بها فإن هذه الصعوبة يمكن التغلب عليها بتطبيق قواعد المسطرة باللجوء إلى الخبرة³⁵. كما أن التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الفني لا يقوم على أساس سليم من القانون، ذلك أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تفيد هذه التفرقة وأن المعيار الذي تفرضه لتقدير الخطأ هو معيار موضوعي أساسه مقارنة الانحراف بسلوك الرجل العادي تجرده من ظروفه الشخصية³⁶ فضلا على صعوبة التمييز بين العمل العادي والعمل الفني في عمل الطبيب³⁷.

3 - التزامات الطبيب نجد مصدرها في القانون وليس في العقد :

الحجة الثالثة التي اعتمدها الفقه والقضاء لاستبعاد فكرة العقد تقوم على أساس أن الالتزامات المفروضة على الطبيب تجد أساسها ومصدرها في القانون و ليس في العقد³⁸، وبالتالي فإن الطبيب والمريض يوجدان في مركز قانوني لا في مركز تعاقد³⁹ مادام القانون هو الذي نظم المهنة

35 - أنظر الفصول 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974.

36 - السنهوري، الجزء 1، صفحة 781، أنظر أيضا تعريف الخطأ في الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

37 - والملاحظ يقول ذ/ أحمد ادريوش أن القضاء نفسه غير مستقر على معيار في هذا الصدد فما تعتبره إحدى المحاكم خطأ عاديا تعتبره أخرى خطأ فنيا.

38 - أنظر في هذا الاتجاه :

- J. SAVATIER : La profession libérale.

- M. NAST : not. Sur C.AIX 16 juillet 1931, D. 1932 25.

39 - أنظر عمر عزيمان وهو يلخص فكرة الاتجاه بصفة عامة، صفحة 228.

زكي الأبراشي وهو يعرض لمجموعة من المراجع صفحة 56 و 57 إلا أن هذا الأخير وإن كان يقبل فكرة العقد إلا أنه ظل يؤكد على أن "المرجع في تحديد التزامات الطبيب هو القواعد المهنية المعتمدة من طبيعة الوظيفة الإنسانية التي يضطلع بها ومن الأصول العلمية التي تحكم الفن الذي يزاوله" صفحة 224 مشار إليه عند ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق صفحة 109.

وكيفية أدائها وحدد التزامات الطبيب وهذا التنظيم يكتسي صبغة النظام العام.

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته هيئة الدفاع أمام محكمة النقض الفرنسية في القضية التي صدر فيها قرار 26 ماي 1936 وذلك بأن اعتبرت "الطبيب الذي يسيء علاج مرضاه يرتكب خطأ له صبغة مهنية يتمثل في خرق القواعد الطبية وبالتالي فإن المسؤولية عنه تجد مصدرها في القانون لا في العقد ولذلك فهي مسؤولية قانونية لا تعاقدية"⁴⁰. و بالتالي فعلى القضاة - إذا ما رفعت أمامهم دعوى ضد طبيب أو جراح - أن يبحثوا في ما إذا كان الطبيب قد نفذ الالتزامات التي تفرضها عليه قواعد المهنة⁴¹، لا أن يبحثوا في ثنانيا العقد. والالتزام النموذجي الذي يستدل به هو التزام الطبيب بحفظ السر المهني والذي يعتبر من النظام العام ويظل الطبيب ملزماً به حتى ولو حلله منه المريض⁴².

وقد انتقدت هذه الحجة من عدة نواحي، فمن جهة أنه لا يميز بين مصدر الالتزام وفحوى الالتزام، فكون القانون قد نظم وحدد الالتزامات لا يؤثر على كونه نشأ بموجب العقد، وعليه فالتزامات الطبيب تعتبر عقديّة ما دام أن المريض اختار الطبيب الذي سيعالجه والطبيب قبل علاج المريض الذي قصده، كما أن اعتبار الالتزام بالسر المهني من النظام العام لا يتنافى

40 - أنظر "الدور" 1936 صفحة 88 وما بعدها وانظر كذلك تقرير المستشار جوسران، صفحة 91 وما بعدها خاصة 92.

41 - NAST, not citée - Mignon, option citée, page 124.

42 - عبد السلام الترماني: السر الطبي، بحث مقدم إلى ندوة "المشكلات القانونية والإنسانية لعلاقة الطب بالمريض" مشار إليه صفحة 35.

AZZIMAN, option citée, page 301, Monarat et Aelomec, option citée.

مشار إليه عند ذ/ أحمد ادريوش، صفحة 118.

مع كونه ما كان ليرتّب على الطبيب لولا وجود العقد كما أنه أخيراً فإن اعتبار الطرفين في مركز قانوني لا دخل لإرادتهما فيه، فيه إغفال أكبر للتطور الذي كما مؤسسة العقد.

الفقرة الثانية : حالات للمسؤولية التقصيرية للطبيب :

إذا كان المستقر عليه فقها وقضاء - كما سنرى فيما بعد - أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية فإن الإشكال الذي ما زال يحظى بالكثير من النقاش هو : هل يمكن تطبيق المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي التي توازي الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على الآلات الطبية ؟ ثم على أي أساس نسائل الطبيب في حالة ما إذا وصل الخطأ الطبي درجة الجرم الجنائي ؟

1 - وصول الخطأ الطبي درجة الجرم الجنائي يوجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية :

إن الفكرة المستقر عليها في القضاء⁴³ والفقهاء⁴⁴ في الميدان الجنائي هو أن "كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية تغليباً للناحية الجنائية في الموضوع"، ويستند هذا الاتجاه على عدة اعتبارات : أولاً مصلحة الطرف المتضرر من حيث التقادم (أطول في المجال التقصيري "20 سنة" منه في المجال التعاقدية "15 سنة كحد أقصى") ومن حيث الإعفاء من المسؤولية والتضامن الذي هو

43 - C. Cass. Ch. Crim. 12 décembre J.C.P. 1947 II 36 not, R. Rodière.

44 - عمر أبو الطيب "الضرر القابل للتعويض أمام القاضي الجنائي" أطروحة من كلية الحقوق الرباط 1982 - 1983 ، صفحة 262 وما بعدها.

مقال بدون ذكر اسم المؤلف "المسؤولية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب" مجلة القضاء والقانون (مغربية) عدد 122.

مفترض بقوة القانون في الميدان التقصيري وشمولية التعويض للضرر المتوقع وغير المتوقع وعدم إلزامية الإعدار⁴⁵.

وإذا كان القاضي الجنائي لن ينظر في مسؤولية الطبيب إلا على أساس تقصيري ما دام أنه سيبحث في الإخلال بنص من نصوص القانون الجنائي فان القاضي المدني - يقول ذ/ أحمد ادريوش⁴⁶ لن ينظر فيها إلا على أساس تعاقدية ما دام أنه ينكر على الضحية الخيرة بين المسؤوليتين⁴⁷.

ويرى ذ/ أحمد ادريوش أن اعتبار المسؤولية الطبية تعاقدية لا يتجاهل وجود حالات لا ينظر فيها القضاء إلا على أساس تقصيري كما لا ينفي المزاي التي يقدمها هذا الأخير للضحية لا سيما في مجال المسؤولية عن الأشياء (الفصل 1384 من القانون المدني الفرنسي والفصل 88 مغربي) حيث المسؤولية مفترضة، ومن هنا دعوته إلى إعطاء حق الخيار للضحية بين المسؤوليتين⁴⁸، وهذا ما تسعى محاكم الموضوع بفرنسا أن تفرضه على محكمة النقض فيما يتعلق بالمسؤولية عن حراسة الأشياء⁴⁹ ونتناول ذلك في الفقرة الثانية.

2 - المسؤولية عن حراسة الأشياء :

إن النقاش الذي لا زال محتدما في القضاء الفرنسي بين محاكم الموضوع من جهة ومحكمة النقض الفرنسية من جهة أخرى هو : هل يمكن

45 - نفس المرجع، صفحة 283.

46 - ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 122.

47 - أنظر محمد جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الأول جامعة القاهرة 1978.

48 - ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 122.

49 - ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 159.

القول بتطبيق أحكام الفصل 1384 من القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الطبيب ؟ عن الآلات والأجهزة الطبية المستخدمة في العلاج ؟

فمحكمة النقض الفرنسية تستبعد مبدئياً الفصل 1384 من حقل المسؤولية الطبية وذلك استناداً إلى موقفها من فكرة الخيرة بين المسؤولين التقصيرية والتعاقدية إذ المستقر عليه لديها هو عدم الخيرة⁵⁰.

وهكذا تواترت قرارات محكمة النقض حيث جاء في إحداها⁵¹ : "إن الفصول 1382 وما بعده من القانون المدني أجنبية عن العلاقات بين الأطراف المتعاقدة ولا يمكن التمسك بها لتأسيس طلب يهدف إلى التعويض عن الخطأ في تنفيذ التزام ناشئ عن اتفاق لا يمكن الإغفاء عنه لتقدير المسؤولية الناتجة" وفي قرار آخر أنه⁵² : "متى توافرت الشروط التي تعطي للمسؤولية طبيعة عقدية لا يستطيع الضحية أن يتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية ولو كانت له مصلحة في التمسك بها"، وبالتالي فإن محكمة النقض لا تؤاخذ الطبيب على أساس القرينة التي يضعها الفصل 1384 إلا إذا كانت المسؤولية تقصيرية⁵³.

50 - أنظر في ذلك القرار التالي :

- Cass. Civ. 06-03-1945, D. 1945.2.217.

51 - قرار C. Cass. Civ. 07-12-1955, D. 1956.2.136

52 - C. Cass. 09-03-1970, J.C.P. 1970.121.

53 - فقد أجازت محكمة النقض تطبيق الفصل 1384 في كثير من الحالات أسست فيها الدعوى على أساس تقصيري كالحالة التي يكون فيها المدعي قريباً للضحية ويطالب بالتعويض عما أصابه شخصياً من ضرر نتيجة الضرر الأصلي الذي أصيب به الضحية.

C. Cass. Civ. 01.04.1968, J.C.P., 1168. 2, 155 47, Rabat, D.1968.2 ; 653
Note SAVATIER.

والحالة التي يكون فيها حارس الشيء طبيباً آخر غير الطبيب الذي أبرم معه العقد الطبي:

C. Cass. 7.06.1968, J.C.P. (1968.2.156 28 note SAVATIER).

أما محاكم الموضوع فإنها تؤاخذ الطبيب على أساس القرينة التي يضعها الفصل 1384 في حالة ما إذا نتجت الإصابة عن الآلات والأجهزة المستعملة سواء كانت الإصابة نتيجة عيب فيها⁵⁴ أو كانت الإصابة نتيجة سوء استعمالها تنفيذاً للعمل الطبي.

المطلب الثاني : بناء المسؤولية الطبية على أساس تعاقدي :

إن المستقر عليه في الفقه والقضاء هو اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية تعاقدية تستند أساساً إلى العقد الذي يربط الطبيب بالمريض. وسنعرض في هذا المطلب إلى تكييف العقد الطبي كما سنعرض لمسؤولية الطبيب العقدية حججها وانعقادها قبل أن نتماد إلى إعطاء رأينا في الموضوع.

الفقرة الأولى: تكييف العقد الطبي:

يحتل تكييف العقد الطبي أهمية قصوى سواء على مستوى أساليب الصياغة القانونية أو على قوى تأثير الخطاب الإيديولوجي للمهنة على كيفية تخريج الفقه والقضاء لأحكام العقد الطبي على ضوء قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا فإن الاتجاه الغالب يكيف العقد الطبي على أساس أنه عقد غير مسمى وهناك من يذهب إلى إمكانية إخضاعه لأحكام إحدى العقود المسماة، وهذا ما سنعرض له في الشق الأول قبل أن نعود إلى عرض التكييف الراجع للعقد الطبي وهو تكييفه على أساس عقد المقاول.

54 - أنظر في ذلك القرارات التالية :

- Tribunal de 1^{ère} instance de Sienna, 03.03.65 sep 1966.2.145 82.
- Tribunal de grande instance de Marseille, 03.03.1959, D. 1959, Som, J.C.P. 1959, 11.118 note SAVATIER.

I - عرض التكييفات الموجودة:

أ - العقد الطبي عقد غير مسمى:

إن الخصوصية التي يتميز بها العقد الطبي جعل من الاتجاه السائد في الفقه⁵⁵ والقضاء⁵⁶ يأبى أن يخضع لإحدى القوالب القانونية أو إحدى العقود التي سماها المشرع وتتجلى هذه الخصوصية سواء على مستوى محتوى العقد الطبي (أي على محتوى الالتزامات والعقود على الطرفين) أو على مستوى ذلك العقد.

فمحتوى العقد الطبي محتوى أخلاقي ونفساني أكثر منه القيام بعمل، وبالتالي يصعب إخضاعه لمفاهيم قانونية وضعت أصلاً لضبط العلاقات الإنسانية والسيكولوجية⁵⁷ وعليه يقول الهادي مريبح "فإن العقد الطبي هو عقد من نوع خاص ما دام موضوعه جسم الإنسان"⁵⁸.

I . S . M
55 - انظر في الفقه المغربي.

Hicham FAROUN th. Cit p 41.

G.B CHAMMARD et P. MONZEIN, op, cit, p 78.

R.J Savatier et autres, drt. Med, op.cit p 114 n° 238.

J. Pennau op, cit. p 23 n° 21.

أما في الفقه المصري انظر زكي الأبراشي م.س ص 99.

والفقه السوري عبد السلام التونسي م.س ص 209.

والفقه التونسي الهادي مريبح م.س

مشار إليه عند ذ. أحمد ادريوش م.س ص 130.

56 - بالنسبة للقضاء الفرنسي

C. Cass. 13 juillet 1937 s, 1939/ 217 not. A. Breton.

والقضاء المغربي محكمة الاستئناف بالرباط 1946-01-28 منشور ب G.T.M

عدد 946 وكذلك R.A.C.AR

"acte de foi" مقال سابق حيث تجسدت عن "Peytel وانظر كذلك Besserve 2 - 57

مشار إليه لدى ذ. أحمد ادريوش، م.س ص 131

58 - نفس المرجع ص 132.

أما على محتوى أساس العقد فتظهر الخصوصية من حيث أنه يقوم على عنصري الثقة والوعي، ثقة المريض ووعي الطبيب بمهمة⁵⁹ وهكذا يقول بورث "L.Ports" L'acte médical est une confiance qui s'adresse à "une conscience".

وقد انتقد الفقه المغربي⁶⁰ هذا التكييف على أساس أنه لا يحيل على قالب قانوني محدد مما قد يؤدي إلى استبعاد خضوع الأطباء للقانون مطلقا مادام أن هناك فراغ قانوني ملحوظ والذي يعزى إلى قلة القضايا المتعلقة بالموضوع فضلا على عدم الاهتمام بما يصدر عن القضاء من أحكام، كما أنه يتعارض مع نص الفصل 724 من ق.ل.ع الذي يستفاد منه أن المشرع كيف العقد الطبي على أساس أنه من قبيل "إجارة الصنعة" والقاعدة الأصولية أنه لا اجتهاد مع مورد النص.

I . S . M ب - العقد الطبي عقد مسمى :

إلى جانب الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، ذهب اتجاه آخر إلى تكييف العقد الطبي على أساس أنه عقد وكالة في حين ذهب اتجاه آخر إلى تكييفه بأنه عقد شغل وثالث بأنه عقد مقاوله.

ب - 1 - العقد الطبي عقد وكالة.

لقد قال بهذا التكييف فقهاء القانون الفرنسي القديم ومن هؤلاء نذكر الفقيه بوتيه⁶¹، ويعمد بوتيه في هذا العدد على ما جاء في القانون الروماني حيث كان يميز بين المهن الحرة والحرف اليدوية، ففي نطاق الأولى كان

59 - منظمة الأطباء المغاربة، النشرة التعاونية BCMSP عدد 64 و65

60 - أحمد ادريوش م.س ص 133 وما بعدها.

61 - POTHIER, oeuvres t. 5 le mandat ; p 181 not, chqp. I.S.C III.

الفقه الروماني يعتبر العقد الذي يربط المهني بزبونه عقد وكالة، والوكالة من غير أجر وإنما تؤدي مقابل أتعاب.

وقد انتقد الفقه⁶² هذا التكييف على أساس أنه يصطدم بالنصوص القانونية فإذا كانت الوكالة في القانون الروماني تنصب على التصرفات القانونية والأعمال المادية فإنها في القوانين المدنية قاصرة على التصرفات القانونية في حين أن ما يقوم به الطبيب لزبونه هو من قبيل الأعمال المادية، كما أنه تكييف يقوم على تصور مثالي لمهنة الطب، ومن هنا إخضاع الأطباء لعقد الوكالة باعتبار - كما يقول عمر عزيما -⁶³ يعتبر "القلب القانوني اللين لإخضاع الأطباء للقانون".

ب - 2 - العقد الطبي عقد شغل.

لقد ذهب بعض الفقهاء تساند بعض المحاكم⁶⁴ إلى أن العقد الطبي هو عقد شغل.

وإذا كان عقد الشغل يقترب من العقد الطبي من حيث أن كليهما ينصب على أداء شغل معين، كما أنهما من العقود الحرفية أو المستمرة، فإنه ثمة فروق بينهما أولهما أن ما يميز عقد الشغل عن باقي العقود هو معيار التبعية القانونية، وهو عنصر يفتقده العقد الطبي، كما أن القول بأن العقد الطبي هو عقد شغلي سيؤدي إلى تمتع الأطباء بامتيازات كثيرة

62 - انظر على الخصوص زكي الأبراشي ص 91، عبد السلام التونجي ص 239، السنهوري الوسيط ج 7 م 1 ص 16، مشار إليه عند ذ. أحمد ادريوش م.س ص 136 وما بعدها.

63 - مشار إليه لدى الأستاذ أحمد ادريوش م.س ص 137.

64 - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء 1928/02/13 منشور ب G.T.M عدد 310 - 29 مارس 1928.

يمنحها لهم قانون الشغل، وإذا كان عقد الشغل لا يتناسب مع مؤسسة طب الشغل، فإن هذا لا يعني تنافي مهنة الطب مع عقد الشغل، فمن الجائز أن يكون الأطباء أجراء عندما يشتغلون مع أصحاب المؤسسات أو المصانع.

II - التكييف الراجح للعقد الطبي عقد مقاوله :

لقد نص المشرع المغربي على أن "إجارة الصناعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له"⁶⁵، ثم جاء في الفصل 724 على أن "القانون يعتبر بمثابة إجارة الصناعة العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهن والفنون الحرة بتقديم خدماتهم لزبائنهم، وكذلك بالنسبة إلى الأساتذة العلوم وأرباب الفنون والحرف".

ويستنتج من هذه النصوص أن المشرع المغربي يعتبر العقد الطبي عقد مقاوله أو بتعبيره عقد إجارة الصناعة، والمعيار الأساسي لعقد المقاوله هو عنصر الحرية والاستقلال وهذا المعيار هو الذي استقر عليه الفقه⁶⁶ والقضاء⁶⁷ والذي يتوفر بالنسبة للطبيب، وهذا التكييف هو الذي دافع عليه بعض الفقه في كل من المغرب⁶⁸ وفرنسا⁶⁹ ومصر⁷⁰ والعراق⁷¹.

65 - الفقرة الثالثة من الفصل 723 من ق.ل.ع.

66 - عزيمان م.س، والسنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول المجلد السابع.

R. Bessreve, Le contrat médical th. De paris. 1956 voir aussi son article.

67 - المجلس الأعلى قرار 642/640 الملفين المدنيين 45/823-45/824 بتاريخ 1973/09/20 المحاماة عدد 14 ص 187.

68 - ذ. عزيمان م.س ص 256، ذ. أحمد ادريوش م.س ص 256.

69 - انظر Resserve معطيات سابقة.

70 - انظر السنهوري ج 7 م 1 ص 16.

71 - قاسم ثروت م.س ص 51 المشار إليه عند ذ. أحمد ادريوش ص 140.

وقد انتقد أنصار فكرة "العقد غير المسمى" تكييف العقد الطبي على أنه عقد مقاوله، وهي انتقادات يقول الأستاذ أحمد ادريوش⁷²، فضلا عن عدم صحتها فإنه يمكن رفعها بتغليب النص، فالمقاوله تعتبر الإطار القانوني الذي تقتضيه المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الممارسة الحرة بمهنة الطب، فعقد المقاوله كما يقول عمر عزيمان يشكل الإطار القانوني الذي تندرج تحته مجموعة من العقود تشترك فيما بينها من حيث أنه ترد على عمل معين، ماديا كان أو فكريا أو فنيا مقابل أجر معلوم خارجا عن أية تبعية أو نيابة عن الزبون⁷³.

ومن أجل معرفة التزامات العقد الطبي على القاضي أن يعتمد الضوابط الذي وضعها المشرع نفسه لتحديد مضمون العقد بصفة عامة، وهي أن: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف طبقا لما تقتضيه طبيعته" (الفصل 231 من ق.ل.ع).

ويترتب على اعتبار العقد الطبي عقد مقاوله إخضاع مسؤوليته المدنية من القواعد العامة الواردة في هذا الباب "يلتزم بضمان عيوب ونقائص صنعه" (767 من ق.ل.ع، كما تجعله مسؤولا "ليس عن فعله فقط وإنما عن إهماله ورعونته وعدم مهارته" (737 من ق.ل.ع)، وكذلك عن خطأ الأشخاص الذي يحلهم محله في أدائه أو يستخدمهم ويستعين بهم فيه في نفس الحدود التي يسأل فيها عن فعل أو خطأ نفسه" 739 من ق.ل.ع.

72 - أحمد ادريوش "تطور اتجاه القضاء في موضوع المسؤولية الطبية" سلسلة المعرفة القانونية العدد 1-1995-1996 ص 13.

73 - عمر عزيمان م.س.ص. 260.

الفقرة الثانية : مسؤولية الطبيب العقدية:

سنعرض أولا إلى حجج القائلين بالمسؤولية العقدية للطبيب، ثم نعرض لانتقادات المتحفظين للأساس التعاقدية للمسؤولية الطبية.

I - حجج القائلين بالمسؤولية العقدية للطبيب.

إن اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية عقدية هو الذي تدل عليه صراحة النصوص القانونية سواء في فرنسا أو المغرب، وهكذا نص الفصلان 723 و724 من ق.ل.ع على أن المشرع يعتبر بمثابة إجارة الصنعة العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذين يباشرون المهن الحرة بتقديم خدماتهم لزبائنهم، ومعنى ذلك أنه كيف العقد الطبي على أساس عقد المقاولة وأخضع مسؤوليته إلى الأحكام العامة للمسؤولية العقدية وإلى مسؤولية المقاول بشكل خاص.

II - نقد الحجج التي تتحفظ بخصوص الأساس التعاقدية.

لقد انتقد أنصار المسؤولية التقصيرية للطب هذا الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب ذات أساس تعاقدية وبنوا انتقادهم على جهتين أساسيتين، سنحاول تبيانها كما سنعرض لانتقاداتها.

أ - أزمة العقد والأساس التعاقدية للمسؤولية الطبية.

يذهب بعض الفقهاء وخاصة رونييه سافاتييه Rene SAVATIER إلى أنه "لا ينبغي إقامة كل قانون المهن الحرة على أساس العقد وذلك بالنظر للأزمة الحادة التي يعرفها هذا الأخير"⁷⁴ - ذلك أن الإرادة لم تعد حرة ولا مطلقة في مجال العقد بالنظر لتدخل الدولة في الميدان الاقتصادي

74 - R. SAVATIER: Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 2 Série DALLOZ 1959 p. 222 n° 198.

والاجتماعي، مما أدى إلى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة، وأضحى القانون هو المصدر الحقيقي للالتزامات التعاقدية، مما جعل البعض يتكلم عن أفول العقد⁷⁵ أو انحلال من فكرة العقد إلى فكرة النظام⁷⁶.

وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن العقد لا يمكن أن تصيبه الأزمة وإنما الأزمة تصيب النظرية التقليدية والمثالية للعقد والتي أضحت متجاوزة بفعل التطورات الجديدة في قانون العقود. ففي مجتمع يقوم على أساس الملكية الفردية وحرية العمل فإنه لا مناص من الاعتراف بالعقد أداة أساسية في التعامل ومصدرا رئيسيا لإنشاء الحقوق وللالتزامات⁷⁷.

ب - عدم قابلية العقد لاحتواء جميع العلاقات التي تقع بين الطبيب والمريض.

إن التحفظ الثاني الذي يورده المنتقدون للأساس العقدي للمسؤولية الطبية يتمحور حول كون فكرة العقد تبقى عاجزة على أن تجب جميع العلاقات التي تقع بين الطبيب والمريض بحيث يظل بعضها بعيدا عن أن نخضعه لنظرية العقد⁷⁸، وهكذا فحرية الاختيار التي تعتبر العنصر الأساسي لاعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض عقد تكون محدودة في بعض الأحيان كما هو الحال حتما إذا تدخل الطبيب من غير دعوته من طرف المريض أو

75 - G. Ripert في الفصل الخامس من النظام الديموقراطي والقانون المدني المعاصر.

76 - حسن عباس ص 40.

77 - سليمان مرقص : نظرية العقد، ص 47-48.

G. Lyon CAEN: Défense et illustration du travail A.P.D 1968 T XIII p. 59 et not. P. 64.

78 - حسن الأبراشي، أطروحة سابقة ص 67 وما بعدها.

مشار إليه لدى ذ. أحمد ادريوش، المسؤولية المدنية للأطباء، م.س.ص. 115.

الحالة التي يكون فيها الطبيب مفروضا على المريض كما هو الشأن بالنسبة للأطباء العاملين لحساب مؤسسة خاصة.

وقد انتقد ذ. أحمد ادريوش⁷⁹ هذا التحفظ لأنه يعكس بالنسبة إليه تشبهاً بالبناء التقليدي للعقد أو هو كما يقول ذ. عزيزان⁸⁰ مظهر أساسي من مظاهر "إخلاص العلاقة المهنية للنظرية التقليدية للعقد" "La fidélité de le relation" "professionnelle à la théorie classique du contrôle"، ومن ثم فهو لا يأخذ بعين الاعتبار التطورات التي عرفها قانون العقود والواقع الطبي، حيث أن حرية الاختيار المعترف بها للمريض والتي تعتبر - من وجهة نظر الاتجاه التقليدي - الأساس في اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض تعاقدية أصبحت نظرية بالنظر لكون إرادة المريض ليس دائمة حرة في الاختيار لمجموعة من العوامل الأطباء، توزيعهم الجغرافي غير التوازن وعدم إمكانية تحمل مصاريف العلاج⁸¹.

ونرى كخلاصة لهذا المبحث أن المسؤولية الطبية تقوم على أساس تعاقدية وهذا ما يقتضيه صراحة الفصل 724 من ق.ل.ع والمعلوم أصولاً أنه لا اجتهاد مع مورد النص متى ورد هذا النص صريحاً، كما أن المشرع المغربي لم يكتف بتكليف العقد الطبي على أساس أنه عقد بل أخضعه لعقد المقاوله مما يجعل مسؤولية الطبيب تناقش في إطار القواعد العامة الواردة في عقد المقاوله ما دام أن المشرع قد ألزم لعقد المقاوله تنظيمياً خاصاً، وأن

79 - أحمد ادريوش م.س.ص. 116 وما بعدها.

80 - مشار إليه لدى ذ. أحمد ادريوش : مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، م.س.ص. 116 وما بعدها.

81 - أحمد ادريوش م.س.ص 117.

اللجوء إلى تسمية العقد من نوع خاص هو تكامل في التكييف يبرره عاملان هو إيديولوجية الطب الحر والتبعية للقضاء الفرنسي.

المبحث الثاني : أركان المسؤولية الطبية

لقد انتهينا في المبحث الأول على أساس تعاقدية وأن الطبيب لا يسأل تقصيرا إلا في حالتين :

حالة الآلات الطبية ووصول الخطأ الطبي درجة الخطأ الجرمي، فهنا للمريض من الخيار تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا كان لشخص واحد من أجل سبب واحد دعويين، فإن اختياره أحدهما لا يمكن أن يفسر على أنه تنازل عن الدعوى الأخرى⁸².

وإذا كان ذلك هو ما توحى به القراءة المتمعنة لقانون الالتزامات والعقود فإنه بقي لنا أن نتساءل عن أركان المسؤولية الطبية، وهنا نعرض لأحكام التشريع المغربي مقارنا بالتشريع الفرنسي، كما نعرض لتطبيقات القضاء والفقه في كل من المغرب وفرنسا ومصر.

وككل مسؤولية فإن أركان قيامها ثلاثة شروط أو أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وهي أعمدة المسؤولية في الاتجاه الكلاسيكي.

المطلب الأول : الخطأ الطبي

إن المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية الطبية في الاتجاه السائد حاليا هو الخطأ⁸³ وسنعرض في هذا المطلب لموقف القضاء الفرنسي أولا من اشتراط الخطأ لقيام المسؤولية الطبية، ثم ثانيا لتعريف الخطأ، وثالثا

82 - الفصل 468 من ق.ل.ع.

83 - هناك من يطالب بإقامة المسؤولية الطبية على أساس نظرية المخاطر.

من إثبات الخطأ الطبي، ومن الملزم بذلك، كما سنعرض لموقف القضاء المغربي من الموضوع قبل أن نعد إلى إعطاء ما نعتقد أنه الراجح والصواب من الرأي.

الفقرة الأولى : الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض.

I - موقف القضاء الفرنسي من اشتراط الخطأ وإثباته.

أ - الاتجاه التقليدي.

لقد تشبث القضاء الفرنسي بقواعد المسؤولية المدنية التقليدية في البداية، حيث أن لا مسؤولية بدون خطأ وقضى على أنه لا يمكن أن يسأل الطبيب ولا أن نحمله بأي تعويض إلا إذا ثبت في حقه خطأ معين تسبب في إلحاق الضرر بالمريض⁸⁴.

قد كانت الأحكام القضائية في البداية تشترط الخطأ الجسيم لتقرير مسؤولية الطبيب المدنية، وهكذا تقول محكمة نانت في حكم لها في سنة 1925 أن الطبيب لا يعد مسؤولاً عن الحروق الناجمة عن الأشعة إذا كانت هذه الحروق تبررها طبيعة وخطورة المرض المشكو منه، وكان العلاج قد طبق جميع الاحتياطات المتفق عليها في الوقت الذي أجري فيه العلاج سنة 1922 حيث لم يكن العلم قد وصل بعد إلى تعرف الإشعاعات التبعية التي

84 - انظر على سبيل المثال :

C. CASS. 18 Juin 1855 cit.
C. CASS 20 Mai 1936 cit.
C. CASS 18 Octobre 1937 cit.
C. CASS 18 Juillet 1949, j.c.p 1950 II 5716.
C. CASS 1960 J.C.P 1961 II 11914.
C. CASS 30 Octobre 1963 d 1964. 81.

أدت إلى هذه الحروق⁸⁵ كما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 1932 (دالوز 1932/1/13) على أن الطبيب لا يسأل إلا إذا كان الخطأ المرتكب جسيما جسامة خارقة ذلك أنه لا يسأل الطبيب إلا إذا ارتكب هفوة لا تغتفر أما الخطأ العادي الذي يرتكبه في عدم تشخيص المرض فلما تشخص كاملا، فإنه لا يترتب عليه المسؤولية، كما اشترطت نفس المحكمة في حكم 16 مارس 1936 لقيام المسؤولية التواطؤ والتدليس والخطأ الجسيم بصفة عامة (2 مكرر).

وقد اقتصر الفقه الفرنسي⁸⁶ لهذا الاتجاه الذي يقول بالخطأ أساسا للمسؤولية الطبية وبنى موقفه على عدة تبريرات أهمها أن الطب فن وليس علم، وأنه لم يصل بعد إلى درجة الكمال، وأن إقامة المسؤولية المدنية على أساس الخطأ تعتبر أهم المكتسبات التي حققتها المدنية الحديثة عبر التاريخ⁸⁷.

85 - محكمة نانت 20 كانون الثاني 1925/1925-533-1-1925/1925 Gazette de palais الجواهري ص 412، مشار إليه لدى ذ. سمير أورغلي "مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية" رابطة القضاة عدد 8-9 السنة 20 مارس 84.

86 - انظر على الخصوص

R. SAVATIER: La responsabilité med. Conférences et in jiriscasseur cit.

G.B Chamard et P. MONZEIN op. cit. p 88 et 106.

BESSERVE op. cit. p 77 ets.

FAROUN op. cit p. 43 ets.

DECASANOVA o.p cit p. 27 ets toute la 1° partie.

وقد انتقد ذ. أحمد ادريوش⁸⁸ هذه التبريرات لأنها تعكس بالنسبة إليه إيديولوجية الطب الحر وسيطرة فكرة الواجب على الالتزام، ثم أن التزام الطبيب ببذل عناية يجعل من الصعب تقدير ما إذا كان قد أخطأ أم لا.

ب - الاتجاه الحديث.

لقد انتقد الاتجاه الأول القائل بأن مسؤولية الطبيب تكون عن أخطائه الجسيمة، ولعل أهم ما أخذ على هذا الاتجاه كونه لم يحدد ضابطاً للتمييز بين الحالات التي يعتبر فيها الخطأ يسيراً، وتلك التي يعتبر فيها الخطأ جسيماً خاصة وأن تقدير الخطورة العلمية هو أثر في البحث كما أن التفرقة التي قال بها لا تجد سنداً لها في القانون فضلاً عن ما يكتنفها من إيديولوجيا الطب الحر والتي رأيناها سلفاً.

ولهذا فقد هجرها القضاء الفرنسي، وتبنى نظرية جديدة جعل البعض⁸⁹ يتكلم عن تشدد القضاء مع الأطباء في هذا الموضوع، ويتجلى هذا التشدد بالنسبة للخطأ في ثلاث نقاط :

النقطة الأولى : التساهل في تقدير الخطأ الطبي والاكتماء بمجرد الإهمال، وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية⁹⁰ ما يلي : "أن الفصلين 1382 و 1383 قررا قاعدة عامة هي ضرورة إسناد الخطأ وتعويب

88 - أحمد ادريوش م.س ص 150 وما يليه (2 مكرر) محمد فتحي الله بناني، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية.

89 - انظر على الخصوص :

Gérard KOSSOSSY : Responsabilité contractuelle et profession, du renforcement de l'obligation à raison de la profession, th. paris 1974.

O. Pére-verge-finon: Faute et assurance en matière de responsabilité médicale , th. Paris 1972.

90 - محكمة النقض الفرنسية 18 يونيو 1835- 401.

الضرر الذي نشأ عنه حتى مجرد الإهمال وعدم التبصر، وهي القاعدة التي تسري على جميع الناس مهما كانت مراكزهم ووضعيتهم دون استثناء إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة، وأنه لا يوجد أي استثناء من هذا القبول بالنسبة للأطباء، وإنه مما لا شك فيه أن المحكمة تتطلب من القاضي - ألا يوغل في فحص النظريات والأساليب الطبية وأن توجد قواعد يملئها حسن التبصر وسلامة تجب مراعاتها في كل مهنة وأن الأطباء في ذلك خاضعون لأحكام القانون كغيرهم من الناس".

وتأسيساً على ما تقدم قضت محكمة النقض الفرنسية في 27 يونيو 1939 بأنه إذا ما تعين الخطأ فإن أي قدر منه يكفي لتوافر المسؤولية وليس بلزوم لوجوب قيام المسؤولية أن يكون الخطأ جسيماً، أو الجهل فادحاً⁹¹.

ففي هذا القرار كرست محكمة النقض إخضاع الطبيب للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذا خلاف ما كانت تسير عليه من وجوب إخضاع الأطباء لمسؤولية خاصة اعتباراً لخصوصية العقد الطبي.

النقطة الثانية : تحول كثير من الاجتهادات القضائية من التزام الطبيب ببذل عناية إلى التزامه بنتيجة.

فإذا كان القضاء الفرنسي يعتبر الطبيب ملزم ببذل عناية وجهود صادقة يقظة ومتفقة مع المعطيات الحالية لعلم الطب، فإن القضاء الفرنسي سار في بعض الحالات إلى جعل التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.

وهكذا استقر على أنه في الجراحة التجميلية فإن "الجراح ملتزم بضمان سلامة المريض"⁹² وهو التزام مترتب عن العقد الطبي، ويخضع في

91 - محمد فتح الله بناني : مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، موضوع ندوة التميرين سنة 1988 ص 156 و157.

92 - Trib- gad: inst. Marseille 3/3/1959 j.c.p II 115 not. Crit. Savatier. = =

حالة عدم التنفيذ للفصل 1147⁹³، وكذا بالنسبة لأطباء الأمراض العقلية، حيث رتب عليه القضاء الالتزام بحراسة المريض حتى لا يلحق أذى بنفسه كأن ينتحرمثلا أو يفر من المستشفى فيصطدم بسيارة⁹⁴، وكذا الأمر بالنسبة لأطباء الأسنان حين يتعلق الأمر بالأجهزة الاصطناعية⁹⁵.

وقد انتقد بعض الفقه الفرنسي⁹⁶ هذا التوجه الجديد للقضاء الفرنسي.

النقطة الثالثة : لقد بدأ القضاء الفرنسي يعتبر الغلط أساسا لترتيب مسؤولية الطبيب شأنه شأن الخطأ⁹⁷، وبذلك بدأ في اقتحام نقطة العلم وهي نقطة ظل الأطباء يدافعون دائما عليها وينادون بإبقاء القاضي بعيدا عنها.

I - موقف القضاء المغربي

إذا كان القضاء المغربي قد ظل وفيما لمبدأ لا مسؤولية بدون خطأ في فعل المسؤولية الطبية، فإن استقراء الأحكام الصادرة عليها منذ عهد الحماية⁹⁸ وإلى الآن تفيد أن القضاء المغربي مر بثلاثة مراحل :

== انظر أيضا :

C. CASS. 29/4/1968, cité par Pere-verge-finon, op. cit. p 107.

93 - Paris 13/1/1950 D, 1959.1.26.

94 - C.A AIX, 18/1/1962, j.p.c, 1962 II 12892 C. CASS. 18/1/1963, j.c.p, 1963 II 13304.

95 - Trib. Civ, M et z, 13/12/1951, j.c.p, 1952. 6909.

C. CASS 15/12/1972. D. 1973.

96 - انظر :

F. Chabos: not. D. 1971 P 637 vers un changement de l'obligation médical, j.c.p. 1973 25 41 Le particularisme de la responsabilité civile en matière de chirurgie esthétique la presse médicale n 8 1978 p. 657.

97 - انظر :

A. Tunc: La responsabilité civile, op, cit, p 114 n° 149 ets.

J. Penneou: Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, th. Paris G.D.J.

98 - وهنا يثار إشكال مهم وهو ما إذا كان هذا القضاء الذي صدر إبان الحماية

جزء من القضاء المغربي أو لا.

==

المرحلة الأولى : اشترط في القضاء توافر الخطأ الجسيم لإمكانية مساءلة الطبيب.

المرحلة الثانية : اكتفى فيها القضاء بتحقق الشرط للقول بمسؤولية الطبيب دون اشتراط وصوله درجة معينة من الجسامة أو كونه جسيما أصلا.

المرحلة الثالثة : وهي التي تعكسها بعض القرارات الصادرة حديثا والتي تركز فعلا لتوجه جديد في التعامل مع المسؤولية الطبية.

وسنحاول في البداية رصد الاتجاهات التي نحاها القضاء المغربي مقسمين حسب الحقبة التاريخية قبل أن نعود إلى إعطاء نظرة تقييمية في الموضوع:

أ - الاتجاه التقليدي والحديث.

إن هذا التقييم نسبي على اعتبار أن القرارات التي اعتمدها هي تلك التي نشرت في بعض الدوريات والتي قام بجعلها بعض الفقه المغربي المهتم بالموضوع⁹⁹، وبالتالي فهو إن كان لا يدعي أنه أحاط بكل ما هو منشور فإنه أيضا يعتريه نقص كونه لم يفتح على القرارات غير المنشورة، وبالتالي فإننا عندما نقول بالاتجاه فإن فيه الكثير من المبالغة التي نتمنى أن يتم التسامح معنا فيها.

= = لمزيد من التوسع انظر ذ. أحمد ادريوش : الاجتهاد القضائي المغربي كموضوع للدراسات.

99 - ذ أحمد ادريوش في مؤلفه : مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، م. س، وتطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية 1996-1، 1995.

أ - 1 - الاتجاه التقليدي للقضاء المغربي في حقل المسؤولية الطبية.

لقد انطلق القضاء المغربي إبان الحماية (وهو ما نطلق عليه القضاء العصري) من منطلق أساسي في تعامله مع المسؤولية الطبية، وهو أن المشرع المغربي لم يتعرض للموضوع بنص صريح يمكن الاعتماد عليه في إيجاد الحلول للمشاكل التي تطرحها نوازل المسؤولية الطبية، ومن ثم أخذ يجتهد على ضوء القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

وهكذا اعتبر القضاء العصري بأنه لما كانت العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة من نوع خاص أساسها الثقة والوعي، فإن العقد الرابط بينهما هو أيضا عقد من نوع خاص Sui generis وبالتالي فأركان المسؤولية أركان خاصة حيث لا مسؤولية بدون خطأ ولا تعويض إلا بإثبات المسؤولية.

وهكذا فقد تشبث القضاء العصري بالخطأ كركن لقيام مسؤولية الطبيب وأكثر من هذا كانت المحاكم تستعمل صيغا يستفاد منها اشتراط الخطأ الجسيم لتقرير مسؤولية الأطباء من مثل: "خطأ ناتج عن جهل تام في الميدان الطبي أو عن إهمال خطير من جانبه"¹⁰⁰، "تواطؤ تدليسي"¹⁰¹ و"الخطأ الجسيم"¹⁰².

وبعد أن هجر القضاء فكرة الخطأ الجسيم أخذت المحاكم تستعمل صيغة أخرى وهي أن "الطبيب يلتزم ببذل جهود صادقة يقظة متفكرة - في

100 - محكمة الصلح بالدار البيضاء الشمالية 1926.

101 - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء 1936.

102 - ذ/ أحمد ادريوش "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب"، مرجع سابق، صفحة 147.

غير الظروف الاستثنائية - مع المعطيات الحالية - أو الثابتة في علم الطب" ولا يعتبر الطبيب مخطئا إلا إذا أخل بهذا الالتزام الذي طالما كيفه القضاء على أنه التزام ببذل عناية فقط.

وقد انتقد ذ/ أحمد ادريوش مثل هذا الموقف واعتبره من خلق فقه القضاء واجتهاد الفقه ولا علاقة له بموقف المشرع وأنه ينم عن تصور مثالي لمهنة الطب وتبعية للقضاء الفرنسي¹⁰³.

أ - 2 - الاتجاه الحديث للقضاء المغربي في حقل المسؤولية الطبية :

وهذا الاتجاه الذي تكرسه بعض الأحكام القضائية الصادرة حديثا سواء عن محاكم الموضوع أو المجلس الأعلى، وباستقرائه يتجلى أن هذا الاتجاه محكوم بالموقف التالي :

- التخلي عن التعاطف مع الأطباء.
- التشدد في تقدير أخطائهم سيما إذا تعلق الأمر بطبيب اختصاصي.
- التخفيف على المريض من عبء إثبات الخطأ.

فالمبدأ الأول يكرسه حكم صادر عن ابتدائية الرباط تحت رقم 714 بتاريخ 1992¹⁰⁴ جاء فيه في هذا الخصوص : "صحيح أن الأطباء في حاجة إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاوله أعمالهم، لكن طبيعة عملهم الذي هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة لا ينبغي أن يلغي حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم وحقهم في التعويض عن الأضرار بسببها".

103 - ذ/ أحمد ادريوش "تطور اتجاه القضاء"، مرجع سابق، صفحة 52 وما يليه.

104 - منشور لدى ذ/ أحمد ادريوش، نفس المرجع، صفحة 70.

أما المبدأ الثاني فقد مثله قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس سنة 1979 تحت رقم 79/355 ولم ينشر إلا في سنة 1989¹⁰⁵ جاء فيه :
"وحيث يستخلص مما ذكر أن الملف بين الطرفين يقتصر حول ما إذا كانت الإصابة موضوع الدعوى ناتجة عن خطأ المدعى عليه أم لا. وحيث ينبغي التذكير في البداية بأن المدعى عليه طبيب متخصص في التوليد.

وحيث أن من المقرر فقها وقضاء استعمال منتهى الشدة مع الأطباء الأخصائيين في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال (ينظر هوامش السنهوري للوسيط من صفحة 824 من الجزء الأول).

وحيث أن من الثابت بالإجمال أن الطرف الذي يبرز أولا من جسم الجنين حين ولادته من رحم أمه هو الرأس، ترى هذه المحكمة أنه كان بإمكان الآلة المستعملة في عملية التوليد أن تمسك بالجزء البارز من جسم الجنين لو بذل أقصى الاعتناء المطلوب دون إحداث الإصابة المعنية، الشيء الذي كون معه الخطأ المؤسس عليه الدعوى ثابتا وبالتالي يجب تأكيد الحكم المستأنف في جميع ما قضى به".

وهذا القرار يمثل أهمية قصوى ويكرس من وجهة نظرنا مبدأ آخر وهو اعتبار الغلط موجبا للمسؤولية الطبية فإذا كان من الثابت أنه لا يجوز للقاضي أن يقحم نفسه في نقاشات علمية ويفاضل بين أساليب العلاج ويعرف بنفسه الخطأ الطبي فإننا نلاحظ في القرار المذكور استنتاجا للخطأ وقصد بالعلاج حالة تعد من أخطر الأمور وهي تقرير الخطأ الطبي ولعل هذا فيه تخفيف على المريض وتشدد مع الأطباء.

105 - قرار مدني عدد 79/355 بتاريخ 1979/12/21 ملف مدني عدد 11752 مجلة المعيار (هيئة المحامين بفاس) عدد 15 لسنة 1989 ، صفحة 123-127.

والمبدأ الثالث الذي هو التخفيف على المريض من عبء إثبات المسؤولية الطبية وقد كرسه قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 86/10/09 أيد من طرف المجلس الأعلى بقرار رقم 574 بتاريخ 92/02/26 صادر عن القسم الثاني من الغرفة المدنية¹⁰⁶ جاء فيه.

"حيث إن الفصل 66 من القانون المدني المغربي لا يجعل تقارير الخبراء ملزمة للمحكمة والثابت من أوراق الملف أن المحكمة أمرت بإجراء خبرة أدت إلى إقامة تقريرين منفصلين الأول أعده الدكتور *** لم يتطرق نهائيا إلى نقط المسؤولية، والثاني أعد من طرف الدكتور *** وأشار فيه إلى أنه لا يمكن تحميل الدكتور المولد أية مسؤولية دون الإفصاح عن المستند في ذلك، وعلى إثر ذلك صرفت المحكمة نظرها عن تقرير الخبير معتبرة أن الخبراء لم يقوموا بمهامهم بطريقة كاملة واستندت على الوثائق الموجودة بالملف للقول بمسؤولية المولد وهذه الوثائق هي الشواهد الطبية التي تفيد صدق ما يدعيه المدعي وكذلك الملف الطبي للحامل والذي عرض على الدكتور *** (المولد) قبل الولادة هذا الملف الطبي الذي يشير إلى ضرورة إجراء عملية قيصرية الشيء الذي لم يقم به الدكتور المولد مكتفيا بالتوليد بطريقة عادية ومن ثم فلا يرد بتاتا أن المحكمة قضت بناء على مجرد رأي".

فهذين القرارين يعكسان اتجاها جديدا بما يتضمنه من تخفيف على المريض من عبء إثبات الخطأ وفضلا على ذلك فإنه يقدم جوابا شافيا لكيفية تجاوز القاضي للخبرة والتي كثيرا ما تلزم القاضي عمليا رغم أنها غير ملزمة له قانونا.

106 - ملف مدني عدد 87/1284 منشور لدى ذ/ أحمد ادريوش، نفس المرجع، صفحة 124.

ب - نظرة تقييمية :

إن موقفنا من إثبات الخطأ يجب أن ينطلق من أساس عن التزام الطبيب وأساس مسؤوليته :

ونعتقد أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية بالأساس وقد تتحقق في بعض الأحيان مسؤوليته التقصيرية في الحالتين الآتيتين اللتين أتيا على ذكرهما وهما :

أ - وصول الخطأ الطبي درجة الخطأ الجرمي.

ب - حدوث الضرر نتيجة استعمال الآلات الطبية.

وهذا الخيار لا يتنافى مع القواعد القانونية ولا المبادئ العامة التي تنص على أنه (الفصل 468 من قانون الالتزامات والعقود) إذا كان لشخص واحد من أجل سبب واحد عقوبتين فإن اختياره أحدهما لا يمكن أن يحمل على أنه تنازل عن الأخرى، وبالتالي فتصور إمكانية مساءلة الطبيب تقصيريا وعقديا أمر ممكن قانونا وتطبيقا.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التزام الطبيب هو بتحقيق نتيجة لأن الإطار القانوني للعقد الطبي هو عقد مقاوله تطبيقا للفصل 724 من قانون الالتزامات والعقود وبالتالي فالتزام الطبيب هو التزام بعناية حيث ينص الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود في الفقرة الثالثة "إجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له" فالطبيب أو بالأحرى المقاول ملزم بصنع الشيء تحت طائلة الجزاء الذي نص عليه الفصل 767 وهو ضمان عيوب ونقائص الصنع.

وانطلاقاً من هذا التصور لدى التزام الطبيب وأساس مسؤوليته فإن إثبات الخطأ من وجهة نظرنا يجب أن يختلف باختلاف الحالات.

فإذا تمت مساءلة الطبيب تقصيرياً فإننا نميز أيضاً بين الفرضيتين وهي إما الخطأ الجرمي، وهنا فإن المريض هو الملمزم بالإثبات تطبيقاً للقواعد العامة ونعتقد أن الأمر لا يكتسي صعوبة كبيرة بالنظر لتدخله كطرف مدني في إطار الدعوى المدنية التابعة للبت في الدعوى العمومية حيث أن النيابة العامة هي التي تتولى إثبات الخطأ الجرمي. وإما أن نسأله على أساس الفرضية التي ينص عليها الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على أنه :

"كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل في الأشياء التي في حراسته إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر وذلك ما لم يثبت : (1) أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر (2) وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي أو لقوة قاهرة أو لخطأ المتضرر" فهذا الفعل يقيم مسؤولية الطبيب على أساس المخاطر وبالتالي مسؤولية الطبيب هي بدون خطأ فيكفي أن يثبت المريض الضرر وأن يثبت نسبة هذا الضرر للألة التي في حراسة الطبيب لتتحقق مسؤولية هذا الأخير ولا يمكنه التحلل منها إلا بإثبات أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر وأن هذا الأخير حدث إما لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو لخطأ المتضرر.

أما إذا تمت مساءلة الطبيب عقدياً فإنه واعتباراً لأن التزام الطبيب هو بتحقيق نتيجة فإن المريض يعفى من إثبات الخطأ ويكون الطبيب ملزماً بإثبات أن عدم الوفاء بالالتزام ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن (الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود) كما أن المريض يستحق التعويض بمجرد عدم تحقق النتيجة (أي

عدم الوفاء بالالتزام) وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين (الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود).

الفقرة الثانية : وصف الخطأ الطبي وصوره :

I - وصف الخطأ الطبي :

إن من المستقر عليه أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية وبالتالي فأركان المسؤولية الطبية هي نفسها أركان المسؤولية العقدية. والخطأ في المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام تعاقدي ويعرف الخطأ الطبي على أنه "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته".

وفي التشريع المغربي فإن العقد الطبي كما سبق أن رأينا هو عقد مقاول، وبالتالي لمعرفة الالتزامات التي يترتبها عليه العقد الطبي، علينا الرجوع للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا فهو "يلتزم بضمان عيوب ونقائص صنعة" الفصل 767 من قانون الالتزامات والعقود كما أنه مسؤول ليس فقط عن "فعله ولكن عن إهماله ورعونته وعدم مهارته" (737 من قانون الالتزامات والعقود) وكذا مسؤوليته عن "النتائج المترتبة عن عدم مراعاة التعليمات التي تلقاها إن كانت صريحة ولم يكن له مبرر خطير يدعوه لمخالفتها، وإذا وجد هذا المبرر لزمه أن يخطر به رب العمل وأن ينتظر تعليماته ما لم يكن في التأخير ما يخشى عاقبته" (الفصل 738 من قانون الالتزامات والعقود).

وكما أن الطبيب ملزم بتنفيذ كل تعهد بحسن نية وهو "لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل كل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو

العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته" (الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود).

وهكذا فإن كل تقصير في القيام بالالتزامات التي أساسها العقد أو العرف أو التشريع إلا وتعتبر خطأ تعرض الطبيب للمسؤولية.

II - صور الخطأ الطبي :

إذا كنا قد انتهينا إلى أن الخطأ الطبي هو كل إخلال من قبل الطبيب بالالتزامات الملقاة على عاتقه سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها العقد أو العرف أو القانون.

وسنبين في هذا الفرع صور من الخطأ الطبي، ونحن لا نرمي إلى تحديد كافة الصور بالنظر لتعددتها وعدم إمكانية حصرها بل سنحاول فقط أن نبين أهم هذه الصور.

1 - امتناع الطبيب عن العلاج :

لقد دافع الأطباء على حرية العلاج على اعتبار أن الرضى ركن من أركان العقد، فكما أن رضى المريض شرط لتدخل الطبيب فكذلك لا يعتبر الطبيب ملزما بالعلاج إلا بعد قبوله ولا يعتبر امتناعه سببا للمسؤولية.

وقد تمسك القضاء المغربي بهذا المبدأ، وأعطى لحرية الطبيب مفهوما واسعا لا يقتصر على حرية الطبيب في رفض الدعوة إلى التعاقد، بل تمكنه من الامتناع عن مباشرة العلاج حتى بعد أن حدد للمريض موعدا بذلك، وفي هذا الإطار صدر حكم لمحكمة الصلح بالدار البيضاء سنة 1928 بأنه "لا مسؤولية على الطبيب وبالتالي لا محل لمطالبته بالتعويض عن إخلاله بموعده"¹⁰⁷.

107 - محكمة الصلح بالدار البيضاء بتاريخ 1928/01/06 مجلة المحاكم المغربية G.T.M. عدد 28 مارس 1928.

وقد كان هذا الرأي يؤسس إطلاق حرية الطبيب في قبوله أو رفضه الدعوة للعلاج على عدم وجود نص قانوني يلزم الأطباء بالاستجابة لطلب العلاج وعلى أن الحرية هي أساس مزاوله مهنة الطب.

وقد انتقد بعض الفقه¹⁰⁸ هذه التبريرات ونص على أن المشرع المغربي جرم امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة وذلك في ظهير 1927/04/30 كما أن الفصل 43 من القانون الجنائي نص على مبدأ عام هو تجريم الإمساك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، فضلا على الفصل 27 من قانون السلوك الطبي (قرار مقيمي بتاريخ 53) الذي ينص على أنه "باستثناء حالة الاستعجال القصوى وحالة الإخلال بواجب إنساني يحق للطبيب دائما أن يرفض العلاج لاعتبارات مهنية أو شخصية".

وفضلا على هذه النصوص فإن الامتناع عن العلاج قد يشكل إخلالا بالعقد الصريح أو الضمني مما يستوجب مسؤولية الطبيب.

2 - تخلف رضا المريض :

إن من الالتزامات التي يفرضها العقد الطبي فضلا على واجب التبصير Obligation d'informer الالتزام بحصول الطبيب على رضا المريض قصد القيام بالعلاج أو مباشرة العملية الجراحية، وبالتالي فإن انتفاء هذا الإذن يترتب عنه قيام مسؤولية باستثناء حالات الاستعجال أو وجود المريض في حالة غيبوبة أو معدم أو ناقص الأهلية، حيث يعتد برضا ممثله القانوني أو ذويه وقد يتم الاستغناء على رضا هؤلاء في حالة الاستعجال القصوى وتطبيقا للمبادئ العامة فإن إثبات حالة الاستعجال يقع على عاتق الطبيب.

108 - ذ.أحمد أدريوش نفس المرجع.

3 - الخطأ في التشخيص وفي اختيار العلاج :

إذا كان القضاء الفرنسي قد سار على أن "الخطأ التشخيصي والخطأ في اختيار العلاج لا يترتب عليها مسؤولية الطبيب إلا إذا أثبت أنه أظهر جهلاً تاماً بمبادئ وممارسة المهنة علمياً"¹⁰⁹ وقد بنى القضاء الفرنسي هذا الحكم بناء على أن التزام الطبيب هو ببذل عناية وليس بتحقيق غاية.

ونعتقد أن القواعد العامة التي ورد فيها العقد الطبي تقتضي أن التزام الطبيب هو تحقق عناية وبالتالي فإنه هو الملزم بأن يثبت أنه قام بما عليه وأنه لم يرتكب أي خطأ حتى ينفادي مسؤوليته، وأنه قام بكل الجهود التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة حتى يتجنب الحكم عليه بالتعويض.

4 - الخطأ أثناء العملية الجراحية :

إن من الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب أثناء العملية الجراحية القيام بعدة فحوص وتحاليل شاملة لمعرفة العضو الذي ينبغي استئصاله أو مداواته للاحتياط مما قد يحدث من مضاعفات أثناء العملية، وإن أي إخلال بهذه الالتزامات يعرضه للمسؤولية.

المطلب الثاني : الضرر والعلاقات السببية

الفقرة الأولى : الضرر

لقد حدد المشرع المغربي العناصر الداخلة في الضرر وذلك في إطار المسؤولية العقدية في الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أن : "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب حيث كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام".

109 - محكمة النقض الفرنسية، قرار صادر بتاريخ 21 يوليوز 1919 منشور لدى محمد فتح الله بناني : "مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية" مرجع سابق، صفحة 158.

وسنعرض في هذه الفقرة لعناصر الضرر ولإثباته.

I - عناصر الضرر :

إن الضرر اللاحق بالمريض قد يكون ماديا أو معنويا يمس المريض أو ذويه في شعورهم وكرامتهم الأدبية بشرط أن يكون مباشرا ومحقق الوقوع سواء في الحاضر أو المستقبل.

فالضرر المادي إما أن يصيب المريض نفسه أو ذويه في شكل نفقات العلاج أو تفويت فرصة الكسب مدة زمنية قد تطول أو تقصر كما قد يصيب ذوي المريض الذين يكون مسؤولا عنهم بالإنفاق عليهم مثل زوجته وأولاده أو والديه.

أما الضرر الأدبي فيستحق في مجرد المساس بسلامة المتضرر الجسدية أو عجزه وما ينتج عن ذلك من آلام جسمانية ونفسية أو تشويهات بدنية خلقية أو وظيفية، وتشمل أيضا الضرر الأدبي لذوي المريض عند وفاته وبالخصوص منهم المقربين وذلك ما يتركه حادث الوفاة من فجع في الأحاسيس.

وقد أخذت المحاكم الفرنسية تقضي بالتعويض عن الضرر المتمثل في تفويت فرصة الشفاء أو الحياة وهو يدخل في تشدد القضاء الفرنسي مع مسؤولية الطبيب ونزوحه نحو حماية المريض المتضرر واعتبرت المحاكم أن الطبيب "قد فوت على المريض بخطئه الثابت فرصة العلاج أو الحياة"¹¹⁰ كما اعتبرت أن "امتناع الطبيب الجراح - دون مبرر مقبول - عن التدخل وفحص المريض بالأشعة مما ساعد على تقادي المرض وإن لم يكن قد أدى

110 - ذ/ أحمد ادريوش : "مسؤولية الأطباء المدنية"، مرجع سابق، صفحة 159.

إلى حدوث الضرر إلا أنه قد أضع على المريض فرصة تجنب الضرر الذي يشكو منه¹¹¹.

وإذا كان هذا التوجه قد أثار نقاشا في الفقه الفرنسي بين مؤيد¹¹² رأى فيه حجر الزاوية بالنسبة لابتكار القضاء الفرنسي في الموضوع ؛ ومعارض¹¹³ رأى فيه "خلطا بين ركنين من أركان المسؤولية (الضرر والعلاقة السببية)" و"مسؤولية مبنية على الشك وليس لها مبرر سوى الرغبة في المعاقبة" ويقول د. عزيمان¹¹⁴ في هذا الصدد "عندما يثبت خطأ الطبيب دون التوصل إلى إثبات علاقته السببية بالضرر يظل الطبيب مسؤولا لأنه حرم زبونه من فرصة للنجاة... الطبيب الذي يسعى إلى تبرئة ذمته يتوجب عليه أن يثبت عدم وجود أية علاقة بين خطئه وأن الضرر الذي لحق بالزبون ناتج عن أسباب أخرى".

فإننا نرى فيه تطبيقا سليما للنصوص القانونية وحماية للطرف الضعيف الذي هو المريض الأجدر بالحماية.

II - إثبات الضرر وعبء الإثبات :

تطبيقا للمبادئ العامة التي تقضي بأن المدعي هو المطالب بالإثبات والمدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرفا أو ظاهرا. وبالتالي فإن

111 - Paris 23 avril 1968, J.C.B., 1968.2156255 Grenoble 24-14.

112 - KOSSESSY, option citée, page 177.179 N°397 et 603.

113 - Chabas مرجع سابق، رقم 12 Chammand et Monzein مرجع سابق،
صفحة 98 وما بعده.

R.SAVATIER : Une faute peut elle engendre la resp. sans l'avoir causé, Ch.
Cit.

مشار إليهم لدى د/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 159.

114 - مشار إليه لدى د/ حاتم الخطيب "المسؤولية المدنية للأطباء" مقال منشور
بمجلة الملحق القضائي في العدد 25 أكتوبر 1992.

المريض وهو يدعي خلاف الأصل إذ الأصل براءة الذمة وعدم ارتكاب الخطأ يكون هو المطالب بإثبات الضرر. وهو عمليا لا يطرح أي إشكال وإنما الإشكال يطرح بالنسبة لإثبات العلاقة السببية وفق ما سنعرض إليه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية : العلاقة السببية

لقد استقر الفقه سواء في فرنسا (نذكر على سبيل المثال (De Casanova, R. Savatier) أو في مصر (سليمان مرقس، عبد السلام التونجي، محمد هشام القاسم) أو في المغرب (ذ سعيد الدغيمر) ومعه القضاء سواء المغربي أو الفرنسي¹¹⁵ على أن المريض هو الذي يتحمل عبء إثبات المسؤولية الطبية، وقد تطور القضاء الفرنسي في حين ظل القضاء المغربي وفي اتجاهه الذي نحاها إبان الحماية.

I - موقف القضاء الفرنسي والقضاء المغربي

إن مبدأ تكليف المريض بإثبات المسؤولية الطبية يجد سنده لدى الفقه والقضاء بالنظر إلى مدى الالتزام الملقى على عاتق المدين وما إذا كان التزاما بعناية - حيث يشكل عدم تحقق النتيجة خطأ في جانبه وما على الدائن إلا أن يثبت مصدر الالتزام - أو التزاما ببذل عناية - حيث يجب على الدائن أن يثبت في هذه الحالة خطأ المدين المتمثل في عدم بذل القدر الواجب في قيامه بالعمل المطلوب منه¹¹⁶ - ويعتبر هؤلاء أن التزام الطبيب هو ببذل عناية وبالتالي فهو لا يضمن النتيجة ويكون على المريض عبء إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

115 - C. Cass. 1 juillet 1937, cit. - C. Cass. 27 juin 1939 D.1941 note NAST.

116 - ذ/ سعيد الدغيمر، صفحة 107 بند 113.

مشار إليه لدى ذ/ أحمد ادريوش، مرجع سابق، صفحة 158.

وهذا المبدأ هو الذي كان يسير عليه القضاء الفرنسي وظل متمسكا به من طرف القضاء المغربي وناصره في ذلك الفقه المغربي، وفي هذا الصدد يقول ذ سعيد الدغيمر أن مبدأ مدى الالتزام له من الأهمية ما يمكن من التغلب على مختلف الصعوبات المثارة وأنه مبدأ مبسط يسهل على القاضي تطبيقه وعلى المتقاضين استعماله¹¹⁷ وبالتالي فهو ذو فعالية كبرى¹¹⁸.

وقد تطور القضاء الفرنسي وأخذ يتحول عن هذا المبدأ وذلك بقلبه عبء الإثبات حيث أصبح الطبيب هو الملزم بإثبات عدم مسؤوليته وذلك في ثلاث حالات :

أولا : الحالة التي نص القضاء الفرنسي فيها على أن التزام الطبيب هو بتحقيق نتيجة حيث جعل من الطبيب مسؤولا عن عدم تحقق النتيجة ولا تعفيه من المسؤولية إلا القوة القاهرة والحادث الفجائي، والمثال البارز لذلك هو مسؤولية الجراح في الجراحة التجميلية والتلقيح ونقل الدم وإجراء التحاليل وتقديم الأدوية.

ثانيا : المسؤولية عن حراسة الأشياء حيث لاحظنا كيف أن محاكم الموضوع تعتبر الطبيب مسؤولا عن استعمال الآلة معيبة كانت أو سليمة.

ثالثا : وهي أن المحاكم الفرنسية أخذت تقضي في نوازل المسؤولية الطبية على أساس افتراض العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وذلك في اعتبار الطبيب قد فوت على المريض بخطئه الثابت فرصة العلاج أو

117 - ذ/ سعيد الدغيمر، صفحة 113 رقم 117 وهو يعلق على حكم محكمة الاستئناف بالرباط بـ 46 يناير 1946، مشار إليه لدى ذ/ أحمد ادريوش، نفس المرجع والصفحة.

118 - الدغيمر، صفحة 483.

الحياة، ومن تم أصبح الطبيب هو الملزم بنفي العلاقة السببية لدفع مسؤوليته.

II - نظرة تقييمية في إثبات العلاقة السببية :

إذا كان ركن الضرر لا يثير إشكالا في التطبيق إذ بإمكان المريض إثبات ذلك إما اعتمادا على شهادات طبية تثبت وضعيته الصحية أو شهادات تثبت النفقات التي تكبدها في العلاج، فإن المشكل يثار بالنسبة لركني الخطأ والعلاقة السببية مما يؤدي إلى حرمان المدعي من التعويض ويكون مآل دعواه إما عدم القبول أو الرفض.

وترجع هذه الصعوبة بالدرجة الأولى إلى الطبيعة التقنية للموضوع سواء تعلق الأمر بالخطأ أو بعلاقته السببية ورغم ما يقال من إمكانية اللجوء إلى الخبرة فإن ذلك يبقى محدودا لعدة اعتبارات أهمها :

فمن ناحية نجد أن الخبراء غالبا ما يتعاطفون مع زملائهم وهذا واضح من خلال الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا المسؤولية الطبية في المغرب وكذلك في فرنسا، وهذه الملاحظة يوردها كل من تناول المسؤولية الطبية وهذا شيء بديهي يقول حسن زكي الأبراشي لأن "التضامن الحرفي موجود بين أهل الطائفة الواحدة الذين يلمسون مخاطر المهنة".

ومن ناحية أخرى فإن تقرير علاقة السببية يرتبط بجسم الإنسان، وبالتالي يصعب تحديد مدى علاقة الخطأ بالضرر بالنظر لاختلاف جسم الإنسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض فضلا على الإشكالات المتعلقة بتعدد الأسباب وتداخلها في إحداث الضرر. وهنا فإن القضاء ومعه الفقه

أخذ بنظرية السبب المؤثر لحدوث الضرر ورغم ذلك فإن الأمر يعود في النهاية إلى مسألة تقنية يصعب إثباتها بغير الخبرة.

ومن ناحية ثالثة فإن المحكمة لا يمكن أن تصنع الدليل لأحد وبالتالي فلا يمكن للمحكمة إذا لم يثبت المريض أركان المسؤولية أن تأمر بإجراء خبرة لإثبات المسؤولية طالما أن الخبرة يلجأ إليها في الأمور الفنية وبالتالي فلا بد للمريض - وفقا للقواعد العامة - أن يثبت المسؤولية بشهادة الشهود مثلا وهذه أيضا تطرح إشكالات في الممارسة العملية.

ومن ناحية رابعة فإن المريض يكون ملزما بإثبات وقائع سلبية ذلك أنه إذا كان الخطأ هو الإخلال بالالتزام وأن التزام الطبيب هو ببذل عناية فإن المريض يكون ملزما بإثبات أن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة وهذه واقعة سلبية يستحيل إثباتها.

ولأجل هذا كله وحماية للطرف الضعيف فإنه لا بد من اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية بتحقيق غاية وذلك لعدة اعتبارات.

فأولا فلقد كيف المشرع المغربي في الفصل 724 من قانون الالتزامات والعقود العقد الطبي واعتبره عقد مقاوله وبالتالي فإنه في تخريج قواعد مسؤولية الأطباء، لا بد أن نسترشد بأحكام عقد المقاوله التي نظمها المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود والتي تجعل الطبيب شأنه شأن أي مقاول ملزم بضمان النتيجة وبالتالي فإن القول بأن مسؤولية الطبيب هي ببذل عناية لا تجد سندا لها في القانون.

وثانيا أن الطبيب في حالة عدم تحقق النتيجة يكون من السهل عليه إذا كان حسن النية أن يدفع المسؤولية عنه عن طريق إثبات أن النتيجة لم تتحقق بسبب حالة المريض أي فعل الغير أو القوة القاهرة والحادث الفجائي

أو يعزى بعدم تطور الطب ويضمن ذلك في تقرير مكتوب يعرض على خبرة للتأكد من عدم ارتكاب الطبيب لأي خطأ وبالتالي تحديد المسؤولية أي من هو المسؤول عن عدم تحقق النتيجة.

وثالثاً أن الانتقادات التي توجه إلى مثل هذا الاتجاه لكونه يقف ضد التطور العلمي وسيحمل الأطباء بتعويضات هامة لا يستطيعون تحملها هو انتقاد يمكن الرد عليه بضرورة تأمين مسؤولية الطبيب، وأن الأمر لا يتعدى حماية المريض في التعويض ولا يهدف إلى معاقبة الأطباء.

ورابعاً لأن قواعد حماية الطرف الضعيف تقتضي حماية المريض في مواجهة الطبيب المقترف وهو ما يتماشى مع روح التشريع ومبادئ العدالة.

ولا شك أن الأخذ بهذا المبدأ سيؤدي إلى عدة نتائج :

أولاً : ضمان حق المريض في التعويض وذلك بالتخفيف عليه من إثبات العلاقة السببية والخطأ فيكون المريض مطالباً فقط بوجود الالتزام والضرر اللاحق به دون إثبات خطأ الطبيب والعلاقة السببية.

ثانياً : أن عبء الإثبات ينتقل إلى الطبيب الذي عليه ليدفع مسؤوليته أن يثبت أن النتيجة تعزى إلى فعل الغير أو أنه فعل ما كان ضرورياً لتجنب الضرر وكذا بإثبات القوة القاهرة والحادث الفجائي.

وكخلاصة فإننا نعتقد أن المسؤولية الطبية تعتبر على درجة من الأهمية في الوقت الحاضر وذلك بالنظر لازدياد الحاجة إلى الطبيب حتى صار ذلك أمراً ضرورياً وقيماً، فمن منا لم يذهب إلى الطبيب وبالنظر للتطور العلمي المذهل والذي فضلا على إيجابياته فإنه يحصل من المريض الطرف الضعيف بحيث يصعب عليه فهم ما يدور حوله وبالتالي فإن إرادته

ليست حرة بالمفهوم التقليدي لحرية الإرادة بل أصبحت خاضعة لعدة معايير أهمها الدعاية (حتى لا نقول الإشهار).

ومن هنا فإننا نعتقد أنه لا بد من حماية المريض خاصة وأنه يتعامل مع شخص محترف (ونعتذر عن استعمال مصطلح الاحتراف).

وباختصار فإننا نردد مع الأستاذ شكري السباعي قولته المشهورة بأن مسؤولية الأطباء مسؤولية خطيرة وجسيمة تتعلق بجسم وحياة الإنسان في عهد حقوق الإنسان.

- انتهى بحمد الله وتوفيقه -

فاس، في 23 يونيو 2000

I . S . M

دور الضبط القضائي الخاص في ضبط الجرائم البيئية (دراسة مقارنة)

الأستاذ علي عدنان الفيل

مدرس القانون الجنائي المساعد

فرع القانون العام/كلية الحقوق/جامعة

الموصل (العراق)

الخلاصة

يقتضي طبيعة تلوث البيئة في بعض مظاهره ضرورة تخصيص بعض الموظفين العاملين في إدارة حماية شؤون البيئة ممن لديهم معرفة خاصة بالكشف والتحري عن جرائم التلوث البيئي وإثباتها بحق مرتكبيها بطرق فنية كثيرا ما يتعذر على الضبط القضائي العام الكشف عنها وإثباتها لنقص خبرتهم الفنية. وكان نتيجة لذلك أن تضمنت نصوص قوانين حماية البيئة العربية أحكاما تخول جهاز شؤون حماية البيئة ودوائره المختصة منح موظفيها الصلاحيات والسلطات اللازمة للقيام بأعمال الرقابة والتفتيش على المنشآت والمرافق للحيلولة دون وقوع الجرائم والمخالفات البيئية مع إثباتها في حالة وقوعها بحق مرتكبيها.

تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول ماهية الضبط الإداري والضبط القضائي في نطاق حماية البيئة وفي المبحث الثاني مهام مأموري الضبط القضائي في مجال جرائم الاعتداء على البيئة وفي

المبحث الثالث المشكلات التي تواجه مأموري الضبط القضائي البيئي، وأخيرا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نسأل الله عز وجل أن يكون قد وفقنا في التوصل إليها.

Abstract

In some of aspects, environment pollution requires assigning some employees who work in the filed of environment protection. And those of especial knowledge in investigating and detecting crimes of environmental pollution as well as giving evidences against individuals who commit such crimes by technical ways. Often public Law officer finds difficulty in detecting and proving these crimes because of their insufficient experience. Hence, legislations of Arabic environment protection included law texts that authorize the institution of environment protection and its specialized official departments to grant their employees the authorizations and jurisdiction required to perform tasks of control and investigation in the establishments and public utilities in order to prevent committing environmental crimes and offenses, and to gives evidences.

The present study was divided into three sections. The first section deals with the definition of administrative investigation and law officer in the extent of environment protection. The second section includes the tasks of law officers in the filed of crimes committed against the environment. The third section shows the problems that the law officers face. Lastly, the study shows some results and recommendations.

أولا : المقدمة

دأب البشر منذ الخليقة إلى الاعتداء على الموارد الطبيعية التي منحهم الله سبحانه وتعالى إياها مما يترتب على ذلك إخلال لالتزان البيئي نتيجة تلك الممارسات البشرية الضارة. فالاعتناء بالبيئة والمحافظة عليها وحمايتها يعتمد في الأساس على دور الإنسان في التعامل مع البيئة المحيطة بها والتي يعيش فيها. كما ساهم التطور الهائل في مجال الصناعة والتكنولوجيا إلى تفاقم المشاكل البيئية نتيجة ازدياد وانتشار الملوثات التي تؤثر بالسلب على الصحة العامة فضلا عن ما تسببه من تدهور للنظام البيئي الطبيعي. وإزاء خطورة ظاهرة التلوث والمشاكل البيئية المترتبة على هذه الظاهرة بدأت جهود الدول تتزايد من أجل الحد من الممارسات الضارة والأنشطة المدمرة والتي تؤثر على البيئة بالسلب. ومن ثم عكفت الدول على سن التشريعات اللازمة للمحافظة على البيئة وحمايتها من الأضرار الهائلة التي تلحق بها وتؤثر فيها وتعود بخسائر جمة.

وكان نتيجة لذلك أن تضمنت نصوص هذه التشريعات أحكاما تخول الجهات القائمة على تنفيذ هذه التشريعات منح موظفيها الصلاحيات والسلطات اللازمة للقيام بأعمال الرقابة والتفتيش على المنشآت للحيلولة دون وقوع الأضرار التي تمثل مخالفة لأحكام هذه التشريعات. وعليه تكون الصلاحيات والسلطات التي تمنح للموظفين القائمين على مراقبة تنفيذ قوانين حماية البيئة تسمى الضبط القضائي. وتجدر الإشارة إلى أن الضبط القضائي يسبقها إجراءات تسمى الضبط الإداري وهي أعمال وقائية تهدف إلى منع وقوع الجرائم أي هدفها وقائي بحت. حيث يقتضي طبيعة التلوث في بعض مظاهره ضرورة تخصيص بعض الموظفين ممن لديهم معرفة خاصة فيه، بالكشف عن جرائمه وإثباتها على مرتكبيها بطرق فنية كثيرا ما يتعذر على

أعضاء الضبط القضائي العام الكشف عنها والبحث عن مرتكبيها لنقص درابتهم الفنية في ذلك¹. من ذلك جرائم التلوث الإشعاعي والبيولوجي فهذه الجرائم لا يمكن الكشف عنها إلا عن طريق موظفين لديهم خبرة في هذا العمل وأيضا جرائم تلوث المياه عن طريق حذف المتخلفات السائلة أو الصلبة إذ تختلط هذه بالمياه ويصعب على عضو الضبط القضائي العام الكشف عنها².

ثانيا : أهمية البحث

تتمثل في شرح وتوضيح حدود سلطات وصلاحيات عضو الضبط القضائي الخاص في قوانين حماية البيئة العربية، ولتبصير الناس بخطورة عدم المحافظة على البيئة من التلوث، حيث تستوجب حماية البيئة إجراءات لازمة وفاعلة متعددة وتدابير نظامية محددة نصت عليها قوانين حماية البيئة العربية. كما أصبح الاهتمام بالشؤون البيئية في عالمنا المعاصر من الأمور الفاعلة في دول العالم وتحديدا على المستوى التشريعي الجنائي.

ثالثا : أهداف البحث :

تتمثل في الوصول إلى ما يلي :

- 1 - ما المقصود بالضبط القضائي البيئي ؟ ومن هم ؟ وما هي اختصاصاتهم في ضوء ما نصت عليه قوانين حماية البيئة العربية ؟

1 - د. آمال عثمان عبد الرحيم، جرائم التلوث، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص، 169.

2 - عبد الرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1985، ص 107.

- 2 - ما الفرق بين الضبط القضائي والضبط الإداري؟
- 3 - ما هي علاقة الضبط القضائي في قوانين الإجراءات الجنائية العربية مع الضبط القضائي في قوانين حماية البيئة العربية ؟
- 4 - هل توجد في بلادنا العربية شرطة بيئية ؟
- 5 - إلى أي حد يقف اختصاص وصلاحيات رجل الضبط القضائي البيئي ؟
- 6 - الوقوف على إجراءات الضبط القضائي في مجال حماية البيئة.
- 7 - تفعيل القوانين والأنظمة المتعلقة بحماية البيئة.

رابعا : منهج البحث

استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن باستعراض قانون حماية البيئة العراقي ومقارنته مع مواقف بقية القوانين البيئية العربية والموازنة بينها وذلك من خلال استخلاص وتجميع المعلومات من الكتب والدراسات والأبحاث الخاصة بأنظمة وقوانين حماية البيئة العربية.

خامسا : مشكلة الدراسة

تتخصر مشكلة الدراسة في التعرف على الضبط القضائي الخاص في نطاق حماية البيئة من خلال بيان دورهم وكيفية تفعيل القوانين والأنظمة المتعلقة بحماية البيئة.

سادسا : تساؤلات الدراسة/فروض الدراسة

- 1 - ما هو دور عضو الضبط القضائي في مجال حماية البيئة ؟
- 2 - وهل يوجد هناك ضبط قضائي بيئي على أرض الواقع ؟

- 3 - ما هو أثر إجراءات الضبط القضائي في مجال حماية البيئة ؟
- 4 - هل لازالت قوانين البيئة في بلادنا العربية في مجال الضبط القضائي البيئي متأخرة عن مواكبة المستجدات القانونية البيئية على الساحة التشريعية الدولية ؟
- 5 - هل إن إجراءات الضبط القضائي في مجال حماية البيئة كانت منسجمة ومتوافقة مع ما جاءت به الاتفاقيات الدولية ؟

سابعا : خطة البحث

تتقسم خطة البحث إلى ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول : ماهية الضبط الإداري والضبط القضائي في نطاق حماية البيئة.

المبحث الثاني : سلطات الضبط القضائي الخاص.

المبحث الثالث : المشكلات التي تواجه أعضاء الضبط القضائي الخاص.

المبحث الأول

ماهية الضبط الإداري والضبط القضائي في نطاق حماية البيئة

للحديث عن الضبط الإداري وكذلك الضبط القضائي يستوجب الأمر أن نتعرض بداية إلى مفهوم الضبط بشكل عام ثم نتناول الضبط الإداري ومفهومه كأحد نظريات القانون الإداري، ثم الضبط القضائي بوصفه كإجراء تكميلي للضبط الإداري في حالة إخفاقه في تحقيق أهدافه، ثم نوضح بعد ذلك ماهية كل من نوعي الضبط في نطاق حماية البيئة.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

- المطلب الأول : مفهوم الضبط بشكل عام
- المطلب الثاني : مفهوم الضبط الإداري والضبط القضائي
- المطلب الثالث : ماهية الضبط الإداري والضبط القضائي في نطاق حماية البيئة.

المطلب الأول

مفهوم الضبط بشكل عام

يقصد بالضبط بشكل عام بأنه التنظيم الذي تقوم به الدولة في سبيل المحافظة على أمن وسلامة المجتمع، ومن ثم فهو يمثل أحد المهام الرئيسية التي تسعى لها كافة الدول. وهذا التنظيم المحدد من قبل الدولة والذي يطلق عليه نظام الضبط، يقوم على أساس الوقاية لدرء كافة المخاطر والأضرار التي يمكن أن تلحق بسلامة الدولة ونظامها العام. فالدولة في ظل مالها من سلطات تصدر القوانين والقرارات اللازمة لحماية نظامها العام، وتضع التدابير الاحترازية الملائمة، والتي تكفل عدم الإخلال بهذه القوانين والقرارات، والعمل على الحيلولة لوقف أي مخاطر أو اضطرابات يمكن أن تحدث من الأفراد وتمس النظام العام للدولة. وبالتالي يتضح من معنى الضبط بأنه ذو وظيفة تتصل اتصالا مباشرا بالغرض من إنشاء الدولة والمحافظة على أمنها واستقرارها.

المطلب الثاني

مفهوم الضبط الإداري والضبط القضائي

أولا : مفهوم الضبط الإداري :

لقد عزفت التشريعات الوضعية عن تعريف الضبط الإداري مع أنها حددت أغراضه في بعض الأحيان، ومن ثم فقد وجد الفقه في تعريف

الضبط الإداري مجالاً واسعاً للاجتهاد فوضع له تعريفات مختلفة بحسب الزاوية التي نظر إليه من خلالها، فمن الفقهاء من اعتبر الضبط غاية لكونه يحقق سيادة النظام عن طريق التطبيق الوقائي للقانون، ومنهم من اهتم بأساليبه من خلال التركيز على الإجراءات والتدابير الضرورية للمحافظة على النظام العام ومنهم من اعتبره قيدياً على الحريات العامة لأنه يقوم على فرض قيود على حريات الأفراد ويهدف إلى المحافظة على النظام العام³.

إجمالاً الضبط الإداري هو وظيفة من أهم وظائف الإدارة، تتمثل في المحافظة على النظام العام في الأماكن العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يستتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية يستلزمها انتظام أمر الحياة في المجتمع. فقد تبلورت أغراض الضبط الإداري في سيادة النظام العام وإشاعة الأمن والمحافظة على الصحة العامة وتوفير السكنية، ووضحت الوسيلة لتحقيق هذه الأغراض وذلك بتدخلات الإدارة المشروعة في نشاطات الأفراد والجماعات. وبرز من خلال هذه الأغراض غرض يرمي لمنع وقوع الجريمة، بالحيلولة دون وقوعها وبالسهر الدائب لمراعاة حسن تطبيق القوانين والتعليمات، حيث أولت القوانين الحديثة أهمية خاصة بهذا الغرض بهدف تحقيق الدفاع الاجتماعي للوقاية من الجريمة⁴.

3 - د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري - النشاط الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 14-23-33 ؛ د. محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام ودورها في مجال الضبط الإداري، ط1، 1992، ص 156.

4 - د. محمد عودة الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، ط1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1986، ص 44 ؛ د. محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، ج1، ط3، 1965، ص 524.

والضبط الإداري نوعان الأول هو الضبط الإداري العام ويكمن هدفه في المحافظة على النظام العام للدولة بعناصره الأساسية وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة سواء أكان ذلك على مستوى الدولة كلها أم على مستوى إحدى وحداتها المحلية، حيث يمارس الضبط الإداري العام في الحالة الأولى أعضاء السلطة المركزية كالوزارات، في حين يمارسه في الحالة الثانية رؤساء الوحدات المحلية ومجالسها كالمجالس البلدية في الدولة البسيطة والأقاليم في الدول الاتحادية، وذلك في حدود القوانين والأنظمة التي تحدد سلطات وأساليب وإجراءات وتدابير الضبط الإداري العام. والثاني هو الضبط الإداري الخاص ويكون هذا النوع وفق قوانين خاصة لتنظيم بعض أنواع النشاط، ويعهد به إلى سلطة إدارية خاصة بغية تحقيق أهداف محددة حيث يستهدف حماية احد عناصر النظام العام أو أحد فروعها حيث تمارس سلطات الضبط الإداري في هذه الحالة مهام ضببية محددة، وتتبع إجراءات ضببية معينة يحددها القانون أو النظام الخاص بهذا النشاط الضببي. والضبط الإداري الخاص قد يقتصر على مكان معين أو يقتصر على نشاط معين. عليه يتميز الضبط الإداري الخاص بوروده على عنصر واحد من عناصر النظام العام، ومن هنا يكون مقيدا بنظام قانوني خاص وملتزمًا بهدف حمائي محدد يقتصر على عنصر محدد يستهدف حمايته دون أن يستهدف تحقيق جميع عناصر النظام العام في آن واحد، كأن يرد على سبيل المثال على حماية البيئة من التلوث فيطلق عليه في هذه الحالة الضبط الإداري البيئي⁵.

5 - د. داود الباز، حماية السكينة العامة- الضوضاء، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية،

وتجدر الإشارة إلى أن الضبط الإداري العام يتنوع في بعض البلاد مثل فرنسا إلى نوعين ضبط إداري قومي وهذا النوع يشمل نطاق اختصاصه إقليم الدولة كله ويمارسه رئيس الوزراء والمختصون من رجال السلطة المركزية، حيث يستهدف الضبط الإداري القومي المحافظة على النظام العام بعناصره المتعددة في كافة أرجاء إقليم الدولة.

والنوع الثاني هو ضبط إداري محلي وهذا الضبط ينحصر اختصاصه في جزء معين ومحدد من إقليم الدولة كالمحافظة أو المدينة ويمارسه المحافظ أو العمدة مع عدم السماح لسلطات الضبط الإداري المركزي بحجب اختصاصات السلطة الضبطية المحلية في مجال هذه الأخيرة، حيث يستهدف هذا النوع في الضبط الإداري المحافظة على النظام العام ضمن جزء معين من إقليم الدولة⁶. أما بشأن الضبط الإداري الخاص فتمارسه هيئات ومؤسسات خاصة يتم إنشاؤها وتحديد اختصاصاتها بموجب قوانين محددة.

ونخلص مما سلف إلى أن الضبط الإداري ينحصر في كونه مجموعة من الإجراءات الوقائية التي تقوم بها الدولة لمنع وقوع الجرائم قبل ارتكابها من خلال اتخاذ الوسائل والتدابير اللازمة التي تحد من ارتكاب هذه الجرائم. والوسائل التي تستخدمها السلطات المناط بها الضبط الإداري غالبا ما تكون ثلاث وسائل: /أولها ما يعرف بلوائح الضبط أو اللوائح الإدارية، وثانيها القرارات الإدارية الفردية، وثالثها القوة المادية. فلضمان الالتزام الأفراد والجماعات بالواجبات التي تحقق أغراض الضبط الإداري، تسن الدولة من القوانين والأنظمة ما يكفل بمراعاتها تحقيق تلك الأغراض،

6 - د. نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 3، العدد 1، 2006، ص 84.

وتسند إلى مجموعات من الموظفين أمر مراقبة التقيد بهذه القوانين والتأكد من حسن تنفيذها، وتتبع مجموعة الموظفين المكلفة بهذه القوانين السلطة التنفيذية في الدولة كونها صاحبة الولاية الضابطة على وجه الأصالة أو الإنابة التشريعية. فالصفة الغالبة في مجموعة الموظفين المكلفين بوظيفة الضبط الإداري هي في مراتب الشرطة المختلفة، سواء بإحالة قانونية مباشرة، أو باختصاص أصيل بموجب قوانينهم الخاصة حيث يتدخل أعضاء الضبط الإداري في نشاطات الأفراد مستندين أما للوائح الضبط الإداري وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام بعناصره الثلاثة الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وهذه اللوائح تمس مباشرة حقوق الأفراد لأنها تتضمن أوامر ونواهي، وأما بالاستناد للقرارات الإدارية الفردية⁷. ولتحقيق أغراض الضبط الإداري تعطي القوانين سلطة استعمال القوة المادية، ضمن قيود في الاختصاص والشكل والغاية لأعضاء الضبط الإداري. إذ يجب إن تصدر القوة القهرية، من قبل سلطة إدارية مختصة، وطبقا لإجراءات شكلية محددة بحيث يكون الهدف من استعمال تلك القوة هو المصلحة العامة وأن يكون هذا الهدف غالبا إن لم يكن ظاهرا⁸.

وتبرز أهم أغراض هذه الوظيفة في منع الجريمة قبل وقوعها من خلال تحقيق أغراضها الأساسية في حفظ الأمن العام والسكينة والصحة العامة، ولتن زود القائمون بهذه الوظيفة بسلطات القهر والإجبار في بعض

7 - د. محمود حافظ، قرار الضبط الإداري، ط 1، 1964، ص 16؛ محمود سعد الدين شريف، النظرية العامة للبوليس الإداري في مصر، مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية، ص 293.

8 - د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص 368.

الأحيان، كفض الشغب وتفريق المظاهرات، إلا أنها قد تفشل في قيامها بواجب منع الجريمة حيث تفسح المجال لأعمال وظيفة أخرى هي وظيفة الضبط القضائي.

ثانيا : مفهوم الضبط القضائي

تبدأ هذه الوظيفة حيث تنتهي وظيفة الضبط الإداري فلا يتدخل مأمور الضبط القضائي بصفته هذه إلا إذا وقع إخلال حقيقي بالنظام العام يسمى جريمة، حيث يمارس إجراءات وسلطات حددتها القوانين المختلفة بحدود متفاوتة، حيث يتفاوت المدى الممنوح لرجال الضبط القضائي في ممارسة الإجراءات المختلفة من خلال الدعوى الجنائية والمراحل المهددة لها، من تشريع لآخر. فمجال وظيفة الضبط القضائي في القانون الفرنسي والقوانين التي تأثرت به تقتصر على جمع الاستدلالات اللازمة للتحقيق والدعوى، وتتصف بأنها إجراءات ممهدة للدعوى الجنائية. ويتوسع هذا المجال في بعض الأحوال الاستثنائية ليختص مأمور الضبط القضائي بإجراءات تحقيق ضمن إجراءات التحقيق الابتدائي، وتدخل ضمن إجراءات الدعوى الجنائية، كما في حالات استعمال السلطة الذاتية في التحقيق الابتدائي والندب للتحقيق. أما في التشريعات الانكلو-أمريكية، فنجد إن مجال وظيفة مأمور الضبط القضائي تتوسع، حيث تمنح الشرطة سلطات أوسع تتبع من طبيعة التنظيم القضائي، وطبيعة تنظيم جهاز الشرطة نفسه، حيث يمثل سلطة جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والاثام وتقديم الأدلة وسلطات وصلاحيات عديدة أخرى. والضبط القضائي نظام معروف في كافة التشريعات المعاصرة، وهو في أساسه وليد الضرورة، فالنيابة العامة لا تملك القدرة الفعلية على القيام بنفسها بالتحري عن الجرائم وجمع المعلومات اللازمة عنها وعن مرتكبيها، وهي من جهة أخرى تتلقى كثيرا

من البلاغات أو الشكاوى منها الصحيح ومنها الكاذب، ووقتها أضيق وأثمن من إن تبدده في فحص ما يقدم إليها والتمييز بين الصحيح منه وغير الصحيح، ولهذا كله دعت الضرورة إلى إسناد هذه المهمة إلى جهاز يعاون النيابة في عملها وهو ما يعرف بسلطة الضبط القضائي⁹. هذا بالنسبة إلى الأنظمة والتشريعات التي تأخذ بنظام الاتهام العام حيث تحدد موظفين معينين لأغراض التحقيق وتفصل بينهم وبين من يقومون بوظيفة الاتهام أو تجمع بين كلتا الوظيفتين في شخص واحد.

أما نظام الاتهام الفردي، فالأصل أن يقوم بهذه الوظيفة الأفراد أنفسهم، إلا إن النظام الإنكليزي والذي يغلب عليه نظام الاتهام الفردي أخذ يطعم هذا النظام بنظام الاتهام العام ويحدد موظفين هم رجال الشرطة ليتولوا الكشف عن الجرائم واتخاذ إجراءاتها في الجرائم التي تهم النظام العام، وليحمل جانباً، بل الجانب الغالب من وظائف الضبط القضائي التي تقتض طبيعة هذا النظام إن يقوم به الأفراد¹⁰.

ومع وجود النيابة العامة إلا إن كل من الشرطة والنيابة يعمل في قناة معينة ولا رقابة أو ارتباط بين وظائف أي منهما إلا في أحوال محددة ومحصورة.

لهذا فإن وظيفة الضبط القضائي وإن كانت في الأصل لمساعدة النيابة العامة حسب النظام الفرنسي، إلا أنها بالتالي تساعد سلطة الحكم في

9 - د. عوض محمد، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، ج 1، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 117، ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان فس مواجهة سلطات الضبط الجنائي، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص53.

10 - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج4، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932، ص 509.

الوقوف على الحقيقة، شأنها شأن وظيفة الضبط القضائي في النظام الانكليزي. ويقصد بمأموري الضبط القضائي أولئك الأشخاص الذين أسبغ عليهم القانون هذه الصفة فيما يتعلق بالبحث والتقصي عن الجرائم المرتكبة، ولهؤلاء الأشخاص اختصاص بأدائهم لعملهم يتحدد وفقاً لمعايير حددها المشرع. والقائمين بمهمة الضبط القضائي يطلق عليهم القانون اسم مأموري الضبط القضائي ويمكن أن نقسمهم إلى مجموعتين كما يلي :

1 - رجال الشرطة والمختارين ورؤساء الدوائر والمؤسسات¹¹ ¹²(ويطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام)

2 - الموظفين العاملين في الجهات الحكومية والذين يتم منحهم صفة الضبطية القضائية من قبل السلطة المختصة بذلك، لتطبيق أحكام القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بعمل الجهات التابعة لها هؤلاء الموظفين (ويطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص).

فالضبط القضائي هو جهة تساعد السلطة القضائية أوجدها المشرع الجنائي للكشف عن الجرائم بعد وقوعها وتتبع مرتكبيها وجمع الأدلة فيها

11 - نصت الفقرة (4-1) من المادة 39 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه "أعضاء الضبط القضائي هم الأشخاص الآتي بيانهم في جهات اختصاصهم : 1 - ضباط الشرطة ومأمورو المراكز والمفوضون. 2 - مختار القرية والمحلة في التبليغ عن الجرائم وضبط المتهم وحفظ الأشخاص الذين تجب المحافظة عليهم. 3 - مدير محطة السكك الحديدية ومعاونيه ومأمور سير القطار والمسؤول عن إدارة الميناء البحري أو الجوي وربان السفينة أو الطائرة ومعاونيه في الجرائم التي تقع فيها. 4 - رئيس الدائرة أو المصلحة الحكومية أو المؤسسة الرسمية وشبه الرسمية في الجرائم التي تقع فيها".

12 - نصت الفقرة (5) من المادة (39) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه "الأشخاص المكلفون بخدمة عامة الممنوحون سلطة التحري عن الجرائم واتخاذ الإجراءات بشأنها في حدود ما خولوا به بمقتضى القوانين الخاصة".

تمهيدا للتحقيق معهم من قبل السلطات التحقيقية وإحالتهم على القضاء ويقوم بوظائفها موظفون يسبغ عليهم القانون هذه الصفة على سبيل الحصر على اختلاف جهات عملهم نظرا لما لهم من دور بارز في المرحلة التمهيدية للإجراءات الجنائية التي تتخذ عقب وقوع الجريمة واكتشافها وقبل مباشرة التحقيق فيها وما يتخللها من إجراءات قد يترتب عليها المساس بحقوق الإنسان من ضبط وقبض وتفتيش وغير ذلك من الإجراءات¹³.

ويمكننا القول بأن عمل مأموري الضبط القضائي لا يبدأ إلا في حال إخفاق الضبط الإداري، أي بعد وقوع الجريمة سواء أكانت هذه الجريمة في بدايتها الأولى أي في مرحلة الشروع أم خلال حدوثها أم اكتملت أركانها، وذلك لجمع كافة الأدلة والبراهين على وقوع الجريمة والتوصل إلى مرتكبيها لتقديمهم إلى الجهات المختصة توطئة لمحاكمتهم.

ومن خلال استعراضنا لكل من مفهومي الضبط الإداري والضبط القضائي نستطيع القول بأن هناك بعض الاختلافات بين كلا المفهومين من حيث خصائص وسمات كل نوع وذلك كما يلي :

1 - غاية الضبط الإداري هو العمل على منع وقوع الجريمة كمنع الاضطراب في المجال الأمني ومكافحة التلوث وحماية عناصر البيئة في المجال البيئي محافظة على النظام العام في المجتمع بعناصره المتعددة أي أن هدفه وقائي بحت، في حين أن الضبط القضائي هدفه قمعي بحت.

2 - إجراءات الضبط الإداري تكون سابقة على وقوع الجريمة أما إجراءات الضبط القضائي تكون لاحقة على وقوع الجريمة أو بمجرد الشروع فيها، بمعنى آخر يتسم الضبط الإداري بالطابع الوقائي حيث يقتصر

13 - ياسر حسن كلزي، مصدر سابق، ص 62.

دوره على منع الإخلال بالنظام العام والوقاية مما يلحق به من اضطراب، في حين يتسم الضبط القضائي بالطابع العلاجي، حيث تتولى سلطة الضبط القضائي ممارسة نشاط جزائي قمعي موضوعه إثبات وقوع الجريمة وجمع أدلتها وتسليم الجاني للعدالة لتوقيع العقوبات المقابلة لما ارتكبه من جرائم عليه.

3 - يمكن لإجراءات الضبط الإداري أن تستمر حتى بعد البدء في الجريمة أو ارتكابها وتصاحب إجراءات الضبط القضائي، إلا أن إجراءات الأخير لا يمكن أن تبدأ قبل وقوع الجريمة ولا تصاحب إجراءات الضبط الإداري.

4 - أعمال الضبط الإداري تعد أعمال إدارية من اختصاص القضاء الإداري أما أعمال الضبط القضائي فهي أعمال قضائية تخضع لرقابة القضاء العادي.

5 - ومن حيث مسؤولية الدولة عن إجراءاتهما، فإن الدولة تسأل عن القرارات والأوامر الضبطية الصادرة عن سلطات الضبط الإداري والتعويض عنهما إذا كان الخطأ جسيماً، في حين لا تسأل الدولة عن الأضرار الناشئة عن العمل القضائي، وتحديد الأعمال المتصلة بالنيابة العامة ذات الطابع القضائي¹⁴.

6 - وأخيراً يجدر التمييز بين استعمال القوة المادية المخول بها عضو الضبط الإداري وتوقيع العقوبة الجنائية، أو بينهما وبين سلطة استخدام القوة المخول بها مأمور الضبط القضائي لتنفيذ إجراء من إجراءات

14 - د. وافي كنعان، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، 2004، ص 117.

التحقيق كالقبض والتفتيش. فالأولى ليست عقوبة وليست إجراء لتحقيق غرض من إجراءات الدعوى الجنائية، بينما الثانية تفترض مخالفة واضحة للقاعدة التنظيمية العامة وخروجاً عليها بحيث تتطلب تدخلاً من جانب القضاء¹⁵.

المطلب الثالث

ماهية الضبط الإداري والضبط القضائي في نطاق البيئة

أولاً : ماهية الضبط الإداري في نطاق حماية البيئة

يهدف الضبط الإداري كما أوضحنا سالفاً إلى حماية النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فغاية الضبط الإداري هنا هو عدم الإخلال بأي عنصر من عناصر النظام العام. والضبط الإداري وفقاً لهذا المفهوم يعد ضبط إداري عام. ومما لاشك فيه أن كل عنصر من العناصر المنبثقة عن النظام العام لها ارتباط وثيق بالبيئة. فالأمن العام يتطلب توفير الطمأنينة لكل إنسان وحمايته من أي اعتداء يمكن أن يلحق به ثمة ضرر، فمن ثم تعكف السلطة المختصة على اتخاذ كافة التدابير اللازمة للحيلولة من وقوع أي خطر على الأفراد سواء كان مصدر هذا الخطر أفعال الطبيعة كالفيضانات والزلازل، أم كان مصدره الإنسان كإشعال الحرائق أو التخلص من المخلفات بطرق غير صحية أو انتشار الأغذية الملوثة، أم كان مصدره الحيوان كتواجد الحيوانات المعدية أو المفترسة في الشوارع والطرق العامة، أو من أي مصدر آخر يمكن أن ينجم عنه خطورة على أمن وأمان الفرد.

15 - د . محمد عودة الجبور، مصدر سابق، ص 48.

والصحة العامة تستهدف الحفاظ على صحة الإنسان من أخطار الأمراض والأوبئة ومن أية أضرار أخرى يمكن أن تعود عليه وتؤثر على حالة الصحة بالسلب.

والسكينة العامة يراد بها المحافظة على الهدوء والسكون في الشوارع والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه إزعاج الناس وتعكير صفو هدوءهم سواء نتيجة الضوضاء والصخب الناجم من آلات التنبيه في السيارات وأصوات الباعة المتجولين أو استعمال الراديو أو التلفاز أو أجهزة التسجيل أو ما غير ذلك بشكل مخالف للأصول المرعية وتؤدي إلى الإخلال بحريات الغير.

بيد أن هناك نوع آخر من الضبط الإداري بخلاف النوع المذكور سالفاً أي الضبط الإداري العام - وهو الضبط الإداري الخاص والذي يهدف منه المشرع إلى تنظيم أنشطة محددة مثل الرغبة في المحافظة على أنواع معينة من بعض الكائنات المهددة بالانقراض أو حماية الثروة السمكية أو النباتات أو الحد من انبعاث الملوثات من المنشآت الحرفية والصناعية وما غير ذلك.

وعندئذ يصدر المشرع القوانين اللازمة والتي تمكنه من تحقيق أهدافه، ويسند إلى جهات إدارية محددة مختصة مهمة تطبيق هذه القوانين ومراقبة تنفيذها، ومثالاً على ذلك التشريعات الصادرة بشأن حماية البيئة والمحافظة عليها أو على أحد عناصرها.

فالضبط الإداري في نطاق البيئة يهدف إلى تحقيق غايتين رئيسيتين

هما :

1 - منع أسباب التلوث؛

2 - مكافحة التلوث في حالة حدوثه من أجل إعادة تأهيل البيئة.

عليه ففي مجال حماية البيئة من خطر التلوث يمثل الضبط الإداري أفضل الوسائل القانونية لحماية عناصر البيئة المتعددة، الماء والهواء والتربة والغذاء، إذا توفرت له الفاعلية اللازمة، ويتمثل ذلك في دوره الرقابي والوقائي المهم الذي لا يصل إليه نظام من النظم القانونية المعاصرة، ففي مجال الوقاية من تدهور البيئة يمكن لإدارة الضبط أن تقوم بعمل مهم، من ذلك وضع الخطط طويلة وقصيرة الأمد لحماية البيئة، وإجراء البحوث والدراسات الفنية المتخصصة في مجال حماية البيئة ومتابعة نتائجها وإعداد البرامج الزمنية الكفيلة بنقل الخطط إلى حيز التنفيذ، وتنظيم الدورات التدريبية لإعداد الكوادر الإدارية والفنية في مجال حماية البيئة، واقتراح وإصدار القوانين والأنظمة الخاصة بالمحافظة على البيئة ومكافحة تلوثها، وتحديد الإدارة المحلية في مجال حماية البيئة خصوصا من حيث النظر إلى أجهزة تلك الإدارة باعتبارها المسؤول الأول عن إدارة جهود تطوير البيئة وتحسينها¹⁶.

ثانيا : ماهية الضبط القضائي في نطاق حماية البيئة:

أوضحنا في المطلب الثاني من هذا البحث مفهوم الضبط القضائي بوجه عام، وهو مفهوم يتعلق بشأن كافة الجرائم. إلا أن هذا المفهوم يختلف في مجال حماية البيئة لأن جرائم البيئة تختلف عن الجرائم الأخرى كجرائم السرقة أو النصب أو القتل، والتي يكون فيها الاعتداء منصبا على الأموال مثلا أو على الأشخاص.

وذلك لأن جرائم البيئة قد لا تضر شخصا محددًا بذاته، بل الممكن أن يضر منها مجموعة من الأشخاص، أو يضر منها المجتمع بأسره، ومن

16 - د. نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد3، العدد، 2006، ص 78

الممكن والجائز أن تضار منها الكائنات الحية الأخرى كما وأن جرائم البيئة تتسم بأنها لا تتوقف عند زمان محدد أو مكان معين، فهي ممكن أن تستمر وتستغرق وقتا طويلا وتتجاوز وتعتبر العديد من الدول دون أن تفلح الجهود البشرية في وقفها أو السيطرة عليها. فضلا عن أن الفاعل للجريمة من الممكن أن يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي - كالمنشآت والمصانع- أو مجموعة من الأشخاص والذي قد يتعذر أحيانا التوصل إليهم ومعرفةهم على وجه التحديد. لذلك فإن الضبطية القضائية في نطاق تشريعات حماية البيئة تتميز بطبيعة خاصة وأهمية بالغة تعتمد بشكل رئيسي على الموظفين الذين يتم منحهم صفة الضبطية القضائية.

إذ يجب أن يكون هؤلاء الموظفين على قدر كبير من التأهيل الفني وأن يتمتعوا بخبرة علمية وعملية فائقة في المجال البيئي بما يمكنهم من أداء المهام المناطة بهم على الوجه الأمثل¹⁷.
 ويكون مأمورو الضبط القضائي في مجال البيئة من الموظفين العاملين في الجهات الإدارية المختصة بحماية البيئة، ويطلق عليهم عندئذ مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص، بالرغم من انه لا ينفى ذلك حق مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من ضبط جرائم المساس بالبيئة¹⁸.

ويمنح مأموري القضائي ذوي الاختصاص الخاص صفة الضبطية في بعض الدول كمصر مثلا بموجب قرار من وزير العدل بالاتفاق مع

17 - د. عبد الرحمن حسين علي علام، مصدر سابق، ص 107 ؛ حسن معيوف، الحماية الجنائية للبيئة في تشريعات مجلس التعاون لدول الخليج العربية" دراسة تأصيلية"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426هـ ، ص.150.

18 - ياسر حسن كلزي، مصدر سابق، ص 88

الوزير المختص طبقا لقانون الاجراءات الجنائية المصري الذي أعطى الحق للوزير المختص بالاتفاق مع وزير العدل تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم التي تقع في دوائر اختصاصاتهم وتكون ذات صلة بواجباتهم¹⁹، وفي قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994 قد نصت المادة (78) منه على اعتبار مندوبي الجهات الإدارية المختصة والممثلين القنصليين في الخارج من مأموري الضبط القضائي فيما يختص بتطبيق أحكام الباب الثالث من هذا القانون في شأن حماية البيئة من التلوث، فضلا عن أن المادة المذكورة سمحت لوزير العدل بالاتفاق مع الوزراء المعنيين منح هذه الصفة لعاملين آخرين وفقا لما يقتضيه تنفيذ قانون البيئة²⁰. وتفعيلا لمنطوق المواد (78،102) من قانون حماية البيئة المصري فقد تم استصدار قرار من وزير العدل المصري رقمي (4315،8764) لسنة 2005 بمنح بعض موظفي جهاز شؤون البيئة صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الجرائم البيئية التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون حماية البيئة المصري. كما أن قانون حماية البيئة الإماراتي منح صفة مأموري الضبط القضائي

19 - حيث ورد في الشطر الأخير من المادة (23) من قانون الإجراءات الجنائية المصري". ويجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دوائر اختصاصاتهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم."

20 - حيث نصت المادة (78) من قانون حماية البيئة المصري على أنه "يعتبر مندوبو الجهات الإدارية المختصة والممثلون القنصليون في الخارج من مأموري الضبط القضائي كل فيما يختص بتطبيق أحكام الباب الثالث من هذا القانون ولوزير العدل بالاتفاق مع الوزراء المعنيين منح هذه الصفة لعاملين آخرين وفقا لما يقتضيه تنفيذ هذا القانون". والمادة (102) "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (78) من هذا القانون يكون لموظفي جهاز شؤون البيئة وفروعه بالمحافظات، الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بشؤون البيئة صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له."

بموجب قرار صادر من وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بعد الاتفاق مع وزير الصحة بتحديد موظفي الهيئة الاتحادية للبيئة وموظفي السلطة المحلية المختصة في كل إمارة من إمارات الدولة²¹. وعلى نفس المنوال فقد منح قانون حماية البيئة العماني صفة الضبط القضائي لمفتشي البيئة والأشخاص الذين يحدددهم القرار الصادر من وزير العدل بعد التنسيق مع وزير البلديات الإقليمية والبيئية وموارد المياه على ذلك²²، في حين نجد أن قوانين حماية البيئة القطري واليميني والفلسطيني والأردني قد منحت صفة الضبط القضائي لكافة مفتشي البيئة دونما حاجة لاستصدار قرار من وزير العدل²³. وأكثر من ذلك نجد أن الأردن قد استحدثت إدارة الشرطة

21 - حيث نصت المادة (69) من قانون حماية البيئة الإماراتي "يصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بالاتفاق مع وزير الصحة قرارا بتحديد موظفي الهيئة والسلطات المختصة الذين تكون لهم صفة مأموري الضبط القضائي .." والمادة (8) من قانون تنظيم ورقابة استخدام المصادر المشعة والوقاية من أخطارها الإماراتي "يكون لموظفي الهيئة والسلطة المختصة الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات ما يقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له كل في دائرة اختصاصه".

22 - نصت المادة (3) من قانون حماية البيئة ومكافحة التلوث العماني على أنه "يكون لمفتش البيئة والأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير صفة الضبطية القضائية في تطبيق هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له"

23 - نصت المادة (62) من قانون حماية البيئة القطري على انه "يكون لموظفي الأمانة العامة الذين يصدر بنديهم قرار من رئيس المجلس صفة مأموري الضبط القضائي، كما تكون هذه الصفة لموظفي الجهات الإدارية الأخرى الذين يندبون إلى المجلس الأعلى لهذا الغرض وذلك في اثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له". والمادة (75) من قانون حماية البيئة اليميني نصت على أنه "يتمتع مفتشو البيئة بصفة الضبطية القضائية". والمادة (51) من قانون البيئة الفلسطيني "يكون لمفتش الوزارة والمفتشين الآخرين المعينين في الوزارات والجهات الأخرى الذين لهم صفة الضبطية العدلية طبقا للقانون ولهم ضبط المخالفات والجرائم البيئية التي تقع خلافا لهذا القانون". والفقرة (أ) من المادة (7) من قانون حماية البيئة الأردني "لما قصد هذا القانون، يمنح الموظف من ذوي الاختصاص الذي يسميه الوزير خطيا بناء على تنسيب الأمين العام صفة الضابطية العدلية...".

لبيئية سنة 2006 فلم يعد رجل الشرطة الأردني يقتصر على دوره التقليدي في حفظ الأمن وحماية الناس بل امتد دوره ليستوعب كافة مجالات الحياة ومنها البيئة من خلال السهر على تطبيق القوانين والتشريعات البيئية وحماية عناصر البيئة ومكوناتها من الاعتداء عليها وضبط المخالفين²⁴.

أما في دولة الكويت فتمنح صفة الضبطية القضائية للموظفين من قبل أحد المسؤولين والذي يحدده القانون في هذا الصدد ويكون ذلك بموجب قرار إداري منه، فعلى سبيل المثال يمنح المدير العام للهيئة العامة للبيئة صفة الضبطية القضائية للموظفين اللازمين للقيام بأعمال التفتيش التي يتطلبها تنفيذ القانون، وذلك استنادا للمادة (11) من القانون رقم 21 لسنة 1995 بإنشاء الهيئة العامة للبيئة المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 16 لسنة 1996. ومن جميع ما تقدم نخلص إلى أن الضبطية القضائية في مجال حماية البيئة تهدف إلى القيام بأعمال المراقبة والتفتيش وأخذ العينات وإجراء القياسات والتحليل اللازمة لإثبات جرائم الاعتداء على البيئة وفقا للقوانين والقرارات واللوائح الصادرة في هذا الشأن.

وهذا بأكمله يتطلب مما لا شك مواصفات محددة في الشخص الذي يمنح صفة الضبطية القضائية حتى يتسنى له القيام بمهمته بالشكل المطلوب، وغالبا ما يكون مأمور الضبط الإداري هو ذاته مأمور الضبط القضائي، وذلك لكي يتمكن أثناء مباشرة عمله في الرقابة والتفتيش أن يتخذ الإجراءات اللازمة لضبط الجرائم البيئية في حال اكتشافه لها على الفور، حيث يعد موضوع حماية البيئة من أهم المواضيع الذي يتكامل فيه دور

24 - انظر مبررات استحداث إدارة الشرطة البيئية الأردني والمتاح على الرابط الإلكتروني :

www.inece.org/mena/arabregion/regional_meeting/jordan-rangers.pdf

القائمين بالضبط الإداري مع القائمين بالضبط القضائي، عندئذ تمارس الدولة فيها سلطاتها سواء بصفة ضبطية إدارية من خلال مراقبة التلوث البيئي، أو ضبطية قضائية من خلال الكشف عن الجرائم البيئية والمخالفات التي تقع في عناصر البيئة المختلفة في الجانب الآخر فالجهات الإدارية التي تمنح التراخيص والإجازات والشهادات للمنشآت والمحلات لممارسة أعمال ونشاطات تتعلق بعناصر البيئة - وهي مهام الضبط الإداري - ومتابعة ذلك في حالة المنشآت والمصانع والشركات التي منحتها تلك التراخيص، وهي ذاتها تتولى التفتيش وضبط ما يتعلق بها من مخالفات وإحالتها إلى التحقيق - وهذا من اختصاص الضبط القضائي أصلا - وهكذا يجتمع عمل القائمين بالنوعين من الضبط في عمليه واحدة، فحرس السواحل أو موظفو هيئة حماية البيئة الذين خولهم القانون صفة الضبط الإداري يعملون على منع تلوث البيئة البحرية مثلا ويعتبرون من رجال الضبط الإداري بهذه الصفة، ولكن إذا وقع حادث وقاموا بما يستدعيه هذا الحادث من معاينة كحادث تسرب زيت من إحدى السفن سبب تلوثا للبيئة البحرية فإنهم يعملون في هذه الحالة باعتبارهم من مأموري الضبط القضائي، ومع هذا الجمع بين عمل سلطات النوعين من الضبط إلا أن النظام القانوني لكل منهما يختلف، فالضبط الإداري يدخل في نطاق القانون الإداري ومبادئه، في حين يدخل الضبط القضائي بوصفه جزءا من النشاط الإجرائي للسلطة القضائية العقابية، وإن الإجراءات والتدابير التي يقررها الضبط الإداري لمنع تلوث البيئة لا قيمة لها إذا لم تقترن بجزاءات جنائية توقع على من يخالف أوامر الإدارة فيما تصدره من قوانين ولوائح تكافح التلوث البيئي، من ثم يجد المشرع نفسه دائما مضطرا إلى الاعتماد على الجزاء الجنائي لضمان احترام المكلفين للقواعد القانونية الأخرى²⁵.

25 - د. نور الدين الهنداوي، الحماية الجنائية للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 17.

وبالمقابل هناك تشريعات بيئية عربية لم تعط للموظفين العاملين في الجهات والمؤسسات الإدارية المختصة بحماية البيئة صفة الضبط القضائي على الرغم من أن واجباتهم هي نفس واجبات ومهام وسلطات مأموري الضبط القضائي البيئي، من هذه التشريعات قانون حماية وتحسين البيئة العراقي والنظام العام للبيئة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، وقانون حماية البيئة الجزائري²⁶.

مما تقدم أعلاه، يتبين لنا بأن تخويل صفة الضبط القضائي الخاص قد يكون بموجب قانون كما في قطر والأردن وفلسطين واليمن وفي ذلك ضماناً أساسية لحماية حريات وحقوق المواطنين لأن ما يحدد بقانون لا يمكن تعديله أو إلغائه إلا بقانون مثله هذا من جهة، ومن جهة أخرى استبعاد لتدخل أي جهة أخرى غير السلطة التشريعية في إضفاء صفة الضبط القضائي لا من وزير ولا من مدير، في حين نجد أن القانون المصري والإماراتي والعماني قد أعطى الحق لوزير العدل بعد الاتفاق مع

26 - نصت المادة (111) من قانون حماية البيئة الجزائري على أنه "إضافة إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية العاملين في إطار أحكام قانون الإجراءات الجزائية وكذا سلطات المراقبة في إطار الصلاحيات المخولة لهم بموجب التشريع المعمول به، يؤهل للقيام بالبحث وبمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون : الموظفون والأعوان المذكورون في المادة 21 وما يليها في قانون الإجراءات الجزائية، مفتشو البيئة، - موظفو الأسلاك التقنية للإدارة المكلفة بالبيئة -، - ضباط وأعوان الحماية المدنية، - متصرفو الشؤون البحرية، - ضباط الموانئ، - أعوان المصلحة الوطنية لحراسة الشواطئ، - قواد سفن البحرية الوطنية، مهندسو مصلحة الإشارة البحرية، - قواد سفن علم البحار التابعة للدولة، - الأعوان التقنيون بمعهد البحث العلمي والتقني وعلوم البحار، أعوان الجمارك. يكلف القناصة الجزائريون في الخارج بالبحث عن مخالفات الأحكام المتعلقة بحماية البحر وجمع كل المعلومات لكشف مرتكبي هذه المخالفات، وإبلاغها للوزير المكلف بالبيئة و الوزراء المعنيين".

وزير البيئة إصدار قرار بتحديد الموظفين الذين تكون لهم صفة الضبط القضائي مما يعني ذلك أن السلطة التنفيذية تملك سحب القرار وإلغاءه وحسب رغبتها وهذا مما قد يؤدي إلى وقوع تجاوزات وتعديات على الحريات والحقوق الفردية، لذلك يجب أن يكون تحويل صفة الضبط القضائي بقانون منعاً من تسلط السلطة التنفيذية.

المبحث الثاني

سلطات الضبط القضائي الخاص

يقع على عاتق مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص في مجال جرائم الاعتداء على البيئة العديد من المهام والمسؤوليات التي تتطلب منهم القيام للوصول إلى الغاية المنشودة - من سن التشريعات البيئية - وهي ضبط الجرائم البيئية والتوصل إلى مرتكبيها، وتقديمهم للمحاكمة لينالوا الجزاء الرادع نتيجة ما اقترفوه في حق البيئة، لكي يكونوا عظة وعبرة لغيرهم ممن تسول لهم أنفسهم انتهاك البيئة والإضرار بها.

ومأموري الضبط القضائي في مجال البيئة يستوجب عليهم أن يكونوا من أصحاب الخبرات ولديهم مؤهلات تمكنهم من أداء عملهم على أكمل وجه، ولهم في سبيل القيام بمهامهم الحق في ممارسة كافة السلطات التي يمنحها القانون لهم صراحة، وضبط الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القوانين والقرارات البيئية المتعلقة بمجال عملهم، وعليهم التقيد بحدود اختصاصهم المكاني المحدد لهم ولهم الحق في كشف الجرائم بكافة الوسائل الممكنة طالما كانت هذه الوسائل لا تضر بحقوق الأفراد ولا تقيد حرياتهم، أي أن تكون كافة الأدلة التي توصل إليها مأمور الضبط وكافة ما قام به من إجراءات في نطاق القانون ومبدأ المشروعية.

ويمكننا أن نوجز مهام مأموري الضبط القضائي في مجال البيئة فيما

يلي :

أولا : القيام بأعمال الرقابة والتفتيش:

بادي ذي بدء نوضح بأنه يمنح غالبا مأموري الضبط الإداري في مجال حماية البيئة صفة الضبطية القضائية، لكي يتمكنوا من ضبط الجرائم البيئية في حال اكتشافها إذا تبين لهم ذلك أثناء قيامهم بأعمال الرقابة والتفتيش المسندة إليهم والمكلفين بها قانونا وهذا ما نصت عليه المادة (11) من القانون رقم 1995/21 بإنشاء الهيئة العامة للبيئة بدولة الكويت بقولها "بندب المدير العام من الهيئة أو غيرها من الجهات الإدارية المعنية الموظفين اللازمين للقيام بأعمال التفتيش التي يتطلبها تنفيذ هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له وإثبات ما يقع من مخالفات لأحكامه ويكون لهؤلاء الموظفين صفة الضبطية القضائية ولهم في سبيل ذلك دخول الأماكن التي تقع بها هذه المخالفات وتحرير المحاضر وأخذ العينات وإجراء القياسات والدراسات اللازمة لتحديد مدى تلوث البيئة ومصادر التلوث والتأكد من تطبيق النظم والاشتراطات الخاصة بحماية البيئة كما لهم الاستعانة برجال الشركة إذا اقتضى الأمر ذلك" كما نصت المادة (69) من قانون حماية البيئة الإماراتي "يصدر وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بالاتفاق مع وزير الصحة قرارا بتحديد موظفي الهيئة والسلطات المختصة الذين تكون لهم صفة مأموري الضبط القضائي في مجال التفتيش على المنشآت والأماكن وغيرها للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له. ولموظفي الهيئة والسلطات المختصة الذين تقررت لهم صفة مأموري الضبط القضائي أن يضبطوا أية مخالفة لأحكام هذا القانون وأن يحيلوا المخالف طبقا

للإجراءات المعمول بها في الدولة إلى السلطات القضائية المختصة". وما ورد في المادة (76) من قانون حماية البيئة اليمني " ... كما أن لهم التفتيش عن المنشآت إذا وجدت الدلائل بتوفر إحدى الحالات الآتية :

- 1 - تداول غير قانوني للنفايات الخطرة.
- 2 - نشاط مضر بيئيا
- 3 - منشأة أو مشروع يتم تشغيلها دون الحصول على الترخيص البيئي
- 4 - تصرف مخالف للقانون
- 5 - اعتداء على الحياة البرية والبحرية والنباتات البرية أو المحميات الطبيعية
- 6 - عدم الحصول على الترخيص والوثائق أو السجلات التي تتعلق بتنفيذ أحكام هذا القانون".

وما ورد في المادة (62) من قانون حماية البيئة القطري "ويكون لهم سلطة التفتيش على جميع الأماكن التي تمارس نشاطا يؤثر على البيئة لمراقبة أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية"

فيجب على مأمور الضبط أن لا ينتظر في مقر عمله لحين ورود بلاغ إليه بوجود جريمة في حق البيئة، بل عليه القيام بتفقد المناطق والأماكن التي في دائرة اختصاصه لمتابعة الوضع البيئي فيها. ومن ثم إذا تبين له أن هناك مخالفة لأحكام قوانين البيئة أن يتجرد على الفور من صفته كمأموري ضبط إداري ويبدأ في مباشرة عمله وممارسة اختصاصاته كمأمور ضبط قضائي لضبط هذه المخالفة وجمع كافة الأدلة اللازمة على إثباتها والتوصل إلى مرتكبيها، واتخاذ الإجراءات المقررة قانونا في حقهم.

وإذا ما استلزم الأمر دخول البيوت أو الشقق أو غيرها من محلات الإقامة الخاصة، فعلى مأمور الضبط القضائي الحصول على إذن من القاضي المختص²⁷.

ثانيا : دخول الأماكن العامة المختلفة :

يقصد بالأماكن العامة : الأماكن التي يحق لأي شخص الدخول فيها أو المرور بها دون أن يتوقف هذا الحق على إذن من الغير. ومن أمثلتها الشوارع والحدائق والمزارع والطرق والشواطئ العامة. فيقع على عاتق مأموري الضبط القضائي الانتقال إلى الأماكن العامة المختلفة ومطالعة مدى تطبيق التشريعات البيئية في تلك الأماكن للتأكد من عدم وجود أي انتهاكات للبيئة. وبالطبع فإن مأمور الضبط القضائي عند تواجده في الأماكن العامة سيقوم بمهمته المشار إليها سالفا والمتمثلة في الرقابة والتفتيش، وبالتالي يحق له مثلا أثناء تواجده في أي منطقة صناعية أخذ العينات اللازمة من الهواء الخارجي بهذه المنطقة. وإجراء القياسات المطلوبة لبيان مدى جودة الهواء بها والتأكد من عدم تجاوز النسب المسموح بها حسب المعايير البيئية المقررة. ولا يعد دخول الأماكن العامة تفتيشا حيث أنه لا يستهدف البحث عن أدلة جريمة معينة، بل مجرد إجراء إداري فإذا ما كشف هذا الدخول عن حالة تلبس استرد مأمور الضبط القضائي سلطاته كما بينتها القوانين مستندا إلى حالة التلبس ذاتها، ومن بينها التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق²⁸.

27 - وهذا ما أكدت عليه المادة (77) من قانون حماية البيئة اليمني "إذا كانت الأنشطة التي تمارس أو الأدوات أو المواد أو الوثائق المطلوب ضبطها توجد في محل إقامة خاص أو مسكن، فلا يجوز لمفتش البيئة دخولها دون الحصول على إذن من الجهات القضائية المختصة".

28 - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 401-452.

ثالثا : دخول أماكن العمل المختلفة :

يقصد بأماكن العمل : أي مكان معد لمباشرة نشاط صناعي أو حرفي أو تجاري أو مهني أو سياحي أو طبي أو ما غير ذلك طالما كان عليه الالتزام بتطبيق كل أو بعض أحكام قوانين حماية البيئة واللوائح والقرارات المنفذة لها.

ويحق لمأموري الضبط القضائي دخول أماكن العمل المختلفة بدون إذن صاحب العمل طالما كانت المنشأة غير متوقفة عن العمل، وعليه القيام بالإطلاع على السجلات والبيانات المتواجدة بمكان العمل، وأخذ العينات والقياسات والفحوصات اللازمة التي تمكنه من التأكد من صلاحية وكفاءة بيئة العمل في هذا المكان، وعدم وجود أية أضرار بيئية تؤثر على حق وسلامة العاملين فيه، بالإضافة إلى التأكد من عدم تأثير المكان ذاته على جودة البيئة الخارجية. وهذا ما أكدت عليه الفقرة (21) من المادة (60) من النظام العام للبيئة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية بقولها "يحق للسلطة المختصة القيام بما يلي : 1 - دخول وتفتيش مرافق المشاريع. 2 - طلب تقارير عن الأنشطة التي يحتمل ان تؤدي إلى تلوث او تدهور بيئي. "وما ورد في المادة (62) من قانون حماية البيئي القطري "كما يكون لهم في أي وقت دخول جميع الأماكن التي تقع بها المخالفات لأحكام التشريعات البيئية وتحرير محاضر بضغط هذه المخالفة واتخاذ الإجراءات القانونية المقررة بشأنها ولهم على وجه الخصوص القيام بما يلي : 1 - دخول وتفتيش المنشآت مع مراعاة قوانين السلامة والتشغيل لهذه المرافق. 2 - طلب تقارير عن الأنشطة التي يحتمل أن تؤدي إلى تلوث أو تدهور بيئي." والمادة (52) من قانون البيئة الفلسطيني والفقرة (أ) من المادة (7) من قانون

حماية البيئة الأردني²⁹، كما أعطت المادة (80) من قانون حماية البيئة المصري والفقرة (4) من المادة (62) من قانون حماية البيئة القطري الحق لمأموري الضبط القضائي بالصعود إلى متن السفينة والمنصات البحرية ودخول المنشآت والمرافق المشيدة على حافة الشواطئ للتأكد من مدى التزامها بتطبيق أحكام القانون³⁰.

رابعا : أخذ العينات والقياسات اللازمة

يجب على عضو الضبط القضائي أن يثبت جرائم البيئة التي يتوصل إليها بكافة الأدلة والبراهين المتحصل عليها بشكل قانوني سليم، فأى إجراء يقوم به مأمور الضبط بالمخالفة للقانون لا يعتد به، ويترتب عليه البطلان. ومن أهم الأدلة التي يتوقف عليها مدى مسؤولية صاحب المنشأة هي نتائج العينات التي يحصل عليها مأمور الضبط القضائي، فلذلك يكون لأخذ العينة وإجراء التحاليل والقياسات المطلوبة أهمية بالغة، لصاحب الشأن الطعن في

29 - انظر نص المادة (52) من قانون البيئة الفلسطيني والمادة (1/7) من قانون حماية البيئة الأردني

30 - حيث نصت المادة (80) من قانون حماية البيئة المصري "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية يكون لمأموري الضبط القضائي المشار إليهم في المادة (78) كل فيما يخصه، الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر وتفقد وسائل نقل الزيت والمواد الملوثة للبيئة البحرية للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له وتوفير معدات ووسائل معالجة المخلفات..." والفقرة (4) من المادة (62) من قانون حماية البيئة القطري "الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر وتفقد وسائل النقل والمواد الملوثة للبيئة البحرية للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له وتوفير معدات ووسائل معالجة المخلفات مع الالتزام بشروط ولوائح السلامة والتشغيل المقررة."

إجراءاتها ونتائجها إذا تبين له عدم صحتها. ولهذا يتعين على مأمور الضبط القضائي مراعاة الأصول الفنية والعلمية الواجبة الإلتباع في هذا الصدد من جانب، وبما يكفل ويحمي صاحب المنشأة من جانب آخر، وهذا ما نصت عليه الفقرة (3) من المادة (20) من النظام العام للبيئة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية بقولها "يحق للسلطة المختصة القيام بما يلي : -... 3. أخذ العينات من النفايات والمواد المستخدمة أو المخزونة أو الناتجة من قبل المشروع للتأكد من التزام المشروع بأنظمة ومقاييس حماية البيئة." والمادة (52) من قانون البيئة الفلسطيني "لمفتشي الوزارة بالتعاون مع الإدارات والجهات المختصة الحق في دخول المنشآت بغرض تفتيشها وأخذ العينات وإجراء القياسات والتأكد من تطبيق مقاييس وشروط حماية البيئة ومنع التلوث." والفقرة (3) من المادة (62) من قانون حماية البيئة القطري "أخذ العينات من النفايات والمواد المستخدمة أو المخزونة أو الناتجة عن المشروع للتأكد من التزامه بأنظمة ومقاييس حماية البيئة."

خامسا : تحرير المحاضر

يجب على مأمور الضبط القضائي عند ضبط أي جريمة أن يحرر محضرا بذلك يثبت فيه كافة الإجراءات التي قام بها وما لديه من معلومات بشأن هذه الجريمة، ووقت اتخاذ هذه الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن يشتمل المحضر على اسم وصفة محررة وتاريخ تحريره، وأن يحمل توقيع الشهود والخبراء الذين تم سماعهم، بالإضافة إلى كافة البيانات التي تخص المنشأة المخالفة وصاحبها أو بيانات المخالف والترخيص، وأن يرفق مع المحضر كافة المستندات والوثائق والمخططات إن وجدت والتي يرى مأمور الضبط القضائي أهميتها في إثبات الجريمة ويرسلها بعد ذلك إلى الجهة المختصة قانونا بإجراء التحقيق، وهذا ما ورد في قانون حماية البيئة

اليمني³¹ وأشارت له المادة (62)) من قانون حماية البيئة القطري، علما بأن قطر قد استحدثت نيابة متخصصة بشؤون البيئة ضمن إدارات النيابة العامة تعرف بنيابة البيئة مهمتها تلقي الاخبارات والبلاغات عن الجرائم البيئية حيث أن لها سلطة القيام بإجراءات الضبط القضائي الخاص بنفسها مباشرة والتصرف بمحاضر الضبط التي تعرض عليها للتحقيق والتصرف في المتهمين والمضبوطات مع إعداد لوائح الاتهام أو الحفظ حسب الأدلة المتوفرة³².

سادسا : تحصيل المبالغ النقدية

نصت المادة (70) من قانون حماية البيئة الإماراتي على أنه "يكون لمأموري الضبط القضائي عند وقوع المخالفة إذا. رغب ربان الوسيلة البحرية أو المسؤول عنها مغادرة الميناء على وجه عاجل تحصيل مبالغ فورية بصفة مؤقتة تحت حساب تنفيذ عقوبة الغرامة أو التعويضات التي يقضي بها في الحدود المنصوص عليها في هذا القانون على ألا يقل هذا المبلغ عن الحد الأدنى المقرر للغرامة مضافا إليه جميع النفقات والتعويضات التي تحددها السلطات المختصة بالاتفاق مع الهيئة لإزالة آثار المخالفة. ويجوز تقديم خطاب ضمان بنكي بقيمة المبالغ المشار إليها تقبله السلطات المختصة." والمادة (79) من قانون حماية البيئة المصري "يكون لمأموري الضبط القضائي المنصوص عليهم في المادة السابقة عند

31 - حيث ورد في المادة (72) من قانون حماية البيئة اليمني "على المفتشين التابعين لمختلف الجهات المختصة بالبيئة والذين يتمتعون بصفة الضبط القضائي وفقا لحكم المادة السابقة القيام بضبط المخالفات والجرائم الماسة بالبيئة وتحرير محضر ضبط بدون نوع المخالفة أو الجريمة ومرتكبها وتاريخ ضبطها ومكان وقوعها...".

32 - سميح الكايد، النيابة سجلت 240 قضية بيئية خلال عام، مقال منشور في جريدة الراية القطرية بتاريخ 2004/5/9.

وقوع المخالفة إذا رغب ربان السفينة أو المسؤول عنها مغادرة الميناء على وجه عاجل تحصيل مبالغ فورية بصفة مؤقتة تحت حساب تنفيذ عقوبة الغرامة والتعويض التي يقضي بها في الحدود المنصوص عليها في الباب الرابع من هذا القانون على ألا تقل عن الحد الأدنى المقرر للمخالفة مضافا إليها جميع النفقات والتعويضات التي تحددها الجهة الإدارية المختصة لإزالة آثار المخالفة. ويمكن تقديم ضمان مالي عن قيمة هذه المبالغ تقبله الجهة الإدارية المختصة، وذلك بمراعاة أحكام الاتفاقية الدولية في شأن المسؤولية المدنية المترتبة عن أضرار التلوث بالزيت الموقعة في بروكسيل عام 1969". والمادة (63) من قانون حماية البيئة القطري "يكون لمأموري الضبط القضائي المنصوص عليهم في المادة السابقة، عند رغبة ربان السفينة المخالفة أو المسؤول عنها مغادرة الميناء على وجه عاجل، تحصيل تأمين نقدي منه يغطي قيمة الغرامات والتعويضات التي يحتمل الحكم بها، على ألا تقل عن الحد الأدنى المقرر للمخالفة مضافا إليه جميع النفقات والتعويضات التي تقدرها الجهة الإدارية المختصة لإزالة المخالفة ويجوز بدلا عن سداد التأمين النقدي، تقديم خطاب ضمان مصرفي أو أي ضمان آخر تقبله الجهة الإدارية المختصة مما تسمح به قواعد القانون الدولي المقررة في هذا المجال، وبخاصة أحكام الاتفاقية الدولية في شأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالزيت الموقعة في بروكسيل عام 1969".

يلاحظ بأن حدود وسلطات مأموري الضبط القضائي قد اتسعت وذهبت إلى حد قيام المشرع الجنائي البيئي بأن منح لهم صلاحية أخذ مبالغ نقدية بصورة عاجلة ومؤقتة تحت بند تنفيذ عقوبة الغرامة على الرغم من عدم اكتمال الإجراءات الجنائية بحق المخالف أو صدور حكم جنائي بحقه،

وفي حالة عدم تيسر المبالغ النقدية يستطيع المخالف تقديم خطاب ضمان مصرفي بقيمة المبالغ النقدية أعلاه. وعند تعذر ذلك، نجد أن قانون حماية البيئة القطري قد أعطى الحق لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحجز السفينة التي يمتنع ربانها عن دفع الغرامات والتعويضات الفورية المقررة، ولا يرفع الحجز إلا بعد دفع المبالغ النقدية المستحقة أو تقديم ضمان مالي غير مشروط³³.

المبحث الثالث

المشكلات التي تواجه أعضاء الضبط القضائي الخاص

إن عمل أعضاء الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام يتسم دائماً بالمشقة والخطورة، ولا يختلف الحال عنه بالنسبة لأعضاء الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص في نطاق التشريعات البيئية. فضبط الجرائم البيئية يستلزم من أعضاء الضبط القضائي الصبر والمثابرة وسعة الصدر عند تعاملهم مع أصحاب المنشآت والمخالفين، فضلاً عن تحملهم مشقة العمل البيئي وما يترتب عليه من أخطار ومضار، نتيجة التعرض المباشر في أغلب الأحيان لمصادر التلوث، ولأجواء بيئية خطيرة تؤثر سلباً على الحالة الصحية لأعضاء الضبط القضائي الخاص.

33 - نصت المادة (64) من قانون حماية البيئة القطري على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابقة يكون للجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية لحجز أي سفينة يمتنع ربانها أو مالكتها أو المسؤول عنها عن دفع الغرامات والتعويضات الفورية المقررة في حالة التلبس أو في حال الاستعجال المنصوص عليها في المادة السابقة. ويرفع الحجز إذا تم دفع المبالغ المستحقة أو تقديم ضمان مالي غير مشروط."

ورغما عن كل ما يتعرض له أعضاء الضبط القضائي من مخاطر، إلا أنه تواجههم مشاكل أخرى لا تختلف في أهميتها عن المخاطر التي يتعرضون لها والمصاعب التي تعيق عملهم، وهذه المشكلات تتمثل بإيجاز فيما يلي :

أولا : قلة الأجهزة ومعدات القياس اللازمة

إن أجهزة الرصد ومعدات القياس والأدوات اللازمة لإثبات جرائم المساس بالبيئة تشكل أهمية خاصة لمأموري الضبط القضائي كونها تعد الوسائل التي لا غنى عنها في قيامه بعمله، لأنه قد يتعذر أو يستحيل الكشف عن هذه الجرائم والتوصل إليها بدون استخدام هذه الوسائل. أو يستحيل الكشف عن هذه الجرائم والتوصل إليها بدون استخدام هذه الوسائل. ولكن على أرض الواقع نجد أن هذه الوسائل لا تتوافر بالشكل المطلوب لجميع مأموري الضبط القضائي، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية ضبط كافة المخالفات البيئية وعلى الأخص التي تتعلق بتجاوز النسب والمعايير البيئية، والتي تكون أشد في خطورتها وأكثر في أهميتها من المخالفات الأخرى المتعلقة بالنظم والاشتراطات البيئية، والتي يتسنى إدراكها بالعين المجردة وبدون استخدام أدوات أو أجهزة لذلك.

ومما لاشك فيه أن ندرة الوسائل اللازمة لعمل مأموري الضبط القضائي يترتب عليها بلا شك إعاقة لعملهم وتزايد نسب الملوثات المختلفة سواء في البيئة الخارجية أو الداخلية مما يعود على البيئة في النهاية بالسلب ولهذا نجد أن المادة 16 من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي قد أوجبت على المحلات والمنشآت التي ينتج عن ممارستها نشاطها تلوث بيئي توفير

أجهزة القياس اللازمة لمراقبة التلوث وفي حالة عدم توفرها فيتم الاستعانة بالمكاتب الاستشارية والمختبرات سواء أكانت حكومية أو أهلية³⁴.

ثانيا : عدم تعاون أصحاب الشأن مع أعضاء الضبط القضائي

يواجه غالبا أعضاء الضبط القضائي عند دخولهم المنشآت الحرفية والصناعية المختلفة للقيام بأعمال التفتيش اللازمة مشكلة خطيرة تتمثل في عدم التعاون معهم من قبل القائمين على هذه المنشآت، بل أحيانا يحاول بعض العاملين فيها تعطيل وإعاقة دخول مأموري الضبط وتمكينهم من أداء عملهم في يسر وسهولة بمبرر عدم وجود تعليمات بذلك من قبل أرباب العمل. فضلا عن محاولة البعض منهم إخفاء بعض البيانات والمعلومات عن مأموري الضبط القضائي خشية من استخدامها كأدلة للإدانة ضدهم.

وقد يكون مرد هذه التصرفات الجهل بأحكام قوانين البيئة ولوائحها، على الرغم من أن أغلب التشريعات البيئية قد نصت على أحقية الموظفين الذين لهم صفة الضبطية القضائية من الاستعانة برجال الشرطة عند الحاجة لذلك³⁵. كما تضمنت هذه التشريعات عقوبات على من يخالف أوامر

34 - نصت المادة (16) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي على أنه "على الجهات التي ينتج عن نشاطها تلوث بيئي القيام بما يأتي : أولا، توفير أجهزة قياس ومراقبة التلوث وحسب طبيعته وتزويد الدائرة بنتائج القياسات، وفي حالة عدم توفرها إجراء الفحوصات لدى المكاتب والجهات الاستشارية والمختبرات التي تعتمدها الدائرة. ثانيا، توفير وسائل ومنظومات معالجة التلوث وتشغيلها والتأكد من كفاءتها ومعالجة الخلل حال حدوثه وإعلام الدائرة بذلك. ثالثا، بناء قاعدة معلومات وإداتها خاصة بحماية البيئة وتراكيز ومستويات الملوثات الناتجة عن المصدر وحسب طبيعتها".

35 - انظر نص المادة (11) من قانون البيئة الكويتي والمادة (83) من قانون حماية البيئة المصري.

مأموري الضبط أو يعيق عملهم³⁶ خاصة إذا ما علمنا بأن بعض الدول العربية كالأردن مثلاً قد استحدثت شرطة بيئية متخصصة مهمتها الحفاظ على البيئة من خلال تطبيق القوانين والتشريعات البيئية وحماية عناصرها ومكوناتها من الاعتداء عليها بتعزيز مفهوم الأمن البيئي وإحكام السيطرة والمراقبة وضبط المخالفين تحقيقاً للتوازن والتنمية المستدامة بما ينعكس إيجاباً على صحة وسلامة المواطنين وديمومة الموارد الطبيعية بالتعاون والتنسيق مع كافة مؤسسات الدولة. حيث يلاحظ أنه قد يحدث أحياناً استعانة مأموري الضبط القضائي برجال الشرطة في بعض المواقف التي تواجههم لتمكينهم من أداء عملهم، ولكن لم يجد مأموري الضبط المعاونة الكافية نتيجة تأخر وصول رجال الشرطة أو عدم استجابتهم ووصولهم إلى المكان المطلوب، مما يترتب على ذلك فشل مهمة مأموري الضبط القضائي.

بناء عليه، نجد أن قانون حماية البيئة اليمني قد أوجب على أصحاب المشاريع ضرورة معاونة مفتشي البيئة من أداء مهامهم حيث نصت المادة (78) منه "على أصحاب المشروعات أو الأنشطة أو المواد أو النفايات تمكين مفتشي البيئة من القيام بمهامهم وتزويدهم بالمعلومات والبيانات الضرورية المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون، وعليهم على وجه الخصوص تمكينهم من :

- أ - فحص المواد والمنتجات التي توجد في أماكن التفتيش أو أي شيء آخر يفيد في تنفيذ أحكام هذا القانون ولائحته.
- ب - فتح وفحص العبوات التي تحتوي على هذه المواد أو المنتجات وأخذ عينات منها للفحص".

36 - انظر نص المادة (2/13) من قانون حماية البيئة الكويتي والمادة (89) من اللائحة التنفيذية له.

ج - فحص الوثائق والسجلات أو أية وثائق أخرى التي تحتوي على معلومات تتعلق بتطبيق نصوص هذا القانون ولائحته"

وكذلك نصت المادة (53) من قانون البيئة الفلسطيني "على أصحاب المشاريع والأنشطة المختلفة تمكين المفتشين التابعين للوزارة والجهات المختصة من القيام بمهامهم وتزويدهم بالمعلومات والبيانات التي يرون ضرورة الحصول عليها تنفيذاً لأحكام هذا القانون". والمادة (82) من قانون حماية البيئة المصري "على كل ربان أو مستغل لسفينة تستخدم الموانئ المصرية أو المرخص لها بالعمل في البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو لمأموري الضبط القضائي المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له التسهيلات لأداء مهمتهم". والمادة (65) من قانون حماية البيئة القطري "على كل ربان أو مالك أو مسؤول عن سفينة تستخدم الموانئ القطرية أو يكون مرخصاً لها بالعمل في البحر الإقليمي أو المنطقة المتاخمة أو المنطقة الاقتصادية الخالصة للدولة، أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو لمأموري الضبط القضائي المنوط بهم تنفيذ هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له التسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم".

ثالثاً : نقص الكوادر الفنية

على الرغم من أن بلادنا العربية قد أصدرت منذ عقد التسعينات ولحد الآن قوانين وأنظمة وتشريعات شاملة لحماية البيئة من مخاطر التلوث، إلا أن الجهات المختصة في تطبيق القانون لا تزال تعاني من التخطي في كيفية تفعيله بسبب النقص الحاصل في الكوادر الوطنية المؤهلة ونقص ذلك أعضاء الضبط القضائي الخاص من الفنيين والخبراء البيئيين فمن المعوقات الأساسية التي تحول دون تطبيق القوانين البيئية والاتفاقيات

البيئية الدولية والإقليمية بشكل فاعل النقص الواضح في الكوادر الوطنية المتدربة في مجال تطبيق القانون البيئي على المستوى الوطني رغم أن معظم تشريعات وقوانين حماية البيئة العربية تضع مسألة تنمية الكوادر البشرية الوطنية من الأهداف الأساسية التي تسعى إليها بلادنا العربية. ورغم ذلك نرى بأن الفجوة لا تزال واسعة بين النص القانوني والجانب التطبيقي مما يحول دون تطبيق القوانين والأنظمة البيئية القائمة رغم أهميتها في هذه المرحلة من التطور السريع في الخطط التنموية للحد من آثارها السلبية على البيئة والإنسان على المدى الطويل ومن أجل الوصول إلى التنمية المستدامة للحفاظ على الموارد الطبيعية، كما أن الجهات الرسمية المختصة بتطبيق الاتفاقيات البيئية الدولية والإقليمية لا تعتبرها ملزمة لها كما هو شأن التشريع الوطني أو القانون الداخلي، مما يؤدي إلى عدم الاستفادة منها لحماية بيئتنا العربية الجميلة³⁷.

37 - د. بدرية عبد الله العوضي، القانون البيئي العربي بين النظرية والتطبيق، مقال منشور في جريدة الحياة بتاريخ 2004/8/23.

الخاتمة

يتضح لنا من خلال موضوع البحث المهام الجسيمة الملقاة على عاتق مأموري الضبط القضائي والتي تمثل أهمية بالغة في تنفيذ التشريعات البيئية، فهذه المهام في حال نجاحها وتنفيذها بالشكل المطلوب ستحقق الغرض من سن هذا التشريعات وهو حماية البيئة والمحافظة عليها. وقد خالصنا إلى النتائج التالية :

1 - أهمية وجود الضبط القضائي الخاص الذي يتولى الضبط والتحقيق في الجرائم والمخالفات البيئية وأن يراعي فيمن يحمل صفة الضبط القضائي البيئي أن يكون ذا مستوى علمي رفيع يتمتع بخبرة فنية عالية نظرا لطبيعة جرائم ومخالفات البيئة الدائمة الحركة والتطور، فمن الصعب ضبطها والكشف عنها حيث يتطلب الكشف عنها وإثباتها على مرتكبيها طرق فنية يتعذر على أعضاء الضبط القضائي العام إثباتها واكتشافها.

2 - يعد موضوع حماية البيئة من أهم المواضيع الذي يتكامل فيه دور القائمين بالضبط الإداري مع القائمين بالضبط القضائي، عندئذ تمارس الدولة فيها سلطاتها سواء ضببية إدارية من خلال مراقبة التلوث البيئي، أو ضببية قضائية من خلال الكشف عن الجرائم البيئية والمخالفات التي تقع في عناصر البيئة المختلفة في الجانب الآخر، فالجهات الإدارية التي تمنح التراخيص والإجازات والشهادات للمنشآت والمحلات لممارسة أعمال ونشاطات تتعلق بعناصر البيئة - وهي مهام الضبط الإداري - ومتابعة ذلك في حالة المنشآت والمصانع والشركات التي منحتها تلك التراخيص، وهي ذاتها تتولى التفتيش وضبط ما يتعلق بها من مخالفات وإحالتها إلى التحقيق

- وهذا من اختصاص الضبط القضائي أصلاً - وهكذا يجتمع عمل القائمين بالنوعيين من الضبط في عملية واحدة.

3 - إن وظيفة الضبط القضائي الخاص تبدأ حيث تنتهي وظيفة الضبط الإداري فلا يتدخل عضو الضبط القضائي الخاص إلا إذا وقعت جريمة بيئية سواء أكانت هذه الجريمة في بدايتها الأولى أو اكتملت أركانها وذلك بجمع كافة الأدلة والإثباتات على وقوع الجريمة والتوصل إلى مرتكبيها لتقديمهم إلى الجهات التحقيقية المختصة.

4 - اتفقت معظم التشريعات وقوانين حماية البيئة العربية على إعطاء صفة الضبط القضائي لكافة الموظفين والعاملين في دوائر حماية البيئة إلا أنها اختلفت في أن تخويل هذه الصفة قد يكون بقانون كما نص على ذلك القانون القطري والأردني والفلسطيني واليميني في حين تجد إن قوانين كل من مصر والإمارات وعمان قد أعطت الحق لوزير العدل بعد الاتفاق مع وزير البيئة على إصدار قرار بتحديد الموظفين المتمتعين بصفة الضبط القضائي أما الكويت فقد أعطت هذا الحق للمدير العام للهيئة العامة للبيئة وبالمقابل نجد قوانين كل من العراق والجزائر لم تعط صفة الضبط القضائي لكافة الفرق البيئية على الرغم من ان واجباتهم وسلطاتهم هي نفسها واجبات ومهام أعضاء الضبط القضائي الخاص.

5 - إن مهام وسلطات أعضاء الضبط القضائي الخاص في نطاق حماية البيئة تتمثل في القيام بأعمال الرقابة والتفتيش ودخول الأماكن العامة المختلفة ومن ضمنها أماكن العمل المتنوعة وأخذ العينات والقياسات الضرورية وتحرير محاضر ضبط المخالفات البيئية وتحصيل المبالغ النقدية.

6 - أجمعت كافة قوانين حماية البيئة العربية على الأخذ بكل المهام الملقاة على عاتق أعضاء الضبط القضائي الخاص وتكاد تكون النصوص القانونية متشابهة إلى حد كبير بين قوانين حماية البيئة العربية.

7 - إن المشكلات التي تواجه عمل أعضاء الضبط القضائي الخاص تتمثل في قلة الأجهزة ومعدات القياس الفنية اللازمة لأداء واجباتهم وعدم تعاون أصحاب الشأن مع أعضاء الضبط القضائي أثناء قيامهم بجولاتهم التفتيشية وتفقد كافة المحلات والمصانع والمنشآت مما يضطرهم إلى الاستعانة برجال الشرطة في بعض الحالات التي تواجههم لتمكينهم من أداء واجباتهم بشكل صحيح وأخيراً مشكلة نقص الكوادر البشرية والخبرات الفنية في الكوادر الوطنية المؤهلة من الفنيين والخبراء البيئيين.

التوصيات

نرى ضرورة توفير بعض المتطلبات اللازمة حتى يتسنى توفير الحماية الإجرائية للبيئة بالشكل الملائم والفعال، وبما يمكن مأموري الضبط من أداء مهامهم في يسر وسهولة، حتى تأتي التشريعات البيئية بثمارها التي ستعود على البيئة بالمرود الإيجابي.

ويمكننا تلخيص هذه المتطلبات في التالي :

1 - العمل على تأهيل وتدريب مأموري الضبط بشكل دوري على كيفية تنفيذ التشريعات البيئية وكيفية مواجهة المشاكل الميدانية التي يواجهونها أثناء تأدية مهامهم، وعلى استخدام الأجهزة والأدوات اللازمة لضبط الجرائم البيئية وإثباتها.

2 - ضرورة توفير الأجهزة والمعدات الحديثة لمأموري الضبط القضائي والتي يتم استخدامها في الكشف عن الجرائم البيئية.

3 - إنشاء إدارة مستقلة بوزارة الداخلية تكون مهمتها مصاحبة مأموري الضبط القضائي في جولاتهم وزيارتهم للمنشآت المختلفة أثناء قيامهم بأعمال الرقابة والتفتيش، لتمكينهم من أداء عملهم بأيسر الوسائل وقمع أي اعتداء يقع عليهم وتحديد استحداث إدارة شرطة متخصصة في جرائم البيئة.

4 - تضمين التشريعات البيئية العربية بنصوص تلزم أصحاب الشأن معاونة مأموري الضبط القضائي وتسهيل عملهم وتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لهم، ومعاقتهم في حالة الإخلال بذلك.

5 - إثراء الوعي البيئي لجميع شرائح المجتمع العربي ولكافة فئاته بصفة عامة، وأصحاب المنشآت الحرفية والصناعية بصفة خاصة بأهمية البيئة وضرورة المحافظة عليها، مع تزويدهم أولاً بأول بالنظم والاشتراطات والمعايير الواجب عليهم التقيد بها وفقاً للأنشطة التي يباشرونها؛

6 - توسيع قاعدة المشاركة الشعبية بإعطاء الجمعيات والمؤسسات ذات الصلة بالبيئة في القيام بدورهم في المتابعة والمراقبة ورصد أي تجاوزات تقع على البيئة. مع ضرورة إنشاء مراكز علمية تضم مواطنين وجمعيات تتولى تقييم البرامج والمشاريع التنموية ذات الأبعاد الضارة بالبيئة وعرض نتائج المردود البيئي على الجهات الرسمية في بلادنا العربية بدلا من حصر تلك المهمة بيد الدولة والجهات الحكومية.

7 - ضرورة إنشاء نيابة عامة متخصصة بشؤون البيئة في بلادنا العربية ضمن إدارات النيابة العامة تعرف بنيابة البيئة مهمتها مساعدة الأجهزة المختصة لمتابعة وتنفيذ سياسات قوانين وأنظمة حماية البيئة

العربية كما أنها تباشر التحقيق والتصرف ومباشرة الدعوى الجنائية أمام المحاكم عن الجرائم البيئية.

8 - زيادة صلاحيات عضو الضبط القضائي الخاص بالقدر الذي يمكنه من مواجهة مخالفة المنشآت والمرافق العامة للمعايير البيئية.

9 - ينبغي مراجعة قوانين البيئة في الدول العربية بصفة دورية لمواكبة التطورات المستجدة على المستوى القانوني البيئي الدولي.

I . S . M

المصادر والمراجع

أولا : الكتب

1. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
2. د. آمال عثمان عبد الرحيم، التموين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
3. د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، ج1، ط1، 1955.
4. د. داود الباز، حماية السكنية العامة-الضوضاء، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
5. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج4، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932.
6. د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري- النشاط الإداري، ط1، 1984.
7. د. عبد الرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة، ط1، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1985.
8. د. عوض محمد، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
9. د. محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، ج1، ط3، 1965.
10. د. محمد عودة الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، ط1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1986.

11. د. محمد محمد بدران ، مضمون فكرة النظام ودورها في مجال الضبط الإداري، ط1، 1992.
12. د. محمود حافظ، قرار الضبط الإداري، ط1، 1964.
13. د. نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 3، العدد، 2006.
14. د. نواف كنعان، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، 2004.
15. د. نور الدين الهنداوي، الحماية الجنائية للبيئة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
16. ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.

ثانيا : القوانين

1. قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (3) لسنة 1997.
2. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971.
3. قانون حماية البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994
4. قانون حماية البيئة وتميئها الاتحادي الإماراتي رقم (24) لسنة 1999.
5. قانون تنظيم ورقابة استخدام المصادر المشعة والوقاية من أخطارها الاتحادي الإماراتي رقم (1) لسنة 2002.

6. قانون حماية البيئة اللبناني رقم (444) لسنة 2002
7. النظام العام للبيئة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية رقم (م/3) لسنة 1421 هـ.
8. قانون حماية البيئة اليمني رقم (26) لسنة 1995.
9. قانون حماية البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة 1999
10. قانون حماية البيئة الكويتي رقم (21) لسنة 1995
11. قانون حماية البيئة الأردني رقم (52) لسنة 2006
12. قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة 1950
13. قانون حماية البيئة القطري رقم 30 لسنة 2002
14. قانون حماية البيئة ومكافحة التلوث العماني رقم (2001/114) لسنة 2001
15. قانون حماية البيئة الجزائري رقم (10/3) لسنة 2003.

ثالثا : مواقع الأنترنت

<http://www.arblaws.com/board/>

<http://www.beaah.com/home/Templet/laws-protection.html>

www.minshawi.com/vb/showthread.php

www.arabenvironment.net/arabic/archive/

<https://www.gcsar.gov.sy/forum/showthread.php>

www.arcel.kuniv.edu.kw/

www.ince.org/mena/arabregion/regionalmeeting/Jordan-rangers.pdf

www.nauss.edu.sa/NAUSS/Arabic/Menu

[/ELibrary/ScLetterRessearch/Masters/](http://ELibrary/ScLetterRessearch/Masters/)

www.ecaa.gov.eg/arabic/main/report_achivements

رابعاً : المقالات

1. د. بدرية عبد الله العوضي، القانون البيئي العربي بين النظرية والتطبيق، مقال منشور في جريدة الحياة بتاريخ 2004/8/23.
2. سميح الكايد، النيابة سجلت 240 قضية بيئية خلال عام، جريدة الراية القطرية، 2004/5/9
3. شرين يونس، ندوة بأبوظبي تدعو لإنشاء شرطة لمكافحة جرائم البيئة، جريدة الأخبار، 2005/6/21.

خامساً : البحوث والرسائل العلمية

1. د.نواف كنعان، دور الضبط الإداري في حماية البيئة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد3، العدد، 2006
2. حسن محمد المعيوف، الحماية الجنائية للبيئة في تشريعات مجلس التعاون لدول الخليج العربية "دراسة تأصيلية"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426هـ.

الاعتقال الاحتياطي والمراقبة القضائية

الأستاذ بوشعيب عسال

قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف بسطات

مقدمة :

إن الاعتقال الاحتياطي تدبير استثنائي سالب للحرية يتجسد في وضع المتهم بالسجن، ولقد أدى الإفراط في ممارسة سلطة الاعتقال الاحتياطي من قبل النيابة العامة وقاضي التحقيق واكتضاض السجون نتيجة ذلك إلى ارتفاع أصوات تدعو إلى الحد من اللجوء إليه إلا للضرورة القصوى، ومن هنا كان التفكير في إيجاد تدبير أو تدابير إلى جانبه، وتجلى ذلك في سن المراقبة القضائية التي استحدثت بمقتضى قانون المسطرة الجنائية الجديد، وهي تعتبر من أهم المستجدات وتشكل طفرة كبرى في مجال احترام حقوق الإنسان، ومشرع المسطرة الجنائية الجديدة وإن كان في مفهوم المادة 159 قد سواها بالاعتقال الاحتياطي عندما اعتبرهما معا تدبيرين استثنائيين يعمل بهما في الجنايات أو في الجناح المعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية فإن هناك بونا شاسعا بينهما، فالمراقبة القضائية تبقى مجرد تدابير (المادة 161) وهي وإن كانت تحد من حرية الشخص أو من بعض حقوقه فإنها تدابير تخول له أن يبقى حرا في حين أن الاعتقال الاحتياطي يؤدي إلى حرمانه من حريته والزج به في السجن.

وسنقسم هذا العرض إلى ثلاث مباحث :

المبحث الأول : الاعتقال الاحتياطي : تعريفه، الاعتقال الاحتياطي أمام قاضي التحقيق وخصائصه، والاعتقال الاحتياطي أمام هيئات الحكم وخصائصه.

المبحث الثاني : المراقبة القضائية : تعريفها، الاختصاص في سنها، اختصاص قاضي التحقيق والمسطرة المتبعة أمامه، وإلغاء المراقبة القضائية من طرفه، اختصاص هيئات الحكم، وإلغاء المراقبة القضائية أمامها.

المبحث الثالث : إشكالية لجوء الغرفة الجنحية لوضع المتهم تحت المراقبة القضائية عند النظر في استئناف أوامر قاضي التحقيق المتعلقة بالسراح المؤقت.

المبحث الأول

الاعتقال الاحتياطي

*** تعريفه :** يلاحظ أن المشرع عرف الاعتقال الاحتياطي في موضعين من المسطرة الجنائية، أحدهما اعتد فيه بماهيته وهو ما نصت عليه المادة 159 من كونه تدبيراً استثنائياً، والآخر اعتد فيه بمداه الزمني وهو ما عرفت به الفقرة الثانية من المادة 618 المعتقل الاحتياطي بصيغة ((يعتبر معتقلاً احتياطياً كل شخص تمت متابعته جنائياً ولم يصدر بعد في حقه حكم اكتسب قوة الشيء المقضى به)).

الاعتقال الاحتياطي أمام قاضي التحقيق : وهو تدبير سالب للحرية بموجبه يودع المتهم بالسجن متى كانت ضرورة التحقيق تقتضي ذلك بمبرر جعل المتهم رهن إشارة القاضي لإجراء الاستتطاقات والمواجهات اللازمة إذا خيف من أنه لن يحضر مستقبلاً لجلسات التحقيق، أو لكون الاعتقال الاحتياطي فيه حفاظ على أمن المتهم نفسه من ثأر أهل المجني عليه، أو

لكون هذا الاعتقال فيه حفاظ على النظام العام إذا كان المتهم يشكل خطرا على المجتمع، وقاضي التحقيق يؤسس أمره بالإيداع بالسجن على مقتضيات المادتين 152 و 153 من ق.م.ج.

*** خصائصه :**

إن الاعتقال الاحتياطي أمام قاضي التحقيق يختلف عن الاعتقال الاحتياطي أمام هيئات الحكم من حيث مدته إذ أن المشرع حدد مدته أمام قاضي التحقيق، ويختلف أمده فيما إذا كانت القضية موضوع التحقيق تكتسي صبغة جناحة أو صبغة جنائية.

ففي الجناح تكون مدة الاعتقال الاحتياطي شهرا واحدا قابلة للتديد مرتين ولنفس المدة، وإذا لم يتخذ قاضي التحقيق أمرا بالإحالة أو بعدم المتابعة بعد انصرام مدة ثلاثة أشهر فإنه يجب عليه أن يطلق سراح المتهم بقوة القانون ويواصل التحقيق معه في حالة سراح (المادة 176 من ق.م.ج)

أما في الجنايات فمدة الاعتقال الاحتياطي شهران قابلة للتديد خمس مرات ولنفس المدة، وإذا استنفذ قاضي التحقيق أقصى أمد الاعتقال الاحتياطي (سنة واحدة) دون أن يتخذ أمرا بالاحالة أو بعدم المتابعة فإنه يجب أن يطلق سراح المتهم بقوة القانون ويواصل التحقيق معه في حالة سراح.

ويلاحظ في هذا المجال وعلى ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد فإن الأمر بالإيداع بالسجن الصادر عن قاضي التحقيق والذي يكون سندا للاعتقال الاحتياطي أصبح قابلا للطعن بالاستئناف أمام الغرفة الجنحية استنادا للمادتين 152 و 223 من ق.م.ج. وعلى العكس من ذلك فإن الأمر بالإيداع بالسجن الصادر عن وكيل الملك أو الوكيل العام للملك والذي يكون

سندا للاعتقال الاحتياطي أمام هيئات الحكم استنادا للمادتين 47 و73 من ق.م.ج غير قابل لأي طعن.

أما الاعتقال الاحتياطي أمام هيئات الحكم فلا يخضع لأي تمديد، ويظل المتهم حاملا لصفة معتقل احتياطي إلى أن يكتسي الحكم الصادر في حقه قوة الشيء المقضي به (المادة 618) وعندئذ يتحول إلى مدان حسب الفقرة الأولى من نفس المادة.

المبحث الثاني :

المراقبة القضائية

تعريفها : هي جملة تدابير سنها قانون المسطرة الجنائية الجديد كحل وسط ما بين اعتقال المتهم احتياطيا أو تركه في حالة سراح والذي لم يكن لقاضي التحقيق من قبل خيار آخر غيرهما، وهذه التدابير تتيح للمتهم أن يبقى حرا وفي الوقت نفسه تضمن حضوره أمام قاضي التحقيق في كل آن لمباشرة الاستنطاقات والمواجهات اللازمة معه وتحول بينه وبين الفرار من وجه العدالة.

الاختصاص في سنها :

لقد أوكل المشرع سنها بصفة أصيلة لقاضي التحقيق، كما أسند سنها أحيانا لمحاكم الموضوع لما تقضي بمنح المتهم السراح المؤقت.

اختصاص قاضي التحقيق :

لقد خول المشرع لقاضي التحقيق وعندما يمثل المتهم أمامه لأول مرة أثناء الاستنطاق الأولي أن يضعه تحت المراقبة القضائية بإخضاعه لواحد أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة 161 من ق.م.ج.

والتدابير المتخذة في هذا الشأن تهدف إلى ضمان حضور المتهم لإجراءات التحقيق اللاحقة.

كما يمكن لقاضي التحقيق وبعد أن يكون قد أمر سلفا بإيداع المتهم بالسجن وبعد أن تظهر معطيات جديدة في إجراءات التحقيق اللاحقة تجعل استمرار الاعتقال الاحتياطي غير ذي جدوى أن يمتنع المتهم بالإفراج المؤقت مشفوعا بالمراقبة القضائية عملا بمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 178 من ق.م.ج.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع قصر الإفراج المؤقت المشفوع بالمراقبة القضائية على الإفراج المؤقت الذي يأمر به قاضي التحقيق تلقائيا في إطار المادة 178 من ق.م.ج وكان عليه أن ينص عليه أيضا في المقتضيات المتعلقة بالإفراج المؤقت المؤسس على طلب المتهم أو محاميه في المادة 179 وهو ما لم يفعله، غير أن قضاة التحقيق دأبوا على منح الإفراج المؤقت مشفوعا بالمراقبة القضائية في إطار المادة 179 رغم خلو هذا النص من الإشارة إلى المراقبة القضائية.

مسطرة المراقبة القضائية أمام قاضي التحقيق :

عندما يمثل المتهم أمام قاضي التحقيق سواء في إطار دعوى عمومية محرقة من طرف النيابة العامة (المطالبة بإجراء تحقيق) أو محرقة من طرف المتضرر (الشكاية المباشرة) ويقتضي نظره إخضاعه للمراقبة القضائية طبقا للمادتين 160 و 161 من ق.م.ج فإنه يصدر أمرا معللا بأسباب يبلغه فوراً وشفاهيا للمتهم كما يبلغه للنيابة العامة داخل أربع وعشرين ساعة، وينص على هذا التبليغ في آخر محضر الاستنطاق.

ويحق للنيابة العامة وللمتهم ودفاعه استئناف الأمر القاضي بالوضع تحت المراقبة القضائية ويمتد أجل الاستئناف إلى اليوم الموالي لصدور الأمر، وتبث الغرفة الجنحية في هذا الاستئناف داخل خمسة أيام من تاريخ إحالة الملف عليها.

ويلاحظ في هذا المجال أن المشرع وإن خول للمتهم استئناف أمر قاضي التحقيق بوضعه تحت المراقبة في إطار المادة 160 من ق.م.ج فإنه أغفل النص على ذلك في المادة 223 من نفس القانون التي حددت على سبيل الحصر الأوامر القابلة للاستئناف من طرف المتهم الواردة في باب "استئناف أوامر قاضي التحقيق" والتي غالبا ما تعتمد على الغرفة الجنحية عند البث في استئناف أوامر قاضي التحقيق والتي على ضوءها إما أن تقضي بقبول الاستئناف أو بعدم قبوله، ونرى أنه تلافيا لهذا الإغفال يجب إضافة الفقرة الثانية من الفصل 160 لتكون من مشمولات المادة 223 المشار إليها سابقا.

كما تجدر الإشارة إلى أنه وبقراءة متأنية للمادة 160 يتضح بجلاء أنه في حالة إحالة الملف من قبل النيابة العامة على قاضي التحقيق بمقتضى مطالبة بإجراء تحقيق فإن المشرع يخول للنيابة العامة حق طلب وضع المتهم تحت المراقبة القضائية بدليل أن الفقرة الثانية من الفصل المذكور أوجبت على قاضي التحقيق عندما يتخذ أمرا بالوضع تحت المراقبة القضائية أن يبلغه لها داخل أربع وعشرين ساعة ولها الحق في استئنافه، فلو كان المشرع قد خول لها التماس وضع المتهم تحت المراقبة القضائية لما أوجب على القاضي تبليغ الأمر لها في جميع الأحوال لأن التبليغ للنيابة العامة لا يكون إلا في الأوامر المخالفة لمتمساتها.

ونرى أنه كان حريا بالمشرع أن يضيف فقرة في المادة 160 من ق.م.ج بالنص على : "يصدر قاضي التحقيق تلقائيا أو بناء على ملتمس النيابة العامة أمرا بشأن الوضع تحت المراقبة القضائية يبلغ في الحال شفاهيا للمتهم ... كما يبلغه للنيابة العامة إذا لم تكن قد التمسته...الخ" وهذا الحق الذي سيخول للنيابة العامة سيكون مماثلا لما خوله لها المشرع في الفقرة الثانية من المادة 178 عندما أجاز لها أن تلتمس من قاضي التحقيق الإفراج المؤقت عن المتهم إلى جانب الإباحة التي خولت للقاضي نفسه بأن يفرج تلقائيا عن المتهم كما هو منصوص عليه في الفقرة الأولى من نفس المادة.

إلغاء المراقبة القضائية :

إن المراقبة القضائية وعلاوة على كونها تدبيرا استثنائيا فإنها تعتبر تدبيرا مؤقتا.

وصفة الوقتية تظهر على مستويين

أولهما : أن مدة المراقبة القضائية هي شهران بالنسبة للجنايات وتمدد خمس مرات لنفس المدة أي أن أقصى أمدتها هو سنة وفي الجرح شهر واحد تمدد لمرتين وأقصاها ثلاثة أشهر كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ثانيهما : هو إمكانية إلغائها في جميع مراحل التحقيق إما لفائدة المتهم أو ضده.

إلغاء المراقبة القضائية لفائدة المتهم :

يجوز لقاضي التحقيق تبعا للفقرة الرابعة من المادة 160 أن يلغي الأمر القاضي بالوضع تحت المراقبة القضائية بمقتضى أمر جديد يبلغ للنيابة العامة وذلك بناء على طلب المتهم أو محاميه أو بناء على طلب

النيابة العامة نفسها، ويصدر الأمر بالإلغاء إذا ارتأى قاضي التحقيق أن المتهم قد نفذ الالتزامات والتدابير التي كان خاضعا لها بمقتضى المراقبة القضائية كأن حضر جميع الاستنطاقات والمواجهات اللازمة وأضحى من غير المفيد إبقاؤه خاضعا لتدابير المراقبة القضائية.

والسؤال الذي يعنينا بمناسبة تناول دراسة إلغاء المراقبة القضائية لفائدة المتهم هو ما موقف هذا الأخير إذا طلب هو شخصا أو محاميه إلغاء المراقبة القضائية ورفض قاضي التحقيق الاستجابة لذلك، هل يحق للمتهم الطعن في الأمر بالرفض أمام الغرفة الجنحية أم لا ؟ نرى أنه في ظل مقتضيات المادة 223 التي حددت على سبيل الحصر الأوامر التي يحق للمتهم استئنافها أن هذا الأخير لا يجوز له استئناف الأمر القاضي برفض إلغاء المراقبة القضائية وأنه إذا طعن بالاستئناف فإنه سيواجه بعدم القبول لكون المادة 223 المشار إليها لم تتضمن الأمر الصادر وفق الفقرة 4 من المادة 160.

لذلك يحسن بالمشرع وفي إطار كفالة حقوق الدفاع المخولة للمتهم لتحرر من تدابير المراقبة القضائية مادام قد حق له طلب إلغاؤها أن يضيف في المادة 223 قابلية الاستئناف للأمر الصادر في إطار الفقرة الرابعة من المادة 160.

إلغاء المراقبة القضائية ضد المتهم :

كما يمكن لقاضي التحقيق إلغاء الوضع تحت المراقبة أثناء جميع مراحل التحقيق إذا لم يحترم المتهم الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى تدبير أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة 161 وعمد إلى خرقها وعدم الاستجابة إلى تنفيذها، وفي هذه الحالة فإن قاضي التحقيق يستشير النيابة العامة بمقتضى قرار بالاطلاع يبين فيه الدواعي والحيثيات التي

تدعوه إلى إلغاء الوضع تحت المراقبة القضائية، وبعد وضع النيابة العامة لملمتها الكتابي في الموضوع فإن القاضي يصدر أمرا بإيداع المتهم بالسجن أو أمرا بإلقاء القبض.

ويستحسن في نظرنا أن يلجأ قاضي التحقيق في البداية إلى إصدار أمر بإلقاء القبض في حق المتهم فإذا حضر أمامه بمقتضى هذا الأمر وأتى بدليل يدل عن حسن نيته لتبرير عدم تنفيذ التدبير الصادر في حقه (المراقبة القضائية) واقتنع به القاضي وأخضعه للاستطاق أو المواجهة التي لم يحضرها تلقائيا اكتفى بالأمر بإلقاء القبض فقط كجزاء وأصدر في حقه أمرا جديدا بالمراقبة القضائية إذا تطلب الأمر حضوره أمامه مستقبلا، وإذا لم يقتنع قاضي التحقيق بالمبررات التي أتاها المتهم واتضح له أن خرق المراقبة القضائية كان متعمدا وأن حضوره مستقبلا أمامه ضروري فإنه يصدر في حقه أمرا بالإيداع بالسجن.

وهناك حالة ثالثة لإلغاء المراقبة القضائية وهي الناجمة عن اكتمال التمديد خمس مرات بالنسبة للجنايات ومرتين للجناح والتحقيق لازال جاريا، ونرى أنه كان يجب التنصيص عليها في المادة 160 بالقول "وتلغى المراقبة القضائية إذا انتهى أقصى أمد التمديد والتحقيق لازال جاريا" وذلك إسوة بما نص عليه عند انتهاء آجال تمديد الاعتقال الاحتياطي (حالة المادتين 176 و177) مادامت المراقبة القضائية والاعتقال الاحتياطي تدبيرين استثنائيين كما نص على ذلك في المادة 159.

اختصاص هيئات الحكم بالوضع تحت المراقبة القضائية

إنه وتبعاً لما سبقت الإشارة إليه فإن المتهم المعروضة قضيته بعد المتابعة (من طرف النيابة العامة أو من طرف قاضي التحقيق) على هيئة الحكم وتأسيساً على مقتضيات المادة 618 يبقى معتقلاً احتياطياً، وليس هناك

أجل أقصى لنهاية هذا الاعتقال الاحتياطي ولا يمكن إطلاق سراح المتهم بقوة القانون كما هو حال المعتقل الاحتياطي أمام قاضي التحقيق الذي ينتهي أقصى أمد الاعتقال الاحتياطي في حقه، ويستمر المتهم حاملا لصفة معتقل احتياطي أمام هيئة الحكم إلى أن يصدر في حقه حكم مكتسبا لقوة الشيء المقضى به ليتحول بعد ذلك إلى مدان.

ولا يمكن للمعتقل الاحتياطي أمام هيئة الحكم أن يتحلل من هذه الوضعية إلا عن طريق السراح المؤقت.

والتساؤل المطروح هو هل تملك محكمة الموضوع المحال عليها المتهم المعتقل احتياطيا سلطة وضعه تحت المراقبة القضائية ؟

حقا إن محكمة الموضوع تملك سلطة إمكانية وضع المتهم تحت المراقبة عندما تمتعه بالسراح المؤقت والسند في ذلك هو الفقرة الأخيرة من الفصل 180 التي تنص على : "علاوة على ذلك يمكن للمحكمة أن تمنح السراح المؤقت مقابل واحد أو أكثر من التدابير المنصوص عليها في المادة 161" ومعلوم أن المادة 180 المشار إليها سابقا هي المنظمة للسراح المؤقت أمام هيئات الحكم، ويظهر أن المشرع لما أباح لهيئة الحكم إمكانية وضع المتهم تحت المراقبة عندما تمتعه بالسراح المؤقت إنما استهدف من وراء ذلك ضمان حضوره لباقي جلسات المحاكمة.

إلغاء المراقبة القضائية من طرف هيئات الحكم :

وإذا كانت المسطرة الجنائية قد خولت هيئات الحكم جواز وضع المتهم تحت المراقبة القضائية عند تمتيعه بالسراح المؤقت فإنها حددت طريقة إلغائها أمام المحكمة الابتدائية وأمام غرفة الجنايات بشقيها الابتدائي والاستئنافي وذلك عند صدور الحكم.

وهكذا فإنه وبالنسبة للمحكمة الابتدائية فإن المادة 404 نصت على :
 "يتعين الإفراج أو رفع المراقبة القضائية عنم يأتي ذكرهم ما لم يكونوا
 معتقلين لسبب آخر :

1) المتهم بمجرد صدور الحكم ببراءته أو بإعفائه أو الحكم بحبسه
 مع إيقاف التنفيذ أو بالغرامة أو سقوط الدعوى العمومية.

وبالنسبة لغرفة الجنايات الابتدائية فإن المادة 434 تتحدث عن طريقة
 إلغاء المراقبة القضائية في الفقرة الأخيرة منها التي تنص على أنه : "يطلق
 فوراً سراح المتهم الذي صدر في حقه قرار بالبراءة أو الإعفاء أو سقوط
 الدعوى العمومية أو إيقاف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية ما لم يكن معتقلاً
 لسبب آخر، أو ترفع تدابير المراقبة القضائية عنه"، وهذه المقننات تطبق
 أيضاً أمام غرفة الجنايات الاستئنافية إعمالاً للفقرة قبل الأخيرة من المادة
 457 المنظمة للمسطرة أمام غرفة الجنايات الاستئنافية التي تحيل على المواد
 417 و 418 ومن 420 إلى 442 المطبقة أمام غرفة الجنايات الابتدائية،
 ومعلوم أن الفصل 434 يدخل ضمن هذه المواد.

ويلاحظ أن المشرع أغفل المسطرة التي تلغى بها المراقبة القضائية
 أمام غرفة الجناح الاستئنافية إذ لم يشر إليها بتاتا عند التطرق لمشمولات
 القرار الصادر عن غرفة الجناح الاستئنافية المنصوص عليها في المواد من
 408 إلى 412.

كما تنبغي الإشارة أيضاً إلى أن المشرع لم يرتب أي جزاء عن
 إخلال المتهم بالمراقبة القضائية أمام هيئات الحكم كما فعل في الباب
 الخاص بقاضي التحقيق (الإيداع بالسجن أو إلقاء القبض) وكان حرياً به أن
 ينظم نفس الجزاء حتى يتم تحسيس المتهم بالعواقب الوخيمة المترتبة عن
 عدم الوفاء بالالتزامات التي تفرضها عليه المراقبة القضائية وحتى لا يعرقل

سير المحاكمة في الجلسات اللاحقة التي تلت تمتيعه بالسراح المؤقت وإخضاعه للمراقبة القضائية.

المبحث الثالث

إشكالية لجوء الغرفة الجنحية كمرجع استئنافي لأوامر قاضي التحقيق
بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية بعد تمتيعه بالسراح المؤقت

إن المشرع كما رأينا أسند الاختصاص في إخضاع المتهم للمراقبة القضائية أساسا لقاضي التحقيق استنادا لمقتضيات المادة 160 كما أسند الاختصاص في فرضها استثناء لمحاكم الموضوع التي تكون القضية الجنائية أو الجنحية لازالت رائجة أمامها عندما تمتع المتهم بالسراح المؤقت حسبما تكرسه الفقرة الأخيرة من المادة 180.

ويبدو أن هدف المشرع في إسناد الاختصاص لهاتين الجهتين هو ضمان حضور المتهم أمام قاضي التحقيق لإجراء الاستتطاقات والمواجهات اللازمة مادام التحقيق لازال جاريا، ولضمان حضور المتهم أمام هيئات الحكم ما دامت القضية الجنائية أو الجنحية لازالت جارية ولم يصدر فيها أي حكم.

وعلى العكس مما ذكر فإن الغرفة الجنحية وهي قضاء رقابة لأوامر قاضي التحقيق وليست قضاء موضوع لذلك فإن هدف المشرع من سن المراقبة القضائية والمتجلية في ترك المتهم في حالة سراح وضمن حضوره أمام الجهة التي فرضت عليه المراقبة القضائية يكون هدفا منعدها أمام الغرفة الجنحية مادام المتهم لا يمثل أمامها وقت نظرها في استئناف أوامر قاضي التحقيق.

وبالإضافة إلى العلة المذكورة وانعدام النص القانوني الذي يجعل الغرفة الجنحية مختصة في فرض المراقبة القضائية فإن هناك عللا وأسبابا أخرى تجعلها غير مختصة أيضا وهي :

العلة الأولى : إن الفقرة الثانية من المادة 231 التي تحدد اختصاصات الغرفة الجنحية بصفة عامة تنص على أنها تبث في "طلبات الإفراج المؤقت المقدمة إليها مباشرة...، وفي تدابير الوضع تحت المراقبة القضائية المتخذة طبقا للمادة 160..."

وبتمعن في قراءة هذه الفقرة يتجلى أن المشرع حصر دور الغرفة الجنحية في مراقبة أمر قاضي التحقيق القاضي بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية إما عن طريق التأييد أو الإلغاء بدليل أن الفقرة نصت على عبارة "تدابير الوضع تحت المراقبة القضائية المتخذة طبقا للمادة 160" أي التدابير التي يكون قاضي التحقيق قد اتخذها سلفا والتي تكون موضوعا للنظر استئنافيا أمام الغرفة الجنحية.

- وبعبارة أخرى فإن الفقرة الثانية من المادة 231 أحالت على المادة 160، ومعلوم أن هذا النص خص قاضي التحقيق وحده في وضع المتهم تحت المراقبة القضائية على أن القاضي يجب عليه أن يبلغ الأمر الذي يتخذه في هذا الشأن حالا وشفاهيا للمتهم ويسجل التبليغ في المحضر، كما يبلغه أيضا إلى النيابة العامة داخل أربع وعشرين ساعة ولهما الحق في استئنافه خلال اليوم الموالي لصدوره... ويجب على الغرفة الجنحية أن تبث في هذا الاستئناف داخل أجل خمسة أيام من تاريخ إحالة الاستئناف عليها.

- ويبدو بوضوح أن دور الغرفة الجنحية بعد إحالة الاستئناف عليها (الأمر بالوضع تحت المراقبة) الذي يكون قد استأنفه المتهم أو النيابة العامة أوهما معا دور رقابة ولا يخرج منطوق قرار الغرفة الجنحية عن ثلاث

فرضيات : إما تأييد أمر قاضي التحقيق القاضي بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية وإما إلغاؤه لصالح استئناف النيابة العامة والحكم من جديد بإيداع المتهم بالسجن، وإما إلغاؤه لفائدة استئناف المتهم والقول بإبقائه في حالة سراح وإلغاء المراقبة القضائية.

العلة الثانية :

إن وضع المتهم تحت المراقبة القضائية تترتب عنه آثار لا يمكن أن يباشرها إلا قاضي التحقيق ولا يمكن للغرفة الجنحية التي فرضتها أن تراقب تنفيذها أو تباشر السهر على الموجبات المترتبة عنها، ويمكن بيان أوجه ذلك في الآثار التالية :

أولاً : تكون مدة الوضع تحت المراقبة القضائية في الجنايات شهرين قابلة للتجديد خمس مرات، وتكون مدة الوضع في الجناح شهرا واحدا قابلة للتتمديد مرتين وذلك من أجل ضمان حضور المتهم أمام قاضي التحقيق، وإمكانية التتمديد هذه غير متاحة للغرفة الجنحية، إذ لا يمكن لها مراقبة آجال التتمديد لأن ملف التحقيق غير رائج أمامها والمتهم لا يمثل أمامها أصلا..

ثانياً : في حالة إخلال المتهم بالمراقبة القضائية فإن قاضي التحقيق وبعد استشارة النيابة العامة يصدر أمرا جديدا يلغي بمقتضاه أمره المتعلق بالمراقبة القضائية ويصدر أمرا بإلقاء القبض أو أمرا بالإيداع بالسجن، هذا إذا كان قاضي التحقيق هو الذي أصدر الأمر بالوضع تحت المراقبة القضائية، وإذا كانت الغرفة الجنحية هي التي أصدرت قرارا بالمراقبة القضائية مشفوعا بالسراح المؤقت فإن قاضي التحقيق الراجح أمامه ملف التحقيق وفي حالة الإخلال بالمراقبة لا يمكنه إلغاء قرار الغرفة الجنحية وترتيب الآثار المترتبة عن الإخلال (إلقاء القبض أو الإيداع بالسجن) لأنه

إن فعل ذلك فإنه سيكون قد ألغى قرارا صادرا عن جهة تراقبه وهو أمر غير مستساغ قانونا.

وإضافة إلى ذلك فإن قاضي التحقيق إذا كان هو الذي وضع المتهم تحت المراقبة القضائية فإنه في حالة الإخلال بها يمكنه أن يلغي أمره بالمراقبة القضائية وإصدار أمر بإيداع المتهم بالسجن ولا قيد عليه في ذلك سوى استشارة النيابة العامة بواسطة قرار بالإطلاع كما تنص على ذلك الفقرة قبل الأخيرة من المادة 160، أما إذا كانت الغرفة الجنحية هي التي قررت وضع المتهم تحت المراقبة القضائية بعد أن تمتعه بالسراح المؤقت فإنه بعد إخلاله بالمراقبة القضائية فإن قاضي التحقيق يتعذر عليه إيداعه بالسجن بعد استشارة النيابة العامة فقط كما تبيح له الفقرة المشار إليها سابقا لأن يده تصبح مغلولة عن أعمال هذه المادة بعلّة أن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 183 تمنعه من إصدار الأمر بالإيداع بالسجن في حق متهم سبق تمتيعه بالسراح المؤقت بناء على ملتزمات كتابية للنيابة العامة، وهو ما يتعارض مع السلطات المخولة لقاضي التحقيق فيما يخص ترتيب الآثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالمراقبة القضائية، تلك السلطات التي يلجأ إليها قاضي التحقيق (الأمر بالإيداع بالسجن أو الأمر بإلقاء القبض) بعد استشارة النيابة العامة فقط ودون أخذ رأي الغرفة الجنحية.

ثالثا : في حالة تقديم المتهم أو محاميه طلبا بإلغاء المراقبة القضائية (الفقرة الرابعة من المادة 160) المفروضة بمقتضى قرار الغرفة الجنحية فمن يتصدى للبت في الطلب أي الغرفة الجنحية أم قاضي التحقيق ؟ إن الأخير لا يستطيع البت في الطلب لأنه يتعذر عليه إصدار أمر بإلغاء قرار الغرفة الجنحية القاضي بالوضع تحت المراقبة القضائية، كما أن الغرفة الجنحية غير مختصة للبت في إلغاء المراقبة القضائية بناء على طلب المتهم

أو محاميه لأن الاختصاص للبت فيها يعود أصلا لقاضي التحقيق وحده حسب مقتضيات المادة 160.

ويستتج من العلل والأسباب المذكورة أن المشرع أناط بجهتين محددين على سبيل الحصر الاختصاص بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية وهما: قاضي التحقيق أساسا وهيئات الحكم استثناء عندما تمتع المتهم بالسراح المؤقت، أما الغرفة الجنحية فليست مختصة بوضع المتهم تحت المراقبة القضائية ولو شاء المشرع أن يسند لها هذا الاختصاص لنص على ذلك في مادة صريحة كما فعل بالنسبة لقاضي التحقيق وهيئات الحكم وكما رأينا سابقا.

لذلك فإننا لا نتفق مع الرأي القائل بأن الغرفة الجنحية مختصة هي الأخرى بالوضع تحت المراقبة القضائية عندما تبت كمرجع استئنافي في أوامر قاضي التحقيق المتعلقة بالإفراج المؤقت وهو الرأي المعبر عنه في الدراسة المنشورة بمجلة المحاكم المغربية الصادرة عن مجلس هيئة المحامين بالدار البيضاء العدد 112 يناير 2008 ص 29.

مهام واختصاصات الرئيس الأول محكمة الاستئناف بين الواقع والقانون

الأستاذ محمد النجاري
الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمراكش

الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف هو قاض يعين كغيره من قضاة المملكة بظهير شريف بناء على اقتراح من المجلس الأعلى للقضاء بعد استجماعه لمجموعة من المواصفات يقدرها أعضاء هذا المجلس، ولعل تسميته بالرئيس الأول هو تمييز له عن باقي الرؤساء لمحكمة الاستئناف ما دام أن كل محكمة استئنافية توجد بها عدة غرف يرأس كل واحدة منها رئيس، وتمييزا لمن يتولى منهم تسيير المحكمة إداريا ويقوم بمجموعة من الاختصاصات القانونية والقضائية سمي بالرئيس الأول إذ بالإضافة إلى أنه يمكن له أن يترأس إحدى غرف المحكمة ويطلق عليه اسم الرئيس كسائر رؤساء الغرف يكونون متعددين مما يعني أن كل واحد منهم يعمل رئيس غرفة بمحكمة الاستئناف وأن الرئيس الأول يبقى منفردا فإن البعض يسميه الرئيس الأول بمحكمة الاستئناف وليس رئيسا أول لمحكمة الاستئناف رغم أن هذه الصيغة الأخيرة هي الصحيحة وهي التي ترد في مراسلات المجلس الأعلى للقضاء.

واعتقد أن ذلك من باب التمييز الواضح أو زيادة في التقدير والاحترام لهذه الشخصية القضائية، وعلى أي فإن الرئيس الأول لمحكمة

الاستئناف سواء كانت عادية أو إدارية أو تجارية يعين من بين القضاة العاملين بمحاكم المملكة ليتولى القيام بالاختصاصات المسندة إليه سواء تلك المنصوص عليها قانونا أو المستمدة من العمل القضائي والعرف الإداري علما بأنه يخضع إداريا لإشراف الرئيس الأول للمجلس الأعلى وسأحاول استعراض تلك الاختصاصات بناء على ما وقفت عليه من نصوص قانونية أو عمل قضائي أو من خلال ما تكون لدي من تجربة متواضعة في هذا الموضوع.

أ - اختصاص الرئيس الأول في ظل قانون المسطرة المدنية :

إذا كان الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف هو قاض بنفس المحكمة ويمكنه بهذه الصفة أن يتولى رئاسة أية غرفة بها ويقرر في أي ملف رائج بمحكمته فإن المشرع المغربي فضلا عما ذكر أسند له بصفته رئيسا أول بعض الاختصاصات القضائية ومن ذلك ما نصت عليه الفصول 142 و 149 و 298 و 320 و 321 وسأتعرض بإيجاز إلى مقتضيات هذه الفصول.

1 - اختصاصه في إطار الفصل 142 من ق م م :

لقد نص هذا الفصل في فقرته الثانية والثالثة على أن مقال الاستئناف يجب أن يرفق بنسخ مصادق على مطابقتها للأصل من لدن المستأنف بعدد الأطراف المستأنف عليهم وإذا لم تقدم أية نسخة أو كان عدد النسخ غير مساو للأطراف تطلب كتابة الضبط من المستأنف أن يدلى بهذه النسخ داخل عشرة أيام ويدير الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف القضية بعد مرور الأجل في الجلسة التي يعينها وتصدر المحكمة الاستئنافية قرارا بالتشطيب مما يعني أن كتابة الضبط تشعر الأطراف تلقائيا بالإدلاء بعدد النسخ الكافية من مقالات الاستئناف وفي حالة عدم الاستجابة تحيل الملف على الرئيس

الأول لإدراجه في أقرب جلسة من أجل التشطيب عليه. فهل يطبق ذلك في الواقع العملي وما هي الإشكاليات التي يمكن أن تثار بمناسبة تطبيق هذه المقتضيات.

إنه من المعلوم أنه بمجرد إحالة الملفات المستأنفة على محكمة الاستئناف وتسجيلها في سجلات خاصة وإعطائها أرقاما تسلسلية تحال على الرئيس الأول لتعيين مستشار مقرر يقوم بالإجراءات المنصوص عليها في الفصل 329 وما بعده ومن تلك الإجراءات تعيين تاريخ النظر في القضية أي تاريخ الجلسة الأولى الشيء الذي يمكن معه القول وهو ما عليه الواقع عمليا إلا في بعض الاستثناءات، أن الرئيس الأول لا يقوم بتعيين تاريخ الجلسة غير أنه بمقتضى المادة 142 موضوع التعليق يتولى هذا الأخير تعيين الجلسة إذا تبين له أن الطرف المستأنف لم يدل بعدد النسخ الكافية من المقال رغم إنذاره من طرف كتابة الضبط وبالنظر إلى تجربتي المتواضعة في هذا الإطار فإن هذه المهمة لا تمارس عمليا ذلك أن كتابة الضبط لا تحيل الملفات على الرئيس الأول إلا من أجل تعيين مستشار مقرر مع أن المشرع أعطاهم صلاحية التأكد من مدى إرفاق المقال الاستئنافي بنسخ كافية وبعده الأطراف المراد تبليغهم هذه النسخ.

لكن وعلى فرض أن كتابة الضبط مارست هذه المهمة وأحالت الملف على الرئيس الأول لتعيين تاريخ أول جلسة فهل يقوم بذلك دون تعيين مستشار مقرر أم أن عليه تعيين هذا المقرر ثم تعيين تاريخ الجلسة، وهل هذا التعيين يلزم المستشار المقرر أم أن له صلاحية تغييره؟ وهل بمجرد إدراج الملف بجلسة ما نتيجة عدم استجابة الطرف المستأنف لإنذار كتابة الضبط بالإدلاء بالنسخ الكافية تصبح نتيجة التشطيب على الملف حتمية

وملزمة للهيئة القضائية المدرج الملف بجلستها ؟ أم أنه يمكن لهذه الأخيرة أن تتخذ قرارا مغايرا على ضوء ما قد يحدث أمامها من إمكانية الإدلاء بالنسخ المطلوبة أو غير ذلك، علما بأن الفصل 47 من نفس القانون يعطي المحكمة إمكانية التشطيب على القضية من جدول الجلسة إذا لم يحضر المدعى أو نائبه المستدعى بصفة قانونية ولم تتوفر على أي عنصر يسمح لها بالبت في الطلب مما نرى أن قرار الرئيس الأول بإدراج الملف في جلسة يعينها لا يعني أن المحكمة ملزمة باتخاذ قرار بالتشطيب وفق منظور الرئيس الأول وإنما تسترجع صلاحيتها في اتخاذ أي قرار تراه.

وأذكر أنه بمناسبة العمل كرئيس لإحدى المحاكم الإدارية في بداية عملها كانت تصادفنا مشاكل عملية في تبليغ الاستدعاءات للإدارة المدعى عليها وعدم جوابها مما يبقى الملف متدحرجا من جلسة لأخرى رغم أن موضوع القضية قد يكون غير مؤسس الشيء الذي جعل البعض من رؤساء هذه المحاكم وبعد اطلاعه على الملف وتقديره لعدم جدية الطلب يدرج الملف بإحدى الجلسات مكتفيا باستدعاء الطرف الطالب أو نائبه ولا توجه الاستدعاء للإدارة المطلوب ضدها إلا متى قام المدعى بتعزيز طلبه استنادا إلى ما يقوم به رئيس المحكمة الإدارية الفرنسية في هذا الإطار بمقتضى نص خاص.

2 - اختصاصه في إطار الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية

لقد أحدث المشرع المغربي بمقتضى قانون المسطرة المدنية الصادرة سنة 1974 تعديلا جوهريا في الاختصاص الاستعجالي إذ بالإضافة إلى إبقائه على اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية بصفة قاضيا أصليا للمستعجلات أشرك معه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في هذا

الاختصاص بشروط معينة وهو ما أشار إليه في الفصل 149 من هذا القانون حينما نص في فقرته الثالثة على أنه إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام - مهام قاضي المستعجلات - رئيسها الأول، متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي أقدم على إحداث هذه الصلاحية للرئيس الأول بمقتضى مرسوم مؤرخ في 28 غشت 1972 كما يقول الأستاذ محمد السماحي في كتابه التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي ص 384.

ولقد ثار نقاش كبير حول اختصاص الرئيس الأول المغربي في هذا الإطار وما إذا كان هو وحده المختص دون إمكانية النيابة عنه وما هي حدود صلاحيته، وقد دفعنا النقاش القائم بين كبار قضاة المملكة آنذاك أمثال الأساتذة العربي المجبود وعبد الواحد الجراري ورشيد العراقي ومحمد بوزيان إلى تناول هذا الموضوع من وجهة نظرنا تم نشره في مجلة الملحق القضائي عدد 22 كما شارك أساتذة الجامعات والطلبة والباحثين بدورهم فيه، وبذلك أصبح الموضوع مستهلكا على أن الجديد الذي قد يأتي به مشروع قانون المسطرة المدنية الجديد مهياً من طرف وزارة العدل والمعروض على قضاة المملكة لإبداء وجهة نظرهم فيه هو حذفه لمثل هذه الصلاحية إذ المشروع لم يتضمن مشاركة الرئيس الأول لقاضي المستعجلات في البت في الطلبات الاستعجالية ابتدائيا وانتهائيا وإنما أسند له بمقتضى المادة 183 منه النظر كمرجع استئنافي في الأوامر الاستعجالية التي يصدرها قاضي المستعجلات بالمحكمة الابتدائية علما بأن كل من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية والتجارية لهما نفس الصلاحيات بمقتضى الإحالة على قانون المسطرة المدنية.

3 - اختصاص الرئيس الأول في إطار الفصل 298

إن هذا الفصل جاء ضمن الباب الخامس من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالتجريح ذلك أنه متى وجدت إحدى أسباب التجريح المنصوص عليها في الفصل 295 من نفس القانون وجب اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها من طرف القاضي المجرح، وأنه متى تعلق الأمر بوجود أحد أسباب تجريح رئيس محكمة ابتدائية وجب عليه أن يصرح بذلك للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التي تقع محكمته داخل دائرة نفوذها وعلى هذا الأخير أن يقرر ما إذا كان يتعين على رئيس المحكمة الابتدائية المعني أن يتخلى عن الحكم في القضية كما أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يستمع بمقتضى المادة 296 من نفس القانون إلى كل قاض يعمل بإحدى محاكم الدائرة سواء كانت ابتدائية أو استئنافية قدم طلب لتجريحه ما دام أن محكمة الاستئناف هي المختصة بالنظر في مثل هذه الطلبات سواء تعلق الأمر بقاض يعمل في إحدى المحاكم الابتدائية التابعة لها أو في محكمة الاستئناف نفسها إذ تنظر في الطلب وهي منعقدة كخرفة للمشورة، ولقد أسند المشرع المغربي نفس الصلاحيات للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 80.03 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية في حين أحالت المادة 19 من قانون إحداث المحاكم التجارية على قواعد المسطرة المدنية لتطبيقها أمام المحاكم التجارية ومن ذلك طبعا المواد المشار إليها أعلاه.

4 - اختصاص الرئيس الأول بمقتضى قانون التحكيم :

لقد عمد المشرع المغربي إلى إصدار القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المتعلق بالتحكيم وأبقى على اختصاص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في هذا الإطار ذلك أن الفصل 31-32 من القانون الجديد نص في فقرته الأخيرة على أنه إذا تعلق التحكيم باستئناف حكم وجب إيداع الحكم التحكيمي لدى

كتابة ضبط محكمة الاستئناف وفقا لمقتضيات الفقرة السابقة ويصدر الأمر بتذليل الحكم بالصيغة التنفيذية عن الرئيس الأول لهذه المحكمة وقد يكون الأمر متعلقا بمحكمة الاستئناف العادية أو التجارية مادام أن الفصل 308 أجاز للأشخاص إبرام اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها خصوصا النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية.

5 - اختصاصه في إطار الفصل 329 من ق م م

إن هذا الاختصاص مرتبط بالاختصاص المنصوص عليه في الفصل 142 ذلك أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يعين مستشارا مقرا يسلم إليه الملف في ظرف أربع وعشرين ساعة ولعل التنصيص على هذا الوقت من طرف المشرع واستعماله للساعة بدل اليوم يدل على أنه يحث الرئيس الأول وباقي القضاة على الإسراع بالإجراءات المسطرية تحقيقا للعدالة السريعة والنزاهة، علما بأنه لم يرتب أي جزاء قانوني عن عدم احترام هذا الوقت، وفي الواقع العملي نجد أن تعيين المقرر غالبا ما يتم بالسرعة اللازمة ذلك أنه بمجرد إحالة الملف على الرئيس الأول يقوم بهذا التعيين، علما بأن كتابة الضبط تهيئ مطبوعا لهذا الغرض يتضمن جميع مراجع الملف ولا ينقصه إلا توقيع الرئيس الأول وإضافة اسم المقرر، وتجربتي في هذا الإطار تتمثل في إحداث سجل خاص بالكتابة الخاصة تسجل فيه أسماء المقررين وأرقام الملفات المدنية المحالة عليه وإعداد جذاذات تتضمن عدد الملفات المحالة على كل مقرر حتى يتسنى توزيعها توزيعا عادلا على السادة القضاة مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ التخصص من جهة وإسناد بعض الملفات ذات الأهمية من حيث الإشكاليات القانونية والعملية إلى قضاة مشهود لهم بالكفاءة المهنية أكثر من غيرهم، علما بأنني أعمد إلى استفسار بعض رؤساء المحاكم الابتدائية الذين يتأخرون في بعث الملفات المستأنفة

عن أسباب التأخير متى تعدت المدة الفاصلة بين وضع المقال الاستثنائي بالمحكمة الابتدائية ووصوله إلى محكمة الاستئناف أجل موضوعيا في إطار بسط الرقابة الرئاسية على رئيس المحكمة الابتدائية وعلى موظفيها مما يجعلهم يسرعون بتوجيه الملفات في أقرب وقت ممكن، ومن خلال ممارستي لهذه العملية يمكن أن أحدد متوسط الأجل الفاصل بين وضع المقال الاستثنائي بالمحكمة الابتدائية وتسجيله بمحكمة الاستئناف في 15 يوما مع بعض الاستثناءات سلبا أو إيجابا وبعد إحالة الملفات على المقررين بعد تعيينهم يقومون بتسجيلها في سجل خاص يسمى سجل المقرر لتتبع إجراءاتها من خلال هذا السجل رغم أن بعضهم لا ينفذ هذا الإجراء بعلة أو بأخرى قد تكون أحيانا موضوعية كما أن تعيين تواريخ الجلسات من طرف المقررين بعد إحالة الملفات عليهم قد يأخذ وقتا يتفاوت بين قاض وآخر حسب شخصية كل واحد منهم ومدى اهتمامه بقضاياها علما بأن بعض القضايا ذات الطابع الاستعجالي مثل طلبات إيقاف التنفيذ المعجل وإن كنت أعين فيها المقررين فإنه بالاتفاق مع هؤلاء أقوم بتعيين تاريخ الجلسة أيضا خلافا لمقتضيات الفصل 347 من قانون المسطرة المدنية التي تعطي هذا الاختصاص للمستشار المقرر، ثم يأتي بعد ذلك دور كتابة الضبط لتنفيذ الإجراء المتعلق باستدعاء الأطراف للجلسات المعينة من طرف المقررين وما يصاحب ذلك أحيانا من تأخر في التنفيذ قد يترتب عنه عدم احترام آجال الاستدعاءات أو عدم توصل الأطراف نتيجة إهمال الملفات بأدراج المكاتب وعدم تحرير وتوجيه الاستدعاءات داخل أجل معقول، على أن المعلومات التي هي في طريق التعميم قد تؤدي إلى تفادي هذه الأخطاء، وبالمناسبة لا بد أن أشير إلى أن بعض عمل الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف توجه أيضا إلى تعيين المقررين حتى في القضايا الجزرية استنادا

إلى الفصل 433 من قانون المسطرة الجنائية القديم والمادة 407 من القانون الجديد في فقرتها الثانية التي تنص على أنه بمجرد الانتهاء من استجواب المتهم حول هويته يتلو الرئيس أو أحد القضاة المستشارين تقريره حول الوقائع إذا طلب ذلك أحد الأطراف، مما يعني أن المقرر يجب أن يكون معنا مسبقاً من طرف الرئيس الأول، في حين لا يقوم آخرون بتعيين المقرر وإنما يتكون الأمر لرئيس الغرفة الذي يعمد إلى توزيع الملفات المحجوزة للمداولة بين أعضاء هيئته، وفي حالة النزاع يحتكم لدى الرئيس الأول، وقد سلكت التجربتين معا ذلك أنه عندما كنت رئيساً أول لمحكمة الاستئناف بفاس كنت أقوم بتعيين المقررين سلفاً تفادياً للاختلاف بين أعضاء الهيئة مع أخذ رأي رئيس الغرفة فيما يتعلق بهذا التعيين خاصة عندما يتعلق الأمر بالقضايا الجنائية، أما في مراكش فأترك هذه الصلاحية لرئيس الغرفة وأتدخل أحياناً للتحكيم، ولكل من الطريقتين مساوئها ومحاسنها فضلاً عن كون قانون المسطرة الجنائية لم ينص صراحة على قيام الرئيس الأول بتعيين المقررين في القضايا الجزرية.

ومن محاسن مسطرة التعيين هو تجنب الاختلاف بين القضاة في توزيع الملفات قصد تحريرها وإظهار سلطة الرئيس الأول في هذا الإطار إذ بمجرد التعيين يصبح المقرر ملزماً بتحرير الحكم الصادر في هذا الملف، ومن مساوئها أنه أمام كثرة الملفات المدرجة بالجلسات قد تحجز للمداولة ملفات بعض القضاة دون البعض الآخر مما يصبح معه هذا البعض مثقلاً بالتحضير دون الآخر، أما مسألة تلاوة التقرير من طرف الرئيس أو المقرر المنصوص عليها في المادة 407 المذكورة فهي مسألة نظرية فقط، إذ يمكنني أن أجزم بأنه لا وجود لأية محكمة تطبقها.

6 - اختصاصه في إطار الفصل 337 من ق م م

لقد أسند المشرع المغربي بمقتضى هذا الفصل للرئيس الأول تهيئ جدول كل جلسة علنية يبلغ إلى النيابة العامة ويعلق بباب قاعة الجلسات. ولقد تم تعميم هذا الإجراء على كل الجلسات سواء تعلق الأمر بالقضايا المدنية أو القضايا الجزرية، والواقع العملي لهذا الإجراء هو أن كتابة الضبط تقوم بتهيئ هذا الجدول وتحيله على الرئيس الأول قصد توقيعه علما بأن بعض العمل يعتمد إلى إحالة هذا الجدول على رئيس الجلسة بدلا من الرئيس الأول للإطلاع والتوقيع، وقد ساعدت المعلومات في إعداد هذه الجداول وتنظيمها كما أنه بواسطتها تستطيع كتابة الضبط إدخال نتائج الجلسات إلى الحاسوب قصد تعميمها على المستعملين، ذلك أنه في انتظار تهيئ قاعات الجلسات بالحواسيب فإن كاتب الجلسة يدون المعلومات المتعلقة بسير الملفات المدرجة بالجلسة ويحيلها على قسم المعلومات الذي يتولى إدخالها للحاسوب وفتح المجال للمتقاضين للإطلاع عليها من خلال الحواسيب الموجودة ببهو المحكمة لمعرفة نتيجة قضاياهم دون تحمل مشاق الانتظار بأبواب مكاتب الضبط .

7 - اختصاصه باقتراح تعيين قاضي الزواج والقاصرين :

لقد نص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية على أنه "يمارس مهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل" كما نص الفصل 82 منه على أنه "يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل".

وإذا كان هذان الفصلان لا يشيران إلى الجهة التي تقترح على وزير العدل تعيين هؤلاء القضاة فإن العمل جرى على أن الجهة المكلفة بهذا

الاقتراح هي جهة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والوكيل العام للملك لديها، علما بأن مديرية الشؤون المدنية تنتشد في هذا الشأن ولا تقبل الاقتراح إلا إذا كان مضمنا في كتاب مشترك رغم أن كل من قاضي الزواج وقاضي القاصرين هو قاض برئاسة المحكمة ويخضع إداريا للرئيس الأول ولا علاقة له بالنيابة العامة إلا بمناسبة الإجراءات المسطرية والبت في القضايا الشيء الذي يؤدي إلى التشكك في هذا التصرف ومدى سلامته من إمكانية هيمنة النيابة العامة التابعة تسلسليا لوزير العدل على هذا المنصب وهو ما ينافي دعوة بعض الحقوقيين إلى إقصاء وزير العدل عن السلطة القضائية.

وعلاوة على ما ذكر يمكن للرئيس الأول أن يتأسس بمقتضى محضر الجمعية العامة أي جلسة من جلسات محكمته وغالبا ما يعمد الرؤساء الأولون إلى رئاسة بعض الغرف المدنية المعروضة عليها بعض القضايا بمعية زمرة من رؤساء الغرف والمستشارين كما هو الحال في غرفة المشورة أو غرفة القضايا المحالة على محكمته بعد النقض إن لم تتوفر حالة التنافي.

ب - اختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في ظل قانون المسطرة الجنائية.

لقد أسند له المشرع المغربي بمقتضى قانون المسطرة الجنائية مجموعة من الاختصاصات سواء في ظل ظهير 10 فبراير 1959 أو في ظل القانون رقم 22-01 الجديد ذلك أن هذا القانون وإن كان ألغى ظهير 10 فبراير 1959 وحل محله في التطبيق فإنه احتفظ للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمجموعة من الاختصاصات التي كانت مسندة إليه سابقا وأضاف

إليها اختصاصات جديدة لم تكن معروفة في ظل القانون الملغى فما هي هذه الاختصاصات وما حدودها ؟.

للجواب على هذا التساؤل يمكن للقارئ الكريم الرجوع إلى دراسة في الموضوع أعدها زميلنا الأستاذ محمد سلام الرئيس الأول السابق لمحكمة الاستئناف بمراكش والمنشورة بمجلة المحامي عدد... علما بأني لن أتناول بالتفصيل التام اختصاصاته والإشكاليات التي تثيرها بقدر ما أستعرض هذه الاختصاصات ما دام أن البحث يقتصر على محاولة حصر هذه الاختصاصات.

وعليه فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف يستمد اختصاصه في ظل قانون المسطرة الجنائية من مجموعة من المواد الواردة فيه ومن بينها الحالات الآتية :

I . S . M

1 - المادة 52 و 53 :

لقد أسندت المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية تعيين القضاة المكلفين بالتحقيق في محاكم الاستئناف للسيد وزير العدل بناء على اقتراح من الرؤساء الأولين لهذه المحاكم مما يعني أن الرئيس الأول هو المؤهل وحده لاقتراح من يتم تعيينه قاضيا للتحقيق بمحكمة الاستئناف التي يرأسها.

غير أن الأمر لم يكن كذلك في ظل قانون المسطرة الجنائية القديم إذ أن الفصل 52 من هذا الأخير وكذا الفصل 6 من ظهير 1974 المتعلق بالإجراءات الانتقالية لم ينصا على الجهة التي تقترح على وزير العدل تعيين قضاة التحقيق مما تم التوسع عمليا في هذه الجهة بإشراك الوكيل العام للملك في هذا الاقتراح بجانب الرئيس الأول وهكذا كان يحرر كتاب مشترك

بينهما يقترحان فيه تعيين قضاة التحقيق، ويمكن الرجوع إلى المراسلات المتعلقة بهذا الشأن للتأكد من ذلك، على أنه بمجرد دخول قانون المسطرة الجنائية الجديد انتهى هذا الأمر، وأصبح الرئيس الأول هو وحده صاحب الاختصاص بالاقتراح علما بأن الإشكال لا زال قائما بالنسبة لقضاة الأسرة كما هو مشار إليه أعلاه.

أما المادة 53 فتمنح لكل من رئيس المحكمة الابتدائية والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف إمكانية تعيين قاضٍ للتحقيق متى اقتضت حالة الاستعجال ذلك، حين لا يوجد بالمحكمة سوى قاضٍ واحد مكلف بالتحقيق وحال مانع مؤقت دون ممارسة لمهامه شريطة تقديم طلب بذلك من النيابة العامة.

2 - اختصاص الرئيس الأول في إطار المادة 108 من ق م ج :

لقد أحدثت هذه المادة اختصاصا قضائيا جديدا لم يكن موجوداً في ظل قانون المسطرة الجنائية القديم ألا وهو التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وأعطت الاختصاص في ذلك لكل من قاضي التحقيق تلقائيا والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بناء على طلب من الوكيل العام للملك الذي يتقدم بملتمس في الموضوع متى تعلق الأمر بجرائم معينة غير أنه يجوز لهذا الأخير في حالة الاستعجال القسوى أن يأمر كتابة بذلك متى تعلق الأمر بجريمة المس بأمن الدولة أو بجريمة إرهابية أو بالمخدرات أو بالأسلحة أو بالاختطاف وأخذ الرهائن شريطة أن يخبر الرئيس الأول فوراً بالأمر الصادر عنه وعلى هذا الأخير أن يصدر خلال أربع وعشرين ساعة مقررًا بتأييد أو تعديل أو إلغاء قرار الوكيل العام للملك، ويظهر أن هذه المادة تثير مجموعة من الإشكاليات سيتكفل العمل القضائي بإيجاد حل لها علما بأن الطلبات المقدمة في هذا الإطار قليلة إذ

خلال أكثر من ست سنوات من العمل كرئيس أول لم يحل علي إلا طلب واحد. على أن التساؤل يبقى مطروحا حول كيفية إخبار الرئيس الأول من طرف الوكيل العام للملك بقراره وهل يتم بذلك بمقتضى الملتمس البعدي الذي يعرضه عليه بتأييد القرار أو إلغائه أو أن الأمر يتعلق بكتاب يوجهه حالا للرئيس الأول أم يكتفي بإخباره شفويا، ثم هل أجل البت المعطى للرئيس الأول يهم حالة اتخاذ الوكيل العام لقراره القبلي أو يهم حتى ملتسمه وهل كلا من القرارين المتخذين من طرف الرئيس الأول سواء القبلي أي قبل اتخاذ الوكيل العام لقراره بالتصنت أم يهم فقط قرار الرئيس الأول المتخذ بعد صدور قرار الوكيل العام للملك بالنقاط المكالمات.

3 - اختصاص الرئيس الأول في إطار المادة 231 من ق م ج

لقد وردت هذه المادة في الباب المتعلق بالغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف المعروفة سابقا بغرفة الاتهام وحددت اختصاصات هذه الغرفة وعدد أعضائها وأسندت رئاستها للرئيس الأول أو من ينوب عنه، وأعطته المادتان 248 و 249 اختصاصات خاصة به، فبالإضافة إلى رئاسته لهذه الغرفة أثناء النظر في القضايا المعروضة عليها يتحقق من حسن سير مكاتب التحقيق التابعة لنفوذ محكمته وعلى هذه الأخيرة أن تبعث له كل ثلاثة أشهر لائحة بجميع القضايا الراجعة لديها كما يقوم بزيارة المؤسسات السجنية التابعة لنفوذ محكمته كل ثلاثة أشهر على الأقل ويتحقق من حالة المتهمين الموجودين في حالة اعتقال احتياطي، ويمكن أن يطلب من قضاة التحقيق جميع البيانات ويوجه لهم التوصيات اللازمة على أن يضع الرئيس الأول أو من ينوب عنه تقريرا سنويا عن سير أعمال غرف التحقيق التابعة لنفوذ محكمته ويوجه نسخة منها للوكيل العام للملك لدى نفس المحكمة.

4 - اختصاصه في إطار قواعد الاختصاص الاستثنائية :

إن هذه القواعد تضمنتها المواد من 264 إلى 268 من ق م ج وتهم فئة من الموظفين والقضاة الذين يرتكبون جناحا وجنايات تؤدي إلى متابعتهم قضائيا، ونظرا لخصوصية هؤلاء الأشخاص سن المشرع المغربي مسطرة خاصة لمتابعتهم، ومن ذلك إجراء بحث إعدادي يتولاه قاض أو أكثر للتأكد من الوقائع المنسوبة للموظف أو القاضي المشتكى به ما دام أن هؤلاء قد يتعرضون لعدة شكاوى نتيجة قيامهم بتطبيق القانون.

وعليه فما هي اختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في هذا

الإطار؟

يختص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بانتداب قاض للتحقيق أو مستشار بمحكمته لإجراء البحث في الوقائع موضوع الشكاية عندما تتعلق بقاض محكمة الاستئناف أو رئيس محكمة ابتدائية عادية أو متخصصة أو وكيل الملك بها أو قاض بمجلس جهوي للحسابات طبقا للمادة 266 وذلك بعد أن يكون الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى قد أحال القضية على الغرفة الجنائية بالمجلس المذكور التي تقرر ما إذا كان الأمر يقتضي إجراء تحقيق وفي حالة الإيجاب تعين محكمة الاستئناف غير المحكمة التي يباشر في دائرتها المعني بالأمر مهمته، غير أن المشرع لم يبين مسطرة تكليف الرئيس الأول بهذا الانتداب وما إذا كان هذا الأخير يتخذ المبادرة بمجرد إحالة الملف عليه من الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى التي تكفي بتعيين محكمة الاستئناف المختصة ولو بدون تقديم طلب من أية جهة أم أن الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف المعينة هو الذي يتقدم بملتمس للرئيس الأول في هذا الإطار.

إن العادة تجري في هذا المجال كلما تعلق الأمر بالقضايا الجزرية أن تحال القضايا من المجلس الأعلى أو من المحاكم الابتدائية على الوكيل العام للملك ليعرضها بدوره على محكمة الاستئناف، وأعتقد أن هذه المسطرة لن تخرج عن المألوف وأنه متى توصل هذا الأخير بالملف أحاله على الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف صحبة ملتمة بانتداب قاضٍ للتحقيق، ويبقى الرئيس الأول ملزماً في هذه الحالة بانتداب هذا القاضي إذ الأمر لا يعدو أن يكون مجرد انتداب من الغرفة الجنائية التي اتخذت قرارها بإجراء تحقيق.

أما في إطار المادة 267 المتعلقة بالتهمة المنسوبة لقضاة المحاكم الابتدائية فإن الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف الواقع بدائرتها الفعل يتقدم بملتمس إلى الرئيس الأول لنفس المحكمة قصد انتداب قاضٍ للتحقيق أو مستشار بمحكمته لإجراء البحث في الوقائع المنسوبة لهؤلاء القضاة سواء كان ذلك أثناء العمل أو خارجه خلافاً لما ينسب للأشخاص المذكورين في المادة 268 والذين يمارسون مهام الباشا أو رئيس الدائرة أو القائد أو ضابط شرطة قضائية من ضرورة ارتكابهم للأعمال المنسوبة إليهم أثناء مزاولتهم مهامهم، وللرئيس الأول في ظل هاتين المادتين اختصاص كامل في قبول الملمس أو رفضه، على أن المشرع لم يبين ما إذا كان الأمر يتعلق بعمل قضائي للرئيس الأول أم هو إجراء إداري كما أنه لم يبين مسطرة الطعن في هذا الأمر إذا اعتبرناه عملاً قضائياً، ونتيجة لذلك اختلف عمل الرؤساء الأولون في هذا الإطار بين ما يصدر أمره باسم جلالة الملك باعتباره عملاً قضائياً وبين من لا يفعل ذلك معتبراً أن الأمر لا يعدو أن يكون عملاً ولائياً كما هو الحال في تعيين المستشار المقرر، كما اختلف الرأي أيضاً حول طبيعة هذه القواعد الاستثنائية وما إذا كان يعتبر استثناء من مبدأ اختصاص النيابة العامة في تحريك الدعوى وممارستها أم هو قيد

بهذا الاختصاص ذلك أنه إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق باستثناء من مبدأ الاختصاص المعطى للنيابة العامة في إطار سلطة الاتهام، وقلنا أن هذه السلطة تنقل إلى قضاء الحكم سواء كان غرفة بالمجلس الأعلى أم رئيساً أول لمحكمة الاستئناف فإن هذه الجهات تملك أيضاً سلطة الملاءمة مما يحق لها حفظ الشكاية، علماً بأنه في مثل هذه الحالة لا يحق للمتضرر أن يتقدم بشكاية مباشرة أمام قضاء الحكم لوجود هذه المسطرة الخاصة، أما إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق بقيد ممثل في ضرورة إجراء تحقيق فإن هذا القيد يخرج عن سلطات النيابة العامة ويدخل في إطار سلطة أخرى ألا وهي قضاء الحكم، وعلى أي فإننا نرى أن على المشرع التدخل في هذا المجال إما لحذف هذه القواعد على غرار النظام الفرنسي الذي قام بحذفها وإما بزيادة توضيحها وإيجاد حلول للإشكاليات المثارة بشأنها.

5 - اختصاص الرئيس الأول في ميدان تجريح القضاة :

لقد تعرضت المادة 273 من ق م ج إلى الحالات التي يمكن أن يجرح فيها القضاة الممارسين للمهام الجزرية واستثنت المادة 274 قضاة النيابة العامة من ذلك وأوجبت المادة 275 على كل قاض بمحكمة الاستئناف أو أحد المحاكم الابتدائية التابعة لها يعلم بوجود أحد أسباب التجريح أو التنحية أن يقدم تصريحاً بذلك للرئيس الأول لهذه المحكمة، كما أن لكل من المتهم والمسؤول المدني والطرف المدني تقديم طلب تجريح أحد هؤلاء القضاة للرئيس الأول المذكور على أن مجرد تقديم طلب التجريح لا يترتب عنه تخلي القاضي المجرح عن القضية، غير أنه يمكن للرئيس الأول أن يأمر بعد استشارة الوكيل العام للملك إما بإيقاف متابعة التحقيق أو المناقشات وإما بإيقاف صدور الحكم، وبعد تقديم طلب التجريح يطلب الرئيس الأول من

القاضي المقدم ضده طلب التجريح إعطاء إيضاحات تكميلية متى كان ذلك ضرورياً ويصدر أمره القضائي بعد وضع مستتجات الوكيل العام للملك، والأمر الصادر عنه بقبول طلب التجريح لا يعلل ولا يقبل أي طعن عكس الأمر القاضي بالرفض الذي يجب تعليقه ويقبل الطعن أمام المجلس الأعلى وتجدر الملاحظة إلى أنه يمكن تجريح الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أمام الرئيس الأول للمجلس الأعلى هذا الأخير الذي لم يحدد المشرع أية مسطرة لتجريحه ولا الجهة المختصة بذلك، كما أن المشرع لم يحدد في ظل قانون المسطرة الجنائية الجديد أية آثار مترتبة عن التصريح الذي يقدمه القاضي الذي يعلم بوجود أسباب التجريح وما إذا كان الرئيس الأول يمكنه اتخاذ إجراء بتنحية القاضي عن النظر في القضية أو أمره بالاستمرار في النظر فيها خلاف ما كان عليه الأمر في الفصل 277 من قانون المسطرة الجنائية القديم الذي كان يعطي مثل هذه الصلاحية لمحكمة الموضوع الموجود ضمنها القاضي المذكور والتي كان بإمكانها أن تقرر في هذا التصريح إما بتخلي القاضي عن النظر في الدعوى وإما بالاستمرار فيها.

ونعتقد أن هذه الصلاحية تبقى موكولة حالياً للرئيس الأول بناء على المادة 275 من قانون المسطرة الجنائية وبناء على صلاحيته الإدارية وعلى التفويض الذي يمنح له عادة من طرف الجمعية العامة للمحكمة قصد إحداث أي تغيير في الهيئات القضائية.

والعمل جارٍ على أنه غالباً ما يستجاب لطلب القاضي الذي يصرح بوجود أحد أسباب التجريح أو حتى أسباب الشبهة في عدم الحياد بعد استشارة رئيس الهيئة وأعضائها وتسجيل هذه الحالات في أوراق تحفظ في الكتابة الخاصة للرجوع إليها عند الحاجة.

6 - اختصاص الرئيس الأول في قضايا الجنايات

من المعلوم أنه في ظل قانون المسطرة الجنائية الجديد تم إحداث درجة ثانية للتقاضي بالنسبة للجنايات ذلك أنه في ظل قانون المسطرة الجنائية القديم كانت القرارات التي تصدر في القضايا الجنائية والقضايا الجنحية المرتبطة بها تصدر بصفة نهائية غير أنه في ظل القانون الجديد أصبح بإمكان الأطراف استئناف هذه القرارات التي تصدر عن هيئة مكونة من ثلاث قضاة أمام هيئة قضائية أخرى بنفس المحكمة مكونة من خمسة قضاة وذلك زيادة في الضمانات، ولقد أسند المشرع المغربي بمقتضى المادة 417 للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تعيين مستشار أو أكثر في القضايا التي تستوجب مناقشات طويلة لينضموا إلى الهيئة القضائية المكونة من رئيس ومستشارين اثنين ورئيس نائب ومستشارين إضافيين تعينهم الجمعية العامة كما يمكن أيضا وطبقا للمادة 457 من نفس القانون أن يترأس شخصيا غرفة الجنايات الاستئنافية ولو لم يكن ضمن جدول توزيع الجلسات المصادق عليه من طرف الجمعية العامة.

على أن نساؤلا يطرح حول صفة قضاة الغرفتين الجنائيتين الابتدائية والاستئنافية المضافين وما إذا كان يحق لهم المشاركة في المداولة متى بقي نصاب الهيئتين كاملا؟ أعتقد أن ذلك غير ممكن، إذ أن القرار يجب أن يصدر عن الهيئة القضائية المكونة من ثلاثة بالنسبة للغرفة الجنائية الابتدائية وخمسة بالنسبة للغرفة الجنائية الاستئنافية وأن القضاة الإضافيين لا يشاركون في المداولة إلا متى تعذر على بعض القضاة الأصليين المشاركة في المداولة والنطق بالقرار.

7 - اختصاص الرئيس في إطار المادة 401 من ق م ج :

تنص هذه المادة على أن الأحكام التمهيدية أو الصادرة في نزاع عارض أو دفوع لا تقبل الاستئناف إلا بعد صدور الحكم في جوهر الدعوى وفي نفس الوقت الذي يطلب فيه استئناف هذا الحكم وكذلك الشأن في الأحكام الصادرة في مسألة الاختصاص ما لم يكن الأمر متعلقا بعدم الاختصاص النوعي وكان الدفع به قد أثير قبل كل دفاع في الجوهر وفي حالة النزاع بشأن نوع الحكم فإن للطرف الذي ترفض كتابة الضبط طلبه أن يلتمس في ظرف أربع وعشرين ساعة من رئيس المحكمة بواسطة مذكرة أن يأمر كتابة الضبط بتسجيل التصريح باستئنافه ويتعين على كاتب الضبط أن يمثل لهذا الأمر ويعتبر تاريخ تقديم هذا الطلب في حالة الموافقة عليه تاريخا للتصريح بالاستئناف، ولا يمكن أن يكون أمر الرئيس موضوعا لأي طعن.

I.S.M

وعليه فإن هذه المادة وإن كانت تتحدث عن رئيس المحكمة مما ينصرف الأمر إلى رئيس المحكمة الابتدائية فإن ذلك لا يمنع من تطبيقها من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف متى تعلق الأمر باستئناف قرار تمهيدي صادر عن محكمته، خاصة وأن محكمة الاستئناف أصبح بإمكانها أن تصدر قرارات جنائية ابتدائية يمكن استئنافها أمام نفس المحكمة كمرجع استئنافي، إلا أنه متى تعلق الأمر باستئناف حكم تمهيدي صادر عن محكمة ابتدائية فإننا نرى أن الاختصاص في هذه الحالة موكول إلى رئيس المحكمة الابتدائية ولا يشاطره في ذلك الرئيس الأول إلا بصفته رئيسا إداريا على خلاف ما ذهب إليه زميلنا ذ سلام، علما بأنه وإن كانت المادة 399 من نفس القانون تجيز للأطراف تقديم تصريحهم بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية المصدرة للحكم أو أمام محكمة الاستئناف فإنه بالنظر إلى كون الأمر يتعلق

بملف مفتوح أمام المحكمة الابتدائية وبالنظر إلى كون الإجراء المأمور به يعتبر ولائيا فإنه يبقى من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية المطعون في حكمها.

8 - اختصاص الرئيس الأول فيما يتعلق بتعيين قضاة الأحداث :

لقد أسند المشرع المغربي بمقتضى المادة 485 من ق م ج للسيد وزير العدل تعيين مستشار أو أكثر للقيام بهمام مستشار مكلف بالأحداث لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ويعفى من مهامه بنفس الكيفية، ويلاحظ أن هذه المادة لم تشير إلى الجهة التي تقترح على الوزير اسم المستشار الذي سيكلفه بقضايا الأحداث خلافا للمادة 467 من نفس القانون التي تمنح نفس الصلاحية للوزير قصد تعيين قضاة الأحداث بالمحاكم الابتدائية لكن بناء على اقتراح من رؤساء هذه المحاكم، رغم أن كل من هؤلاء القضاة يتولون نفس المهام إن على صعيد المحاكم الابتدائية أو على صعيد محاكم الاستئناف مما كان على المشرع أن يساوي بين مسطرة التعيين، غير أنه في المجال العملي نجد أن وزير العدل لا يعين المستشارين المكلفين بالأحداث إلا بناء على اقتراح من الرؤساء الأولين، ولحد الساعة وحسب علمي لم يتم التوسع في مثل هذا الاقتراح لإشراك الوكلاء العاميين كما كان عليه الحال في ظل المادة 52 من قانون المسطرة الجنائية القديم المتعلق بتعيين قضاة التحقيق والمثابفة من حيث الصياغة لمقتضيات المادة 485.

وعلى غرار المادة 467 المذكورة أعطت المادة 485 للرئيس الأول صلاحية تكليف مستشار بقضايا الأحداث متى حال مانع دون قيام المستشار المعين من طرف الوزير بالقيام بهذه المهمة وذلك بعد استشارة الوكيل العام للملك، لكن ما حدود هذه الاستشارة هل تقتضي أن يكون رأي هذا الأخير

متطابقا مع رأي الرئيس الأول أم يكتفى باستشارته أي بإخياره وذلك بغض النظر عن رأيه المخالف.

إن العمل يجري غالبا في المحاكم بانسجام بين النيابة والرئاسة خاصة فيما يتعلق بتسيير المحكمة وأوقات انعقاد الجلسات مع احتفاظ كل من الجهتين بصلاحياتها الخاصة بها لذلك فإن رأي الوكيل العام للملك أو وكيل الملك بالنسبة لرئيس المحكمة الابتدائية غالبا ما يؤخذ بعين الاعتبار وفي حالة الاختلاف يبقى لجهة الرئاسة اتخاذ القرار كما هو الحال في هذه النازلة.

9 - اختصاص الرئيس الأول في إطار تنفيذ العقوبات :

لقد اسند المشرع المغربي للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمقتضى المادة 603 من ق م ج إمكانية تعيين مستشار من الغرفة الجنائية بمحكمته والتي أصدرت قرارا بالإعدام لحضور هذه العملية متى حال مانع دون حضور رئيس هذه الغرفة شخصيا.

وفي إطار تنفيذ الغرامات المحكوم بها قضائيا تتولى كتابة الضبط حجز المنقولات المملوكة للمنفذ عليهم وبيعها قصد استيفاء الغرامات وقد تكون هذه المنقولات ذات أهمية مما تلتجئ معه هذه الكتابة إلى طلب تعيين خبير لتحديد الثمن الافتتاحي للبيع، وبغض النظر عن الإشكال القانوني حول المسطرة التي يجب أن يصدر فيها الأمر القاضي بانتداب هذا الخبير وما إذا كانت مسطرة الفصل 148 من المسطرة المدنية والتي تعطي الاختصاص حصريا لرئيس المحكمة الابتدائية أم يصدر في إطار القواعد العامة للتنفيذ فإن العمل القضائي للرؤساء الأولين ببعض المحاكم جرى على قبول مثل

هذا الطلب وإصدار الأوامر بانتداب الخبراء قصد تحديد الثمن الافتتاحي لبيع المنقول المحجوز.

ج - اختصاص الرئيس الأول في ظل بعض القوانين الخاصة :

قد يكون للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف العادية أو التجارية أو الإدارية عدة اختصاصات منصوص عليها في نصوص خاصة كما هو الحال في المادة 7 من قانون إحداث محاكم الاستئناف الإدارية التي تعطي للرئيس الأول بهذه المحكمة صلاحية منح المساعدة القضائية لطالبيها، إلا أنه بالنظر إلى تجربتي المتواضعة في هذا الإطار وبالنظر إلى كثرة النصوص الخاصة فإنه قد يصعب علي القول بأنني تعرفت على كل هذه النصوص وسيقتصر بحثي في هذا الإطار على النصوص التي تمكنت من التعرف عليها ومن تلك التي طبقتها في حياتي المهنية، ولعل هاته النصوص التي سأعرض لها هي الأكثر تطبيقاً في الحياة المهنية للرئيس الأول بمحاكم الاستئناف العادية ومنها :

1 - اختصاص الرئيس الأول في ظل قانون المحاماة :

زيادة على التعاون المستمر الذي يجب أن يسود علاقة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بنقيب هيئة المحامين وأعضائها يختص بمقتضى المادة 92 من ظهير 1993/9/10 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة بالنظر في الطعون المقدمة إليه ضد قرارات النقيب المتعلقة بتحديد الأتعاب وبطلب المحامي الاحتفاظ بملف القضية وفق مسطرة تحددها المادة المذكورة.

وإذا كان الطعن في قرارات تحديد الأتعاب يمارس بشكل ملحوظ أمام الرؤساء الأولين سواء من طرف المحامين أو من طرف زبائنهم فإن

الطعن المتعلق بطلب الاحتفاظ بملف القضية يكاد يكون غير موجود عمليا ولعل رد ذلك إلى كون السادة النقباء يتدخلون لحل هذا الإشكال بعد الاتفاق مع المحامين العاملين بنقابتهم علما بأنه يتصور نظريا في مثل هذه الحالة أن يقدم محام بطلب للسيد النقيب قصد الاحتفاظ بملف قضية زبونه لإجباره على أداء أتعابه أو لأغراض أخرى ما دام أن المادة 48 من نفس القانون تمنع عليه الاحتفاظ بالملف المسلم إليه من طرف موكله ولو في حالة عدم أداء ما وجب له عن المصروفات والأتعاب ما لم يرخص له النقيب في ذلك بمقتضى قرار خاص اعتمادا على ما يدلى من مبررات، وهذا القرار هو الذي يكون منضويا تحت لواء المادة 92 المذكورة، ومسطرة الطعن في قرارات تحديد الأتعاب تثير عدة إشكاليات عملية وقانونية يصعب حصرها في هذا الموضوع غير أنه يمكن القول بأن أهم الإشكاليات التي أثرت في هذه الحالة هي المتعلقة بتقادم الأتعاب وما إذا كان يطبق عليها أحكام الفصل 389 أو الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود وهل يحتسب أجل الطعن كأجل كامل وفق الفصل 512 من قانون المسطرة المدنية أم لا ؟ ومن هم الأطراف الذين يحق لهم توجيه الطعن في القرار وما إذا كان هو صاحب القضية أم الشخص الذي يكون كلفه بتنصيب محام للنيابة عنه ومتى ينتهي اختصاص النقيب والرئيس الأول ليبدأ اختصاص قضاء الموضوع، وهل بمجرد إقرار أحد الأطراف بوجود اتفاق مسبق على تحديد الأتعاب أم لا بد أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا وما الحكم فيما إذا اتفق الطرفان على وجود اتفاق على تحديد الأتعاب لكنهما اختلفا في مبلغه، إن جل هذه الإشكاليات وغيرها سبق للقضاء الرئاسي أن أجاب عنها ونتمنى أن تتاح الفرصة للتعلم أكثر في ذلك على أنه حبذا لو نص المشرع في مشروع القانون الجديد المعروض حاليا على مجلس البرلمان على قابلية أوامر الرؤساء

الأولين للطعن اعتبارا إلى أن النزاع قد ينصب على مبالغ مهمة قد تتجاوز أثمان العمارات والدور التي فتح المشرع من أجلها عدة طرق للطعن.

وأخيرا يبدو أن المشرع المغربي تفهم هذا الوضع وأجاز بمقتضى المادة 97 من القانون الجديد إمكانية الطعن بالتعرض والنقض في هذه الأوامر، كما حدد مدة التقادم في خمس سنوات ونص على أن أجل الطعن هو أجل كامل، علما بأن كل من القانون القديم والجديد أوجب على هيئة المحامين تبليغ نظامها الداخلي إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والوكيل العام للملك لديها.

2 - اختصاص الرئيس الأول لمحكمة استئناف في ظل قانون التوثيق العصري :

يمارس بالمغرب حاليا نوعان من التوثيق أحدهما تقليدي مستمد من الشريعة الإسلامية وما وضعه فقهاؤها في هذا الإطار وثانيهما عصري مجلوب من النظام الفرنسي ويتعلق الأمر بالظهير الشريف المؤرخ في 1925/5/4 المتعلق بالتوثيق العصري.

وإذا كان هذا الظهير قد عرف بعض التعديلات التي أدخلت عليه فإنه لا زال مطبقا على المغاربة رغم أن فصله السابع يشترط في الموثق العصري أن يكون فرنسيا وهو ما لا يطبق في الواقع العملي بطبيعة الحال علما بأنه تمت عدة محاولات لإصدار قانون جديد من ذلك مشاريع القوانين الذي أعدت سنة 1970 و1980 ثم سنة 1995 وأخيرا مشروع القانون رقم 03/28 "انظر ما كتبناه في هذا الإطار تحت عنوان قراءة في بعض جوانب مشروع القانون رقم 82/03 بتنظيم مهنة التوثيق العصري المنشور بمجلة المحامي عدد 50".

وللرئيس الأول في هذا القانون اختصاص منصوص عليه في الفصل 19 منه الذي نص على أنه : "إذا تغيب أحد الموثقين أو عاقه عائق فمن اختصاص الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية أن يصدر أمرا بطلب من وكيل الدولة العام يأذن فيه بأن يعرض عنه بموثق آخر يعينه من بين موثقي نفس المركز أو من موثقي دائرة أخرى أو من الموثقين القدماء أو الكاتب الأول للموثق الذي تغيب".

ومسطرة هذا التعيين تتم بتقديم طلب مكتوب من الموثق للسيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي يمارس فيها الموثق اختصاصه يطلب فيه استصدار إذن بتعيين خلف له ينوب عنه في تسيير أشغال مكتبه أثناء غيبته حيث يعمد الوكيل العام للملك المذكور إلى تقديم طلب بذلك للرئيس الأول، الذي يصدر أمره في الموضوع ثم يحيله على الوكيل العام للملك قصد تبليغه للموثق الطالب، ورغم بساطة هذه العملية ظاهريا فإنها تثير بعض الإشكاليات منها تكييف الأمر الذي يصدر عن الرئيس الأول وما إذا كان يعتبر أمرا قضائيا أو إداريا، علما بأنه إذا اعتبرناه أمرا قضائيا فإن صدوره يكون باسم جلالة الملك على غرار باقي الأحكام والأوامر التي يصدرها القضاء مع التساؤل حول قابليته للطعن والجهة التي يعرض عليها، أما إذا اعتبرناه إداريا فإنه يخضع للمراقبة المعمولة على القرارات الإدارية وقد يقتضي الأمر الطعن فيه أمام القضاء الإداري، غير أنه في الواقع العملي فإن مثل هذه الأوامر تصدر باسم جلالة الملك مما يعني أنها أوامر قضائية غير قابلة للطعن مع إمكانية الرجوع إلى نفس القاضي لإلغاء قراره أو تعديله زيادة أو نقصانا، وقد تم الرجوع إلينا في بعض الأوامر لتفسيرها أو تغييرها ذلك أن أحد الموثقين صدر في حقه قرار بالإيقاف المؤقت عن مزاوله المهنة لمدة شهرين عقابا له على المخالفات التي ارتكبها ولتنفيذ ذلك

تقدم بطلب للوكيل العام للملك قصد الحصول على إذن بتعيين خلف له أثناء غيبته، حيث استجبتنا له بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 2006/08/01 محددتين مهمة النائب في تصفية أشغال المكتب وذلك بالقيام بالإجراءات المتعلقة بالعقود القديمة وتصفياتها وعدم القيام بأية إجراءات تتعلق بعقود جديدة، غير أن الخلف المعين من طرفنا تقدم إلينا مباشرة بطلب فتح له الملف عدد 06/2/32 يلتزم فيه تفسير المراد بالعقود القديمة وما إذا كانت تشمل حتى العقود المتضمنة للوعد بالبيع أم لا وقد فسرنا ذلك بمقتضى أمرنا الصادر بتاريخ 2006/08/01 على أن المقصود من تصفية العقود القديمة هي تلك العقود التي تم إبرامها وتحريرها بمكتب الموثق المتغيب بما فيها طبعاً عقود الوعد بالبيع تفادياً لعرقلة معاملات الزبناء، وفي إطار آخر تم التساؤل عن مدى شمول الفصل 19 من الظهير المذكور للحالات التي يتوفى فيها الموثق أو يعتقل أو يعزل حيث تكون مدة التغيب نهائية وليست مؤقتة وفي هذا الإطار أصدرنا أمراً بتعيين خلف لموثق نتيجة اعتقال هذا الأخير معتبرين أن ذلك يدخل في إطار الفصل 19 "انظر الأمر عدد 04/38 بتاريخ 3 يناير 2005 المنشور بمجلة محاكم مراكش عدد 1 ص 228".

هذا ويمكن للرئيس الأول رفض الطلب المقدم إليه من طرف الوكيل العام للملك المبني على طلب الموثق بتعيين خلف له متى كانت هناك أسباب لذلك كما هو الحال في الأمر الصادر عنا بتاريخ 2008/8/6 في الملف رقم 08/2/53.

أما فيما يخص إمكانية تقديم طلب من الموثق مباشرة للرئيس الأول قصد الإذن له بتعيين خلف فذلك غير مقبول ما دام أن الفصل 19 ينص صراحة على أن الجهة التي تقدم الطلب هي جهة الوكيل العام للملك، ولقد نص الفصل 10 من هذا الظهير على أن لجنة القبول لمهنته كاتب أول عند

موثق تتركب من عضو من أعضاء المحكمة الاستئنافية الفرنسية يعينه وكيل الدولة العام بموافقة الرئيس الأول...) والمقصود بذلك هو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط كما أن هذا الأخير يعتبر عضوا في اللجنة الوطنية المكلفة بتعيين الموثقين وانتقالهم وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 6 و15 من الظهير، وتجدر الإشارة إلى أن قانون خطة العدالة الصادر به الظهير الشريف بتاريخ 24 فبراير 2006 أسند بمقتضى المادة 84 منه للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط صفة الوكيل العام للملك لديها مهمة الإشراف على تكوين لجنة تسهر على اتخاذ جميع الإجراءات الرامية إلى انتخاب رئيس الهيئة الوطنية للعدول كما أن المرسوم الصادر بتاريخ 6 جمادى الأولى 1423 الموافق 17 يوليوز 2002 الصادر تطبيقا للقانون رقم 49.00 المتعلق بتنظيم مهنة النساخة ينص في مادته الأولى على أن اللجنة الاستشارية المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون يكون من بين أعضائها رئيسا أول لمحكمة استئناف يعين كباقي أعضاء هذه اللجنة من طرف وزير العدل.

3 - اختصاص الرئيس الأول في ظل القانون رقم 203 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة :

لقد دخل هذا القانون حيز التطبيق بمقتضى الظهير الشريف رقم 103-196 الصادر بتاريخ 16 رمضان 1424 "11 نونبر 2003" وذلك لتنظيم عملية دخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة الغير المشروعة بعدما تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 5160 بتاريخ 18 رمضان 1424 الموافق ل 23 نونبر 2003 ص 3817 ومن بين المسائل الجديدة التي أتى بها هذا القانون هو جعله للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مرجعا استئنافيا في بعض القضايا ذلك أن المادة 35 منه أعطت لرئيس المحكمة الابتدائية سلطة

إصدار أوامر بتمديد مدة الاحتفاظ بالأجنبي في أماكن غير تابعة لإدارة السجون خلال المدة اللازمة لمغادرته إذا كانت الضرورة الملحة تدعو لذلك أو بتحديد مكان إقامة هذا الأجنبي بعد تسليم جواز السفر وكل الوثائق المثبتة للهوية إلى مصالح الشرطة أو الدرك الملكي، وتكون أوامر رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه في هذا الإطار قابلة للطعن بالاستئناف أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه الذي يرفع إليه الأمر دون التقيد بالإجراءات الشكلية والذي عليه أن يبت فيه داخل الثماني والأربعين ساعة ابتداء من رفع الأمر إليه سواء من طرف المعني بالأمر أو النيابة العامة أو الوالي أو العامل كما أن أوامر رئيس المحكمة الابتدائية المتعلقة بالاحتفاظ بالأجنبي الذي وصل إلى التراب المغربي بحرا أو جوا والذي لم يخصص له بدخوله أو الذي يطلب قبوله بصفته لاجئ داخل منطقة الانتظار في الميناء أو المطار لمدة تفوق أربعة أيام وفق ما هو منصوص عليه في المادة 38 من نفس القانون تكون قابلة للطعن بالاستئناف دون التقيد أيضا بالإجراءات الشكلية أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه.

4 - رئاسة جلسات أداء اليمين :

علاوة على أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف غالبا ما يتأسس جلسات أداء اليمين المنعقدة بهيئة جماعية لاستيفاء اليمين من طرف القضاة أو المحامين أو الخبراء بمناسبة شروعاتهم في مهامهم، فإنه يختص وحده باستيفاء اليمين القانونية من المحاسبين العموميين وكذا من السادة الملحقين القضائيين ذلك أن الظهير الشريف الصادر في فاتح ذي القعدة 1361 الموافق ل 9 نونبر 1942 المتعلق باليمين التي يؤديها المحاسبون العامون والمرسوم الملكي رقم 66-330 الصادر في عاشر محرم 1387

"1967/04/21" بشأن نظام عام للمحاسبة العامة وكذا المرسوم رقم 2-88-485 الصادر في 11 رجب 1410 "8 فبراير 1990" كلها تلزم هؤلاء المحاسبين بأداء اليمين القانونية قبل مباشرة عملهم ويتم ذلك طبقا للرسوم الأخير أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وفي حالة عدم وجود هذه المحكمة بالدائرة التي يمارس فيها المحاسب اختصاصه ينتقل الاختصاص إلى رئيس المحكمة الابتدائية الموجود بدائرتها مكان عمله.

وبالنسبة للملحقين القضائيين فقد ألزمهم المرسوم رقم 205-178 الصادر في 22 من ربيع الأول 1427 "2006/04/21" بأداء اليمين القانونية أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التي ألحقوا بها لقضاء فترة التدريب علما بأن المجلس الإداري للمعهد العالي للقضاء يتضمن من بين أعضائه رئيسا أول لمحكمة الاستئناف يعينه وزير العدل وقد حصل لي شرف هذا التعيين والمساهمة في أشغال هذا المجلس الذي ينعقد على الأقل مرتين في السنة والذي يتناول بالدرس مجموعة من النقاط التي تهم سير العمل بالمعهد سواء تعلق الأمر بالمهام الراجعة إلى تكوين الملحقين القضائيين والموظفين أو إلى التسيير المالي والإداري للمعهد علما بأن وزير العدل هو من يتولى رئاسة هذا المجلس.

5 - اختصاص الرئيس الأول بالنسبة للخبراء القضائيين :

لقد تم تنظيم هذه المهنة بمقتضى القانون رقم 4500 الصادر به الظهير الشريف رقم 1-01-126 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 "22 يونيو 2001" وأسندت بعض موادها للرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف بعض الاختصاصات كما هو الحال في المادة التاسعة منه التي تعطي للسيد وزير العدل تعيين ثلاثة رؤساء أولين لمحاكم الاستئناف بصفتهم أعضاء في اللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة منه وقد تم تعييني كعضو فيها خلال

سنوات 2003 إلى 2006 كما أن للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والوكيل العام للملك لديها صلاحية مراقبة الخبراء القضائيين المسجلين بدائرة نفوذ محكمتها "المادة 28" والقيام بالأبحاث الضرورية في شأن الشكايات المقدمة ضد هؤلاء الخبراء وإجراء الأبحاث تلقائيا أو بطلب من وزير العدل "المادة 29" وإذا تبين لهما أن هناك قرائن ضد خبير مسجل في الجدول تتعلق بإخلالات مهنية فإن لكل منهما أن يأمر بالاستماع إليه في محضر يوجهه إلى وزير العدل الذي يحيله على اللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة من نفس القانون "المادة 30" وينجز الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والوكيل العام للملك لديها تقريرا مشتركا بشأن كل إخلال من الإخلالات المنسوبة للخبير ويتضمن التقرير خاصة الأفعال المنسوبة إلى الخبير وتصريحاته بشأنها كما يمكن للجنة المنصوص عليها في المادة 8 أن تكلف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو الوكيل العام للملك لديها بإجراء بحث تكميلي "المادة 32".

6 - اختصاص الرئيس الأول في قانون التراجمة :

لقد أصدر المشرع المغربي القانون رقم 50.00 المتعلق بالتراجمة المقبولين لدى المحاكم وصدر به الظهير الشريف رقم 1.01.127 بتاريخ 29 من ربيع الأول 1422 "2001/06/22" وأسند فيه للرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف بعض المهام تتجلى في كون أحد الرؤساء الأولين يعين بقرار من وزير العدل لعضوية اللجنة المنصوص عليها في المادة 4 من نفس القانون والتي يعهد إليها بتنظيم مباراة التراجمة المقبولين لدى المحاكم وامتحان نهاية تمرينهم ودراسة طلبات التسجيل وإعداد جداول التراجمة... كما أن للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التي يزاول الترجمان في دائرتها مهامه إنجاز تقرير مشترك مع الوكيل العام للملك لديها يتضمن الأفعال المنسوبة

إلى الترجمان وتصريحاته بشأنها قصد عرضه على اللجنة المنصوص عليها في المادة 4 من نفس القانون ويرفق التقرير بوثيقة تتضمن وجهة نظر الرئيس الأول والوكيل العام للملك "المادة 47" ويمكن لهذين الأخيرين أن يقترحا على وزير العدل إصدار مقرر بإيقاف الترجمان عن ممارسة المهنة مؤقتا عند إجراء متابعة زجرية "المادة 49".

7 - رئاسة اللجان الثنائية للموظفين :

لقد نص الفصل 11 من الظهير الشريف رقم 1.58.008 الصادر بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية على أنه " يؤسس كل وزير في الإدارات أو المصالح التي تحت نفوذه لجانا إدارية متساوية الأعضاء يكون لها حق النظر ضمن الحدود المقررة في هذا القانون الأساسي وفي المراسيم الصادرة بتطبيقه وتشتمل اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء على عدد متساو من ممثلين عن الإدارة يعينون بقرار من الوزارة المعنية بالأمر ومن ممثلين عن المستخدمين ينتخبهم الموظفون العاملون أو الملحقون بالإدارة أو المصلحة المعنية بالأمر وفي حالة تعادل الأصوات فالأرجحية للرئيس المعين من بين ممثلي الإدارة".

وتطبيقا لهذا الفصل صدر مرسوم عدد 25.90.200 بتاريخ 5 ماي 1959 حدد كيفية تأسيس هذه اللجان والمساطر المتبعة أمامها وأسند للوزير المعني بالقطاع تعيين ممثلي الإدارة في هذه اللجان ومن بينهم رؤساء هذه اللجان.

وبالنسبة لوزارة العدل فقد اعتاد السيد الوزير على تعيين الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف كرؤساء لهذه اللجنة حيث بدأ أول الأمر يعينهم

بأسمائهم الشخصية في القرارات التي يصدرها إلا أنه نظرا للانتقالات والإعفاءات والتقاعد وما يستتبع ذلك من نشر أسماء هؤلاء الرؤساء في قرارات جديدة اكتفى السادة وزراء العدل بتعيين السادة الرؤساء الأولين بصفاتهم كرؤساء لهذه اللجان.

وإذا كانت مسطرة اشتغال هذه اللجان محددة بمقتضى القانون فإن الواقع العملي أسفر عن بعض الإشكاليات العملية، ذلك أن الرئيس الأول الذي يعتبر رئيسا لهذه اللجنة غالبا ما يكون على علم بالمخالفات المنسوبة للموظف المتابع تأديبيا مادام أن كل المراسلات المتعلقة بدائرة محكمته توجه تحت إشرافه إلا ما تعلق بالمحاكم المتخصصة، وقد يبدي وجهة نظره فيها بمناسبة تعليقه على تلك المراسلات فضلا عن كونه قد يكون هو من تسبب في متابعة الموظف حين يحيل على الوزارة التقارير والشكايات التي تصل إلى علمه حول سلوك الموظفين ويطلب متابعتهم كما أن صفته القضائية تجعل بعض أعضاء اللجنة المنتخبين أو المعنيين يشعرون بأنه جسم غريب عنهم إذ الأمر لا يتعلق بموظف مثلهم مما يؤدي بالبعض منهم إلى اعتبار نفسه مدافعا عن الموظف المتابع أمام قاض حين الاختلاء للمداولة وليس جزء من اللجنة التي تنظر في المتابعة وتقرح على الوزارة ما وصلت إليه من براءة أو إدانة للموظف والعقوبة المراد اتخاذها في حقه.

ورغم بعض الإشكاليات الواقعية والقانونية التي صادقت عملي كرئيس لهذه اللجنة بكل من فاس ومراكش فإنه بفضل تعاون باقي أعضاء هذه اللجنة من ممثلين للإدارة وللموظفين تمكنا من التغلب عليها.

8 - اختصاص الرئيس الأول في ميدان الرسوم القضائية :

إنه من المعلوم أن المصاريف القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية لدى محاكم الاستئناف وغيرها من محاكم المملكة صدر بها الملحق رقم 1 من الظهير الشريف رقم 1.84.54 بتاريخ 25 رجب 1404 الموافق ل 27 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984 بعدما نسخ مرسوم 22 أكتوبر 1966 المتعلق باستيفاء الرسوم والمصاريف القضائية.

وإذا كان هذا القانون لم يعط صراحة أي اختصاص لمحكمة الاستئناف فإن بعض مواد تعطي ضمنا الاختصاص، ذلك أن الفصل 8 منه ينص على أن إدارة التسجيل تمارس في آن واحد مع مفتشية كتابة الضبط ورؤساء مختلف المحاكم والقضاة المقرررين والمحاكم نفسها مراقبة استيفاء الرسم القضائي، وإذا كان المقصود بداية من رؤساء المحاكم هو رؤساء المحاكم الابتدائية باعتبار أن جل القضايا تسجل بداية ويؤدي عنها الرسم القضائي بهذه المحاكم فإن ذلك لا يمنع من القول بأن الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف لهم صلاحية ممارسة هذه الرقابة استنتاجا من صيغة الفصل التي تعتبر "مختلف رؤساء المحاكم" واعتبارا لكون بعض القضايا تسجل بداية بمحاكم الاستئناف كما هو الحال في الطعون المتعلقة بأتعاب المحامين أو الصعوبات المحالة على الرؤساء الأولين الشيء الذي يتعين معه القول على أن الرئيس الأول يمكنه مراقبة مدى أداء الرسم القضائي الواجب على المقال بل وحتى بالنسبة للمقالات الاستئنافية والتي غالبا ما يؤدي عنها الرسم القضائي أمام المحكمة الابتدائية فإن للرئيس الأول مراقبة مدى أداء هذا الرسم كاملا.

لكن إذا كان الرئيس الأول يحق له وفق الفقرة الثانية من الفصل 9 من نفس القانون أن يقرر تأجيل القضية التي ينظر فيها بصفته مختصا متى

تبين له عدم كفاية المبلغ المستوفى والتشطيب على الدعوى متى لم يستجب الطرف لتكملة الأداء بعد إنذاره فإن مراقبته للرسوم القضائية في غير تلك الحالات غير واضحة، ومثله في ذلك رئيس المحكمة الابتدائية وكتابة الضبط ذلك أنه متى وقع خلاف بين المتقاضين وكتابة الضبط حول مبلغ الرسم القضائي فهل يحق لهذه الأخيرة عدم تسجيل المقال وإذا كان يحق لها ذلك فما هي مسطرة مراقبة قرارها هذا أو لأية جهة يمكن التظلم منه؟.

أعتقد أن كتابة الضبط ليست جهة قضائية وإنما هي مساعدة للقضاء مما لا يحق لها اتخاذ قرار بعدم قبول تسجيل الدعوى لأي سبب كان وإنما عليها أن تعرض الأمر على القضاء ليفصل في النزاع طبقا للإجراءات المسطرية المعمول بها بما في ذلك إلزام المتقاضي بأداء الرسم الناقص تحت طائلة التشطيب على قضية، غير أنه يمكن لكتابة الضبط في إطار المراقبة البعدية للرسم القضائي أن تحرر أمرا باستخلاص مبالغ الرسوم القضائية الناقصة وتستخلصها طبقا لمسطرة تحصيل الديون العمومية خاصة وأن قانون المالية لسنة 2008 أسند لها هذه الصلاحية لتحل محل إدارة التسجيل في المراقبة رغم أن ذلك أثار بعض الإشكاليات التي لا مجال هنا لمناقشتها.

وقد أعطى مشروع قانون المسطرة المدنية المعروض حاليا للنقاش بمقتضى المادة 39 منه لكتابة الضبط صلاحية رفض تقييد المقال متى لم يكن مرفقا بإشهاد المفوض القضائي المعين بالتزامه القيام بإجراءات التبليغ وهو ما اعتبرناه غير سليم لأن هذه الجهة ليست جهة قضائية يمكن الطعن في أحكامها

هذا ويختص الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه بتقدير أجور ومصاريف الخبراء بعد مراعاة أهمية وصعوبة العمليات المباشرة والعمل المنجز، كما يمكن له أن يأذن للخبراء في أن يقبضوا أثناء سير الإجراءات دفعات مقدمة على الحساب علما بأن الفصل 17 من قانون الرسوم القضائية في الميدان المدني وإن كان لا يتحدث صراحة عن الرئيس الأول مكثفيا بذكر رئيس المحكمة فإن ذلك يشمل خاصة وأن مصاريف الخبرة توضع أيضا بصندوق محكمة الاستئناف التي يرأسها.

وفي مجال المصاريف القضائية في الميدان الجزري الصادر بها القانون رقم 86/23 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3877 بتاريخ 1987/2/18 فإن الرئيس الأول يختص أيضا بتذليل بيان مصاريف القضاء الجنائي بالصيغة التنفيذية بعد تأشير النيابة العامة وأخذ رأي القاضي الذي يقدر المبلغ المستحق وفقا للتعرفة المعمول بها، علما بأن المادة 37 من هذا القانون وإن كانت لا تتحدث أيضا عن الرئيس الأول مكثفيا بصيغة رئيس المحكمة فإن ذلك يشمل الرئيس الأول الذي يعتبر رئيسا لمحكمة خاصة وإن كثيرا من الرسوم القضائية تصفى على صعيد محكمته.

والواقع العملي يجري على أن السيد الوكيل العام يهيئ مطبوعا خاصا لهذا الغرض يضمه ملتصقه إلى الرئيس الأول بتذليل البيان بالصيغة التنفيذية حيث يستجيب هذا الأخير لذلك متى لم يتجاوز المبلغ 2000,00 درهم اعتبارا إلى أنه متى تجاوز ذلك أصبح الاختصاص للسيد وزير العدل.

9 - رئاسة الجمعية العامة للمحكمة :

ينص الفصل 6 من المرسوم عدد 2.74.498 الصادر بتاريخ 16 يوليوز 1974 على أن الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف والمحاكم الابتدائية

تتكون من جميع قضاة هذه المحاكم سواء كانوا قضاة الحكم أو النيابة العامة وتعد هذه الجمعية بحضور رئيس كتابة الضبط اجتماعاتها في الخمسة عشر يوماً الأولى من شهر ديسمبر.

وإذا كان هذا الفصل لا يشير إلى من يترأس هذه الجمعية فإن الواقع العملي يجري على أن كل من الرئيس الأول والوكيل العام للملك يشرفان على سيرها وأن من يفتتح أشغالها هو الرئيس الأول يتلوه الوكيل العام للملك فضلاً على أن الفقرة الأخيرة من هذا الفصل تنص على أنه يمكن للجمعية العامة عند الحاجة عقد اجتماعات أخرى إذا اعتبر الرئيس ذلك مفيداً مما يعني أن الرئيس هو من يشرف على أعمالها وهو من يدعو إليها ويهيئ جدول أشغالها بالتنسيق مع الوكيل العام للملك.

وبعد أن يستعرض كل من الرئيس الأول والوكيل العام للملك نشاط المحكمة خلال السنة المنصرمة والعراقيل التي صادفت العمل القضائي وطرق التغلب عليها يعرضان على الجمعية الإشكاليات والعراقيل التي لازالت قائمة لمناقشتها وإيجاد الحلول الناجعة لها.

ولعل أهم النقاط التي تدرج في جدول أعمال هذه الجمعية هو تحديد عدد الغرف بها والأعضاء الذين سيعملون بها ثم أيام وساعات الجلسات.

وإذا كان العمل يجري على أن السادة الرؤساء هم من يتولون إعداد المقترحات في هذا الإطار فإن هذه المقترحات غالباً ما تصادق عليها الجمعية خاصة إذا سبقتها استشارات مع القضاة المعنيين بها كما أنه بناء على تفويض من هذه الجمعية يتولى الرئيس الأول إجراء أي تعديل جزئي في جدول الجلسات بمقتضى مقرر يبلغ للنيابة العامة متى دعت الضرورة إلى ذلك، كما يسهر على تطبيق هذا الجدول من خلال تتبعه للجلسات اليومية والأعضاء الحاضرين بها وتتبع نتائجها سواء تعلق الأمر باطلاعه

على عدد القضايا المدرجة بكل جلسة والملفات المحكومة بها وعدد القضايا المحجوزة للمداولة والتي تم تمديد هذه المداولة فيها تم عدد القضايا المؤخرة.

وتناقش الجمعية العامة بالإضافة إلى ما ذكر أمورا أخرى تتعلق بتجهيز المحكمة وبموظفيها وتشير إلى بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن قضاتها خلال السنة مع الحث على الإسراع بالبت في القضايا القديمة وكذا الحفاظ على أوقات الجلسات والتمسك بالأخلاق الحسنة والتقاليد المهنية المتعارف عليها مع مناقشة جميع الأعضاء على حضور الندوات الشهرية وجلسات التكوين المستمر والمشاركة فيها بالعروض أو بالنقاش.

10 - اختصاص الرئيس الأول في مجال التفتيش التسلسلي والمراقبة الإدارية :

لقد نظم المشرع المغربي مسطرة تفتيش المحاكم غير المجلس الأعلى بمقتضى نصوص التنظيم القضائي وأسند للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مهمة القيام بتفتيش المحاكم التابعة لدائرة نفوذه وذلك بقصد تقييم تسيير هذه المحاكم وكذا تسيير المصالح التابعة لها والتنظيمات المستعملة وكيفية تأدية موظفيها من قضاة وكتاب الضبط لعملمهم مع الحرص على أن يقوم الرئيس الأول شخصيا بهذه المهمة ودون تفويض للغير، إلا أنه بالنظر إلى كثرة أشغال الرؤساء الأولين واتساع رقعة المحاكم التابعة لهم وتشعب القضايا الراجعة بها تم الاتفاق في إحدى الندوات الخاصة بالتفتيش التسلسلي على استعانة هؤلاء الرؤساء ببعض رؤساء الغرف العاملين بمحاكمهم في عملية التفتيش على أن يتولى الرئيس الأول وحده تحرير التقرير وتوقيعه دون أن يطبق ذلك لحد الساعة، وإذا كانت عملية التفتيش التي يقوم بها الرؤساء الأولون والوكلاء العامون تعطي بعض النتائج الحسنة أحيانا فإن

ذلك يحتاج إلى كثير من الوقت يقضيه هؤلاء في المحاكم المراد تفتيشها لإمكانية تقييم عملها وعمل قضاتها وموظفيها بكيفية موضوعية، علما بأن التجربة في هذا المجال دلت على أن الاستعانة بالغير قد لا تؤدي إلى إعطاء نظرة دقيقة على سير المحكمة وموظفيها وهو ما قد ينطبق أيضا على التفتيش الذي تقوم به مصالح المفتشية العامة بوزارة العدل.

وبالإضافة إلى ما ذكر فإن المادة 17 من ظهير 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي تنص على أن رؤساء محاكم الاستئناف بمارسون مراقبتهم على جميع قضاة الأحكام العاملين بمحاكمهم وكذا بالمحاكم الابتدائية بالدائرة وعلى مصالح كتابة الضبط لهذه المحاكم وأن الفصل 21 من نفس القانون يلقي على الرئيس الأول مسؤولية إخبار رئيس النيابة العامة بمحكمته بما يصل إلى علمه من إخلال أي قاض من قضاة هذه النيابة بواجباته أو إساءة إلى سمعة الهيئة التي ينتمي إليها أو مس بحسن سير إدارة العدل ويرفع تقريراً بذلك إلى السلطة الأعلى درجة، ونفس الشيء يقع على عاتق الوكيل العام للملك بالنسبة لقضاة الرئاسة.

وفي إطار الرقابة المسندة للرئيس الأول بمقتضى الفصل 17 المذكور يتولى تقييم عمل قضاة محكمته وباقي القضاة العاملين بالدائرة وكذا الموظفين ولهذه الغاية نص الفصل 2 من المرسوم عدد 2.75.883 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 1975 على أنه : "تهياً قبل فاتح يناير من كل سنة لكل قاض نشرة للتقيد تحتوي على نظريات عامة حول شهاداته العلمية ومؤهلاته الشخصية وضميره المهني وسلوكه وكذا المناصب التي يمكن إسنادها إليه حسب مؤهلاته الخاصة"، وتطبيقاً لما ذكر يتولى الرؤساء الأولون تنقيط القضاة العاملين تحت إشرافهم مباشرة مع مراعاة ما نص عليه الفصل 2 المذكور مقترحين لهم الترقي إما بالسريع أو المتوسط أو

بالأقدمية وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 9 من المرسوم المذكور أعلاه في حين يتولى رؤساء المحاكم الابتدائية تنقيط القضاة العاملين تحت إشرافهم وغالبا ما تكون نظرية الرئيس الأول مطابقة لنظرية الرئيس المباشر غير أنه متى اختلفت هاتاه النظرية سواء في سلوك القاضي أو في كفاءته المهنية وترتب عن ذلك اقتراحا مخالفا فما موقف المجلس الأعلى للقضاء من ذلك ؟

وإذا كان يظهر أن هذه التجربة أعطت نتائج لا بأس بها فيما يتعلق باعتمادها من طرف هذا المجلس حين نظره في ملفات وضعية القضاة سواء بمناسبة ترقيةهم أو تأديبهم أو إسناد المسؤوليات لبعضهم فإنها محط انتقاد من طرف القضاة أنفسهم أو حتى من طرف الحقوقيين ذلك أن بعض القضاة ينتقدون طريقة التنقيط هذه لكونها عقيمة ولا تعطي نظرة كافية عن القاضي المراد تنقيطه مقترحين إضافة خانات أخرى ووضع نقط عنها لتتسنى المفاضلة بين قاض جيد وآخر يمثله غير أن أحدهما يختلف عن الآخر بشيء قليل سلبا أو إيجابا في حين يعتبر بعض الحقوقيين أن تنقيط القضاة من طرف الرؤساء فيه نوع من الضغط عليهم لينضبطوا في مساپرة ما يريده الرئيس الذي هو معين كمسؤول إداري وقد يخضع لتعليمات وزارة العدل مما يشكل مساسا باستقلالية القضاء.

وإذا كان هذا الادعاء قد يتضمن شيئا من الحقيقة التي قد تزداد أو تنقص حسب شخصية القاضي أو الرئيس وكذا حسب الوزير وما إذا كان هذا الأخير يريد الحفاظ على هذا الاستقلال أم لا فإن تعاقب الرؤساء على المحكمة التي يعمل بها القاضي وكذا انتقال هذا الأخير للعمل بمحاكم متعددة يؤدي إلى تركية الشهادات المبداءة من طرف هؤلاء الرؤساء أو نفيها، علما بأن كفاءة القاضي وشخصيته وعمله تفرض على المسؤول مهما كان طبعه

التجرد والموضوعية في التتقيط، والتجربة أبانت على أن كثيرا ممن نبغوا في ميدان القضاء وتبوعوا أعلى المناصب به يمتازون بالكفاءة المهنية العالية والعطاء الجيد وأن كثيرا منهم تم تشجيعه على الوصول إلى ما وصل إليه من طرف رؤسائه.

أما بالنسبة للموظفين العاملين بالمحاكم التابعة لدائرة نفوذ محكمة الاستئناف فإنهم وإن كانوا يخضعون لإشراف الرئيس الأول فإنه غالبا ما يتم تتقيطهم من طرف رؤساء كتابة الضبط في حين يتولى الرئيس الأول ورؤساء المحاكم الابتدائية التابعة له تتقيط هؤلاء الرؤساء.

وبالنسبة للمديرية الفرعية الإقليمية فإن المدير الفرعي هو من يتولى تتقيط الموظفين العاملين تحت إشرافه بينما يتولى الرئيس الأول تتقيط هذا المدير علما بأن هذا الأخير وإن كان لازال يتبع إداريا لمحكمة الاستئناف العادية فإنه بإحداث المحاكم المتخصصة أصبحت الوضعية معقدة نوعا ما، ذلك أن علاقته الإدارية لم تعد منحصرة مع الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف العادية وإنما تتعدى ذلك إلى باقي المحاكم المتخصصة ومن بينها محاكم استئناف إدارية وتجارية يشرف على تسييرها رؤساء أولون لهذه المحاكم، لذا نعتقد أنه حان الوقت وفي إطار اللامركزية إعطاء هذه المديرية وضعية مستقلة عن كل المحاكم وجعلها تابعة إداريا مباشرة لوزير العدل خاصة وأن مهمتها المنحصرة في تجهيز المحاكم وصيانتها ترتبط كثيرا بالوزارة مع إسناد هذه المهمة لعناصر إدارية أو قضائية تتوفر على الكفاءات المهنية اللازمة وتمتعها بصلاحيات مستقلة مع مراقبتها طبقا للقوانين الجاري بها العمل، على أن تقتصر العلاقة مع المسؤولين المحليين على تلبية رغباتهم بكل المتطلبات الضرورية للعمل ومشاركتهم في إعداد الميزانيات الخاصة بها وإلا فتقوية سلطات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف

العادية على هذه المديرية وإخضاعها لرقابته التامة تفاديا لما يلاحظ حاليا من كون بعض المديرين يعتقدون أنه بوجود مجموعة من المسؤولين القضائيين الذين لا يخضعون تسلسليا لإشراف بعضهم لبعض أنهم في حل من الجميع متدرعين بكون كل واحد من هؤلاء المسؤولين يود فرض رغباته على المدير كما أن المراسلات الإدارية الخاصة بهذا المدير والموجهة إلى مختلف الجهات لا تخضع جلها لرقابة الرئيس الأول بدعوى أن الأمر قد لا يكون متعلقا بمحكمته علما بأن الوزارة نفسها ترسل أحيانا هؤلاء المديرين مباشرة ودون إشراف الرئيس الأول الشيء الذي خلف نوعا من التشكك لدى الرئيس الأول حول صفته في مراقبة هذا المدير ومدى سلطته في الإشراف على إدارته علما بأن مدينة مراكش توجد بها ثلاث أنواع من المحاكم الاستئنافية : عادية وتجارية وإدارية لذا أقترح إيجاد حل سريع لهذه الوضعية تفاديا لتفاقم الأضرار بها.

وفي مجال البحث في الشكايات والوشايات يتولى الرئيس الأول إعداد سجل خاص يسجل به كل ما يتلقاه منها سواء من طرف الوزارة أو الأشخاص والمؤسسات ويعمد إلى فتح بحث في مضمونها وذلك بالاطلاع على القضايا المضمنة في تلك الشكايات والتعرف على إجراءاتها سواء أكان ذلك مباشرة متى تعلق الأمر بالملفات الاستئنافية أو بواسطة رؤساء المحاكم الابتدائية متى كانت تلك القضايا تروج بها ويخبر الجهات المعنية بنتائج أبحاثه على أنه متى تضمنت الشكاية بعض الحقائق المتعلقة بسوء تدبير الإجراءات المسطرية أو بانحراف في تطبيق القانون نبه المعنيين بالأمر إلى ذلك وتتبع تلك الملفات، ولهذه الغاية تحدث جذاذات تتضمن مراجع تلك الملفات والإجراءات المتخذة فيها دون إشعار الهيئة القضائية بذلك تفاديا للتأثير عليها، وبعد صدور الحكم الذي قد يكون في نظر الرئيس

الأول مخالفا للقانون يمكنه أن يستدعي العضو المقرر للمناقشة معه في ذلك عسى أن يقتنع هذا العضو أو يقنع الرئيس الأول بصوابية الموقف الذي اتخذته هيئة المحكمة.

على أن ظاهرة التشكي أصبحت مألوفة ذلك أن كثيرا من المتقاضين بمجرد ما إن سجلوا مقالاتهم الابتدائية أو الاستئنافية أو بمجرد ما أن تحال قضيتهم على المحكمة حتى يعمدوا إلى رفع الشكايات عسى أن يؤثروا على مجرى المسطرة وإصدار أحكام لفائدتهم ولعل ذلك راجع إلى انعدام ثقة بعض المتقاضين في القضاء بسبب ما يروج في المجتمع من انتشار ظاهرة الارتشاء وسط الإدارة العمومية عامة والقضاء بصفة خاصة، وبسبب كثرة ما يروج من حديث عن إصلاح القضاء وكأنه لا يضم من بين أعضائه إلا الفاسدين والمفسدين والحقيقة غير ذلك، إذ بهذا الجهاز نخبة نيرة تخشى الله في السر والعلانية متفانية في خدمة وطنها متأففة عما يروج أمامها من قناطر مقنطرة من الذهب والفضة وقنوعة بما قسم الله لها من أجر حلال.

11 - التنشيط الثقافي :

إن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف باعتباره مشرفا على القضاء الجالس بدائرة محكمته يقوم صحبة السيد الوكيل العام للملك المشرف على القضاء الواقف بنفس الدائرة بجميع الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي إلى تحسين العمل اليومي للمحكمة سواء تعلق الأمر بطريقة تسيير كتابة الضبط أو بإصدار الأحكام والقرارات أو بإجراءات التبليغ والتنفيذ ولهذه الغاية يتم عقد اجتماعات دورية في إطار اللجنة الثلاثية التي يحضرها نقيب هيئة المحامين لتدارس الإشكاليات المتعلقة بسير العمل بالدائرة أو في إطار الندوات الشهرية التي يستدعي لها القضاة والمحامين لتبادل الآراء والأفكار

ولمدرسة الإشكاليات القانونية كما تتعقد دورات أخرى لفائدة أطر كتابة الضبط تقوم بنفس المهمة كل ذلك إما بناء على مبادرات محلية من طرف الرئيس الأول والوكيل العام للملك أو بناء على دوريات وزارية تحث على هذا العمل.

هذا وتتعدد بين الفينة والأخرى جلسات حوارية يحضرها بعض رؤساء الغرف والمستشارين قصد تناول الأفكار والآراء أو بصيغة أخرى قصد إجراء مداولة جماعية في نقطة معينة تفاديا لتضارب الاجتهاد في المحكمة الواحدة.

هذا وكلما دعت الضرورة لعقد لقاءات واجتماعات مع مساعدي القضاء كالمفوضين القضائيين والعدول والخبراء يتم ذلك فضلا عن كون الرئيس الأول والوكيل العام للملك يمثلان المحكمة في اللقاءات الرسمية بالمدينة سواء تعلق الأمر بالاحتفالات الوطنية أو الدينية.

هذه بعض المهام التي يقوم بها الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف والتي لا أدعي أنني أحطت بها كلها وإنما تطبيقا لقاعدة "ما لا يدرك كله لا يترك بعضه" حررت هذه السطور لإبراز مهام هذه الشخصية القضائية علما بأن العمل لباقي القضاة لا يقل أهمية عن عمل الرئيس الأول على أن هذا الأخير باعتباره مسؤولا قضائيا ومنسقا بين باقي قضاة محكمته يتعين عليه أن يبقى مكتبه وقلبه مفتوحا للإنصات إلى جميع الآهات والتشكيات سواء من طرف زملائه الذين أتعبتهم كثرة القضايا المعروضة عليهم وقلة اليد العاملة أو من المواطنين الذين يجدون فيه الملجأ لعرض تشكياتهم التي قد تكون أحيانا منطقية وصحيحة ليعمل على مساعدتهم في حدود الإمكان.

والله الموفق والمستعان.

مدى تأثير التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الطبيعة التشريعية للظواهر الصادرة في مجال القانون¹

الدكتور ميمون يشو
أستاذ بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بمراكش

1 - مقدمة :

لكلمة "العطف" مدلول خاص في اللغة العربية، بحيث نجد في معجم لسان العرب: "عطف يعطف عطفاً أي انصرف عنه، وعطف عليه عطفاً أي رجع عليه بما يكره، ويقال : عطفت رأس الخشبة فانعطف، أي حنيته فانحنى، أي انثنى ومال، ويقال عطف الرجل وساده إذا أثناه ليرتفق عليه ويتكىء...² وهو نفس المعنى الذي نجده في معجم المصطلحات العلمية والفنية³ أي الميل وتتابع حلقات الفعل، وهو ما يفسر اعتماد الفقه والقانون

- 1 - قدمت هذه المداخلة إلى : الندوة المغربية تحت إشراف الجمعية المغربية للقانون الدستوري "تحت عنوان" مشروع القانون بالمغرب العربي" كلية الحقوق - أكادال - الرباط أيام : 15/14/13 مارس 1997.
- 2 - معجم لسان العرب للعلامة ابن منظور - تقديم الشيخ عبد الله العلابي. مجلد حروف (ز-ف) ص 813/812/811.
- 3 - معجم المصطلحات العلمية والتقنية ليوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت ص 451/450.

الدستوري لكلمة "العطف" وربطها بكلمة "التوقيع" أي الإمضاء على وثيقة للدلالة على واقعة "اتكاء" رئيس الدولة على الوزير الأول (ويشمل هذا الإتكاء في بعض الأنظمة الوزراء) لتحمله بسبب توقيعه بالعطف مسؤولية بعض ما قد يصدر عنه من قرارات انطلاقاً من كون كلمة "الوزير" مأخوذة من الوزر (أي الحمل الثقيل)، ولن يكون هناك وزير بدون وزر وحمل ثقيل.

وهكذا يكون التوقيع بالعطف حسب تعريف بسيط ومبسط هو الإشهاد الرسمي على اتكاء شخص على شخص آخر، قصد مزاوله اختصاصاته عن طريق وموافقة هذا الأخير.

وهذا التعريف المبسط لا يتضمن جميع جوانب التوقيع بالعطف ولا الآثار المترتبة عنه، ولذلك نعتبر أن التوقيع بالعطف أصبح يعني في الفقه والقانون الدستوري وعلى ضوء الأحكام القضائية (خصوصاً الأجنبية القليلة العدد) والتي صدرت في الموضوع: "إقرار شخصية مؤهلة بثبوت الصفة الرسمية (Authentique) لنص قانوني، وكون هذا الأخير موقعاً فعلياً من طرف الشخص الذي ذكر اسمه في النص، بوصفه صاحب الاختصاص الأصلي، وذلك من أجل إحلاله محل هذا الأخير في المسؤولية (أساساً بالمفهوم السياسي) لكونه مسؤولاً دستورياً عن النص القانوني".

تعمدنا استعمال كلمة "النص القانوني" في هذا التعريف حتى نبقي في إطار نوعية وحدود الموضوع الذي نحن بصددده.

بادئ ذي بدء، وحرصاً منا على تقادي كل لبس أو خلط في المصطلحات المتشابهة ومفاهيمها، نشير إلى أن هناك فرقا بين :

- التوقيع بالعطف - Le contresing

- Délégation de pouvoir تفويض السلطة
- Délégation de signature تفويض التوقيع
- la co-signature التوقيع المزدوج

الفرق بين هذه الحالات الأربعة موجود من حيث طبيعة النص المرجعي المنظم لكل حالة، ومن حيث نوعية الأشخاص الفاعلين، وأخيرا من حيث الآثار المترتبة عن كل حالة.

مجال التوقيع بالعطف وكذا نوعية الأشخاص المعنيين به محددان بموجب الدستور، ويكون الانعدام هو حكم ما يصدر من نصوص مخالفة له (أي الدستور) سيما في جانبها الشكلي. بينما الحالات الثلاثة الأخرى هي قانونية، ويضبط القانون (خصوصا القانون الإداري) مجالها ويحدد أطرافها، ويكون عدم المشروعية والإلغاء هو حكم ما يصدر فيها (أي الحالات الثلاثة) مخالفا له (أي للقانون).

تفويض السلطة :

نعتبر أن المصطلح غير سليم وغير مناسب، لأن المقصود لا يتعلق في حقيقة الأمر بعملية تفويض ولكن بنقل السلطة نقلا نهائيا (كليا أو جزئيا) من جهاز إداري إلى جهاز إداري آخر، بواسطة نص قانوني (قانون أو مرسوم) يكون على الأقل في نفس المستوى مع النص الذي منح هذه السلطة في بداية الأمر إلى الجهاز المنقول منه.

يتم هذا النقل لهذه السلطة بكيفية عامة ومجردة بغض النظر عن الأشخاص الذاتيين (الحاليين أو المستقبليين) الذين يزاولون أو سوف يزاولون هذه السلطة تحت مسؤوليتهم الشخصية من جهة، ومسؤولية مرفقهم من جهة أخرى.

يهدف هذا النقل إلى تحرير المنقول إليه من التبعية الهرمية للمنقول منه وذلك لأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

في غالب الأحيان يتم الإبقاء على علاقة وصاية إدارية بين المنقول منه والمنقول إليه.

تفويض التوقيع :

هو قرار إداري إفرادي، يمنح بموجبه شخص ذاتي بوصفة صاحب سلطة، (اختصاص) وبحكم موقعه الوظيفي، جزءا من صلاحياته (إذا كان القانون يسمح بذلك) إلى شخص ذاتي آخر (عادة ما يكون موظفا تابعا له). يحظى بتقته وتقديره.

الآثار القانونية المترتبة عن هذا القرار هي عموما:

- تخفيف العبء عن المفوض (مانح التفويض) ؛
- وجود علاقة مباشرة وهرمية بين المفوض والمفوض له ؛
- إبقاء المفوض مسؤولا (مسؤولية مدنية) عن ما يقوم به المفوض له في إطار التفويض ؛
- إمكانية استرجاع المفوض لما فوضه متى شاء (أي سحب أو تعديل قرار التفويض) ؛
- حق المفوض له في رفض هذا التفويض أو العدول عن الاستمرار في مزاولته إذا كان هناك ما يبرر ذلك ؛
- ينتج عن إقالة أو استقالة أو موت أحدهما، وبصفة عامة مغادرة أحدهما لمنصبه، سحب التفويض وانقضائه بكيفية تلقائية.

التوقيع المزدوج :

يشبه مفهوم التوقيع المزدوج إلى حد ما، مفهوم التوقيع بالعطف باعتبار أنه لا يجوز في إطارهما اتخاذ القرار إلا بتوافر موافقة الطرفين معا، ومع ذلك يبقى الاختلاف قائما بين المفهومين.

ذلك، وعلى خلاف مفهوم التوقيع بالعطف، فإن نظام التوقيع المزدوج يشترط :

- أن يكون كل طرف صاحب الاختصاص أصلا؛

- أن يكونا مستقلين بعضهما عن بعض ولا يخضعان لبعضهما البعض؛

- أن يتحملا معا (بدون تجزئة) مسؤولية عملهما في نطاق مسؤولية مشتركة غير قابلة للتجزئة وبدون أن تكون تضامنية : Responsabilité conjointe sans être solidaire أي لا يجوز لأحد أن يحل محل الآخر في تحمل المسؤولية كاملة لوحده.

التوقيع بالعطف :

هو مفهوم دستوري ناتج عن أسباب تاريخية وسياسية، أصبحت في معظمها متجاوزة حاليا، (الباب الأول) وبالتالي أصبح للتوقيع بالعطف في الوقت الراهن، وخصوصا بالمغرب، مفهوم جديد وأثر من نوع خاص، لا علاقة له بالسبب الذي ظهر من أجله إلى الوجود في أنظمة أخرى.

ولعل واقع النظام الدستوري المغربي هو الذي دفعنا إلى البحث في موضوع التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول (بوصفه سلطة تنفيذية) على الظواهر الصادرة في مجال القانون، ومدى تأثير هذا النوع من التوقيع على الطبيعة التشريعية لهذه الظواهر (نظرا لكون الوزير الأول سلطة تنفيذية)،

سيما وأنها (أي الظهائر) في أغلب الأحيان من مصدر "مشاريع قوانين" التي سبق للوزير الأول وحكومته أن أعدها ودرسها في مجلس الحكومة ثم مجلس الوزراء، لنجد أنفسنا أمام الوزير الأول ولسان حاله يقول للبرلمان: "هذه بضاعتنا ردت إلينا، فأرونا ما كان منكم إن كان لديكم" (الباب الثاني).

الباب الأول : الأسباب التاريخية لظهور مفهوم التوقيع بالعطف

في الدول الغربية :

لم يظهر التوقيع بالعطف في البداية إلى جانب توقيع رئيس الدولة على القرارات التي يتخذها هذا الأخير، مجاملة أو حبا في إشراك الغير أو اعترافا منه بعدم قدرته على تحمله لمسؤولياته (ولو معنويا)، ولكن لم يتم ذلك، إلا بعد صراعات طويلة، وبعد حصول تغيير في المفاهيم والأدوار لدى جميع الفاعلين السياسيين وقتئذ، وقناعتهم بإيثار مصلحة البلاد وجعلها فوق كل اعتبار، مهما كان امتعاض ومضض البعض على هذه الوضعية الجديدة، وهي الصورة التي تنعكس جيدا في كلمة "العطف" التي يوجد من بين معانيها حمل الشخص صاحب الاختصاص الأصلي على تقبل وضعية يكرهها، وانحناؤه، واتكاؤه على الغير، ... الخ.

بدأ العمل في بداية الأمر بالتوقيع بالعطف في الملكيات القديمة خصوصا بفرنسا من أجل الإسهاد على أن القرار صدر فعلا عن الملك.

وفي بداية عهد النظام البرلماني اعتبر التوقيع بالعطف كوسيلة قانونية وسياسية لاستدراك عدم إمكانية مساءلة الملك عن أفعاله، وهو يحكم ويسود في آن واحد (ولم تكن هذه المساءلة ممكنة) وذلك عن طريق تحميل مسؤولية ما يتخذه الملك من قرارات إلى الوزراء الذين يوقعون عليها بالعطف بسبب افتراض كونهم كانوا وراء القرار الذي أصدره الملك وأنه

كان بإمكانهم بل من واجبهم رفض إعطاء توقيعهم إذا كانوا لا يشاطرون الملك في قراره.

أمام عرف عدم مساءلة رئيس الدولة عن أفعاله، أصبح هذا الأخير "يستجيب في المجال السياسي إلى كل ما يطلبه منه الوزراء، بحيث يوقع على كل ما يقدم إليه، يقول ما يطلبه منه، لا يأخذ الكلمة أمام الجمهور أو أن يستقبل سفيرا أجنبيا إلا وكان بجواره وزير شاهدا على أن كل ما يتم، يتم باسم الحكومة، وأن رفضه لهذه "الوصاية" يعتبر إخلالا من طرفه لواجب التحفظ الدستوري الذي يعتبر أول واجباته"⁴.

كأثر لهذه الوضعية، أصبحت الحكومة تمارس فعليا الاختصاصات التي ترجع لرئيس الدولة.

وهكذا، وبدل أن يكون هذا الأخير في وضعية متبوع أصبح في وضعية تابع، وتغير موقعه من الواجهة إلى موقع التهميش والحجر مادام يزاوّل اختصاصاته عن طريق الغير، ليصبح في وضعية لا تختلف كثيرا كمن حجر عليه. ولعلها السمة الأساسية التي طبعت الجمهورية الثالثة⁵ والرابعة الفرنسية⁶ من حيث تحويل دور رئيس الدولة من فاعل أساسي في الحياة السياسية إلى مجرد شاهد عليها.

4 - في نفس المعنى أنظر :

BERNARD CHANTEBOUT Droit constitutionnel et science politique A. COLIN 1982 p 240/256/455, René Capitant, Ecrits Constitutionnels, Ed C.N.R.S 1982 p 388/389. André Hauriou et Autres, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchretien -1975,p 979 ; Maurice Duverger, Institutions politiques et Droit constitutionnel P.U.F p 737etS. Marie Jese Gaedon, Etude sur l'article 19 de la constitution Françaises .Edition Ecinomica.

5 - الفصل 3 من قانون 1875.2.25 المتعلق بهيكله وتنظيم السلطة العامة

6 - الفصل 38 من دستور 1946.10.27

تم استدراك هذه الوضعية جزئيا في دستور الجمهورية الخامسة عندما تم إعفاء بعض قرارات رئيس الدولة من شكلية التوقيع بالعطف مع إخضاع الباقي لها⁷، وبالتالي تم رد الاعتبار لدور رئيس الدولة جزئيا برفع "الحجر" عنه في المجالات التي أصبح يلعب بموجبها دور المرشد والحكم والممثل للسيادة والتي تتنافى بطبيعتها مع فكرة خضوعها إلى وصاية الغير.

هذا، وقد كان للدستور الفرنسي (والذي تأثر به الدستور المغربي إلى حد كبير) وللقضاء الفرنسي، السبق في تنويع الموقعين بالعطف بإعطاء تمييز بين الموقع بالعطف المسؤول والموقع بالعطف المكلف بالتنفيذ، وإن بات من الممكن وجود موقع بالعطف يقوم في نفس الوقت بمهمة الاثنين، كما هو الحال بالنسبة للوزير الأول المغربي انطلاقا من الفصلين 29 و 63 من الدستور المغربي بالنسبة للظواهر الصادرة في مجال القانون.

الباب الثاني : التوقيع بالعطف في الدستور المغربي

ورد التنصيص على التوقيع بالعطف في فصلين من الدستور:
الفصل: 29 والفصل 63.

الفصل 29 : "يمارس الملك بمقتضى ظواهر السلطات المخولة له صراحة بنص الدستور.

الظواهر الشريفة توقع بالعطف من لدن الوزير الأول ماعدا الظواهر المنصوص عليها في:

(1) الفصل 21 الفقرة 2 : المتعلق بتعيين الشخصيات العشرة المشاركة في تكوين مجلس الوصاية على الملك الغير البالغ سن الرشد.

7 - الفصل 19 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

- (2) الفصل 24 : الفقرة 1 المتعلق بتعيين الملك للوزير الأول
- (3) الفصل 24 الفقرة 3 المتعلق بإعفاء الملك لأعضاء الحكومة من مهامهم
- (4) الفصل 24 الفقرة 4 المتعلق بإعفاء الملك للحكومة بمبادرة منه أو بناء على استقالتها.
- (5) الفصل 35 المتعلق بإعلان حالة الاستثناء
- (6) الفصل 69 المتعلق بعرض على الاستفتاء كل مشروع أو اقتراح قانون بعد قراءته قراءة جديدة من طرف البرلمان
- (7) الفصل 71 المتعلق بحل مجلسي البرلمان أو أحدهما
- (8) الفصل 79 المتعلق بتعيين ستة أعضاء في المجلس الدستوري
- (9) الفصل 84 المتعلق بتعيين القضاة بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء
- (10) الفصل 91 المتعلق بتعيين رئيس المحكمة العليا
- (11) الفصل 105 المتعلق بعرض مشاريع أو اقتراحات مراجعة الدستور على الاستفتاء.
- أما الفصل 63 من الدستور فينص على ما يلي :
- يمارس الوزير الأول السلطة التنظيمية
- تحمل المقررات التنظيمية الصادرة عن الوزير الأول التوقيع بالعطف من لدن الوزراء المكلفين بتنفيذها.

نشير إلى أننا لن نتعرض في هذا البحث إلى التوقيع بالعطف من لدن الوزراء على المراسيم الصادرة عن الوزير الأول (موضوع الفصل 63 من الدستور) لأنه يخرج عن نطاق بحثنا المتمحور حول نقطة محددة هي :

التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الظهائر الصادرة في مجال القانون. كما أنه لن ينصب على جميع التوقيعات بالعطف من لدن الوزير الأول على الظهائر في مختلف مجالاتها الدستورية.

نستنتج من الفصل 29 من الدستور السابق الذكر أن كل الظهائر الملكية الغير المستثناة صراحة في هذا الفصل، تخضع وبقوة الدستور إلى التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول، ومن بين هذه الظهائر:

- الظهائر بتنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان (الفصل 26 من الدستور).

- الظهائر بمثابة قانون والتي يصدرها الملك في حالة غياب البرلمان بسبب حله كلياً أو جزئياً (الفصلان : 27 و 72 من الدستور) أو تجميد نشاطه (الفصل 35 من الدستور).

التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن بكيفية تلقائية وعفوية يدور حول معرفة ما إذا كان عاهلنا (ملك المغرب) يحتاج (على ضوء النظام السياسي والدستوري الحالي)، إلى من يحل محله في تحمل مسؤولية ظهائره وخصوصاً منها ما صدر في مجال القانون، إذا ما أخذنا (عبثاً) التوقيع بالعطف بمفهومه التقليدي ؟ ليبقى التساؤل مطروحا عن الغاية المنشودة من إخضاع كل الظهائر الغير المستثناة في الفصل 29 من الدستور إلى التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول.

الأكيد هو أن التوقيع بالعطف لا يهدف إلى تخفيف الأعباء الدستورية عن الملك، لأنه لا يجوز (دستوريا) تصور وجود تفويض في المواد التي تخضع للتوقيع بالعطف، لكون الموقع بالعطف لا يحل بتوقيعه محل صاحب الإختصاص الأصلي (صاحب حق المبادرة)، وإنما يعترف بتوقيعه بالعطف بتحملة مسؤولية آثار القرار المتخذ من حيث مضمونه وإجراءات تنفيذه.

ولذلك، يشترط في النص الخاضع للتوقيع بالعطف وجود توقيعين اثنين في نفس الوقت، وإلا أصبحنا في وضعية التفويض أو تفويض التوقيع، وهذا شيء آخر.

نشير من جهة أخرى إلى أن الدستور لم يتعرض لتفويض الملك لسلطاته الدستورية إلى الغير إلا في مجال التعيينات في المناصب المدنية والعسكرية : (الفصل 30 الفقرة 2). كما نشير إلى أن هناك فرقا دستوريا وقانونيا من حيث الشروط والآثار بين ممارسة الوزير الأول في إطار التوقيع بالعطف وبين مزاولته في إطار التفويض الملكي الذي ينحصر نطاقه دستوريا في المجال المنصوص عليه في الفصل 30 الفقرة الثانية من الدستور كما سبق ذكره.

إذن: هل التوقيع بالعطف هو إجراء من أجل الإشهاد على كون النص المنشور هو مطابق للنص الأصلي الذي صادق عليه البرلمان، أو الذي وافق عليه مجلس الوزراء في حالة تطبيق الفصول 27-72 أو 35 من الدستور، مع العلم أن مبادرة النصوص في الحالات الثلاثة ترجع إلى الملك؟

لا نقصد هنا بالفصلين 27 و35 الظاهر المعلنة لحل البرلمان جزئيا أو كليا أو المعلنة لحالة الاستثناء، ولكن نقصد الظاهر التي تصدر خلال

هذه الفترة من أجل تسيير شؤون الدولة أو إرجاع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادي.

- أم هو إجراء من أجل الإشهاد على كون مضمون النص المنشور يعكس موقف الحكومة عموماً والوزير الأول خصوصاً، وبالتالي اعترافه العلني بمسؤوليته عن مضمون هذا النص من أجل تحريك الآلة البرلمانية قصد مساءلته عنه، علاوة على مساءلته من طرف الملك؟

- وهل يعتبر الوزير الأول "مسيراً أم مخيراً" في منح إمضائه أو رفضه بدعوى عدم مشاطرته لمضمون النص المطلوب توقيعه بالعطف من طرفه؟

- وما هو الأثر القانوني لظهير صادر في مجال القانون وبالتالي خاضع للتوقيع بالعطف تم نشره بدون هذا الإجراء؟ ومن هي الجهة التي لها الحق في إثارة هذا الإشكال؟ وأمام أي جهاز؟ مع العلم أن الإحالة على المجلس الدستوري لنصوص القانون تكون قبل إصدار الأمر بالتنفيذ والنشر في الجريدة الرسمية.

- وما هو مدى تأثير التوقيع بالعطف على الفصل 19 من الدستور؟

- ألا يعتبر التوقيع بالعطف على الظهائر بتنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان في ظاهره مساساً (إلى حد ما) بمبدأ فصل السلط؟

الإجابة على كل هذه التساؤلات تقتضي منا التأكيد أولاً وقبل كل شيء على أن مفهوم التوقيع بالعطف تأثر كثيراً بفعل التغييرات التي حصلت في مسار الأنظمة السياسية وتحويلها في غالب الأحيان من النظام البرلماني إلى النظام الرئاسي أو الشبه الرئاسي، والذي يتنافى مع قاعدة تحميل مسؤولية قرارات رئيس الدولة للوزير الأول لأسباب كثيرة (منها :

انتخاب الرئيس بالإقتراع المباشر؟، هرمية المنصب والوظيفة، الإعلان عن الولاء التام لرئيس الدولة كشرط للتعيين في منصب الوزير الأول أو البقاء فيه. إمكانية إقالة الوزير الأول، احتمال انتماء رئيس الدولة والوزير الأول إلى حزبين متعارضين ألخ...)

وكأثر لما سبق ذكره، تم تمييز الموقع بالعطف المسؤول عن الموقع بالعطف المكلف بالتنفيذ⁸ إذ أصبح الموقع بالعطف المسؤول يعني الشخص الذي دافع عن فكرة وأقنع الآخرين بجديتها، وبادر (عمليا بواسطة الجهاز الذي يشرف عليه) إلى ترجمتها وصياغتها في مشروع نص، وتابع جميع الأطوار والمراحل التي مر منها هذا المشروع إلى حين صدوره في صيغته وشكله النهائي.

وهذا ما يفيد استبعاد احتمال حدوث رفض التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول، مادام النص المطلوب توقيعه هو من إنتاجه بالأساس، ليبقى في آخر المطاف لصاحب الإختصاص الأصلي (رئيس الدولة) سوى دور التبريك والتزكية (Enteriner).

نستنتج من ذلك أن هناك توافقا في الرؤى والتقاء الإرادتين وانضمام بعضهما للبعض، خدمة لمصلحة البلاد، بعيدا عن الاعتبارات الحزبية أو التسلسلية أو الشخصية.

أما الموقع بالعطف المكلف بالتنفيذ فهو الشخص الموكول إليه صلاحيات اتخاذ الإجراءات والتدابير العملية (تنظيمية وإدارية) من أجل تطبيق نص قانوني على أرض الواقع.

⁸ - أنظر:

Conseil d'Etat Français Affaire Pelon (10.6.1966) et conclusions de M.GALABERT . A.J.D.A.septembre 1966 p.492 et S.

نؤكد هنا على أن الأمر لا يتعلق بالتنفيذ كسلوك مميز لعلاقة بين شخص أمر وشخص مأمور، لأننا نعتبر أن الموقع بالعطف المكلف بالتنفيذ يشبه إلى حد ما الموقع بالعطف المسؤول المشار إلى مفهومه أعلاه، من حيث تصور وتحديد الوسائل القانونية والتقنية والمادية وصياغتها في نص تنظيمي يهدف إلى تنفيذ ما صدر عن الموقع بالعطف المسؤول.

وقد يتطلب تنفيذ نص قانوني تكليف عدة أشخاص، كل واحد في مجال اختصاصه، ولكن دائما تحت إشراف الشخص "المسؤول" بالمفهوم المشار إليه أعلاه، علاوة على الرئيس القانوني إذا كان هذا الأخير ليس هو الموقع بالعطف المسؤول.

من غير المستبعد أن نجد هاتين الصفتين: "المسؤول" والمكلف بالتنفيذ" مجتمعتين في نفس الوقت لدى نفس الشخص، اعتبارا لمسؤولياته واختلاف وتنوع مهامها حتى ولو لم يتم التنصيب على ذلك صراحة، إذا كانت طبيعة هذه المهام تقتضي تارة "المسؤولية" وتارة اتخاذ إجراءات التنفيذ حسب مفهومها السابق الذكر.

يظهر من ذلك أن مفهوم التوقيع بالعطف بشقيه (المسؤولية والتنفيذ) هو مدلول جديد نابع من نظرة إن لم نقل جديدة فهي على الأقل مجددة انطلاقا من اعتبارات معاشة في الممارسة اليومية لشؤون الدولة.

لم يعط الدستور المغربي تكييفا لطبيعة وغاية التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الظواهر بما فيها التي تدخل في مجال القانون، وعمّا إذا كان هذا التوقيع مأخوذا من منظور "المسؤولية" أم من منظور "التكليف بالتنفيذ" حسب المعنى الذي أصبح يعطى لهذين المفهومين حديثا كما سبق ذكره، مع أنه حدد هذه الطبيعة وكذا الغاية من توقيع الوزراء على المراسيم التنظيمية الصادرة عن الوزير الأول (الفصل 63) وجعلها لأجل التنفيذ.

لكن بالرجوع إلى الفصل 61 من الدستور والمتعلق بتكليف الحكومة (بالمفهوم السياسي : والمشملة على الوزير الأول والوزراء)، بتنفيذ القوانين تحت مسؤولية الوزير الأول وكذا إلى ضرورة إخضاع الظواهر الصادرة في مجال القانون إلى التوقيع بالعطف من لدن هذا الأخير، نستنتج أن للوزير الأول المغربي صفتي "المسؤول" و"المكلف بالتنفيذ" بالمعنى الحديث، وأنه لا مجال للتفكير في المعنى القديم (أي الإحلال محل الغير من أجل تحمل مسؤولية هذا الأخير) لأسباب عملية ناتجة عن المباشرة اليومية لشؤون الدولة وأخرى سياسية لها علاقة مباشرة بطبيعة النظام السياسي الملكي المغربي.

إن صفة "المسؤول" وصفة "المكلف بالتنفيذ" اللتان يتوفر عليهما الوزير الأول بموجب التوقيع بالعطف على الظواهر الصادرة في مجال القانون راجع إلى إشرافه المباشر على جميع المرافق العامة والعمومية ضمانا لاستمرارية الدولة، وراجع كذلك إلى مسؤوليته عن إنجاز البرنامج الذي التزم به أمام البرلمان في مختلف مجالات النشاط الوطني وبالأخص في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والخارجية (الفصل 60 من الدستور).

إن ترجمة هذه المسؤوليات على أرض الواقع تقتضي من الوزير الأول أن يكون صاحب تصور ومبادرة عملية لوضع أو على الأقل على الإشراف (ولا أقول على التصويت) على وضع النصوص القانونية الكفيلة بتحقيق ما سبق ذكره ومهما كان مجالها، كما يقتضي منه إرفاق هذه القوانين في إطار تنفيذها، بالإجراءات والتدابير (التنظيمية والإدارية) اللازمة قصد ترجمتها وإعطائها أثرا على أرض الواقع، وخصوصا باللجوء إلى الإدارة (الفصل 61 من الدستور) باعتبارها المستودع الحكومي من

حيث العنصر الهيكلي (الأقسام المتخصصة) والعنصر البشري (الموظفون المتخصصون) والعنصر المادي (المعدات المتوفرة لدى هذه الأقسام) والعنصر المالي (لتوفر الإدارة على الإعتمادات المالية في الميزانية العامة).

نستنتج مما سبق ذكره، أن التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الظهائر هو امتداد للعمل الحكومي في مجال القانون؛ وهو، وبقدر ما يحمل للوزير الأول مسؤولية آثار مضمون النص الموقع بالعطف من طرفه، بقدر ما يحمله مسؤولية اتخاذ الإجراءات الضرورية (تنظيمية وإدارية) لتطبيقه على أرض الواقع، وما قد ينتج عن هذه الإجراءات من آثار تجعله في الحالة الأولى والثانية محطة مساءلة - إن اقتضى الحال- من طرف الملك والبرلمان، وبعبارة أخرى، أصبح التوقيع بالعطف في مجال القانون بمفهومه الحديث يسمح لنا بالتعرف على الجهة (أو الشخص) التي ترجع لها مسؤولية تصور وإعداد النص ومتابعة مراحلها أو التي ترجع لها مسؤولية تحديد وسائل التنفيذ وظروفه أو هما معا، وبدون المساس بمواد مجال القانون، التي لا يمكن مراجعتها إلا بمراجعة الدستور.

نستنتج من ذلك أيضا، أن التوقيع بالعطف هو مفهوم يلتقي فيه القانون الدستوري والعلوم السياسية والقانون الإداري، وهو عنصر حاسم في تحديد طبيعة النظام السياسي وكذا في تقييم طبيعة العلاقة الموجودة بين الجهات الفاعلة فيه، وهو أخيرا شرط أساسي في دستورية الظهائر الخاضعة له⁹.

9 - في نفس المعنى أنظر:

Marie jose guedon Etude sur l'article 19 de la constitution Française. Edition Economica.

انطلاقاً من شرط وجوب التوقيع بالعطف لدستورية الظهائر الصادرة في مجال القانون، وانطلاقاً من كون مجال هذا الأخير هو مجال محدود ومحدد، وأن نسبة القوانين من مصدر "اقتراح قانون" هي جد ضئيلة ونادرة، بينما "مشاريع القوانين" هي القاعدة والعملية المتداولة في البرلمان، ولربما بدونها ما كان لكثير من البرلمانين أن ينعموا بوهم مزاولتهم لوظيفة التشريع؛ أقول، انطلاقاً من كل ذلك - وتجاوزاً للتسمية وللشكليات المسطرية القانونية والدستورية لأغراض أكثرها ديمagogية للاستهلاك الداخلي والخارجي - نتساءل، ومن حقنا أن نتساءل، عن الفرق الفعلي من جهة، بين الظهير الصادر في مجال القانون والذي مصدره "مشروع قانون" أعده الوزير الأول (أو تحت إشرافه من طرف الحكومة) من الفكرة إلى الصياغة إلى الدفاع عنه في مجلس الحكومة، ومجلس الوزراء، وحتى أمام البرلمان (أمام اللجن وأمام الجمعية العامة) ثم وقعه بالعطف نفس الوزير الأول (اسماً وصفة) في مرحلة صدور الأمر بتنقيذه أو في مرحلة الأمر بنشره إذا كان بمثابة قانون في حالة تطبيق الفصلين 35 أو 72 من الدستور، ومن جهة أخرى، بين مرسوم صادر في المجال التنظيمي المستقل والذي تم إعداده من طرف الوزير الأول فكرة وصياغة ودفاعاً عنه في مجلس الحكومة ومجلس الوزراء ووقع عليه قبل نشره؟

أليس الفرق بينهما سوى كون كل واحد منهما ينتمي إلى مجال تم فصله بطريقة أحادية في الدستور عن مجال الآخر لأسباب قد تكون أصبحت متجاوزة حالياً؟

في نفس السياق، نتساءل عن الفرق بين السيد الوزير الأول وهو في مكتبه مرتدياً اللباس التقليدي يوم الجمعة وبين نفس السيد الوزير الأول في نفس المكتب وهو يرتدي اللباس العصري باقي أيام الأسبوع، مادام ارتداؤه

اللباس التقليدي يوم الجمعة لا يجعله أكثر إسلاما من باقي الأسبوع حتى يحظى ما يقوم به في هذا اليوم بمكانة أكثر اعتبارا مما يقوم به خلال باقي أيام الأسبوع.

لذلك نعتبر أن الاستمرار في الحديث عن فرق فعلي (بغض النظر عن الجانب الشكلي) في وقتنا الراهن بين صنفين النصوص القانونية الآتية الذكر (الظهير الموقع بالعطف والمرسوم) بات تمييزا من باب الجدل العقيم، لأنه ومهما كانت وجهة هذا الجدل العقيم (إذا كانت له وجهة: كأيهما الأم للأخرى: الدجاجة أم الببغاء) فإن الاعتراف بهذه الوجهة يبقى من باب الوهم لضعف الحواس، والوهم هو اعتبار الشيء على غير حقيقته، وما هو معروف على غير حقيقته يكون مجهولا، وهنا يلتقي الجاهل والمجهول في قاسم مشترك هو: "الجهل":

"وقل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون"¹⁰ "وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون" إنما يتذكر أولوا الألباب"¹¹ صدق الله العظيم.

10 - سورة الزمر - الآية : 9

11 - سورة العنكبوت - الآية : 43

I.S.M

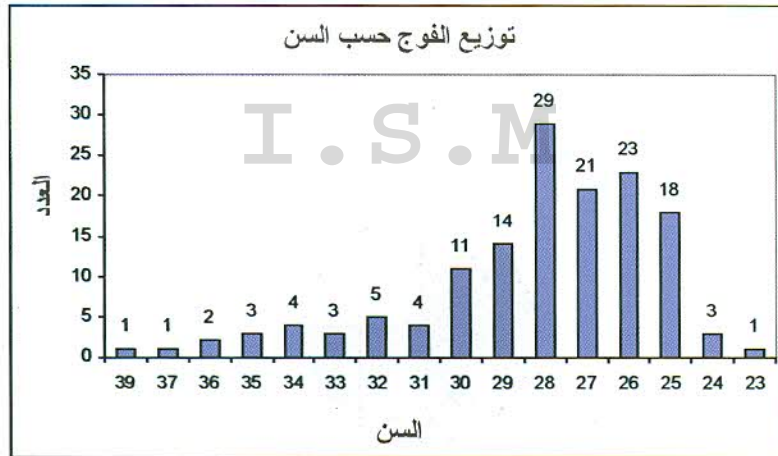
إحصائيات تتعلق بالفوج 35 للملحقين القضائيين

I . S . M

I . S . M

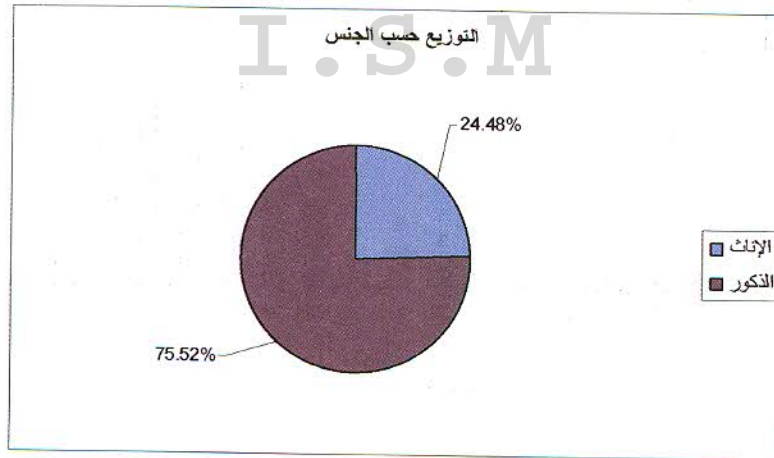
توزيع الفوج 35 حسب الفئات العمرية

السن	39	37	36	35	34	33	32	31	30	29	28	27	26	25	24	23
عدد الملحقين	1	1	2	3	4	3	5	4	11	14	29	21	23	18	3	1



توزيع الفوج 35 حسب الجنس

الذكور	الإناث
108	35



الدراسة الجامعية

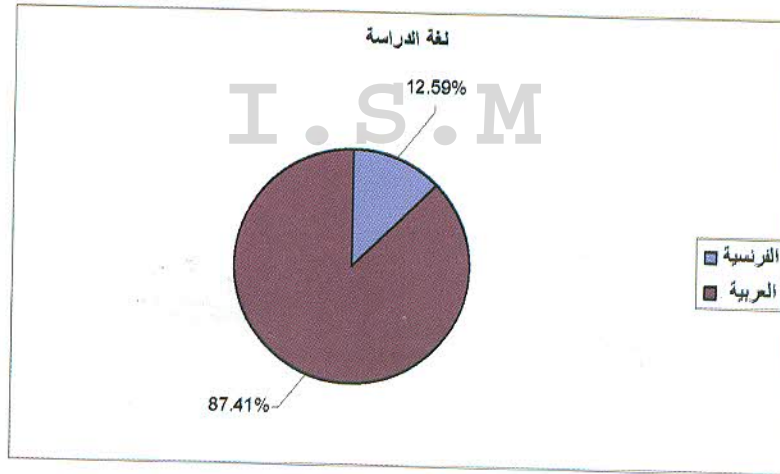
الإجازة فقط	ما بعد الإجازة	دبلوم الدراسات العليا في طور التحضير	دبلوم الدراسات العليا	الدكتوراة في طور التحضير
44	99	43	56	26

I.S.M



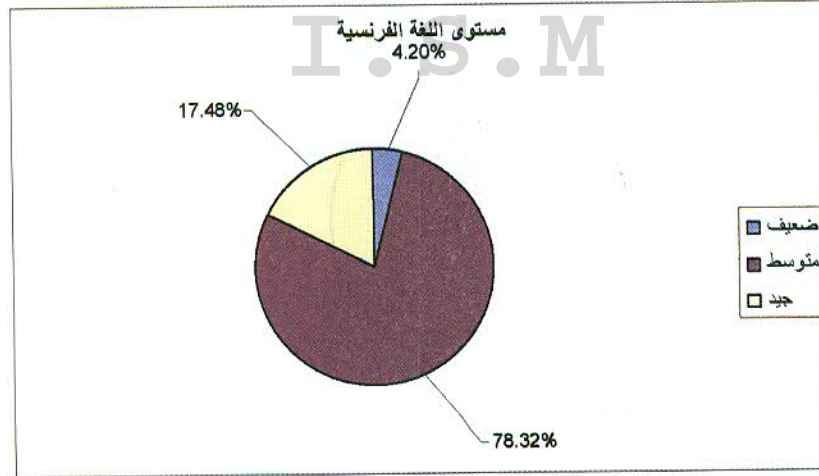
لغة الدراسة الجامعية

الفرنسية	العربية
18	125



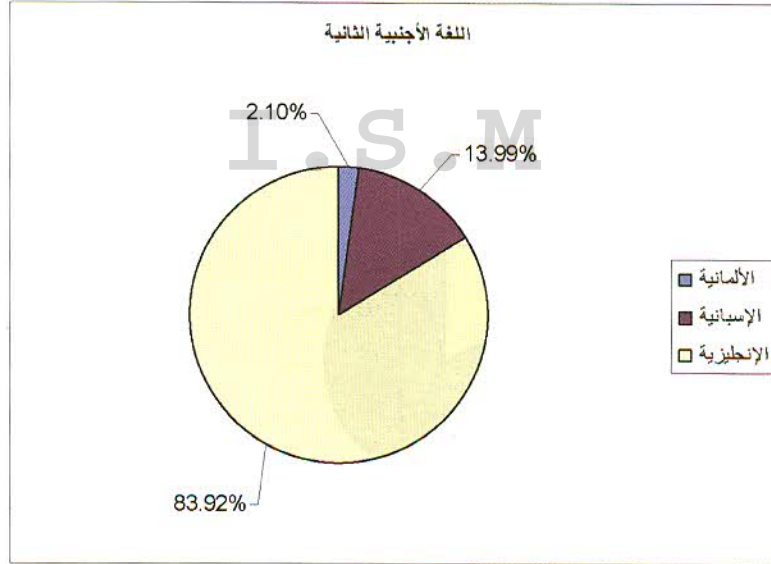
مستوى اللغة الفرنسية

ضعيف	متوسط	جيد
6	112	25



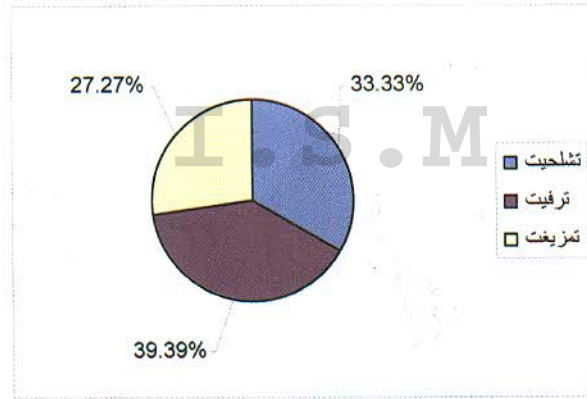
اللغات الأجنبية الأخرى

الألمانية	الإسبانية	الإنجليزية
3	20	120



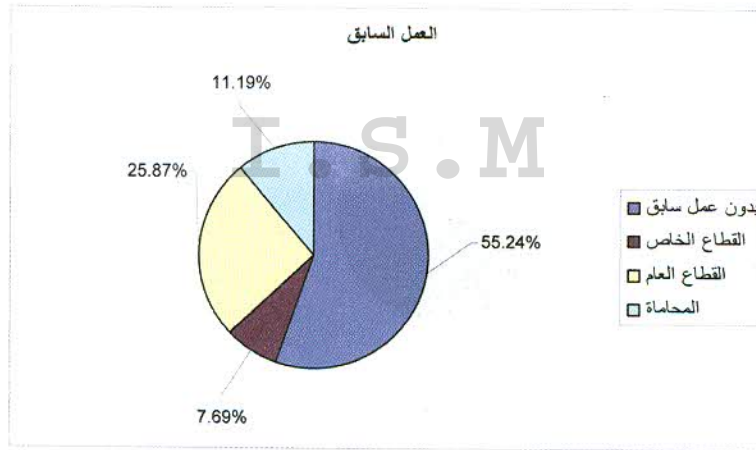
اللغة الأمازيغية

تشلحيت	ترفيت	تمزيغت
11	13	9



العمل السابق

بدون عمل سابق	القطاع الخاص	القطاع العام	المحاماة
79	11	37	16



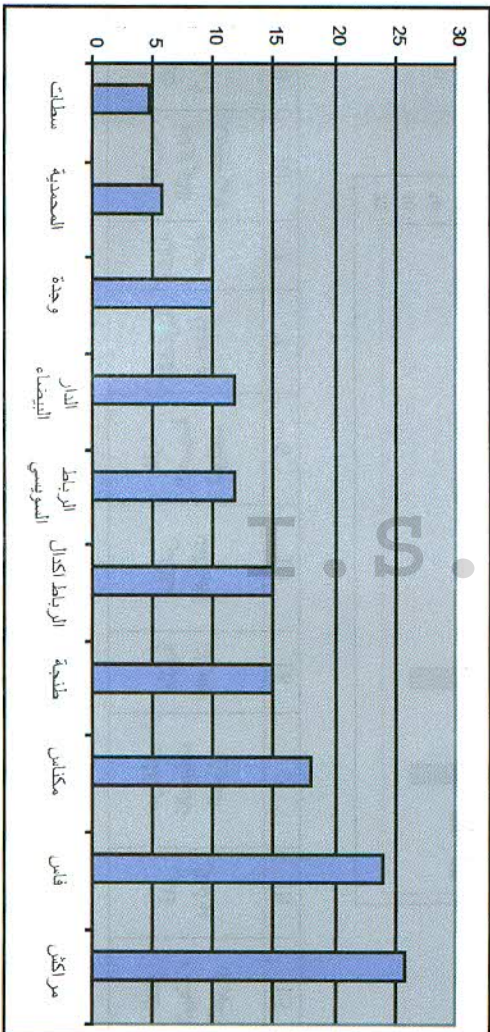
توزيع الفوج 35 حسب الجهة

9	2	9	10	10	10	7	7	6	10	18	7	18	15	15	
المنطقة الشرقية	كلميم	سوس ماسة درعة	تادلة أزيلال	الغرب الشراردة بني حسن	دكالة عجة	الشاوية ورديغة	تازة الحسيمة تاونات	مكناس تافيلالت	طنجة تطوان	مراكش تانسيفت الحوز	فاس بولمان	الدار البيضاء الكبرى	الربط سلا زمور زعير		



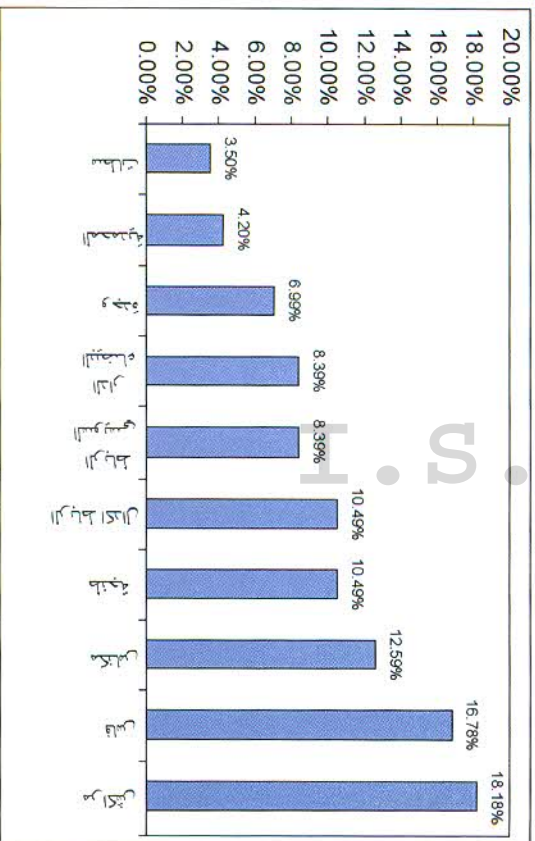
المترشحون الناجحون في مباراة الملحقين القضائيين حسب الكليات

الكليات	الناجحون	فلس	مكاس	طنجة	الرباط اكدال	الرباط السويسي	الدار البيضاء	وجدة	المحمدية	سطات
	18.18%	24	18	15	15	10.49%	8.39%	12	6	5
		16.78%	12.59%	10.49%	10.49%	8.39%	8.39%	6.99%	4.20%	3.50%



النسب المئوية للنجاح في مباراة الملحقين القضائيين حسب الكليات

الكليات	النسب المئوية	مراكش	فاس	مكناس	طنجة	الرباط اكادال	الرباط السويسي	الدار البيضاء	وحدة	المجمعية	سجلات
الكليات	النسب المئوية	18.18%	16.78%	12.59%	10.49%	10.49%	8.39%	8.39%	6.99	4.20%	3.50%



I . S . M

الفهرس

- كلمة السيد وزير العدل بمناسبة حفل تخرج الفوج 34 من الملحقين
القضائين بتاريخ 18 يونيو 2009 ؛
- 3.....الأستاذ عبد الواحد الراضي
- اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية
الدكتور أحمد زوكاغي، أستاذ بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - الرباط ؛ 10.....
- التمييز بين النطاقين الشخصي والمالي للتصرفات القانونية
الدكتور أحمد زوكاغي.....26.....
- النظام القانوني لفوائد التأخير في مجال الصفقات العمومية
الدكتور مراد آيت السافل، قاض ملحق بالإدارة
المركزية ؛ 42.....
- المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص
الأستاذ محمد الإدريسي، مستشار بمحكمة الاستئناف
بتطوان.....71.....
- دور الضبط القضائي الخاص في ضبط الجرائم البيئية
الأستاذ علي عدنان الفيل، مدرس القانون الجنائي المساعد
بكلية الحقوق، جامعة الموصل ؛ 121.....

- الاعتقال الاحتياطي والمراقبة القضائية

الأستاذ بوشعيب عسال، قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف

بسطات ؛ 170.....

- مهام واختصاصات الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف

الأستاذ محمد النجاري، الرئيس الأول لمحكمة

الاستئناف بمراكش ؛ 186.....

- مدى تأثير التوقيع بالعطف من لدن الوزير الأول على الطبيعة

التشريعية للظواهر الصادرة في مجال القانون

الدكتور ميمون يشو، أستاذ بكلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية - بمراكش ؛ 230.....

- إحصائيات تتعلق بالفوج 35 للمحققين القضائيين 249.....