

Revue Adala

Pour les études juridiques
& judiciaires



مجلة عدالة

للدراسات القانونية والقضائية

مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

مدير المجلة

د. المصطفى الغشام الشعبيبي : مدير المركز المتوسطي للدراسات القانونية
والقضائية

رئيس تحرير المجلة

ذ. إبراهيم اشويعر : باحث في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بطنجة

محاور المجلة

* محور القانون الخاص

* محور القانون العام

* محور القانون المقارن

* محور التقارير والندوات

* مقالات باللغة الفرنسية

مجلة عدالة لدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 2019PE0031

ردمذ : 2665-8232

الطبعة : الأولى 2019

توزيع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف : 05.37.72.58.23 / الفاكس : 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي : www.darassalam.ma

البريد الإلكتروني : Contact@darassalam.ma

lib.darassalm@yahoo.fr

الطبع : Edition Dar Assalam- Rabat

Rue Siam n°6 Diour Jamaa - Rabat

محمود
بن
عبد
الرحمن

اللجنة العلمية

- د. عبد السلام فيغو : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
- د. ادريس الفاخوري : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة (القانون الخاص)
- د. محمد يحييا : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
- د. وداد العيوني : أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. محمد العمراني بوخبزة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
- د. عبد الرحمان الشرقاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
- د. عبد الله أشركي أفقيير : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. رشيدة أحفوض : قاضية وأستاذة زائرة بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
- د. محمد بوزلاقة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (القانون الخاص)
- د. حسن فتوخ : مستشار بمحكمة النقض (القانون الخاص)

قواعد النشر

1. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية أكاديمية محكمة تهتم بالأبحاث والدراسات القانونية والقضائية بأسلوب علمي أكاديمي موثق.
2. يجب ان ترسل المقالات وجوبا في شكل مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF (نوع الخط بالعربية Traditional Arabic مقاسه: 15، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Romain مقاسه: 12)، ويجب ان ترقم الصفحات ترقيما تسلسليا.
3. ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه باللغة العربية وبالحروف اللاتينية.
4. يجب أن توثق مادة النشر كما يلي:

- بالنسبة للكتب: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلات: اسم المؤلف، عنوان المقال، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الأنترنت: اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملاً (يشمل الملف)
5. يجب ألا يكون البحث المراد نشره قد سبق نشره في مجلة أخرى وأن يتميز بالجدة والأصالة واحترامه لمنهجية البحث العلمي الأكاديمي وأصوله العلمية المتعارف عليها
6. الاهتمام بالمقال المراد نشره وذلك بتصحيح الأخطاء الإملائية واللغوية والتقنية تحت طائلة عدم قبول المادة المقدمة للنشر.
7. ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة وكل مقال وردت هوامشه في آخره يعد غير مقبول للنشر.
8. يمكن للمجلة إذا رأت ضرورة لذلك إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة دون المساس بجوهرها، والمجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
9. تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
10. تخضع جميع المقالات المرسلة للمجلة للتقييم والتحكيم مع التنبيه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
11. ترسل جميع المقالات والمواد القانونية والقضائية العلمية المراد نشرها وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة revueadala@gmail.com.

الكلمة الافتتاحية للدكتور الحريس الفاخوري

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة

رئيس مركز ادريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية

المدير المسؤول لمجلة فضاء المعرفة القانونية

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة "عدالة للدراسات القانونية والقضائية" مولود جديد تعززت به الساحة القانونية والقضائية ببلادنا وهي إضافة مباركة إن شاء الله ستساهم في إغناء الفكر القانوني والقضائي والفقهية، ولا يمكن أن يتحقق نجاح هذا المشروع العلمي دون تجاوب مع الباحثين والممارسين وذوي الاهتمام المشترك بهدف الإسهام في نشر الثقافة القانونية باعتبارها شرطا من شروط تثبيت الديمقراطية، وتحقيق العدالة التي هي شعار وعنوان هذه المجلة، وهي تسمية شاملة وجامعة لعدة معان وأهداف ذلك أنه منذ وجود الانسان في مجتمع ينظم غيره من أقرانه وهو ينشد العدل فيما ينشأ بينه وبين غيره من علاقات ومعاملات لذلك ليس غريبا أن تلازم فكرة العدل فكرة القانون منذ وجوده، وفكرة العدل تنوج قمة الهرم القانوني على الدوام لهذا استحوذت فكرة العدالة على اهتمام الفلاسفة منذ أقدم العصور، والقانون يسعى إلى تحقيق العدالة بين الناس بحيث لا يكون هناك محاباة أو تفضيل لشخص أو طائفة على أخرى وبذلك تتحقق المساواة في الأعباء والمزايا ويتحقق الاستقرار حيث يسخر القانون مبادئه المتعددة ويضع أساليبه المختلفة كاستقرار العقود والتصرفات القانونية وتحقيق الأمن التعاقدية، كما

لا يمكن تحقيق مبادئ العدالة دون تحقيق الأمن الفردي بتقديم الوسائل اللازمة لمنع الاعتداء بين أفراد المجتمع ففي ظل دولة القانون والحق يستطيع كل فرد أن يمارس نشاطه في أمن وسلام ...

وفي المجتمع الحديث نجد بأن القواعد القانونية لا تتقف عند تحقيق الأمن والاستقرار وإنما تتجاوز ذلك الى توجيه الجهود وتكريسها لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي، فلكل نظام اقتصادي مقتضيات وقواعد معينة على مستوى التنظيم القانوني، لأن المشكلات الاقتصادية لا بد وأن تجد صياغتها في اطار مبادئ وتنظيمات قانونية مناسبة، والظاهرة الاقتصادية في تطور مستمر ولا بد للقانون أن يساير هذا التطور ليقدّم له الوسائل الفنية المناسبة ..

ولاشك أن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية سيكون من بين اهتماماتها وأولوياتها دراسة الظاهرة القانونية من خلال القواعد الاقتصادية الى جانب الاهتمامات الأخرى المرتبطة بالدراسات القانونية على شكل أبحاث ومقالات وتعليق، ورصد لأهم الاجتهادات القضائية ببلادنا إسهاما من المجلة في نشر الوعي القانوني والقضائي .

ولايسعني الا أن أهني الطاقم العلمي والإداري لمجلة عدالة راجيا من الله تعالى بأن يجعلها منارة علم، وصرح فكري وثقافي يستفيد منها الجميع .

وحرر بوجدة في يوم الخميس 14 فبراير 2019

ذ. إدريس الفاخوري، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة
رئيس مركز ادريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية
المدير المسؤول لمجلة فضاء المعرفة القانونية

فهرس المحتويات

5..... الكلمة الافتتاحية

محور القانون الخاص

طرق ووسائل حماية حقوق المؤلف

13 د. إدريس الفاخوري

المبادئ المؤطرة للقضاء وحقوق المتقاضين في التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية

53 دة. وداد العيدوني

محكمة النقض والأمن العقاري في ضوء الرسالة الملكية السامية حول ظاهرة الاستيلاء على أملاك الغير

73 د. حسن فتوخ

الدور الاجتماعي للسنديك في مساطر صعوبات المقاوله
- قراءة في ضوء مستجدات القانون رقم 73/17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة -

101 د. عمر السكتاني

التكييف التعاقدي لمسؤولية الناقل بالمجان

139 د. كريم الصبونجي

التعرض على مطلب التحفيظ دراسة على ضوء القانون 07.14

157 د. المصطفى الغشام الشعيبي

استقلال النيابة العامة على ضوء القانون 33.17 والمواثيق الدولية

187..... ذ. ابراهيم اشويعر

الوسائل البديلة لترشيح الإعتقال الاحتياطي في السياسة الجنائية

223..... ذة. حياة المقدم

مظاهر الحماية الجنائية للتعاقد الالكتروني وفق القانون رقم 05 / 53

245..... ذة. صباح أبو الستة

نظام الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة بين المادة المدنية والجنحية

تأملات في إشكالاته العملية

271..... ذ. حسن لميني علوي

محور القانون العام

مسائلة الدولة عن مخاطر مستعملي الطريق السيار

291..... د. عبد العلي الفيلاي

الديمقراطية التشاركية والتمكين التنموي: نحو بناء سياسة عمومية تشاركية

317..... د. نجيب جيري

التطلعات الذاتية لتنمية الإدارة الترابية

333..... دة. إلهام بخوشي

محور القانون المقارن

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) ودورها في مكافحة الجريمة
المنظمة

- 347..... ذ. محمد هيثم العرجي
العقار الصناعي المخصص لاستثمار الأجنبي تحقيقا لتنمية الوطنية في
الجزائر (حالة عقود الامتياز المخصص للاستثمار الأجنبي)
375..... ذ. لقمش محمد أمين بن سعد وسيلة

محور التقارير والندوات

- تقرير المحاضرة التي نظمها ماستر المهن القانونية والقضائية بطنجة
413..... من حول واقع وآفاق إصلاح منظومة العدالة"
"تقرير لقاء علمي حول تقديم كتاب "القضاء الإداري المغربي"
417..... لمؤلفه الأستاذ "بوجمعة بوعزاوي"

محور القانون الخاص

طرق ووسائل حماية حقوق المؤلف

إدريس الفاخوري

أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق وجدة

تعتبر التشريعات المنظمة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأن المؤلف يتمتع بالحماية القانونية اتجاه مصنفه مهما كان شكله أو نوعه أو طريقة التعبير عنه، وأنه لا يمكن استخدام هذا المصنف المشمول بالحماية إلا بترخيص صحيح من المؤلف أو من خلفه، ويشكل أي عمل مخالف اعتداء على حقوق المؤلف يخول لهذا الأخير رفع دعوى قضائية لحماية حقه ومنع الاعتداء.

فالامتياز الذي يحظى به مجال التأليف جعل المشرع المغربي يحيطه بمجموعة من الإجراءات ذات الطبيعة الحمائية وهي حماية مزدوجة، لأنها مدنية من جهة وذات طابع جنائي من جهة ثانية¹، كما يحق للمؤلف القيام بمجموعة من الإجراءات التحفظية لإيقاف الضرر الواقع عليه.

ومواكبة مع التطورات المتلاحقة ومن أجل حماية ناجعة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، تدخل المشرع المغربي بجملة من التدابير لحماية هذه الحدود. وعلى ضوء ما سبق نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى أربعة مطالب على الشكل التالي:

¹ - حسن الورياغلي، خالد سليكي "حقوق الملكية الفكرية"، الجزء الأول، "حقوق المؤلف والحقوق المجاورة"، المركز المتوسطي للدراسات والأبحاث بطنجة، الطبعة الأولى 2006، ص: 21.

- المطلب الأول: الإجراءات التحفظية.
- المطلب الثاني: الحماية المدنية.
- المطلب الثالث: الحماية الجنائية.
- المطلب الرابع: التدابير على الحدود.

المطلب الأول: الإجراءات التحفظية

نقوم بداية بتعريف الحجز التحفظي (الفقرة الأولى) ثم نتعرض لصاحب الحق في طلب الحجز التحفظي (الفقرة الثانية)، لنتكلم بعد ذلك من الجهة المختصة بإجراءات الحماية (الفقرة الثالثة) ونختم بالحديث عن المواد التي تكون محلا للحجز (الفقرة الرابعة) وذلك على الشكل التالي:

- الفقرة الأولى: التعريف بالحجز التحفظي.
- الفقرة الثانية: صاحب الحق في طلب الحجز.
- الفقرة الثالثة: الجهة المختصة للنظر في طلب الحجز.
- الفقرة الرابعة: المواد التي تكون محلا للحجز.

الفقرة الأولى: التعريف بالحجز التحفظي.

الإجراءات التحفظية إجراءات سريعة تستهدف مواجهة انتهاكات حق

المؤلف¹.

وهكذا يجوز للمؤلف أو المستأثر بحق استغلال المصنف الحق في تقديم طلب إلى المحكمة من أجل إصدار أمر بوقف نشر المصنف ووضعه تحت يد

¹ - محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص: 67، وفي نفس المعنى أنظر وداد العيدوني "حقوق المؤلف" مطبعة سيدلي أضوان طنجة، الطبعة الأولى دجنبر 2009، ص: 138.

القضاء عن طريق الحجز كإجراء تحفظي وقائي، بهدف منع المتعدي من التصرف فيه إلى أن يصبح الحكم تنفيذياً عند إصدار الحكم النهائي¹.

إن الحجز التحفظي هو صورة من صور الحماية الوقتية لتوافر عنصر الاستعجال، وهو يعني وضع أموال المدين تحت يد القضاء والمحافظة عليها لمنع المحجوز عليه من التصرف فيها تصرفاً يضر بحق الحاجز تمهيداً لاقتضاء حق هذا الأخير من ثمن بيعها عندما يتخذ الإجراءات اللازمة لذلك².

ولم يحدد المشرع المغربي حالات الحجز التحفظي على سبيل الحصر وإنما سمح بتوقيع الحجز التحفظي في كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه، ومن ثم يكون المشرع قد قدم ضماناً أكبر لحماية حقوق الدائنين حتى ولو لم يكن بيدهم سند تنفيذي³.

ومن أهم مميزات الحجز التحفظي السرعة والبساطة بالنظر لسهولة المسطرة المتبعة للحصول عليه، إذ لا يحتاج إلا لإذن من رئيس المحكمة بناء على طلب يقدمه الحاجز تحت مسؤوليته ضماناً للدائن ولو لم يكن ثابتاً، أو لم يكن بيده سند تنفيذي.

وتعرضت نصوص المسطرة المدنية للحجز التحفظي من الفصل 452 إلى

الفصل 458.

¹ - محمد الأزهر، حقوق المؤلف في القانون المغربي - دراسة مقارنة الملكية الفكرية والفنية - مطبعة دار النشر المغربية، طبعة 1994،، ص: 296.

² - راجع يونس الزهري "الحجز لدى الغير في القانون المغربي" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة رقم 6، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2004، ص: 11.

³ - عبد الرزاق نجي "الحجز التحفظي العقاري إشكالات تطبيقية" رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 3.

فالحجز الذي يمارسه المؤلف يعتبر جزءاً تحفظياً للغاية منه وقف الاعتداء ومنع تداول المصنف.

هذا وقد خصص القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الباب الرابع للتدابير والطعون والعقوبات ضد القرصنة والمخالفات الأخرى وعلى الخصوص المادة 61 من نفس القانون¹، والتي نصت على أنه: "يخول للمحكمة المختصة النظر في القضايا المدنية طبقاً لمقتضيات هذا القانون ومع مراعاة أحكام قانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية وفق الشروط التي تراها ملائمة: أ- إصدار حكم بمنع أو أمر بإنهاء خرق أي حق محمي بموجب هذا القانون.

ب- الأمر بحجز نسخ المصنفات أو المسجلات الصوتية التي يشتهب في كونها أنجزت أو استوردت... لا يمكن حجز حق المؤلف أو المصنفات غير المنشورة قبل وفاة المؤلف ولا يمكن أن تخضع للحجز سوى نسخ المصنفات التي سبق نشرها".

الفقرة الثانية: صاحب الحق في طلب الحجز.

إن الحق في طلب الحجز مخول للمؤلف أو من ينوب عنه أو لورثته أو خلفه بصفة عامة²، ما دام المصنف ما زال مشمولاً بالحماية القانونية، أو الناشر أو الموزع أو أي شخص ذاتي أو اعتباري فوضها المؤلف لذلك، وكذلك مستغلي المصنف

¹ - كما وقع تغييرها وتتميم البند "ب" من المادة أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 35.05 كما تم نسخ أحكام الفقرة الرابعة من المادة 61 بمقتضى المادة الرابعة من القانون رقم 34.05.

² - محمد الأزهر المرجع السابق، ص: 298، وفي نفس المعنى، يحيى محمد الشعبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في نطاق الحاسوب والإنترنت، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول بوجدة السنة الجامعية 2011/2010 ص 330.

والذين تضرروا من الاعتداء على المصنف كالناشر أو الموزع أو شركات الأشرطة الغنائية.

ويشترط في الشخص الذي يتقدم بطلب الحماية التحفظية، أن يكون صاحب صفة ومصالحة في طلب الحماية، وذلك طبقاً للقواعد العامة في قانون المسطرة المدنية وطبقاً للفقرة الأولى من الفصل الأول الذي ينص على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصالحة لإثبات حقوقه" وهو ما تشير إليه أيضاً مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

والطلب المقدم إلى المحكمة المختصة يجب أن يكون مدعماً بالوثائق التي يستند عليها صاحب الطلب وأن يتضمن التعريف بالمصنف المطلوب حمايته وهل الأمر يتعلق بكتاب أو مصنف سمعي بصري، أو مصنف للفنون التطبيقية أو مصنف فوتوغرافي، أو قاعدة بيانات أو برنامج حاسوب أو غير ذلك من المصنفات المحمية، وهل المصنف لشخص بمفرده أو مصنف جماعي ومشارك أو مشتق... إلخ.

الفقرة الثالثة: الجهة المختصة للنظر في طلب الحجز.

الحجز التحفظي من الإجراءات الهامة ذات الطابع الاستعجالي والتي تكفل حماية حق المؤلف وتوقف الاعتداء الذي تعرض له على مصنفه ومن ثم اتخاذ إجراءات من شأنها المحافظة على حقوق المؤلف ومحو الضرر.

والجهة المختصة باتخاذ التدابير التحفظية طبقاً للفقرة الأولى من المادة 61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة هي "المحكمة المختصة"، وطبقاً للفصل 452 من قانون المسطرة المدنية فإن الأمر المبني على الطلب بالحجز التحفظي يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية.

واختصاص رئيس المحكمة الابتدائية هنا باعتباره المختص بالبحث بصفته قاضياً للمستعجلات طبقاً للفصل 149 من قانون المسطرة المدنية. ورئيس المحكمة الابتدائية يصدر قراره بمنع الاعتداء بناء على قناعته الأولية من خلال دراسة ملف الطلب المقدم إليه والمستندات المرفقة وله أن يستعين بالخبرة خاصة عندما يتعلق الاعتداء بنشر المصنف على شبكة الأنترنت أو عندما يكون المصنف محل الاعتداد برنامج حاسوب أو قاعدة بيانات تم تقليدها ونسخها...

الفقرة الرابعة: المواد التي تكون محلاً للحجز.

إن محل الحجز هو بالأساس الإنتاج أو الابتكار أو المصنف الذي وقع عليه الاعتداء، سواء تعلق الاعتداء بالجانب المالي أو الأدبي¹، فالحجز التحفظي باعتباره عملاً مادياً فإنه لا بد وأن يقع على شيء مادي، والأصل أنه يقع على النسخ المقلدة من المصنف الذي كان محلاً للاعتداء²، والمشرع المغربي شأنه في ذلك شأن التشريعات المقارنة الأخرى أعطى للمحكمة المختصة إيقاع الحجز التحفظي أيضاً على المصنف، والمسجلات الصوتية المقلدة، وعلى نسخه وصوره وأغلفة هذه النسخ والأدوات المستعملة لإنجاز هذه النسخ طبقاً للمادة 61 من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وبصفة عامة فإن المواد التي يمكن أن تكون محلاً للحجز تشمل:

أولاً: حجز المصنفات أو المسجلات الصوتية المقلدة.

يصدر رئيس المحكمة الابتدائية أمراً بالحجز على نسخ المصنفات أو التسجيلات الصوتية والتي انتقلت إلى الغير بصورة غير مشروعة وبدون ترخيص

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 299.

² - يحيى الشعيبي، المرجع السابق، ص: 330.

من صاحب الحق المحمي، والتي يشتهه في كونها أنجزت أو استوردت أو في طور التصدير، وكذلك الأمر بالنسبة لأغلفة هذا النسخ، مثال ذلك: الكتب والصور الفوتوغرافية أو النسخ المصورة لمقالات وأبحاث أو شعر... وإعادة نشر المصنفات دون موافقة المؤلف، وقيام بعض الموزعين بطبع زيادات في النسخ المسجلة الصوتية أو برامج الحاسوب... إلخ.

والحجز يشمل أيضا أغلفة النسخ المقلدة، كأغلفة التسجيلات الصوتية والتي يتم إنجازها أو استيرادها دون موافقة صاحب حق التأليف.

ثانياً: الأمر بالحجز على المواد التي تستعمل لإنجاز النسخ غير المشروع.

والأمر يتعلق هنا بالمواد والوسائل المادية التي تستخدم في إعادة نشر المصنفات وإنجاز نسخ غير مشروعة كالطابعات الخاصة بطبع الكتب، أو أي وسائل أخرى تستخدم للاستنساخ، أو كاميرات للتصوير أو أجهزة خاصة بتسجيل المسجلات الصوتية أو السمعية البصرية.

المطلب الثاني: الحماية المدنية.

تتضمن جميع التشريعات الوطنية أحكاماً توضح التدابير المختلفة والتي تطبق في حالة الاعتداء على حقوق المؤلف، لجبر الضرر إما بإلزام المدين على تنفيذ الزامه التعاقدية أو الحكم عليه بالتعويض¹ من خلال الدعوى القضائية التي يرفعها المتضرر إلى المحكمة المختصة على أساس قواعد المسؤولية المدنية، حيث تطبق قواعد المسؤولية العقدية إذا كان الاعتداء على حق المؤلف قد صدر من شخص تربطه بالمؤلف رابطة عقدية، وتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان مصدر الاعتداء هو الغير الذي لا تربطه بالمؤلف أي رابطة عقدية².

¹ - وداد العيوني، "حقوق المؤلف"، مطبعة سيلكي إخوان طنجة، الطبعة الأولى دجنبر 2009، ص: 134.

² - يحيى الشعبي، المرجع السابق، ص: 334.

وطبقا للقواعد العامة متى ثبتت مسؤولية المعتدي جاز للمحكمة الحكم بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق المؤلف نتيجة الاعتداء على مصنفه. وعلى ضوء ما سبق نتناول في الفقرة الأولى أركان المسؤولية المدنية في حالة الاعتداء على حقوق المؤلف وتعرض في الفقرة الثانية للتعويض كوسيلة لجبر الضرر حالة الاعتداء على حقوق المؤلف.

الفقرة الأولى: أركان المسؤولية المدنية حالة الاعتداء على حقوق المؤلف.

المسؤولية المدنية طبقا للقواعد العامة تقوم على أساس الخطأ والضرر والعلاقة السببية كما نص على ذلك الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود¹. وطبقا للفقرة الأولى من المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما تم نسخها وتعويضها بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 34.05 والتي تنص على أنه: "في حالة خرق حق معترف به لصاحب حقوق محمية بموجب هذا

¹ - حول موضوع "المسؤولية المدنية راجع" عبد الرزاق أحمد السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء الأول "نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام" دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1963، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان "الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية" المجلد الأول "المسؤولية المدنية الشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة 2007، سليمان مرقس "المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية" القسم الأول "الأكام العامة" معهد البحوث والدراسات العربية، طبعة 1971، عاطف النقيب "النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر" منشورات عبيدات بيروت، الطبعة الأولى 1983، عبد القادر العرعاري "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي" الجزء الأول "مصادر الالتزامات"، الطبعة الأولى 2005، مطبعة فضالة، عبد القادر العرعاري "مصادر الالتزامات" الكتاب الأول "نظرية العقد" الطبعة الرابعة 2014، مطبعة الأمنية، الرباط، المختار أحمد العطار "الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزامات" الطبعة الأولى 2002، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، عبد الكريم شهبون "الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي" الكتاب الأول "الالتزامات بوجه عام" مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1999، مأمون الكزبري "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي" الجزء الأول "مصادر الالتزامات" مطبعة دار القلم بيروت، طبعة 1974، محي الدين إسماعيل علم الدين "نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية" دار النهضة العربية، علم الكتب.

القانون يحق لصاحب الحقوق الحصول من مقترفي الخرق على تعويضات عن الضرر الذي تعرض له بسبب فعل الخرق".

ولقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء كانت عقدية أو تقصيرية فإنه لا بد من توافر أركان المسؤولية عن العمل الشخصي وهي: خطأ يرتكب من طرف شخص معين، وضرر يلحق بآخر، وعلاقة سببية تجعل الضرر ناتجاً عن الخطأ. إن تكييف هذه الأركان الثلاثة فيما يتعلق بحقوق المؤلف يقتضي منا بيان الأخطاء التي يمكن أن تشكل ضرراً للمؤلف سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً، ومدى تلازم الخطأ بالضرر الذي يلحق بالمؤلف¹.

أولاً: الخطأ.

عرف الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الخطأ بأنه: "... الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه..."، إن الخطأ في صورته المادية هو إخلال بالالتزام قانوني، وهذا الالتزام إما أن يكون بمقتضى نص قانوني، وإما أن يكون من قبيل الالتزامات العامة التي تفرض على الإنسان احترام حقوق الغير والامتناع عن المساس بها².

والخطأ قد يكون عقدياً وقد يكون تقصيرياً فالخطأ العقدي المرتبط بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة يكون في حالة الاعتداء على حقوق المؤلف من طرف المتعاقد معه كالناشر الذي يعتمد على إدخال تغييرات على المصنف دون إذن المؤلف³، أو الناشر الذي يقوم بطبع المصنف على أوراق باهتة غير الأوراق المتفق

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 280.

² - المختار أحمد العطار "الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزامات" الطبعة الأولى 2002، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ص: 278.

³ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 280.

عليها بموجب عقد النشر¹، أو المنتج الذي يقوم بتحويل العمل المسرحي إلى فيلم سينمائي دون ترخيص من المؤلف، وكذلك الشخص الذي يقوم باستنساخ برامج الحاسوب بما يزيد على النسخ المتفق عليها بغرض البيع والحصول على الأرباح الإضافية، فكل هذه الصور وغيرها كثير يستتبع تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وبالتالي اعتبار هذه الأعمال أخطاء عقدية تستوجب جبر الضرر عن طريق التعويض، أما الخطأ التقصيري فهو إخلال بواجب قانوني والخطأ التقصيري في مجال حقوق المؤلف يصدر من طرف الغير والذي لا تربطه بالمؤلف أية علاقة تعاقدية وإنما أخل بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال²، ولقيام المسؤولية التقصيرية يشترط في الخطأ توفر العنصر المادي المتمثل في التعدي، والعنصر المعنوي المتمثل في الإدراك والتمييز³، ومثال الخطأ التقصيري الشائع في عصرنا هو السرقات العلمية، كسرقة الأبحاث العلمية من مستوى الأطروحات والرسائل الجامعية والمؤلفات والمقالات الورقية منها والمنشورة على شبكة الأنترنت، وتمتد السرقات إلى جميع أصناف الإبداعات الفكرية مهما كانت طريقة التعبير عنها كالمصنفات السمعية البصرية والفنون التطبيقية والمصنفات الفوتوغرافيا وتعايير الفولكلور والأغاني والموسيقى والفنون الشعبية وسرقات برامج الحاسوب وقواعد البيانات...إلخ.

¹ - يحيى لشعبي، المرجع السابق، ص: 335.

² - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 280، وفي نفس المعنى عبد الرشيد مأمون، ومحمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص: 502.

³ - تراجع "المؤلفات التقليدية في نظرية الالتزامات والمسؤولية المدنية" وبصفة خاصة: مأمون الكزبري "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول "مصادر الالتزامات" مطبعة دار القلم، بيروت، طبعة 1974، ص: 280.

ثانياً: الضرر.

الضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيرية، إذ لا يكفي لتحقيق هذه المسؤولية وقوع الخطأ بل يتعين أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر، والضرر إما أن يكون ضرراً مادياً يصيب المضرور في جسمه أو ماله وإما ضرر معنوي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو شرفه أو سمعته أو غيرها من الأمور المعنوية التي يحرص الإنسان عليها¹.

والضرر المادي الذي قد يصيب المؤلف يتجسد في أي فعل أو تصرف قد يقوم به الغير ويتضرر منها المؤلف مادياً، كالمؤلف الذي يقوم بنشر المصنف على حسابه ثم يفاجئ بوجود نسخ أخرى في السوق استنسخها صاحب المطبعة لنفسه وعلى حسابه.

والضرر قد يكون معنوياً كالناشر الذي يستبدل اسم المؤلف بآخر له شهرة واسعة لضمان التوزيع وتحقيق الربح الأوفر.

وطبقاً للقواعد العامة يتعين على المؤلف إثبات الضرر بكافة وسائل الإثبات سواء كان الضرر أدبياً أو معنوياً. وجاء في حكم صادر عن ابتدائية الرباط "وحيث أن الضرر المادي يتمثل في الحرمان من المداخل المالية التي كانت مستحقة للمبدعين والفنانين والمنتجين والموزعين ومالكي القاعات السنمائية الذين يشتركون حقوق عرض الأفلام ذلك أن انتشار ظاهرة القرصنة تجعل الجمهور يلجأ إلى اقتناء نسخ الأفلام المقلدة بأثمان زهيدة لمشاهدتها بدلا من التوجه إلى قاعات العرض السنمائي ويترتب على ذلك إغلاق تلك القاعات وإفلاس

¹ - المختار أحمد العطار "الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزامات" الطبعة الأولى 2002، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ص: 288.

مؤسسات الإنتاج الفني وشركات الصناعة السينماتوغرافية وتضرر المبدعين والفنانين وبالتالي تضرر الاقتصاد الوطني
وحيث أن الضرر المعنوي يتجلى في فقدان القيمة الحقيقية للإبداع بسبب تفشي ظاهرة القرصنة وبالتالي يصبح العمل الإبداعي بدون قيمة إضافة إلى الألم النفسي الذي تخلفه عملية القرصنة في نفسية المبدع الذي بدل قصارى جهده للتوصل لذلك الإبداع أو في نفسية المنتج المستثمر الذي وظف كل أمواله لإيصال ذلك الإبداع للجمهور ثم يكتشف أن عمله تمت قرصنته وتم تقليده وبياع في الأسواق بثمن زهيد .

وحيث أن الضرر المعنوي يتجلى أيضا في الصورة السيئة التي يكونها الأجنب عن قطاع الإبداع والإنتاج في المغرب بسبب ظاهرة القرصنة وبالتالي التأثير سلبا على صورة المبدعين و الفنانين .

وحيث لا يمكن جبر هذا الضرر إلا من خلال إرغام المتهمين على أدائهم للمكتب المغربي لحقوق المؤلفين باعتباره الجهة الوحيدة التي ترعى وتدافع عن حقوق ومصالح هؤلاء المبدعين والمؤلفين تعويضا مدنيا عن الضرر المادي والمعنوي¹.

ثالثا: العلاقة السببية.

علاقة السببية تعتبر الركن الثالث من أركان المسؤولية وهي تتمثل في ضرورة ترتب الضرر عن الخطأ، ومعناها ضرورة وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر الذي أصاب المؤلف طبقا للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود وبصفة خاصة لفصلين 77 و 88.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط 500 بتاريخ 29\11\2007 غير منشور

إن توفر علاقة السببية بين الخطأ في مجال حقوق المؤلف تعتبر مسألة بديهية لقيام المسؤولية، فالخطأ قد يقع دون أن يحدث ضرراً كما إذ أقدم شخص على استنساخ فصول من مصنف يحظى بالحماية القانونية ونسبه إلى نفسه دون أن يعتمد إلى نشره، فالخطأ هنا واضح يتمثل في الإقدام على الاستنساخ ولكن الضرر غير موجود مادام المصنف لم يتم نشره بعد.

الفقرة الثانية: التعويض.

يترتب على توافر أركان المسؤولية، التزام المسؤول عن الضرر بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، وتقدير التعويض بشقيه المادي والمعنوي يخضع لعدة ضوابط منها:

أ- التعويض هو جبر للضرر اللاحق بالمضور وهو يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ب- التعويض يقدر بالنسبة إلى الضرر الفعلي اللاحق بالمضور.

ج- التعويض يشمل الضرر المادي والمعنوي.

والمرجع المغربي نص في قانون الالتزامات والعقود المواد 98، 99، 100، 264 على بعض الأحكام الواجبة التطبيق للتعويض عن الضرر سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً.

وقد نصت المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما تم نسخها وتعويض أحكامها بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 34.05¹ على أنه: "في حالة خرق حق معترف به لصاحب حقوق محمية بموجب هذا القانون يحق

¹ - والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.192 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق 14 فبراير 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص: 460.

لصاحب الحقوق الحصول من مقترفي الخرق على تعويضات عن الضرر الذي تعرض له بسبب فعل الخرق.

يتم تحديد مبالغ التعويض عن الضرر طبقا لمقتضيات القانون المدني مع مراعاة حجم الضرر المادي والمعنوي الذي تعرض له صاحب الحق، وكذا حجم الأرباح التي حصل عليها مقترف الخرق عن فعله".

فالتعويض قد يتخذ شكل التنفيذ العيني، أو التنفيذ بمقابل أي التعويض النقدي، وهذا ما نشير إليه باختصار:

أولاً: التنفيذ العيني.

إن التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام العيني¹ إن أغلب الفقه متفق على أن التعويض العيني هو أجدى وسيلة لتعويض الضرر حيث يعمل على إزالته عينا ومحو آثاره، وإن اختلف الفقه حول تحديد نطاقه، بجانب سواه بالتنفيذ العيني وجانب آخر ميزه وفصله عن هذا الأخير، وحسب الأستاذ سعيد الدغيمر²، والذي يميز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني ذلك أن لكل منهما حسب رأيه وظيفته ونطاق إعماله، فإذا كان التنفيذ العيني ينصب على مصدر الضرر فيزيله نهائياً فإن التعويض العيني يتناول الضرر ذاته، ووظيفته تنحصر في جبر الضرر دون تجاوزه إلى القضاء على مصدره³، والتنفيذ العيني كوسيلة

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء الأول، "نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1964، ص: 966.

² - سعيد الدغيمر "تنفيذ الالتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائياً في التشريع المدني المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس بالرباط، الموسم الجامعي 1981-1982، ص: 260.

³ - مصطفى الكيلة "التقدير القضائي للتعويض، دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية" منشورات مجلة الحقوق، سلسلة دراسات قضائية، العدد الأول، الطبعة الأولى 2008، مطبعة الأمنية بالرباط، ص: 89.

للتعويض من أجل جبر الضرر الذي أصاب المؤلف يعتبر من أهم أشكال التعويض خاصة عندما يكون في صورة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وذلك بسحب المصنف من التداول حيث يتم محو الضرر الذي أصاب المؤلف بالتنفيذ العيني في مجال حق المؤلف هو إقدام المحكمة المختصة على إزالة كل أثر للتعدي على حق المؤلف بناء على طلب هذا الأخير أو خلفه بحيث تأمر بوقف النشر أو العرض أو الطباعة أو إتلاف النسخ أو الصور أو المواد التي تم استعمالها في النشر... وذلك كله على نفقة المسؤول عن الضرر، فضلا عن حق المؤلف أو خلفه في المطالبة بالتعويض إذا كان له ما يبرره¹.

وتتعدد صور التنفيذ العيني بحسب طبيعة المصنف محل الاعتداء، كأن يقوم شخص بوضع اسمه على المصنف فيكون التنفيذ العيني بإزالة هذا الاسم ووضع الاسم الحقيقي للمؤلف، أو بمحو ما ورد في المصنف من إضافة وإعادته بشكل يطابق الأصل²...إلخ.

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه: "... في حالة وجود النسخ المتحصلة من إنتهاك حقوق ثابتة، يخول للسلطات القضائية إصدار الأوامر بإتلاف هذه النسخ وتلفيفها...".

ويبدو من هذه الفقرة بأن المشرع المغربي يتحدث عن الإتلاف كصور من صور التنفيذ العيني، بحيث يحق للمؤلف أو خلفه أن يطلب في المحكمة إصدار الأمر بإتلاف النسخ التي تجسد الاعتداء على حق المؤلف أو إتلاف الصور المأخوذة منه.

¹ -جمال محمد الكردي "حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية" دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2002، ص: 66.

² -يحيى الشعبي، المرجع السابق، ص: 339.

كما أن المشرع المغربي نص في نفس الفقرة السابقة على حالات استثنائية بالتصرف في المصنف بشكل آخر معقول خارج النطاق التجاري وبما يحول دون إحداث ضرر لصاحب الحق.

ثانياً: التنفيذ بمقابل أو التعويض النقدي.

قد يتعذر الحكم بالتنفيذ العيني وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ومن ثم يكون جبر الضرر عن طريق التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتعويض النقدي، الذي يمتاز بالمرونة والبساطة حيث يمكن اللجوء إليه أياً كانت طبيعة الأضرار الحاصلة سواء كان ماساً بحق أو بمجرد مصلحة مشروعة للمصاب وسواء كان الضرر حالاً أو مستقبلاً.

والتعويض يجب أن يكون متعادلاً مع حجم الضرر الحاصل ويجوز للمحكمة أن تستعين بالخبرة لتحديد مدى الضرر¹.

والمشرع المغربي تحدث في المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة عن كيفية تقدير التعويض عندما يكون التعويض نقدياً لجبر الضرر المادي أم المعنوي والذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مصنفة، كما أن هناك عدة اعتبارات يتعين على المحكمة أخذها بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

نصت الفقرة الثالثة من المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه: "يجوز لصاحب الحقوق الإختيار بين التعويض عن الأضرار التي لحقت به فعلاً بالإضافة إلى كل الأرباح المترتبة عن النشاط الممنوح والتي تؤخذ بعين الإعتبار في حساب التعويض المذكور أو التعويض عن الأضرار المحددة سلفاً في

¹- مصطفى الكيلة المرجع السابق ص 94

خمسة آلاف (5000) درهم على الأقل وخمسة وعشرين ألف (25000) درهم كحد أقصى حسب ما تعتبره المحكمة عادلا لجبر الضرر الحاصل".
ويتضح من الفقرة السابقة بأن المشرع المغربي أعطى للمتضرر مؤلفا كان أو خلفه حق الاختيار بين حالتين:

الحالة الأولى: إعطاء الصلاحية للمحكمة في تقدير التعويض الذي تراه مناسبة لجبر الضرر آخذة بعين الاعتبار ما أصاب المؤلف من ضرر حقيقي سواء كان هذا الضرر أدبيا أو ماديا، وكذا يتعين على المحكمة مراعاة الأرباح التي يكون الطرف المعتدي قد جناها من عملية الاعتداء على المصنف، كعدد النسخ الموزعة والتي تم بيعها للجمهور، أو عدد الأشرطة المستنسخة...، وهناك عدة اعتبارات أخرى تستحضرها المحكمة عند تقدير التعويض كطبيعة الاعتداء وجسامته، وشهرة المؤلف وسمعته، وهل الضرر أدبيا أو ماليا، كما أن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار في تقدير التعويض قيمة المصنف الأدبية أو العلمية أو الفنية ومدى إقبال الجمهور عليه والأرباح التي حققها المعتدي... إلخ.

كما أن التعويض يشمل أيضا المس بتعابير الفولكلور طبقا للمادة 63 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما تم تغييرها وتتميمها بالمادة الأولى من القانون 34.05 بالنص على أن كل من استعمل بدون ترخيص من المكتب المغربي لحقوق المؤلفين تعبير الفولكلور بطريقة غير مسموح بها في البند الأول من المادة 7 يرتكب مخالفة تعرضه إلى أداء تعويضات عن الضرر وإنذارات أو أي تعويض تراه المحكمة مناسبة في هذا الشأن.

وهذا ما أكده أحد الأحكام " حيث أدين الظنين من أجل الفعل المسند اليه وهو التقليد وحيث أن المطالب بالحق المدني قد تضرر ضررا بليغا من الفعل الذي

أتاه الظنين والذي تمثل في الاعتداء على حقوق المؤلفين المذكورين والتي حظيت بحماية قانونية وردت في الفصلين 9 و 10 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وأن المكتب هو الذي عهد اليه القانون أمر حماية تلك الحقوق وأوكل اليه حق التقاضي بشأنها ويتجلى أيضا تضرر المكتب من الناحية المالية ايضا في عدم استفائه الرسوم القانونية الواجبة على كل قرص مقرصن اذ لم يحمل هذا الاخير علامته القانونية وحيث أن مبلغ التعويض المطلوب جد مبالغ فيه و لا يتناسب اطلاقا مع حجم الضرر اللاحق بالمطالب بالحق المدني الامر الذي ينبغي تخفيضه الى الحد المعقول الذي ينسجم مع سلطة المحكمة التقديرية التي عملها في مثل هذه النوازل وارتأت دمج التعويضين المادي والمعنوي في صورة تعويض مدني شامل لهما كما هو وارد في منطوق الحكم¹

الحالة الثانية: التعويض بمقتضى مبلغ محدد

أشارت الفقرة الثالثة من المادة 62 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلى إعطاء صاحب الحق المعتدى عليه الخيار بين الطريقة السابقة والتمثلة في إعطاء المحكمة حق تقدير تعويض جزافي تراه مناسبا وبين الطريقة الثانية والتمثلة في التعويض وفق ما حدد المشرع من مبلغ نقدي محدد في خمسة آلاف (5000) درهم كحد أدنى وخمسة وعشرين ألف (25000) كحد أقصى لا يمكن تجاوزه حسب تقدير المحكمة وبما تراه مناسبا لجبر الضرر.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 301 ملف جنحي تلبسي 06/1585/21 بتاريخ 13/11/2006 غير منشور .

ويجوز للمحكمة المرفوعة إليها الدعوى أن تأمر الطرف الذي خسر الدعوى بأن يدفع إلى الطرف الآخر المصاريف المعقولة التي تحملها برسم أتعاب المحامي (الفقرة الرابعة من المادة 62).

ونصت الفقرة السادسة من المادة 62 على أنه في حالة استعمال معدات أو جهاز من أجل ارتكاب أعمال تمثل خرقا، تصدر السلطات القضائية أمرا بتدميرها على الفور دون تعويض من أي كان أو الأمر في حالات استثنائية بالتصرف فيها بشكل آخر خارج النطاق التجاري بكيفية تقلص إلى أدنى حد خطر حدوث خروقات جديدة أو تأمر بتسليمها إلى صاحب الحق.

وتضيف الفقرة السابعة والأخيرة من نفس المادة أنه في حالة التخوف من استمرار أعمال تشكل خرقا، تصدر السلطات القضائية أمرا صريحا بوقف هذه الأعمال، كما تحدد مبلغا يساوي على الأقل 50 في المئة من قيمة العملية برسم التعويض عن الأضرار.

المطلب الثالث: الحماية الجنائية.

بالإضافة إلى الحماية المدنية لحقوق المؤلف، أضاف المشرع حماية أكثر قوة، وردع تتمثل في الحماية الجنائية تتضمن عقوبات زجرية قد تشمل العقوبات السالبة للحرية وقد تمتد إلى الحجز والمصادرة والإغلاق أو الإتلاف... إلخ

وتعتبر جريمة التقليد المنصوص عليها في القانون الجنائي المغربي من الفصل 575 إلى غاية الفصل 579، أبرز جريمة يتعرض لها المؤلف والمتمثلة في صنع

المصنف واستنساخه وتبليغه للجمهور إضافة إلى مجموعة من الأعمال التي تشكل جرائم مماثلة لجريمة التقليد¹.

وتضمن القانون 2-00 المتعلق بحقوق المؤلف، والحقوق المجاورة والذي صدر في 15 فبراير 2000 من المواد 61 إلى 64 مجموعة من العقوبات المستقلة عن القانون الجنائي ولكن بعد مراجعة هذا التشريع بمقتضى القانون 34-05 لسنة 2006 عمل القانون الجديد، على وضع مرجعية جنائية جديدة لقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وعلى ضوء ما سبق تناول بداية في فقرة أولى صور الاعتداء على حقوق المؤلف، والتي تشكل جريمة معاقب عليها، ونعرض في الفقرة الثانية للعقوبات المقررة حالة ثبوت الاعتداء على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

الفقرة الأولى: صور الاعتداء على حقوق المؤلف.

إن الحديث عن الحماية الجنائية لحقوق المؤلف يتطلب بدها ربط الموضوع بجنحة التقليد التي تستوجب عقوبة زجرية توقع على المعتدي² وهناك صور للاعتداء غير المباشر والتي تمثل أفعالا مشابهة لجرائم التقليد كالإستيتراد أو التصدير لنسخ منجزة، أو صورة بيع أو توزيع لنسخ مقلدة أو تأجير المصنفات

¹ -راجع: محمد الأزهر: المرجع السابق، ص: 305، يحيى الشعبي مرجع سابق، ص: 346. حسين الورياغلي وخالد سليكي: مرجع سابق ص 36، عبد الحكيم قرمان "حقوق الملكية الفكرية حماية أم نهب" دار المري الرياض 2004، ص: 60، عبد الحفيظ بلقاضي: مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، مطبعة دار الأمان للنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة الأولى 1997.

² - جنحة التقليد والتزوير تناولتها جل التشريعات المقارنة منها على سبيل المثال: المواد من 149 إلى 152 من القانون الجنائي الجزائري، والمادة 181 من القانون المصري والمادة 55 من القانون التونسي والمادة 49 من القانون العماني.

المقلدة أو توزيع مصنفات أو أداءات أو مسجلات صوتية أو منتجات إذاعية أو متلفزة أو استيرادها بهدف التوزيع، ونشير إلى هذه الصور فيما يلي:
أولاً: جنحة التقليد.

لم يعرف المشرع المغربي جريمة التقليد شأنه في ذلك شأن جل التشريعات المقارنة الأخرى، كما أن الفقه مختلف حول هذا التعريف حيث يكتفي بعض الفقه بذكر الأفعال المكونة لهذه الجريمة، ويذهب الأستاذ محمد الأزهر¹ في تعريفه لهذه الجريمة إلى القول:

"تتمثل جريمة التقليد في الاعتداء الكلي أو الجزئي على حقوق المؤلف الأدبية منها أو المالية، وذلك بالنشر أو الإذاعة أو بأية وسيلة من وسائل النشر أو التبليغ، مخالفاً بذلك الأنظمة والقوانين المتعلقة بهذه الحقوق".

وبالرجوع إلى القانون الجنائي نجد الفصل 575 يحدد بعض صور الاعتداءات المرتبطة بالتقليد بالنص على أنه "من طبع في المملكة كلاً أو بعض من الكتب أو التصانيف الموسيقية أو الرسوم أو الصور الفنية أو أي إنتاج آخر مطبوع أو منقوش مخالفاً بذلك القوانين والنظم المتعلقة بملكية مؤلفيها يعد مرتكباً لجريمة التقليد...".

ويعد مرتكباً لجريمة التقليد أيضاً طبقاً للفصل 576 من القانون الجنائي من أنتج أو عرض أو أذاع بأية وسيلة كانت مؤلفاً أدبياً، منتهكاً بذلك حقوق المؤلف يعد مرتكباً لجريمة التقليد ويعاقب بالعقوبة المقررة في الفصل السابق.

وتعرف جريمة التقليد في مجال المصنفات الرقمية بأنها محاكاة مصنف رقمي بصنع أو إنتاج نسخ على مثاله تظهر كالأصل تماماً عند تداولها في الأسواق²

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 308

² - هشام فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مطبعة أسيوط، الطبعة الأولى 1995، ص: 112

وتتكون هذه الجريمة التي يطلق عليها عادة بجريمة التقليد من ركنين:
ركن مادي وآخر معنوي.

1- الركن المادي في جريمة التقليد:

يتمثل الركن المادي في جريمة التقليد في أي نشاط يقوم به المعتدي اذ يعد جريمة معاقب عليها ومخالف لقانون حماية حقوق المؤلف¹ وسواء مس الاعتداء حقوق المؤلف الأدبية أو المادية كطبع أو نشر أو إذاعة المصنف دون إذن المؤلف أو من ينوب عنه، أو قيام المعتدي بنقل المصنف إلى الجمهور بشكل مباشر كالتمثيل المسرحي أو العرض السينمائي أو التلفزيوني أو عبر شبكة الأنترنت أو أي وسيلة أخرى من وسائل النقل...

ومن أشهر القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي مؤخرا قضية الشاب خالد، حيث أدانته القضاء الفرنسي بسرقة أغنية "ديدي" والتي حققت نجاحا عالميا في مطلع التسعينات، والتهمة هي سرقة هذه الأغنية من المؤلف الجزائري الشاب رباح، وأصدرت المحكمة قرارها بتاريخ 7 أبريل 2015 برد حقوق النشر الخاصة بلحن الأغنية رغم أن تسويق الأغنية بدأ منذ 1991 والحكم بتعويض لفائدة المتضرر قدر ب 200 ألف أورو نظرا للضرر المعنوي الذي لحق المؤلف حيث اعتبرت المحكمة أن الشاب رباح باعتباره الملحن الأصلي لأغنية "ديدي" قد فقد فرصة في تحقيق شهرة كبيرة ربما كانت تنتظره.²

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء المغربي تتلخص وقائعها في قيام مغاربة بقرصة فلم امركي بعنوان امريكن كونكستر قبل خروجه للسوق وقضت

¹ - محمد الأزهر، المرجع السابق: ص 312

² - جريدة هسبريس الالكترونية بتاريخ 8 أبريل 2015

المحكمة على المتهمين بغرامة طبقا للفصل 64 من ظهير حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي أعطى الخيار في العقوبة بين الحبس أو الغرامة أو هما معا وقرار المحكمة بالحكم بالغرامة فقط راجع الى الظروف الاجتماعية للمتهمين وعدم وجود سوابق قضائية لهم¹

وذهب القضاء التونسي إلى اعتبار الأداء العلني لأعمال غنائية في أحد المطاعم دون الحصول على إذن من أصحاب الحقوق تقليدا يوجب المؤاخظة، بحيث أدانت المحكمة هذا العمل وألزمت المقلد بالتعويض وأن يدفع لجمعية حقوق التأليف والتلحين ومصاريف المعاينة وأتعاب التقاضي وأجرة المحاماة².

وذهب القضاء المغربي إلى اعتبار أن توزيع أقراص مدمجة منسوخة عن الأقراص الأصلية للأفلام السنمائية لم يثبت في حقهم التخلي عنها لفائدة الموزع يشكل جريمة تقليد³ كما أن إعادة تسجيل وتسويق أشرطة غنائية دون سند قانوني وخلافا للنظم والقوانين المتعلقة بملكية مؤلفيها يشكل أيضا جريمة تقليد⁴

2- الركن المعنوي.

ويتمثل الركن المعنوي في القصد الجنائي بحيث تتجه إرادة الجاني الحرة إلى مباشرة السلوك الضار⁵

¹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط عدد 48 ملف عدد 19 \ 2007\ 3951 بتاريخ 19\ 2\ 2008 غير منشور.

² أشار إليه كنعان الأحمر "التقاضي في مجال الملكية الفكرية" مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.arobpip.org، أشار إلي يحيى الشعبي، مرجع سابق، ص: 347.

³ حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط عدد 3069 ملف عدد 20/09/2007 بتاريخ 3084/19/2006 غير منشور

⁴ قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1207/1 ملف جنحي عدد 11404/97 المؤرخ في 13/5/1998 منشور بمجلة المقال العدد الأول ص 229

⁵ -وداد العدوني، مرجع سابق، ص: 142.

ويرى البعض بأن القصد الجنائي العام لا يكفي لقيام جريمة التقليد، بل لابد من توافر سوء النية¹ لدى الفاعل أي توافر القصد الجنائي الخاص، وهذا ما تبناه القضاء المغربي حيث اشترط لتوافر الركن المعنوي في جريمة تقليد المصنفات توافر سوء النية لدى الفاعل أي القصد الجنائي الخاص ففي قضية الأستاذ أحمد الخمليشي ضد حسن الفكهاني صاحب الدار العربية للموسوعات أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، ومن أهم ما جاء في حشيات الحكم: "أن لجوء الضنين إلى إعادة نسخ ما تضمنه مؤلف التعليق على قانون المسطرة الجنائية في مؤلفه الجديد موسوعة القضاء والفقه للدول العربية واكتفائه في تغيير العنوان فقط يفسر بأن غايته من النقل لم تكن حسنة وإنما كانت بهدف البيع ليس إلا، حيث أن التصرف الصادر عنه والمتجلى في نقله لمصنف المؤلف المشتكي بشرح قانون المسطرة الجنائية الصادر سنة 1980 قصد استعماله ونسبته إليه عن طريق النشر دون سابق إذن من المشتكي هي دلائل مادية واضحة على سوء النية"².

ويذهب بعض الفقه إلى الاكتفاء بالقصد الجنائي الحكم دون اشتراط القصد الخاص³، فالنصوص القانونية لا تشترط القصد الخاص، فثبوت الركن المادي كان كدليل لنية الغش والتدليس، وعليه يقع عبء إثبات حسن النية. وهو ما اكدته احدى حشيات قرارصادر عن استئنافية الرباط جاء فيها "وحيث أن النية الجرمية في جريمة التقليد مفترضة بمجرد قيام الفاعل بجريمة التقليد

¹ - محمد الأزهر، مرجع سابق ص: 314

² - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 1836 بتاريخ 1985/1/22 في الملف عدد: 6561/84، مؤيد بقرار استئنافي رقم 1327 بتاريخ 17 فبراير 1987، قضية رقم 85/4392، وبقرار المجلس الأعلى عدد 4923 بتاريخ 13/6/1991 ملف جنحي عدد: 88/18880 أشار إليه يحي الشعيبي مرجع سابق، ص: 348 هامش (3)

³ - عبد الرزاق أحمد السهوري الوسيط، مرجع سابق ص 434، محمد الأزهر، المرجع السابق ص: 513

واستعمال المؤلفات المقلدة اما بعرضها للبيع أو بتوزيعها ولو مجاناً أو بتصديرها أو باستيرادها"¹.

وجاء في قرار اخر (وحيث أن المتهم عمل على توزيع أقراص مدمجة منسوخة عن الاقراص الأصلية داخل أرض الوطن وخرقا لحقوق مؤلفيها الذين لم يثبت في حقهم التخلي عنها لفائدة المتهم وحيث أن النية الجرمية في جريمة التقليد مفترضة بمجرد قيام الفاعل بجريمة التقليد باسترادها)².

ثانياً: الاستيراد أو التصدير لنسخ منجزة

يقصد بالاستيراد إدخال السلع والبضائع من خارج الوطن، أما التصدير فهو على العكس أي خروج البضائع والسلع من داخل الوطن نحو الخارج، وتخضع المصنفات باعتبارها بضاعة لنفس الضوابط التي تحكم السلع والبضائع لأنها في لغة المادة الجمركية مجرد بضاعة³

وهكذا نصت الفقرة الرابعة من المادة 64 من حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي نسخت وعضت بالمادة الثانية من القانون 34/05 على أنه:
لا يعاقب بنفس العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه وكذا بالتدابير والعقوبات الإضافية المشار إليها في المادة 3/64 بعده:
كل من قام باستيراد أو تصدير نسخ منجزة خرقاً لأحكام هذا القانون"

¹ حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 3067 ملف عدد 3082\2006\19 بتاريخ 20\09\2007 غير منشور

² حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 3069 ملف عدد 3084 \2006\19 بتاريخ 20\09\2007 غير منشور .

³- يعي الشعبي، المرجع السابق ص 358

ويكفي لتحقق الركن المادي في هذه الجريمة إدخال أو إخراج أي مصنف أدبي أو فني وعبوره لحدود الدولة أو إدخاله إلى أرض الوطن، ويتحقق الركن المعنوي بمجرد معاينة الجاني بأن المصنف الذي عبر به الحدود من أو إلى الخارج مصنف مقلد.

ثالثاً: صنع أو استيراد أو تصدير أو تجميع أو تغيير أو بيع أو تأجير أو استئجار أداة أو نظام أو وسيلة تسهل فك رموز الإشارات المشفرة الحاملة للبرامج. تضمنت هذه الحالة الفقرة "ب" من المادة 1/65، من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما نسخت وعضت بالمادة الثانية من القانون 34-05¹، وعمد المشرع إلى تجريم هذه الأفعال حماية لحقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة، وينطبق هذا على التشفير المتبع في بعض القنوات النظامية، وكذا المصنفات المخزنة رقمياً كبرامج الحاسوب وقواعد البيانات أو المصنفات الأدبية أو الفنية المحملة على المواقع داخل شبكة الانترنت، ومن ثم فإنه يعد جريمة معاقب عليها كل استنقبال للقنوات المشفرة وكذلك أي نسخ أو إطلاع على المصنفات المحمية تقنياً في جهاز الحاسوب وعلى شبكة الانترنت يعد جريمة واعتداء على حقوق المؤلف.

وتضمنت الفقرة "ج" من المادة 65 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة أيضاً شكل آخر من أشكال الاعتداء على حقوق المؤلف والذي يعد جريمة معاقب

¹- نصت المادة 65 على أنه "دون الإخلال بأحكام القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، تعتبر الأفعال التالية غير قانونية وتعتبر بمثابة خرق لحقوق المؤلفين وفناني الأداء ومنتجي المسجلات الصوتية بموجب المواد من 61 إلى 64.

أ-....

ب-صنع أو استيراد أو تصدير أو تجميع أو تغيير أو بيع أو تأجير أو استئجار أداة أو نظام أو وسيلة تم إعدادها أو تكييفها عن حكم لأسباب كافية للعلم بأن ذلك من شأنه أن يمكن أو يسهل فك رموز الإشارات المشفرة الحاملة لبرامج دون ترخيص من الموزع الشرعي.

عليها، ويتعلق الأمر باستقبال وإعادة توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المشفرة أصلاً، علماً أنه تم فك رموز شفرتها دون الحصول على ترخيص من الموزع الشرعي، وأحسن مثال يمكن إيرادها في هذا الصدد هو ما شاهده من إقبال كبير للجمهور المتتبع لكرة القدم لمتابعة المباريات التي يتم نقلها في المقاهي العمومية بالمدن المغربية والتي تحتكر نقلها إحدى القنوات المشفرة، فالمقهى الذي يعتمد على بث هذه المباريات دون اشتراك صحيح والعمل على فك التشفير عبر القرصنة يمثل مثل هذا العمل اعتداء على حقوق محمية يعرض المعتدي للعقوبات المقررة قانوناً.

رابعاً: التحايل على كل تدبير تكنولوجي فعال.

نصت الفقرة (د) من المادة 65 على:

"التحايل على كل تدبير تكنولوجي فعال أو حذفه أو تقليصه"

"ويقصد في هذه المادة بعبارة "تدبير تكنولوجي فعال"، كل تدبير تكنولوجي، سواء كان أداة أو مكوناً يمكن عند استعماله العادي دون مراقبة الولوج إلى مصنع أو أداء أو مسجل صوتي أو أي شيء آخر محمي، أو من حماية حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة"

فالمؤلف أو صاحب الحق المجاور، قد يلتجأ إلى إتباع نظام خاص لحماية مصنفااتهم من خلال تدبير تكنولوجي بواسطته يمكنهم حماية مصنفااتهم من أي إعتداء أو ولوج إليها¹، والدخول غير المصرح به هو الولوج إلى المعلومات والمعطيات والمصنفات المخزنة داخل الجهاز بدون رضا المسؤول عن هذا النظام للإطلاع عليها أو التلاعب بها بالتدمير أو الحذف أو التغيير فالبنوك وشركات التأمين وشركات المنتجات الصوتية وغيرهم يعتمدون إلى استخدام وسائل أكثر

¹ - نائلة محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الاقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2004/2003 ص 316 وما بعدها.

أمانا لحماية أنظمتهم المعالجة إلكترونيا، والمشرع المغربي عمد إلى حماية هذه المصنفات من خلال تجريم كل فعل يقصد به التحايل على تدبير تكنولوجياي فعال، كما جرم صنع أو استيراد أو بيع أو عرض على العموم أو توزيع أي أداة أو عنصر أو خدمة أو منتج من أجل تمكين أو تيسير التحايل على التدبير التكنولوجي الفعال.

خامسا: حذف المعلومات المتعلقة بنظام الحقوق أو تغييرها بدون تفويض

نصت الفقرة (9) من المادة 65 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة

على: "...

(9) حذف أي معلومة متعلقة بنظام الحقوق أو تغييرها بدون تفويض"

وهكذا اعتبر المشرع المغربي هذا التصرف من الأفعال غير القانونية وتعتبر بمثابة¹ خرق لحقوق المؤلفين وفناني الأداء ومنتجي المسجلات الصوتية، بموجب المواد من 61 إلى 64 من نفس القانون.

والمقصود بعبارة المعلومات المتعلقة بنظام الحقوق حسب مقتضيات المادة 65 نفسها: "تلك التي تمكن من تحديد هوية المؤلف والمصنف وفنان الأداء وأوجه الأداء ومنتج المسجلات الصوتية، والمسجل الصوتي وهيئة الإذاعة والبرنامج الإذاعي وكل صاحب حق طبقا لهذا القانون أو أي معلومة متعلقة بشروط وكيفية استعمال المصنف والانتاجات الأخرى المقصودة في هذا القانون وكل رقم أو رمز يمثل هذه المعلومات عندما يكون أي عنصر من عناصر هذه المعلومة ملحقا بنسخة مصنف أو أداءات مثبتة أو نسخة مسجل صوتي أو برنامج إذاعي مثبت أو يبدو

¹-راجع ندوة الويبو الوطنية حول إنقاذ حق المؤلف والحقوق المجاورة والمنظمة من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الاتصال ووزارة العدل والمكتب المغربي لحقوق المؤلفين بالمغرب بالرباط أيام 23 و 24 أبريل 2007 ص 23.

متعلقا بالبحث الإذاعي أو تبليغ مصنفات أو أداءات أو مسجلات صوتية أو برنامج إذاعي للجماهير أو وضعها رهن إشارته"

والمشروع المغربي هدف من وراء هذه الحماية بنص زجري حماية الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه إلى جانب الحماية المقررة للجانب المالي، ذلك أن الحق في انتساب المصنف إلى مؤلفه يعد من أهم الحقوق الأدبية، وبموجبه يكون للمؤلف الحق في وضع اسمه الحقيقي على مصنفه أو أن يختار اسما مستعارا أو ينشره مجهول الاسم كما سبق وأن تناولنا ذلك ومن ثم فإن قيام الغير بتغيير اسم المؤلف أو وضع اسم آخر أو الإفصاح عن اسمه الحقيقي يعتبر تعديا سيتتبع ليس فقط الحق في التعويض بل المتابعة الجنائية.

ونفس الحماية تمتد إلى المصنفات الرقمية، فإقدام الغير على التشويش أو العرقلة أو التعطيل أو إدخال الفيروس إلى مصنف رقمي أو غيرها من الاعتداءات المشابهة يستتبع ذلك المتابعة الجنائية¹.

الفقرة الثانية: العقوبات المقررة حالة ثبوت الاعتداء.

عمد المشروع المغربي في تعديله لقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بمقتضى القانون 34-05 على وضع مرجعية جنائية جديدة بدلا من الإحالة إلى فصول القانون الجنائي كما كان الأمر في القانون 2-00 قبل التعديل، حيث كانت العقوبات الجنائية الوارد عليها النص في الفصول من 574 إلى 579 هي الواجبة التطبيق.

ومن خلال إستقراء النصوص الواردة في القانون 34-05 والمتعلقة بالعقوبات الجنائية ولاسيما المواد: 64 و 1/64 و 2/46 و 3/64 يتضح بأن المشروع أورد نوعين

¹- يحيى الشعبي، المرجع السابق ص 361

من العقوبات: عقوبات أصلية، وعقوبات إضافية أو تكميلية وهذا ما نتعرض له فيما يلي:

أولاً: العقوبات الأصلية

نصت المادة¹64 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:

" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة أشهر وبغرامة تتراوح بين عشرة الآلاف (10.000) ومائة ألف (100.000) درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بطريقة غير مشروعة وبأي وسيلة كانت بقصد الاستغلال التجاري بخرق معتمد:

- لحقوق المؤلف المشار إليها في المادتين 9 و 10.
 - لحقوق فناني الأداء المنصوص عليها في المادة 50.
 - لحقوق منتجي المسجلات الصوتية الواردة في المادة 51.
 - لحقوق هيئات الإذاعة المنصوص عليها في المادة 52.
- ويراد بالخروقات المتعلقة بقصد الاستغلال التجاري ما يلي:
- كل اعتداء متعمد على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، ليس دافعه، بصورة مباشرة أو غير مباشرة الربح المادي.
 - كل اعتداء متعمد ارتكب من أجل الحصول على امتياز تجاري أو على كسب مالي خاص.
 - ويعاقب بنفس العقوبات المنصوص عليهما في الفقرة الأولى أعلاه، وكذا بالتدابير والعقوبات الإضافية المشار إليها في المادة 64-3 بعده.

¹ - المادة 64 كما تم نسخها وتعويضها بالمادة الثانية من القانون رقم 34-05 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 192.05.1 بتاريخ 14 فبراير 2006 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 55 97 بتاريخ 20 فبراير 2006 ص:460.

- كل من قام باستيراد أو تصدير نسخ منجزة خرقا لأحكام هذا القانون.
- كل من قام بشكل غير مشروع بأحد الأعمال المشار إليها في البند 1 من المادة 7 من هذا القانون.

- كل من قام بأحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 65 من هذا القانون.
- كل من ثبتت في حقه المسؤولية الجنائية الواردة في المادة 65-4 من هذا القانون"

- ومن خلال النص السابق يتضح جليا بأن المشرع المغربي أورد عدة صور من الخروقات التي تشكل اعتداء على حق المؤلف وحقوق فنانى الأداء وحقوق منتجي المسجلات الصوتية وحقوق هيأت الإذاعة وهي عقوبات حبسية تتراوح بين شهرين وستة أشهر وغرامة مالية محددة بمقتضى نص تشريعي في 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط وهذا أمر متروك لسلطة القاضي الجنائي في تقدير جسامة الفعل المرتكب والعقوبة المناسبة.

- وفي حالة العود والتكرار وارتكاب الجريمة مرة ثانية فإن المشرع المغربي يشدد العقوبة نظرا لخطورة الفعل المرتكب، وهكذا نصت المادة 64-1¹ على أنه:
"تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادة 64 أعلاه في حالة الإعتياد الجريمة على ارتكاب المخالفة"

ونصت المادة 64-2 على أنه:

"يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وبغرامة تتراوح بين سنتين ألف (60.000) وستمائة ألف (6000.000) درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من ارتكب أحد الأفعال المشار إليها في المادة 64 واقتترف فعلا آخر يعد خرقا لحقوق

¹-أضيفت بالمادة الثالثة من القانون رقم 05/34 لسنة 2006.

المؤلف والحقوق المجاورة داخل الخمس سنوات التي تلي صدور حكم أول صار نهائياً".

وهكذا تضعف العقوبة في حالة الاعتیاد على ارتكاب المخالفة، حيث ترفع العقوبة الحبسية من سنة إلى أربع سنوات وغرامة من 60 ألف إلى 600 ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولكي تكون أمام حالة العود لا بد من توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الفاعل مداناً بجريمة سابقة من جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة وصدر ضده حكم قضائي بالإدانة حائز لقوة الشيء المقضي به، مستنفذاً كل طرق الطعن، والحكم لم يسقط بالعضو الشامل أو برد الاعتبار¹.

الشرط الثاني: يتعين ارتكاب فعل آخر يعد اعتداءً على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وليس شرط أن يكون الفعل الجديد مماثل للسابق.

الشرط الثالث: اقتراف الفعل الآخر داخل الخمس سنوات التي تلي صدور الحكم الأول.

ثانياً: العقوبات التكميلية

أورد المشرع المغربي في المادة 64-3 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة خمس عقوبات تكميلية أو تبعية وهي:

الحجز والمصادرة والإتلاف والإغلاق النهائي أو المؤقت، ونشر الحكم، حيث يمكن للمحكمة في حالة مخالفة أمام هذا القانون أن تأمر باتخاذ التدابير الوقائية

¹ - نص الفصل 60 من القانون الجنائي المغربي على أنه " ليس رد الاعتبار سبباً من أسباب إنقضاء العقوبة أو الإعفاء منها أو إيقافها وإنما يحو فيما يخص المستقبل فقط، أثار الحكم الجزري وحالات فقدان الأهلية المترتبة عن هذا الحكم..."

وتصدر العقوبات الإضافية ما لم يكن قد صدر أمر أو حكم قضائي سابق متعلق بنفس الموضوع وفي مواجهة نفس الأطراف.

ونشير إلى هذه الصور الخمس فيما يلي:

(1) الحجز: نص البند الأول من المادة 64-3 من قانون حقوق المؤلف والحقوق

المجاورة على أنه:

"1-حجز جميع النسخ المنجزة خرقاً لأحكام هذا القانون وأغلفتها والمواد والأدوات التي يمكن أن تكون قد استعملت لاقتناء المخالفة، والأصول المرتبطة بالمخالفة وكذا الوثائق والحسابات والأوراق الإدارية المتعلقة بهذه النسخ"
فالمشرع المغربي ومن خلال إجراء الحجز على النسخ والمواد المستعملة بها وكذا الأصول والوثائق والحسابات المرتبطة بهذه النسخ يهدف إلى حماية المصنفات من كل اعتداء حال بتدخل القضاء لوقف نشر المصنف المقلد أو المنشور بصورة غير مشروعة، وكذا حفظه من التلف، وتقديمه كوسيلة إثبات أيضاً¹.

(2) المصادرة

نص البند الثاني في المادة 64-3 على:

"مصادرة جميع الأصول التي يمكن إثبات علاقتها بالنشاط غير القانوني، وتتم كذلك ما عدا في الحالات الاستثنائية مصادرة جميع النسخ المنجزة خرقاً لأحكام هذا القانون وأغلفتها والمواد والأدوات المستعملة من أجل إنجازها دون أي تعويض من أي نوع كان لفائدة المدعى عليه"

وطبقاً للبند السابق فالمصادرة تشمل الأموال ذات الصلة بالنشاط غير القانوني المشكل للاعتداء المادي على حقوق المؤلف كالايرادات الناجمة عن

¹- يعي الشعبي المرجع السابق ص 366.

الاستغلال غير القانوني للمصنف، كما تشمل المصادرة النسخ والمواد والأدوات المستعملة في أجل إنجازها وبالتالي مصادرة جميع النسخ المقلدة وجميع الأجهزة والعتاد المستعمل لإنجاز النشاط غير المشروع¹.

(3) الإلتلاف:

طبقا للبند الثالث من المادة 3-64 فإنه المحكمة قد تأمر بإتلاف النسخ المقلدة أو أغلفتها والمواد والأدوات المستعملة من أجل إنجازها، ما عدا الحالات الاستثنائية، أو الأمر في الحالات الاستثنائية بالتصرف فيها بشكل آخر معقول، خارج النطاق التجاري بكيفية تقلص إلى أدنى حد خطر حدوث خروقات جديدة، وذلك دون أي تعويض من أي نوع كان لفائدة المدعي عليه"

ويقصد بالإتلاف وفق مقتضيات النص السابق إعدام المصنف المقلد والنسخ المنجزة منه، وكذا الأدوات والمواد المستعملة لإنجاز المصنف أو نسخ منه. والإتلاف عقوبة تكميلية تأمر به المحكمة بناء على سلطتها التقديرية حفاظا على حقوق المؤلف الأدبية والمادية، وللمحكمة أيضا سلطة الأمر بإتلاف أغلفة هذه النسخ كأغلفة المسجلات الصوتية، كما أن المحكمة قد تقرر التصرف في المواد بالشكل الذي تراه مناسبا وخارج أي نطاق تجاري.

وعلى العموم في حالة القيام بالمصادرة فإنه لا يمكن اللجوء إلى طلب الإلتلاف وجاء في احد الأحكام - (وحيث يتعين تطبيقا للفصل 579 من القانون الجنائي الأمر بمصادرة الأقراص المدمجة المحجوزة لفائدة المكتب المغربي لحقوق المؤلف وحيث أنه طالما تمت المصادرة فإن طلب الإلتلاف يبقى غير ذي جدوى)².

¹ - يحي الشعيبي المرجع السابق ص 367.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 301 ملف جنحي تلبسي رقم 06-1585-21 بتاريخ 13-11-2006 غير منشور.

(4) الإغلاق.

طبقا للبند الرابع من المادة 3-64 فإن المحكمة المختصة قد تأمر بالإغلاق النهائي أو المؤقت للمؤسسة التي يستغلها مرتكب المخالفة أو شركاؤه فيها. فالمحكمة قد ترى بأن الإجراء المناسب هو إغلاق المؤسسة التي قامت بارتكاب المخالفة كدار النشر أو الشركة أو المؤسسة، وهذا الإغلاق قد يكون بصفته دائمة وقد يكون لمدة معينة تحددها المحكمة والعقوبة تمتد للشركاء حيث تسري عليهم نفس العقوبة المقررة للمعتدي.

(5) نشر الحكم:

نص البند الخامس من المادة 3-64 على هذه العقوبة والمتمثلة في أمر المحكمة بنشر الحكم الصادر بالإدانة بجريدة واحدة أو أكثر، يتم تحديدها من لدن المحكمة المختصة وذلك على نفقة المحكوم عليه، شريطة ألا تتعدى مصاريف هذا النشر الحد الأقصى للغرامة المقررة.

إن نشر الحكم الصادر بالإدانة الهدف منه هو التخفيف على المتضرر نتيجة الآلام النفسية التي أصابته نتيجة الاعتداء على مصنفه من جهة، ومن جهة أخرى التشهير بالمحكوم عليه ومعرفة الناس بالفعل الشنيع الذي اقترفه في حق المؤلف، وبذلك يكون هذا الإجراء قاسيا في حق المعتدى ماسا بسمعته وشهرته خاصة إذا تعلق الأمر بدور النشر وغيرها من المؤسسات التي تقوم بالتوزيع والنشر...

وهكذا صدر حكم عن ابتدائية الرباط جاء فيه "وحيث أن المادة 64 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ومعها الفصول 36 و 48 من القانون الجنائي المغربي خولت لكل من المحاكم المدنية والمحاكم الجنائية على السواء الأمر بنشر الحكم الصادر عنها كعقوبة ضد الاعتداء على حقوق المؤلف وخلفه في صحيفة أو

عدة صحف تعينها وعلى نفقة المحكوم عليه سوى اشتراط أن لا تكون احدى المحكمتين قد سبق لها اتخاذ قرار بشأن هذه العقوبة
وحيث انه لا مرء ان المشرع هدف من هذا المقتضى اعطاء كل شخص بما في ذلك المؤلف وخلفه والذي ذكر اسمه أو اشير اليه ولو بالتلميح بشكل ينم عن اعتداء موجه اليه من الغير حق الرد عن طريق الصحافة كنوع من التعويض المعنوي

وحيث أن نفس هدف المشرع تبناه بعض الفقه كالاستاذ أبو اليزيد علي المتيت في مؤلفه الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية دار المعارف الاسكندرية 1967 الصفحة 168 الذي شبه حق نشر الحكم بفكرة حق الرد و كالاستاذ محمد الأزهر في كتابه حقوق المؤلف في القانون المغربي دراسة مقارنة دار النشر المغربية 1994 الصفحة 317 الذي وصف حق نشر الحكم بأنه نوع من التعويض الأدبي للمؤلف أو خلفه مما يبرر للشركة المدعية نشر الحكم بجريدة الأحداث المغربية باللغة العربية و بجريدة لوبيونيون المغربية باللغة الفرنسية¹.

المطلب الرابع: التدابير على الحدود.

سعى المشرع المغربي في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلى الحد من ظاهرة تهريب المصنفات والإبداعات وإغراق الأسواق الوطنية بالإنتاجات المقلدة² والمقرصنة العابرة للحدود، وأعطى المشرع لإدارة الجمارك والضرائب غير

¹ -حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس رقم 803/2004 ملف رقم 478/2003 بتاريخ 16/02/2004

غير منشور .

² - خالد سليكي، حسن الورياغلي، مرجع سابق ص 37

المباشرة لصلاحيات مهمة للمراقبة والتتبع والتعامل مع المصنفات أثناء تواجدها بالدائرة الجمركية¹، ومن أهم التدابير التي أوردها المشرع المغربي²:

1- إيقاف التداول الحر للسلع المشكوك في كونها مقلدة (الفقرة الأولى)

2- رفع إجراء التوقيف بقوة القانون (الفقرة الثانية)

3- إتلاف السلع التي تم توقيف تداولها الحر (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إيقاف التداول الحر للسلع المشكوك في كونها مقلدة أو مقرصنة تمس بحق المؤلف.

في إطار التدابير على الحدود نصت المادة 61-1 في قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما غيرت وتمت بالفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 34-05 على أنه يمكن لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة بناء على طلب كتابي من صاحب حق المؤلف أو حق مجاور، وفقاً للنموذج الذي تحدده الإدارة المذكورة، أن توقف التداول الحر لسلع مشكوك في كونها سلعا مقلدة أو مقرصنة، تمس بحق المؤلف والحقوق المجاورة.

¹- وداد العبدوني، المرجع السابق ص 149

² - عبد القادر مستور "حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والعلامة على الحدود" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مركز الدراسات في العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية والتدبير، مختبر الدراسات في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 2014/2015، بحير فاطمة حمدان "السياسة الجمركية المغربية وإشكالية المبادلات التجارية الدولية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2005، محمد الشلي" المصالحة الجمركية في القانون المغربي" دار القلم للنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة الأولى 2010، شبيروان هادي إسماعيل "التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية -دراسة تحليلية مقارنة- دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2010، فلاد يوسف "الحماية الجمركية لحقوق الملكية الفكرية، دراسة على ضوء الاتفاقية الدولية والتشريع المغربي والتشريع الفرنسي" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني الموسم الجامعي 2008-2009.

ويجب أن يكون الطلب المشار إليه أعلاه مدعماً بعناصر إثبات ملائمة توحى بوجود مس ظاهراً بالحقوق المحمية ويتضمن معلومات كافية يمكن أن يستشف منها بشكل معقول أنها معروفة لدى صاحب الطلب لجعل السلع المشكوك في تقليدها أو قرصنتها قابلة للتعرف عليها بصورة معقولة من لدن إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة. ويتم فوراً إخبار صاحب الطلب وكذا المصرح أو حائز السلع من لدن إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة بإجراء التوقيف المتخذ. يبقى طلب التوقيف المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه صالحاً لمدة سنة أو للفترة المتبقية من مدة حماية حق المؤلف أو الحقوق المجاورة، إذا كانت تقل عن سنة.

الفقرة الثانية: رفع إجراء التوقيف بقوة القانون.

ويرفع إجراء التوقيف المشار إليه في المادة 61-1 أعلاه بقوة القانون إذا لم يدل صاحب الطلب لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة خلال أجل عشرة أيام عمل ابتداءً من تاريخ تبليغ إجراء التوقيف المذكور بما يثبت:

- إما القيام بتدابير تحفظية مأمور بها من طرف رئيس المحكمة.
- أو أنه قد رفع دعوى قضائية وقدم الضمانات المحددة من طرف المحكمة والمرصودة لتغطية مسؤوليته المحتملة في حالة عدم الإقرار لاحقاً بالتقليد أو القرصنة وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 61-2 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي أضيفت بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 05-34.

ومن أجل رفع الدعوى القضائية المشار إليها يمكن لصاحب الطلب على الرغم من جميع الأحكام المخالفة أن يحصل من إدارة الجمارك والضرائب غير

المباشرة على أسماء وعناوين كل من المرسل أو المستورد أو الموجهة إليه السلع أو حائزها وكذا كميتها (المادة 61-3).

الفقرة الثالثة: التوقف التلقائي للتداول الحر للسلع

عندما تتأكد إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة أو تشك بأن سلعا مستوردة أو مصدرة عابرة هي سلع مقلدة أو مقرصنة توقف تلقائيا التداول الحر لهذه السلع.

ويتعين على إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة في هذه الحالة إخبار صاحب الحقوق بالإجراء المتخذ وتطلعه بناء على طلب كتابي منه على المعلومات المشار إليها في المادة 61-3 أعلاه

ويتم أيضا إخبار المصريح أو الحائز للسلع دون تأخير بهذا الإجراء ويرفع إجراء التوقيف المذكور بقوة القانون إذا لم يدل صاحب الحقوق لدى الجمارك والضرائب غير المباشرة خلال أجل عشرة أيام عمل ابتداء من تاريخ إخباره من لدن الإدارة المذكورة، بما يثبت القيام بالإجراء/ات أو رفع الدعوى القضائية طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 61-2 أعلاه.

الفقرة الرابعة: إتلاف السلع التي تم توقيف تداولها الحر.

طبقا للفقرة الخامسة من المادة 61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي أضيفت بالمادة الثالثة من القانون رقم 05-34 فإنه يتعين إتلاف السلع التي تم توقيفها من التداول الحر والتي تم الإقرار بأنها سلع مقلدة أو مقرصنة وهذا التوقيف يتم بموجب قرار قضائي صار نهائيا، ما عدا في حالات استثنائية. ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرخص بتصديرها أو تكون موضوع أنظمة أو مساطر جمركية أخرى ما عدا في حالات استثنائية.

ولا تتحمل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة أية مسؤولية إزاء إجراء توقيف التداول الحر المتخذ تطبيقاً لأحكام المواد 1-61 إلى 5-61 المشار إليهما، وهذا كله طبقاً لأحكام المادة 6-61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي أضيفت بالمادة الثالثة من القانون رقم 34-05.

وفي حالة عدم الإقرار بكون السلع مقلدة أو مقرصنة يجوز للمستورد أن يطلب من المحكمة تعويضاً عن الأضرار يدفع لفائدته من طرف صاحب الطلب لجبر الضرر المحتمل انه لحق به (الفقرة الثانية من المادة 6-62).

الفقرة الخامسة: استثناء السلع التي ليست لها طبيعة تجارية

المشروع المغربي في إطار التدابير المتخذة على الحدود والتي تم اسنادها لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، استثنى السلع التي ليست لها طبيعة تجارية والموجودة ضمن أمتعة المسافرين بكميات قليلة أو الموجودة في إرساليات صغيرة بغرض الاستعمال الشخصي والخاص، وهذا الاستثناء الذي نصت عليه المادة 67-7 والتي أضيفت بالمادة الثالثة من القانون رقم 34-05 جاء مراعاة لطبيعة هذه السلع والتي ليس لها طابع تجاري كمن سافر ومعه نسخة أو نسختين من المصنف أو الشريط أو من قام بإرسال كتاب عبر البريد إلى زميله خارج الوطن لا يخضع للتدابير المنصوص عليها في المواد من 1-61 إلى 6-61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

المبادئ المؤطرة للقضاء وحقوق المتقاضين في التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية

د. وداد العيدوني

أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة
مديرة مختبر الدراسات القانونية والتنمية المستدامة
في الفضاء الأورومتوسطي

ولاية القضاء من أسمى الولايات قدرا، وأعظمها شأنًا، بها تصان الأعراض وتحمى الأموال، وتعصم الدماء، يقول الإمام أبو الحسن البناهي المالقي في كتابه: "المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا" وخطة القضاء في نفسها عند الكافة من أسمى الخطط، فإن الله تعالى قد رفع درجة الحكام، وجعل إليهم تصريف أمور الأنام، يحكمون في الدماء والأبضاع والأموال والحلال والحرام، وتلك خطة الأنبياء، ومَن بعدهم من الخلفاء. فلا شرف في الدنيا بعد الخلافة أشرف من القضاء، ولأجل منيف قدره في الأقدار، ولسمو خطره في الأخطار، اشترط العلماء في متوليه من شروط الصحة والكمال ما قرر في كتبهم...¹

وفي تاريخنا الإسلامي يمثل القضاء - بما حظي به من استقلالية ونزاهة ووظيفة ضمن الطبقة الأولى من المناصب والخطط السلطانية، التي يرجع النظر في تدبير أمورها، والتولية والعزل فيها إلى السلطان نفسه مباشرة، كما يذكر عبد

¹. أبو الحسن البناهي: المراقبة العليا ص، 2.

الرحمن بن خلدون في: المقدمة، والماوردي في: الأحكام السلطانية، وابن الأزرقي في: بدائع السلك في طبائع الملك... وغيرهم.

هكذا، وتأسيسا على هذه القاعدة الثابتة، ظل القضاء في الحضارة العربية الإسلامية يعتبر واحدا من أهم ركائز الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في المجتمع، وضامنا لحقوق كل المتنازعين.

يقول عبد الرحمان بن خلدون في مقدمته: "العدل أساس العمران"، أي أن القضاء يعد معيارا لمدى رقي المجتمع البشري، وحسن تنظيمه، ورقبه في السلم الحضاري، لكونه المسؤول عن حماية الأنفس والأموال والحقوق، وتطبيق الأنظمة والقوانين تثبيتا للعدل والاستقرار والاطمئنان بين الأفراد، وتيسيرا لسبل التقدم والازدهار والتطور على جميع المستويات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، داخل هذا المجتمع.

فالعدل والقضاء صنوان متلازمان، فلا عدل بدون قضاء، ولا قضاء بدون عدل، فالغاية من القضاء هي: تحقيق العدالة، والعدل لا يتحقق في أي مجتمع من المجتمعات إلا إذا توافرت له الوسائل التي تمكنه من القيام بدوره على الوجه الأمثل، كما أن القضاء هو الضامن الأساس لفاعلية القانون بل إننا لا نجافي الحقيقة إذا قلنا: لا قانون بلا قضاء يحميه ويضمن تطبيقه السليم.

وفي العصر الحاضر كذلك، تعتبر السلطة القضائية من أهم الأركان التي تتأسس عليها الدولة الحديثة، ومظهرا من مظاهر سلطانتها، ودعامة أساسية لإرساء قواعد الأمن والاستقرار داخل المجتمع.

ولما كانت هيئة القضاء تنعكس على هيئة أحكامه، وهذه لا تتحقق إلا باستقلاله من جهة، وتحقيق مجموعة من المبادئ الأساسية التي تضمن حسن

سير العدالة من جهة أخرى، منها مبادئ مؤطرة للقضاء وحقوق المتقاضين سيتم التطرق إليها من خلال المحاور التالية.

المحور الأول: مبدأ استقلال السلطة القضائية

إن استقلال السلطة القضائية ضرورة لا بد منها لحماية سيادة القانون، وهو أداة لتحقيق العدل وإرساء الطمأنينة في النفوس. لأن الاستقلال يعني إناطة الفصل في المنازعات بسلطة محددة تتوفر لديها العدالة والحياد والنزاهة بعدم التأثير عليها أو التدخل في أحكامها.

ينص الفصل 107 من الدستور على أن "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية. الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية".

وباستحضار مقتضيات الفصل الأول من الدستور فإن النظام الدستوري للمملكة يقوم على أساس فصل السلط وتوازنها وتعاونها، فالسلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية ولا يمكن للقضاء التدخل في اختصاصاتها، وينحصر دورها في تطبيق القوانين وتفسيرها وتأييدها، كما يؤكد على ذلك دستور المملكة في الفصل 110 والذي جاء فيه: "أحكام القضاء لا تصدر إلا على أساس التطبيق العادل للقانون".

كما أن السلطة القضائية لا يمكنها التدخل في اختصاصات السلطة التنفيذية وهذا ما نص عليه الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه "يمنع على المحاكم عدا إذا كانت هناك مقتضيات قانونية مخالفة أن تنظر ولو بصفة تبعية في جميع الطلبات التي من شأنها أن تعرقل عمل الإدارات العمومية للدولة أو الجماعات العمومية الأخرى أو أن تلغي إحدى قراراتها".

ومن جانب آخر يمنع الفصل 109 من الدستور تدخل السلطة التنفيذية في الاختصاصات الموكولة إلى القضاء: "يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر تعليمات ولا يخضع لأي ضغط. يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاله مهدداً أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية".

فالدستور وضع وسائل عديدة لضمان استقلال السلطة القضائية وأسند مهمة وواجب دعمها إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وعلى الصعيد الدولي تجسد مبدأ استقلال القضاء في مبادئ بنغالور الستة التي تمثل تطويراً إضافياً وتكميلياً للمبادئ الأساسية بشأن استقلالية الجهاز القضائي، التي تمّ تطويرها بإشراف الأمم المتحدة لتعزيز إمكانات تقوية نزاهة النظام القضائي. إذ ينص المبدأ الأول منها على أن: "استقلال السلطة القضائية شرط مسبق لسيادة القانون وضمانة جوهرية للمحاكمة العادلة. ولذلك يتعين على القاضي أن يدعم ويجسد استقلال السلطة القضائية على الصعيدين الفردي والمؤسساتي".

ويتجلى استقلال القضاء حسب مبادئ بنغالور في جملة أمور هي:

- ممارسة القاضي مهامه القضائية بصورة مستقلة على أساس تقديره للحقائق ووفقاً لفهم واع للقانون وعلى أساس التحرر من أي مؤثرات دخيلة أو إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخل مباشر أو غير مباشر من أي جهة أو لأي سبب.
- الاستقلالية التامة فيما يتعلق بأطراف أي نزاع يتعين عليه البث فيه.
- التحرر من العلاقات غير الملائمة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية.

- على القاضي، عند أداء واجباته القضائية، أن يكون مستقلا عن زملائه في جهاز القضاء فيما يتعلق بالقرارات التي يتعين عليه اتخاذها بصورة مستقلة.
- على القاضي أن يشجّع ويدعم الضمانات اللازمة لأداء واجباته القضائية بغية صيانة وتعزيز الاستقلال المؤسسي والعملي للسلطة القضائية.
- على القاضي أن يُظهر ويشجع معايير عالية من السلوك القضائي بهدف تدعيم ثقة الناس في السلطة القضائية، وهو أمر جوهري لصيانة استقلال السلطة القضائية.¹

كما نصت المادة 14 من الميثاق العالمي للقضاة على أنه: "يتعين على السلطات الأخرى في الدولة تزويد الجهاز القضائي بالوسائل اللازمة والملائمة لأداء وظيفته، ويجب أن تتاح للسلطة القضائية الفرصة في أن تشارك أو تكون على علم بالقرارات المتخذة فيما يتعلق بهذه المسألة".

فعلى كل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية أن لا تتجاوز مجالات اختصاصها من جانب، وأن تحرص على تنفيذ مسؤولياتها المتصلة بالسلطة الأخرى.

وعلى هذا الأساس، وجود سلطة قضائية مختصة ومستقلة يعد أمرا جوهريا إذا أريد للمحاكم أن تقوم بدورها في التمسك بالمبادئ الدستورية وسيادة القانون. ويتحقق مبدأ استقلال السلطة القضائية بتوافر العناصر التالية:
الحياد: وهو كما ورد في مبادئ بنغالور عنصر جوهري لأداء واجبات السلطة القضائية بطريقة سليمة. ولا ينطبق ذلك على القرار في حد ذاته فحسب ولكنه ينطبق أيضا على الإجراءات التي يتخذ القرار من خلالها. ومن ثم:

1. انظر مبادئ بانغالور بشأن سلوك الجهاز القضائي.

✓ على القاضي أن يقوم بأداء واجباته القضائية بدون محاباة أو تحييز أو تعامل.

✓ عليه أن يتأكد من أن سلوكه، سواء داخل المحكمة أو خارجها، يُحافظ على ثقة عامة الناس والمهن القانونية والأطراف المتقاضية في حياد القاضي والسلطة القضائية ويعزز تلك الثقة.

✓ عليه أن يتصرف، إلى الحد المعقول، بحيث يقلل إلى أدنى حد من المناسبات التي تستلزم تنحيته عن النظر في قضايا أو البت فيها.

✓ عليه أن يمتنع، أثناء وجود دعوى أمامه أو من المتوقع أن تعرض عليه، عن القيام، عن علم منه، بإبداء أي تعليق يمكن على نحو معقول أن يؤثر في نتيجة تلك الدعوى أو يمسّ بعدالة الإجراءات الجليّة، أو بإبداء أي تعليق علني أو على نحو آخر قد يؤثر على توفير محاكمة عادلة لأي شخص أو قضية.

✓ عليه أن يتنحى عن المشاركة في أي إجراءات قضائية لا يستطيع أن يتخذ فيها قراراً دون تحييز.

ويترتب على هذه العناصر أمران اثنان:

أولهما: أن يكون القضاء محايداً، فلا يتطبع بطابع سياسي أو عقائدي أو مذهبي، فلا يجوز للقاضي أن ينحاز لأي حزب سياسي لأن ذلك يتنافى مع حياده، وهو ما أشارت إليه الفقرة 3 من الفصل 111 من الدستور: "...يُمنع على القضاة الانخراط في الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية."

ثانيهما: أنه لا يجوز للقضاة أو المحاكم إبداء الآراء السياسية في الأحكام، لأن طبيعة القضاء تقتضي ارتفاعه فوق الخصوم¹. وهذا ما أكدته دستور 2011 في الفصل 109 بقوله: "...يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاله مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

يعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة.

يعاقب القانون كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة."

2- التخصص: التخصص هو أن يكون القاضي مؤهلا علميا وخلقيا ليتولى منصب القضاء، وهو أيضا: قصر العمل القضائي على فئات معينة مؤهلة تأهيلا قانونيا خاصا ولديها من الخبرة والتجربة، والمزايا الشخصية ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة وشرف².

وقد أشار المبدأ السادس من مبادئ بانغالور إلى كون الاختصاص والحرص شرطان جوهريان في أداء المهام القضائية على النحو الواجب. هذا، ولا يخفى على الجميع أن إعمال مبدأ استقلال السلطة القضائية يؤدي إلى نتائج هامة منها:

- عدم تدخل القاضي في أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بتنفيذ الأحكام، فلا يحق له أن يأمر بوقف تنفيذ أو تغيير قراراتها.

1 - فاروق الكيلاني: المرجع السابق، ص: 20-23- محمد كامل عبيد: استقلال القضاء - دراسة مقارنة، ص: 16- طراد بن فهد نصير الشريف: استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية، ص: 13.

2 - فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ص: 25-26.

- وفي مقابل ذلك لا يحق للسلطة التنفيذية التدخل في أعمال القضاء أو التماطل في تنفيذ الأحكام أو تعديلها.
- عدم مشاركة القضاة في أعمال السلطة التشريعية حتى لا يصبحوا قضاة ومشرعين في آن واحد.
- إن القاضي عند تفسيره للقانون عليه مراعاة كل الظروف الواقعية المحيطة بالقضية المرفوعة إليه، ويفسر النص في ضوءها وبما يتماشى معها ولا يجوز له تأويل النص تأويلا خاصا لا ينسجم وقصد المشرع.
- استقلال قانون رجال القضاء عن قانون الوظيفة العمومية تطبيقا للفصل 22 من الظهير الشريف 15 يوليوز 1974 الذي ينص على أنه يجري على القضاة قانون أساسي خاص بهم¹.
- وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى فطنة المشرع المغربي في وضع تصور جديد ينظم السلطة القضائية وفق المستجدات الدستورية والتشريعية تجسد في القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة حيث تم تكريس استقلال السلطة القضائية عبر تحويل جميع الصلاحيات المنصوص عليها في النظام الأساسي لرجال القضاء من وزير العدل إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية تماشيا مع مقتضيات الفصل 113 من الدستور التي تنص على: "يسهر المجلس الأعلى للسلطة القضائية على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة".
- كما كرس بشكل جلي المفهوم الواسع لاستقلال السلطة القضائية من خلال المادة الأولى منه التي تنص على ما يلي: "تطبيقا لأحكام الدستور ولاسيما الفصل

1 - انظر حسن الرميلي: "التنظيم القضائي المغربي"، ص: 15، والطيب الفصايلي: "التنظيم القضائي في المغرب"، ص: 46-48، وموسى عبود ومحمد السماحي: "المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، ص: 27، ادريس قاسمي وخالد المير، ص: 9.

112 منه يحدد هذا القانون التنظيمي النظام الأساسي للقضاة الذي يتضمن مقتضيات الخاصة بتأليف السلك القضائي وحقوق القضاة وواجباتهم ووضعياتهم والضمانات الممنوحة لهم".

وارتباطا بهذا الموضوع، أولى المشرع من خلال القانون السالف الذكر تكريس مبادئ وقواعد الحكامة القضائية عبر التطرق إلى مجموعة من النقاط الجوهرية والخطوط العريضة المؤطرة لتنظيم السلك القضائي المتجسدة في ما يلي:

- تأليف السلك القضائي ونظمتها المادة 3 من القانون وما بعدها.

- كيفية تعيين القضاة المادتين 7 و8.

- حقوق وواجبات القضاة¹.

- وضعيات القضاة وحددتها المادة 57 بنصها "يوجد كل قاض في إحدى

الوضعيات التالية:

1- وضعية القيام بالمهام.

2- وضعية الإلحاق.

3- وضعية الاستيداع".

- نظام التأديب المادة 96 وما بعدها.

- الانقطاع النهائي عن العمل.

وإلى جانب قانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة وضع المشرع

المغربي قانون رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية سواء من حيث

توسيع اختصاصاته، حيث انفرد بالسهر على تطبيق جميع الضمانات الممنوحة

للقضاة، ولاسيما ما يتعلق بالاستقلالية والتعيين والترقية والتقاعد والتأديب.

1 انظر المادة 26 وما بعدها من قانون رقم 100.13

أو من حيث تنوع تشكيلته حيث اعتمد في هيكلته على النظام المختلط (فئات معينين بصفاتهم - فئة مكونة من عشر قضاة منتخبين - فئة مكونة من خمس شخصيات أحدهم مقترح من طرف الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى).

المحور الثاني: مبدأ المساواة أمام القضاء ومظاهره

أقرت الدساتير المغربية مبدأ المساواة أمام القضاء منذ صدور الدستور الأول سنة 1962 بحيث عبرت عنه بالمساواة أمام القانون. وينص دستور 2011 في الفصل 120 على أن "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول. حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم". ويقصد بهذا المبدأ، المساواة بين الخصوم أمام القضاء في جميع مراحل الدعوى وعدم التفریق بينهم بسبب لون أو جنس أو صفة، فالحقوق واحدة ومتساوية والواجبات كذلك.

وتولي المواثيق والمعاهدات الدولية أهمية كبرى لهذا المبدأ نذكر منها:
 - مبادئ بنغالور التي تنص في المبدأ الخامس على: "كفالة المساواة في المعاملة للجميع أمام المحاكم أمر ضروري لأداء مهام المنصب القضائي على النحو الواجب".
 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 10 شتنبر 1948 إذ ينص على أن: "كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان، وضد أي تحريض على تمييز كهذا". وورد في المادة 10 من نفس الإعلان "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته، وأية تهمة جنائية توجه إليه".

- المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان التي بدأ العمل بموجبها في 3-9-1953.

وتتجلى مظاهر هذا المبدأ في ما يلي:

- تمتع جميع الأفراد بالحق في الحماية القانونية ومن وسائل هذه الحماية: حق مباشرة الدعوى، واللجوء إلى القضاء لإقرار حق أو استرجاعه. وهذا ما أكدته المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".

- حق جميع أطراف الدعوى في الدفاع عن حقه، باستعمال كل الوسائل القانونية المشروعة.

- حق سماع الدعوى من الخصمين معا، فالقاضي ملزم بمعاملة الخصوم معاملة متساوية، وملزم أيضا بمنحهم جميعا فرصا متكافئة.

- حق البت في الدعوى بكل إنصاف وفي جلسة علنية تعقدتها المحكمة المختصة في الموضوع¹.

المحور الثالث: مبدأ مجانية القضاء

يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي كرستها الأنظمة القضائية المعاصرة ونص عليه الدستور المغربي من خلال الفصل 121 بقوله: "يكون التقاضي مجانيا في الحالات المنصوص عليها قانونا لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي".

1 - انظر حسن الرميلى، ص: 16، والطبيب الفصايلي، ص: 51، وموسى عبود ومحمد السماحي: المرجع السابق، ص: 28، وعبد العزيز حضري: "القانون القضائي الخاص"، ص: 47، وإدريس قاسمي وخالد المير: المرجع السابق، ص: 15.

على أن هذا المبدأ لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، لأن الدفاع عن الحق يتطلب دفع مصاريف مثل الرسوم القضائية طبقاً لمقتضيات (ظهير 1950/3/15).

كما أن سير القضية قد يتطلب أحياناً الاستعانة بمحام أو خبير...

وهذا الأمر لا يتعارض مع مجانية القضاء، فالرسوم القضائية لا تعادل

التكاليف التي تتحملها الدولة من أجل البت في الدعوى.

ومن جانب آخر، أتيح للمعوزين الذين لا تسمح حالتهم المادية بدفع

نفقات الدعوى إمكانية الإعفاء - إما بصورة مؤقتة أو نهائية - من مجموعة من

المصاريف بمقتضى المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 1 نوفمبر 1966 الذي ينص

الفصل 12 منه على ما يلي: "يعفى مؤقتاً المنتفع بالمساعدة القضائية من إيداع أي

مبلغ برسم الصوائر ومن دفع أي أداء".

وتتم الاستفادة من المساعدة القضائية بناء على طلب يقدم إلى المكتب

الخاص بذلك، وإرفاقه بعدة وثائق تفيد عجز المتقاضى عن أداء الرسوم القضائية،

ويصدر المكتب قراراً قابلاً للاستئناف في حالة الرفض داخل أجل 15 يوماً ابتداء من

صدور المقرر بالنسبة للنيابة العامة، ومن تليغه على الطريقة الإدارية، أو بواسطة

رسالة مضمونة بالنسبة للطالب كما يقضي بذلك الفصل 11 من المرسوم الملكي.

كما أن المساعدة القضائية قد تكون بقوة القانون، أي لا تحتاج إلى تقديم

أي طلب بشأنها، كما هو الحال بالنسبة للمطلقة في دعوى النفقة، وفي بعض

القضايا الاجتماعية طبقاً للفصل 273 من ق.م.م الذي ينص على أنه: "يستفيد

من المساعدة القضائية بحكم القانون العامل مدعياً أو مدعى عليه أو ذوو حقوقه

في كل دعوى بما في ذلك الاستئناف. وتسري آثار مفعول المساعدة القضائية بحكم

القانون على جميع إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية".

وينص الفصل 3 من المرسوم الملكي المتعلق بالمساعدة القضائية على أنه يعلن عن القبول للاستفادة من المساعدة القضائية فيما يرجع للنزاعات المعروضة على أنظار محكمة النقض، من طرف مكتب محدث لدى هذا المجلس يتألف من الأشخاص التاليين:

✓ الوكيل العام للملك لدى المجلس، أو الشخص المفوض إليه من طرفه في هذا الصدد.

✓ ثلاثة قضاة سامين مزاولين مهامهم أو متقاعدین يعينهم وزير العدل.

✓ ممثل لوزير المالية.

وبالنسبة للدعاوى المعروضة على أنظار محكمة الاستئناف، فيعلن عن

القبول للاستفادة من المساعدة مكتب محدث بالمحكمة يتألف من:

✓ الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف، أو قاض من قضاة النيابة

العامة.

✓ مندوب لوزير المالية.

✓ محام تعينه محكمة الاستئناف.

أما الدعاوى المعروضة على بقية المحاكم فيتم الإعلان عن الاستفادة من

المساعدة القضائية، المكتب المحدث لدى المحكمة الابتدائية ويتألف من:

✓ وكيل الملك لدى المحكمة أو نائبه.

✓ مندوب لوزير المالية.

✓ محام وعند عدمه مدافع مقبول لدى، أو وكيل تعينه المحكمة الابتدائية.

هذا ويمكن سحب المساعدة القضائية في الأحوال التالية:

1- إذا زالت حالة الإعسار، كأن حصل المستفيد من مبالغ مالية نتيجة

تنفيذ الحكم الصادر لفائدته.

- 2- إذا تمت مصالحة بين الخصوم أثناء الدعوى.
- 3- إذا تم التنازل عن الدعوى.
- 4- إذا ظهر للمحكمة أن المستفيد من المساعدة القضائية لا يرغب في متابعة الدعوى.

غير أن المسطرة تظل مجانية بالنسبة لبعض المحاكم، حيث يعفى المتقاضون من أداء الرسوم، ويخص الأمر أقسام قضاء القرب. وأيضاً بالنسبة للمحاكم الإدارية إذ تنص المادة 22 من ظهير 10 شتنبر 1993 الخاص بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية على أنه: "يعفى طلب الإلغاء بسبب تجاوز السلطة من أداء الرسم القضائي".

وتطبيقاً لهذه المسطرة كرس المشرع المغربي جميع الضمانات القانونية للاستفادة منها من خلال مشروع قانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي في قراءته الثانية في المادة السادسة بقوله "طبقاً لأحكام الفصل 121 من الدستور يكون التقاضي مجانيًا في الحالات المنصوص عليها قانوناً لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي، تتم الاستفادة من المساعدة القضائية والمساعدة القانونية طبقاً للشروط التي يحددها القانون".

المحور الرابع: الحق في التعويض عن الخطأ القضائي

إن الخطأ القضائي يمكننا من الاطلاع على طرق عمل الأجهزة القضائية، وهو: "عدم مطابقة الأحكام القضائية التي تلفظها العدالة للواقع. والخطأ القضائي وارد في كافة أنواع القضايا المدنية والتجارية وغيرها، إلا أن وقوعه يبقى أقسى وأخطر في الدعاوى الجنائية. فالخطأ القضائي بهذا المعنى يذهب في اتجاه واحد أي الحكم على بريء وتبرئة مذنب.

لذا وضعت معظم التشريعات المعاصرة آلية خاصة لمراجعة أخطاء السلطة القضائية في إصدار الأحكام كأساس لاستقلاليتها، ووازنت بين إحقاق الحق ومقتضيات العدالة من ناحية، والمبادئ القانونية التي ترعى مصداقية الأحكام واستقلالية السلطة القضائية من ناحية أخرى. وفي هذا الصدد أقدم المشرع المغربي على الاعتراف بمسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية بنصه في الفصل 122 من الدستور المغربي على أنه "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة". وهو توجه يهدف إلى إصلاح قواعد العدالة وتحقيق الأمنين القانوني والقضائي وتجاوز ما كان عليه العمل سابقا قبل دستور 2011 حيث كان العمل القضائي بمنأى عن أية مراقبة باستثناء الطعون المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية، إذ يمكن مغاصمة القضاة في حالة ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهيئ القضية، أو الحكم فيها، أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه؛ إذا قضى نص تشريعي صراحة بجوازها.

المحور الخامس: حماية القضاء للأمن القضائي وتطبيق القانون

الأمن القانوني والأمن القضائي مبدآن أساسيان في دولة الحق والقانون لترسيخ المحاكمة العادلة، وضمان حسن سير العدالة. فبقدر ما يكون القضاء ناجعا ومتطورا، بقدر ما يوفر ثقة كبيرة للأفراد في اللجوء إليه لاسترداد حقوقهم. فمناطق السلطة القضائية هو تطبيق القانون، ولتأمين الأمن القضائي من طرف القضاء، يتعين وجود منظومة تشريعية متكاملة، متلائمة مع التشريعات الدولية ومتطابقة مع مقتضيات الدستور. وقد أشار الدستور المغربي لهذا المقتضى

في الفصل 117 بقوله "يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون".

وأضاف الفصل 118 منه "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون.

كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

وفي نفس السياق نص الفصل 110 من الدستور على أنه: "لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون. يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها".

ويستخلص من أحكام الدستور أنه أكد على أهمية الأمن القضائي، لكنه لم يرد فيه تعريف للمفهوم، لكن بالمقابل، نجد إشارة واضحة لهذا المفهوم من خلال الخطاب السامي لجلالة الملك - نصره الله - الذي ورد فيه، "ويأتي القضاء في طبيعة القطاعات، ذات الأسبقية في المرحلة المقبلة. فالعدل بقدر ما هو أساس للملك، فهو قوام دولة الحق، وسيادة القانون والمساواة أمامه ودعامة للتنمية وتشجيع الاستثمار. لذا يتعين على الجميع التجند لتحقيق إصلاح شمولي للقضاء، لتعزيز استقلاله الذي نحن له ضامنون. هدفنا ترسيخ الثقة في العدالة، وضمان الأمن القضائي، الذي يمر عبر الأهلية المهنية، والنزاهة والاستقامة..."¹.

كما أن ضمان الأمن القضائي من الأهداف الكبرى التي نص عليها ميثاق إصلاح منظومة العدالة من خلال:

1. خطاب العرش بتاريخ 2007/07/30

- اعتماد آليات تمكن من توحيد الاجتهاد القضائي والحد من تضاربه.
- تخويل محكمة النقض حق التصدي في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية.
- وضع الآليات العملية للرفع من جودة الأحكام لا سيما من خلال التكوين الأساسي والتخصصي.
- إقرار آليات قانونية تتعلق بالتعويض عن الخطأ القضائي.¹

المحور السادس: الحق في محاكمة عادلة وضمان حقوق الدفاع

من الضروري أن يكون لكل فرد الحق في الحصول على محاكمة عادلة من أجل وضع الثقة في هيئة المحكمة والنظم القضائية، ومن أجل منع تعرض الناس للظلم في الحكم عليهم، ومعاقتهم. وهذا الحق يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق الإنسانية الأخرى مثل الحق في الحرية، والحق في الحياة. كما أنه يتضمن نطاقاً واسعاً من الحقوق قبل المحاكمة، بما في ذلك حقوق الاستماع العادل وحقوق ما بعد المحاكمة.

وباستقراء الصكوك العالمية والاتفاقيات الإقليمية نخلص إلى القول بعالمية حق المتهم في محاكمة عادلة فنجد هذه المواثيق نصت إما على هذا الحق بعينه أو التأكيد على معايير والحقوق الكفيلة بإرساء دعائم عدالة جنائية فعالة وبالتالي التمتع بمحاكمات عادلة، ومن المواثيق الدولية التي نصت على هذا الحق: "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 في المادة "10" منه حيث أكد على حق المتهم في محاكمة محايدة على قدم المساواة التامة مع غيره، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة "14" منه، إلى جانب :

1. انظر ميثاق إصلاح منظومة العدالة، ص: 83.

✓ حقوق الطفل لسنة 1989 والبروتوكولان الاختياريان للاتفاقية لسنة 2000 خاصة في المادتين 16 و 37 على وجه التحديد.

✓ الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري لسنة 1956 وهو ما نصت عليه المادة 15.

✓ اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1974.

✓ اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وبروتوكولها لعام 1999 المادة 4 منه.

كما كرست الاتفاقية الأوروبية في مادتها 6 الحق في محاكمة عادلة حيث نصت على أنه: « لكل شخص الحق في عرض قضيته بطريقة عادلة... أمام محكمة مستقلة ونزيهة...»، بالإضافة إلى الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللإنسانية أو المهينة لسنة 1987 في كل من المواد 2,3,4,7,10.

كما أدرج الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب مبدأ الحياد ضمن حق التقاضي وذلك في الفقرة الأولى من المادة 7 منه. وهذا إن دل على شيء فهو يدل على ثبوت صفة العالمية لهذا الحق.

أضف الى ذلك الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل لسنة 1990 خصوصا في المواد 2، 17، 43، 44 و 45.

ومن خلال استقراء نصوص المواثيق الدولية المشار إليها سابقا، يتضح أنها اتفقت على هذا المبدأ واعتبرته من الحقوق والضمانات القضائية التي لا تقبل التقييد ولا تخضع للاستثناءات وهذا ما تؤكد بشهادة اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التي اعتبرته: "حق مطلق لا يجوز أن يخضع لأية استثناءات".¹

1. دليل المحاكمة العادلة، المرجع السابق، الفصل 12.

كما لا يمكن تصور حكم بدون مدافع، لأن الدفاع هو ذلك الحق الذي يكفل لكل شخص طبيعي أو معنوي حربية إثبات دعوى، أمام كل الجهات القضائية عادية كانت أم استثنائية.

واعتبر القانون الدولي الحق في الدفاع من مستلزمات المحاكمة العادلة خاصة في المسائل الجنائية مع ضمان هذا الحق في حالة عدم قدرة المتهم المالية. بحيث نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11/1 على ما يلي: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه."

كما صاغ العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، إطاراً عاماً لمعاملة المتهم معاملة حسنة حرصاً على عدم المساس بحقه في الدفاع، فقرر المعاملة الإنسانية المتأصلة، ثم فصل بعد ذلك في العديد من مواده، الضمانات الدفاعية التي يتعين كفالتها للمتهم، كتبنيه لمبدأ افتراض البراءة وحق المتهم في أن يحاط علماً بما هو منسوب إليه من تهم.

الأمر الذي أكدته الدستور في الفصل 120 بقوله: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول. حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم."

ومما لا شك فيه أن هاته المبادئ المؤطرة لعمل القضاء تعد الأساس الفعلي لقيام سلطة قضائية عادلة على أسس متينة قوية رسخها دستور 2011 كما أجمعت عليها المواثيق الدولية، وبالتالي يعد التخلي عنها سبباً لتراجع السلطة القضائية.

محكمة النقض والأمن العقاري في ضوء الرسالة الملكية السامية حول ظاهرة الاستيلاء على أملاك الغير

د.حسن فتوخ

مستشار بمحكمة النقض

رئيس قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي

تمهيد:

في إطار التفاعل مع الرسالة الملكية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده المؤرخة في 2016/12/30 حول ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، تم عقد عدة لقاءات وندوات علمية¹ من أجل تشخيص

¹ - اعتبر الرئيس المنتدب للسلطة القضائية والرئيس الأول لمحكمة النقض السيد مصطفى فارس في كلمة له خلال لقاء بالمعهد العالي للقضاء خصص لمقاربة ظاهرة أملاك الغير في يناير 2017 أن "الأمر يتعلق بشكل مباشر بالأمن العقاري للمغرب وبحق الملكية المكفول دستوريا بالاستقرار والاستثمار والتنمية بل بمحاولات ايدي إجرامية امتدت لأمالك الغير تريد قطع أواصر ارتباط أجنب ومواطنين بالوطن." وأضاف موضحا، "أن تلك الممارسات المتكررة والتي أكدت الرسالة الملكية على استفحالها هي فعل عصابات منظمة محترفة تضم أحيانا في صفوفها عناصر أجنبية قد تقوم بجزء من جرماتها خارج التراب المغربي، وأن هذه الأفعال تطرح مجموعة من الإشكاليات القانونية والقضائية وتكتسي ابعادا حقوقية واقتصادية واجتماعية." وشدد في كلمته، على "أن جرائم الاستيلاء على أملاك الغير وراءها أشخاص محترفون في رصد الثغرات القانونية والتجاوزات الإدارية وتصيد ضعاف النفوس من موظفين ومهنيين وقانونيين من أجل مساعدتهم على الاستيلاء على عقارات الغير إما زورا او احتيالا ونصبا، حيث يقوم هؤلاء بعملية التحريك عن بعد لعدة أشخاص مهمشين اجتماعيا مقابل إغراءات مالية بسيطة لاستعمالهم كواجهة لإجرامهم ليتخلصوا هم من المسؤولية والعقاب." واقترح لمحاصرة الظاهرة تبني خارطة الطريق التي حملتها الرسالة الملكية بحيث يجب اعتماد مقاربة تشاركية وخطة شمولية متكاملة لتفصيل كل العناصر الواقعية لهذه الظاهرة والاحاطة بكل جزئياتها مع اعتماد أساليب التحسيس والتكوين والحكامه والردع".

الاختلالات وتدارس الأسباب والبحث عن السبل الكفيلة لسد منافذ الزور وتسهيل تملك أملاك الغير عن طريق الزور.

وجدير بالذكر أن حسن النية هو الأصل المفترض تشريعيا في التصرفات القانونية المبرمة من طرف المتعاقدين، وأن المشرع حصن جميع التقييدات الواردة بالرسم العقاري لفائدة الغير من أي طعن أو احتجاج في مواجهته بالحقوق غير المقيدة. غير أنه إذا ثبت للمحكمة خلاف الأصل المذكور في طرفي العلاقة التعاقدية أو أحدهما، من قبل المدعي الملزم بالإثبات وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، أو عن طريق سلوك وممارسة مساطر قانونية خاصة لهدم الأصل أعلاه، فإن التقييد المدون بالرسم العقاري يصبح هو والعدم وسواء، نتيجة لفقدان الأساس القانوني.

بيد أن الادعاء بخلاف الأصل، قيده المشرع بضرورة توافر مجموعة من المعايير التشريعية أمام القضاء الذي له سلطة تقديرية في هذا المجال لاستخلاص سوء النية من عدمه في طرفي العلاقة التعاقدية أو أحدهما. ومن ثم فإن الوقوف على هذه المعايير، وكيفية تعامل القضاء معها، وبيان القرائن القانونية والقضائية المعمول بها في هذا الشأن، يجعلنا نشير إلى أهمية التقييدات المؤقتة في دحض قرينة حسن النية المفترضة من طرف المشرع، ودورها في إثبات سوء نية الغير، وبالتالي إبطال التصرفات القانونية المبرمة بين الطرفين، والتنشيط عليها من الرسم العقاري. لذلك، فإن تناول هذه النقط المتعلقة بإثبات سوء نية الغير، يتطلب

تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين على الشكل التالي :

المحور الأول: الزور واستعماله والتدليس والصورية وأثارها على سوء النية

المحور الثاني: التقييد الاحتياطي والحجز العقاري قرينة على سوء النية

المحور الأول: الزور واستعماله والتدليس والصورية وآثارها على سوء النية الفقرة الأولى: الزور والتدليس طبقاً للمادة 2 من مدونة الحقوق العينية

تنص المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على " أن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلاً صاحب الحقوق المبينة فيها. إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه ". وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض أصدرت قراراً بجميع غرفها¹ تحت

1- قرار عدد 2-36 بتاريخ 17-01-2017 ملف مدني عدد 2012/2/1/5209 غير منشور جاء فيه في معرض حيثياته ما يلي:

فيما يتعلق بالفرع الثاني من الوسيلة الأولى والفرع الأول والثاني والثالث والرابع من الوسيلة الثانية والوسيلة الثالثة:

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه خرق مبدأ عدم رجعية القوانين وفساد التعليل وخرق الفصلين 66 من ظهير التحفيظ العقاري و3 من ظهير 1915-06-02 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة والفصل 1 و345 من قانون المسطرة المدنية و 230 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك أنه اعتمد، وخلافاً للنصوص القانونية الصريحة والواضحة المستدل بها، على أن عمل محكمة النقض " المجلس الأعلى " سابقاً استقر منذ سنة 2007 على أن حماية المالك أولى من حماية المشتري، وهذا الموقف حتى ولو أعطيت له القوة المعطاة لنصوص القانون، لا يمكن أن يطبق بأثر رجعي على وقائع وعقود حررت وأبرمت قبل تقرير الاجتهاد القضائي المذكور بمدة تفوق 64 سنة، كما أنه تمسك بأنه اشترى العقار بحسن نية في وقت لم يكن فيه الرسم المذكور مثقلاً بأي حجز أو تقييد احتياطي أو أي تحفظ آخر من شأنه أن يبعث الشك في جدية تملك البائع الذي، وإن كان محل متابعة وإدانة، فإن القرار الجنائي القاضي بإدانته قضى ببراءته هو، وهذه حجة على حسن نيته وأن حسن النية مفترض دائماً، غير أن القرار لم يرد على ذلك واكتفى بمجرد القول إن الزور لا ينتج أي أثر، وأن ما بني على الباطل فهو باطل وهو أمر لا ينطبق على حاله لكون شرائه مبني على شراء صحيح وليس على <

=شراء باطل، وأن القاعدة المذكورة هي مجرد قاعدة منطقية عامة تعارضها نصوص قانونية صريحة لأن القرار عندما استبعد تطبيق الفصلين 66 من ظهير التحفيظ العقاري و 3 من ظهير 1915-06-02 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة لم يبين النص الواجب التطبيق بدل تلك المستبعدة، ولم يرد على ما تمسك به من أنه لا اجتهاد مع وجود النص، وعدم جواز تدخل القضاء في سلطات المشرع لأنه يمنع على المحاكم فيما عدا إذا كانت هناك مقتضيات مخالفة أن تنظر ولو بصفة تبعية في جميع الطلبات التي من شأنها أن تعرقل عمل الإدارات العمومية للدولة والجماعات العمومية الأخرى أو تلغي إحدى قراراتها، كما أنه لا يجوز للجهات القضائية البت في دستورية القوانين، وأن القرار عندما تجاوز نصوصا قانونية واعتمد قاعدة منطقية يجعله خاضعا للجزاء المقرر في الفصول 25 و 359 و 382 من قانون المسطرة المدنية.

لكن؛ حيث إنه وطبقا للفصلين 66 من ظهير التحفيظ العقاري و 3 من ظهير 1915-06-02 بشأن التشريع المطبق على القرارات المحفوظة وبمقتضاها " كل حق متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية"، "ولا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة" ولما كان الغير المسجل عن حسن نية لا يمكن التمسك بإبطال التسجيل في مواجهته عملا بالفصلين 66 و 3 المذكورين، فإن الغير سمي النية هو من كان يعلم أو بإمكانه أن يعلم عيب سند سلفه، والطاعن لا يمكن اعتباره حسن النية اعتبارا لوقائع النزاع الثابتة بالقرار الجنائي الذي يعد حجة على ما يثبتته من وقائع عملا بالفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، فالطاعن مقال وبتاجر في العقارات ويفترض فيه الحذر في معاملاته وقد اشترى العقار بتاريخ 2003-03-06 بثمن لا يلائم قيمته وهو مسجل باسم الشركة المالكة إي كما اعتمد في البيع على مبادلة يعود تاريخها لسنة 1961 غير مسجلة بالرسم العقاري رغم مرور أكثر من أربعين سنة على تاريخها، كما سجل عقد البيع والمبادلة في يوم واحد، وهي قرائن قوية ومتعددة على أن الطاعن كان في إمكانه أن يعلم العيب الذي يشوب المبادلة المستند عليها في التملك من طرف البائع له، وبهذه العلة القانونية المحضة المستمدة من الوقائع الثابتة أمام قضاة الموضوع تستبدل محكمة النقض علة القرار المنتقدة مما يبقى معه ما أثير في أسباب النقض أعلاه غير مبني على أساس

فيما يتعلق بالفرع الخامس من الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه خرق المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، ذلك أن القرار استجاب لطلب تشطيط لم يقدم إلا بعد أزيد من 43 سنة من إنجاز التصرف المؤسس عليه التقييد محل التشطيط.

لكن؛ حيث إن عقد المبادلة وعقد البيع سجلا بالمحافظة العقارية في 2003-03-06 وقد رفعت دعوى إبطالهما في 2003-09-11 وصدر الحكم الابتدائي في 2004-03-25 ولذلك فإن المحكمة لم تطبق المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية مما لا مجال معه للتمسك بخرق مقتضياتها ويبقى ما أثير بهذا الفرع غير جدير بالاعتبار.

عدد 2-36 بتاريخ 17-01-2017 عرفت من خلاله سوء النية كما يلي:

" الغير سيء النية هو من كان يعلم أو بإمكانه أن يعلم عيب سند سلفه، والطاعن لا يمكن اعتباره حسن النية اعتبارا لوقائع النزاع الثابتة بالقرار الجنائي الذي يعد حجة على ما يثبته من وقائع عملا بالفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، فالطاعن مفاوض ويتاجر في العقارات ويفترض فيه الحذر في معاملاته وقد اشترى العقار بتاريخ 06-03-2003 بثمن لا يلائم قيمته وهو مسجل باسم الشركة المالكة، كما اعتمد في البيع على مبادلة يعود تاريخها لسنة 1961 غير مسجلة بالرسم العقاري رغم مرور أكثر من أربعين سنة على تاريخها، كما سجل عقد البيع والمبادلة في يوم واحد، وهي قرائن قوية ومتعددة على أن الطاعن كان في إمكانه أن يعلم العيب الذي يشوب المبادلة المستند عليها في التملك من طرف البائع له."

كما أن نفس المحكمة سبق لها أن أصدرت قرارا بغرفتين بتاريخ 2013/3/20 في نازلة تعود وقائعها إلى تاريخ سابق على تاريخ دخول مدونة الحقوق العينية جاء فيه ما يلي:

" إن تقييد التصرفات والحقوق في الرسوم العقارية قرينة لفائدة الغير حسن النية على صحتها، وليس هناك ما يستثني حالة البطلان بسبب ثبوت التزوير في عقد وقع تقييده ويبقى للغير المقيدة عن حسن نية استنادا عليه، والأجنبي عن هذا العقد حق التمسك بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري وتكون المحكمة بالتالي مدعوة للبحث في حسن أو سوء

نية هذا الأخير لترتيب آثار تقييده بالرسم العقاري"¹.

ولعل هذا التوجه الذي كرسه محكمة النقض بغرفتين يوجي صراحة تمسكها بإعمال القرينة التشريعية المقررة لحماية الغير المقيد بحسن النية في مندرجات الرسم العقاري وهو معفى من إثباته لأنه هو الأصل حسب مقتضيات الفصل 477 من ق.ل.ع الذي يجري سياقه على أن حسن النية هو الأصل ما لم يثبت خلاف ذلك.

ومعلوم أن عبء إثبات خلاف الأصل المذكور يقع على مدعيه حتى يمكن له أن يهدم القرينة التشريعية التي تناضل لفائدة المقيد بحسن نية بالرسم العقاري، ويكفي في دعوى التشطيب على تقييد الشراء بالرسم العقاري لإثبات سوء نية المشتري وجود حجز عقاري أو تقييد احتياطي مقيدين بالرسم العقاري، أو علمه بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه، وبأنه غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه، ومع ذلك تعاقد معه².

1- قرار صادر عن غرفتين تحت عدد 170 بتاريخ 20 مارس 2013 في الملف عدد 2012/1/1/2820 غير منشور.
- ويذهب أستاذنا محمد الكشور إلى القول أنه "بمراجعة العمل القضائي المنشور لمحاكم الموضوع وللمجلس الأعلى يتبين أنه على امتداد حوالي قرن من الزمان أي منذ دخول ظهير 12 غشت 1913 حيز التنفيذ وإلى حدود 16 مارس 2008 تاريخ صدور القرارين عدد 1107 و 2854 لم يسبق للقضاء المغربي وهو يطبق الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 وإلى جانبها الفقرة الثانية من الفصل 3 من ظهير 2 يونيو 1915 أن عطل مبدأ الحجية المطلقة للتقييدات إزاء الغير حسن النية وكان يميز حالة إبطاله لتقييدات سابقة استند عليها الغير بين حالي حسن نية وسوء النية كيفما كانت الوقائع والأسباب المؤدية إلى التشطيب على التقييد، وتظهر الملامح الرئيسية لهذا التواتر من خلال تأكيد القضاء على عدم مواجهة الغير حسن النية بالتشطيب على التقييدات السابقة".
- مقال بعنوان: "مبدأ الحجية المطلقة للتقييدات بالسجلات العقارية إزاء الغير حسن النية على ضوء قرارات للمجلس الأعلى" - منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2012.
2- قرار عدد 624 بتاريخ 2012/1/31 ملف عدد 2010/1/1/3579 - أشار إليه التقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2002.

وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية أكدت بدورها نفس القرينة المنصوص عليها في الفصل 66 كقاعدة عامة، فإنها أوردت لأول مرة استثناء يتعلق حصرا بصاحب الحق الذي تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه.

ويلاحظ بخصوص هذا المقتضى القانوني المستجد في مدونة الحقوق العينية أن المشرع خرج عن أجل السنة الوارد في الفصل 311 من ق.ل.ع، ولم يعتمد المعايير المنصوص عليها في الفصل 312 من نفس القانون لتحديد بداية تاريخ احتساب أجل تقادم السنة، بل سمح للمتضرر بسبب التدليس أو الزور أو استعماله بإبطال التقييد أو تغييره أو التشطيب عليه ولو أنه لم يكن طرفا في العقد محل المنازعة حيادا عن القواعد العامة الواردة في الفصل 311 أعلاه.

هذا بالإضافة إلى أن المشرع حدد أجل أربع سنوات لرفع الدعوى تبتدئ من تاريخ التقييد المنازع فيه دون بيان ما إذا كان الأمر يتعلق بأجل التقادم أو أجل السقوط وشتان بين المصطلحين من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما طبقا للقواعد العامة المنظمة في قانون الالتزامات والعقود، مما نخلص معه إلى القول أن كل تفويت مقيد بالرسم العقاري المعني به لا يكون نهائيا إلا بعد انصرام أجل أربع سنوات. وبمفهوم المخالفة فإن كل تقييد بناء على عقد مزور يتم تحصينه بمجرد انصرام الأجل المذكور، مما يجعل مقتضيات المادة المذكورة أحد المداخل الرئيسية لتشجيع الاستيلاء على أملاك الغير استنادا على عقود مزورة، ويتعين على المشرع التدخل لإلغائها على وجه السرعة حماية لحق الملكية العقارية المضمون دستوريا.

وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة النقض من خلال قرارها المؤرخ في 12 يناير 2016 أن " إعداد المطلوب في النقض (...)، لإثارة تشير إلى كونه وارثا وحيدا للهاكمة (...)، التي كانت قيد حياتها زوجة للطاعن لا يشكل تزويرا ولا تدليسا، ما دام الشهود شهدوا بما يعلمون، وحسن النية يعتبر أصلا، والعبارة بسوء نية المطلوبة (...) باعتبارها غيرا، وبمقتضى المادة 2 من مدونة الحقوق العينية، والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، فإنه لا يمكن التمسك بإبطال التقييد بالرسم العقاري في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"¹.

كما أن نفس محكمة النقض² اعتبرت في نازلة أخرى تتعلق بزورية الوكالة من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2018/01/09 أن المحافظ على الأملاك العقارية له الحق في إبداء كل الدفوع ومناقشة كل الوثائق من قبيل التمسك بعد مصحة الوكالة المعتمدة في إبرام عقد البيع المطلوب تقييده، طالما أنه ملزم بالتحقق من صحة الوثائق المدلى بها أمامه تأييدا لطلب التسجيل شكلا و جوهرًا عملا بمقتضيات الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري.

1- قرار محكمة النقض عدد: 1/22 المؤرخ في: 2016/01/12 ملف مدني عدد: 2015/1/1/3444 غير منشور. ومما جاء في حيثياته: " لكن، حيث إن إعداد المطلوب في النقض (...)، لإثارة تشير إلى كونه وارثا وحيدا للهاكمة (...)، التي كانت قيد حياتها زوجة للطاعن لا يشكل تزويرا ولا تدليسا، ما دام الشهود شهدوا بما يعلمون، وحسن النية يعتبر أصلا، والعبارة بسوء نية المطلوبة حبيبة حمري باعتبارها غيرا، وبمقتضى المادة 2 من مدونة الحقوق العينية، والفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، فإنه لا يمكن التمسك بإبطال التقييد بالرسم العقاري، في مواجهة الغير ذي النية الحسنة، وهو ما اعتمده المحكمة عن صواب في تعليقها الذي جاء فيه "إن التقييد الذي يجريه الغير حسن النية بالرسم العقاري، يكتسي قوة ثبوتية مطلقة، ويعتبر صحيحا، ولا يتأثر حقه، بما يمكن أن يطال ذلك التقييد من بطلان أو إبطال أو تغيير عملا بالفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، والتشريع المطبق على العقارات المحفوظة، وحسن النية مفترض، والمتعرض ضده، لم يبين أن المتعرضة كانت عاملة بان البائع لها، عمل على إنجاز الأرائة لإثبات حقه كوارث، والحال انه غير ذلك"، وهو تعليق سليم، ليس فيه خرق للمادة 2 من مدونة الحقوق العينية، المحتج بخرقها، وما ينهه الطاعن غير ذي الاعتبار".

2- قرار صادر بتاريخ 2018/01/09 في الملف رقم 2017/7/1/311 غير منشور.

الفقرة الثانية: الصورية كقرينة على سوء النية

إن إثبات سوء النية لدى الغير المكتسب لحقوق عينية على الرسم العقاري يطرح إشكالا آخر يتعلق بأحقية الدائن في طلب إبطال التصرفات التي يجريها مدينه من أجل تهريب أمواله التي تعتبر ضمانا عاما لدائنيه. فهل يعتبر متلقي الحق من المدين الجاهل بوضعيته غيرا سيء النية تطبيقا لمقتضيات الفصلين 22 و 1241 من ق.ل.ع؟

إن الجواب عن ذلك، يقتضي منا استعراض موقف العمل القضائي حول هذه المسألة، ورصد موقف محكمة النقض من خلال قراراته الصادرة في هذا الشأن، ومدى افتراض الصورية في مثل هذه التصرفات، أو وجوب الإثبات من طرف مدعيها تطبيقا للقاعدة العامة القائلة أن إثبات الادعاء يقع على عاتق مدعيه، وتحديد طبيعة الطلب المقدم من طرف الدائن باعتباره غيرا. ذلك أن محكمة النقض¹ الصورية هي الأمر المجهول المتنازع فيه، واستنباط القرينة القضائية من واقعة معلومة في الدعوى وهي القرابة بين المتنازل والمتنازل له وكون المتنازل لا يملك إلا الشيء المتنازل عليه لإثبات الأمر المجهول الذي هو صورية تصرف المتنازل عن الشيء المتنازل عليه.

كما اعتبرت نفس المحكمة² أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد المنشئ لها، فهي لا تنتج أي أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال المحددة قانونا. أو

1- قرار صادر عن الغرفة المدنية عدد 182 الصادر بتاريخ 10 يناير 2012 في الملف المدني عدد 2010/4/1/3123 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76.

2. قرار عدد 529 بتاريخ 1987/10/19 الصادر في الملف الاجتماعي عدد 85/5482. منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 41. سنة نونبر 1988. ص 171 جاء فيه ما يلي:

" إنه بمقتضى الفصل 1241 من ق.ل.ع فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه كما أنه بمقتضى الفصل 228 من نفس القانون فإن الالتزامات لا تلزم من كان طرفا في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون، ومن ثم فإن الغير الذي أضرت الاتفاقيات التي يبرمها مدينه به قصد تفويت حقه يبقى من حقه الطعن قضائيا في تلك الاتفاقيات بالصورية".

بعبارة أخرى، فإن التصرفات التي يبرمها المدين قصد تفويت حقه إضراراً بالغير (الدائن)، تخول هذا الأخير الطعن فيها أمام القضاء، والمطالبة بإبطالها استناداً على الصورية¹.

ومعنى ذلك، أن الدائن الطاعن في الاتفاقات المبرمة من طرف المدين مع الغير الذي اكتسب بمقتضاها حقاً عينياً بالرسم العقاري، ملزم بإثبات الصورية التي يدعيها بجميع الوسائل وفق القواعد العامة للإثبات بما فيها القرائن² القوية المنضبطة المتلائمة مع ظروف ووقائع النازلة المعروضة على المحكمة عملاً بمقتضيات الفصل 419 من ق.ل.ع³. وهذا ما أكدته محكمة النقض في نازلة

1. طرح السؤال حول مدى إمكانية تقييد دعوى الدائن الرامية إلى إبطال التفويت للصورية تقييداً احتياطياً بالرسم العقاري؟ نعتقد أن تحقق الحماية الكاملة للدائن في المحافظة على أملاك المدين باعتبارها ضماناً عاماً طبقاً للفصل 1241 من ق.ل.ع، يقتضي وجوباً تقييد مقال هذا النوع من الدعاوى تقييداً احتياطياً، على اعتبار أن مصلحة الدائن هي وحدة لا تتجزأ بين رفع الدعوى وإجراء التقييد الاحتياطي. إذ لا يعقل أن تكون له المصلحة في التقاضي ضد المدين والمفوت إليه، دون أن تتوفر لديه عند تقييد مقال الدعوى احتياطياً. ومن ثم فإن الدائن تكون له المصلحة في طلب تقييد منطوق الحكم القضائي ببطان التفويت المبرم بين المدين والمفوت إليه، وممارسة كافة المساطر المخولة إياه قانوناً على عقار المدين بعد جعله في اسمه من أجل استيفاء حقه الشخصي من منتج بيعه بالمزاد العلني.

2. جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:
"إن القرائن القضائية التي لم يقرها القانون هي دلائل يستخلص منها القاضي وجود وقائع مجهولة. الفصل 449 من ق.ل.ع. أي أن القاضي في نطاق سلطته لتقدير الوقائع يستنبط من الوقائع المعروضة عليه ما يكون قناعته لإثبات أمر مجهول والإثبات بالقرائن لا ينصب على الواقعة المتنازع فيها وإنما يتناول وقائع أخرى يدل ثبوتها بصفة غير مباشرة على صحة ما أثبتته المحكمة".
- قرار عدد 159 بتاريخ 1988/3/28 صادر في الملف الاجتماعي عدد 87/8347 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 41 ص 179.

3. ونشير إلى أن ادعاء الصورية طبقاً للفصل أعلاه يجب أن يثار أمام محكمة الموضوع، ولا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. إذ ورد في قرار لهذا الأخير ما يلي: "الوسيلة الثالثة... كما وقع خرق الفصل 419 من ق.ل.ع المتعلق بإثبات الصورية بواسطة الشهود والقرائن القوية المنضبطة، فعقد الهيئة والبيع والوكالة كلها صورية الهدف منها حرمان الورثة من حقهم في الإرث يدل على ذلك أداء الضرائب من طرف الواهب، والشهادة الإدارية أنه يسكن بالمنزل إلى أن توفي، واللفيف ←

أخرى معتبرة أن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية بحكم نهائي يشكل قرينة قوية على أن إرادة الواهب الكفيل للمدينة المذكورة انصرفت إلى إبعاد الملك من ذمته المالية للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات

=المستفسر المدلى به، وإسناد التوكيل للواهب بعقد عرفي قصد إجراء البيع لفائدة بنت أخت الموهوب لها إنما هو احتيالي، وتحرير إسهاد عدلي بحصول البيع قصد إثبات الهبة يدل على تواطؤ العدلين، والقرار المطعون فيه لم يشير إلى الحجج المدلى بها ولم يرد عليها إعمالاً ولا إهمالاً وذلك يجعله معرضاً للنقض.... وما يتعلق بخرق الفصل 419 من ق.ل.ع بشأن الصورية فإنه لم يثر أمام محكمة الموضوع، ثم أن الصورية تقتضي وجود عقدين أحدهما حقيقي والآخر صوري والطاعن لم يبين في طعنه وجود عقدين، مما جعل ما ورد في هذا الوجه غير مقبول...".
قرار عدد 526 مؤرخ في 10 يوليوز 2002 ملف عقاري عدد 2001/1/2/404 مجلة قضاء محكمة النقض عدد مزدوج 59. 60. ص 202.

- غير أن ما يلاحظ على هذا القرار أنه اعتبر أن الصورية تقتضي وجود عقدين أحدهما حقيقي، والآخر صوري، في حين أن الأمر ليس كذلك، بدليل أن الفصل 22 من ق.ل.ع لا يشترط ذلك، وإنما يشمل جميع التصريحات المكتوبة بصرف النظر عن وجود اتفاقات معارضة لها من عدمها. وقد تبنت المحكمة الابتدائية بمراكش هذا التأويل كما يلي:

"...وحيث إنه وفي جميع الأحوال فإن الفصل 1241 من ق.ل.ع يجعل الضمان سارياً على جميع أموال المدين وليس بعضها دون البعض، وبالتالي فما دامت المدعى عليها لم تثبت أداء الشركة المدينة الأصلية لكافة الديون المترتبة عليها، فإنه ليس من حقها التصرف في جزء من أموالها بعلّة أنه غير مشمول بالضمان.

وحيث دفعت المدعى عليها من جهة أخرى بأن قيام الصورية يقتضي وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر خفي وهو العقد الحقيقي وهذه الحالة غير متوفرة في النازلة. ذلك أن الأمر يتعلق بعقد واحد هو عقد الهبة وهو صحيح ومنتج لأثاره وتم تسجيله بالصك العقاري.

لكن حيث إن الفصل 22 من ق.ل.ع لا ينحصر مجاله على الاتفاقات السرية المعارضة أي التي تقتضي وجود اتفاق عليه مخالف لها، بل يشمل جميع التصريحات المكتوبة سواء كانت اتفاقات معارضة له أم لا، مما يعني أن وجود عقدين في نفس الوقت ليس ضرورياً بل يكفي أن يكون ثمة عقد يضر بمصالح الغير الذي لم يكن له علم به.

وحيث إن المدعى عليها مادامت قد فوتت حصتها في الصك العقاري عدد .. بأن تبرعت بها لفائدة ابنتها القاصر فإن عقد الهبة لا يلزم إلا طرفيه ولا يمكنه الإضرار بمصالح المدعية التي تعتبر أجنبية عن ذلك العقد ويكون من حقها بالتالي الطعن فيه بالصورية..."

وحيث إن الصورية ثابتة من خلال إقدام المدعى عليها على التبرع بحصتها في العقار المذكور لفائدة ابنتها القاصر والتي تعتبر ودية شرعية له وقائمة على شؤونه وإدارة أمواله، وذلك تهرباً من الالتزامات الملقاة عليها بموجب عقد الكفالة وإضراراً بمصالح دائنتها ومن بينهم المدعية مما يتعين معه الاستجابة إلى طلب هذه الأخيرة الرامي إلى إبطال عقد الهبة والتشطيب عليه من الصك العقاري...".

- حكم رقم 3558 بتاريخ 23 شتنبر 2003 في الملف رقم 2002/1/1384 غير منشور.

القضائية ضده، مؤكدة من خلال حشيتها ما يلي: "إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما ألغت الحكم الابتدائي الذي أبطل عقد الهبة وقضت من جديد برفض الطلب معتبرة أن الهبة المذكورة تمت قبل وقوع مطالبة الدائن الكفيل بالدين وأن على البنك الطاعن إثبات أن المطلوب تصرف في عقاره إضراراً به، في حين أن الفصل 1241 من ق.ل.ع ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية ابتدائياً واستئنافياً يستشف منه أن إرادة الطاعن كانت تهدف إلى إبعاد الملك من ذمته المالية للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلاً للمدينة الأصلية، تكون قد جعلت قرارها الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس وعرضته للنقض".¹

ويستفاد من القرار أعلاه أنه أعفى الدائن من إثبات الضرر المنصوص عليه

1 . قرار عدد 638 صادر بتاريخ 2004/05/26 في الملف التجاري عدد 2002/12/967 . مجلة المنازعات العقارية . م س . العدد 3 . ص 150 .

. ونظراً لأهمية هذا القرار من حيث طبيعة النقاش القانوني في مختلف المراحل القضائية، فإننا نورد وقائعه لتقريب الفكرة المتعلقة بطبيعة الرابطة التي تجمع بين المدين الأصلي والكفيل العيني، وكيفية استخلاص الصورية من خلال القرائن المحيطة بالقضية كالتالي:

" حيث إن البنك الطالب التمس إبطال عقد الهبة استناداً إلى أن السيد (...) منحه كفالتين شخصيتين في حدود مبلغ 200.000 درهم لضمان أداء جميع المبالغ التي ستصبح بذمة مؤسسة طونيبال بمقتضى عقدين مصادق على توقيعهما في 1978/06/12 و 1982/06/04 وأن قام بصفة صورية بهبة الملك المسمى النخيل لفائدة ابنه في 7 و 1997/03/11 لتنظيم إعساره وإخراج ذلك الملك من المتابعات القضائية إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ألغت الحكم الابتدائي الذي أبطل عقد الهبة وقضت من جديد برفض الطلب معتبرة أن الهبة تمت قبل وقوع مطالبة الدائن للكفيل بالدين في 1999/08/05 وأن على البنك الطاعن إثبات أن المطلوب تصرف في عقاره إضراراً به في حين أن الفصل 1241 ق.ل.ع ينص على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه وأن إبرام عقد الهبة بعد صدور الحكم على المدينة الأصلية ابتدائياً بتاريخ 1995/06/15 واستئنافياً بتاريخ 1996/01/15 يستشف منه أن إرادة الطاعن كانت تهدف لإبعاد الملك من ذمته المالية للظهور بمظهر المعسر والتهرب من المتابعات القضائية ضده بصفته كفيلاً للمدينة الأصلية مما يكون معه القرار الذي رفض الطلب بالعلة المذكورة فاسد التعليل الموازي لانعدامه وغير مرتكز على أساس وعرضه للنقض".

في الفصل 228 من ق.ل.ع، واعتبر أن الهبة المنجزة بين الكفيل وابنه بعد الحكم على المدين الأصلي قرينة كافية على نيته لإخراج أمواله من الضمان العام المخول لدائنيه طبقاً للفصل 1241 من ق.ل.ع. ورتب على ذلك القول بصوريته. وأضاف محكمة النقض في قرار آخر لها أن القاعدة في قانون الالتزامات والعقود أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، وأن للدائن حق التعرض على تصرف المدين في أمواله متى تبين له أن تصرفه من شأنه إضعاف الضمان حتى ولو لم يتم بإجراء أي حجز تحفظي على أموال المدين، والمحكمة لما قضت بإبطال عقد الهبة على العقار موضوع الدعوى بعلّة أن منح التزاما بكفالة شخصية ثم تصرف في عقاره المذكور بالهبة لزوجته وأبنائه فإنها جعلت لما قضت به أساساً وعللت قرارها بما فيه الكفاية¹.

وفي نفس السياق تواترت قرارات محكمة النقض على تكريس هذا التوجه معتبرة "أن الدائن يكفيه أن يكون دينه ثابتاً وموجوداً قبل عقد العطفية حتى يتمكن من مواجهة مدينه بعدم نفاذ تصرفاته المضرة بالضمان العام، والمحكمة لما ثبت لها أن المديونية نشأت ابتداءً من تاريخ صدور أول الكمبيالات، أي قبل تاريخ الهبة، واستنتجت من ذلك أن الهبة أبرمت حال إحاطة الدين بمال الواهب وقضت بالتبعية بإبطالها، باعتبارها إضعافاً للضمان العام المقرر على أموال المدين طبقاً للفصل 1241 من ق.ل.ع، تكون قد ركزت قرارها على أساس وعللته تعليلاً سليماً²".

وخلافاً للاتجاه أعلاه، فقد سبق لأحد الأبنك أن تقدم إلى المحكمة التجارية

1- قرار عدد: 393 مؤرخ في: 2014/05/20 ملف شرعي عدد: 2012/1/2/367 (غير منشور).

2- القرار عدد 88 الصادر بتاريخ 03 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/172 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض - العدد 79 - سنة 2015.

بالدار البيضاء بطلب يرمي إلى إبطال عقد البيع وبعدم مواجهته به بوصفه غيرا عن أطرافه ودائنا للطرف البائع، والحكم على المحافظ العقاري بالتشطيب عليه، فأصدرت بشأنه حكما برفض الطلب، وتم تأييده من محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء¹ بعد إجرائها بحثا حول موضوع العقار المبيع، على أساس أن هناك فرقا شاسعا بين دعوى الإبطال من أجل الصورية، والدعوى البوليانية²، وأن الفصل 1241 من ق.ل.ع لا ينص على الإبطال، وأنه كان على البنك أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه بدل أن يطالب بإبطال البيع.

غير أن محكمة النقض³ قضت بنقض قرار محكمة الاستئناف بناء على التعليل التالي: "حيث التمس البنك الطالب من المحكمة التصريح بإبطال عقد البيع المبرم بين المطلوبين، وبعدم مواجهته به، لما لهذا التصرف من إنقاص للذمة المالية لمدينه البائع، ولكون البنك غيرا بالنسبة لهذا العقد الصوري تبعا للفصلين 22 و1241 من ق.ل.ع، فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب، ودون أن تناقش توفر عناصر الصورية من عدمها معتبرة" أن الإبطال لا يكون له محل طبقا لمقتضيات الفصل 311 من

1. قرار عدد 1/2576 الصادر بتاريخ 03/04/17 في الملف عدد 00/7520 (غير منشور).

2. وتسمى أيضا بالدعوى غير المباشرة، وتعني تلك الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحق مدينه. ولعل العلة القانونية التي تسمح بقبول مباشرة هذا النوع من الدعاوى هي اعتبار الدائن نائبا عن مدينه في مقاضاة مديني المدين، مع العلم أن مصدر هذه النيابة هو القانون. وتجدر الملاحظة أن المشرع المغربي لم ينص على الدعوى البوليصية أو البوليانية خلافا لباقي التشريعات المقارنة كفرنسا (المادة 1167 من ق م مف) ومصر (المادة 143 من ق م). ونشير إلى أن هذه الدعوى تسمى أيضا بدعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن الذي يتضرر من تصرفات مدينه الرامية إلى إضعاف ونقص الضمان العام بسوء نية".

3 - قرار محكمة النقض عدد 101 المؤرخ في 2005/2/2 في الملف التجاري عدد 2003/2/3/1642 مجلة المنازعات العقارية- عدد 3 ص 117.

ق.ل.ع إلا في الفصول 4 و39 و55 و56 منه أو في حالات أخرى يحددها القانون، والفصل 1241 المتمسك به لا ينص على الإبطال حتى يعتبر من حالاته التي نص عليها القانون، فكان على البنك المستأنف أن يطالب بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه كدائن، لا أن يطالب بإبطال البيع"، في حين، وما دام الفصل 311 المذكور يشير إلى الحالات الأخرى التي يحددها القانون، فإن الفصل 1241 المذكور، وإن لم ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لإضعاف الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه، لما اعتبر أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما، فإن مؤداه هو المطالبة بإبطال هذه التصرفات، إن أثبت الدائن صوريتها، أما ما أتى به القرار من لزوم المطالبة بعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، فإنه علاوة عن أن البنك التمس في مقاله الافتتاحي الحكم كذلك بعدم مواجهته بعقد البيع السوري، فإن ما ذكر يهم الدعوى البوليصية التي هي دعوى عدم نفاذ التصرف المدين في حق دائنه، غير المنظمة من طرف المشرع المغربي، وبذلك جاء قرارها متمسا بفساد التعليل المنزل منزلة انعدامه مما يعرضه للنقض".

وترتيبا على ذلك، يبقى نفس السؤال مطروحا بخصوص وجوب إعداد زوج المدين الخاضع للتسوية أو التصفية القضائية جردا بأمواله الشخصية وفق قواعد نظام الزواج الذي يطبق عليه، لا سيما أن مدونة التجارة قد خولت للسنديك أن يطلب بعد إثباته بكل الوسائل أن الأملاك التي يملكها زوج المدين أو أبناؤه القاصرون قد اشتريت بقيم دفعها هذا الأخير، ضم تلك الممتلكات إلى باب الأصول، الشيء الذي يطرح إشكالية الحماية القانونية لحقوق الأغيار المقيدين بحسن نية بالرسم العقاري. فهل يمكن للسنديك طلب إجراء تقييد احتياطي للدعوى الموجهة ضد الولي الشرعي الخاضع لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية

حتى تتأتى له المحافظة على حقوق الدائنين بأثر رجعي؟ وما هي الآثار المترتبة عن تفويت القاصرين لعقاراتهم المحفوظة بعد الحكم المذكور؟

نعتقد أن دعوى السنديك الرامية إلى ضم أموال القاصرين إلى أصول المدين الخاضع لمسطرة التسوية أو التصفية شأنها شأن باقي الدعاوى العقارية الرامية إلى استحقاق حق عيني عقاري، ولا يمكن أن يحتج بها في مواجهة الأغيار إلا من تاريخ تقييدها احتياطيا عملا بمقتضيات المادة 13 من مدونة الحقوق العينية. ومن ثم فإن إغفال القيام بهذا الإجراء يترتب عنه إهدار حفظ الحق بأثر رجعي عند التقييد النهائي للحكم الذي يمكن أن يصدر وفق طلب السنديك، الأمر الذي يلحق بالتالي الضرر بالدائنين الذين يعولون على قيمة أصول المدين.

ذلك أن القاصرين المالكين المسجلين بالرسم العقاري يمكنهم تفويت حقوقهم إلى الأغيار الذين يسجلون بحسن نية بعد الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية، فتتحصن حقوقهم من الطعن فيها طبقا للمادة 678 من مدونة التجارة. إذ إن صلاحية السنديك في طلب ضم أموال القاصرين إلى الأصول، لا يمكن أن تمتد إلى الغير الذي انتقلت إليه تلك الحقوق طالما أنه يجهل وضعيته سلفه، ويتمسك بقريئة حسن النية المفترضة فيه من طرف المشرع.

لذلك، فإن تحقيق الحماية للمقاولة وللدائنين يقتضي من السنديك الإسراع بضرورة تقييد مقال الدعوى المذكورة احتياطيا بالرسم العقاري، حتى تتأتى الاستفادة من مزية الأثر الرجعي في حفظ الحقوق من جهة، وبهدم قريئة حسن النية المفترضة في الغير الذي يسجل لاحقا على التقييد الاحتياطي.

المحور الثاني: التقييد الاحتياطي والحجز العقاري كقرينة على سوء النية

إن إعمال مفهوم المخالفة لمقتضيات الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، يوحي بإمكان التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير ذي النية السيئة. وأن إثبات سوء النية يقع على مدعيه، ويتم من خلال ثبوت العلم اليقيني بالتواطؤ الواقع بين المشتري الثاني والبائع للإضرار بالمشتري الأول، وإمكانية تحصين حقه عن طريق التمسك بالأسبقية في التقييد بالرسم العقاري¹. إذ إن المبدأ في التشريع العقاري يقضي أنه لا يجوز للمشتري الأول غير المسجل المطالبة بالتشطيب على عقد شراء المشتري الثاني بعلّة أنه الأسبق تاريخاً، على اعتبار أن الأسبقية في التقييد هي التي تنشئ الحق في مواجهة الأطراف والغير.

وقد سبق لمحكمة النقض أن استقرت على تكريس هذه القاعدة معتبر أنه "لا يكون أثر حتى بين المتعاقدين للاتفاقات الرامية إلى إنشاء أو نقل حق عيني عقاري إلا من تاريخ تقييدها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية الحق العيني حتى بين المتعاقدين إلا عن طريق إظهاره بتقييده في الرسم العقاري المخصص لكل عقار، كما يستفاد ذلك من الفصل 67 من الظهير العقاري الصادر بتاريخ التحفيظ العقاري ... وعليه فإن محكمة الاستئناف تكون قد خرقت هذه المبادئ عندما قضت بقبول مطلب شركة كان يرمي إلى الحكم بشطب ما سجل في الرسم العقاري في 7 يوليوز 1949 من عقد متضمن لتفويت حقوق عينية، محرر في 7 يونيو 1949 وذلك لينتأى للشركة الطالبة أن تقوم بتقييد عقد شرائها المحرر

1 - للتوسع في موضوع الأسبقية في التقييد راجع:

- الشعبية سموح: "محاذاير التراخي في تسجيل الحقوق العينية في الرسم العقاري" - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة - نوقشت بكلية الحقوق بمراكش - سنة 1999-2000.

في تاريخ فاتح يونيو 1928".¹

ونظرا لأهمية التقييدات المؤقتة كمعيار في إثبات سوء النية لدى الغير المسجل بالرسم العقاري، إضافة إلى أن العمل القضائي دأب على اعتمادها لهدم قرينة حسن النية، فقد ارتأينا تقسيم هذه الفقرة إلى فكرتين على الشكل التالي:

أولاً: التقييد الاحتياطي كمعيار لإثبات سوء النية

ثانياً: الحجز العقاري كمعيار لإثبات سوء النية

أولاً : التقييد الاحتياطي كقرينة على سوء نية الغير:

إذا كان التقييد الاحتياطي يهدف إلى المحافظة مؤقتاً على ضمان الحق بأثر رجعي منذ تاريخ إجرائه بالرسم العقاري، فإن آثاره القانونية تمتد إلى الغير الذي يفترض فيه أنه على علم به، ولو كان هذا الغير المدعي لحقوق غير مسجلة هو المشتري الأول بمقتضى عقد سابق في التاريخ على شراء المشتري الثاني.

فكيف يمكن إذن هدم قرينة حسن النية المفترضة في المشتري الثاني سيء النية المسجل بالرسم العقاري، ودحض الحجية التي يتمتع بها هذا الأخير؟ أو بعبارة أخرى ما هو المعيار القضائي لتحديد سوء النية من عدمه في الطرف المالك وفق بيانات الرسم العقاري؟

جواباً عن ذلك، وبالرغم من الخلاف الفقهي القائم حول هذه المسألة²، فإن

1- قرار رقم 233 صادر بتاريخ 15 ماي 1968 - منشور بمجلة القضاء والقانون - العدد 1 - السنة الأولى - أكتوبر 1968 - ص 30.

2- هناك ثلاثة اتجاهات فقهية بشأن مسألة إثبات سوء نية الغير المكتسب لحق عيني متعلق بعقار محفظ كالتالي:

الاتجاه الأول: يعتبر أن مجرد علم المشتري الثاني أن عقده لاحق من حيث الزمن لعقد بيع آخر سبق وأن أجراه مالك العقار، فإن ذلك يشكل قرينة كافية على توافر سوء النية وترتيب أثر عدم الاحتجاج بتسجيله.

العمل القضائي أكد أنه لا يمكن اعتبار المشتري الثاني لعقار محفظ سيئ النية ما دام التقييد الاحتياطي للمشتري الأول تم في نفس اليوم الذي وقع فيه الشراء الثاني¹.

ويستفاد من هذا القرار أن قيام المشتري الأول بإجراء تقييد احتياطي لضمان الحق مؤقتاً على الرسم العقاري، يعتبر قرينة قانونية قاطعة على ثبوت سوء نية المشتري الثاني الذي تعامل بشأن العقار المحفظ محل النزاع رغم كونه مثقلاً بالتقييد أعلاه، ويكون بالتالي معفى من إثبات سوء نية هذا الأخير إعمالاً لمقتضيات الفصل 453 من ق.ل.ع التي تنص على أن "القرينة القانونية تعفى من تفررت لمصلحته من كل إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية".

وقد كرست محكمة النقض² هذا الاتجاه معتبراً أن الشهادة الصادرة عن المحافظ والتي تشير إلى وجود تقييد احتياطي كافية لاعتبار المشتري سيئ النية، بحيث إن هذه الشهادة تفيد وجود نزاع حول العقار المثقل به. وبما أن المشتري قام

-- سعاد عاشور - م س - ص 185. - شمس الدين الوكيل: "أثر الغش على الأسبقية في التقييد" - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد 12 - السنة الثامنة - 1959 - ص 86.
الاتجاه الثاني: يعتبر أن مجرد علم المشتري بوجود عقد سابق بين البائع وبين مشتراً آخر لا يثبت سوء نيته، بل إن المشتري الأول هو الذي أهمل وتراخى في تسجيل حقه بالرسم العقاري. إلا أنه يشترط لثبوت سوء النية لدى المشتري الثاني تحقق العلم عند تسجيل حقه العيني بالعيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلقى الحق عنه.
- مأمون الكزبري - م س - ص 186.

أما الاتجاه الثالث: يعتبر أن مجرد العلم وحده بسبقية الشراء غير كاف لثبوت سوء نية المشتري الثاني، بل يجب أن يقترن هذا العلم بوسائل تدللية، أو وجود تواطؤ بين المشتري والبائع من أجل الإضرار بحقوق المشتري الأول.
- محمد خيري: "حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ .." - م س - ص 491. - مازن الجم: "م س" - ص 304.

1 - قرار عدد 2740 صادر بتاريخ 87/7/13 منشور بمجلة المحامي العدد 8 السنة السادسة. 1986.
2 - قرار عدد 337 صادر بتاريخ 13 نونبر 1981. منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 31. سنة 1983 ص 137 وما بعدها.

بتحدي المسطرة الجارية فإنه يعتبر سبب النية ويتحمل عواقب سوء نيته. كما اعتبرت نفس المحكمة في قرار آخر " أنه إذا كان التقييد النهائي للحق العيني في الرسم العقاري لا يرتبط بأجل معين، فإن ثبوت علم المشتري اللاحق بوجود شراء سابق له من خلال التقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي المقيد بالرسم العقاري، يجعله مشتريا سيء النية، بدليل أن هذا التقييد وإن لم يتم التشطيب عليه رغم انتهاء مدة صلاحيته القانونية، فإنه مع ذلك يدل على الإعلان عن مطالبة الغير بحق عيني في الرسم العقاري الذي قيد فيه، ويهدم قرينة حسن النية المقررة في الفقرة الثانية من الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري"¹.

وأن هذا التوجه القضائي لمحكمة النقض أكدته أيضا في قرار صادر بغرفتين اعتبرت من خلاله أن " عنصر العلم بالبيع السابق يعد واقعا ثابتا ينفي حسن نية المشتري الثاني. والمحكمة استخلصت عنصر سوء نية هذا الأخير من كونه عندما أقدم على التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري المبيع والحال أن هذا الأخير مثقل بتقييد احتياطي قبله، وبالتالي فإن دعوى التشطيب على عقد بيع المشتري الثاني المقدمة في إطار الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 لا تقتضي استصدار حكم سابق بإبطال التصرف"².

وترتبيا على ما ذكر أعلاه، يتضح أن إجراء تقييد احتياطي بالرسم العقاري يعتبر دليلا كافيا على سوء نية المشتري الثاني الذي تعامل بشأن العقار المحفظ مثقلا بالتقييد المذكور، في حين أن هذا التوجه القضائي محل نظر من الناحية القانونية، على اعتبار أن هذه القرينة القضائية ليست مطلقة في إثبات سوء

1- قرار عدد 1336 صادر بتاريخ 13 مارس 2012 في الملف المدني عدد 2010/1/1/3704 غير منشور.

2- قرار عدد 2/383 بتاريخ 2013/07/02 ملف مدني عدد 2012/2/1/3329 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2013.

النية، وإنما نسبية فقط، لأن الأمر يتوقف على تحديد طبيعة التقييد الاحتياطي المشار إليه في الرسم العقاري وما إذا كان مؤسساً على سند أو على أمر قضائي، أو مقال للدعوى.

ومعنى ذلك، أنه إذا تعلق الأمر بتقييد احتياطي بناء على سند أو على أمر قضائي، فإن حجية التقييد المذكور تنقضي وبقوة القانون بعد انصرام أجل عشرة أيام بالنسبة للأول، وثلاثة أشهر بالنسبة للثاني. ويترتب عن ذلك لزوماً انتفاء سوء نية الغير المقيد لاحقاً للتقييد الاحتياطي بمجرد انتهاء الأجل، وبعد أن يتعذر على المستفيد منه إنجاز التقييد النهائي لحقه داخل الأجل أعلاه. بل قد يكون سوء النية غير موجود أصلاً منذ تقييد الغير لحقه في تاريخ لاحق للتقييد الاحتياطي الذي انقضت مدة صلاحيته، وزال بالتالي مفعوله القانوني في حفظ الحق بأثر رجعي.

أما إذا تعلق الأمر بتقييد احتياطي بناء على مقال، فإن قرينة سوء النية تكون قاطعة طالما أن الغير قد سجل حقه في وقت لازال القضاء لم يفصل في المقال المبني عليه بحكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به، وتكون تلك القرينة نسبية في حالة وقوع التقييد بعد صدور الحكم المذكور بعدم الاعتراف بالحق المدعى به من قبل المستفيد من التقييد الاحتياطي، لأن مجرد بقاء هذا الأخير مقيداً بالرسم العقاري لا يعني أن الغير المقيد بعد ذلك سيء النية، ما دام أن التقييد المذكور أصبح هو والعدم وسواء من الناحية الواقعية استناداً لقوة الشيء المقضي به.

ونعتقد أن المعيار الذي يتعين اعتماده لإثبات سوء نية الغير المتلقي للحق العيني بالرسم العقاري يتجلى في ضرورة توافر التواطؤ لدى المشتري الثاني، أو نية الإضرار بالدائن، انطلاقاً من القرائن القوية والمنضبطة مع ظروف ووقائع كل

نازلة على حدة، والذي يجب أن تستخلصه المحكمة المعروض عليها النزاع بما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال دون رقابة عليها من طرف محكمة النقض في هذا الإطار¹.

ثانيا : الحجز العقاري كقرينة على سوء نية الغير

تجدر الإشارة إلى أن العمل القضائي قد اعتبر الموهوب لها سيئة النية لكون الهبة المنجزة لفائدتها قد جاءت بعد علم الطرفين الواهب والموهوب له بوقوع الحجز على الدار محل الهبة. ولا يمكنها تبعا لذلك الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى أن التصرف قد تم تقييده وأنه لا يمكن إبطاله، لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح الغير حسن النية إعمالا لمفهوم المخالفة لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري.

ويتعلق الأمر بكون زوجة استصدرت حكما ضد زوجها قضي لها بالنفقة، وبأشرت بإجراءات التنفيذ ضده، وحصلت على حجز تحفظي أنصب على دار موضوع رسم عقاري، ثم قامت بتحويله إلى حجز تنفيذي، ووقع تبليغ المحجوز عليه بمحضر الحجز التنفيذي دون تبليغ المحافظ بذلك، الشيء الذي جعل مالك العقار يبادر إلى إنجاز هبة إلى زوجته الثانية، ويقوم بتقييد عقد الهبة في الرسم العقاري الخالي من أي إشارة إلى الحجز المذكور.

1 - نشير إلى أن إدخال المشتري الثاني في الدعوى الذي يقيمها ضد البائع لهما، يشكل وسيلة لإعلامه بأسبقية شرائه، وينفي عنه حسن النية المفترض فيه طالما أنه توصل بمقال الدعوى قبل تسجيل شرائه بالرسم العقاري، ودون حاجة من المشتري الأول إلى تقييد مقال الدعوى احتياطيا من قبل المشتري الأول. ومع ذلك، فإن الدور الحمائي لمؤسسة التقييد الاحتياطي يظهر بشكل جلي في حفظ الحق من خلال رتبته بأثر رجعي في مواجهة جميع التقييدات اللاحقة مؤقتة كانت أو نهائية.

وقد جاء في معرض حيثيات قرار محكمة النقض¹ التي استند عليها في تعليقه ما يلي:

"... لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة، فإنه لا مجال للاحتجاج بالفصل 440 من قانون المسطرة المدنية والفصول 1 و2 و64 و65 من قانون التحفيظ العقاري، ما دام أن الانتقاد موجه للإجراءات السابقة للحجز التنفيذي التي لا صفة للطاعنة في إثارة ذلك لأنها ليست منفذا عليها. وأن الثابت من مستندات الملف وعلى الخص رسم الهبة أن هذا الأخيرة انصبت على الرسم العقاري عدد (...) أي على عقار محفظ وبالتالي يترتب عن ذلك قابلية التشطيب على الحق المسجل إذا توفرت شروط ذلك، وأن القرار المطعون فيه حين أيد الحكم الابتدائي يكون قد تبنى تعليقاته التي جاء فيها: "إن عقد الهبة أنجز في الوقت الذي كان فيه المنزل موضوع الهبة محجوزا حجزا تحفظيا ووقع تحويله إلى حجز تنفيذي. وأن التفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز يكون باطلا وعديم الأثر طبقا للفصلين 453 و475 من قانون المسطرة المدنية طالما أن تبليغ الحجز للمنفذ عليه قد وقع صحيحا. وأنه لا يلتفت إلى تقييد الهبة في الرسم العقاري لكونها باطلة للسبب المذكور من جهة ولأن الهبة المنجزة لفائدة المدعية قد جاءت بعد علم الطرفين الواهب والموهوب له بوقوع الحجز على الدار محل الهبة وبذلك تعتبر الموهوب لها سيئة النية ولا يمكنها تبعا لذلك الاستفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى أن التصرف قد تم تقييده وأنه لا يمكن إبطاله، ذلك لأن قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح حسن النية فقط وهو ما يستفاد من

1 . قرار عدد 1577 المؤرخ في 2005/05/25 في الملف المدني عدد 2004/1/1/3549 - مجلة المنازعات العقارية . دلائل عملية 3. ص 15.

المفهوم المخالف للفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري."

ويلاحظ من خلال حيثيات القرار أعلاه أنه اعتمد أساسين قانونيين لإبطال عقد الهبة والتشطيب عليه من الرسم العقاري. الأول يتمثل في كون الهبة أنجزت بعد إجراء الحجز، والثاني يتجلى في علم الواهب والموهوب لها بالحجز، واعتبر بالتالي هذه الأخيرة سبباً للنية.

ونعتقد أن أعمال مقتضيات الفصل 475 من ق م م موحده كاف لترتيب أثر البطلان على عقد الهبة المنجز بعد تبليغ المحجوز عليه بالحجز التنفيذي، ولا حاجة للبحث في علم الموهوب لها بالحجز من عدمه حتى يمكن اعتبارها سبباً للنية، طالما أن هناك منعا تشريعياً للمنفذ عليه من إجراء أي تفويت في العقار بمجرد تبليغه بالحجز تحت طائلة البطلان. إذ إن تحقق العلم الخاص بالحجز التنفيذي لدى المدين المحجوز عليه يجعل جميع التفويطات التي يجريها بشأن العقار المحجوز باطلة بنص القانون. وأن الغير الذي تلقى الحق من المحجوز عليه، وقام بتقبيد عقد الشراء، أو الهبة بالرسم العقاري لا يحق له التمسك بحسن نيته في اكتساب الحق لتحسين حقوقه، على اعتبار أن العقد الرابط بينه وبين المدين باطل منذ تاريخ إنشائه، وأن الباطل باطل لا يصح بالتنقييد تأكيداً لقاعدة المدوم حساً كالمعدوم شرعاً، ومن ثم فإن اعتبار القرار أعلاه أن الموهوب لها سبباً للنية استناداً إلى علمها بالحجز العقاري هو تعليل زائد ومنتقد في النازلة المذكورة، بدليل أن هذا الاستنتاج الذي خلصت إليه المحكمة يترتب عنه الإبطال، وليس البطلان. وأنه مادام قد ثبت سبب من أسباب البطلان المنصوص عليه في الفصل 475 من ق م م، فإن ذلك يغني المحكمة عن البحث عن القرائن القضائية من ظروف ووقائع النازلة المعروضة عليها لاستخلاص سبب من أسباب الإبطال

المتمثلة في حصول علم الموهوب لها بوقوع الحجز التنفيذي قبل إنجاز عقد الهبة. وغني عن البيان أن ترتيب جزاء "البطلان" الوارد ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 453 من م ق م قد أثار جدلا فقهيًا وقضائيًا. إذ تم تفسيره بأن الجزاء المشار إليه في آخر الفصل 453 يحدد علاقة التصرف بالحاجز لا بأطراف التصرف في حد ذاتهم، وأن مفهوم الباطل يعد لفظًا زائدًا، لأن مناط إعماله يقتضي إنشاء التزام بين طرفين على الأقل واعتبر أن التصرفات الواردة على العقار المحفظ صحيحة وقائمة بين أطرافها ولكنها غير نافذة في مواجهة الحاجز، ويتعين على المحافظ على الأملاك العقارية تقييدها ويبقى العقار مثقلًا بالحجز إلى حين تحويله إلى حجز تنفيذي أو رفعه من طرف المحجوز عليه. في حين ذهب البعض الآخر¹ إلى اعتبار أن هذا الرأي غير سليم استنادًا إلى مقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري التي توجب تبليغ كل أمر رسمي بحجز عقاري إلى المحافظ العقاري الذي يقيده فورًا بالرسم العقاري، وابتداءً من تاريخ التقييد المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أي تقييد جديد خلال مدة جريان مسطرة نزع الملكية، مضيفًا أن هذا النص صريح في منع المحافظ من إجراء أي تقييد جديد بعد الحجز.

ونؤيد التفسير الأول الذي تؤيده محكمة النقض معتبرة في أحد قراراتها ما

يلي:

"بناء على الفصل 453 من م ق م، فإن التصرفات التي يجريها المحجوز عليه والضارة بالغير هي التي تكون باطلة، أما التصرفات التي لم يتضرر منها الغير فتبقى صحيحة وتنتج آثارها بين الطرفين، ولهذا فإن المحكمة لما اعتبرت أن

1 - عبدالرحمان حموش: "التقييدات المؤقتة على العقار في التشريع المغربي" - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - نوقشت بكلية الحقوق - جامعة القاضي عياض - مراكش - سنة 2002-2003 - صفحة 107.

بيع المحجوز يعد باطلا حتى بالنسبة للعلاقة بين طرفي العقد تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا موازيا لانعدام التعليل وعرضت قضاءها للنقض¹.
ومن جهة أخرى، فإن استناد الرأي الثاني إلى مقتضيات الفصل 87 للتمسك بالبطلان المنصوص عليه في الفصل 453، يفتقر إلى المنطق القانوني، ويحمل مقتضيات الفصل المستدل به أكثر مما يحتمل في صياغته التشريعية التي جاءت واضحة الدلالة لا من حيث الألفاظ والمباني، ولا من حيث المقاصد والمعاني، بدليل أن المنع التشريعي الوارد في الفصل 87 هو منع إداري يمنع المحافظ فقط من إجراء أي تقييد جديد بعد تبليغه بالحجز، ولا يمكن أن يرقى بأي حال من الأحوال إلى اعتبار التفويتات التي وقعت بعد التبليغ بالحجز باطلة.
ومؤيدنا في ذلك، أن قضاء محكمة النقض قد استقر في العديد من قراراته على اعتبار أن "البائع أو خلفه العام ملزم بتطهير الرسم العقاري من الحجز العقاري المثقل به وتقييد عقد شراء المشتري لنقل الملكية، مؤكدة على صحة العقد الرابط بين الطرفين طالما أن أحدا من الغير لم يتضرر من تصرف المدين المحجوز عليه"².

1. قرار رقم 528 بتاريخ 28 يوليوز 1982- منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد - 31 - ص 58.

2- جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:

" لكن حيث إن التصرفات التي يجريها المحجوز عليه والضارة بالغير هي وحدها التي تكون باطلة، أما إذا لم يتضرر أحد من الغير من تصرف المحجوز عليه فيبقى التصرف صحيحا وينتج مفعوله بين الطرفين. وبما أن الطالبين هم خلفاء للهاك في العقار محل النزاع فلا حق لهم في التمسك بالحجز كسبب لإبطال العقد لأنهم ليسوا من الغير وحلوا محل الهاك كطرف في العقد، ولا يمكنهم التحلل من موروثهم بدعوى الحجز على العقار المبيع".

- قرار رقم 528 صادر بتاريخ 1977/9/21. منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 25 ص 41.

وقد أكدت نفس المحكمة في قرار آخر ما يلي:

".. ومن جهة ثالثة فإن المحافظ لا يلتجأ إليه لتسجيل الحقوق إلا عند خلوها من النزاع، في حين أن العقار موضوع الدعوى مثقل بحجز عقاري ومسجل باسم الموصي له مما لا بد معه من الالتجاء أولا إلى القضاء لتطهير العقار من الحجز، والإذن بتسجيل الحق عليه".

- قرار عدد 911 مؤرخ في 1997.2.11 ملف مدني عدد 91/4939 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 53-54- السنة 21 - ص 84.

كما أن نفس المحكمة¹ اعتبرت أن إقدام الغير على الشراء بالمرضاة لعقار رغم علمه بإجراءات بيعه بالمزاد العلني يعتبر قرينة على سوء نيته حسب الحثيات الواردة ضمن أحد قراراتها الذي جاء فيه:

" من المقرر قضاء أنه لا مجال للاستدلال بحسن نية المشتريين لحقوق مشاعة على عقار محفظ ما دام قد ثبت بأنهم على علم تام بالحكم القاضي ببيع المدعى فيه بالمزاد العلني، وإقدامهم رغم ذلك على شرائه بالمرضاة دون مطالبة البائعين باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف إجراءات التنفيذ قبل شرائهم. وأن مجرد تقييدهم - كمشتريين- في الرسم العقاري محل النزاع لا تأثير له أمام إجراءات الحجز التنفيذي المقيدة على العقار، إذ أن تقييدهم المشار إليه، والحال ما ذكر يجعلهم مجرد خلف طبقاً للفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود".

1- القرار عدد: 8/31 المؤرخ في: 2013/01/22 ملف مدني عدد: 2011/8/1/3851 غير منشور.

الدور الاجتماعي للسنديك في مساطر صعوبات المقاولَة
- قراءة في ضوء مستجدات القانون رقم 73/17
القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة -

الأستاذ عمر السكتاني
أستاذ باحث وعضو بالمركز الدولي
للساطة والتحكيم بالرباط
مفتش سابق رئيس بالمديرية العامة للضرائب

مقدمة :

تستغل مساطر صعوبات المقاولَة بمجموعة من الإجراءات المسطرية التي تختلف عن تلك المعمول بها في القضايا العادية، ومن بين أهم هذه الإجراءات تلك المتعلقة بتعيين أجهزة التسيير والمراقبة، إذ لا يمكن للمحكمة أن تسهر على سير مساطر الإنقاذ والمعالجة وما تتطلبه من تشخيص وجمع للمعلومات وإعداد للتقارير بمفردها، وهو ما يبرر تدخل أجهزة مختلفة في جميع مراحل المسطرة نظرا لوجود مصالح متباينة يتعين التعبير عنها وتمثيلها، تحقيقا لأهداف المشرع المتمثلة في الحفاظ على نشاط المقاولَة كخلية اجتماعية واقتصادية داخل النسيج الاقتصادي .

وإذا كانت المصلحة الاجتماعية للأجراء تحتل موقعا حساسا في مساطر صعوبات المقاولَة، فإنه يتعين على أجهزة المسطرة أن تراعي دائما حقوق هذه الفئة داخل المقاولَة سواء خلال مرحلة الإنقاذ أو خلال مرحلة التسوية والتصفية القضائية، حيث يجب إعطاء أهمية كبيرة للمعيار الاجتماعي سواء عند إعداد

تقرير الموازنة أو عند المفاضلة بين الحلول من طرف المحكمة، ومن هنا تبدو أهمية الإجراءات التي تقوم بها هذه الأجهزة لصيانة حقوق ومصالح الأجراء في مساطر صعوبات المقاول، ويبقى من أهم هذه الإجراءات وأنجعها تلك التي يقوم بها السنديك بالنظر لحجم الصلاحيات المالية والاقتصادية والاجتماعية المسندة إليه، حيث يعتبر السنديك أحيانا مساعدا وأحيانا ممثلا قانونيا للمقاول الخاضعة لمساطر المعالجة، ووكيلا للدائنين والمدين رئيس المقاول في نفس الوقت وفي أحيان أخرى يتقمص دور القاضي المنتدب، وهي مسألة ليست بالأمر الهين لوجود تنازع وتعارض في المصالح خلال سير مختلف المساطر الجماعية.

ومن أجل بيان مختلف الصلاحيات والسلطات التي يزاولها السنديك والتي تعنى بالجانب الاجتماعي للمقاول سوف نتطرق أولا إلى إبراز الدور الاجتماعي للسنديك خلال مرحلة إعداد الحل من خلال تحديد دوره في إعداد الموازنة الاجتماعية واتخاذ مختلف الإجراءات التحفظية التي من شأنها الحفاظ على النشاط وبالتالي استقرار التشغيل ومن خلاله حماية المصلحة الاجتماعية للأجراء (المبحث الأول)، على أن نتطرق في المحور الثاني إلى تحديد الدور الاجتماعي للسنديك من خلال صلاحياته في السهر على تنفيذ الحل الملائم لتصحيح وضعية المقاول المفتوحة في مواجهتها مساطر المعالجة والتصفية القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الدور الاجتماعي للسنديك خلال مرحلة إعداد الحل الملائم لإنقاذ وتصحيح وضعية المقاول

خول المشرع للسنديك صلاحيات استراتيجية هامة في إطار تشخيص وضعية المقاول وإعداد الحل الملائم لإنقاذ وتصحيح وضعيتها المالية والاقتصادية والاجتماعية، بيد أنه مهما كانت طبيعة هذه الصلاحيات والمهام فإنه لا بد على السنديك أن يأخذ بعين الاعتبار مختلف الجوانب والمعايير الاجتماعية حين إعدادة لمختلف الاقتراحات الرامية إلى معالجة وتصحيح وضعية المقاول . لذلك سوف نتطرق إلى دراسة الدور الاجتماعي للسنديك خلال مرحلة إعداد الحل الملائم لإنقاذ وتصحيح وضعية المقاول من خلال تحديد دوره في إعداد الموازنة الاجتماعية (الفقرة الأولى) قبل أن نتطرق إلى دوره الاجتماعي من خلال ما يتخذه من إجراءات تحفظية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : دور السنديك في إعداد الموازنة الاجتماعية :

إن دراسة دور السنديك في إعداد الموازنة الاجتماعية تقتضي أولاً تحديد المقصود بها ومضمونها وثانياً تحديد مدى كفاءة السنديك في إعدادها .

1- تحديد المقصود بالموازنة الاجتماعية ومضمونها :

يقوم السنديك تحت إشراف القاضي المنتدب بالمهام المسندة إليه، وفقاً لمقتضيات المادة 673 من مدونة التجارة التي تنص على أنه :
" يكلف السنديك بمراقبة تنفيذ مخطط الإنقاذ، وبتسيير عمليات التسوية والتصفية القضائية ابتداء من تاريخ صدور حكم فتح المسطرة حتى قفلها .

ويسهر السنديك على تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التفويت ... "

ويستفاد من هذه الأحكام أن من واجبات السنديك إما مراقبة تنفيذ مخطط الإنقاذ أو السهر على إعداد وتنفيذ مخطط استمرارية المقاوله المفتوحة ضدها مسطرة المعالجة، أو مخطط تفويتها لأحد الأغيار، كما يتعين عليه تحقيق الديون المصرح بها إليه وفق الإجراءات المحددة في المادة 726 وما بعدها من مدونة التجارة وذلك لفائدة المسطرة وحماية مصالح الأجراء التي تعد من ضمن المصالح الرئيسية التي يسعى المشرع إلى حمايتها عبر نظام صعوبات المقاوله، ومهما كانت سلطة الإدارة والتسيير الموكولة للسنديك، سواء تعلق الأمر بمراقبة عمليات التسيير أم بمساعدة رئيس المقاوله في جميع الأعمال التي تخص التسيير أو في بعضها فقط، أم قيامه لوحده بالتسيير الكلي أو الجزئي للمقاوله، فقد أوجب عليه المشرع أن يطلع القاضي المنتدب بتسيير المسطرة وبما يقوم به من أعمال في إطار المهام المسندة إليه عملاً بالمادة 674 م ت التي تنص على أنه: "يخبر السنديك القاضي المنتدب بسير المسطرة ...".

ومن بين المهام الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم بها السنديك في مساطر معالجة صعوبات المقاوله إعداد تقرير الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية الذي بناء عليه يقترح الحل المناسب لمخطط التسوية، وهكذا فإن الموازنة التي يعدها السنديك بمشاركة رئيس المقاوله وبالمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء يتم وضعها في شكل تقرير يعكس بصورة شمولية الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاوله، وعلى ضوءه يقترح السنديك إما مخططاً للتسوية يضمن استمرارية المقاوله أو تفويتها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية عملاً بمقتضيات المادة 569 من مدونة التجارة التي جاء فيها: "يجب على السنديك أن يبين في تقرير تفصيلي يعده، الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمقاوله،

وذلك بمشاركة رئيس المقابلة، وعلى ضوء هذه الموازنة، يقترح على المحكمة إما المصادقة على مشروع مخطط الإنقاذ وإما تعديله وإما تسوية المقابلة أو تصفيتها قضائياً".

وتأسيساً على ذلك يجب أن يشمل مشروع مخطط التسوية الذي يقترحه السنديك على المحكمة في إطار إعداد الحل الملائم لإنقاذ وتصحيح وضعية المقابلة المفتوحة ضدها المسطرة كل ما يتعلق بالجانب المالي والاقتصادي والاجتماعي، ويتعلق الأمر أساساً بآفاق التمويل وسداد الخصوم وطبيعة النشاط الاقتصادي الذي سيتم الاستمرار في مزاولته، وكذا مناصب الشغل التي يمكن الحفاظ عليها أو التضحية بها إن اقتضى الحال، والإجراءات المقرر اتخاذها لفائدة العمال الذين سيتم تسريحهم وغيرها من التدابير التي يجب اتخاذها لحماية المصلحة الاجتماعية للأجراء وحماية السلم الاجتماعي بالمقابلة الخاضعة لمسطرة الإنقاذ أو المعالجة .

وإذا كان المشرع قد وضع للسنديك مجموعة من الآليات لإنقاذ المقابلة واستمرارية عقود العمل الكائنة بها، فإن من بين هذه الآليات ما يعنى بالجانب الاجتماعي حتى يمكن للمحكمة الإحاطة بالوضعية الاجتماعية للمقابلة، لأن دراسة الوضع الاجتماعي يعتبر مظهراً من مظاهر الحماية التشريعية لمناصب الشغل الكائنة بها، ومن شأنها أن تعطي للمحكمة نظرة صادقة عن هذا الجانب المهم في المقابلة إلى جانب الوضع المالي والاقتصادي، وفي هذا الإطار تشكل الموازنة الاجتماعية كشق من تقرير الموازنة الذي يعده السنديك إحدى المحاور الأساسية لمشروع مخطط التسوية إلى جانب الموازنة المالية والاقتصادية، حيث أُلزم المشرع السنديك بإعداد تقرير يتضمن الوضعية العامة للمقابلة، لأن مساطر الإنقاذ

والمعالجة لا تهدف فقط إلى تقويم الجانب المالي وان كان ذلك يعتبر المبتغى الأساسي من هذه المساطر، وإنما تهدف أيضا من الناحية الاقتصادية إلى استمرار المقابلة في الإنتاج والحفاظ على نشاطها الصناعي والتجاري ومساعدتها على اجتياز الظروف الصعبة التي قد تكون مؤقتة وناجئة عن مجرد عدم توفر السيولة النقدية، ومن الناحية الاجتماعية إلى الاستمرار في الشغل والحفاظ على حقوق العمال والمستخدمين، ومنحهم الثقة في الحفاظ على مناصب شغلهم وعملهم، ومن أجل ذلك، ولكي تكون دراسة وضعية المقابلة شاملة يتطلب الأمر دراسة الجانب الاقتصادي والاجتماعي لها، فما المقصود بالموازنة الاقتصادية والاجتماعية للمقابلة؟

إن عبارة الموازنة الاقتصادية والاجتماعية رغم ظهورها منذ ظهور قانون 25 يناير 1985 الفرنسي، فإنه لم يعط لها تعريف قانوني أو قضائي محدد، وهذا لا ينفي عن هذا المفهوم أهميته في إطار مساطر صعوبات المقابلة، إذ يعتبر في هذه الحالة من الأعمال الأساسية في أفق اختيار الحل القضائي الملائم لوضعية المقابلة، وذلك بخلاف لو أن مساطر التصفية القضائية تقررت مباشرة، ففي هذه الحالة لا يتم إعداد موازنة من هذا القبيل، وذلك بالنظر إلى انعدام فائدتها حيث إن وضعية المقابلة تكون مختلفة بشكل لا رجعة فيه .

وبناء على ذلك فإن مفهوم الموازنة الاقتصادية والاجتماعية يهدف إلى تحديد مصدر وأهمية وطبيعة الصعوبات التي تعرفها المقابلة، وهو يدخل في إطار أفق الحفاظ على نشاط المقابلة ومناصب الشغل واختيار الحل الأنسب لمخطط التسوية، وبهذا فهو يتميز بمجموعة من الخصائص من أهمها أنه لا يتقيد بمدة زمنية كالموازنة المحاسبية التي يتم تحضيرها سنويا، ولا يهتم بالجانب المحاسبي

أو الاجتماعي فقط، ولكن بفهم أو إدراك وضعية المفاوضة في شموليتها، وانطلاقاً من هذه الخصائص يمكن تعريف مفهوم الموازنة الاقتصادية والاجتماعية للمفاوضة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية أنها بمثابة مستند تركيبى يحضر منذ بداية فترة الملاحظة، يحدد ويحلل وضعية مجموع الوسائل المادية والبشرية للمفاوضة في طور التسوية القضائية، بهدف معرفة مصدر وأهمية وسبب الصعوبات، وهو يخول تحديد فيما إذا كان إنقاذ المفاوضة ممكناً، وتحت أية شروط، فهو مستند يستند إلى الماضي لكن بتطلعات نحو المستقبل¹.

وتتميز الموازنة الاقتصادية والاجتماعية التي يتضمنها تقرير السنديك بأنها تحتوي على دراسة مفصلة لوضعية المفاوضة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية سابقة على افتتاح مسطرة التسوية القضائية، وذلك لبحث الأسباب التي دفعت إلى فتح هذه المسطرة، كما تحتوي على آفاق نشاط المفاوضة وتطلعات الأطراف المعنية نحو المستقبل وعلى اقتراحات السنديك في أفق اختيار الحل الأنسب لوضعية المفاوضة، وإذا كان ما يهمننا في هذا الصدد هو إبراز الدور الاجتماعي للسنديك في مساطر الإنقاذ والمعالجة من خلال صياغته لتقرير الموازنة الاجتماعية، فإنه يكون حرياً بنا إبراز باقي المحاور التي يجب أن يتضمنها التقرير الذي يعده السنديك خلال فترة إعداد الحل والذي يجب أن يحتوي بالإضافة إلى المحور الاجتماعي على المحور المالي والمحور الاقتصادي بالإضافة إلى الشق المتعلق بتصفيّة الخصوم والضمانات المحتملة للتنفيذ وهي محاور متلازمة

¹ - د / عبد الكريم عباد، دور القضاء في معالجة صعوبات المفاوضة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 2004/2003، ص: 184.

ومترابطة الأغصان والأطراف نظرا لارتباطها ووحدتها من حيث خدمة الجوانب الاجتماعية، وهو ما يمكن توضيحه كالتالي :

أ – الجانب المالي : ويشمل التحليل المحاسباتي والمالي لوضعية المفاوضة، من رأسمال وسيولة نقدية وبيان قدر المبالغ التي يمكن الحصول عليها وغيرها من العناصر المؤثرة في الخصوم .

ب – الجانب الاقتصادي : ويتضمن الجرد الكامل للمعطيات المتعلقة بتقنيات التسويق والمنافسة، ومختلف أنواع النشاط التي يلزم تفويتها، وغيرها من عناصر الإنتاج والتسويق والخصوم والأصول اللازم تقديرها بشكل سليم لإنجاح عملية التسوية أو التصحيح .

ج – مجال تسديد الخصوم : حيث ينبغي أن يحدد مشروع مخطط التسوية إن تعلق الأمر باستمرارية المفاوضة طرق تسديد الخصوم والضمانات المحتملة التي يشترطها كل شخص لضمان تنفيذ هذا المخطط (المادة 596 م ت) .

د – الجانب الاجتماعي : ويتعلق بعلاقات الشغل داخل المفاوضة وبيان كيفية تشغيل الأجراء (عمال رسميين أو مؤقتين)، حيث يتعين على السنديك أن يقوم بدراسة وضعية العمال من حيث معدلهم مع إعداد قائمة تضم أسماءهم، وبيان ما إذا كانت هناك رغبة في فصل الأجراء لأسباب اقتصادية ومقدار التعويضات، ومستوى الأجور ومدى تطبيق اتفاقيات الشغل الجماعية، كما يجب أن يشمل هذا المجال كل ما يتعلق بالسلم الاجتماعي داخل المفاوضة والبحث عن وجود نزاعات الشغل، فالسنديك مطالب هنا بإجراء دراسة تفصيلية حول وضعية الأجراء، والعمل على تصنيفهم من حيث مستوى عملهم (أطر، مستخدمون، عمال) والبحث فيما إذا كان هناك فائض في العمالة التي قد يكون لها وقع سلبي على

ميزانية المقابلة، وكذلك البحث فيما إذا كان الأجراء دائنين للمقابلة، وتحديد وضعيتهم تجاه الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، مع الإشارة إلى أنه ليس هناك ما يمنع السنديك من استشارة واستفسار ممثلي الأجراء حول الأمور التي تتعلق بظروف العمل وتكوينهم المهني، كما يمكنه أيضا فتح الحوار مع ممثلي الأجراء أو مندوبيهم حول كل ما من شأنه أن يفيد في معرفة القدرة العمالية وأهميتها ودورها في النشاط الاقتصادي للمقابلة وما إذا كانت هناك منازعات جارية أمام القضاء، ولا يهدف إعداد موازنة اقتصادية واجتماعية فقط إلى عرض جميع هذه المعلومات والمعطيات المهمة حول المقابلة والتي تعتبر حجر الزاوية في مسطرة المعالجة، بل يتعين على السنديك عرض وجهة نظره حول تطور نشاط المقابلة منذ بداية مرحلة الملاحظة، حيث قد يعتبر ذلك مؤشرا على إمكانية تسوية الوضعية أو التصريح بالتصفية القضائية، حسب مستوى النشاط واستمراريته، كما يتعين عليه العمل على تأمين أداء أجور العمال وفواتير التأمين কিيفما كانت طبيعتها لكي لا يتم خلق خصوم جديدة من جهة، وحتى يعمل على سير النشاط بشكل عادي، بل والعمل على تطويره وربط المقابلة دائما بمحيطها الاقتصادي والاجتماعي من جهة أخرى¹.

2- مدى كفاءة السنديك في إعداد الموازنة الاجتماعية :

يعد السنديك المحرك الأساسي للآلة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية لمساظر معالجة صعوبات المقابلة بعد حكم فتح المسطرة، ومفتاحا هاما لحل مشاكل المقاولات المتعثرة إن كان ذا خبرة عالية وذكاء حاد، فهو يلعب دورا محوريا

¹ - د / عبد الكريم عباد، دور القضاء في معالجة صعوبات المقابلة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، م س، ص: 187 وما بعدها .

في إعداد الموازنة الاجتماعية في مسطرة الإنقاذ ومساطر معالجة صعوبات المقاول، كما أنه يتمتع بصلاحيات جوهرية واسعة وكثيرة تحدد مصير هذه الأخيرة، ومن ثم يمكن القول دون تردد بأن السنديك يؤثر بشكل غير مباشر في إنقاذ المقاوله ومناصب الشغل، ويفرض هذا الدور الجوهرية أن يكون السنديك مزودا بخبرة وكفاءة ودراية عالية بالمسائل الاقتصادية والمالية والاجتماعية والقانونية، ليستطيع تحقيق وإنجاز الأهداف المرسومة، لذا فإن نجاح أو فشل مسطرة المعالجة يتوقف إلى حد كبير على حنكة وخبرة السنديك، لكن رغم هذه المكانة التي يحتلها السنديك لم يهتم المشرع في القانون السابق بتنظيم هذه المهنة على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم مهنة المتصرف القضائي بنصوص خاصة .

وقد وجهت في ظل القانون السابق مجموعة من الانتقادات إلى المشرع في إطار ما كان يتضمنه من مقتضيات، حيث كانت مقتضيات المادة 568 من مدونة التجارة قبل التعديل الذي تم بموجب القانون رقم 17-73 تنص على أن مهام السنديك تزاوّل أصلا من طرف أحد كتاب الضبط بالمحكمة التجارية مصدرة الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ضد المقاوله المتوقفة عن الدفع، إلا أنه يمكن لهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تسند هذه المهام إلى الغير، ويشكل تعيين السنديك من بين كتاب الضبط بالمحكمة التجارية التي فتحت المسطرة الأصل وذلك في مقابل الاستثناء الذي يسمح بمقتضاه لهذه الأخيرة بأن تعين السنديك من الغير، وهذا ما كان ينص عليه النص الأصلي للمادة 568 من المشروع الحكومي لمدونة التجارة ل 24 يونيو 1995 قبل أن يدخل عليه مجلس النواب آنذاك تعديلا يقضي بإمكانية تعيين السنديك من الغير، ولما كان للمحكمة أن تعين السنديك من كتاب الضبط، فإن هذا التعيين يجب أن يقتصر

فقط على الأطر العليا العاملة بمصلحة كتابة الضبط للمحكمة التجارية المعنية بهذا التعيين، ومع ذلك يبقى كاتب الضبط بالرغم من المراقبة الإدارية التي يخضع لها، وما له من تكوين وتجربة تساعده على القيام بأعمال المحافظة على الأموال المعهود بها إليه وإدارتها، غير قادر على تسيير وإدارة شؤون المسطرة، نظرا لما أصبحت تقتضيه هذه الأخيرة من دراية وإلمام بأصول ومبادئ عصرية وعقلانية في الإدارة والتسيير والتجارة والاقتصاد والمحاسبة، وعلاوة على ذلك فإن كاتب الضبط يستمر في حالة تعيينه سنديكا في مزاولة مهامه العادية بالمصلحة التي يعمل بها، فغالبا ما يقوم كاتب الضبط إلى جانب شغله لوظيفة السنديك، بمهمة كاتب الجلسة أو مهمة التبليغ أو التنفيذ أو بمهمة الصندوق أو الإجراءات المسطرية الأخرى المخولة قانونا لكتابة الضبط، ومن شأن الجمع بين هذه المهام أن يجعل عمل كاتب الضبط أكثر إرهاقا وأقل مردودية وينعكس بكيفية سلبية على مسطرة التسوية أو التصفية القضائية المكلف بتسييرها، كما أن تحديد طبيعة المهام التي يقوم بها هذا الأخير يكتنفه شيء من الصعوبة، لأن كاتب الضبط باعتباره موظفا تابعا لوزارة العدل يستمر كما سبق أن رأينا في مزاولة وظيفته الأساسية إلى جانب قيامه بمهمة السنديك في حالة تعيينه من طرف المحكمة في هذا المنصب كما أنه يظهر بمظهر السلطة العامة باتخاذ من المحكمة مقراله لتسيير المسطرة وباستعماله في ذلك وسائل الإدارة وأدواتها، ومن جهة ثانية فإن كاتب الضبط وبحكم المهام المسندة إليه في الحالات العادية يكون غير متفرغ للقيام بمهمة السنديك لاسيما ما يتعلق بإعداد الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية وما يصاحبه من تعقيدات وصعوبات، وتزداد مهمة كاتب الضبط خطورة متى علمنا

يقينا أنه قد يكون سنديكا لأكثر من مقاولة، كما أنه لا يتوصل بأية أتعاب خلافا لو كان معيننا من الغير، فضلا عن ذلك فإن نقص الخبرة والتجربة في مجال التسيير والتدبير والمفاوضات خاصة عندما يتعلق الأمر بمفاوضات مع الأجراء في حالة وجود نزاعات أو إضرابات من شأنها أن تعرقل سير المسطرة يمكن أن ينعكس سلبا على الجوانب الاقتصادية والاجتماعية المرتبطة بالمقاولة وعلى طبيعة الحلول المقترحة لتذليل الصعوبات التي تعترضها.

ولقد أشارت المادة 568 من مدونة التجارة عدة إشكاليات آنذاك قبيل تعديلها وصياغتها وفق الشكل الحالي، حيث كانت هذه المادة في ظل المشروع الحكومي ل 24 يونيو 1995 تقتصر على إسناد هذه المهمة لكاتب الضبط فقط، مما كان معه مجال الاختيار ضيقا بالنسبة للشخص المناسب لهذه المهمة والذي يجب أن يتمتع بمواصفات الكفاءة والخبرة المالية والاقتصادية والاجتماعية، وهو ما تداركه مجلس النواب أثناء مناقشته لهذا القانون حيث اعتمد طريقة مرنة لتعيين السنديك وفتح إمكانية تعيينه من الغير استثناء مع بقاء الأصل في التعيين لكاتب الضبط كما تفيد ذلك عبارة " عند الاقتضاء " الواردة بالمادة المذكورة، ونعتقد بأن فتح المجال من طرف المشرع لإمكانية تعيين السنديك من الغير يعتبر موقفا صائبا، ويقصد بالغير هنا غير كاتب الضبط، وعليه فإن مصطلح الغير الذي جاءت به المادة 568 من مدونة التجارة قبل التعديل الأخير واسع ويشمل جميع الفئات التي من شأنها أن تحافظ على أموال المقاولة المتوقفة عن الدفع، وأن تضمن استمراريتها بكل حياد وتجرد، والتي تتوفر على المؤهلات المالية والمحاسبية والاقتصادية والاجتماعية الكافية لإنجاز تقرير الموازنة الاقتصادية والاجتماعية، وقد جرى العمل لدى جل المحاكم التجارية المغربية على

إسناد مهام السنديك للخبراء المحاسبين إلى جانب كتاب الضبط، على خلاف ما هو معمول به في فرنسا حيث يوجد قانون ومرسوم تطبيقي له ينظمان مهنة المتصرفين القضائيين والوكلاء القضائيين المكلفين بتصفية المقاولات والخبراء المختصين بتشخيص أوضاع المقاولات (القانون رقم 85-99 المؤرخ في 25 يناير 1985 والمرسوم التطبيقي له رقم 85-1389 الصادر في 27 دجنبر 1985)، وهي مهنة حرة تتطلب من ممارستها أن تكون له دراية كبيرة بالعلوم القانونية والاقتصادية والتسيير والمحاسبة وقانون الأعمال، وهو ما تبناه المشرع المغربي بموجب القانون الجديد رقم 73-17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة حيث نص المشرع على تنظيم هذه المهن لمساعدة القضاء في تسيير وتصفية المقاولات المتوقفة عن الدفع، غير أنه نص على أنه إلى حين دخول النص التنظيمي المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 673 حيز التنفيذ، تزاوول مهام السنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة، عند الاقتضاء، أن تسندها للغير .

وإذا كان للمحكمة أن تعين السنديك من الخبراء المحاسبين، فإن ذلك لا يمنعها من أن تسند مهام السنديك إلى غير هؤلاء، مادام أن المحكمة التجارية مصدرة الحكم القاضي بفتح المسطرة تملك كامل الحرية في تعيين السنديك من بين كتاب الضبط أو من الغير - على الأقل مادام النص التنظيمي لم يصدر بعد - مهما كانت المهنة التي يزاولها الشخص المعني بالأمر في هذه الحالة الأخيرة، ومن هنا يثار التساؤل حول ما إذا كان هذا الغير يشمل حتى الدائنين الذين لهم ديون على المقاول المفتوحة ضدها مسطرة المعالجة ؟

ذهب جانب من الفقه¹ إلى أنه لا يمكن إسناد مهام السنديك لأحد دائني المقاوله الخاضعة لهذه المسطرة، على اعتبار أن مفهوم الغير المقصود به في إطار المقتضيات الختامية للكتاب الخامس من مدونة التجارة لا يشمل هؤلاء الدائنين، فلو كان المشرع يقصد ذلك لنص عليه صراحة كما كان معمولاً به في ظل القانون التجاري المغربي لسنة 1913 الملغى (الفصل 218)، كما لا يجب أن يكون هذا الغير من أقارب رئيس المقاوله أو مسيريهها حتى الدرجة الرابعة (المادة 670 من مدونة التجارة)، حماية وتخليقاً للمهمة وضماناً للمصداقية وعدم التواطؤ والتلاعب بأموال المقاوله المتوقفة عن الدفع، ولقد خولت مدونة التجارة للمحكمة، خلافاً لما يجري بشأن القاضي المنتدب، استبدال السنديك إما بطلب من النيابة العامة أو جمعية الدائنين أو القاضي المنتدب أو تلقائياً من طرف المحكمة ذاتها أو بناء على تشك لديها من المدين أو أحد الدائنين (المادة 677 من المدونة)، هذا وإذا كانت هناك إيجابيات لمسألة تعيين السنديك من الغير، فإن الأمر لا يخلو في مقابل ذلك من سلبيات قد يكون لها انعكاس سيء على المسطرة، ومن بين هذه السلبيات أن عدم إمام الغير المعين كسنديك بالجوانب الإجرائية والقانونية التي تتخلل المسطرة المكلف بتسييرها قد يحول دون القيام بذلك أحسن قيام، أضف إلى هذا أن لجوء المحكمة إلى إسناد مهمة السنديك إلى الغير غالباً ما يكون مكلفاً للمقاوله بسبب المبالغ المهمة كالأتعاب والأجر المقابل لأداء المهام المسندة إليه، لذلك نعتقد بأنه يجب أخذ هذه الإكراهات بعين الاعتبار حين إعداد النص التنظيمي المنظم لمهنة السنديك وكيفية مزاولتها وممارستها وأن يؤخذ بعين الاعتبار مجموعة من

¹ - د / محمد لفروحي، صعوبات المقاوله والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، ص: 231.

الشروط الأساسية فيما يتعلق بالأشخاص الذين يمكن قبولهم لمزاولة المهنة تخليقاً للمسطرة والنجاعة في التشخيص وضمان إعداد الحلول الملائمة لتصحيح وضعية المقاولات المتعثرة والحفاظ على الأمن الاقتصادي والاجتماعي.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن مستقبل المقاوله يبقى رهينا بجديده الموازنه، كما أن حماية الجانب الاجتماعي فيها يبقى مرتبط بصدق المحور الاجتماعي وهو أمر استراتيجي وهام فيما يخص نجاعة المساطر، فإذا كانت الموازنه الاجتماعية على قدر من الأهمية سواء عند إعداد التقرير أو مشروع الإنقاذ من طرف السنديك، فإن ذلك يقتضي أن يكون هذا الأخير متوفرا على الكفاءات والمؤهلات اللازمة لإنجازها، ولضمان تحقيق الأهداف المسندة إليه فإنه يمكن له أن يستعين بمشاركة رئيس المقاوله والمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء، حيث يمكن للسنديك الاستعانة بأحد الخبراء المختصين في الجانب الاجتماعي خاصة إذا ما تبين أن الصعوبات التي تعاني منها المقاوله تعزى إلى أسباب اجتماعية، ومن أجل ضمان نجاعة الموازنه الاجتماعية حبذا لو تدخل المشرع من أجل تفعيل دور مؤسسة مفتشي الشغل فهم خبراء في المجال الاجتماعي للمقاوله، إذ لا يوجد ما يمنع من الاستعانة بمفتش الشغل الذي كان يتتبع وضعية المقاوله باستمرار منذ سنوات وسبق له أن قام بوضع تقارير في شأنها، مما يجعل لهذه المشاركة وزنها وثقلها في تقريب الوضع الاجتماعي من أنظار المحكمة لاتخاذ الحل الأصح للمقاوله والشغيلة .

الفقرة الثانية : دور السنديك في اتخاذ الإجراءات التحفظية :

إذا كان ما يميز فترة الملاحظة أنها تخول استمرارية نشاط المقاوله تحت إشراف القضاء، فإنها تمكننا أيضا من معرفة جيدة للوضعية الاقتصادية والاجتماعية للمقاوله، كما تعطي لمختلف الأطراف أصحاب المصلحة الوقت

الكافي لإعداد الحل الملائم لتصحيح الصعوبات التي تعترضها، وإذا كانت مسطرة المعالجة المفتوحة ضد المقاوله المتوقفة عن الدفع، تستلزم أن تتم مواصلة نشاط المقاوله خلال فترة إعداد الحل الملائم لوضعيتها وذلك لتسهيل عملية تسويتها وإعادتها إلى الوضعية التي كانت عليها قبل توقفها عن الدفع، فإن حماية حقوق الدائنين والأجراء تقتضي في المقابل أن يتم اتخاذ عدة ترتيبات منذ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة المذكورة وذلك حتى لا تتعرض أموال المقاوله المفتوحة ضدها المسطرة للضياع أو التبذير وتضيق بذلك مصالح دائنيها وعمالها ومستخدميها .

واستنادا إلى الدور الاقتصادي والاجتماعي للسنديك فقد خوله المشرع اتخاذ مجموعة من الإجراءات التحفظية خلال فترة إعداد الحل والتي تهدف إلى حماية المصلحة الاجتماعية للأجراء إلى جانب استمرارية المقاوله، وتنقسم هذه الإجراءات التحفظية إلى إجراءات تتعلق بالمقاوله ذاتها وأخرى تخص مسيري الشخص المعنوي.

ولدراسة مدى نجاعة الدور الاجتماعي للسنديك من خلال تفعيل الإجراءات التحفظية خلال فترة إعداد الحل سوف نتطرق أولا إلى دراسة مختلف الإجراءات التحفظية المتعلقة بالمقاوله بذاتها (1) قبل أن نتطرق إلى إبراز مدى نجاعة الإجراءات التحفظية المتعلقة بمسيري الشخص المعنوي في حماية المصلحة الاجتماعية للأجراء (2) .

1- مدى نجاعة الإجراءات التحفظية المتعلقة بالمقاوله ذاتها :

إن حماية المصلحة الاجتماعية للأجراء في مساطر معالجة صعوبات المقاوله تقتضي اتخاذ مجموعة من الإجراءات اللازمة لاستقرار النشاط الاقتصادي، ولأجل ذلك فقد نص المشرع على مجموعة من الإجراءات التحفظية

الرامية إلى حماية أصول المقاولة من الضياع والتبذير¹، وأسند القيام بهذه الإجراءات إلى كل من رئيس المقاولة والسنديك تطبيقا لمقتضيات المادة 679 م ت التي نصت على أنه " يتعين على السنديك بمجرد الشروع في مهمته، وبحسب الحالة، أن يطلب من رئيس المقاولة القيام بنفسه بجميع الأعمال الضرورية لحماية حقوق المقاولة ضد مدينيها والحفاظ على قدراتها الإنتاجية، أو أن يقوم السنديك بها بنفسه، للسنديك الصفة للقيام باسم المقاولة بتقييد جميع الرهون الرسمية أو الرهون الحيازية أو الامتيازات التي يكون رئيسا المقاولة قد أهمل اتخاذها أو تجديدها ... " .

وتأسيسا على ذلك يكون المشرع قد وضع مجموعة من الضمانات التي تحول دون ضياع أموال المقاولة الخاضعة لمسطرة التسوية القضائية، حيث يمكن للمدين، وفي حالة تقاعسه، للسنديك اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية من أجل الحفاظ على حقوق المقاولة في مواجهة مدينيها، كذلك القيام بجميع الإجراءات اللازمة للمحافظة على القدرات الإنتاجية للمقاولة، وبالإضافة إلى ذلك يمكن للسنديك أيضا اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية الرامية إلى تفادي تبذير أموال المدين كالقيام بإحصاء أموال المقاولة أو وضع الأختام عليها...² .

وإذا كان الهدف من هذه المقتضيات هو حماية أصول المقاولة، فإنها تساهم أيضا في حماية الضمان العام المخول للدائنين من التناقص والاندثار³،

¹ - كريم آيت بلا، استمرارية المقاولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون المقاولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط، 2003-2004، ص: 89-90.

² - محمد لفروجي: صعوبات المقاولة، م س، ص: 319 وما بعدها.

³ - ينص الفصل 1241 ق ل ع على ما يلي: " أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

وبالتالي في تأمين استمرارية نشاط المقاول واستقرار مناصب الشغل الكائنة بها، وهو ما يجعل الإجراءات التحفظية الرامية إلى تفادي ضياع أو تبذير أموال المقاول من أهم الضمانات المقررة لحماية الجانب الاجتماعي وبالتالي حماية حقوق الأجراء الذين يعتبر استمرار النشاط من أهم الآليات التشريعية لحماية مصالحهم، إلا أن ذلك يبقى رهينا بمدى نجاح السنديك في تفعيل تلك المقتضيات الحمائية، وهو ما يجعلنا أمام عدة صعوبات عملية ومادية تحول دون القيام بهذه المهام، فالسنديك لا يمكنه أن يقوم بمتابعة إجراءات قضية في البيضاء وينتقل لحضور جلساتها إلى أكادير مثلا لإجراء جرد ومحاسبة بشأن مقاوله أسندت إليه مهام السنديك فيها وإقامة الدعاوى وغيرها من الإجراءات الرامية إلى تفادي تبذير أموالها، ثم تفعيل مقتضيات المادة 597 م ت بانتقاله إلى الإدارات العمومية... فهذه مهام لا يمكن للسنديك أن يقوم بها بمفرده بل هي تحتاج إلى فريق متكامل ويتطلب مصاريف وأعباء مادية كبيرة، الأمر الذي يقتضي من المشرع إعادة النظر في أدوات تفعيل مختلف الإجراءات التحفظية الرامية إلى حماية أصول المقاول وضمان استمراريتها، حماية للدائنين والعمال والمستخدمين ومختلف المتعاملين معها.

2- مدى نجاعة الإجراءات التحفظية المتعلقة بمسيري الشخص المعنوي:

إن تسيير المقاول أو الشركة التجارية قد يتم إما من طرف الشركاء المتضامنين أو من طرف شركاء غير متضامنين، وقد يتم من طرف أحد الأغيار، لذلك وضع المشرع مجموعة من الإجراءات التحفظية التي تتعلق بمسيري الشخص المعنوي المدين، رغبة منه في وضع حد لمختلف الأساليب الاحتياالية التي تهدف إلى التخلص من أداء الديون، ذلك أن الواقع العملي أثبت " أن جانبا لا

يستهان به من حالات الانهيار الذي تتعرض له المقاولات يعود إلى سوء التسيير أو على الأقل يكون لسوء التسيير دور مهم في حدوثه¹، الشيء الذي جعل المشرع يقرر في المادة 738 م ت المسؤولية التضامنية للمسيرين عن أي نقص في الأصول يعود سببه لخطأ في التسيير، فإذا كان الشركاء المتضامين سواء كانوا مسيرين أم لا، يتأثرون بالمسطرة المفتوحة ضد الشركة لأنهم يكونون مسؤولين مسؤولية مطلقة وتضامنية عن ديونها²، مما يفرض أن تطبق عليهم الإجراءات التحفظية المشار إليها في المحور السابق³، فإنه بالنسبة للمسيرين سواء كانوا شركاء متضامين أم لا، يتحملون المسؤولية التضامنية عن أي نقص في أصول المقاوله يكون سببه راجعا إلى خطأ في التسيير تطبيقا للمادة 738 من مدونة التجارة⁴، وهو ما قد يجعلهم عرضة للعقوبات المالية والشخصية والزجرية المنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الخامس من مدونة التجارة، وتدخل المبالغ التي يدفعها المسؤولون تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 738 من م ت في الذمة المالية للمقاوله، الأمر الذي يؤثر إيجابا على الحماية القانونية للأجراء والدائنين⁵، وتأسيسا على ذلك يمكن القول بأن هذا الطابع العقابي الذي يقوم عليه نظام المساطر الجماعية،

¹ - د/ رشيد صلاح الدين، المسؤولية الجنائية لمسيري المقاوله حالة تعرضها للصعوبة "جرائم التفالس"، مجلة المنتدى ع 3 يونيو 2002 ص: 99.

² - د/ أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي ... الجزء الثاني، ص: 302 وما بعدها.

³ - ويتعلق الأمر بالإجراءات التحفظية الرامية إلى تفادي تبذير أموال المقاوله أو ضياعها.

⁴ - وتقابلها المادة 651 من مدونة التجارة الفرنسية.

⁵ - لأن المبالغ التي تدفع من طرف المسيرين نتيجة لهذه المسؤولية والتي لا ينبغي أن تتجاوز حدود النقص في باب الأصول تدخل في الذمة المالية للمقاوله، وتخصص في حالة استمرارية المقاوله وفقا للكيفيات المنصوص عليها في مخطط الاستمرارية، فتوزع بين الدائنين الناشئة ديونهم قبل الحكم ودائني المادة 590 من م ت فيتم الوفاء بديون المادة 590 بالأولوية على سائر الديون ماعدا تلك التي وجد نص يمتعها بالأولوية كما هو الشأن في مسطرة المصالحة ومسطرة الإنقاذ .
أنظر عبد الحق بوكبيش: هشاشة حق الأولوية المنصوص عليه في المادة 575 من مدونة التجارة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 2007/12، ص: 72.

كما يعتبر في مصلحة المقاتلة، فهو في نفس الوقت يحقق مصلحة للأجراء لوحدة الأهداف والوسائل ووحدة المصير، لأنه يساهم في الحد من الأعمال التدليسية الهادفة إلى الإفلات من سداد الديون .

ولضمان تنفيذ العقوبات المالية التي يتم اتخاذها بمناسبة فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ضد المسيرين الذين ثبت في حقهم ارتكاب خطأ في التسيير، وضع المشرع بمقتضى المادة 683 م ت، قاعدة تقضي بأنه " ابتداء من صدور حكم فتح المسطرة لا يمكن للمسيرين القانونيين أو الفعليين، مأجورين كانوا أم لا، تحت طائلة البطلان أن يفوتوا الحصة في الشركة أو الأسهم أو شهادات الاستثمار أو شهادات حق التصويت التي تمثل حقوقهم داخل الشركة، التي كانت موضوع حكم فتح المسطرة إلا وفق الشروط التي تحددها المحكمة "، وتطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 683 م ت، فإن الأسهم وشهادات الاستثمار وشهادات حق التصويت يتم تحويلها إلى حساب خاص مجمد يفتحه السنديك باسم حاملها وتمسكه الشركة أو الوسيط المالي بحسب الحالة، ولا يمكن أن يتم القيام بأية عملية في هذا الحساب دون ترخيص من القاضي المنتدب، وغاية المشرع من ذلك هي الحيلولة دون تفويت الحصة أو الأسهم أو شهادات الاستثمار أو شهادات الحق في التصويت، الأمر الذي يؤدي إلى حماية أصول المقاتلة وبالتالي استمرار نشاطها واستقرار مناصب الشغل الكائنة بها وحماية حقوق الدائنين والأجراء، والذين يمكنهم الحجز على الحصة أو الأسهم التي تمثل حقوق المسير في الشركة التجارية، هذا في حالة ما إذا لم يكن المسير شريكاً متضامناً أما في حالة ما إذا كان شريكاً متضامناً، فإن مسؤوليته في هذه الحالة تكون مطلقة وغير محدودة، أي إن ذمة الشريك وذمة الشركة، تشكل على

وجه التضامن الضمان العام للوفاء بديون الشركة الناشئة عن استثمار نشاطها أو غرضها، وهو ما يساهم في توسيع نطاق الوعاء الذي يمارس عليه حقوقهم، حيث يملك الأجراء ضمانا خاصا على ذمة الشركة وضمانا إضافيا أو احتياطيا يشمل ذمة الشريك المتضامن .

المبحث الثاني : الدور الاجتماعي للسنديك خلال مرحلة تنفيذ الحل الملائم لإنقاذ وتصحيح وضعية المقاولة

تعمل المحكمة على اختيار الحل الملائم لإنقاذ المقاولة من الصعوبات التي تعترضها مستعينة في ذلك بمجموعة من الآليات القانونية الموضوعية رهن إشارتها لتجميع كافة المعطيات والمعلومات المالية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالمقاولة، ولا تتقيد في ذلك إلا بالأهداف العامة لنظام صعوبات المقاولة المتمثلة في حماية النشاط والمحافظة على التشغيل وتصفية الخصوم، ونتيجة لذلك فإن المعيار الاجتماعي يحتل موقعا هاما ضمن المعايير التي تستند إليها المحكمة لاختيار الحل الممكن لتذليل الصعوبات التي تعترض المقاولة، فإذا كان الأصل أن تختار المحكمة الحل الذي يضمن حماية المقاولة والمحافظة على نشاطها من جهة، ويضمن استقرار التشغيل لأطول مدة وأداء مستحقات الدائنين من جهة ثانية، فإن الحل الذي قد تختاره المحكمة قد يكون إما مخططا لتصحيح وضعية المقاولة، وإما أن يكون الحل هو التصفية القضائية، وسواء تعلق الأمر بالحل الأول أو بالحل الثاني، فإنه يجب على المحكمة التجارية أن تستحضر الجانب الاجتماعي في المقاولة، باعتباره من المؤشرات الأساسية والهامة للتقرير وتبني الاختيار الأنسب لمصير المقاولة وحماية مختلف المصالح المرتبطة بها .

وتأسيسا على ذلك يتجلى الدور الاجتماعي للسنديك خلال مرحلة تنفيذ الحل من خلال إبراز الصلاحيات المخولة له من أجل السهر على تنفيذ مخطط التسوية (الفقرة الأولى) وكذا الصلاحيات المسندة إليه في إطار تنفيذ أحكام التصفية القضائية (الفقرة الثانية) .

القرة الأولى: السهر على تفعيل الجانب الاجتماعي خلال تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التفويت :

من بين المظاهر المعززة لحماية حقوق ومصالح الأجراء في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، إعطاء السنديك دورا فاعلا في السهر على تنفيذ مخطط التسوية، سواء تعلق الأمر بمخطط الاستمرارية أو بمخطط التفويت، وتتبع تنفيذ مختلف الجوانب المرتبطة به، فبالنسبة لمخطط الاستمرارية فإنه يتضمن عدة مقتضيات قانونية إلزامية، تمس جميع الجوانب التي لها علاقة بالمقاولة المختلفة وضعيتها ماليا واقتصاديا، تقررها المحكمة كوصفة طبية يجب إتباعها في مدة محددة من أجل العلاج، حيث يشتمل على عدة التزامات متقابلة التي تعتبر ضرورية لتسوية وضعية المقاولة وعلى اتفاقات وإجراءات مصاحبة وضمانات تضمن تنفيذها، كل هذه المقتضيات منها ما يتعلق بالجانب المالي ومنها ما يتعلق بالجانب الاقتصادي أو الاجتماعي، ومنها ما يتعلق بالتنفيذ والتدابير المتخذة قضائيا بصدده وبالأشخاص الملتمزمون به وكل ما يتعلق بالوسائل المادية والقانونية اللازمة له، كما يحدد المخطط مستوى وآفاق التشغيل، والشروط الاجتماعية المقررة بالنسبة لمواصلة النشاط ومدى إمكانية تسريح بعض الأجراء لأسباب اقتصادية طبقا للقانون، حيث يظل رئيس المقاولة ملزما بتنفيذ جميع الجوانب المالية والاقتصادية والاجتماعية التي يتضمنها المخطط، ولكي تنجح عملية

التسوية في إطار مخطط الاستمرارية، يجب على المقاول أن تكون أكثر نشاطا حتى تستطيع مواجهة جميع التزاماتها المالية، لذلك فإن السنديك يستدعي رئيس المقاول لإيجاد العوامل التي من شأنها أن تساعد على تحويل المقاول إلى مقاول ممتازة قادرة على الاستمرار في أداء وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية، ويلعب السنديك دورا فاعلا ومهما جدا لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية وذلك عملا بمقتضيات المادة 673 من مدونة التجارة التي جاء فيها :

"يكلف السنديك بمراقبة تنفيذ مخطط الانقاذ، وبتسيير عمليات التسوية

والتنصيفية القضائية ابتداء من تاريخ صدور حكم فتح المسطرة حتى قفلها .

يسهر السنديك على تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التفويت .

يقوم السنديك بتحقيق الديون تحت مراقبة القاضي المنتدب .

يتعين على السنديك بمناسبة القيام بمأموريته أن يحترم الالتزامات

القانونية والتعاقدية المفروضة على رئيس المقاول " .

وبناء على ذلك إذا كان من أهم خصائص مخطط الاستمرارية أن رئيس

المقاول يسترجع كافة سلطاته المتعلقة بالتسيير أو الإدارة أو التصرف، فإن ذلك لا

يعني أن دور السنديك يندثر أو يزول بالحكم باستمرارية المقاول، بل يبقى

السنديك متمتعا بوظيفته العامة المتجسدة في السهر على تنفيذ مخطط

الاستمرارية ومخطط التفويت (المادة 673 من مدونة التجارة) وتحرير التقارير

اللازمة بشأن سيرهما ورفعهما إلى القاضي المنتدب والمحكمة إن اقتضت الضرورة

ذلك، وكل ذلك إلى جانب الوظائف الخاصة التي تفرضها مسطرة استمرارية

المقاول، كاستدعاء الجمعية العامة المختصة لإدخال التغييرات على النظام

الأساسي التي تكون ضرورية لبقاء المقاول قائمة وعلى قيد الحياة (المادة 627 من

مدونة التجارة) وتقديم تقرير إلى المحكمة متى تعلق الأمر بتغيير أهداف ووسائل مخطط الاستمرارية (المادة 629 من مدونة التجارة)، والاستماع إلى السنديك قبل فسخ مخطط الاستمرارية لعدم قيام المقاول بتنفيذ التزاماتها المحددة في المخطط بما فيها الإخلال بالالتزامات الاجتماعية (المادة 634 من مدونة التجارة)، وعملا بمقتضيات المادة 599 م ت يتولى السنديك وحده ودون غيره استدعاء الجمعية المختصة لتنفيذ التغييرات الضرورية التي يشير إليها حكم حصر مخطط الاستمرارية، ولا يملك السنديك نفس السلطة المطلقة عندما يتعلق الأمر باقتراح تغيير رأس المال في المرحلة المؤقتة أو الإعدادية، حيث يتوجب عليه أن يطلب من مجلس الإدارة أو من مجلس الإدارة الجماعية أو من المسير، حسب الأحوال، استدعاء الجمعية العامة العادية أو جمعية الشركاء، غير أنه يمكن له عند الاقتضاء، أي عند تقاعس الأجهزة الإدارية، أن يستدعي الجمعية حسب الأشكال التي ينص عليها النظام الأساسي، وقد رتب المشرع جزاء صارما لضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية وسائر الالتزامات التي ينطوي عليها سواء كانت التزامات مالية أو التزامات غير مالية، كعدم إدخال التغييرات الضرورية على التسيير أو على النظام الأساسي أو عدم توقيف أو ضم أو تفويت بعض قطاعات النشاط، أو القيام بتفويت أموال غير قابلة للتفويت وغيرها من التعهدات والالتزامات غير المالية، كالإخلال بالحفاظ على مناصب الشغل أو عدم إعطاء الأسبقية للتشغيل، إذ لا يعتبر استمرار المقاول في نشاطها هدفا مستقلا بذاته يمكن تحقيقه بقطع النظر عن الأهداف الأخرى، بل لا بد أن يكون موازيا لإمكانية الحفاظ على كل أو بعض مناصب الشغل وتصفية الديون، لأن مصير عقود العمل يرتبط بصفة عامة بمضمون المخطط من حيث اختيار مستوى وآفاق

التشغيل، وبالظروف الاجتماعية المرتقبة من أجل استمرارية النشاط، حيث تؤخذ هذه المعطيات في إطار مخطط الاستمرارية، ويلتزم بها المدين والعمال أنفسهم، فبالموازاة مع الآفاق الاقتصادية للمقاولة، قد يتم الاحتفاظ بعقود العمل مع احتمال وقوع تعديلات في مراكز العمل، أو تعيينات جديدة، وذلك ارتباطاً بتطور أحد فروع النشاط أو ارتباطاً بإعادة الهيكلة في الموارد البشرية التي تضمنها المخطط، أو قد يتم فصل عدد من العمال لأسباب اقتصادية وذلك وفق الشروط والالتزامات المتفق عليها في إطار مخطط الاستمرارية، وفي حالة إخلال المدين بهذه الالتزامات التي يتعهد بها في إطار مخطط الاستمرارية وجب على السنديك باعتباره الساهر على تنفيذ المخطط أن يخبر المحكمة بذلك، والتي يمكنها أن تقضي بفسخ مخطط الاستمرارية والنطق بالتصفية القضائية .

ونفس الأمر بالنسبة لمخطط التفويت، حيث يحتل السنديك موقعا استراتيجيا لمراقبة إجراءاته والسهر على تنفيذه، ضمنا لاستمرارية نشاط المقاولة، وحماية مختلف المصالح المتواجدة بها، والتي يشكل الجانب الاجتماعي للأجراء جزء غير منفصل عنها، وقد خول المشرع للسنديك دورا فاعلا في السهر على ضمان تحقيق أهداف التفويت المتمثلة في الحفاظ على النشاط الذي من شأنه أن يستغل بشكل مستقل والمحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل الخاصة بذلك النشاط، وإبراء ذمة المقاولة من الخصوم، حيث يقوم السنديك وحده ودون غيره بإنجاز عمليات التفويت، سواء كان التفويت كليا أو جزئيا، وبياسر سائر التصرفات وبيرم سائر العقود الضرورية لإنجاز التفويت تنفيذا للمخطط الذي تحصره المحكمة (المادة 640 م ت)، ويراقب مدى تنفيذ المفوت إليه لسائر التعهدات والالتزامات المحددة في مخطط التفويت، سواء كانت هذه

الالتزامات مالية أو غير مالية، حيث فرض المشرع مجموعة من الالتزامات على المفوت إليه، تروم حماية حقوق الدائنين وأصول المقاوله والنشاط ومناصب الشغل، ومن هذه الالتزامات منع المفوت إليه من التصرف في أموال المقاوله المفوتة، وأتى هذا الحضر أو المنع من التصرف، وإن كان مؤقتا، على نوعين المنع أو الحظر القانوني أو الشرعي من التصرف حماية لأداء ثمن التفويت، والمنع أو الحظر القضائي من التصرف ضمانا لاستمرار نشاط المقاوله وحماية لمناصب الشغل خلال المدة التي تحددها المحكمة، ويقوم إلى جانب الالتزام بأداء ثمن التفويت كاملا التزامات أخرى ذات طبيعة خاصة لا تقل أهمية عن هذا الالتزام المالي، منها ما هو محدد في مخطط التفويت، ومنها ما ينص عليه القانون، ومن هذه الالتزامات احترام التعهدات المتعلقة باستمرار التشغيل واستقراره وضمأن مناصب الشغل (المادتان 636 و637 م ت) طبقا لعرض المفوت إليه وحكم حصر مخطط التفويت تحت طائلة فسخ المخطط والحكم بالتصفية القضائية، وإضافة إلى ذلك يجب على المفوت إليه أن يحيط السنديك علما بتنفيذ المقتضيات المنصوص عليها في مخطط التفويت عند نهاية كل سنة مالية موالية للتفويت عملا بمقتضيات المادة 645 من مدونة التجارة، ويعتبر هذا الإجراء هاما جدا لأنه يتم بعد نهاية كل سنة مالية موالية للتفويت، ويسمح للسنديك بالتعرف على وضعية المقاوله المفوتة خلال كل سنة ومدى احترام المفوت إليه لالتزاماته وتعهدهاته، كما يندرج هذا الإجراء أيضا في إطار تخليق الحياة العامة وأخلاقيات عملية التفويت، ومظهرا من المظاهر المعززة لسطة السنديك في مراقبة تنفيذ مقتضيات المخطط، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لضمان الحفاظ على نشاط المقاوله وعلى مناصب الشغل الكائنة بها، حيث يحق للسنديك أن

يطلب بفسخ المخطط عند الإخلال بالالتزامات المحددة في مخطط التفويت طبقا لمقتضيات المادة 645 من مدونة التجارة، ونعتقد أن هذه السلطات المعترف بها للسنديك تعتبر مظهرا من مظاهر الحكامة والتخليق في مساطر صعوبات المقاول، لأنها تشكل آلية من آليات الردع المناسب للمضاربين الذين قد يحلو لهم التلاعب بالمقاولات المفوتة حسب هواهم لا حسب مخطط التفويت وأهداف التشريع، ومن بين الصلاحيات الهامة المخولة أيضا للسنديك في إطار عملية تفويت المقاول، أنه يتولى توزيع ثمن التفويت على الدائنين حسب مرتبتهم طبقا لمقتضيات المادة 647 من مدونة التجارة، وفي هذا الإطار نعتقد بأنه يجب على السنديك أن يأخذ بعين الاعتبار أفضلية الأجراء على باقي الدائنين بالنظر إلى الامتياز الذي يحضون به وكذلك بالنظر لحساسية وضعيتهم الاجتماعية.

تأسيسا على ما سبق يمكن القول بأن السنديك يتمتع سواء خلال مرحلة إعداد الحل أو تنفيذه بصلاحيات واسعة لتحقيق الأهداف الأساسية لمساطر صعوبات المقاول شريطة التوفيق بين مختلف المصالح وإعطاء أهمية للجانب الاجتماعي لما له من أهمية بالنسبة للمقاول، ولعل من بين هذه الصلاحيات إمكانية إدخال تعديلات على عقود الشغل أو تسريح وفصل بعض الأجراء لأسباب اقتصادية وفق الضوابط والإجراءات القانونية الجاري بها العمل، وهو ما يمكن توضيحه من خلال ما يلي :

— فيما يخص تعديل عقد العمل : هنا لابد من التمييز بين التعديل الجوهرى والتعديل غير الجوهرى، بالنسبة للتعديل غير الجوهرى لا يترتب عليه مساس بحقوق الأجراء المعنيين به، لذلك فإن قيام رئيس المقاول أو السنديك بإجراء هذا التعديل على عقد العمل يجد مصدره وأساسه القانونى في سلطته التنظيمية مادام

هذا النوع من التعديل يدخل في أعمال الإدارة التي يستقل صاحب العمل بتقديرها وتنتقل بالتبعية إلى السنديك حينما تنتقل إليه الإدارة والتسيير، وتستمد هذه السلطة شرعيتها عادة من خدمتها للغرض المشترك للمؤسسة والقائم على أساس التضامن بين كل أشخاصها وعناصرها المكونة لها من أجل تحقيق أهداف ومصالح مشتركة حيث تتنازل المصالح الفردية الخاصة في مواجهة المصالح الجماعية¹، حيث نصت المادة 21 م ش على أنه : " يمثّل الأجير لأوامر المشغل، في نطاق المقتضيات القانونية أو التنظيمية، أو عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي... "، أما بالنسبة للتعديل الجوهري لعقد العمل فإنه يشكل مظهرا من مظاهر المساس الحقيقي بحقوق الأجراء، كما يشكل خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذلك لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة ووجود مبررات كافية لمباشرته لمواجهة الصعوبات التي تمر منها المقاوله وضمان تنفيذ مخطط الاستمرارية أو التفويت، وتأسيساً على ذلك إذا كانت مساطر صعوبات المقاوله تجيز لرئيس المقاوله أو السنديك إمكانية تعديل عقد العمل كآلية لاستمرارية نشاط المقاوله وتذليل مختلف الصعوبات التي تعترضها، فإن هذه الإمكانية تبقى محاطة بسياج القانون حماية لمختلف المصالح الاقتصادية والاجتماعية، بحيث لا يمكن لهذا التعديل أن يؤدي إلى المساس بالنظام العام الاجتماعي العمالي، ورغم أهمية مسطرة التعديل لعقود العمل في إطار معالجة صعوبات المقاوله فالملاحظ أن المشرع المغربي لم يهتم بتنظيمها ما عدا بعض المقتضيات الجزئية المتعلقة بتعديل مدة العمل، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي وضع إجراءات واضحة ودقيقة

12- ذ/ ميمون لوكيلي، المقاوله بين حرية التدبير ومبدأ استقرار الشغل ج 1. ص: 146-147.

تفاديا للتعسف في سلوك هذه المسطرة، حيث يتعين على رئيس المقابلة أو السنديك أو المصفي حسب الأحوال بعد استشارة لجنة المقابلة أو مندوبي الأجراء أو ممثلي الأجراء تطبيقا لمقتضيات المادة 2-1-321L من مدونة الشغل الفرنسية أن يقوم بإعلام كل أجير بمقتضى رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل بالتعديل الذي يريد القيام به في إطار مسطرة الاستشارة الفردية، وتتجلى القيمة القانونية لهذا الإشعار في إثبات توصل الأجير بالرسالة التي تتضمن مشروع التعديل المزمع القيام به حيث يمكن أن يتم حتى عن طريق الرسالة المقدمة إلى الأجير يدا بيد مقابل توصيل، وانسجاما مع غاية المشرع في ضمان حقوق إعلام الأجراء يجب أن يكون هذا الإشعار معللا وأن يتضمن مختلف الأسباب والمبررات التي يستند عليها رئيس المقابلة أو السنديك حتى يكون الأجير على بينة ومعرفة كافية بمختلف التعديلات المقترحة، كما يجب الإشارة في الإشعار أيضا إلى أجل الشهر لإبداء رفضه طبقا لمقتضيات المادة 2-1-321L من مدونة الشغل الفرنسية .

– فيما يخص إنهاء عقد العمل خلال: هنا لا بد من اشارة إلى أن تنفيذ السنديك للحكم القاضي بإعداد الحل أو بحصر مخطط الاستمرارية أو توفيت المقابلة قد يتوقف على تسريح وفصل بعض الأجراء، ويعتبر الفصل أو الإنهاء في هذه الحالة إنهاء لأسباب اقتصادية، يقتضي تطبيق جميع الأحكام الواردة في مدونة الشغل، سواء تعلق الأمر بالتعويض عن الإنهاء، أو بالمسطرة الواجبة الإلتباع في حالة الفصل لأسباب اقتصادية أو تكنولوجية أو هيكلية وغيرها من الأحكام المنصوص عليها في مدونة الشغل والتي تنسجم مع خصوصيات مساطر معالجة صعوبات المقابلة، حفاظا على ضمانات الحماية الاجتماعية للأجراء.

الفقرة الثانية : السهر على تفعيل الجانب الاجتماعي خلال تنفيذ أحكام التصفية القضائية :

خلافًا لمخطط الاستمرارية ومخطط التفويت فإن الحكم بالتصفية القضائية لا يهدف إلى الحفاظ على نشاط المقاولة وحماية مناصب الشغل الكائنة بها، وإنما تهدف إلى إنجاز الأصول وتصفية الخصوم وتوزيع العائدات على الدائنين، لكنها مع ذلك تتضمن نسقا من القواعد التي تتعلق بحماية الجانب الاجتماعي داخل المقاولة، عن طريق تأمين الحماية القانونية الواجبة للأجراء بالنظر لحساسية وضعيتهم الاجتماعية، والتي يسهر على تفعيلها أجهزة المسطرة التي تملك سلطة الملائمة في اختيار الحل وحماية المصالح المتواجدة، وبناء على ذلك يسهر السنديك على ضمان الحماية الواجبة لحقوق ومصالح الأجراء في نظام التصفية القضائية، فإذا كانت هذه الأخيرة تؤدي إلى غل يد المدين عن الإدارة والتصرف والتقاضي، فإن السنديك يحل محله بقوة القانون في الإدارة والتسيير والتصرف إلى أن يتم قفل المسطرة أو عمليات التصفية، وذلك عملا بمقتضيات المادة 651 من مدونة التجارة التي جاء فيها ما يلي :

"... يؤدي الحكم القاضي بالتصفية القضائية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها، بما فيها تلك التي امتلكها بأي وجه كان، مادامت التصفية القضائية لم تقفل بعد، يتولى السنديك ممارسة حقوق المدين وإقامة دعاوى بشأن ذمته المالية طيلة فترة التصفية القضائية ...".

وبناء على لك يبقى غل اليد قائما ومنتجا لآثاره مادامت التصفية القضائية لم تقفل بعد (المادة 651 م ت)، ويترتب على ذلك اعتبار كل التصرفات التي يقوم بها المدين، خرقا لمبدأ غل اليد، باطلة بطلانا مطلقا لإجرائها من شخص لا يملك أية صفة أو سلطة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان لكونه من

النظام العام يروم حماية الدائنين وأصول أو أموال المسطرة، وبناء على ذلك فإن السنديك يعتبر من بين الأجهزة الساهرة على تنفيذ المسطرة ويمكنه أن يتقدم بطلب البطلان أو بإخبار القاضي المنتدب أو المحكمة المختصة بالتصرفات المشمولة بالبطلان حتى تتخذ الإجراءات المناسبة لحماية المصالح المتواجدة بصفة عامة والمصلحة الاجتماعية للأجراء بصفقتها جزءا لا يتجزأ من المصلحة الاجتماعية والاقتصادية العامة، وتتجلى أهم الصلاحيات المعززة لدور السنديك في تنفيذ أحكام التصفية القضائية من خلال السهر على إنجاز عمليات جرد أصول المقاوله من عقارات ووحدات الإنتاج وبيعها، واستيفاء ديون المقاوله على الأغيار في تاريخ استحقاقها، والقيام بتصفية الخصوم بتوزيع عائدات البيوع والمبالغ المحصلة على الدائنين حسب ضماناتهم ومراتبهم، وإذا ما تقرر اعتماد تقنية البيع أو التفويت الشامل لوحدات الإنتاج، فإنه يتعين على السنديك أن يعمل على تلقي عروض الشراء أو الاقتناء وأن يعمل على دراستها وعرضها على القاضي المنتدب الذي يتولى اختيار العرض الذي يبدو له أكثر جدية ويمكن في أفضل الأحوال من ضمان استمرارية التشغيل والوفاء بديون الدائنين وصيانة حقوق ومصالح الأجراء، وهنا يبرز دور السنديك بشكل جلي باعتباره هو من يتولى تلقي العرض وقبوله مبدئيا في انتظار قرار القاضي المنتدب، حيث لا يتلقى إلا العروض التي تستجيب للشروط والمعايير المنصوص عليها قانونا، والتي من بينها أنه يجب أن يكون العرض كتابيا وأن يشتمل على البيانات المنصوص عليها في المادة 636 من مدونة التجارة والمتمثلة في ما يلي :

- 1- التوقعات الخاصة بالنشاط والتمويل .
- 2- ثمن التفويت وكيفية سداه .

3- تاريخ وإنجاز التفويت .

4- مستوى التشغيل وآفاقه حسب النشاط المعني .

5- الضمانات المقدمة لأجل ضمان تنفيذ العرض .

ولا يترتب على اختيار العرض من طرف القاضي المنتدب أي مساس بحقوق المستخدمين والعمال التي تبقى خاضعة لمدونة قانون الشغل رقم 66.99 لسنة 2003، ويتعين على السنديك أن يأخذ بعين الاعتبار لكل المقتضيات المتعلقة بحماية حقوق ومصالح الأجراء استنادا إلى مدونة الشغل باعتبارها الإطار الخاص الذي ينظم أحكام وأثار عقد العمل، وبالإضافة إلى آلية التفويت الشامل لوحدات الإنتاج يمكن أيضا اللجوء إلى آلية البيع الإفرادي للعقارات، حسب وضعية المقاول، التي قد تلزم السنديك ببدء تصفية وبيع هذه الأموال خاصة إذا كانت مثقلة بامتياز أو رهن داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالتصفية القضائية وإلا استعاد الدائنون حق المتابعات الفردية إن صرحوا بديونهم حتى لو لم تقبل بعد، ويقوم السنديك بتوزيع ناتج البيع ويحدد ترتيب الدائنين، مع مراعاة المنازعات المعروضة على أنظار المحكمة، بمعنى أن سلطات السنديك الواسعة لا تتقيد سوى بالمنازعات المعروضة على أنظار المحكمة، ونفس الأمر لبيع منقولات المقاول الذي يباشر من طرف السنديك وتحت إشراف القاضي المنتدب، حيث يجب مراعاة الطريقة المناسبة للحصول على أحسن ثمن وضمان أداء حقوق الدائنين وصيانة مصالح الأجراء، وبعد تحقيق الأصول وبيع وحدات الإنتاج والعقارات والمنقولات يتم تصفية الخصوم عن طريق توزيع عائدات الأصول أو التصفية على الدائنين، وهنا يظهر الدور الاجتماعي للسنديك حيث يمكنه مراعاة للوضعية الاجتماعية للأجراء أن يتقدم بطلب إلى

القاضي المنتدب من أجل الحكم بأداء مسبق لقسط من الدين لفائدة هؤلاء طبقا لمقتضيات المادة 662 من مدونة التجارة، ويلاحظ أن التشريع الفرنسي قد جعل أجور وتعويضات المأجورين تحظى بامتياز الامتيازات، حيث بوأها المشرع الفرنسي الدرجة الأولى بمقتضى المادتين 128 و 129 من قانون 25 يناير 1985، أما المشرع المغربي فلم يتطرق لذلك الأمر الذي ترك فراغا كبيرا، غير أنه بعد صدور مدونة الشغل رقم 65.99 لسنة 2003، تم إعادة النظر في طبيعة الامتياز المخول للأجراء، حيث أصبحت ديون الأجراء تحظى بامتياز من الرتبة الأولى عملا بمقتضيات المادة 382 من مدونة الشغل .

تأسيسا على ما سبق، وحيث إن من أهم الآثار المترتبة على الحكم بالتصفية القضائية غل يد المدين عن الإدارة والتصرف في أموال المقاول، حيث يحل محله السنديك في عمليات التسيير وانجاز التصفية، كما يترتب عليها توقف نشاط المقاول بصفة فورية ونهائية، وبيع أصولها من عقارات ومنقولات ووحدات الإنتاج، والقيام بتوزيع العائدات على الدائنين حسب ضماناتهم ومراتبهم، كما يترتب عليها فصل للأجراء المرتبطين بها، غير أن الحكم بالتصفية القضائية لا يؤدي إلى إنهاء عقود العمل بقوة القانون، بل يجب على السنديك احترام إجراءات الفصل لأسباب اقتصادية المنصوص عليها في مدونة الشغل خاصة وأن العمل القضائي استقر على أن التصفية القضائية لا يمكن اعتبارها قوة قاهرة بالمفهوم القانوني مادامت أمرا محتمل الوقوع، وباعتبار أن الأجير يعد من ضمن فريق الدائنين لهذه المقاول المتعثرة، فإنه لا يمكن تحميله عواقب التسيير السيئ للمقاول من طرف المدين وإجباره على تحمل نصيبه من الخسائر طالما لا يملك صفة الشريك أو المسير داخل هذه المقاول، كما أن العناصر المكونة

للقوة القاهرة لا تجتمع في التصفية القضائية ولعل هذا ما سارت على منواله محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1979/12/02¹ الذي جاء فيه أن "توقف نشاط المؤسسة لا يعد في حد ذاته قوة القاهرة تعفي المؤجر من الالتزام باحترام مهلة الإشعار"، ويبدو أن القضاء المغربي استقر على نفس الاتجاه حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/03/06² ما يلي: "وحيث ... تبين للمحكمة أن الفصل الذي تعرضت له المدعية يعتبر فصلا غير مبرر وبالتالي تعسفيا ذلك أن الأصل حسب القواعد العامة هو أن عقد العمل لا يمكن إنفاؤه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه أو وجود سبب من الأسباب المقررة قانونا لانتهائه، وبذلك يكون المشرع قد منحه قوة إلزام تمنع أحد طرفيه من تعديله لكن وخروجا عن الأصل فالاستثناء هو أن المشرع أباح لرب العمل وبشروط محددة الحق في إنهاء أو تعديله، إذا كانت له شروط ومبررات قانونية، كالحادث الفجائي والقوة القاهرة وغيرها من الأسباب المشروعة، ولأن التصفية القضائية لأسباب أجنبية عن الأجرة ولا دخل لها بها، سيما وأنها ظلت وازعة نفسها رهن إشارة مشغلتها ولم تؤجر خدماتها للغير طبقا لمقتضيات الفصل 735 من قانون الالتزامات والعقود فإن هذا الفسخ الفجائي يكون قد ألحق بها الضرر، والضرر يتعين جبره بالتعويض إذ تبقى محقة في التعويض عن الإشعار والإعفاء والطرده التعسفي ...".

¹ - Cass soc 23 Dec 1970 , Bull civ.n.679 . Voir aussi cass cos 24avril 1980 n 78-41-601 , bull couv p 269 .

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/03/06 . حكم عدد 927 ، ملف اجتماعي رقم 2002/4/1003 .

وتأسيسا على ذلك فإن إقدام السنديك على إعفاء بعض الأجراء يقتضي احترام الإجراءات المنصوص عليها في مدونة الشغل، لكن الإشكال يثار حول مدى تأثير تقنية التفويت الشامل في مسطرة التصفية القضائية على عقود العمل؟ بالنسبة لهذه الحالة فقد حافظ المشرع المغربي على هاجس الحماية الواجبة للأجراء في حالة التفويت الشامل لوحدة إنتاجية، معتبرا بأن هذه التقنية قد تكون أجدى وأنفع لأنها تمكن من الحصول على ثمن يؤمن سداد ديون المقاوله وتصفية خصومها إما كليا أو جزئيا إلى جانب الحفاظ على مناصب الشغل وبالتالي إرساء نوع من الحماية لحقوق الأجراء الذين يشتغلون بالوحدات المفوتة¹، وحرصا من المشرع المغربي على شفافية ومصادقية عملية التفويت فقد وضع لها المشرع مجموعة من الشروط والإجراءات التي ينبغي احترامها حيث نصت المادة 655 م ت على ما يلي:

"يمكن لوحدات إنتاج مكونة من جزء أو مجموع الأصول المنقولة أو العقارية أن تكون موضوع تفويت شامل .
يسعى السنديك إلى الحصول على عروض التملك ويحدد الأجل الذي يمكنه خلاله استلام هذه العروض، ويمكن لأي شخص معني أن يقدم عرضه للسنديك .

يجب أن يكون العرض كتابيا وأن يشتمل على البيانات المنصوص عليها في البنود من 1 إلى 5 من المادة 636 . ويتم إيداع العرض لدى كتابة ضبط المحكمة حيث يمكن لكل معني الإطلاع عليه . ويبلغ القاضي المنتدب بهذا العرض

¹ - Antoine Lyon: «La situation des salariés et leur représentants dans la procédure de redressement judiciaire des entreprises en guise d'introduction » revue de droit social n 9/10/sep, oct, 1986, p 649 .

يقوم القاضي المنتدب بعد سماع رئيس المقابلة والمراقبين، وإن اقتضى الحال مالكي المحلات التي تستغل بها وحدة الإنتاج، باختيار العرض الذي يبدو له أكثر جدية ويمكن في أفضل الظروف من ضمان استمرارية التشغيل والوفاء للدائنين".

وبناء على ذلك يمكن القول بأن تقنية التفويت الشامل في إطار مسطرة التصفية القضائية توفر حماية لعقود الشغل من خلال المحافظة على مناصب الشغل المرتبطة بالوحدة المفوتة، واحتفاظ الأجراء بحقوقهم في مواجهة المالك الجديد تطبيقاً لمقتضيات المادة 19 من مدونة الشغل، كما أن دور السنديك في هذا الإطار يبقى أكثر أهمية باعتباره من يتلقى العروض ويقوم بدراستها وبيان مدى أفضليتها وترجيح بعضها عن البعض الآخر استناداً إلى المعايير الاقتصادية والاجتماعية.

خاتمة:

تأسيساً على ما سبق يمكن القول أن المشرع قد أتى بمجموعة من المقتضيات الإيجابية بموجب القانون رقم 73/17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة، غير أنه مهما كانت طبيعة هذه المقتضيات فإنه لا بد من توفير الشروط المناسبة لحسن تنزيلها على أرض الواقع وفق الأهداف المحددة لها، لذلك فإننا نعتقد بأن نجاح نظام صعوبات المقابلة يتوقف على توفير مجموعة من الآليات الإدارية والهيكلية التي تضمن النجاعة والفعالية في تنفيذ مختلف مقتضياته، ومن بين هذه الآليات تنظيم مهنة السنديك من الناحية الإدارية والوظيفية، لأن السنديك يعتبر من أهم الأجهزة داخل المسطرة وقد أسند له المشرع أدواراً استراتيجية هامة سواء فيما يتعلق بالجانب الاقتصادي أو

بالجانب الاجتماعي داخل المقابلة، وهي مهام ليست بالسهلة لأنها تحتاج إلى تكوين وخبرة معمقة بالمحاسبة والتسيير والاقتصاد والقانون، فضلا عن الخبرة والمؤهلات الأساسية في ميدان التفاوض وحل النزاعات، لذلك يتعين على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار لكل هذه المقتضيات حين صياغته وتنزيله للقانون التنظيمي المنظم لمهنة السنديك حتى تصبح هذه المؤسسة مؤسسة فاعلة في حماية الاقتصاد وتقديم الحلول الملائمة ضد كل الأمراض والأزمات المالية والاقتصادية مع إقرار وتوضيح طبيعة الالتزامات المسندة لها والمسؤوليات الناتجة عن الإخلال بها ضمانا للحكامة والنجاعة وتخليق مساطر صعوبات المقابلة .

التكييف التعاقدي لمسؤولية الناقل بالمجان

الدكتور كريم الصبونجي

أستاذ القانون الخاص بكلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس

مقدمة:

يعتبر النقل وسيلة لتدعيم النشاط الاقتصادي والتجاري غير أنه كثيرا ما تشغل المركبات للاستعمال الخاص، وأثناء السير قد يسمح أحد الأشخاص لأي شخص يصادفه بأن يركب معه في السيارة مجانا ودون أي مقابل، قصد إيصاله إلى الجهة التي يود الوصول إليها. يكون دافع السائق الأساسي في النقل بالمجان ليس اقتضاء المقابل، وإنما ما يتميز به السائق من سعة خلق، ودمائة طبع، وشهامة تدفعه لتقديم خدماته المتمثلة في نقل معارفه أو أصدقائه، أو جيرانه، بسيارته، بل هناك بعض الحالات التي لا توجد فيها أي رابطة من روابط المعرفة السابقة، هذه الظاهرة برزت في أوروبا وانتشرت في بقية أرجاء العالم، المعروفة بطريقة الركوب ب"الأطوسطوب" التي تتمثل في وقوف الشخص أو الأشخاص الراغبين في التوجه إلى ناحية معينة، على حافة الطريق والإشارة باليد إلى سائقي السيارات تعبيرا عن رغبتهم في الوصول إلى الاتجاه الذي تسير فيه السيارة.

لكن إن صادف وأن وقع حادث سير وأصيب المنقول بضرر من جراء ركوبه السيارة قد يلجأ إلى مطالبة هذا الناقل بالتعويض، فإننا نكون إذن أمام مسؤولية مدنية لهذا الناقل الذي نقل هذا الشخص بالمجان، لكن الإشكال يثور حول تحديد

الأساس القانوني الذي يتعين على القاضي الاعتماد عليه في حكمه.
وهل يكون القاضي قد وفق إذا اختار النظام العام للمسؤولية العقدية؟
ولكن قبل معالجة هذا الإشكال ارتأينا في البداية التطرق لماهية النقل
بالمجان.

المبحث الأول : ماهية النقل بالمجان

المطلب الأول : مفهوم النقل بالمجان وتمييزه عن النقل بعوض

الفقرة الأولى : تعريف النقل بالمجان

يقصد بالنقل بالمجان: " كل مسافر ينقل دون أجر ولو كان ينقله المؤمن له
قصد البحث عن قضية مشتركة أو يساهم في صوائر الطريق دون أداء واجب
النقل الحقيقي"¹.

في حين تم تعريفه بأنه هو: " النقل الذي ينطوي على نية المجاملة أو
التفضل من جانب الناقل، أي يكون القصد منه المجاملة وعمل الخير، ويتسم هذا
النقل بأنه لا مقابل فيه يتقاضاه الناقل، لا ظاهريا ولا من ناحية الواقع، كما أنه
يتميز بعدم وجود المصلحة فيه، أي أنه مجرد من الفائدة المالية"².

وفي تعريف آخر فهو: " يكون في كل مرة لا يتقاضى فيها الناقل مقابلا
لعملية النقل سواء تعلق الأمر بنقل الأشخاص أو بنقل الأشياء"³.
وهو أيضا: " ذلك النقل الذي يتم دون أن يحصل فيه على أجر نقدي، ولكنه

¹ محمد الكشور: "مسؤولية الناقل وأثرها على عقد التأمين"، مجلة القضاء والقانون، العدد 141/140،
نونبر 1980، مطبعة دار النشر المغربية، ص: 54 وما بعدها.

² عادل علي عبد الله المقدادي: "مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص"، دراسة مقارنة، مكتبة دار
الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، طبعة 1997، ص: 35.

³ محمد أوغريس: "التأمين من المسؤولية في التشريع المغربي دراسة مقارنة"، مطبعة قرطبة، الطبعة
الأولى 1992، ص: 100.

قد يحصل على مقابل من نوع آخر وقد لا يحصل على أي مقابل مطلقاً بأن يكون مجاملة¹.

كما نجد بعض الفقه يعرفه بأنه: "ذلك النقل الذي يقوم من خلاله شخص، بنقل آخر عن طواعية، واختيار في سيارته، دون أن تكون له نية الحصول على أجر نقدي، ولم تكن له مصلحة في ذلك النقل... ذلك النقل الذي يتم عن طريق المجاملة المحضة من جانب الناقل"².

وفي تعريف آخر هو: "عملية نقل شخص أو مجموعة من الأشخاص دون مقابل نقدي، أي دون أن يحصل الناقل على مبلغ نقدي كأجر لما قام به من عمل، وإن كان من الممكن أن يحصل على مقابل مادي أو معنوي من نوع آخر"³.

كما يعرف بكونه: "هو ذلك النقل الذي يتم خلواً من المقابل النقدي المباشر، ولكنه قد ينطوي على مقابل غير مباشر من نوع آخر وقد لا يتضمن مقابلاً نقدياً، ويتفرع إلى وجهين، النقل القائم على مصلحة للناقل، وهو ذلك النقل الذي لا يتضمن مقابلاً نقدياً مباشراً، ولكنه يتضمن مقابلاً غير مباشر، كما تكون للناقل مصلحة فيه. والنقل مجاملة، وهو الذي يتم دون أي مقابل مباشر، ولكنه يتم على

¹ عبد الحميد الشواربي: "القانون التجاري، منشأة المعارف، طبعة 1993، ص: 452.

² البند الرابع من الفقرة الثالثة من قرار لوكيل الوزارة في المالية رقم 070.65 بتاريخ 25 يناير 1965 تحدد بموجبه الشروط النموذجية العامة لعقود التأمين عن السيارات، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2750 بتاريخ 14 يوليوز 1965. الصفحة 1383. والمعدل بقرار لوزير المالية عدد 537.05 بتاريخ 26 غشت 1965 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2761 بتاريخ 29 شتنبر 1965، الصفحة 2108.

³ إدريس فتاحي: "المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص المترتبة على عقد النقل، المسؤولية المدنية للناقل بعوض، المسؤولية المدنية للناقل بالمجان، أسس تحديد التعويض وفقاً لظهير 2 أكتوبر 1984"، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2002، ص: 148.

سبيل المجاملة من جانب الناقل".¹

وأنه : "النقل بالمجان، لا يقصد به انعدام المقابل من أي نوع كما يوحي بذلك المدلول اللفظي لكلمة (مجان)، وإنما تعني انعدام المقابل النقدي مع توافر مقابل من نوع آخر أو عدم توافر أي مقابل من أي نوع فالمجانبة -إذن- لها مفهومان مفهوم واسع وهو مجرد مقابل غير نقدي، ومفهوم ضيق وهو انعدام المقابل من أي نوع عندما يكون النقل على سبيل المجاملة".²

ومما لاشك فيه أن البحث في مفهوم النقل بالمجان يسمح لنا بناء على الرصيد المفاهيمي الذي جمعناه من اقتراح تعريف للنقل بالمجان والمتمثل فيما يلي: "هو ذلك النقل الذي يكون المغزى منه ليس المقابل النقدي، تقديم خدمة نقل مجانية للشخص المنقول، ولو كانت للناقل مصلحة فيه".

الفقرة الثانية : تمييز النقل بالمجان عن النقل بعوض

عقد النقل هو : "اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل مقابل ثمن بأن ينقل شخصا أو شيئا إلى مكان معين".³

¹ طلبة وهبة خطاب : "المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان"، دراسة قضائية مقارنة، دار الفكر العربي، بدون طبعة، ص: 74 و75.

² وجدي عبد الواحد : "التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر"، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م، ص: 77.

³ المادة 443 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، ظهر شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 فاتح غشت 1996. الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

كما تم تعديلها بمقتضى:
القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المناقولة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص

إذن المقصود هنا هو النقل بعوض الذي يمارس في إطار مشروع ما وعلى سبيل الاعتیاد والاحتراف.¹ إذ يعد العرض النقدي ركنا أساسيا فيه لا يقوم عقد النقل صحيحا إلا بوجوده، ومتى انعدم العوض النقدي كان النقل مجانيا، وفي مقابل هذا العوض النقدي، نجد التزامات تلقى على عاتق الناقل، فمن حيث المسؤولية تنص المادة 485 من المدونة التجارية المغربية على مايلي: "يسأل الناقل عن الأضرار اللاحقة بشخص المسافر خلال النقل. ولا يمكن إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا بإثبات حالة القوة القاهرة أو خطأ المتضرر".

كما استقر القضاء الفرنسي في تأصيل المسؤولية العقدية للناقل على بند مفترض في العقد مفاده الالتزام بضمان سلامة المسافر والحفاظة على أمتعته أثناء

=القانون 54.17 القاضي بتغيير المادة 15 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.14 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1438؛

القانون رقم 49.15 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.128 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6647؛ القانون رقم 81.14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.146 بتاريخ 25 من شوال 1435 (22 أغسطس 2014)؛ الجريدة الرسمية عدد 6291 بتاريخ 19 ذو القعدة 1435 (15 سبتمبر 2014)، ص 6882؛

القانون رقم 134.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.142 بتاريخ 25 من شوال 1435 (22 أغسطس 2014)؛ الجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 15 ذو القعدة 1435 (11 سبتمبر 2014)، ص 6810؛

القانون رقم 32.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.147 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5984 بتاريخ 8 ذو القعدة 1432 (6 أكتوبر 2011)، ص 4930؛ القانون رقم 24.04 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.170 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نوفمبر 2006)؛ الجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006)، ص 3761.

¹ إذ يعد في هذه الحالة عملا تجاريا محضا يخضع كقاعدة عامة لأحكام القانون التجاري، كما يخضع للأحكام المضمنة في قانون الالتزامات والعقود.

السفر.¹

في نفس الصدد قرر القضاء المغربي بأن "...مسؤولية الناقل نحو الراكب في حالة النقل بأجرة تخضع لقواعد المسؤولية التعاقدية حسبما يرتبها العقد نفسه..."،

وإلى جانب النقل بعوض نجد النقل بالمجان من وجهة نظر الفقه والقضاء الفرنسيين فهو عملية نقل شخص أو مجموعة من الأشخاص دون مقابل نقدي، أي دون أن يحصل الناقل على مبلغ نقدي كأجر لما قام به من عمل، وإن كان من الممكن أن يحصل على مقابل مادي أو معنوي من نوع آخر².

وعليه ما هي معايير التفرقة بين النقل بعوض والنقل المجاني؟
هناك معياران للتفرقة بينهما وهما:

المعيار الأول: تدرج المقابل

وهو تدرج من حيث الوجود ومن حيث النوع، فمن حيث الوجود نجد أن النقل بعوض يتضمن مقابلاً، في حين أن النقل المجاني قد لا يتضمن أي مقابل كما هو الأمر في النقل مجاملة³.

ومن حيث النوع، فإذا كان النقل المجاني يلتقي مع النقل بعوض فيما يتعلق بإمكان وقوع الأول بمقابل، إلا أنه يختلف عن الثاني من حيث نوع المقابل، فهو في الأول غير نقدي كما هو الأمر في الوجه الأول للنقل المجاني أما في الثاني

¹ محمد الكشور: "مرجع سابق"، ص: 53.

² محمد الكشور: مرجع سابق، ص: 54.

³ Marcel Sioufi: "Le transport gratuit en droit libanais et en droit français", paris 1965, p 17.

فإنه نقدي¹.

-المعيار الثاني الاحتراف:

من المعروف أن النقل بعوض يتم على سبيل الاحتراف، ومن ثم فإن له صفة تجارية² من جانب الناقل دائما، بخلاف الأمر في النقل المجاني حيث يتم في صورة عمليات منفردة ومن ثم فإن له صفة مدنية³.

¹ طلبه وهبة خطاب : مرجع سابق، ص :75.

² تنص المادة 6 من مدونة التجارة على ما يلي: "...تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

شراء المنقولات المادية أو المعنوية بنية بيعها بذاتها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو بقصد تأجيرها؛
إكتراء المنقولات المادية أو المعنوية من أجل إكرائها من الباطن؛
شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها؛
التنقيب عن المناجم والمقالع واستغلالها؛
النشاط الصناعي أو الحرفي؛
النقل؛

البنك والقرض والمعاملات المالية؛

عملية التأمين بالأقساط الثابتة؛

السمسرة والوكالة بالمعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة؛

استغلال المستودعات والمخازن العمومية؛

الطباعة والنشر بجميع أشكالها ودعائمها؛

البناء والأشغال العمومية؛

مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار؛

التزويد بالمواد والخدمات؛

تنظيم الملاهي العمومية؛

البيع بالمرزاد العلني؛

توزيع الماء والكهرباء والغاز؛

البريد والمواصلات".

³ موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء 1982/147، القاهرة، ص :76-75.

المطلب الثاني : أنواع النقل بالمجان الفقرة الأولى : النقل على سبيل المجاملة

في هذا النوع من النقل المجاني يبادر الناقل إلى عملية النقل بدافع المجاملة وحدها أي لمجرد الرغبة في فعل الخير، ودون أي اعتبار آخر من اعتبارات النفع والاستفادة أو المصلحة، أي دون أن تكون للناقل مصلحة مادية أو معنوية تقابل العمل أو الخدمة التي يؤديها، بل يعتمد إليه الناقل دون انتظار أو ترقب لما يعود عليه من نفع واستفادة من جراء نقل شخص من مكان لآخر.¹

وقد يحدث في الواقع العملي أن يصحب أحد الأشخاص صديقا له في سيارته للقيام بنزهة، أو من أجل إيصاله إلى مقر عمله، أو لقضاء بعض أغراضه الخاصة، وقد يحدث أن يأخذ شخص آخر في سيارته أثناء سيره في الطريق وصادفه، وقد يكون على معرفة سابقة به وقد لا تكون له أية معرفة سابقة به، ويتم النقل في هذه الحالات جميعها على سبيل المجاملة ودون أن يكون هناك أي مقابل يأخذه الناقل أو مصلحة يجنيها.²

وعليه فإن كل نقل لا يرتبط مباشرة بأي عوض مادي، أو من طبيعة متساوية لخدمة الناقل، إلا واعتبرناه نقل مجاملة.³

ومن هنا يتضح أن انعدام المقابل كليا يعد أمرا جوهريا للقول بأن النقل قد تم مجاملة، بالإضافة إلى نية المجاملة لدى الناقل.⁴

إذن انطلاقا من كل هذا الذي تقدم وحتى يتصف النقل بصفة المجاملة

¹ ادريس فتاحي : "المسؤولية المدنية لنقل الأشخاص المترتبة على عقد النقل"، مرجع سابق، ص: 149.

² طلبة وهبة خطاب : "المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان"، مرجع سابق، ص: 48 وما بعدها.

³ Marcel Sioufi : "op. cit." p 1, 8, paris 1965.

⁴ Rodelais Alberto : "du transport bénévole, critère et notion de faute thèse", paris 1960, p 50 et 52.

لابد من توافر ثلاثة شروط وهي :

أولاً: نية المجاملة

يجب توافر نية المجاملة لدى الناقل لأنها تعتبر عنصراً أساسياً في النقل المجاني، وهذا يعني أن قصد الناقل من القيام بالخدمة، هو لمجرد المجاملة دون أن ينتظر من وراء ذلك تحقيق فائدة مادية. فإذا اتضح أن الناقل لم يقم بالنقل إلا تحقيقاً لربح أو مصلحة، ولم يقصد مجاملة الشخص المنقول، فإن ذلك لا يعتبر نقلاً مجانياً ولو أنه لم يتقاضى فيه مقابلاً.

كما أنه من جهة أخرى يجب أن يعلم الطرفين الناقل والراكب بقصد المجاملة، وعليه فلا يوجد نقل مجاملة إذا ما استقل الراكب السيارة خلسة دون علم الناقل أو تابعيه،¹ وفي مثل هذه الحالة ذهب القضاء الفرنسي² إلى إعفاء السائق من المسؤولية، إذا لحق الراكب خلسة ضرر، لأن هذا الأخير نجم عن خطأ الراكب نفسه، وإن كان هناك اتجاه آخر، في القضاء الفرنسي يتزعمه مجلس الدولة الذي قضى بضرورة توزيع المسؤولية بين الراكب وبين الناقل، وذلك على أساس أن امتطاء سيارة دون إذن صاحبها يعتبر خطأ من شأنه أن يفضي إلى تشهير المسؤولية بين الراكب والناقل خصوصاً إذا كان هناك خطأ قد ثبت في حق الناقل.³

ثانياً: انتفاء المقابل المادي

ومؤداه، عدم حصول الناقل على أي مقابل مهما كان نوعه وأياً كانت طبيعته، نظير قيامه بأداء خدمة النقل، وبالتالي كلما انتفى المقابل المادي، تحققت الصفة المجانية للنقل على سبيل المجاملة.

¹ عادل علي عبد الله مقدادي: مرجع سابق، ص: 54.

² قرار صادر عن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ قرار 18 يوليو 1929.

³ ادريس فتاحي: مرجع سابق، ص: 151.

ثالثا: الصفة الحقيقية للمجانبة

ومعناه أن تكون المجانية حقيقية، وليست مجرد مجانية ظاهرية أو رمزية، وإلا تجرد النقل من صفته المجانية، ووجب بالتالي اعتباره نقلا بعوض، عن طريق بيان المقابل المادي الذي يحصل عليه الناقل أو المؤسسة التي تقوم بتكليفه بنقل يبدو من حيث الظاهر مجانيا.¹

الفقرة الثانية: النقل المبني على مصلحة للناقل

إن النقل كما سبقت الإشارة إلى ذلك وإن لم يقتضي فيه الناقل مقابلا نقديا فإنه يمكن أن يتم انطلاقا من وجود مصلحة معينة لفائدة الناقل بحيث تكون تلك المصلحة الدافع الرئيسي التي يسديها سائق الناقل.

ومن أهم الصور العملية التي تجسد فكرة النقل القائم على مصلحة للناقل ما يحدث بكثرة عند الرغبة في شراء سيارة مستعملة إذ عادة ما يقوم صاحب السيارة بنقل المشتري معه في سيارته قصد الاطلاع على حالتها ومدى صلاحيتها للاستعمال،² ومن صور المصلحة أيضا ما ذهب إليه القضاء في فرنسا، من حيث قيام شخص بنقل آخر في سيارته ليساعده في انتقاء الأنواع الجيدة من حيوانات داجنة يود شرائها. ونقل شخص لآخر في سيارته لكي يساعده على إفراغ حمولة تلك السيارة. ونقل شخص لخبير في الميكانيك لكي يساعده أثناء سفره كلما أصيبت السيارة بعطب ما عن طريق إصلاح ذلك العطب.³

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية⁴ وهي بصدد تحديد مفهوم النقل

¹ ادريس فتاحي: مرجع سابق، ص: 154.

² مثال أورده ادريس فتاحي: "المسؤولية المدنية لنقل الأشخاص المترتبة على عقد النقل"، مرجع سابق، ص: 157.

³ صور للنقل بالمجان حسب بعض المحاكم الفرنسية وهي على التوالي محكمة موبنولي قرار 1932/02/12.

وقرار محكمة النقض 1956/01/11 وقرار محكمة فواتي 1954/12/8 وقرار 1940/10/29.

⁴ نقض مدني بتاريخ 7 يناير 1929.

القائم على مصلحة الناقل¹ إلى الأخذ في الاعتبار مصلحة الراكب المضرور :
"حيث أنه يتضح من إثباتات الحكم محل الطعن أن الراكب قد نقل في سيارة
الأول (الناقل) بقصد تجربة السيارة لمصلحة المضرور".²

إلا أن هذا الموقف كان محط انتقاء من طرف الفقه، ذلك أن المقصود
بالنقل في هذه الحالة هو ذلك النقل الذي يحصل فيه الناقل على مقابل غير
نقدي.

وذهب رأي آخر إلى أنه يتعين بحث المسألة من زاوية المسؤولية، ومقتضى
ذلك أن المسؤولية تقع على عاتق الناقل وليس المضرور.

كما عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها السابق بحكم يقضي بأن
النقل بالسيارة لا يكون على سبيل المجاملة عندما يتم لمصلحة الناقل.³

المبحث الثاني : تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على الناقل بالمجان المطلب الأول: موقف الفقه من تطبيق أحكام المسؤولية العقدية الناقل بالمجان

الفقرة الأولى : التكييف التعاقدي للنقل القائم على مصلحة للناقل

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بوجود عقد نقل إذا تم النقل نظير
خدمة يسديها الراكب أو المسافر للناقل، وذهب البعض من أنصار هذا الاتجاه
إلى القول بأن النقل القائم على مصلحة للناقل يتضمن عقدا ملزما لجانب واحد

¹ النقل المصلحي هو: النقل الذي لا يتضمن مقابلا نقديا مباشرا، ولكنه يتضمن مقابلا غير مباشرا، كأن
يكون للناقل مصلحة فيه. "طلبة وهبة خطاب : "المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان"، مرجع
سابق، ص: 75.

وفي تعريف آخر هو: "النقل الذي لا وجود للمقابل من الناحية الظاهرة، ويتسم بالمجاملة من جهة
وبطابع المصلحة من جهة أخرى". محمد أوغريس : "مرجع سابق"، ص: 125.

² قرار أورده وجدي عبد الواحد علي : "التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر"،
مرجع سابق، ص: 77.

³ وجدي عبد الواحد علي : مرجع سابق، ص: 78.

معللا ذلك بأن التزامات الطرفين فيه ليست متبادلة، وهو الأمر الذي ينتفي معه وجود عقد ملزم للجانبين.¹

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن النقل على مصلحة الناقل يختلف من حيث طبيعة المقابل عن النقل بعوض، فضلا عن عدم توفر المقومات الجوهرية للعقد بصفة عامة، المتمثلة في اتجاه إرادة المتعاقدين نحو إحداث أثر قانوني، ولا يكفي تطابق إرادتي الناقل أو الراكب أو المسافر لإبرام العقد.

ورأى فريق آخر من الفقهاء أن النقل المجاني يعتبر عقدا بدون عوض ذلك كونه يتوفر على جميع عناصر العقد من اقتران إيجاب مقدم الخدمة بقبول المنقول مجانا، وتوافر المحل وهو الركوب، وسبب العقد وهو نية التبرع، وأنه يقع على عاتق الناقل المجاني التزاما بضمان سلامة الراكب، ولكنه التزام بوسيلة عكس النقل بأجر حيث يكون فيه التزام الناقل بالتزام بنتيجة. فإن لم يصل المنقول مجانا سالما إلى الجهة المقصودة وجب عليه أن يقدم الدليل على خطأ الناقل لكي يطالب بالتعويض.

واتجه موقف آخر في نطاق الفقه الفرنسي إلى القول بوجود عقد نقل كذلك في كل حالة يكون ركوب الشخص فيها يقصد أداء خدمة للناقل، ويعتبر "بيناثار" من أقوى أنصار هذا الاتجاه حين قال أن النقل القائم على مصلحة الناقل يتضمن عقدا ملزما لجانب واحد، لأن التزامات الطرفين فيه ليست متبادلة، ومن ثم فلا يوجد عقد ملزم لجانبين وقال أن هذا العقد له طبيعة مختلطة، لأنه يعتبر -في نظره- مجانيا بالنسبة للمسافر، بينما هو بعوض بالنسبة للناقل الذي يقوم بعملية النقل للحصول على تقدمه.²

¹ وجدي عبد الواحد علي: مرجع سابق، ص: 94.

² موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء 147، مرجع سابق، ص: 80-81.

الفقرة الثانية : التكييف التعاقدى للنقل مجاملة

ذهب بعض الفقه إلى القول بوجود عقد نقل في النقل مجاملة، وأنه ينبغي أن تطبق على العلاقة بين الناقل مجاملة أو الراكب قواعد المسؤولية العقدية. وأنه بمقتضى العقد المذكور يلتزم الناقل بضمان سلامة المسافر، وقد عبر بعض الفقه عن ذلك بقوله: "أن عقد النقل يضمن التزاما بالضمان حيث يتعين توصيل المسافر سليما معافى إلى جهة الوصول ويوجد هذا الالتزام حتى في النقل المجاني"¹. وبصفة عامة، فقد اتجه أنصار هذا الاتجاه إلى القول بوجود عقد في النقل مجاملة، ورتبوا على ذلك مسؤولية عقدية على عاتق الناقل فيه يلتزم بمقتضاها بتعويض الراكب مجاملة عما أصابه من ضرر نتج عن حادث وقع خلال النقل المذكور.²

ورغم اتفاق هؤلاء على ذلك، فإنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول ما يمكن إعطاؤه من تسمية لهذا العقد، فهناك من اعتبره عقد نقل، وهناك من ناحية ثانية من أقر بأنه من عقود الخدمات المجانية، ثم هناك آراء أخرى تتعلق بكونه عقد غير مسمى.

أولا: فكرة عقد النقل في النقل مجاملة

قد يقوم شخص بنقل آخر كصديق مثلا معه في سيارته على سبيل المجاملة لتوصيله إلى مكان ما أو للقيام بنزهة، إما بناء على عرض منه وموافقة هذا الشخص الآخر أو بناء على طلب من الأخير وموافقة صاحب السيارة.³

ثانيا: فكرة عقود الخدمات المجانية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الراكب أو المسافر إذا طلب أو قبل النقل

¹ وجدي عبد الواحد علي: مرجع سابق، ص: 97.

² طلبية وهبة خطاب: مرجع سابق، ص: 90.

³ طلبية وهبة خطاب: مرجع سابق، ص: 92.

معاملة، فإنه يكون بذلك قد وكل الناقل في القيام بعملية النقل، ويكون الناقل في مركز الوكيل.¹

ثالثا: فكرة العقد الغير مسمى

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن العقد الذي ينشأ بين الناقل ومعاملة والراكب أو المسافر هو عقد غير مسمى تأسيسا على أن الأصل هو حرية الأفراد في إنشاء العقود إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني : موقف القضاء من تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على الناقل بالمجان

الفقرة الأولى : موقف القضاء من التصور التعاقدية لمسؤولية الناقل بالمجان
ذهب جانب من القضاء إلى القول بالصفة التعاقدية لمسؤولية الناقل بالمجان، وفي هذا الصدد نجد محكمة النقض الفرنسية، وذلك في حكم صادر عن الغرفة المدنية بها، جاء فيه أنه مادام قد ثبت أن شخصا أخذ معه آخر على متن دراجة نارية، يتولى الأول سياقتها، وذلك للذهاب من أجل القيام بمهمة مشتركة تتمثل في إصلاح شبكة كهربائية، وتعهد الراكب بوضع خطة العمل، بينما كان يتعين على الناقل، بوصفه مقاولا أن يقوم بالأعمال التي تكفل تنفيذها، فإن الأخير له مصلحة في نقل الراكب، ويكون قضاء الموضوع قد استخلص بحق أن النقل قد تم مقابل عوض.²

كما قضت محكمة فرنسة³ كذلك بأن النقل معاملة يتضمن عقد نقل حقيقي وقيل في ذلك أن العقد المبرم بين الناقل ومن لبي دعوته ليس عقد

¹ وجدي عبد الواحد : مرجع سابق، ص : 101.

² قرار بتاريخ 15 يوليوز 1957 أورده ادريس فتاحي : مرجع سابق، ص : 173.

³ دكتور طلبة وهبة خطاب : مرجع سابق، ص : 94.

وديعة وليس عقد وكالة ولكنه العقد المنصوص عليه في المادة 1147 من القانون المدني حيث يلتزم من تقع على عاتقه مهمة تنفيذه أن يبذل في سبيل ذلك عناية رب الأسرة العاقل.¹

الفقرة الثانية : تقدير هذا الاتجاه

رغم أن هذا الاتجاه لاقى إقبالا لا بأس به في الفقه والقضاء الفرنسيين في فترة معينة من الزمن على أساس النقل بالمجان يعتبر من عقود التفضل فهو يرتب المسؤولية العقدية إلا أنه بشكل عام لم يكن اتجاها صائبا ولا منسجما مع الحقيقة

¹ على خلاف ذلك كان القضاء المغربي يعتبر المسؤولية عن نقل المسافرين دائما مسؤولية تقصيرية قائمة على أساس الفصل 106 من القانون التجاري، وقضت فعلا محكمة النقض الفرنسية وهي تنظر في نازلة مغربية بتاريخ 11 دجنبر 1945 بما يلي "بعد خرقا للقانون ويتعرض من أجل ذلك للنقض القرار الذي اعتبر مسؤولية الناقل أو المكاري على البر مسؤولية تعاقدية وأخضعها لتقادم 15 سنة في حين أن الفصل 106 من قانون التجارة لم يكن يحمل الناقل سوى بالمسؤولية التقصيرية". لأنه كانت القضايا المغربية تنقض في عهد الحماية لدى محكمة النقض بباريس لعدم وجود هذه المحكمة العليا آنذاك بالمغرب.

وقد صدرت عدة أحكام بالمغرب تستلزم إثبات الخطأ في النقل المجاني قصد الحصول على التعويض، لأن المسؤولية لا تكون هنا إلا تقصيرية ونذكر منها الحكم الصادر بالدار البيضاء بتاريخ 22 مارس 1956 والذي يلزم الضحية المنقول بالمجان بأن يثبت خطأ السائق لكي يحصل على تعويض، ولا يمكن أن يحكم بتعويض إذا اكتشفت ظروف الحادثة شكوك. وبقضاء محاكم الرباط بتاريخ 17 يناير 1964 الذي جاء فيه تكون دعوى التعويض التي بناها المنقول بالمجان على الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود مرتكزة على أساس قانوني ويلزمه طبقا لمقتضيات هذا الفصل أن يقيم الدليل على خطأ الناقل.

هو نفس الاتجاه الذي سارت عليه محكمة النقض المصرية حيث قضت بتاريخ 26 أبريل 1962 بكون مسؤولية الناقل بعوض مسؤولية عقدية والناقل بالمجان مسؤولية تقصيرية لا تقوم إلا بإثبات خطأ الناقل ويظهر ذلك جليا من المبدأ التالي التي نصت عليه في قرارها أعلاه "إن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاما بضمن سلامة الراكب، بمعنى أنه يكون ملتزما بتوصيله إلى الجهة المنفق عليها سليما، وهو التزام بتحقيق غاية بحيث إذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه، ومن ثم تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع الخطأ من جانبه، ولا ترتفع مسؤولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو - أي الناقل - أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ المضرور أو عن خطأ الغير". قرار منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13-14 سنة 1983.

في شيء، فلا وجود لفكرة العقد تماما، في نطاق النقل المجاني، لانتفاء عنصر أساسي من العناصر التي يقوم عليها العقد، بوجه عام، ألا وهو العنصر المتمثل في نية التعاقد.

وقد عبر الفقيه الفرنسي "جوسران"، عن انتقاد للمذهب السابق، حينما قال: "تنطوي كل العقود، انطلاقا من تحديدها ولدى كل الأطراف، على عنصر يشمل في نية التعاقد أي على الإرادة في إنجاز صفقة، وحينئذ يكون من غير المجدي البحث عن اهتمام من هذا القبيل لدى سائق السيارة الذي يقل على وجه المجاملة صديقا أو شخصا كيفما كان، ذلك أن حالة السائق الذهنية بالنسبة لهذا المجال تشبه المسافر الذي يساعد جاره على وضع أو ترتيب لوازمه. أو الذي يحرس أمتعة مسافر آخر، بصفة مؤقتة داخل مقصورة في القطار، فمثل هذا الشخص إنما يؤدي خدمه مجانية وعلى سبيل المجاملة وبالتالي فإنه لا يبرم صفقة... وأن السائق الذي يعرض خدماته مجانا إذا رفض أداء الخدمة المطلوبة منه، فإن الطالب لن يكون محقا في متابعتها أو مقاضاته، استنادا للمسؤولية عقدية لا وجود لها".¹

لذلك برز في نطاق الفقه والقضاء اتجاه ينظر لناقل الأشخاص بالمجان في حالة لحقوق ضرر بالراكب على أنه مسؤول مسؤولية تقصيرية تنبني على أساس الخطأ الشخصي لناقل، وحتى يعتبر السائق مسؤولا يتعين على الضحية إقامة الدليل عليه وتقديم البيينة على حصول الضرر، وبعد وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وهذا ما أقرته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حين أعلنت في حكم بتاريخ 22 مارس 1956 المنطوق الآتي: "في حالة النقل على سبيل المجاملة، يتعين

¹ ادريس فتاحي: "المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص المترتبة على عقد النقل"، مرجع سابق، ص: 178.

على الضحية الراكب على وجه المجاملة، لكي يحصل على تعويض عن الضرر اللاحق به، أن يقيم الدليل على خطأ السائق، وفي حالة الشك لا يمكن التزام السائق المذكور بأي تعويض عن الضرر".¹

ولقد كان هذا الوضع الذي يحمل الراكب عبئ إثبات خطأ الناقل، يضع صعوبة كبرى أمام المسافر في سبيل حصوله على تعويض، إذ كثيرا ما كان يتعذر عليه ذلك الإثبات، وبالتالي يحرم من التعويض.²

ما يمكن استنتاجه من خلال الآراء السابقة للاتجاه التعاقدية هو اعتبار النقل بالمجان عقد نقل، والمسؤولية الناشئة عن هذه العلاقة من طبيعة عقدية لوجود تبادل الرضا وهذا كاف لقيام العقد.

لكن اعتبار علاقة الناقل بالمجان بالمنقول تعاقدية لم يكتب لها النجاح، ولم تفلح كأساس يلجأ إليه المنقول من أجل المطالبة بالتعويض باعتبار أن إرادة الطرفين لم تتطرق بأي حال من الأحوال لترتيب أي أثر أو التزام قانوني وكذلك لانتهاء المقابل المادي الذي على أساسه يقوم التزام الناقل بالمحافظة على سلامة الراكب ليبقى التكييف الصحيح وهو أن مسؤولية الناقل بالمجان هي مسؤولية تقصيرية حسب الاتجاه السائد فقها وقضاء.

¹ ادريس فتاحي: "المسؤولية القانونية للناقل بالمجان بين النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي"، مجلة القانون المغربي، العدد 2 يوليوز 2002، ص: 45.

² أحمد الفقيه التطواني: "نظرية المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء الغير الحية في ضوء الفقه الإسلامي، القانون الروماني، القانون الفرنسي، القانون المغربي، قوانين البلاد العربية"، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2003-2004، ص: 65.

التعرض على مطلب التحفيظ دراسة على ضوء القانون 07.14

المصطفى الغشام الشعيبي
مدير المركز المتوسطي
للدراستات القانونية والقضائية

التحفيظ العقاري هو مجموعة من الإجراءات والعمليات التي ينبغي إتباعها لجعل العقار خاضعا لنظام قانوني خاص يؤدي إلى تأسيس رسم للملكية مسجل بسجل عقاري ومن غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد، وهو اختياري إلا في بعض الحالات التي يكون فيها إجباريا.¹ وتعتبر أستراليا الجنوبية مهد نظام التحفيظ العقاري خاصة نظام التسجيل العيني والذي عرف بنظام تورانس نسبة إلى "روبر تورانس"² والذي استمدت منه أغلب الدول نظامها العقاري ومن بينها المغرب فكان ان سنت سلطات الحماية الفرنسية قانون التحفيظ العقاري من خلال ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913، وقد عرف هذا الظهير مجموعة من التعديلات كان آخرها الإصلاح العقاري لسنة 2011 بمقتضى القانون رقم 14.07 وذلك بغية

1 - ومن حالات التحفيظ الإجباري ما ينص عليه الفصل الثامن من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07: "التحفيظ يكون إجبارياً عندما تأمر به المحاكم المختصة أثناء إجراءات حجز العقاري في مواجهة المحجوز عليه"
2 - محمد خيري: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، دار نشر المعرفة القانونية، مطبعة المعارف الجديدة طبعة 2001 ص 33.

جعله أكثر ملائمة مع الواقع الحاضر، وبالإضافة إلى الظهير السابق فإن نظام التحفيظ العقاري يخضع أيضا لمجموعة من القوانين ذات الصلة كظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة والذي تم نسخه بمقتضى القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية وغيرها من القوانين الأخرى.

وتحفيظ العقار لا يكون إلا بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به¹، ويتم ذلك عبر سلوك عدة إجراءات ومساطر قانونية للوصول إلى ما يسمى التطهير أو تحفيظه ومن بينها على وجه الخصوص مسطرة التعرض².

فما المقصود إذن من التعرض؟ ثم ما هي مسطرته خلال المرحلة الإدارية؟ وأثناء المرحلة القضائية؟

من أجل الإجابة على هذين السؤالين سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين سنتطرق في المبحث الأول للتعرضات خلال المرحلة الإدارية، بينما سنخصص المبحث الثاني لمبحث التعرضات خلال المرحلة القضائية.

المبحث الأول: التعرضات خلال المرحلة الإدارية

لقد منح المشرع المغربي لكل شخص تهمة مسطرة التحفيظ أن يتدخل فيها عن طريق التعرض، وذلك لدحض قرينة ملكية طالب التحفيظ، وسواء كان

1 - الفصل 1 من القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177 بتاريخ 22 نونبر 2011 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5575.

2 - تشير إلى أن هذا المبدأ كان منصوص عليه في الفصل الثاني من ظهير 12 غشت 1913 حيث كان ينص: "يترتب عن التحفيظ إقامة رسم الملكية مسجل بكتاش عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم..."

المتعرضون يعتمدون في تعرضهم على حجج ومستندات قوية أو ضعيفة فإنهم يستفيدون من هذه الإمكانية التي منحها لهم المشرع ويعتبر التعرض مميزة من مميزات نظام التحفيظ العقاري ووسيلة من وسائل تطبيق مبدأ التطهير المسبق للحقوق المزمع تحفيظها أو تسجيلها.

والتعرضات تمر بمرحلتين: مرحلة إدارية ومرحلة قضائية، وما سنتطرق إليه هنا في هذا المبحث هي المرحلة الإدارية التي نظمها المشرع في الفصول من 24 إلى 34 من ظهير التحفيظ العقاري لـ 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بمقتضى قانون 14.07.

وستتولى بحث مسطرة التعرض في (المطلب الأول) ثم نتطرق بعد ذلك إلى دور المحافظ العقاري في البت بشأن التعرضات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسطرة التعرض

يحق لكل شخص يدعي ملكية عقار أو حقا عينيا عقاريا موضوع مسطرة التحفيظ أن يتدخل في هذه المسطرة عن طريق التعرض، لكن التدخل ليس مفتوحا في أي وقت شاء المتعرض، وإنما له أجل محدد قانونا وشكليات خاصة وجهات معينة تتلقى التعرضات.

الفقرة الأولى: الأشخاص الذين يحق لهم التعرض والجهات التي يقدم إليها
حدد المشرع المغربي بمقتضى ظهير التحفيظ العقاري الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة التعرض على مطلب التحفيظ، على أن ترفع هذه التعرضات للجهات المحددة قانونا.

أولا - الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة التعرض:

لقد حصر المشرع ممارسة حق التعرض على أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المراد تحفيظه، مستبعدا بذلك أصحاب الحقوق الشخصية

وذلك طبقا للفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري لـ 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بمقتضى قانون 14.07، والذي سمح فيه المشرع لكل شخص يدعي حقا عينيا على العقار المراد تحفيظه من ممارسة التعرض، ولم يضع أي قيد أو شرط يلزم توفره في الشخص لممارسته.

ومادام التعرض حق مخول للجميع، فإنه ينبغي أن يتوفر في المتعرض الصفة والأهلية والمصلحة، لأن التعرض يشكل دعوى تقام ضد طالب التحفيظ، يعتبر فيها المتعرض مدعي وطالب التحفيظ مدعى عليه،¹ وحسب الفصل السالف الذكر يثبت حق التعرض في الحالات التالية:

1 - حالة النزاع في وجود حق ملكية عقار موضوع التحفيظ، يمكن أن يكون النزاع شاملا لكل العقار (التعرض الكلي) أو يشمل جزء من العقار (التعرض الجزئي)

2 - حالة النزاع بشأن مدى حق الملكية كما لو تعلق الأمر بعقار مشترك على الشياخ إذا تجاوز طالب التحفيظ حصته في العقار المشاع.

3 - حالة النزاع بشأن حدود العقار، كما لو ترامى طالب التحفيظ على جزء من أرض جاره وضمها إلى أرضه، يمكن في هذه الحالة المطالبة بتعديل التحديد الذي تم إشهارة بتحديد تكميلي.

4 - حالة الإدعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه كصاحب رهن رسمي أو حق انتفاع على عقار موضوع التحفيظ.

5 - حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، وهي حالة أضافها قانون 14.07 تسمح بالمنازعة في كل

1 - محمد خيري: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مرجع سابق ص 178.

الإيداعات المنصبة على العقار في طور التحفيظ طبقا لمقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ بعدما كان يحرم على كل شخص تضرر من أحد الادعاءات الواردة على مطلب التحفيظ أن يقدم تعرضا بشأنها يصدر التعرض من صاحب الحق العيني نفسه أو بواسطة من ينوب عنه بوكالة صحيحة، أما إذا تعلق التعرض بحق قاصر أو غائب أو مفقود، فإن التعرض يقدم من طرف الأوصياء أو الممثلين القانونيين (الوصي، المقدم، الولي) ووكيل الملك والقاضي المكلف بشؤون القاصرين، بشرط أن يثبت هؤلاء نيابتهم القانونية أو وكالتهم بالشكل المنصوص عليه في الفصل 26 من ظهير التحفيظ العقاري، ويمكن أن يقدم التعرض من طرف الأشخاص المعنويين الذين يتمتعون بالشخصية المعنوية.¹

ثانيا - الجهات التي تقدم إليها التعرضات

بمقتضى الفصل 25 من القانون رقم 57.12 المعدل والمتمم لظهير 12 غشت 1913² فإنه يجب أن تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفوي إما للمحافظ على الأملاك العقارية، وإما للمهندس المساح الطبوغرافي المنتدب أثناء

1- وإذا قدم التعرض من قبل أشخاص ليست لهم مصلحة فيه وهو ما يعرف بالتعرض الكيدي أو التعسفي فإن المشرع وفق الفصل 48 من قانون رقم 14.07 جاء بوسيلة فعالة لحماية الملكية العقارية تتمثل في ردع كل طالب تحفيظ أو متعرض ثبت سوء نيته أو كيدته أو تعسفه عن طريق الحكم عليه تلقائيا بغرامة مالية لفائدة صندوق الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لا تقل عن 10% من قيمة العقار أو الحق المدعى به إضافة إلى إمكانية تعويض المتعرض.

2- تم تميم مقتضيات الفصول 19 و20 و21 و25 و34 و43 و54 بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 57.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.116 بتاريخ 26 من صفر 1435 (30 ديسمبر 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6224 بتاريخ 21 ربيع الأول 1435 (23 يناير 2014)، ص 262

إجراء التحديد¹، ويجب أن تضمن التصريحات الشفوية للمتعرض، بحضوره في محضر محرر في نسختين تسلم إليه إحداهما.²

الفقرة الثانية: شكليات التعرض وآجاله

حتى يكون التعرض صحيحا ومنتجا لآثاره أوجب المشرع أن يراعى في تقديمه مجموعة من الشكليات منصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري

أولا - شكل التعرض:

يعد التعرض ضد مسطرة تحفيظ ملك معين إجراء قانونيا خطيرا قد يهدد ملكية طالب التحفيظ والمستفيد من الإيداع طبقا للفصل 84 من ظ.ت.ع. وتقديرا لتلك الخطورة يجب على المحافظ على الأملاك العقارية التحري والضبط قبل التصريح بالتعرض، وهذا التصريح سواء كان كتابيا أو شفويا، فإنه يجب أن يتضمن البيانات التالية حسب الفصل 25 من قانون التحفيظ العقاري:

1 - أنظر المادة 3 من المرسوم رقم 2.13.18 الصادر في 16 من رمضان 1435 (14 يوليو 2014) في شأن إجراءات التحفيظ العقاري؛ الجريدة الرسمية عدد 6277 بتاريخ 30 رمضان 1435 (28 يوليو 2014)، ص 6119.

2 - خلافا لما عليه الأمر قبل التعديل، حيث كانت التعرضات تقدم لجهات متعددة وهي المحافظ العقاري بصورة أصلية ثم لدى المحكمة الابتدائية أو لدى قاضي التوثيق وحتى لدى القيادات بصورة استثنائية على أن تقوم هذه الجهات ببعث هذه التعرضات للمحافظة العقارية، غير أن تعدد هذه الجهات وكذا المحافظة العقارية كان يخلق مجموعة من المشاكل في وجه المتعرضين وحتى بالنسبة للمحافظات، ذلك أن السلطات المحلية وحتى المحكمة غير متخصصة في كيفية تقبل التعرضات الخاصة إذا كانت شفوية، الأمر الذي ينتج عنه عدم دقة محضر مطلب التعرض، كما أن الرتبة الإدارية من شأنها أن تؤخر كثيرا في توجيه هذه التعرضات إلى المحافظة قصد تسجيلها بسجل التعرضات في الوقت المناسب، مما قد يؤدي إلى عدم قبول هذه التعرضات وبالتالي ضياع حقوق أصحابها، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إلغاء اختصاص هذه الجهات في قبول التعرضات واقتصار تقديمها إما للمحافظ على الأملاك العقارية وإما للمهندس المساح الطبوغرافي أثناء إجراء التحديد التي يقع العقار المتعرض على تحفيظه في دائرتها.

1 - الاسم العائلي والشخصي للمتعرض، وحالته المدنية وعنوانه الحقيقي أو المختار.

2 - بيان العقار موضوع التعرض مع ذكر موقعه واسمه ورقم مطلبه.

3 - طبيعة ومدى الحق المدعى به عن طريق توضيح هل يتعلق الأمر بتعرض كلي أم جزئي أم على حقوق مشاعة مع ذكر مقدار هذه الحقوق.

4 - بيان السندات والوثائق المدعمة لطلب التعرض (عقود القسمة، رسوم

الميراث العدلية، رسوم الهبات والوصايا، الإذن القضائي ببيع العقار)

ويمكن أن تسلم لطالبي التحفيظ والمتدخلين في المسطرة بطلب منهم، صور شمسية للوثائق المدلى بها من طرف المتعرضين، ويجب على المتعرضين أن يودعوا السندات والوثائق المثبتة لهويتهم والمدعمة لتعرضهم مع أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو الإدلاء بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاؤ أجل التعرض وإلا تم إلغاء هذا التعرض.¹

ثانيا- آجال التعرض:

لتحديد الأجل القانوني لتقديم التعرض لا بد من الرجوع إلى النصوص التشريعية المنظمة له وذلك من خلال ما ورد في ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07، بالإضافة إلى بعض القوانين العقارية الخاصة.

1 - وإذا قدم التعرض من شخص لفائدة غيره وجب في هذه الحالة على هذا الشخص أن يدلي بما يثبت هويته، وإذا كان التعرض لمصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب والمفقود وغير الحاضر يتعين عليه أن يثبت صفته كولي أو وصي أو وكيل الغياب أو مقدم، بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالحالة المدنية لمن ينوب عنهم وكذا الوثائق المؤيدة للحق موضوع التعرض، أما إذا تعلق الأمر بشركاء في الإرث فإن أي من الشركاء له حق التعرض باسمه وبصفته نائباً عن باقي الورثة على أن يدلي بالإرث والعقود والوثائق التي تثبت حق كل واحد منهم

أ - التعرضات العادية

بخصوص أجل التعرض العادي فقد ورد في شأنه أجل محدد نص عليه ظهير التحفيظ العقاري كما وردت في شأنه آجال أخرى تم التنصيص على غالبيتها في قوانين خاصة.

1 - الأجل العادي للتعرض وفق ظهير التحفيظ العقاري

ينص الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بقانون 14.07 على ما يلي: "يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك من قبل". وهكذا يتضح أن التعرض يقدم داخل أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد المؤقت في الجريدة الرسمية، لكن هذا الأجل هو فقط للأشخاص الذين لم يعلموا قبل هذا التاريخ بانطلاق مسطرة تحفيظ تتعلق بعقار معين، فالمرجع إذا منح لهؤلاء أجل شهرين قصد استدراك الوقت الذي فاتهم¹، علما أنه من الممكن لكل شخص يدعي حقا من الحقوق المشار إليها في الفصل 24 من ظ ت ع تقديم التعرض منذ تقديم طالب التحفيظ لطلبه بمعنى أن المدة العادية المسموح بها لإيداع التعرضات تبتدئ من إيداع مطلب التحفيظ وتستمر إلى غاية انتهاء أجل شهرين بعد نشر الإعلان عن انتهاء التحديد، وهذا ما يستشف من العبارة الواردة في الفصل المشار إليه أعلاه التي يقول فيها المشرع: "إن لم يكن قام بذلك من قبل"

1 - إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07. منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2016، ص 46

وعليه فإنه لا يمكن قبول التعرض إلا إذا قدم داخل الأجل المحدد في الفصل أعلاه، أي منذ تقديم مطلب التحفيظ إلى غاية انتهاء أجل شهرين بعد نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية، وهذا يظهر من خلال الفصل 27 من ظهير التحفيظ العقاري الذي نص على أنه: "لا يقبل أي تعرض باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصل 29 بعد انصرام أجل شهرين يبتدئ من تاريخ نشر الإعلان المذكور في الفصل 23 من هذا القانون بالجريدة الرسمية."

2- الأجل العادي للتعرض في القوانين الخاصة

لقد سبقت الإشارة إلى أن هناك بعض الآجال الخاصة التي يقدم فيها التعرض والتي تم التنصيص عليها في قوانين خاصة، بحيث ارتأى المشرع المغربي تنظيم بعض المجالات بقوانين خاصة، وعليه عمد إلى تخصيصها بقواعد تنظيمية تتماشى مع المطلوب في تلك الحالات ونذكر ما يلي:

• التعرض على مسطرة التحفيظ الإجمالي

من المعلوم أن التحفيظ العقاري في المغرب أمر اختياري،¹ بمعنى أن المالك مخير للالتجاء إلى نظام التحفيظ العقاري وعدم الالتجاء إليه، إذ أن المشرع المغربي أوجد استثناء لهذه القاعدة العامة يجعل التحفيظ إجباريا في بعض الحالات الاستثنائية ورد في شأنها نص صريح يقضي بذلك.

وقد نظم المشرع المغربي ما يتعلق بالتحفيظ الإجمالي بمقتضى الفرع السادس من الباب الثاني من ظهير التحفيظ العقاري تحت عنوان "التحفيظ الإجمالي" والذي أضيف إلى ظهير التحفيظ العقاري بالمادة 3 من القانون 14.07،

1- جاء في الفصل 6 من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون 14.07: "إن التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب للتحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقا

وهكذا حدد المشرع المغربي أجل التعرض بالنسبة للعقارات الموجودة بمناطق التحفيظ الإجباري والتي تكون في طور التحفيظ في الفصل 16 و 51 بقوله: "تقبل التعرضات داخل أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية للإعلان عن إيداع اللائحة والتصميم التجزييين بمقر السلطة المحلية".

• التعرض على مسطرة ضم الأراضي الفلاحية

ينص الفصل 20 من المرسوم التطبيقي¹ لظهير² 30 يونيو 1962² المتعلق بضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض على الآتي: "لا يقبل -بعد مضي 6 أشهر تبتدئ من يوم نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على تصميم الضم- أي تعرض أو طلب للتقييد..."

وهكذا فالأجل القانوني لتقديم التعرضات بالنسبة لطلبات التحفيظ المتعلقة بضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض محدد في ستة أشهر تبتدئ من تاريخ نشر مرسوم المصادقة على تصميم الضم بالجريدة الرسمية.

• التعرض على مسطرة التحديد الإداري لأموال الدولة

في الواقع يتميز التعرض على مسطرة التحديد الإداري على نظيره المتعلق بمطلب التحفيظ والمنصوص عليه في ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 في مجموعة من النقاط على الرغم من وحدة الأهداف العامة

1 - مرسوم رقم 2.62.240 صادر في 22 صفر 1382 (25 يوليوز 1962) ومنشور في الجريدة الرسمية عدد 2527 بتاريخ 1962/08/03، ص 1844

2 - الظهير الشريف رقم 1.62.105 بشأن ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض، الصادر بتاريخ 27 محرم 1382 الموافق ل 30 يوليوز 1962 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2595 بتاريخ 27 يوليوز 1962، ص 1705

بينهما، ولعل من بين أبرز هذه النقاط نجد ما يتعلق بأجل التعرض،¹ وهكذا نظم المشرع المغربي ما يتعلق بالتعرض على مسطرة التحديد الإداري لأمالك الدولة بمقتضى ظهير شريف مؤرخ في 26 صفر 1934 الموافق ل 2 يناير 1916 من تاريخ نشر الإعلان بالتحديد في الجريدة الرسمية، هذا مع العلم أنه من حق المتعرض خلال مرحلة التحديد أن يقدم تعرضه مباشرة أثناء جريانها للجنة المكلفة بالتحديد، أو إلى السلطة المحلية التي يودع لديها المحضر الذي أنجزته اللجنة. بالإضافة إلى احترام المتعرض للأجل المذكور أعلاه يتعين تأكيد التعرض عن طريق مطلب للتحفيظ داخل نفس الأجل.

• التعرض على مسطرة التحفيظ الجماعي للأمالك القروية

بخصوص الأجل اللازم على المتعرض التقيد به في تقديم تعرضه على مسطرة التحفيظ الجماعي للأمالك القروية هو نفس الأجل المقرر في الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 14.07، وذلك بمقتضى الإحالة الواردة في الفصل 8 من ظهير 25 يوليوز 1969.

ب: التعرضات الاستثنائية

يستطيع كل من يدعي حقا على عقار في طور التحفيظ أن يتدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق تقنية التعرض داخل الأجل المحدد بمقتضى الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري، أما إذا انقضى هذا الأجل فإنه يبقى له مجرد حق احتمالي، بحيث أن المحافظ على الأملاك العقارية هو الذي يملك سلطة قبول أو رفض هذا التعرض.²

1 يونس بن المداني وفاطمة أجروود، إشكالية التعرض على مسطرة التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، ص 79↑.

2- إدريس الفاخوري، م س، ص 47

وهكذا ينص الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري والذي نسخ النص السابق بمقتضى القانون 14.07 على ما يلي: "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة ألا يكون قد وجه الملف إلى المحكمة الابتدائية.

يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية، بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل، وبال عقود والوثائق المدعمة لتعرضه. كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية. ويكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي."

من خلال هذا الفصل نلاحظ أن المشرع قوى من صلاحيات المحافظ في الوقت الذي قصر من دور القضاء ويتجلى ذلك أولاً باستبعاد دور النيابة العامة في قبول التعرضات الاستثنائية، لأن الفصل 29 الملغى كان يخول لوكيل الملك إمكانية قبول التعرض خارج الأجل في الحالة التي يكون فيها الملف قد أحيل على المحكمة المختصة. وثانياً من خلال عدم الأخذ بما تضمنه مشروع القانون كما أعدته الحكومة في صيغته الأولى التي كانت تخول رئيس المحكمة قبول هذا النوع من التعرضات بناء على أمر قضائي يصدره طبقاً للفصل 148 من قانون المسطرة المدنية. كما يلاحظ بأن المشرع ألزم المتعرض بضرورة الإدلاء بالوثائق المعززة لطلبه. وتتميز هذه الوثائق بالتنوع، فهناك الوثائق التي تبرر الأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل القانوني، كما يتعين عليه الإدلاء بالوثائق أو الحجج المدعمة لطلبه أيضاً.

المطلب الثاني: قرارات المحافظ العقاري في البت بشأن التعرضات

يتمتع المحافظ على الأملاك العقارية بصلاحيّة قبول التعرض إن كان مستوفيا لشروطه القانونية أو برفضه أو إلغائه .

الفقرة الأولى: قرارات المحافظ بقبول التعرض

إن تقديم طلب التعرض إلى المحافظة العقارية مستوفيا لجميع الشروط الشكلية والجوهرية المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، يفرض على المحافظ اتخاذ قرار يقضي بقبول التعرض، واتخاذ هذا القرار لا يفيد إثبات الحقوق المدعى بها من قبل المتعرض أو نفيها على طالب التحفيظ، ولكنه يفيد بوجود النزاع بشأن العقار أو الحق موضوع مطلب التحفيظ، الشيء الذي يفرض على المحافظ الشروع في مسطرة التبليغ المنصوص عليها في الفصل 31 من ظ.ت.ع، إذ يتوجب على المحافظ عندما تكون هناك تعرضات أن يبلغ فورا نسخة من مضمونها إلى طالب التحفيظ الذي بإمكانه الإطلاع على الوثائق والمستندات المؤيدة لطلب التعرض بالمحافظة أو بعين المكان من أجل تحديد موقفه منها، وذلك قبل انصرام الشهر الموالي لانتهاؤ أجل التعرض .

وموقف طالب التحفيظ من التعرض لا يخرج عن حالتين، إما إثبات رفع التعرض أو التصريح بقبول التعرض.

ففي الحالة الأولى بإمكان طالب التحفيظ أن يتقدم لدى المحافظة ويثبت بأنه قد رفع التعرض وهذا يفيد بأن طالب التحفيظ قد وضع حدا لحالة التعرض وقام بتصفية النزاع بالوسائل الحبية مع المتعرضين.

والوسيلة العملية التي تمكن المحافظ من التأكد من رفع التعرض هي أن يتقدم المتعرضون أنفسهم بطلب خطي يفيد إلغاء التعرض أو سحبه، أو يصرحون شخصيا لدى المحافظ بتراجعهم عن التعرض، حيث يقوم المحافظ بإثبات ذلك في

محضر بعد التأكد من هويتهم، ومن مدى قانونية هذا التنازل ويقرر التشطيب عليه.

أما في الحالة الثانية والمتعلقة بالتصريح بقبول التعرض فإنه إذا ارتأى طالب التحفيظ من خلال إطلاعهم على الوثائق والرسوم التي أدلى بها المتعرض إلى المحافظة تأييدا لتعرضه، بأن هذا الأخير محق في تعرضه، قد يعمد إلى قبول هذا التعرض بدلا من اللجوء إلى المحكمة وإطالة النزاع دون جدوى، ويتوجب على طالب التحفيظ في هذه الحالة تقديم تصريح بقبول التعرض، حيث يقوم المحافظ بتسجيل هذا التصريح في محضر يوقعه طالب التحفيظ ثم يقوم بتسجيل العقار تبعا لهذا التصريح، وإذا انتهت مدة الشهر دون أن يبدي طالب التحفيظ بتصريح يثبت صحة التعرض أو قبوله، يعمد المحافظ إلى إجراء صلح بين الأطراف قبل توجيه الملف إلى المحكمة.

الفقرة الثانية: قرارات المحافظ برفض أو إلغاء التعرض:

أولا: رفض التعرض لتقديمه خارج الأجل:

طبقا لما ورد في الفصل 27 من ظ.ت.ع فإنه يجوز للمحافظ رفض أي تعرض لم يقدم في الأجل القانوني المتمثل في الشهرين المواليين لتاريخ نشر انتهاء عملية التحديد في الجريدة الرسمية، إلا أن المشرع واستثناء من هذه القاعدة خول للمحافظ إمكانية قبول التعرض ولو قدم خارج الأجل (الفصل 29 من ظ.ت.ع) مادام لم يبعث بالملف إلى المحكمة.

وقرار المحافظ بقبول التعرض خارج الأجل لا يحتاج إلى تعليل مادام أنه يستجيب لرغبة المتعرض، كما لا يحق لطالب التحفيظ الطعن في قرار المحافظ بقبول التعرض خارج الأجل.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الاستثناء لا يعني أن المحافظ ملزم بقبول أي تعرض قدم خارج الأجل مادام الملف مازال بحوزة المحافظة ولم يبعث بعد إلى المحكمة، بل هو استثناء يمنح المحافظ إمكانية قبول التعرض إذا ارتأى أن التبريرات والأسباب التي أدلى بها المتعرض ومنعته من تقديم تعرضه داخل الأجل مقبولة، أو رفض التعرض إذا ارتأى العكس.

كما أن قبول التعرض خارج الأجل ليس رهينا بوجود تعرضات أخرى وهو ما نستنتجه من خلال الفصل 29 من ظ.ت.ع والذي ينص على أنه: "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية."

وتبقى الحالة الوحيدة التي تمنع المحافظ من قبول التعرض خارج الأجل هي توجيه الملف إلى المحكمة أو تأسيس الرسم العقاري، وينبغي على المحافظ حين إصداره لقراره ذلك مراعاة ما يمكن أن يلحق المتعرض من ضرر في حالة صحة تعرضه، فلا يتعسف في رفضه دون مبرر معقول، خصوصا وأن قراره برفض التعرض خارج الأجل لا يقبل أي طعن.

ثانيا: إلغاء التعرض لعدم الإدلاء بالمستندات المؤيدة وعدم أداء الرسوم القضائية:

قبل تعديل وتتميم وتغيير ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري بمقتضى القانون رقم 14.07 كان ينص الفصل 32 منه على وجوب إدلاء المتعرض بالمستندات المؤيدة لتعرضه داخل أجل ثلاثة أشهر من إنذار المحافظ له بوجوب

تقديم هذه المستندات، وإذا انقضت هذه المدة دون أن يدلي بها، فإن المحافظ يستطيع بعد البحث والتحري إما الإبقاء على التعرض أو إلغائه، كما نص على أن التعرض يعتبر لاغيا إذا لم يؤد المتعرضون الذين لم يحصلوا على المساعدة القضائية أو لم يطلبوها على الأقل الوجيبة القضائية ورسم الدفاع المحددين في الظهير المتعلق بالمصاريف القضائية وذلك داخل نفس الأجل.¹

أما بعد التعديل المذكور، فقد أصبح الفصل 32 من الظهير يقضي بأن: "يعتبر التعرض لاغيا وكأنه لم يكن إذا لم يقدم المتعرض خلال الأجل المنصوص عليه في الفصل 25 من هذا القانون الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية."

وبالتالي يتضح بأن المشرع لم يعد يستوجب توجيه المحافظ إنذارا للمتعرض للإدلاء بالحجج المؤيدة لتعرضه، وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإنذار، وألغى إمكانية قبول المحافظ للتعرض رغم عدم تقديم المستندات المؤيدة خلال هذا الأجل، حيث اعتبر التعرض لاغيا بمجرد انصرام الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض دون تقديم المتعرض للحجج المؤيدة لتعرضه، ودون أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية. وبهذا الخصوص لم يعد بإمكان المحافظ تخفيض الوجيبة القضائية بناء على طلب من

1 - مما طرح التساؤل مرارا حول أمرين اثنين:

فحوى هذا البحث الذي يقوم به المحافظ، خاصة وأن المستندات والوثائق المؤيدة للتعرض غير موجودة، والمشرع بدوره لم يبين المجال الذي يمكن للمحافظ البحث فيه. مدى عدالة قرار المحافظ بإلغاء التعرض لعدم أداء المصاريف القضائية بالنسبة للمتعرض الذي لم يستطع أداء الوجيبة القضائية أو لم يطلب المساعدة القضائية لأنه لا يعرف إجراءاتها.

المتعرض وحسب تقديره لأهمية النزاع كما كان عليه الأمر قبل التعديل، وقرار المحافظ بإلغاء التعرض في هذه الحالة قرار نهائي ولا يقبل الطعن. وهنا ينبغي التذكير بأنه لا يثبت الحق للمحافظ في رفض التعرض اعتماداً على تقديره للوثائق والرسوم المدلى بها من طرف المتعرض تحت طائلة اعتبار قراره مشوباً بعيب عدم الاختصاص، حيث صلاحية المحافظ لا تمتد للبت في أصل الحقوق لأنها من صميم الوظيفة القضائية.

ثالثاً: إلغاء التعرض استناداً لحكم قضائي:

عندما يتعذر إجراء صلح بين المتنازعين يقوم المحافظ بإرسال ملف التحفيظ إلى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرة نفوذها العقار المتعرض على تحفيظه، للبت بشأن التعرض، وفي الحالة التي يصدر فيها عن هذه الأخيرة حكم نهائي يقضي بعدم صحة التعرض فإن المحافظ يكون مجبراً على إلغاء التعرض والتنشيط عليه من سجل التعرضات استناداً للحكم الصادر بهذا الشأن

المبحث الثاني: التعرضات خلال المرحلة القضائية

تبتدئ المرحلة القضائية في حالة وجود تعرضات على مطلب التحفيظ لم يستطع طالب التحفيظ رفعها تراضياً عن طريق الصلح أو صدور قرار من المحافظ إما برفض مطلب التحفيظ أو باعتبار التعرض لاغياً. ويقتصر الطعن القضائي في الأحكام الصادرة في التعرضات، وبصفة عامة في مادة التحفيظ العقاري، على الطعن بالاستئناف والنقض دون غيرها من طرق الطعن طبقاً للفصل 109 من ظ.ت.ع.

وعليه فالفصل في التعرضات خلال المرحلة القضائية يعرف ثلاث مراحل: مرحلة ابتدائية، مرحلة استئنافية ومرحلة النقض.

المطلب الأول: إحالة الملف على المحكمة الابتدائية

بعد أن يتم إحالة الملف إلى المحكمة الابتدائية المختصة تبادر كتابة الضبط إلى تسجيله في سجل الدعاوى، و يعطى له رقما خاصا، بالإضافة إلى الرقم التسلسلي الذي سجل به في ذلك السجل مع بيان تاريخ تسجيل الدعوى، ثم يتم عرض الملف على رئيس المحكمة الذي يقوم بدوره بتعيين قاض مقرر يكلف بالقيام بالإجراءات اللازمة (الفقرة الأولى) من أجل جعل القضية جاهزة للحكم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : دور القاضي المقرر في تحضير القضية

يعتبر تعيين القاضي المقرر من بين إحدى خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري، حيث يكلف بتحضير القضية للحكم و اتخاذ جميع الإجراءات المناسبة لهذه الغاية، ويشبه دور القاضي المقرر في مادة التحفيظ العقاري دور قاضي التحقيق فله حق اتخاذ أي إجراء يراه ضروريا قصد الوصول إلى الحقيقة التي ستمكن المحكمة من البث في القضية، و بالرجوع إلى الفصل 34 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل بالقانون 14.07 نجد أن القاضي المقرر يتمتع بصلاحيات واسعة للقيام بجميع الإجراءات التي يراها مناسبة، ولهذا فبمجرد ما يتم تعيينه يقوم بتسلم ملف القضية مع جميع الوثائق المرفقة، و يشرع في ممارسة مهامه المنصوص عليها في الفصل 34 من نفس الظهير.

ويحق لأطراف النزاع أثناء تجهيز الملف في المرحلة الابتدائية أن يتقدموا بجميع الوثائق و الرسوم المؤيدة لطلباتهم إضافة إلى ما سبق أن مكنوا المحافظ منه.

وتتمحور مهام قاضي المقرر بهذا الخصوص في دراسة القضية و تفحص كل الوثائق التي يتضمنها ملف التحفيظ الذي يحتوي على عدد هام من الوثائق،

منها ما يتعلق بطالب التحفيظ ومنها ما يخص المتعرضين، وكذا ما هو منجز من قبل المحافظ، كما يمكنه إجراء بحوث بمكتبه والاستماع إلى الأطراف والشهود لتوضيح النزاع بصفة أدق، ومطالب التعرض على الخصوص إذا لم تكن واضحة، إذ غالباً ما يكتفي المتعرضون بتقديم تعرضاتهم دون تحديد موضوعها ومجالها الشيء الذي يتطلب من القاضي المقرر استدعائهم من أجل تحديد ذلك وأثناء حضور الخصوم يمكن أن يطلب منهم الإدلاء ببعض العقود، كما يمكن أن يحدد لهم أجل لرفع دعوى الزور فيما إذا ادعى أحدهم بذلك في عقد من العقود الرسمية، وكما هو منصوص عليه في الفصل 37 فإن المشرع ترك المجال واسعاً أمام القاضي المقرر لاتخاذ كل الإجراءات المفيدة ومن هذه الإجراءات الاستماع إلى الأطراف والشهود في المكتب إلا أنه من الأفضل الاستماع إليهم في عين المكان، حيث يمكن تحديد البقعة أو الحدود المعنية بالأمر عن يقين.¹

وإذا توصل القاضي المقرر إلى أن النزاع معقد وأنه يتعلق بمساحة العقار أو على مشتملاته أو حدوده أو من أجل إجراء تطبيق بعض الرسوم على العقار، وحينما تظهر ضرورة القيام بالبحث في عين المكان، فإن القاضي المقرر يصدر بذلك أمراً قضائياً بالوقوف على عين المكان بحضور المجاورين والسلطات المحلية والجماعية ويحدد المبلغ الواجب إيداعه.

ويتم هذا الإيداع في كتابة ضبط المحكمة خلال مدة معينة، ويرجع أمر تحديد الطرف الملزم بالإيداع لتقدير القاضي المقرر.

وبعد الأداء يتم إصدار أمراً قضائياً باستدعاء الأطراف للحضور في عين المكان أو وكلائهم ويعلن يوم و ساعة التوجه إلى العقار المتنازع في شأنه لإجراء

1 - محمد خيرى، مرجع سابق ص 232

البحث، ويجب إخبار السلطة المحلية للتواجد في عين المكان للحفاظ على الأمن وللدلاء بكل البيانات المفيدة.

وإذا كان التحقيق في عين المكان يتطلب حضور مهندس يمكن للقاضي المقرر طلب مساعدة مهندس مساح طبوغرافي محلف من جهاز المسح العقاري، كما تم التنصيص عليه في الفصل 34، وذلك في حالة وجود خلاف في مساحة العقار أو حدوده أو تداخل عقارين، كما يمكن له انتداب أحد القضاة الواقع العقار بدائرتة للقيام بالكشف المحلي.¹

وملاحظات القاضي الشخصية لها أهمية كبرى، حيث تعتمد عليها المحكمة غالباً لتقدير قيمة تصريحات الأطراف.²

كما يقوم بتطبيق الرسوم المقدمة على العقار، ثم تعيين أجزاء العقار التي ينطبق عليها كل رسم.

ويتدخل القاضي المقرر بكيفية حكيمة لحسم النزاع عن طريق إبرام صلح بين الأطراف، وإذا وافق طالب التحفيظ على التعرض تم التصريح به طبقاً للفصل 84 و إذا تنازل المتعرض عن تعرضه ففي هذه الحالة يكتفي بالإشهاد على موافقة طالب التحفيظ أو بتنازل المتعرض و يحال الملف على المحافظ لبيادر عند الاقتضاء الى اتخاذ قرار بالتحفيظ (الفصل 37).

وعند انتهاء القاضي المقرر من جميع الإجراءات التي قام بها أثناء تنقله وبمجرد رجوعه إلى مكتبه يقوم بمراجعة العمل الذي قام به في عين المكان ويصححه ويحرر بذلك محضراً يراعي فيه الدقة و الوضوح، لأنه سيضاف إلى

¹ - مهدي الجم، التحفيظ العقاري في المغرب، الطبعة الثانية، مكتبة الطالب الرباط 1980 ص 70

² - محمد خيرى، مرجع سابق ص 239

التقرير النهائي الذي ينبغي إنجازه عندما تنتهي جميع إجراءات البحث وتصبح القضية جاهزة للحكم.¹

الفقرة الثانية : صدور الحكم في القضية

وبمجرد ما تصبح القضية جاهزة للحكم يقوم القاضي المقرر بتعيين اليوم الذي ستعقد فيه جلسة الحكم ثم يوجه كاتب الضبط إعلاما إلى الأطراف قبل ميعاد انعقاد الجلسة بثمانية أيام على الأقل، وهذا ما نص عليه الفصل 35 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل و المتمم بالقانون 14.07.

ويعتبر حضور الأطراف غير إلزامي ما لم يطلب الاستماع إليهم مرة أخرى عند الضرورة، كما أن للنيابة العامة أن تقدم مستنتاجاتها في قضايا التحفيظ العقاري إن طلبت ذلك إما شفويا أو كتابيا، وقد يقرر القاضي المقرر إحالة الملف عليها من أجل الإدلاء بمستنتاجاتها، وقد تكتفي بالتماس تطبيق القانون ومن خلال الفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري يتضح أن تبليغ النيابة العامة غير إلزامي في قضايا التحفيظ العقاري إلا إذا كان هناك نص يوجب ذلك.²

وبانعقاد الجلسة في اليوم المحدد يقوم القاضي المقرر بتلاوة تقريره، حيث يستعرض بإيجاز موضوع الدعوى و أطرافها و النقط التي يجب على المحكمة أن تفصل فيها دون أن يبدي رأيه في القضية، إذ أن موقفه يكون موقفا محايدا بالنسبة للقضية و يعود القاضي الحكم إبداء الرأي و البث فيها.

¹ - محمد خيرى، مرجع سابق ص 248

² - وقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "لا يقتضي النص الجديد للفصل 42 من ظهير 12 غشت 1953 المتعلق بالتحفيظ العقاري تبليغ الملفات إلزاميا إلى النيابة العامة، كما أن الفصل 45 من نفس الظهير لا يوجب عليها أن تقدم في قضايا التحفيظ ملتزمات كتابية" حكم مدني رقم 16 بتاريخ 13 ابريل 1961 أشار اليه، محمد خيرى، مرجع سابق، ص 253

وتجدر الإشارة إلى أن عدم تلاوة القاضي المقرر لتقريره لا يؤثر على صحة الحكم الابتدائي¹.

ويجب أن تقيد المحكمة في حكمها بمجال التعرض في حدود الحق المطالب به، حيث تبت فيه بالشكل الذي حدده المحافظ،² كما لا تمتد صلاحية المحكمة إلى التحري عن صحة مطلب التحفيظ،³ بل هي قاصرة على البحث في التعرضات و مدى صحتها حيث لا يمكن أن ينتج عن الحكم الاعتراف للمتعرض بحقوق خارج مطلب التحفيظ، ويكون الحكم في هذا الإطار عرضة للطعن.

وتتميز المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري بكون التبليغ يجب أن يتم داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدور الحكم عملاً بمقتضيات الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري، ويتم التبليغ وفقاً للشكل المقرر في المسطرة المدنية.

ويتعين في هذا الإطار إبراز النقاط التالية:

¹ - حيث جاء في قرار لمحكمة النقض " لكن حيث أن عدم عرض المقرر للقضية عند افتتاح المناقشات أمام المحكمة الابتدائية باعتباره إجراء مسطرياً لا تأثير له على سلامة الحكم الابتدائي «قرار محكمة النقض عدد 478 المؤرخ في 2-15 مدني عدد 3081-1-1-2003 غير منشور أشار إليه، عمر أزوكار، مرجع سابق، ص 218

² - جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "لكن حيث أن قبول التعرض من حيث الشكل موكول لسلطة المحافظة على الأملاك العقارية عملاً بالفصل 24 و ما يليه من ظهير التحفيظ العقاري، وأنه بمقتضى الفصلين 37 و 45 من نفس القانون فإن المحكمة إنما يقتصر دورها على البث في وجود الحق المدعى به من التعرض ونوعه ومحتواه ومداه، و لذلك فإن القرار المطعون فيه بتأييده للحكم الابتدائي القاضي بصحة التعرض يكون قد طبق هذين الفصلين، ولم يخرق القاعدة المسطرية المستدل بها و الوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار" قرار محكمة النقض عدد 2530 المؤرخ في 28-9-2005 ملف مدني عدد 4170-1-1-2003 غ.م غير منشور، أشار إليه عمر أزوكار مرجع سابق ص 208

³ - "محكمة التحفيظ لا تبت إلا في التعرضات المحال عليها من المحافظ أو المسطرة في شهادة التعرض، و لا تملك حق النظر في سلامة المسطرة الإدارية التي يقوم بها المحافظ." قرار عدد 1774 بتاريخ 14-4-1999 غير منشور، أشار إليه عبد العزيز توفيق، التشريع العقاري والضمانات، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد سطات 2012، ص 159

-انه لم يعد من اللازم أن يقع التبليغ بالموطن المختار، كما كان ينص عليه الفصل 40 قبل التعديل بل يمكن أن يباشر طبقا للشكل المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية.

-لم يعد واجبا الإشارة في التبليغ إلى أنه بالإمكان الطعن بالاستئناف داخل أجل شهر تحت طائلة البطلان، كما لا يمكن اللجوء في مسطرة التبليغ إلى القيم، لأن المتعرض ملزم بالإدلاء بالموطن المختار إلى المحافظ العقاري، وجميع التبليغات والإجراءات التي تباشر في هذا الوطن تعد صحيحة

وتكون هذه الأحكام قابلة للاستئناف أيا كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه وهذا ما نص عليه الفصل 41، و لذلك فقد أوجب المشرع بمجرد صدور الحكم وقبل انصرام ثمانية أيام، أن يبلغ ملخصه إلى طالب التحفيظ وإلى جميع المتعرضين، وذلك وفق الشكل المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية (الفصل 40).

المطلب الثاني: الطعون في قضايا التحفيظ العقاري

أجاز المشرع المغربي للأطراف بممارسة طرق الطعن في الأحكام بما فيها الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري، حيث تكون الأحكام الابتدائية قابلة للطعن فيها بالاستئناف بينما تكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن فيها بالنقض، ولا تصبح القرارات الصادرة في هذا النوع من القضايا قابلة للتنفيذ من قبل المحافظ العقاري إلا بعد أن تصبح حائزة لقوة الشيء المقضي به.

الفقرة الأولى: الطعن بالاستئناف ضد الأحكام العقارية الابتدائية

بعد تبليغ الحكم الابتدائي إلى طالب التحفيظ والمتعرضين وفق ما نص عليه مقتضيات الفصل 40 من القانون 14.07، يمكن آنذاك استئنافه داخل أجل 30 يوما من تاريخ التوصل حسب الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية.¹

أولا: في الطعن بالاستئناف

على خلاف القواعد العامة المقررة في الفصل 19 من ق.م.م.² فإن الفصل 41 من القانون رقم 14.07 نص على أن الاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري مقبول في سائر الأحوال ومهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه .

والاستئناف كما يكون أصليا قد يكون فرعيا يثار بسبب الاستئناف الأصلي وفي سائر أطوار المناقشات وفي جميع الأحوال إلا إذا كان القصد من رفعه تأخير البث في استئناف الأصلي وذلك حسب الفصل 135 من ق.م.م.³ أما التعرض وتعرض الغير الخارج عن الخصومة فهما غير مقبولين في المرحلة الاستئنافية.

والاستئناف في هذه القضايا له أثرين أحدهما واقف، يوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، والآخر له أثر ناشر ينشر الدعوى من جديد أمام

1 - يقضي الفصل 40 من قانون التحفيظ العقاري على أن استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة ي قضايا

التحفيظ العقاري يجب ان يراعي الأجل المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية

2 - ينص الفصل 19 من ق.م.م على انه: "تخص المحاكم الابتدائية بالنظر:

-ابتدائيا مع حفظ حق الاستئناف أمام غرفة الاستئنافات بالمحاكم الابتدائية إلى غاية عشرين ألف درهم(20.000درهم)

-ابتدائيا مع حفظ الاستئناف أمام المحاكم الاستئنافية في جميع الطلبات التي تتجاوز عشرين ألف درهم(20.000 درهم)

3- عبد العلي العبودي، نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالمملكة المغربية، منشورات

جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1983، ص 51

محكمة الاستئناف، ورغم أن المشرع المغربي لم ينص على هذين الأثرين في قانون التحفيظ العقاري إلا أن المنطق يقتضي إعمالهما وفق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.¹

أما الأحكام التمهيدية والأحكام العارضة فإنها لا تستأنف إلا وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 140 من ق.م.م.

ثانياً: إجراءات الدعوى أمام محكمة الاستئناف

يقدم الاستئناف أمام كتابة ضبط المحكمة الابتدائية مصدرة الحكم المطعون فيه حسب الفصل 141 من ق.م.م، ويكون ذلك إما بواسطة تصريح شفوي أو مقال كتابي،² والمستأنف هو حر عملية تنصيب مقام للدفاع عنه من عدمه.³

ويتم توجيه الملف المطعون فيه مع نسخة من الحكم المطعون فيه بدون مصاريف إلى محكمة الاستئناف المختصة، حيث يعمد الرئيس الأول إلى تعيين مستشار مقرر، يتولى تحضير القضية حسب ما نص عليه الفصل 42 من قانون التحفيظ العقاري.

1 - انظر الفصل 134 من ق.م.م وللمزيد حول هذا الموضوع انظر: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الخامسة 2009، ص 280.

2 - عمر ازوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2011، ص 106

3 - محمود ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1990

ويلعب المستشار المقرر دورا مهما في قضايا التحفيظ العقاري بحيث هو من يتولى تحضير القضية، وينذر هذا الأخير المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه داخل أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما مضافا إليها بعد المسافة، هذا إن لم يكن المستأنف قد فعل ذلك عند الاستئناف، وإذا لم يؤدي الإنذار المذكور أية نتيجة إيجابية فإن الاستئناف يعتبر غير مقبول ثم يستدعي المستشار الأطراف المعنية بالأمر للإطلاع على ما أدلى به المستأنف، لإبداء منازعاتهم ووسائل دفاعهم خلال أجل آخر مماثل حسب ما جاء في الفصل 42 من ق.ت.ع

إلا ان المشرع لم يحدد لنا شكل الاستدعاء المنصوص عليه الفصل أعلاه وطريقة تبليغه ولا الجهة المكلفة بذلك، إلا انه في هذه الحالة يجب الرجوع الى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وبالخصوص (الفصول 36،37،38،39).

وينص الفصل 43 من قانون التحفيظ العقاري على أنه يجوز للمستشار المقرر اتخاذ كافة التدابير المكتملة للتحقيق وذلك إما تلقائيا أو بناء على رغبة الأطراف في ذلك وله بالخصوص:

- أن يقف على العقار المدعى فيه مستعينا بمهندس مساح طبوغرافي محلف من جهاز المسح العقاري مقيد في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين وذلك طبق الشروط المحددة في الفصل 34 من ق.ت.ع.

- الاستماع إلى الشهود إما بمكتبه إن كان البحث به وإما أثناء الوقوف على

عين المكان¹

1 - عبد العلي العبودي، م.س.ص، ص 53.

-تطبيق الرسوم على عين العقار محل النزاع¹
 -دراسة كل نقط النزاع المثارة بحسب مطلب التحفيظ في المرحلة
 الابتدائية دون غيرها²
 -إخطار أطراف النزاع بإنهاء مسطرة التحقيق وإخبارهم باليوم الذي
 ستعرض فيه القضية على الجلسة للمناقشة والحكم فيها³
 وله كذلك أن ينتدب للقيام بهذه العمليات قاضيا من المحكمة الابتدائية
 شريطة موافقة الرئيس الأول وهذا القاضي يكون من المحكمة الموجود بدائرتها العقار
 أو مركز القاضي المقيم المختص إلا انه قد جرى العرف القضائي على أن لا تجرى
 التحقيقات إلا بناء على حكم صادر عن هيئة الحكم ولاسيما الانتقال إلى مكان العقار
 أو الاستماع ليمين متممة، وفي مرحلة الاستئناف لا يمكن للأطراف أن يتقدموا بأي
 طلب جديد ويقتصر التحقيق الإضافي الذي ينجزه المستشار المقرر على النزاعات
 التي سبق أن آثارها مطلب التحفيظ في المرحلة الابتدائية(الفصل 43).
 وعندما ينتهي المستشار المقرر من تحضير ملف الدعوى ويرى بأن القضية
 أصبحت جاهزة للحكم فيها يصدر قراره بالتخلي ويخبر الأطراف في عناوينهم
 المختارة باليوم الذي ستعرض فيه الجلسة العلنية وذلك قبل خمسة عشر يوما.

1 - وعملية مطابقة الرسوم والوثائق المقيدة لطلب التحفيظ أو التعرض لا يمكن ان تنجز إلا من طرف
 المستشار المقرر وبالتالي لا يمكن للخبير أن يقوم بهذه العملية التي تعد من مهام المحكمة حكما وهذا
 ما يستفاد من قرار محكمة النقض المغربية الذي جاء فيه "
 ... إن القرار المطعون فيه حينما اعتمد في قضاائه على مجرد إفادات الخبير في عدم انطباق الحكم المستدل
 به من الطاعن على المدعى فيه يكون غير مرتكز على أساس قانوني مما عرضه للنقض والإبطال".
 قرار عدد 201 منشور بتاريخ 2006/01/26 أشار إليه عمر أزوكار، م.س، ص 172.

2 - عبد العلي العبودي، م.س، ص 53

3 - عبد العلي العبودي، م.س، ص 53

ويبلغ الملف إلى النيابة العامة وذلك طبقاً للفصل 45 من قانون التحفيظ العقاري والفصل 9 من قانون المسطرة المدنية إن كان ضرورياً لتكون النيابة العامة على بينة بما يجب عليها عمله قبل الجلسة أو أثناءها.¹

وفي التاريخ المعلن من طرف المستشار المقرر تعقد محكمة الاستئناف جلستها العلنية، وتبدأ بتلاوة المستشار المقرر لتقريره المتضمن عرض القضية والمسائل التي يجب حلها من غير أن يبدي رأيه بشأنها ثم يستمع إلى الأطراف إما شخصياً أو بواسطة محاميهم ثم يستمع إلى النيابة العامة وتبث المحكمة في الحين أو بعد المداولة وقد جرى العمل على أن المحكمة لا تبث إلا بعد المداولة نظراً لما في ذلك من فائدة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن قرار محكمة الاستئناف هنا يكون دائماً حضوري ولو تخلف الأطراف ويستنتج ذلك من مفهوم المخالفة لما جاء في الفصل 45 "... دون أن يقبل أي تعرض ضد القرار الصادر".

وبعد صدور القرار الاستئنائي يبلغ وفق الكيفية المقررة في قانون المسطرة المدنية حسب الفصل 47 من ق.ت.ع

ويمكن الطعن في هذا الأخير بالنقض أمام محكمة النقض وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية

الفقرة الثانية: الطعن بالنقض ضد القرارات العقارية الإستئنافية

يعتبر الطعن بالنقض طريقاً غير عادي من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ويمكن الطعن بالنقض أمام محكمة النقض في القرارات الاستئنافية الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري التي تتجاوز قيمتها عشرون ألف

1 - عبد العلي العبودي، م.س، ص 53.

درهم وذلك وفق القواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية كما نص على ذلك الفصل 47 من قانون التحفيظ العقاري.¹

ويجب ان ترفع عريضة النقض الى محكمة النقض داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه (الفصل 358 من ق.م.م)، كما يجب أن تكون موقعة من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ويجب أن تكون مبنية على أحد الأسباب الآتية:

1- فرق القانون الداخلي

2- خرق قاعدة مسطرية أقر بأحد الأطراف

3- عدم الاختصاص

4- الشطط في استعمال السلطة

5- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل

وتأكيدا للخصوصية المسطرية التي تتمتع بها قضايا التحفيظ العقاري فإن المشرع المغربي جعل الطعن بالنقض في هذه القضايا موقفا للتنفيذ طبقا للفصل 361 من ق.م.م)

ومحكمة النقض وهي تنظر في ملف التحفيظ فإنها تقضي إما بتأييد القرار الاستئنائي، أو نقضه.

وبما أن المحافظ يعتبر هو الجهة التي أوكل إليها المشرع تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة في مادة التحفيظ العقاري، فإن القرار الصادر بشأن التعرض على مطلب التحفيظ العقاري يحال على المحافظ العقاري من أجل تنفيذه.²

1- لقد نص المشرع المغربي على القواعد الخاصة بالطعن بالنقض في الفصول من 353 الى 385 من قانون المسطرة المدنية

2- كتزة الريكوش، الإجراءات المسطرية لدعوى التعرض على مطلب التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية 2009-2010

استقلال النيابة العامة على ضوء القانون 33.17 والمواثيق الدولية

ابراهيم اشويعر

باحث بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

- طنجة -

إن استقلال النيابة العامة جاء لتحقيق الرهانات الجوهرية والأهداف الإستراتيجية الكبرى لإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، وذلك بتنزيل الورش الكبير لدستور 2011 باعتبار أن استقلال النيابة العامة كانت خطوة ضرورية وهامة لتحقيق استقلال السلطة القضائية، والذي خصص له الدستور باباً كاملاً وهو الباب السابع من الفصول 107 إلى الفصول 128، الذي ارتقى بالقضاء إلى سلطة مستقلة وقائمة بذاتها عن باقي السلطات الأخرى، وما ما يكرس استقلال القضاء بشكل عام كجهاز كامل ومتكامل من خلال المصادقة على القانون التنظيمي 33.17 الذي يقضي بنقل اختصاصات النيابة العامة من وزير العدل إلى الوكيل العام للملك ووضع الحد للتداخل الحاصل بين السياسي والقضائي،. علماً أن الاستقلال بهذا المعنى لا يشكل غاية في حد ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق العدالة، كما أنه لم يكن مطلباً مهنياً خاصاً وإنما شأنها عاماً للمجتمع بكامله، اعتباراً أن استقلال القضاء شرط أساسي للممارسة الديمقراطية، ولتحقيق استقلال السلطة القضائية المنشودة فإنه جعل قضاة

النيابة العامة يلزمون فقط بالالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن رؤسائهم وفق المادة 110 من دستور 2011، كما جعل على عاتق المجلس الأعلى للسلطة القضائية تتبع أعمال قضاة النيابة العامة من خلال التقارير المنجزة من طرف الوكيل العام للملك على اعتباره رئيسًا للنيابة العامة وإسناد مهمة ممارسة المسطرة التأديبية إليها. هو إذن الإطار والمرجعية الوطنية والدولية لهذا لاستقلال النيابة العامة؟ وما هي الرهانات والتحديات التي يعرفها مسار استقلال النيابة العامة؟

المبحث الأول: استقلال جهاز النيابة العامة على ضوء القانون 33.17

من المعلوم أن النيابة العامة مؤسسة عمومية وقضاء من نوع خاص أوكل إليه المشرع السهر على التطبيق السليم للقانون ترسيخا للعدالة وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد، علاوة عن دورها التقليدي في محاربة الجريمة من خلال إشرافها على عمل الشرطة القضائية وتحريكها للمتابعات في حق المخالفين للقانون الجنائي، ومن خصائصها إلى جانب الاستقلال ووحدة أعضائها خضوعها لمبدأ التسلسل الرئاسي فهي توصف بأنها قضاء التعليمات والتي غالبا ما تكون شفوية نظرا للسرعة التي تتطلبها طبيعة عمل هذه المؤسسة، وإن كان الفصل 110 من الدستور يلزم أعضاء النيابة العامة بتنفيذ التعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، فالتعليمات الواجبة التنفيذ ينبغي أن تكون دوما مطابقة للمقتضيات القانونية، إذ المفروض أن أعضاء النيابة العامة ملزمون بتطبيق القانون، وهم بحكم طبيعة مهامهم يخضعون للسلطة التي يعملون تحت إمرتها فلوكيل الملك بالمحكمة الابتدائية سلطة على نوابه (المادة 39 من ق.م.ج) وللوكيل العام لدى محكمة الاستئناف سلطة على نوابه وعلى وكلاء الملك

ونوابهم (المادة 49 من ق.م.ج) في تراتبية هرمية على رأسها الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة.

ويعتبر تحول رئاسة النيابة العامة من السلطة التنفيذية (وزير العدل) إلى جهاز مستقل بذاته أحد التحولات العميقة في مسار الاستقلالية التامة للسلطة القضائية عن كل السلطات والأجهزة الأخرى، واتجاها جد متطور في سبيل تكريس دولة الحق والقانون.

هذا التحول الذي جاء استجابة لما يفرضه التزام المغرب بتطبيق وتفعيل الاتفاقيات الدولية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية والهيئات ذات الصلة (المطلب الأول)، وعملا بتوصيات الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح المنظومة القضائية بالمغرب، ومن جهة أخرى بعض المعايير الدولية لاستقلال النيابة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النيابة العامة بين المواثيق الدولية ومستجدات الدستور

لن يتحقق ضمان استقلال السلطة القضائية والقضاة في ممارستهم ووظائفهم إلا من خلال صياغة قوانين تنظيمية وفقا للمعايير الدولية في مجال استقلال السلطة القضائية دون تمييز بين قضاء الأحكام وقضاة النيابة العامة اللذين يشكلان معا الجسم القضائي

لذلك، واستجابة لما تعرفه الساحة الحقوقية العالمية، والتزاما بما صادق عليه المغرب من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية (الفرع الثاني)، فقد سارع إلى نقل رئاسة النيابة العامة من وزير العدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، وذلك بمقتضى القانون 33.17، هذا

التحول الذي سبق أن تم إقراره - ولو بشكل ضمني - من خلال مقتضيات الدستور الحالي (الفرع الأول).

الفقرة الأولى: استقلالية النيابة العامة في الدستور الحالي

إن الإقرار الدستوري يحتم الاحترام والوقار للسلطة القضائية من طرف السلطات العامة والأفراد، ويتدخل القانون الجنائي لكي يوقع الجزاء على من يخالف هذا المبدأ¹

من أهم ما جاءت به القواعد الدستورية الجديدة إحلال الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة محل وزير العدل في ممارسة الاختصاصات الموكولة لهذا الأخير، والتي كانت تتعلق بسلطته وإشرافه على النيابة العامة وقضاتها، بما يشمل ذلك من إصدار الأوامر والتعليمات الكتابية القانونية الموجهة إليهم، طبقا للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل، كما تضيف المادة 2 من القانون رقم 33.17 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة، وتتجلى هذه الاختصاصات في الإشراف على عمل النيابة العامة ومراقبتها في ممارسة صلاحياتها المرتبطة بممارسة الدعوى العمومية ومراقبة سيرها في إطار احترام مضامين السياسة الجنائية طبقا للتشريعات الجاري بها العمل².

¹ محمد الأزهر السلطة القضائية في الدستور. دراسة قانونية. الطبعة الأولى 2103، مطبعة النجاح الجديدة،

الدار البيضاء، ص 22

² غلالو فاطمة، استقلال السلطة القضائية بين القانون المغربي والتجارب الدولية، الطبعة الأولى 2018،

مطبعة دار القلم الرباط، ص 116.

والمرشع الدستوري من خلال الترسانة القانونية الجديدة أرسى في تنظيمه للنيابة العامة قواعد جديدة على مختلف المستويات، بما فيها مستوى تقييد النيابة العامة بالتعليمات، حيث سبقت الإشارة في الفصل 110 " يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها". وهو ما يبرز أن المرشع حرر النيابة العامة من الضغوط التي كان من الممكن أن تؤثر عليها، كما حررها أيضا مما كانت تتلقاه من تعليمات غير مأسسة، إذ يشترط المرشع الدستوري ثلاثة شروط في هذه التعليمات كلما وجهت لقضاة النيابة العامة، وهن أن تكون صادرة عن السلطة التي يتبعون لها من جهة، وأن تكون كتابية عند تلقيها من هذا الأخير، ثم في الأخير أن تكون قانونية أي تحترم المقتضيات القانونية شكلا وجوهرا.

ويفيد خضوع قضاة النيابة العامة للتعليمات القانونية والكتابية خضوعهم للسلطة الرئاسية، بما يفيد أن نواب وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية يتعين عليهم الالتزام بتعليمات وكيل الملك بصفته رئيسهم المباشر، كما أن وكيل الملك ووكلاء للملك العاملين بالدائرة القضائية لمحكمة الاستئناف يتعين عليهم الالتزام بتعليمات الوكيل العام للملك، إضافة أن الوكيل العام للملك بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية خوله المرشع سلطة مباشرة على المحامين العاملين وعلى الوكلاء العاملين بمختلف محاكم الاستئناف ووكلاء الملك، وهو ما تنص عليه مقتضيات قانون المسطرة الجنائية في المادة 49 التي تنص على أن الوكيل العام للملك هو الذي يتولى السهر على تطبيق القانون الجنائي في مجموع دائرة نفوذ محكمة الاستئناف، ويمارس سلطته على جميع قضاة النيابة العامة التابعين لدائرة نفوذه

وأنة يتلقى الشكايات والوشايات والمحاضر الموجهة إليه. ويتخذ ما يراه ملائما من إجراءات، أو يرسلها مرفقة بتعليماته لوكيل الملك المختص.

يأتي ذلك في سياق تطور الفكر الإنساني الراسخ بضرورة قيام الدول الحديثة على سلطات ثلاث تشريعية وتنفيذية وقضائية، تطور مرت من خلاله تلك السلطات بمراحل من الاهتمام كان لكل واحدة منها حظها الأوفر من البحث والدراسة.¹

كما يأتي هذا الاهتمام أيضا بالنظر للدور المحوري الذي يمكن أن تقوم به مؤسسة النيابة العامة اليوم في حماية حقوق وحريات الأفراد والجماعات،² والذي يتكشف من خلاله مدى انخراط المغرب الجاد في المنظومة الدولية لمرجعية حقوق الإنسان.

وهكذا أحدث دستور 2011 لأول مرة في تاريخ المملكة سلطة قضائية مستقلة عن السلطين التقليديتين في الدولة (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية)، ونص صراحة على هذه السلطة وعلى استقلاليتها في الفصل 107. إن القانون التنظيمي 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية نص في مادته الثانية (الفقرة 2) على أن السلطة القضائية تمارس من قبل القضاة

¹- لعل هذا التطور هو ما دفع البعض إلى القول بأن القرن 19 كان قرن السلطة التشريعية، والقرن 20 كان قرن السلطة التنفيذية، بينما القرن الحالي 21 سيكون قرن السلطة القضائية بامتياز.

- أنظر: نجيب الأعرج، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، ص: 84.

²- جاء في نص الخطاب الذي ألقاه السيد محمد عبد النباوي رئيس النيابة العامة خلال جلسة تنصيبه بتاريخ 11 أبريل 2017 بالقاعة الكبرى بمحكمة النقض: " .. إن مؤسسة مناهجها هذا الدور العظيم في حياة أمة من الأمم، لمي بلا ريب من أعظم المؤسسات في الدولة، لأنها تضمن الأمن والاستقرار، وتساهم في تلاحم المواطنين، وتؤثر على تخليق المجتمع وشفافية المؤسسات الأخرى، وتوفر المناخ الملائم للنمو والتطور الاقتصادي والاجتماعي وتشجع الأبواب للحياة الديمقراطية الصحيحة ..".

الذين يزاولون فعليا مهامهم القضائية بالحاكم التي يشملها التنظيم القضائي للمملكة، أي بالحاكم الابتدائية ومراكز القضاة المقيمين التابعة لها ومحاكم الاستئناف سواء كانت هذه المحاكم عادية أو متخصصة (الإدارية والتجارية) ومحكمة النقض، وهؤلاء القضاة هم قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة.

الفقرة الثانية : استقلال النيابة العامة على ضوء القوانين التنظيمية.

لقد أصبح الشأن القضائي مند دخول القانون التنظيمي 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية مشتركا بين ثلاث سلطات، وهي المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وزير العدل، ورئاسة النيابة العامة، هذه الأخيرة أسند إليها الدستور سلطة تسيير قضاة النيابة العامة والإشراف على عملهم، فقد نص الفصل 110 من الدستور على أنه: "يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون، كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها" وهو نفس المقتضى المضمن في المادة 43 من القانون التنظيمي 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة والتي ورد فيها: "تطبيقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور، يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون، كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها وفق الشروط والكيفيات المحددة في القانون".

فالدستور والقانون التنظيمي نصا على وجود "سلطة" رئاسية يتبع لها قضاة النيابة العامة، ولئن كان الدستور لم يحدد هذه السلطة بالاسم، فإن القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية نص على كون هذه السلطة الرئاسية هي "الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة" وقد وردت الإشارة إلى هذه الصفة والتسمية في موقعين من هذا القانون:

- في الفقرة الأخيرة من المادة 66 حيث نص القانون التنظيمي على ضرورة مراعاة المجلس الأعلى للسلطة القضائية لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 116 من الدستور¹ عند تدبيره (المجلس) للوضعية المهنية لقضاة النيابة العامة، وذلك بمراعاة "تقارير التقييم المقدمة من قبل الوكيل العام لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة".

ويستخلص من ذلك أن تدبير الوضعية المهنية لقضاة النيابة العامة هو اختصاص حصري للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ولكن تسييرهم في عملهم والإشراف على أدائهم وتقييمه يعود "لسلطة" أخرى هي الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة.

وفضلا عن ذلك فإن الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته قاضيا بالنيابة العامة - لا بصفته كرئيس لها- يملك السلطات الرئاسية التي يملكها سائر أعضاء النيابة العامة على مرؤوسيهام وذلك وفقا للمادتين 25 و 43 من النظام الأساسي للقضاة (القانون التنظيمي 106.13) حيث ورد في المادة 25 ما يلي: "يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورؤسائهم التسلسليين، بينما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 43: " .. كما يلتزم قضاة النيابة العامة بالامتثال للأوامر والملاحظات القانونية الصادرة عن رؤسائهم التسلسليين".

وكما يلاحظ فالأمر يتعلق هنا بالسلطة الرئاسية التسلسلية المخولة لأعضاء النيابة العامة على بعضهم بمن فيهم الوكيل العام للملك لدى محكمة

¹ - جاء في نص الفصل 116 من الدستور الفقرة الأخيرة ما يلي: "يراعي المجلس الأعلى للسلطة القضائية، في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة، تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون لها".

النقض بصفته هذه وليس بصفته رئيساً للنيابة العامة، وهي السلطة المقررة بمقتضى قانون التنظيم القضائي للمملكة¹ حيث ورد في الفصل 16 من هذا القانون: "1 - للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض السلطة على أعضاء النيابة العامة بالمحكمة وعلى مصالح كتابتها. يراقب أعوان كتابة الضبط المكلفون بالمصلحة الجنائية أو المسندة إليهم مهام حسابية يمكنه أن يوجه مباشرة تعليمات وملاحظات إلى الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف وإلى وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية..".

ولم يفت قانون التنظيم القضائي أن يشير إلى مراقبة الوكلاء العامين للملك لأعضاء النيابة العامة بدائرة محكمة الاستئناف (الفصل 18)، وسلطة وكلاء الملك لدى المحكم الابتدائية والتجارية على نوابهم (الفصل 20 من نفس القانون).

وهكذا، فإن النيابة العامة باعتبارها جزء من السلطة القضائية- مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية (الفصل 107 من الدستور).

ولئن كان القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية نص في المادة 110 على أن التقرير الذي يرفعه رئيس النيابة العامة إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية يتم "عرضه ومناقشته أمام اللجنتين المكلفتين بالتشريع بمجلسي البرلمان"، فإن المجلس الدستوري اعتبر في قراره² أن هذا المقتضى مطابقاً للدستور.

¹ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، الجريدة الرسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 الموافق ل 17 يوليوز 1974، ص: 2027.

² - قرار المجلس الدستوري عدد 16-991 الصادر بتاريخ 15 مارس 2016 <

وصرح المجلس الدستوري أن المادة 110 ليس فيها ما يخالف الدستور "مع مراعاة الملاحظة المسجلة عليها"، وهو ما يفيد- بمفهوم المخالفة أن قيام رئيس النيابة العامة بتقديم التقرير أو حضوره لمناقشته أمام لجنتي البرلمان مخالف للدستور لأنه يمس بالاستقلالية.

ولم يفت المجلس الدستوري أن يؤكد في نفس القرار المشار إليه أعلاه (991-16) على حق البرلمان في مناقشة تقرير رئيس النيابة العامة باعتباره تقريراً يهم الشأن العام القضائي، يسوغ للبرلمان "تدارسه والأخذ بما فيه من توصيات، مع مراعاة مبدأ فصل السلطات والاحترام الواجب للسلطة القضائية المستقلة".

= وحيث إنه، لئن كانت الجهة القضائية التي تتولى رئاسة النيابة العامة، تظل - وفقاً للمبدأ الدستوري القاضي بربط المسؤولية بالمحاسبة - مسؤولة عن كيفية تنفيذها للسياسة الجنائية الموضوعة من قبل السلطة الدستورية المختصة، فإن أعمال هذا المبدأ لا يمكن أن يتم، فيما يخص السلطة القضائية المستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، بنفس الكيفية وبذات الأدوات التي يتم بها في مجالات أخرى، بالنظر لطبيعة السلطة القضائية واستقلالها وآليات اشتغالها والسبل المقررة لتصحيح أخطاء أعضائها؛

وحيث إنه، لئن كان الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، المعهود إليه برؤس النيابة العامة، يظل مسؤولاً عن كيفية تنفيذه للسياسة الجنائية، وذلك أساساً أمام السلطة التي عينته المتمثلة في رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وكذا أمام هذا المجلس الذي يتعين عليه أن يقدم له تقارير دورية بشأن تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة، فإن المشرع، باعتباره المختص بوضع السياسة الجنائية، يحق له تتبع كيفية تنفيذ هذه السياسة قصد تعديل المقترحات المتعلقة بها وتطويرها إذا اقتضى الأمر ذلك؛ وحيث إن التقارير الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية حول وضعية القضاء ومنظومة العدالة، المنصوص عليها في الفصل 113 من الدستور، بما في ذلك تقارير الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، بصفته رئيساً للنيابة العامة، بشأن تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة، تعد تقارير تهم الشأن العام القضائي التي يجوز للجميع، لا سيما البرلمان، تدارسها والأخذ بما قد يرد فيها من توصيات، مع مراعاة مبدأ فصل السلط والاحترام الواجب للسلطة القضائية المستقلة؛

وحيث إن المادة 110 المذكورة، ما دامت لا تشترط عرض الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض لتقريره المتعلقة بتنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة ولا حضوره لدى مناقشتها أمام اللجنتين المكلفتين بالتشريع بمجلسي البرلمان، فليس فيها ما يخالف الدستور؛

واعتبر قرار المجلس الدستوري أن المشرع "باعتباره المختص بوضع السياسة الجنائية، يحق له تتبع كفاءات تنفيذ هذه السياسة قصد تعديل المقتضيات المتعلقة بها وتطويرها إذا اقتضى الحال".

ولكنه نبه إلى أن استقلال السلطة القضائية لا يسمح بمراقبة النيابة العامة من طرف البرلمان، وأن تطبيق المبدأ الدستوري القاضي بربط المسؤولية بالمحاسبة "لا يمكن أن يتم، فيما يخص السلطة القضائية المستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، بنفس الكيفية وبذات الأدوات التي يتم بها في مجالات أخرى، بالنظر لطبيعة السلطة القضائية واستقلالها وآليات اشتغالها والسبل المقررة لتصحيح أخطائها (وهو بذلك يعني أن مراقبة قرارات النيابة العامة تتم من طرف القضاء الذي تخضع أحكامه لطرق الطعن المنصوص عليها في القانون).¹

المطلب الثاني: بعض المعايير الدولية لاستقلال النيابة العامة

تتفق جميع المعاهدات والصكوك الدولية على ضرورة استقلالية السلطة القضائية عن باقي السلطات الأخرى، وتعتبر أن هذا الاستقلال هو أساس بناء الدول الديمقراطية، ورمز من رموز سيادة القانون.

وسنحاول من خلال هذا الفرع بيان أهم المعايير الدولية التي استقى منها المشرع المغربي أساس تحويل رئاسة النيابة العامة من السلطة التنفيذية إلى جهاز مستقل وقائم بذاته، مع التركيز على المبادئ التي توضح بشكل ملموس أسس الاستقلال والحيادية وفق ما هو متعارف عليه دولياً.

¹ - النيابة العامة، الإطار القانوني، مقال منشور بمجلة منبر النيابة العامة، مجلة خاصة بقضاة النيابة العامة بمختلف محاكم المملكة، العدد التاسع 2017، ص: 34 وما بعدها.

الفقرة الأولى: معايير الأمم المتحدة

وقد اعتمد مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في "هافانا" من 27 غشت إلى شتنبر 1990 جملة من المبادئ تتعلق بعمل النيابة العامة¹، أطلق عليها تسمية "مبادئ توجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة"، وقد اتفق في هذا المؤتمر فيما يتعلق بدور أعضاء النيابة العامة في المسطرة الجنائية على أنه: "تكون مناصب أعضاء النيابة العامة منفصلة تماما عن الوظائف القضائية"²، وأن النيابة العامة تقوم بدورها في الإجراءات الجنائية باعتبارها ممثلا عن الصالح العام".

وجدير بالذكر أن المشاركين في المؤتمر قد استهلوا ما توصلوا إليه من مبادئ توجيهية بشأن دور النيابة العامة، بجملة من الموثيق الدولية والمقدمات التي تدل على أن هذه المبادئ إنما وضعت لكي تطبق من قبل الدول المشاركة في المؤتمر، ومن هذه الموثيق والمقدمات التي أشارت إليها المبادئ التوجيهية ما يلي:

ذكرت المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة بما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من مبادئ المساواة أمام القانون، وافتراس البراءة والحق في محاكمة منصفة وعلنية أمام محكمة مستقلة ونزيهة.

كما أشارت المبادئ التوجيهية إلى الواقع العالمي حيث أنه "لا تزال توجد في حالات كثيرة فجوة بين الرؤية التي تقوم عليها تلك المبادئ وبين الحالة الفعلية"، ومن ثم فإنه "ينبغي أن يسير تنظيم وإدارة شؤون العدالة في كل بلد على

¹- اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو/إيطاليا من 26 غشت إلى 6 دجنبر 1985، واعتمدت ونشرت بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة 32/40 المؤرخ في 29 نونبر 1985، و 40/146 المؤرخ في 13 دجنبر 1985.

²- حسب البند 10 من المبادئ التوجيهية.

هدى تلك المبادئ كما ينبغي بذل الجهود لتحويلها كاملة إلى واقع ملموس"، بل إن المبادئ المذكورة قد نصت على ذلك صراحة بقولها في ديباجتها: "فإن المبادئ التوجيهية الواردة أدناه، التي أعدت لمساعدة الدول الأعضاء في مهامهم المتمثلة في ضمان وتعزيز فعالية أعضاء النيابة العامة وحيادهم وعدالتهم في الإجراءات الجنائية، وينبغي أن توضع في الاعتبار وتحترم من جانب الحكومات في إطار تشريعاتها وممارستها الوطنية، وأن يوجه إليها انتباه أعضاء النيابة العامة وسائر الأشخاص مثل القضاة والمحامين وأعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية، والجمهور بوجه عام، وقد صيغت هذه المبادئ التوجيهية، على نحو أساسي من أجل أعضاء النيابة العامة..".

- و أخيرا، انتهت المبادئ التوجيهية المذكورة إلى وجوب التزام أعضاء النيابة العامة هذه المبادئ التوجيهية بحزم لمن ينتهكها أو يوشك على ذلك.¹

الفقرة الثانية: معايير مجلس أوروبا

بعد أن ذكرت التوصية - في ديباجتها- بأهداف المجلس الأوروبي، والأسس العامة التي يبنى عليها، سواء في علاقة الدول الأعضاء فيما بينهم أو في إطار التعاون الدولي²، خاصة فيما يتعلق بالمجال الجنائي، أكدت أن النيابة العامة تلعب دورا حيويا في نظام العدالة الجنائية والتعاون الدولي في المسائل الجنائية،

¹- ومن سبل مواجهة الانتهاك ما قرره البندين 23 و 24 من المبادئ التوجيهية، حيث جاء فيها أنه: "يتقيد أعضاء النيابة العامة بهذه المبادئ التوجيهية.

يتولى أعضاء النيابة العامة الذين يوجد لديهم ما يدعوهم إلى الاعتقاد بأن هذه المبادئ التوجيهية قد انتهكت أو توشك أن تنتهك بإبلاغ ذلك إلى السلطات العليا التي يتبعونها، وكذلك، حيث تدعو الضرورة، إلى أية سلطات أو هيئات مختصة غيرها تملك صلاحية المراجعة أو التصحيح".

²- توصية المجلس الأوروبي رقم 19 (2000) الخاصة باللجنة الوزارية للدول الأعضاء بشأن دور النيابة العامة في نظام العدالة الجنائية، اعتمدها اللجنة الوزارية في 6 أكتوبر 2000.

وأن الوصول لهذا الهدف يقتضي التشجيع على وضع تعريفات للمبادئ المشتركة لأعضاء النيابة العامة في الدول الأعضاء، وأن تؤسس حكوماتها القوانين والممارسات المتعلقة بدور النيابة العامة في نظام العدالة الجنائية على مجموعة من المبادئ الأساسية، من بينها ما يلي:

- كون النيابة العامة سلطة عامة تتولى بالنيابة عن المجتمع ومن أجل المصلحة العامة تطبيق القانون في حالة وقوع مخالفة له تترتب عليها عقوبة جنائية، مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق الفرد، والفعالية الضرورية لنظام العدالة الجنائية.

وبخصوص العلاقة بين أعضاء النيابة العامة والسلطتين التنفيذية والتشريعية،¹ فإن المجلس يوصي الدول الأعضاء بأن تتخذ إجراءات مناسبة لتمكين أعضاء النيابة العامة من أداء واجباتهم ومسؤوليتهم دون تدخل غير مبرر، أو تعرضهم بدون مبرر للمسؤولية المدنية أو الجنائية أو غير ذلك من المسؤوليات، ومع ذلك، ينبغي بصفة دورية وعلنية مساءلة النيابة العامة عن أعمالها ككل ولاسيما الطريقة التي تم تنفيذ أولوياتها.

كما ينبغي على أعضاء النيابة العامة من جهتها عدم التدخل في اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وقد أوجبت التوصيات على الدول التي تكون فيها النيابة العامة مستقلة عن الحكومة - كما هو الشأن بالنسبة للمملكة المغربية- أن تتخذ إجراءات فعالة لضمان إدراج نص في القانون يحدد طبيعة ونطاق استقلال النيابة العامة، وأن يكونوا، في جميع الأحوال، في وضع يسمح لهم، دون أية إعاقة، بملاحقة المسؤولين

¹ - أنظر البندين 11 و 12 من التوصية.

العموميين قانونيا عن أي جرائم ارتكبوها، ولاسيما الفساد والاستخدام غير القانوني للسلطة، وعن الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان وغير ذلك من الجرائم المعترف بها في القانون الدولي.¹

ولقيام مؤسسة النيابة العامة بدورها في أحسن الظروف، فإن البند 36 من توصية المجلس يؤكد ضرورة قيام الدول بما يلي:

- إعطاء أهمية قصوى لأساليب التدرج في التنظيم الإداري مع مراعاة ألا تؤدي تلك الأساليب إلى إيجاد هياكل تنظيمية بيروقراطية غير فعالة تتسبب في إعاقة العمل.

- تعريف الإرشادات العامة لتنفيذ السياسة الجنائية.

- تعريف المعايير والمبادئ العامة التي تستخدم كمراجع عند القرارات المتعلقة بالحالات الفردية لتجنب اتخاذ قرار تعسفي.

- كما ينبغي أن يحدد البرلمان أو الحكومة أساليب التنظيم والإرشادات والمبادئ والمعايير سائلة الذكر، وإذا كان القانون الوطني ينص على استقلال أعضاء النيابة العامة، يتم تحديدها ومن خلال ممثلين عن النيابة العامة.

الفقرة الثالثة: معايير المنظومة الإفريقية

اعتمدت اللجنة الإفريقية في التقرير الثاني اجتماعي قمة رؤساء دول الاتحاد الإفريقي في مابوتو (من 4 إلى 12 يوليوز 2003) مجموعة من المبادئ المتعلقة باستقلال القضاة، والمحامين، وأعضاء النيابة العامة تحت عنوان "المبادئ

¹ - البند 14 من توصية المجلس الأوروبي.

الأساسية والتوجيهية بشأن الحق في المحاكمة العادلة، والمساعدة القانونية في إفريقيا".

وباستقراء هذه المبادئ نجد أنها تضمنت مجموعة من البنود التي توّطر لعمل النيابة العامة واستقلاليتها عن غيرها من الهيئات والمؤسسات في الدولة، منها:

- يجب أن يكفل الدستور وقوانين الدولة استقلال الهيئات القضائية، والمسؤولين القضائيين، ويجب على الحكومة، ووكالاتها، والسلطات احترام هذا الاستقلال.

المبحث الثاني: رئاسة النيابة العامة ورهان الاستقلال

إذا كان موضوع استقلال السلطة القضائية بصفة عامة قد حظي بدراسات واسعة وعقدت حوله ندوات متعددة، فإن التركيز والاهتمام غالباً ما كان ينصب على استقلال القضاء الجالس بينما الدراسات التي تناولت جهاز النيابة العامة على هذا المستوى فهي قليلة لا تتجاوز مسألة اختصاصاتها، ودورها في تحريك الدعوى العمومية، أو خصوصية تدخلها في القضايا المدنية..، ومن ثم فإن الإشكالية التي يطرحها الموضوع خاصة في ظل المتغيرات الجديدة التي حملها الدستور وتحول رئاسة النيابة العامة إلى جهاز مستقل (المطلب الأول)، تتعلق بمدى قدرة هذا الجهاز على النهوض بالمهام الجسيمة التي يجب أن يضطلع بها من خلال مهام النيابة العامة على ضوء القانون 33.17 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النيابة العامة من التبعية إلى الاستقلال

إن وحدة قضاة الأحكام والنيابة العامة مبدأ دولي، وإن قراءة أحكام الدستور تفيد بأن قضاة الأحكام والنيابة العامة يشكلان هيئة واحدة، كما أن جميع قضاة الأحكام والنيابة العامة في المجلس الأعلى لسلطة القضائية خير دليل على وحدة هذه السلطة بالرغم من وجود تباين في الأدوار والمهام.

ولهذا فقد كانت جمعية قضاة المغرب سباقة للمطالبة بضرورة استقلال قضاة النيابة العامة عن وزارة العدل من داخل الجسم القضائي، وهي فكرة طرحت للنقاش ضمن الدورة الأولى للمجلس الوطني للنادي قبل أن تتبلور بشكل واضح في الدورة الثانية لهذا المجلس التي انعقدت بالرباط في 2012/05/05 حيث قدم القضاة وثيقة مذيبة بتوقيعاتهم التي تجاوزت 200 توقيع كان الهدف منها المطالبة باستقلال جهاز النيابة العام عن وزير العدل، وكان لهذه الوثيقة دلالة رمزية قياسا على وثيقة المطالبة باستقلال المغرب لسنة 1944.¹

ليتحول مطلب استقلال النيابة العامة عن وزارة العدل من حجه الحقوقي والجمعي إلى هدف مشترك ينشده غالبية القضاة بالمملكة، الذين طالبوا بإنشاء جهاز مستقل بذاته تحت رئاسة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض باعتباره أعلى هيئة قضائية في التسلسل الهرمي لأعضاء النيابة العامة.

وهو ما تأتى بالفعل من خلال ظهير 1.17.10 القاضي بتعيين السيد محمد عبد النبوي (الوكيل العام للملك بمحكمة النقض) رئيسا للنيابة العامة، والمسؤول

¹ - مسعود كروب، المجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء، العدد 2014/4، ص: 157.

الأول عن حسن سيرها،¹ وصدور القانون 17.33 القاضي بنقل اختصاصات وزير العدل إلى الرئيس الجديد.

ولبيان سياق هذا التحول يكون لزاما علينا الرجوع إلى الخلف قليلا واستحضار وضعية هذا الجهاز في ظل تبعيته للنيابة العامة (الفقرة الأولى)، قبل عرض وضعيته الجديدة في ظل تسلسل هرمي جديد ورئاسة جديدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ارتباط النيابة العامة للسلطة التنفيذية

إن نظام النيابة العامة كما هو مطبق أمام المحاكم المغربية حاليا ليس وليد تقاليد قضائية مغربية صرفة، فهو من ضمن التراث القانوني الذي حمله لنا فرنسا، باعتبارها دولة حامية للمغرب ابتداء من معاهدة "فاس" المبرمة في 30 من مارس 1912²، وخضوع النيابة العامة للسلطة الرئاسية يعني أن على عضو النيابة الامتثال للأوامر والتعليمات التي يوجهها إليه الرؤساء المباشرون و يوجد على رأس هذا التسلسل الرئاسي وزير العدل، فهذا الأخير هو الرئيس الأول و المباشر لأعضاء النيابة العامة، رغم أنه لا ينتمي إلى سلك القضاء، و هو جزء من السلطة التنفيذية باعتباره عضو في الحكومة. وفي هذا الإطار ينص الفصل 56 من قانون 11-11-1974 بمثابة النظام الأساسي لرجال القضاء على أنه "يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة وزير العدل و مراقبة و تسيير رؤسائهم الأعلىين" و هذا ما يؤكد الارتباط القوي بين جهاز النيابة العامة و الجهاز التنفيذي.

¹- ظهر شريف رقم 1.17.10 صادر في 5 رجب 1438 الموافق ل 3 أبريل 2017.

²- نجيب الأعرج، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة، مرجع سابق، ص: 78.

وقد دخلت هذه المؤسسة أول مرة إلى المغرب بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتنظيم القضائي للحماية الفرنسية للمغرب، غير أنها لم تتعد في ذلك الوقت المحاكم العصرية الفرنسية بسبب ثنائية التشريع الجنائي¹، لكن سلطات الحماية سرعان ما تنبهت لأهمية مراقبة المحاكم التي لا تخضع لنفوذها، وتم لها ذلك بواسطة المندوب المخزني²، والمندوب الحكومي³، هذين الموظفين اللذين عملت على توسيع مهامهما فيما بعد بنصوص لاحقة، جعلت كلها في خدمة السياسة الاستعمارية⁴.

وإثر حصول المغرب على استقلاله، بادر إلى وضع قانون المسطرة الجنائية المغربي بتاريخ 10 فبراير 1959، الذي جاء نقلا حرفيا- مع إدخال بعض الإضافات

¹ - ففي عهد الحماية كان القضاء الأهلي المتمثل في القضاء الشرعي (مع استثناء القضاء العبري الذي لم يكن خاضعا لمراقبة سلطات الحماية) والقضاء المخزني والقضاء العرفي يخضع للرقابة المباشرة إما لمندوب الحكومة وإما للمراقب المدني، وقد كان هذان الجهازان يلعبان دورا يقترب أحيانا من دور النيابة العامة، وبخصوص القضاء العصري فقد كانت به نيابة عامة على مستوى جميع درجاته بالشكل المعمول به أمام الدولة الحماية.

- لمزيد من التفصيل حول التطور التاريخي للنيابة العامة بالمغرب، أنظر: رياضي عبد الغني، النيابة العامة أمام المحاكم العادية والاستثنائية ودورها من خلال مسطرتي الامتياز القضائي والحصانة القانونية، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، ص: 15 وما بعدها.

² - أسند ظهير 24 أكتوبر 1953 للمندوب المخزني والذي مثل دور النيابة العامة بالمحاكم المخزنية حق التدخل في كافة القضايا والطعن بالاستئناف في أجل شهر وأمام المحكمة العليا الشريفة في ظرف شهرين وكان له اختصاص الحضور والتدخل ثم تنفيذ الأحكام أيضا.

³ - والذي كان يتولى مراقبة أحكام المحاكم الشرعية مع العلم أن هذه المحاكم اختصت بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والموارث والعقارات غير المحفظة الخاصة بالمسلمين (أنظر: رياضي عبد الغني، النيابة العامة أمام المحاكم العادية والاستثنائية ودورها من خلال مسطرتي الامتياز القضائي والحصانة القانونية، مرجع سابق، ص: 21).

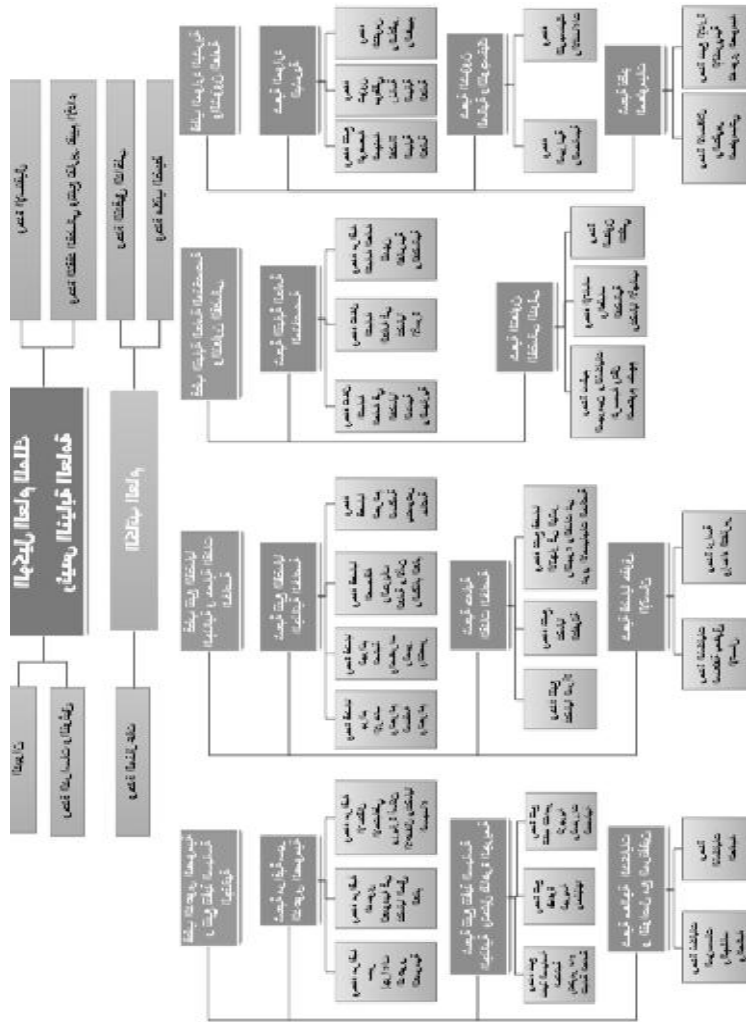
⁴ - محمد جوهر، قراءة المسطرة الجنائية من خلال بعض المهام المسندة للنيابة العامة، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 23، سنة 1990، ص: 9.

الطفيفة- لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية الفرنسي لسنة 1958، ناسخا بالتالي مهام النيابة العامة كما هي في القانون الفرنسي، والذي اعتبر على علاته مكسبا مهما في الحق القانوني المغربي، عرف بعد ذلك مسلسلا من التعديلات خلال هذه المدة بلغت نحو العشرين، اختتمت بسن القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، كما تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 23.05 والقانون رقم 24.05¹. ولأن النيابة العامة تعتبر في فرنسا، في علاقتها مع السلطة التنفيذية، جزءا منها وتابعة لها، وأن أعضائها ليسوا سوى وكلاء لهذه السلطة لدى المحاكم،² فقد كان من الطبيعي أن ينعكس هذا الوضع على المنظومة التشريعية المغربية. وعلى هذا الأساس فإن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بتعيين أعضاء النيابة العامة ويكون من سلطتها أن توجه إليهم الأوامر لتنفيذها، وبناء على ذلك فهي مسؤولة عن أعمال النيابة العامة، وهذه المسؤولية تتداخل مع المسؤولية الوزارية أمام البرلمان التي قد تتعرض لها الحكومة فيما يتعلق بإقرار النظام وتبرير رفع الدعوى الجنائية عما يرتكب من جرائم، أما حرية النيابة العامة في إبداء رأيها أمام المحكمة فيرجع إلى ما جرت عليه التقاليد وما تتمتع به النيابة العامة من مكانة واحترام.

¹ - محمد بنعليلو، واقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمن الحقوق والحريات، دراسة أنجزت من طرف المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاعة، ص: 14، منشور على الموقع الإلكتروني <ftp://pogar.org>.

² - نجيب الأعرح، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة، مرجع سابق، ص:

الفقرة الثانية: الوضعية الراهنة لجهاز رئاسة النيابة العامة¹



¹الهيكل التنظيمي لرئاسة النيابة العامة الحالية حسب الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة <http://www.presidenceministerepublic.ma/> تم الولوج إليه بتاريخ 10 يناير 2019

المطلب الثاني: مهام النيابة العامة على ضوء القانون 33.17

مهام النيابة العامة مختلفة ومتنوعة بحسب تنوع النزاعات القضائية واختلاف الجهات المختصة بالنظر فيها، فعضو النيابة العامة باعتباره ضابطا ساميا للشرطة القضائية، يشرف على تسيير أبحاثها، وهو أيضا محامي المجتمع، باعتباره يمثل الحق العام أمام المحاكم الجزئية، وحتى في بعض القضايا المدنية التي لها صلة بالنظام العام، وهو في ذات الوقت له دور كبير في اقتراح الصلح للحد من الخصومة الجنائية، حين يضطلع بدوره في الصلح الجنائي ويلجأ إلى تدبير بدائل الدعوى العمومية التي يوفرها له القانون¹.

وعضو النيابة العامة هو حامي للنظام العام، وذلك حينما يتدخل لحماية أمن الوطن، أو المواطن، أو لحماية بعض فئات المجتمع كالقاصرين وذوي الاحتياجات الخاصة، أو يتدخل لفائدة المرضى عقليا، وهو الرقيب الأخلاقي، حينما يمارس الصلاحيات التي يخولها لها القانون في مجال تخليق الحياة العامة والحفاظ على الأخلاق أو مكافحة الفساد المالي.. وهو مدير الأزمات، حينما يستعمل الدعوى العمومية والإجراءات التابعة لها لفائدة النظام العام، أو يستعمل سلطانه في مجال ملاءمة الدعوى العمومية للحفاظ على توازنات أساسية لحماية أمن المجتمع واستقراره أو لرأب صدع الأسر والحفاظ على تماسكها.

ويمكن أن تطول قائمة الأوصاف التي يمكن إطلاقها على عضو النيابة العامة بحسب الصلاحيات التي يخولها له القانون، ويكفي أن نقتصر في هذا

¹ - القانون رقم 17.33 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد لتنظيم رئاسة النيابة العامة. يضم هذا القانون عشر (10) مواد موزعة بين أربع فروع، تضم أحكاما عامة، وأحكام تنظم اختصاصات الرئاسة النيابة العامة، وتنظيم جهاز الرئاسة، بالإضافة إلى أحكام ختامية.

الفرع على دراسة دور النيابة العامة في رسم معالم السياسة الجنائية (الفقرة الأولى)، وكذا أدوارها المرتبطة بالدعوى العمومية (الفقرة الثانية)، واختصاصاتها في الدعوى المدنية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: دور النيابة العامة في رسم معالم السياسة الجنائية وتنفيذها

ويقصد بفكرة السياسة الجنائية من زاوية مفهومها الواسع، مجموع القرارات والتدابير والإجراءات الملموسة التي تساعد في تقديم إجابات حول ظاهرة الإجرام وتساهم في تحديد طبيعة التصرفات المضادة للمجتمع والتصدي لها، شأنها في ذلك شأن استراتيجيات الدولة الأخرى، الإدارية والمدنية والمالية والعسكرية¹، ويمكن تعريف السياسة الجنائية أيضا بأنها رد فعل الدولة ضد الجريمة بواسطة القانون الجنائي²، وفي هذا الصدد بأنها ليست إلا القانون الجنائي في حالة الحركة، في حين عرفها البعض الآخر بأنها فرع من المعرفة يحدد الأصول الواجب اتباعها للوقاية من الإجرام بتدابير تتخذ سواء على المستوى الفردي أو على المستوى الجماعي، والمبادئ اللازم السير عليها في معاملة المجرمين تفاديا لإجرامهم من جديد³، وهو ما يتطلب من الدولة وفق هذا التعريف سن سياسة وقائية شاملة من شأنها أن تحول دون وقوع الجريمة، واعتماد خطة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتحسين مستوى المعيشة لدى مواطنيها⁴.

ومن التعاريف السابقة والمعتمدة في تحديد مفهوم السياسة الجنائية خاصة في مفهومها الواسع هي تعاريف غير دقيقة وتخلط بين مفهوم السياسة الإجرامية

¹- إبراهيم حمداوي، مدخل إلى سوسيوولوجيا الجريمة، مفاهيم ونظريات، مطابع الرباط نت، طبعة 2017 ص 25.

²- نجيب الأعرج، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية عادلة، مرجع سابق، ص: 90.

³- رمسيس بنهام، علم الإجرام، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1970، الجزء الثاني والثالث، ص: 225.

⁴- أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة 1972، ص: 15 وما بعدها.

والسياسة الجنائية وقائمة على أساس التعريف الذي قدمه كل من الفقيه "مارك أنسل"، للسياسة الإجرامية أو السياسة الجنائية العامة للدفاع الاجتماعي¹ حيث اعتبر هذا الأخير السياسة الإجرامية مجموعة من الإجراءات المنظمة والمتفق عليها من طرف مجتمع ما تجاه الأفعال الجنحية أو المنحرفة أو المرفوضة اجتماعيا"، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه بعض الاتجاهات، حينما حصرت مفهوم السياسة الإجرامية في مجموعة الوسائل المنظمة والتي تقدم من خلالها الهيئة الاجتماعية أجوبة حول الظاهرة الإجرامية، وهو بذلك - أي مفهوم السياسة الإجرامية- مفهوم واسع ويشمل عدة متدخلين.²

وعلى ضوء هذا المفهوم تصبح السياسة الجنائية إعمالا للسياسة الحكومية في الميدان القضائي عن طريق النيابة العامة، يأتي التقرير الدوري للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، رئيس النيابة العامة، حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة برسم سنة 2017، المرفوع للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، تنفيذا للمادة 110 من القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية التي تنص على أن "يتلقى المجلس التقارير حول وضعية القضاء ومنظومة العدالة... ولا سيما تقرير الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة، قبل عرضه ومناقشته أمام اللجنتين المكلفتين بالتشريع بمجلسي البرلمان" باعتباره من الأدوار الأساسية لعمل النيابة العامة فيما يتعلق بالسياسة الجنائية.

¹- المرجع السابق، ص: 26.

²- أنظر في هذا التعريف: نجيب الأعرج، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية عادلة، مرجع سابق، ص: 91.

ومن جهة أخرى وأمام الكم الهائل الذي أصبحت عليه النصوص الجنائية- كرد فعل طبيعي وحل تفضيلي في مواجهة تصاعد المد الإجرامي، وكخيار وحيد للسياسة الجنائية- نتيجة اللجوء المفرط لآلة التشريعية، وفي إطار تنفيذ السياسة الجنائية، أفرد التقرير المتعلق بعمل النيابة العامة خلال سنة 2017 لمختلف أنواع الجرائم سواء في مجال مكافحة الجريمة الإرهابية ومكافحة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص، والجرائم المرتكبة ضد الأموال، والجرائم الماسة بنظام الأسرة والأخلاق العامة، والجرائم المرتكبة ضد الأمن والنظام العام، وجرائم التزوير والتزييف وانتحال الصفة، والجرائم المنظمة بمقتضى قوانين خاصة كالغش في المواد الغذائية وقضايا التهريب والهجرة السرية و الصحافة والجمعيات وقضايا التعمير والبيئة، بالإضافة إلى عمل النيابة العامة في مجال مكافحة جرائم المخدرات، كل هذا راجع لعمل النيابة العامة في مواكبة تطور الجريمة والتصدي لمختلف أنواعها.

الفقرة الثانية: دور النيابة العامة في الدعوى العمومية

كما هو معلوم فإن النيابة العامة تتكون من قضاة مهنيين إلى جانبهم موظفين إداريين وذلك لأن بعض المهام لا يمكن أن يمارسها إلا موظفون ومن خلال هذا ستجعل النيابة العامة جهازا مستقلا بذاته وجلي من البيان أن المشرع خول لمجموعة من الإدارات استثناء تحريك الدعوى العمومية كإدارة المياه والغابات وإدارة الجمارك ومصالح الضرائب، ومع ذلك فالأمر لا يخفي الدور البارز للنيابة العامة في ممارسة الدعوى العمومية حيث تصبح أكثر ضمانا .

فالمحكمة الجنائية تكوين تظهر قوته الإلزامية ولو من خلال الوصف الذي يجب أن يحتويه الحكم مبينا مشاركة القضاة المختلفين بل حتى أسماءهم .

أولاً: تحريك الدعوى العمومية

وهكذا يمثل وكيل الملك شخصياً أو بواسطة نوابه النيابة العامة في دائرة نفوذه المحكمة الابتدائية المعين بها ويمارس الدعوى العمومية تحت مراقبة الوكيل العام إما تلقائياً أو بناء على شكاية شخص متضرر كما يمارس وكيل الملك سلطته على نوابه، وله أثناء أداء مهامه الحق في تسخير القوة العمومية مباشرة، - وهذا ما نصت عليه إحدى مواد قانون المسطرة الجنائية - وهكذا يتضح أن الأصل في مهام النيابة العامة أنها تقوم وبمساعدة الشرطة القضائية التي تعمل تحت إشرافها، بالتثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة - هذا هو الأسلوب القانوني-¹ فيها والبحث عن مرتكبيها، ثم إقامة الدعوى العمومية ضد من يكتشف البحث عن ضلوعه في ارتكاب الجريمة كفاعل أصلي أو شريك أو مساعد، لتطبق عليه العقوبة المقررة في القانون الجنائي .

كما أن النيابة العامة ومالها من سلطة ملاءمة تبقى لها إمكانية تحريك الدعوى العمومية والمتابعة من عدمها، حيث لا يفرض عليها عند الوصول إلى علمها نبأ ما متعلق بجريمة معينة تعمل على تحريك الدعوى العمومية ولو كانت تنفيذ على أن الجريمة اقترفت من طرف شخص ما وإنما تبقى لها سلطة تقديرية في هذه الحالة، فإذا تبين لها عدم كفاية الأدلة ضد هذا الشخص الذي نسب اقتراف هذه الجريمة الشيء الذي سيؤدي في الأخير إلى تبرئته من طرف المحكمة، هذا ما يصطلح عليه بالأسلوب التقديري.²

¹ - العلي عبد الواحد، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول

² - أحمد الخمليشي، "شرح قانون المسطرة الجنائية". مرجع سابق، ص: 145.

ومن ثم فإن النيابة العامة تنوب عن المجتمع في الدفاع عن حقه في حياة آمنة، وحماية جميع أفرادها من كل فعل يمس حقوقهم في الحياة بحقوقهم المادية والمعنوية وذلك عوض إسناد هذه المحكمة الخطيرة إلى المجتمع نفسه كما كان سائدا في العهود الغابرة .

ولذلك فيجب على وكيل الملك أن يخبر الوكيل العام للملك بالجنايات التي تبلغ إلى علمه وكذا بمختلف الأحداث والجرائم الخطيرة أو التي من شأنها أن تخل بالأمن العام .

وقد عرف المشرع المصري النيابة العامة بأنها شعبة من شعب السلطة القضائية وهي النائبة عن المجتمع والمثلة له وتتولى تمثيل المصالح العامة، وتسعى في تحقيق موجبات القانون - المادة الأولى - وتختص أساسا - دون غيرها - بتحريك الدعوى الجنائية، وذلك بإجراء التحقيق بنفسها أو بمن تنتدبه لذلك من مأموري الضبط القضائي أو بطلب نذب قاضي التحقيق أو بتكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لمحاكمته - المادة الثانية .

ثانيا: إيقاف سير إجراءات الدعوى العمومية:

من المهام المسندة للنيابة العامة بموجب قانون رقم 22.01 إيقاف سير الدعوى العمومية، حيث أن بعض النزاعات التي تقع بين الأفراد وتعرض على المحاكم، خاصة عندما تكتسي طابعا عائليا، يكون من شأن التماذي فيها التأثير على الروابط والعلاقات الإنسانية القائمة بين طرفي النزاع خاصة حين يكون الضرر الاجتماعي ليس بالأهمية البالغة .

ورغبة في الحفاظ على هذه الروابط التي يؤدي الحكم فيها إلى أضرار لا تتحقق معها المصلحة العامة فقد أحدث المشرع آلية جديدة نصت عليها المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية الجديد، وبمقتضاها يمكن للمحكمة في حال وقوع

تنازل أو صلح أثناء سريان الدعوى أو إذا اقتضت المصلحة ذلك أن تأمر بإيقاف سير الدعوى العمومية وذلك بناء على ملتمس تقدمه النيابة العامة، مع إمكانية استئناف النظر بطلب من النيابة العامة أيضا ما لم تكن الدعوى قد اتفقت بأحد أسباب السقوط كالتقادم وغيره، وتدعم هذه الإمكانية الأخيرة الغاية المتوخاة من هذا الاستثناء وهي الحفاظ على النسيج الاجتماعي وتكون بمثابة رادع لأطراف النزاع، فمتى عادوا إلى نفس الأفعال يمكن استئناف النظر من جديد في الدعوى الجنائية .

حيث نصت المادة 372 المذكورة على أنه: "إذا كان الأمر يتعلق بمتابعة من أجل جنحة من الجرح المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون¹، فإنه يمكن للمحكمة المعروضة عليها القضية بناء على ملتمس تقدمه النيابة العامة في حالة تنازل الطرف المتضرر من الفعل الجرمي عن الشكاية، أن توقف سير إجراءات الدعوى العمومية ما لم تكن قد بثت فيها بحكم نهائي".

وأضافت هذه المادة أنه: "يمكن مواصلة النظر في الدعوى العمومية بطلب من النيابة العامة، إن ظهرت عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية، ما لم تكن قد سقطت بالتقادم أو بسبب آخر".

ثالثا: دور النيابة العامة في مراقبة عمل الضابطة القضائية

الرجوع إلى نص المادة 17 من قانون المسطرة الجنائية المغربي الذي جاء فيه: "توضع الشرطة القضائية في دائرة نفوذ كل محكمة استئناف تحت سلطة

¹. تنص المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية: يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبسا أو أقل بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر....."

الوكيل العام للملك ومراقبة الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف المشار إليها في الفرع الخامس من هذا الباب".

من خلال استقراء حيثيات هذه المادة، نستخلص على أن جل المهام التي أناط بها المشرع الشرطة القضائية تتم تحت مراقبة النيابة العامة ضمن دائرة نفوذها .

ولعل من أهم هذه المهام هي المحافظة على السر المهني ومن خلاله يظهر جليا مدى خطورة المراقبة بعدما تكون- النيابة العامة - قد ألزمت الشرطة القضائية بالقيام بكل التحريات وجميع الأدلة المرتبطة بجريمة معينة نسبت إلى شخص بعينه، وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 18 من قانون المسطرة الجنائية حيث جاء فيها: "يعهد إلى الشرطة القضائية تبعا للبيانات المقررة في هذا القسم بالتثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة عنها وبالبحث عن مرتكبيها.

تقوم بتنفيذ أوامر وإنايات قضاء التحقيق وأوامر النيابة العامة".

بحيث أن أعوان الشرطة القضائية عند قيامهم بمهام الشرطة القضائية يخضعون لإشراف وكيل الملك وتخضع الشرطة القضائية برمتها تحت إشراف ومراقبة رئيس النيابة العامة وللغرفة الجنحية.¹

والنيابة العامة في شخص الوكيل العام للملك ووكيل الملك ونوابه كذا قاضي التحقيق يعتبرون ضباط سامون للشرطة القضائية، كما يتسم بصفة ضابط الشرطة القضائية.²

¹ - المادة 29 و 30 و 31 من قانون المسطرة الجنائية.

² - المادتين 21 و 22 من قانون المسطرة الجنائية.

أما أعوان الشرطة القضائية فقد نص عليهم الفصل 54 من قانون المسطرة الجنائية، وتتحدد مأموريتهم في نطاق الفصل الموالي هذا الفصل 65 من ق.م.ج.¹ وعلى العموم فإن النيابة العامة تلعب دورا مهما بالنسبة للمهام التي تقوم بها الضابطة القضائية في سير الدعوى العمومية ومباشرتها من خلال البحث التمهيدي المنجز من طرفه، ذلك أن الضابطة تباشر مهامها من خلال الإشراف المباشر للنيابة العامة ومراقبة هاته الأخيرة لأعمالها وتوجيهها وإعطاء التعليمات المتطلبة قانونا لها، أما مباشرة أو عن طريق المراسلات الكتابية أو الهاتفية. فالدعوى العمومية باعتبار أنها قد تثار في بعض الأحيان مباشرة أمام الضابطة أو قد تحال عليها من طرف النيابة العامة بواسطة الشكايات المقدمة لهاته الأخيرة فإنه بالرغم من ذلك تخضع في تسييرها وتوجيهها للنيابة العامة من خلال التعليمات الموجهة لها خلال إجراءات البحث التمهيدي أو بعد الانتهاء منه.²

الفقرة الثالثة: اختصاصات النيابة العامة المرتبطة بالدعوى المدنية

باعتبار جهاز النيابة العامة ذاك الجهاز المتولي لإقامة الدعوى العمومية ومراقبتها والمطالب بتطبيق القانون حسب ما جاء بالفصل 36 من ق.م.ج، فهذا لا ينفي عنها اختصاصات مدنية وتجارية وإدارية والتي أعطها المشرع لها في جل القوانين المسطرية وغيرها، رغم اختصاصها في الدعاوى العمومية بتدخلها كطرف أصيل وخصم فيه لرد الاعتبار لمصلحة المجتمع وإحقاقا للحق وإزهاقا للباطل.

¹ - المواد 27، 28، ق.م.ج بتحديد الموظفين والأعوان المكلفين ببعض مهام الشرطة القضائية وتحديد اختصاصاتهم.

² - رياضي عبد الغاني، النيابة العامة أمام المحاكم العادية والاستثنائية ودورها من خلال مسطرتي الامتياز القضائي والحصانة القانونية"، الطبعة الأولى، 2002، ص: 75.

إذ حسب الفصول من 6 إلى 10 من القانون المنظم للمسطرة المدنية فإن النيابة العامة تباشر دورها إما بوصفها طرفاً منضماً في الدعوى أو رئيسياً، لكن وهي تتدخل كطرف منضم فهذا يضعها أمام حالتين هامتين، فإما أن تنضم وجوباً في تدخل إجباري (قانوني) أو اختياريًا.

والأصل في عمل النيابة العامة أمام القضاء المدني أن تكون طرفاً منضماً، وهي بهذه الصفة لا تكون خصماً لأحد وإنما تتدخل لتبدي رأيها لمصلحة القانون والعدالة، وهذا يعني أن تسميتها بالطرف المنضم فيها شيء من التسامح في التعبير لأنها ليست طرفاً في هذه الحالة بالمعنى الحقيقي فلا تكلف بالانضمام لأحد الأطراف في الرأي أو الدفاع ولو أن من بين الذين أوجب القانون تدخلها لحماية مصالحهم كالقاصرين وعديمي الأهلية وإنما هي تعطي رأيها مستقلاً بما تراه حقاً وعدلاً، ولرأيها المعتبر كفتوى قيمة أدبية في نظر المحكمة لأنه رأي محايد لا وجهة نظر خصم معين، وهي على هذا الأساس تكون أمام إحدى الحالات الآتية:

أولاً: التدخل الاختياري:

حسب مقتضيات الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية يفهم من ظاهره أن حالات التدخل الواردة فيه إنما جوازية، ولكن إذا ما رجعنا إلى آخر فقرة من الفصل التاسع نجدتها نقول "يشار في الحكم إلى إيداع مستنتجات النيابة أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلاً" ويستنتج منه بصريح العبارة مدى إلزامية ووجوبية الحالات المذكورة في الفصل الثامن قبله، وهو ما شكل ارتباكاً لدى الباحثين في تفسير الحالات الثلاث التي يقول فيها الفصل الثامن "تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، وكذا في الحالات التي تطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف،

أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي، ولا يحق لها في هذه الأحوال استعمال أي طريق للطعن.¹

وما ذهب له المجلس الأعلى (محكمة النقض حليا) في أحد قراراته بالقول "الفصل 8 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن النيابة العامة تتدخل كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، وأن تدخلها يعني حضورها في الجلسة، وأن عدم التنصيص على اسم ممثل النيابة العامة في القرار المطعون فيه يعني عدم حضورها في الجلسة بالنسبة للقرار المذكور. كما أن الفصل 10 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن حضور النيابة العامة في الجلسة يعتبر غير إلزامي إلا إذا كانت طرفا رئيسيا، أو كان حضورها محتما قانونا والحالة الأخيرة هي التي تتعلق بالفصلين 8 و 10 من قانون المسطرة المدنية ومن ثمة فإن عدم حضور ممثل النيابة العامة في الجلسة التي صدر فيها القرار المطعون فيه، يشكل خرقا لمقتضيات الفصلين المذكورين مما يعرضه للنقض".²

وبالإضافة للحالات السابقة في الفصل الثامن فهناك حالات أخرى وردت في الفصل لتاسع يجب على النيابة العامة التدخل فيها عن طريق تبليغها إياها وهي :

¹ - الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بظهير بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) منشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974 ص 2742.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ 15 أبريل 2003 تحت عدد 370 في الملف الاجتماعي عدد 02.1089 منشور بمجلة القصر عدد 10 ص 223 وما بعدها.

- القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة¹ والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهبات والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الأعباس والأراضي الجماعية.
- القضايا المتعلقة بالأسرة .
- القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف.
- القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم.
- القضايا التي تتعلق بعدم الاختصاص النوعي.
- القضايا التي تتعلق بتنازع الاختصاص، تجريح القضاة والإحالة بسبب القرابة أو المصاهرة.
- مخاصمة القضاة.
- قضايا الزور الفرعي.
- وأيضا يمكن للنيابة العامة أن تنتصب كطرف منضم في دعاوى البطلان وسقوط الحق بالنسبة ببراءة الاختراع المسلمة من المكتب المغربي للملكية الصناعية.

¹ - منشور صادر عن وزير العدل بتاريخ 29 أكتوبر 1984 تحت عدد 968 جاء فيه:

حول دور النيابة العامة في القضايا المدنية

نظرا لما تكتسيه بعض الدعاوى في الحقل المدني من أهمية استأثرت انتباه المشرع إلى حد أنه أوجب على النيابة العامة التدخل فيها بصفة أساسية وحدد الدور الذي يتعين عليها أن تضطلع به في حدود المهام المخصصة لها .

ومما لا شك فيه هذه الدعاوى تشمل كل ما يمس بالنظام العام، وحالة الأشخاص المدنية ومصالح الدولة والمؤسسات العمومية وشؤون القاصرين وما إلى ذلك مما هو مسطر في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، غير أننا نلاحظ فتورا في الاهتمام بهذا النوع من الدعاوى .

التدخل الجوازي:

هذا التدخل الجوازي فصله الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية في فقرتيه الرابعة والخامسة حيث يمكن أن تطلع النيابة العامة على كل القضايا التي ترى تدخلها فيها ضروريا وكذا كل القضايا التي ترى المحكمة تدخلها فيها ضروريا فلا بد من أن تبلغها إليها وتطلب تدخلها فيها .

وكل هذه القضايا يكون التدخل فيها اختياريا للنيابة العامة فلا وجود لما يلزمها وهذا واضح البيان على كونها مجرد حالة جوازية من صيغة العبارة "يمكن" المبدوءة بها رابع فقرة من الفصل 9 ق.م.م.

- تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية كطرف رئيسي: فإذا كان حضور النيابة العامة أيضا بالجلسة يكون اختياريا مادامت طرفا منضما فإنه في القضايا التي تكون فيها طرفا رئيسيا يكون حضورها إلزاميا بموجب الفصل العاشر من نفس القانون، وبالتالي فعدم حضورها يعرض القضية كلها للبطلان، وحسب الفصل 6 الذي يؤكد على أن تكون النيابة العامة إما طرف رئيسي أو منضم، وبالرجوع للنصوص القانونية يمكننا تحديد جملة القضايا التي تتدخل فيها النيابة العامة كطرف رئيسي في:

- القضايا المتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لصالح القاصرين .
- قضايا الأموال الخاصة بالأشخاص المفترضة غيبتهم: الفصلين 263 ق.م.م .
- القضايا المتعلقة بالتركات الشاغرة: الفصل 267 ق.م.م، وبالنسبة للطعن فهو جائز انطلاقا من الفصل 148 ق.م.م ولو سكت النص الأصلي عن ذكر الحق فيه.

- قضايا التحجير على السفهه والمجنون والمعنوه: الفصل 197 ق.م.م، ويجوز الطعن ضد الأوامر والأحكام المتعلقة بالتحجير بناء على الفصلين 134 و 355 ق.م.م.

- النزاع الحاصل بشأن صحة إجراءات الإكراه البدني لتنفيذ الأحكام المدنية والمالية: المادة 680 ق.م.ج.

وفي الختام فإن إصدار قانون رئاسة النيابة العامة رقم 33.17 يكتسي رهان كبير في مجال السلطة القضائية، ودعامة أساسية لتعزيز استقلال القضاء لكونه يتوج مراحل حاسمة من النقاش في هذا الأمر مند عقود والتي نادى بإنهاء التدخل السياسي في المجال القضائي، ووضع حد للخلاف الدائر بين تدخل السلطة التنفيذية و السلطة القضائية كما شكل لحظة محورية وجوهرية تؤسس لبناء سلطة قضائية مستقلة بمختلف مكوناتها وترسيخ ثقة المواطن في القضاء وجعله في خدمة المواطن وتكريس العدالة الجنائية وضمان حماية الحقوق والحريات، وضمانة للرفع من الحكامة والنجاعة القضائية بعيدا عن أي تدخل خارجي في مهامها.

ومن جهة أخرى إضافة فأن الرقابة التي تحقق الفعالية والنجاعة لهذه الرئاسة تتجسد من خلال مجموعة من الضمانات المرتبطة برقابة المؤسسة الملكية، بحيث تجسد هذه الرقابة أكبر ضمانات لكون المؤسسة الملكية تبقى بقوة الواقع والدستور ضامنة لاستقلال السلطة القضائية، باعتبار أن الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض هو مسؤول أمام الجهة التي تم تعيينه من طرفها وهي المؤسسة الملكية، ومن جهة ثانية أيضا نجد الرقابة المجتمعية، والتي تتجلى

أساسا في دور المجتمع المدني والحقوقى والجمعيات المهنية القضائية في الرصد والمتابعة والتبليغ، كما لا ننسى أيضا الإعلام نظرا لما لوسائل الإعلام بمختلف أشكالها من دور كبير في كشف مختلف الجرائم وواقع الظاهرة الإجرامية ومتابعتها لمختلف القضايا الجنائية المعروضة أمام مختلف محاكم المملكة مما يشكل نوع من الرقابة الأخرى على مختلف المؤسسات التي يتطلب منها التتبع الفوري والمواكبة .

الوسائل البديلة لترشيح الإعتقال الاحتياطي في السياسة الجنائية

حياة المقدم
باحثة بسلك الدكتوراه
-كلية الحقوق طنجة-

مقدمة

يعد نظام الاعتقال الاحتياطي من أهم التدابير الجنائية الأكثر مساسا بالحرية باعتباره يمثل نقطة تعارض بين مصلحتين أساسيتين، مصلحة الفرد الذي من حقه التمتع بحريته عملا بمبدأ إنساني عالمي باعتبار ان البراءة هي الأصل، ومصلحة الجماعة التي من حقها الوصول للحقيقة وترتيب الجزاء، وفي هذا الصدد كان موضوع الإعتقال الاحتياطي اهتمام جل التشريعات الجنائية الحديثة، لما له من مس خطير بالحريات الشخصية، لأن قرينة البراءة تجد سندها في القواعد العامة من جهة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي مختلف الدساتير والمعاهدات الدولية، حيث ينص الفصل السابع من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه " لا يجوز اعتقال أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفيا " وفي هذا الصدد فالإعتقال الاحتياطي تدبير يرمي الى الزج بالمتهم في السجن وسلب حريته لمدة معينة حددها المشرع، وهو تدبير استثنائي يلجأ إليه القاضي ليضمن إحضار المتهم في جميع مراحل المتابعة القضائية، بالإضافة لحمايته من انتقام الضحية وعائلته، وحماية المجتمع أيضا مما قد يرتكبه المتهم من جرائم أخرى.

والمرجع المغربي سعيا منه الى حماية الحقوق والحريات الفردية وتحقيق المحاكمة العادلة، عمل على تنظيم الاعتقال الاحتياطي بما يتلاءم مع التوجه الدولي في هذا المجال، في المواد 175 إلى 188 من قانون رقم 22.00 المتعلق بقانون المسطرة الجنائية، وحسب الفقرة الثانية من المادة 618 من قانون المسطرة الجنائية: "يعتبر المعتقل احتياطيا كل شخص تمت متابعته جنائيا ولم يصدر في حقه حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به".

كما اعتبر أيضا الفصل الأول من القانون 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية يعتبر معتقلا احتياطيا" كل معتقل لم يصدر في حقه مقرر قطعي بالإدانة سواء كان ظنينا أو متابعا أو متهما".

وفي هذا الصدد فالسياسة الجنائية المغربية تعمل جاهدة في التصدي لمعضلة ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي بالمغرب، وهو ما نلمسه بشكل متكرر من خلال المناشير الموجهة للوكلاء العاملين للملك لدى محاكم الاستئناف وأيضا لوكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية، وكان آخرها الدورية الصادرة عن رئاسة النيابة العامة رقم 2017/1 و28 س 2018. شهر نونبر 2018، والمتعلقة بترشيد الاعتقال الاحتياطي، حيث أشارت الدورية أن معدل المعتقلين الاحتياطيين قد ارتفع من 38.08% في نهاية يوليوز 2018 إلى 41.25% في نهاية شهر شتنبر و41.40% في نهاية شهر أكتوبر، والتي توصي بضرورة ترشيد الاعتقال الاحتياطي.

إن معالجة إشكالية معضلة الاعتقال الاحتياطي، وإن كانت بالضرورة من أولويات وزارة العدل والحريات و المسؤولين عن السياسة الجنائية، فإن الإشكال المطروح في هذا الصدد إلى أي حد استطاع المشرع تحقيق التوازن بين مصلحة

الدولة في حماية المجتمع حقوق الأفراد من هذا الإجراء الاستثنائي؟ ومدى فعالية الوسائل البديلة في السياسة الجنائية في ترشيد الاعتقال الاحتياطي؟

المبحث الأول : الإطار القانوني للاعتقال الاحتياطي

يعد الاعتقال الاحتياطي من بين الإجراءات التي تعكس مدى تفعيل وتكريس المشرع لضمانات المحاكمة العادلة، باعتباره من الإجراءات الأكثر مساسا بالحرية وأكثرها تعارضا مع قرينة البراءة وحقوق الدفاع وفي هذا الإطار فالمشرع أحاط الاعتقال الاحتياطي بمجموعة من الشروط من أجل ضمان التطبيق السليم (المطلب الأول) كما منع أيضا المشرع بعض الإجراءات البديلة للحيلولة دون اللجوء إليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شروط الإعتقال الاحتياطي :

لتوفير الشروط القانونية في مدى احترام هذا الإجراء الماس بالحقوق والحرريات فقد خول المشرع لبعض الجهات بإصدار أمر الاعتقال الاحتياطي.

الفقرة الأولى : الجهات المختصة بإصدار أمر الاعتقال الاحتياطي

إن المشرع خول في هذا الصدد الاختصاص لقاضي التحقيق من جهة باعتباره أن التحقيق بهدف كشف الجريمة، بجمع الأدلة وإسنادها إلى مرتكب الفعل الجرمي مع مراعاة قرينة البراءة. باعتبار أن النيابة العامة في إطار سلطة الملائمة تعمل على إحالة القضايا الواجب فيها التحقيق بمقتضى القانون وأيضا الجرائم المرتكبة من طرف الأحداث على قاضي التحقيق، ويعتبر قاضي التحقيق من أهم الأجهزة القضائية الفعالة في مجال الاعتقال الاحتياطي من خلال مراعاة مقتضيات المادة 176-177 من القانون المسطرة الجنائية بحيث لا يمكن أن تجاوز

مدة الاعتقال شهر واحد في القضايا الجنائية¹ ولا يمكن إصداره إلا بعد استنطاق المتهم.

ومن جهة أخرى باعتبار أن النيابة العامة الممثل القانوني للمجتمع الساهرة على حماية حقوق الأفراد وحياتهم فقد حولها المشرع أن تقوم بإيداع المتهم في السجن من خلال مقتضيات المادة 47 و²74 من قانون المسطرة الجنائية في حالة التلبس بارتكاب الجريمة. وانعدام ضمانات الحضور وتكون قرارات النيابة العامة معللة، وفي هذا الصدد فالمادتين معا تناقشان شروط الأمر بالإيداع المتهم السجن من قبل وكيل الملك أي النيابة العامة، باعتبارها هي الساهرة على دراسة القضايا والبث فيها من يتطلب مراعاة الدوريات الصادرة في هذا الإطار التي تؤكد على ضرورة ترشيد الاعتقال الاحتياطي احتراماً للمبدأ العالمي الحقوقي ألا وهو قرينة البراءة، إضافة إلى ظاهرة تزايد عدد المعتقلين احتياطياً الأمر الذي يؤدي إلى اكتظاظ المؤسسات السجنية³، مما يتطلب الأمر مواكبة التطورات التي تعرفها السياسة الجنائية الحديثة من أجل الاستجابة للتطلعات الوطنية والدولية الهادفة لحماية الحقوق والحريات .

¹ - الفصل 176 من القانون المسطرة الجنائية نصي : لا يجوز في القضايا الجنائية أن يتجاوز الاعتقال الاحتياطي شهراً واحداً .

إذا ظهرت عند انصرام هذا الأجل ضرورة استمرار الاعتقال جاز لقاضي التحقيق تمديد فترته بمقتضى أمر قضائي معلل تعليلاً خاصاً، يصدره بناء على طلبات النيابة العامة المدعية أيضاً بأسباب لا يمكن تمديد فترة الاعتقال الاحتياطي إلا لمرتين ولنفس المدة.

² - المادة 47 من قانون المسطرة الجنائية

³ - سعيد بوطويل الاعتقال الاحتياطي - بين إجراءات البحث التمهيدي والقضائي - المبررات والضمانات، مكتبة دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2017 ص : 215

الفقرة الثانية: الرقابة على شرعية الاعتقال الاحتياطي

إن الرقابة القضائية التي حددها المشرع تستوجب معيار متعلق بالجريمة المنسوبة للمتهم، وثانيهما يتعلق بالسلطة التقديرية في إصدار الأمر، ذلك لحماية الحقوق وحرريات الأفراد من الاعتقال التعسفي، بحيث تنطلق الرقابة القضائية على شرعية الاعتقال عندما تكون الدعوى بيد المحكمة سواء كانت هذه الرقابة مرتبطة بالإعتقال الاحتياطي، أو عند الإحالة عليها من قاضي لتحقيق أو النيابة العامة¹. والمشرع المغربي منح اختصاص مراقبة شرعية الاعتقال الاحتياطي قضائياً إلى الغرفة الجنائية بمحكمة الاستئناف، وهي هيئة قضائية تتكون من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو من ينوب عنه بصفته رئيساً مستشارين اثنين، وبحضور النيابة العامة التي يمثلها الوكيل العام للملك أو من ينوب عنه وكاتب الضبط² كما يحق للنيابة العامة استئناف كافة أوامر قاضي التحقيق باستثناء الأوامر الصادرة بإجراء خبرة، ومنها أمر الاعتقال الاحتياطي وإن كان خاضعاً للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق كوسيلة تساعد على انجاز أفضل للتحقيق الإعدادي، إلا أنه من جانب آخر فهو إجراء استثنائي ينبغي أن تكون له مبرراته³.

واستئناف النيابة العامة يكون في شكل تصريح أمام كتابة الضبط بالمحكمة التي يوجد بها قاضي التحقيق المصدر للقرار، وذلك في اليوم الوالي لإشعارها بصدور الأمر، والمتهم يبقى رهن الاعتقال الاحتياطي إذ صدر الأمر

¹ - أحمد فتحي سرور الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1985 : 642

² عبد القادر بوغالب الاعتقال الاحتياطي الوسائل البديلة رسالة لنيل دبلوم الماستر جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2011-2012 صفحة 29.

³ - أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الأول مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة السادسة 2011: ص 388

بالإخراج المؤقت إلى حين انقضاء أجل الاستئناف ما لم توافق النيابة العامة على الإفراج .

ومن جهة ثانية فالمشرع منح للمتهم حق استئناف أمر الاعتقال الاحتياطي لدى الغرفة الجنائية بمحكمة الاستئناف، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 223 من قانون المسطرة الجنائية¹، ومن هذه الأوامر الأمر بتمديد فترة الاعتقال الاحتياطي سواء بالنسبة للجنح أو بالنسبة للجنايات أو الأمر برفض طلب الإفراج المؤقت والأمر بالإيداع في السجن².

إن استئناف المتهم ينتج آثاره في طرح أمر قاضي التحقيق للمراقبة من قبل الغرفة الجنحية، التي عليها أن تقره أو تعدله أو تلغيه، وفق أسباب تبني عليها مقررها الذي لا يسري سوى على المتهم المستأنف من حيث الأثر دون غيره من المتهمين الآخرين.

وبالإضافة للمراقبة القضائية نجد أن المشرع منح لرئيس الغرفة الجنحية رقابة إدارية على إجراءات الاعتقال الاحتياطي، ذلك في إطار السياسة الجنائية في التصدي لمعالجة ظاهرة اكتظاظ المؤسسات السجنية نظرا لارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي، من خلال تكليف كتابة الضبط بغرفة التحقيق بأن تحيل عليه تقريرا مفصلا من نوعية القضايا المرتبطة بغرفة التحقيق، وعدد المعتقلين الإحتياطيين كما يعمل أيضا على زيادة المؤسسات السجنية التابعة لنفوذ محكمة

¹- تنص المادة 223 من قانون المسطرة الجنائية : يحق للمتهم أن يستأنف لدى الغرفة الجنحية بمحكمة الاستئناف الأوامر المنصوص عليها في المواد (152-94 و 177 و 179 و 199 (الفقرة الأخيرة) و 208 و 216 (الفقرة 2 و 3 و 6 و 7) ...

²- Maydo let : la liberté la détention . provisoire dans la jurisprudence de la cour de cassation . annelage m. ancel . paris 1975 . p. 279

الاستئناف مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل ويتحقق البيانات اللازمة¹، كما لرئيس الغرفة الجنحية أن يوجه التوصيات الضرورية لقاضي التحقيق إذ ظهرت أن اعتقال المتهم لا مبرر له.²

المطلب الثاني : الإجراءات البديلة للاعتقال الاحتياطي

إن إشكالية الاعتقال الاحتياطي تزداد خطورة على الشخص خصوصا عندما تثبت براءته اعتقاله لمدة قد تكون طويلة، مما يؤثر سلبا على حياته وحريته، ومن هنا كان من الضروري البحث عن تدابير أخرى لتقوم مقام الاعتقال الاحتياطي، على اعتبار أن الأخذ بالإجراءات البديلة أصبح أمرا ضروريا في العمل الحالي وسوف نتطرق للكفالة المالية والكفالة والشخصية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : الكفالة المالية والشخصية .

إن موضوع الكفالة يطرح العديد من الإشكالات على اعتبار أنها ليست في مقدور الجميع وهو ما يجعلها تتنافى مع مبدأ المساواة والمشرع منح للقضاء الإفراج عن المتهم بعد أداء كفالة مالية .

أولا: الكفالة المالية

تعد الكفالة المالية باعتبارها مبلغ مالي يدفع إلى خزينة الدولة من طرف المتهم أو غيره ليكون جزاء لتخلف المتهم عن الحضور في أي إجراء من إجراءات التحقيق الإعدادي³.

¹- الحبيب بيبي : شرح قانون المسطرة الجنائية الجزء الأول دار النشر المغربية الرباط الطبعة الثانية 2006: ص 163.

²- رياضي عبد الغاني : قضايا جنائية وحلول بديلة لسلسلة الأجهزة القضائية الجزء الثاني مطبعة دار السلام الرباط الطبعة الأولى 2007. ص 74

³- محمد عبد الله المر، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2006

المشرع المغربي سمح لوكيل الملك وقاضي التحقيق أن يقدم المتهم أمام المحكمة في حالة سراح كلما أدلى بما يفيد أدائه لكفالة مالية، يراعي في تقريرها مجموعة من المعايير، ويضمن إبداع المبلغ ويجوز للقاضي التحقيق بموجب الفقرة الثالثة من المادة 142 و الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المسطرة الجنائية، أن يأمر بالإفراج المؤقت عن المتهم شريطة تقديم الكفالة مالية أو شخصية¹، وتضمن الكفالة حضور المتهم وأداء المصاريف المسبقة التي أداها الطرف المدني، ومبالغ التعويض عن الضرر الذي لحق المطالب بالحق المدني وأداء النفقة إذا كان المتهم متابعاً بذلك². ويدفع مبلغ الكفالة نقداً أو بواسطة شيك معتمد من البنك أو بشيك يقدمه محامي المتهم.

وتبقى الكفالة المالية لها فعالية وأهمية في الحد من ظاهرة الاكتظاظ داخل المؤسسات السجنية وتعد مورداً إضافياً لخزينة الدولة في حالة عدم حضور المتهم للإجراءات القضائية، وفي مقابل الكفالة المالية نجد الكفالة الشخصية.

ثانياً: الكفالة الشخصية الكفالة الشخصية هي تعهد شخص من الناس يلتزم فيه بإحضار المتهم المفرج عنه عند طلبه، وتنفيذ جميع الإلتزامات المفروضة عليه إذ ما أخل بهذا التعهد³، فالكفالة الشخصية تتم بتعهد شخص بإحضار المتهم

¹- تنص الفقرة الثالثة من المادة 142 من المسطرة الجنائية على أنه يمكنه لقرارات البحث الأمر بإغلاق الحدود وسحب جواز السفر لضمان عدم فرار المتهم طيلة فترة البحث كما يقف له تحديد كفالة مالية أو شخصية لضمان ... المتهم

²- عبد القادر بوغالب الاعتقال الاحتياطي والوسائل البديلة مرجع سابق ص 485

³- محمد عبد الله محمد المر، الحبس الاحتياطي دراسة مقارنة، مرجع سابق ص: 308

عند طلبه، ويجوز في سبيل ضمان تنفيذ الكفيل الشخصي بتعهده أن يقوم عضو النيابة العامة بحجز جواز سفر الكفيل أو المتهم إذا استدعى الأمر ذلك.¹ وبالنسبة للمشرع المغربي نجده قد نظم أحكام كفالة الحضور ضمن الفصول 1161 و 1169 قانون الالتزامات والعقود وعرفها بأنا كفالة الحضور تعهد بمقتضاه يلتزم شخيص بأن يحضر شخص آخر أمام القضاء، أو بأن يحضره عند حلول الالتزام أو عند الحاجة، ويجب على الكفيل أن يكون في هذا الصدد متمتعا بالأهلية القانونية وفي هذا الصدد أتت المادة 178 ق . م . ج . بخصوص الإفراج المؤقت هو إمكانية قاضي التحقيق الإفراج عن المتهم إن أدلى هذا الأخير بشهادة من مؤسسة عمومية أو خاصة للصحة أو التعليم تؤكد فيها تكليفها بالمتهم أثناء الإفراج.²

الققرة الثانية : الوضع تحت المراقبة القضائية كبديل الاعتقال الاحتياطي

عرف إحداث نظام الوضع تحت المراقبة القضائية تطورهم في التشريع المغربي باعتباره بديل الاعتقال الاحتياطي، والمشرع المغربي لم يعطي تعريف

¹ EMMINS Erreur ! Signet non défini. .A.Paracticalapoch to criminal procedure 3 édition - reprinted 1987.p 404

² نشر بعض الدول كاسكتلندا وألمانيا وبلجيكا والولاية المتحدة الأمريكية قد حددت في قوانينها الجنائية مبررات الاعتقال الاحتياطي بشكل واضح في :

- إذا كان هناك احتمال فرار المتهم أو سيق له الفرار عندما أطلق سراحه
- إذا كان المتهم قد ارتكب جريمة مماثلة أو أشد خطورة عندما أطلق سراحه
- إذا كانت الجريمة خطيرة
- وجود أدلة واضحة على أن المتهم سيعمد إلى تهديد الشهود أو إخافتهم
- تعدد سوابق المتهم مما يحتمل معه استمراره في النشاط الإجرامي إذ لم يعتقل
- عدم وجود ضمانات الحضور
- وجود قربنة خطر هرب المتهم وفراره

للمراقبة القضائية، وإنما اعتبرها في المادة 159 من ق . م . ج. تدبيراً استثنائياً يعمل به الجنايات والجرح المعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية، وقد استقى المشرع هذا التدبير من المشرع الفرنسي .

ويمكن تعريف الوضع تحت المراقبة القضائية بأنه تدبير بمقتضاه يحق لقاضي التحقيق أن يخضع المتهم إلى التقيد واحترام جملة من الالتزامات التي تضمن بقاءه رهن إشارة العدالة، وتحول دون فراره أو قيامه بإتلاف الأدلة وتجنبه مساوئ الاعتقال الاحتياطي والمتهم في هذا الوضع لا يتم حبسه ولكن يتم فرض قيود عنه لضمان وجوده رهن الإشارة المحكمة¹، وطبيعة من الإجراء تحافظ على مبدأ البراءة التي تلازم المتهم طيلة مراحل الدعوى إلى حين صدور حكم بالإدانة.

والمشرع خول لمؤسسة التحقيق صلاحية اتخاذ قرار الوضع تحت المراقبة القضائية أثناء سريان عملية التحقيق، فلها السلطة التقديرية الكاملة لاتخاذ من عدمه، ما لم تكن ضرورة التحقيق أو الحفاظ على النظام العام تستدعي وضع المتهم رهن الاعتقال الاحتياطي، وتحدد مدة الوضع تحت المراقبة القضائية حسب المادة 160 من قانون المسطرة الجنائية في شهرين قابلة للتجديد خمس مرات أي بمدة سنة، ولا يلزم قاضي التحقيق بتعليل أمره بالتجديد على عكس نظام الاعتقال الاحتياطي².

وقاضي التحقيق ملزم بتبليغ أمر الوضع تحت المراقبة القضائية شفويًا للنيابة العامة داخل أربع وعشرون ساعة، ويحق للنيابة العامة والمتهم باستئناف أوامر قاضي التحقيق بشأن الإفراج المؤقت لدى الغرفة الجنحية الاستئنافية، وفي

¹- عبد اللطيف أحمد الحبس الاحتياطي دراسة تحليلية تأصيلية دار الكتاب الذهبي القاهرة 2001 ص 240.

²- عبد الله درويش الوضع تحت نظام المراقبة القضائية قانون المسطرة الجنائية مجلة الإشعاع العدد

29، غشت 2004، ص 12

سبيل تنفيذ التزامات الوضع تحت المراقبة القضائية سمحت المادة 162 من قانون المسطرة الجنائية لقاضي التحقيق بتعيين شخص مادي أو معنوي للمشاركة في تطبيق هذا التدبير أو بتعيين مصلحة للشرطة أو الدرك الملكي أو أية مصلحة قضائية أو إدارية مختصة للتأكد من امتثال المتهم للالتزامات المفروضة عليه . والقضاء في هذا الصدد وفي إطار توجهات السياسة الجنائية في الحد من ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي فإن القضاء يحاول اعتماد المراقبة القضائية كبديل الاعتقال الاحتياطي رغم الإكراهات التي تحول دون تطبيقه¹. وفي الأخير فتدبير المراقبة القضائية يصب في ترشيد اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي لتحقيق التوازن بين مصلحة الفرد والمجتمع بالإضافة للتخفيف من حدة الاكتظاظ بالمؤسسة السجنية.²

المبحث الثاني : آليات ترشيد الإعتقال الإحتياطي في السياسة الجنائية

لقد عرفت نسبة الاعتقال الاحتياطي في السنوات الأخيرة ارتفاعا مستمرا مما يتطلب الأمر الحد منه، وفق مقاربة تهدف إلى إصلاح سلوك الجاني وتهئية للاندماج داخل المجتمع، وتخلق لديه إرادة التأهيل وتعيّنه على استئصال عوامل الانحراف، كما أنها تهدف إلى حل الخصومة بين الأطراف بعيدا عن الإجراءات الجنائية، أي وفق مساطر جديدة بديلة لتحريك الدعوى العمومية.

¹ - محمد حمداوي الوضع تحت المراقبة القضائية، مجلة القصر مطبعة النجاح الجديدة العدد 19 يناير 2008، ص 146

² - حسن فرحان، دور المراقبة القضائية في ترشيد الاعتقال الاحتياطي، رسالة لنيل الماستر في العلوم والمهن الجنائية، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 20122011 ص 108 .

وتعد الوسائل البديلة الاعتقال الاحتياطي من أفضل وأنجز الأساليب لاستغلال طاقات ومؤهلات الجاني من خلال اعتماد الصلح الجنائي (المطلب الأول) وفي جانب ذلك أيضا فعالية الوساطة الجنائي كبديل ناجح (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الصلح الجنائي كبديل للإعتقال الإحتياطي

ويعتبر الصلح الجنائي إحدى الوسائل البديلة الرئيسية، لفض المنازعات ذات الطابع الجنائي، حيث أصبحت السياسات الجنائية الحديثة، تعتمد كآلية ضمن المساطر الجنائية، قصد تحقيق النجاعة في إدارة العدالة الجنائية، وكمؤسسة حديثة مع بروز أزمة العدالة الجنائية في العصر الحديث، حيث استرجع الصلح الجنائي مكانته بالتنصيص عليه تشريعيا حيث وضعت أحكامه وحددت شروطه.

الفقرة الأولى : ماهية الصلح الجنائي

إن تحديد مفهوم الصلح الجنائي، كنظام بديل عن الدعوى العمومية في إطار العدالة الرضائية، يقتضي تحديد مدلوله، من أجل الكشف عن هذا الوافد الجديد القديم، من خلال تعريفه¹، وتعريف الصلح الجنائي يدور ويتمحور حول الجهات التي تشكل أطرافه، فقد يتم بين ممثلي الدولة في إحدى سلطاتها العامة والمتهم وقد يكون بين الأفراد، وإن كان الصلح الجنائي يشترك مع الصلح المدني في انعقاده بتلاقي إرادة الطرفين المتهم والضحية والنيابة العامة من جهة أخرى،

1. تنص المادة 41 من مسودة قانون المسطرة الجنائية على انه :

" يعتبر الصلح بديلا عن الدعوى العمومية إذ توافرت شروط إقامتها، ولا يمس بقرينة البراءة . يمكن للمتضرر أو المشتكي به قبل إقامة الدعوى العمومية أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر .

يمكن لوكيل الملك كذلك إذ بدت له مؤشرات كافية لإقامة الدعوى العمومية وقبل تحريكها، أن يقترح الطلح على الطرفين ويسعى الى تحقيقه بينهما أو يمهلهما لإجرائه، كما يمكنه ان يعهد بذلك لوسيط أو أكثر يقترحه الأطراف او يختاره وكيل الملك "

فهذا لا يعني التسليم للصلح الجنائي بذات الطبيعة القانونية للصلح المدني، لارتباط الصلح المدني بالمصالح الخاصة لأطراف العقد، في حين أن الصلح الجنائي نظام إجرائي يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية¹.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه تصرف قانوني يترتب أثرا في مجال الإجراءات الجنائية، وهو إنهاء الدعوى الجزائية يتم بمحض إرادة المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا²، كما اعتبره البعض بأنه تصرف قانوني إجرائي بمقتضاه تتلاقى إرادة المجني عليه أو وكيله الخاص مع إرادة المتهم في التعبير عن رغبتهما في إنهاء الخصومة الجنائية أو وقف تنفيذ العقوبة، ويجب عرضه على المحكمة.

وقد عرفته المحكمة النقض الفرنسية: " نزول من هيئة الاجتماعية عن حقوقها مقابل الفعل الذي قام عليه الصلح أثره بقوة القانون"

حدد المشرع المغربي الجرائم التي يجوز سلوك مسطرة الصلح بشأنها في الفقرة الأولى من المادة 41 من ق.م.ج. بقوله: " يمكن للمتضرر أو المشتكي به قبل إقامة الدعوى العمومية كلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حسبا أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح بينهما في محضر".

انطلاقا من هذه الفقرة يلاحظ أن المشرع المغربي قصر الصلح على بعض الجنح التي تتسم بعدم خطورتها على النظام العام³، ويقتصر ضررها على أطرافها

¹. أنيس حسيب المحلاوي: الصلح وأثره في العقوبة والخصومة الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 37

¹. محمد حكيم حسين حكيم: النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 44

³ - المتمثل في الجنح المنصوص عليها ضمن الفصول التالية من القانون الجنائي: 268.267.266.265.286.287.275.270.269.286.285.282.277.275.270.269

الذين يعتبر رضاهم ضروريا لتحقيق المصالحة¹، فالصلح كأحد تطبيقات العدالة التصالحية ينطلق بتراضي الطرفين على سلوكه بموافقة النيابة العامة على الصلح، أي انه ينطلق بعقد شفوي يفرغ محتواه في محضر قانوني يوقع عليه أطراف الخصومة الجنائية من جانب الجاني والمجني عليه، وبتوقيع النيابة العامة عليه لحضور الطابع التعاقدي للمحضر المنجز، بالإضافة للغرامة المالية التصالحية التي يؤديها الجاني للخزينة العامة عند موافقته على محضر الصلح، مما يبرز الطبيعة الخاصة للعدالة التصالحية التي تجمع بين العقد ذا الخصوصية المدنية من جهة وبين العقوبة المالية البديلة الرضائية الجزرية من جهة ثانية.

من جانب الطبيعة الجزرية للصلح الجنائي باعتباره جزء يحل محل العقوبة الجنائية، فهو جزء خفيف ومعتدل توقعه الإدارة بناء على اتفاق مسبق مع المتهم الذي يكون قابلا بذلك، للحيلولة دون الحكم بالعقوبة التي توقع عليه إذ ما تم تقديمه للمحاكمة، باعتبار الصلح بديلا للعقوبة الجنائية لان العقوبة لها صفة الحكم الجنائي المنشأ لها بعد سلوك إجراءات قانونية محددة نص عليها القانون².

الفقرة الثانية: فعالية الصلح في التخفيف من الإعتقال الاحتياطي

الصلح الجنائي والوساطة الجنائية وجهان للعدالة الجنائية الرضائية، ويتشابه الصلح مع الوساطة في أمور عديدة حيث يقوم كل منهما على رضی أطراف النزاع فجوهر كل منهما الرضائية، يهدف كل منهما لإنهاء النزاع الناشئ عن جريمة ما خارج إطار الإجراءات الجنائية، من خلال عدم محاكمة الجاني

¹ - عبد الرحيم المودن: "الصلح كإجراء جديد داخا قانون المسطرة الجنائية، مجلة أنفاس حقوقية، عدد مزدوج 2-3، أكتوبر 2003، ص 134

² محمد أعراب العدالة التصالحية من منظومة المسطرة الجنائية مجلة الملف العدد 9 نونبر 2006، مطبعة الفضالة المحمدية، ص 154

وتوقيع الجزاء عليه، وجوهر كل منهما حصول المجني عليه على تعويض عادل وجبر الضرر الناشئ عن الجريمة، وبذلك يكون كل من الصلح والوساطة لهما نفس الأثر، هو تجنيب الجاني مساوي العقوبة.¹ كما أن الوضع الجنائي القائم بالمغرب يقتضي تفعيل مسطرة الصلح للحد من ظاهرة الاكتظاظ التي تعاني منها جل المؤسسات السجنية، من أجل فسخ المجال أمام هذه الأخيرة للقيام بدورها الإصلاحية والتربوي على أتم وجه بالنسبة للجرائم التي تكتسي صبغة خطيرة، والتخفيف من نفقات إيواء نزلائها لتصرف فيهما هو أهم.

فأمام هذه الإحصائيات لا يسعنا إلا تنبيه القضاء إلى خطورة هذا الوضع، قصد اعتماد إستراتيجية عملية تنبني على مراقبة التفعيل بدل الفتور الذي انتاب مسطرة الصلح، وذلك تحقيق الأهداف للمؤسسة السجنية.

وتبعاً لذلك فإن القيام بعملية تقييمية بسيطة للوضع العقابي القائم تتيح لنا الفرصة لنلمس مزايا مسطرة الصلح، إذ لو تم اعتمادها كما سطر لها تشريعياً لاستطاعت الدولة تفاذي الزج بعدد مهم من المعتقلين المحكوم عليهم بأقل من سنتين والذين يشكلون نسبة 40% من مجموع المعتقلين أي حوالي 21868 معتقلاً، فيتنقل بذلك عدد السجناء إلى ما يقارب 32677 معتقلاً بنسبة 0.1% من مجموع عدد السكان، وهي النسبة الطبيعية المسجلة في جل دول العالم²، فضلاً عن كونها لا تؤدي إلى الاعتقال فحسب، بل أنها تجنب أصلاً متابعة المتهم، لذلك يمكن

¹ رجاء الحوشي، مؤسسة الصلح الجنائي على ضوء المستجدات الحديثة للسياسة الجنائية، مرجع سابق ص 35

² مصطفى مداح: الوضع العقابي القائم وسياسة الإصلاح وإعادة الإدماج للسياسة الجنائية بالمغرب، واقع وآفاق، الجزء الأول، ص 244.

القول أن آلية الصلح تعد من أهم الوسائل البديلة للاعتقال الاحتياطي، في إطار المقاربة الحديثة للسياسة الجنائية المعاصرة .

المطلب الثاني : الوساطة الجنائية

تعد الوساطة الجنائية نمطا جديدا داخل المنظومة الجنائية، تقوم على إيجاد مساحة للتفاوض و النقاش بين أطراف الخصومة الجنائية، فهي تعتبر الآلية القانونية الناجعة لمجابهة الكم غير المبرر للقضايا الجزرية البسيطة المعروضة على أنظار المحاكم مما يستدعي الوقوف لتحديد مفهومها (الفقرة الأولى) من جهة ومن جهة أخرى فعاليتها في ترشيد الاعتقال الاحتياطي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم الوساطة الجنائية

عملت العديد من التشريعات المقاربة على تبني مسطرة جديدة بديلة لتحريك الدعوى العمومية من خلال تطوير الطرق القضائية البديلة، بما يخدم أهداف التوجيهات الحديثة للسياسة العقابية الرامية إلى بناء نظام عقابي حديث ومتكامل، ويوازن بين مصالح أطراف الخصومة الجنائية، وذلك باعتماد قنوات للتسوية الودية تعمل على نقل السياسة الجنائية من مضامينها العقابية إلى مضامين تصالحية تفاوضية.

وتعد آلية الوساطة الجنائية إحدى المساطر البديلة للحد من ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي، وخيارا استراتيجيا يعول عليه في حل الخصومات ذات الطابع البسيط التي لا تشكل خطرا على النظام العام. وفق مفهوم جديد ومقاربة حديثة تستجيب لتوجيهات السياسة الجنائية الحديثة¹ التي أصبحت تتبنى مبدأ العدالة التصالحية .

¹ الحسن بويقن : "مدى إمكانية تطبيق نظام الوساطة بالمغرب". مجلة المرافعات العدد 14-15، 2004. ص 16.

يقصد بالوساطة الجنائية بأنها: " إجراء يتم قبل تصرف النيابة العامة في الدعوى أو الحكم فيها، وبناء على اتفاق الأطراف، بموجبه يحاول شخص ثالث البحث عن حل للنزاع المثار بين الجاني والضحية ودون فرض أي قرار عليهما"¹. فمن خلال هذا التعريف يمكن القول أن الوساطة الجنائية آلية بديلة لتسوية الخصومات خارج الإطار الكلاسيكي للعدالة الجنائية²، من خلال اعتماد قنوات للتسوية الودية بين الجاني والضحية تعمل على تحويل علاقة التصادم بينهما إلى أسلوب تعاقدى يلتزم خلاله الجاني بتعويض الضحية، في مقابل تخلي هذا الأخير عن أحقيته في تحريك الدعوى العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى إنهاء الخصومات ومختلف النزاعات مع ضمان دوام أواصر المودة والرحمة وجبر الأضرار، وتحقيق الأمن على مستوى العائلة والمجتمع³.

وبناء عليه يمكن القول بأن الوساطة الجنائية تعتبر آلية للتصالح بين طرفي الخصومة الجنائية، تتم تحت إشراف شخص ثالث كوسيط يسعى إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، دون أن يفرض عليهما أي فرار قصد وضع حد للخصومة بناء على اتفاق الفاعل الأساسي للجريمة والضحية.

¹- لقد دعا إعلان الصادر خلال مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد خلال شهر أبريل 2000، إلى إنشاء خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم ضحايا الجريمة، تشمل آليات الوساطة والعدالة التصالحية وبأن يكون عام 2002 هو الموعد المستهدف لتراجع فيه الدول ممارستها في هذا الشأن.

²- الحسن بويقين، "مدى إمكانية تطبيق نظام الوساطة بالمغرب"، مجلة المرافعات العدد 14-15، 2004، ص 16.

³- عبد القادر بوغالب الاعتقال الاحتياطي والوسائل البديلة مرجع سابق ص 83

واعتبار الأهمية الوساطة الجنائية، فإن جل التشريعات الحديثة أخذت بها كآلية لتسوية الخصومات الجنائية وخاصة ما يتعلق منها بالجنح البسيطة وبديلا ناجحا ونموذجيا للمتابعة والإعتقال في سياق عدالة تصالحية. عمل المشرع الفرنسي شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات المقارنة، على استحداث نظام الوساطة الجنائية، كما تدخل المشرع البلجيكي أيضا بموجب قانون 10 فبراير 1994 لتلقي الوساطة الجنائية.

الفقرة الثانية : نطاق تطبيق الوساطة الجنائية وأثرها

تعد الوساطة الجنائية وسيلة فعالة في علاج الارتفاع المهول والمستمر في أعداد القضايا المعروضة على المحاكم، ووسيلة أيضا لضمان تعويض الضحية، بالإضافة إلى اعتبارها وسيلة اجتماعية مناسبة لعلاج الآثار المترتبة على الجرائم البسيطة والتي يصعب على المحاكم التعامل معها، فضلا على أن الوساطة يمكن أن تؤدي إلى توسيع النطاق القضائي لسلطة الدولة عن طريق إدخال صور العدالة الرضائية من أجل تخفيف مؤشر الاعتقال الاحتياطي الذي يعرف تزايدا مستمر، فقد أظهر التطبيق الحالي للعدالة الجنائية عزوف من جانب المجني عليه للسير في الإجراءات الجنائية، وبالتالي يمكن عن طريق الوساطة، تشجيع طرفي الخصومة الجنائية على المشاركة الفعالة في إدارة نظام العدالة الجنائية.

وتعد من أهم آليات فض المنازعات الحديثة، التي حققت نتائج إيجابية استنادا لما أبانت عنه التجربة الميدانية بفرنسا، وباقي الدول التي تتبنى هذه الآلية عن مدى نجاعتها في مكافحة ظاهرة الجنوح البسيط¹.

¹ مصباح نائلي: "الصلح بالوساطة في الدعوى العمومية" مجلة القضاء والتشريع العدد 8 أكتوبر 2003

لقد عمل المشرع المغربي في إطار مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية نحو الانفتاح على رهانات جديدة منها الوساطة الجنائية¹، من خلال ما تضمنته المادة 41 من المشروع على إمكانية الصلح بالوساطة، وهذه تعد نقطة مهمة وبادرة من طرف التشريع الجنائي المغربي نحو الأخذ بالوساطة الجنائية، وهذا يأتي استجابة للعديد من المرجعيات الأساسية الواردة في الخطاب الملكية ذلك بترجمتها لنصوص قانونية تكرر الوساطة الجنائية كآلية قائمة بذاتها في قانون المسطرة الجنائية، ونفس الأمر حثت عليه التوصية 140، من ميثاق إصلاح منظومة العدالة² من خلال إقرار بدائل للدعوى العمومية خارج نطاق القضاء الجزري.

يلاحظ بعض القصور فيما يرتبط بالانفتاح على الوساطة الجنائية لم يأتي واضح المعالم فيما يخص الشخص الوسيط من جهة، والشروط الواجب توفرها فيه، والمشرع لم يحدد القواعد والأحكام والإجراءات الخاصة بالوسيط³. ولم يتم الإشارة للطريقة البديلة للمتابعة المتعلقة بالوساطة وتحديد مسطرة دقيقة وضامنة لحقوق كل الأطراف من أجل ترشيد عمل القضاء الجنائي⁴، والدفع به في سبيل سياسة جنائية ناجعة قائم أساسها على عدالة تصالحية للتخفيف من أزمة العدالة الجنائية، والتصدي للجريمة من جهة، فمن الواضح أن المشرع من خلال

¹ محمد المريني، الوساطة الجنائية ورهانات العدالة التصالحية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون

الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية 2017-2018، ص 153

² الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة الصادر عن الهيئة العليا للحوار الوطني، لإصلاح منظومة العدالة يوليوز سنة 2013.

³ عبد العالي مصباح "قراءة في مسودة قانون المسطرة الجنائية" مقال منشور بمجلة السياسة الجنائية

⁴ إبراهيم العسري، العدالة التصالحية: مبررات بروزها وأفاقها بالمغرب. الوساطة الجنائية نموذجا، مجلة

القبس المغربية، العدد الثالث، يوليوز 2012، ص 267

المسودة لم يستطع إقرار آلية الوساطة الجنائية كنظام مستقل عن بدائل الدعوى العمومية.

لهذه الغاية يتعين تطبيق نظام الوساطة الجنائية كلما كان من مصلحة الجاني إبعاده عن ساحة القضاء تفاديا لحبسه مدة قصيرة قد تعود عليه وعلى المجتمع بأضرار وخيمة، وفضلا عن ذلك فإن نظام الوساطة الجنائية يساعد المؤسسات السجنية على لعب دورها الحقيقي في الإصلاح والتهديب وإعادة الإدماج، وذلك بتجنب الزيادة في العدد النزلاء بخصوص جرائم بسيطة لا تشكل أية خطورة على المجتمع، ومن تم إعفاء خزينة الدولة من إتمادات مالية باهظة كما أن نجاح الوساطة الجنائية في تحقيق الوقاية¹، رهين بمدى مساهمة جميع الجهات الفاعلة انطلاقا من القضاء إلى غاية مساعديه إلى جانب وجود أرضية ملائمة للتطبيق، لكي تساهم في تطوير السياسة الجنائية الحديثة الهادفة بالأساس إلى الوقاية من الجريمة وفض المنازعات الأقل خطورة بطرق ودية، ترمي إلى رأب الصدع الذي يمكن أن يطال العلاقات الاجتماعية، نظرا للأهداف النبيلة لمؤسسة الصلح والوساطة الجنائية في الحد ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي والحد من الخصومة الجنائية من جهة أخرى، ولتحقيق الفعالية يجب مواكبته بتحسيس مختلف الفاعلين في القطاع بأهمية العدالة التصالحية في حسم الخصومة الجزرية.

¹ تساهم العدالة التصالحية في التقليل من عدد السجناء ومن إعفاء خزينة الدولة من اعتمادات مالية باهضة تخصص لتسيير المؤسسة العقابية، مما قد يساهم بشكل مباشر في الحد من ارتفاع مؤشر العود الذي يعد من الأسباب الرئيسية لاكتظاظ السجون وغيرها من المساوئ التي لا تخدم أهداف السياسة الجنائية بوجه عام، وأهداف العدالة التصالحية.

وفي الختام فالمقاربة الزجرية غير كافية في هذا الصدد على اعتبار أن واقع الاعتقال الاحتياطي بالمغرب أصبح مؤشره المرتفع يقلق مختلف الفاعلين في الشأن القانوني والقضائي، مما يؤثر على مستقبل العدالة الجنائية، وفق مقاربة اعتماد الوسائل البديلة في هذا الإطار لتحقيق الزجر والردع، وتحقيق توازن لمسايرة أهداف السياسة الجنائية الحديثة لترشيد الاعتقال الاحتياطي، والملاحظ أن المشرع في إطار مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية وفي إطار تنفيذ توصيات الحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، يتبين أن مسودة المشروع يعتبر موضوع الاعتقال الاحتياطي من أهم المحاور التي تناولتها المراجعة، في سبيل عقلنة وترشيد الاعتقال الاحتياطي من خلال بعض المستجدات كالتوسيع من نطاق تدابير المراقبة القضائية، مع إقرار المراقبة الالكترونية كتدبير جديد كليا بالنسبة للمشرع المغربي يمكن اللجوء إليه بدل الاعتقال الاحتياطي، كلما هذه المستجدات تصب في الحد من ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي ومحاولة عقلنته وترشيده تماشيا مع توجهات السياسة الجنائية الحديثة.

مظاهر الحماية الجنائية للتعاقد الإلكتروني وفق القانون رقم 05 / 53

صباح أبو الستة

باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية — طنجة —

مقدمة:

لقد اتسعت دائرة استخدام الحاسبات الالكترونية خلال القرنين الماضيين باضطراد وتطور مستمر وبسرعة غير مسبوقه، وأصبحت كافة الأجهزة العامة والخاصة تعتمد عليها في تسيير شؤونها، وبطبيعة الحال، فإن هذا القانون جاء لتأطير التجارة الإلكترونية الداخلية والخارجية بحكم السياسة المتفتحة التي ينفجها المغرب مع دول العالم ودول الجوار، حتمت عليه الانصهار في هذا المحيط من العلاقات والدخول في علاقات ثنائية ما فتئت تتزايد وتتقوى، الأمر الذي فرض عليه تطوير وعصرنة منظومته القانونية، وفي هذا السياق صدر بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات، وبموجب هذا القانون تم تعديل قانون الالتزامات والعقود المغربي وإضافة مواد أخرى لمواده، على اعتبار أن العقود المبرمة بشكل الكتروني لم تعد تجاريها النظم القانونية التقليدية، كل هذا فرض ضرورة الانسجام مع هذا

المعطي الجديد، وضمان إيجاد الترسانة القانونية التي باستطاعتها توفير الحماية القانونية وخاصة الجنائية منها لمختلف التصرفات المبرمة بوسائل الكترونية. وهذه الحماية تتجلى ملامحها من خلال نصوص هذا القانون، حيث عمل المشرع المغربي على تجريم مجموعة من الأفعال، وحدد بالمقابل لها عقوبات وتدابير، كما أشار إلى إجراءات البحث ومعاينة المخلفات للوصول إلى مرتكبي مثل هذه الأنواع من الجرائم، فالمشرع المغربي قد خص للشق الجنائي حيزا مهما من الفصول في هذا القانون، من هنا يمكن طرح الإشكال التالي:

- أين تتجلى خصوصيات التعاقد الإلكتروني؟ وهل توفق المشرع المغربي في

حماية التعاقد الإلكتروني من الجرائم الإلكترونية؟

المبحث الأول: خصوصية التعاقد في المجال الإلكتروني

المغرب عرف بدوره استخدام الشبكة المعلوماتية بشكل موسع أواخر تسعينات القرن الماضي، حيث تزايد الإقبال على استعماله الإلكتروني، وأصبح التعامل بالحاسوب من مستلزمات وضرورات كل مؤسسة تجارية، وغيرها من المؤثرات الإلكترونية على التجارة عبر الإنترنت كل هذا سهل التعامل، مما مهد لنشأة العقود المبرمة عبر هاته الوسائط الإلكترونية، ويعد العقد الإلكتروني من العقود التي نشأت بظهور المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ولذلك ارتبط ظهوره بالأساس بظهور التجارة الإلكترونية، والتي أصبحت تفرض على الأنظمة الداخلية للدول ضرورة مواكبة هذا التطور بإصدار نصوص تشريعية خاصة تتلاءم وطبيعة التعاقد عبر الإنترنت، وهي تتجلى عامة فيما أشار إليه المشرع المغربي من خلال القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات

القانونية¹، وذلك محاولة منه إحاطة هذا النمط من التعاقد وأطرافه ولاسيما الطرف الضعيف "المستهلك" بحماية قانونية سواء في شقها المدني والجنائي. وعليه، سنتناول هذا المبحث الأول من خلال مطلبين: نتطرق في الشق الأول إلى مفهوم وأساس التعاقد الإلكتروني، و نرجع في الشق الثاني إلى صور التجريم المنصوص عليها في القانون 05-53.

المطلب الأول: أساس التعاقد الإلكتروني

سوف نعمل في هذا الصدد إبراز مفهوم التعاقد الإلكتروني (الفقرة الأولى) فيما سوف نتطرق للخصوصيات التي يتميز بها التعاقد الإلكتروني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم التعاقد الإلكتروني

فقد ظهرت تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية أو العقد المبرم عبر الإنترنت، حيث عرفه البعض² بأنه عقد في شكل الكتروني أي بكتابة الكترونية ويتم إبرامه بوسائط ودعائم الكترونية. في حين عرفه البعض الآخر³ بأنه عقد يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، ولأجل ذلك فهو يكتسب صفة العقد الإلكترونية من الطريقة التي يبرم بها.

1. صدر بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30

نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات .

2- الحياياني (ادريس)، أنجوم (عمر)، "إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة و على ضوء مشروع التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية"، المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاولات، عدد 11، أكتوبر 2006، ص 48.

3- عبد الحميد نبيه (نسرين)، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإلكترونية، بدون طبعة، سنة 2008، ص 297.

أما المشرع المغربي فلم يخصص نصا مستقلا لتعريف العقد الالكتروني أو التعاقد الالكتروني¹ على غرار العديد من التشريعات المقارنة كالتشريع المصري² والتشريع التونسي³، وقانون النموذجي للتجارة الالكترونية.⁴ والمشرع المغربي قد أحسن صنعا، لأنه من الأجدر ألا يتضمن التشريع تعريفا للعقد الالكتروني، على اعتبار أن التعاريف عموما تبقى من عمل الفقه والقضاء.

وبالمقابل، فقد أفردت تشريعات أخرى تعريفا خاصا للعقد الالكتروني، فقد عرفه المشرع الأردني في المادة الثانية الخاصة بالتعريفات من قانون المعاملات الالكترونية رقم 08 لسنة 2001 بأنه "الاتفاق التي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً".

¹ وإن كان قد أشار إلى المقصود بتقنية الاتصال عن لعد، بموجب المادة 25 من قانون حماية المستهلك ظهر شريف رقم 1-11-03 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك بأنه "(تقنية الاتصال عن بعد)؛ كل وسيلة لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصياً وفي آن واحد". قانون صادر في الجريدة الرسمية عدد 5933 في جمادى الأولى 1432 (7 فبراير 2011).

² لم يورد المشرع المصري بقانون التوقيع الالكتروني تعريفا للعقد الالكتروني وإنما عرف بموجب المادة الأولى المحرر الالكتروني على أنه "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

³ نص الفصل الثاني من قانون التجارة الكترونية التونسي على تعريف المبادلات التجارية و التجارة الالكترونية دون أن يشير بشكل صريح لتعريف العقد الالكتروني حيث جاء في هذا الفصل: "يقصد في مفهوم هذا القانون ب:

- المبادلات التجارية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية.

- التجارة الالكترونية: العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية.

⁴ وبالإطلاع على قانون اليونسترال النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I) في 16 شتنبر 1996 نجده لم يتضمن أي تعريف للعقد الإلكتروني وإنما اكتفى بتعريف تبادل المعلومات الالكترونية في مادته الثانية بأنه "نقل المعلومات الكترونياً من حاسوب آخر باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات".

كما عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر في 20 مايو 1997 و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد المقصود بالتعاقد عن بعد " بأنه أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد"¹.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا القول بأن العقد الالكتروني ما هو إلا عقد كباقي العقود الأخرى، لكنه يتميز عنها في طريقة إبرامه، فإذا كان العقد يتم إبرامه تقليديا بالوسائل التقليدية المعروفة سواء تم بالكتابة أو باللفظ شفاهة أو بالإشارة، فإن العقد الالكتروني يبرم وسائل حديثة و ذلك من خلال الكتابة الالكترونية و الوسائط أو الدعائم الالكترونية.

و بذلك نلخص إلى القول بأن العقد الالكتروني هو توافق إرادتين في شكل إلكتروني على إحداث أثر قانون بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو بإنهائه و يتميز العقد الالكتروني بمجموعة من الخصائص يلي :

- التواجد اللامادي لأطراف العقد الالكتروني
- استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام التعاقد
- اتسام العقد الالكتروني بالطابع التجاري و الاستهلاكي
- العقد الالكتروني عقد دولي يمكن أن يجمع بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة تربط بينهم جميعا معاملات تجارية مبرمة عبر شبكة الانترنت.

¹ - و في نفس المعنى، نجد أن المشرع الكندي في القانون الخاص بولاية كيبك quebec لحماية المستهلك بالقسم 20 منه، قد عرف التعاقد عن بعد بأنه "تعاقد بين تاجر و مستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين".
انظر في ذلك : ممدوح إبراهيم (خالد)، م.س.ص، 72 و 73.

الفقرة الثانية : خصوصيات التعاقد الإلكتروني

إن خصوصية العقد الإلكتروني تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، والذي يتمثل بالأساس في الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد، وهي وسيلة الاتصال المرئي والمسموع عبر شبكة الاتصال عن بعد وهو ما سوف نتطرق له من خلال الأهلية والإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني.

ولقد أثبتت مسألة الأهلية في التعاقد الإلكتروني ضرورة التمييز بين أهلية الموجب وأهلية القابل.

فالموجب في العقد الإلكتروني قد يكون شخصا طبيعيا كما قد يكون شخصا معنويا كالشركات العارضة لمنتجات أو السلع أو الخدمات، وقد يكون القابل هو الآخر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كالمؤسسة أو الشركة التي تطلب المنتج أو السلعة أو الخدمة المعروضة على شاشة الحاسوب من جهة، ويخضع الإيجاب الإلكتروني أيضا¹ أو كما يسمى الإيجاب الصادر في بيئة الكترونية² لنفس القواعد العامة التي تنظم الإيجاب التقليدي، إلى أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي نجملها في ما يلي :

¹ - فمجرد وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه قد تم عبر شبكة الاتصالات، فلفظ الكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم الكترونيا عن طريق شبكة الإنترنت.

-أحمد بدر (أسامة)، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، ص 178.

² - عرفت التوصية الأوروبية في شأن حماية المستهلك الإيجاب الصادر في بيئة الكترونية الأوروبية بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

انظر في ذلك : ممدوح إبراهيم (خالد) // م.س.ص 317.

وفي رأينا المتواضع نرى أن الإيجاب الإلكتروني هو تعبير لمن وجهه يعرض فيه التعاقد بوسائط الكترونية.

- كون الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد.¹
- كون الإيجاب الالكتروني إيجابيا دوليا.²
- كون الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسائط الكترونية.³
- كون الإيجاب الالكتروني ملزم لصاحبه طيلة مدة معينة.⁴
- الإيجاب الالكتروني مشروط بحماية المستهلك.⁵

¹- يتم التعبير عن الإيجاب من خلال شبكة عالمية لاتصالات عن بعد وذلك بوسيلة سمعية مرئية. لهذا فإن العقد الذي ينتهي إليه يدخل في إطار العقود المبرمة عن بعد، أو العقود المسافة. راجع : سليم برهام (نضال)، م.س.ص.18.

²- إن الإيجاب الالكتروني كما هو معلوم لا يتقيد بحدود الدول السياسية و الجغرافية، ويكون الإيجاب تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية. فتقيد الإيجاب الالكتروني جائز على اعتبار أنه يتماشى مع ظرف الخاصة وإمكانيته، فهو تحديد لمدى التزاماته، حيث إن جعل الإيجاب الالكتروني مقتصر على منطقة جغرافية معينة تجعل الموجب ملتزما، حيث إن جعل الإيجاب الالكتروني مقتصر على منطقة جغرافية معينة تجعل الموجب ملتزما بعدم إبرام عقود خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا وكمثال على ذلك الولايات المتحدة الأمريكية التي قد قررت حظر الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصاديا مثل كوبا وكوريا الشمالية. وعليه فقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد. راجع : ابراهيم ممدوح (خالد)، م.س.ص.323.

³- يتم الإيجاب الكتروني باستخدام وسائط الكترونية عبر شبكة دولية لأنترنت، وبالتالي فهو يتطلب وجود وسيط يقوم بعرضه على شبكة الأنترنت نيابة على الموجب، وهو ما يعرف بمقدم الخدمات الالكترونية أو مقدم الخدمات الأنترنت، وبالتالي فالإيجاب لا يقوم بمجرد صدوره عن الموجب، وإنما يجب عرضه على الموقع لكي ينتج آثاره القانونية ويتحقق من وجوده المادي. راجع : بني حفو (حليمة)، م.س.ص.144.

⁴- يبقى الموجب ملتزما بإيجابه سواء كان عاما أي موجه إلى أشخاص غير محددين، أو خاصا موجهها إلى شخص معين بالذات طيلة المدة المحددة للإيجاب.

إلا انه وبالرجوع إلى الفصل 4-65 من قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، نجد أن المشرع المغربي نص صراحة على أن صاحب العرض يظل ملتزما به سواء طيلة المدة التي حددها الموجب سابق في عرضه، أما في حالة ما إذا لم يكن الإيجاب محدد المدة فإن الموجب يظل ملتزما طالما أن الولوج إليه ممكن ومتيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله.

⁵- إن الإيجاب الالكتروني غالبا ما يكون موجه من تاجر مهني إلى طائفة المستهلكين. ولذلك فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، والتي تفرض على التاجر أو المتعاقد المهني المتخصص العديد من الالتزامات والواجبات وللمزيد من التوضيح انظر: ممدوح إبراهيم (خالد)، م.س.ص.322.

ولكي يعتمد بهذا الإيجاب من الناحية القانونية، وليوفر أقصى درجات الحماية للمتعاقد يتعين خضوعه لشروط الفصل 4-65 من قانون 05-53. والقبول الإلكتروني شأنه شأن الإيجاب الإلكتروني لم يحظ بتعريف تشريعي مغربي. ذلك يلتزم صاحب العرض بمجرد أن يتسلم القبول أن يشعر القابل بطريقة الكترونية بأنه توصل منه فعلا بالإذن بالقبول، هذا ويصبح المرسل إليه فور تسلمه العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

كما نص الفصل 5-65 في آخر فقراته على أن قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسليم يعتبر متوصلا إذا تمكن الأطراف المرسله إليهم من الولوج إليها الكترونيا. ويعني ذلك أن الإذن بقبول العرض أو الإشعار بالتوصل الذي يرجعه القابل إلى صاحب العرض إذا تم إرسالهما بالبريد الإلكتروني وأغفل أي من المتعاقدين أو تقاعس عن الاطلاع عليه مهما كان السبب فإنه يعتبر بحكم القانون متوصلا به، اللهم إذا ثبت أن هناك عذرا خارجا عن الإرادة كالخلل في وسائل الاتصال التي لا يدل له فيها.

ومما سبق ذكره في هذا الصدد تجدر الإشارة الا أن الإثبات في العقد الإلكتروني يختلف عن القواعد العامة، باعتباره عقد خاص لزم لإثباته أن يكتب على محرر الكتروني موقع الكترونيا، من جهة أولى الإثبات عن طريق الكتابة الالكترونية، و أخضع المشرع المغربي كل من الوثيقة¹الالكترونية العرفية والوثيقة الالكترونية الرسمية، لشروط الفصلين 1-417 و 2-417 من قانون رقم 05-53، كما نص على ضرورة توقيع الوثيقة الالكترونية الرسمية من قبل الموظفين العموميين الذين يتلقونها بحكم صلاحيتهم للتوثيق.

¹- الوثيقة لغة هي المستند المكتوب وقانونا هو كل محرر مكتوب أي دليل كتابي. راجع: صالح (خالد)، "جرائم الاتصال الالكترونية بين التشريع والقضاء"، مجلة المحاكم، عدد 96، سبتمبر، أكتوبر 2002، ص 141.

ومن جهة ثانية الإثبات عن طريق التوقيع الالكتروني المشرع لم ينص على هذه الأنواع على اعتبار أن التقدم التكنولوجي الهائل الذي يعرفه العالم بشكل مستمر يصعب معه حصر صور التوقيع الالكتروني.

وعموما تتجلى صور التوقيع الالكتروني في :

- التوقيع بواسطة الرقم السري والبطاقة المغنطة.
- التوقيع الرقمي أو المفتاحي.
- التوقيع البيومترى.
- التوقيع بالقلم الالكتروني.
- التوقيع الخطي ذو الصيغة الرقمية.¹

ولصحة التوقيع الالكتروني المؤمن² يجب أن يستوفي شروطاً³ عدة حتى يمكن الاحتجاج به أمام القضاء، ولقد ميز القانون رقم 05-53 بين نوعين من التوقيع الالكتروني العادي والتوقيع الالكتروني المعتمد، حيث رتب المشرع على

¹ - يتلخص هذا النوع من التوقيع في القيام بنسخ صورة من التوقيع بخط اليد باستخدام الماسح الضوئي (scanner)، وحفظ هذا التوقيع في جهاز الحاسوب الخاص بالموقع أو على القرص المرن، والقيام بعدها بإصدار أمر إلى جهاز الحاسوب لنسخ صورة من التوقيع المخزن للمحرر أو الملف المراد إضافة التوقيع إليه لاستكماله.

راجع: البيخيتي (طارق)، م.س.ص 97.

² - بموجب الفقرة الثانية من هذا الفصل يعد التوقيع الالكتروني مؤمناً إذا أنشئ وفقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، وكانت هوية الموقع مؤكدة، إتمام الوثيقة القانونية مضمونة وفقاً لنفس النصوص المذكورة.

³ - حددت المادة 6 من القانون 05-53 شروط التوقيع الالكتروني المؤمن تتجلى في ما يلي :

- أن يكون التوقيع الالكتروني خاصاً بموقعه.
 - أن ينشأ عن طريق وسائل الموقع من إبقائها تحت مراقبته الخاصة.
 - أن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها.
 - يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الالكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة.
 - التحقيق من التوقيع المؤمن في شهادة المصادقة الالكترونية المؤمنة.
- وهذه تقريبا نفس الشوط التي أوردها كل من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني الصادر عم 2001 في الفقرة الثالثة من المادة السادسة وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني في مادته 18.

هذا التمييز اختلاف الإطار القانوني المترتبة على استعمالها، بحيث منح التوقيع الالكتروني المعتمد قوة قانونية تجعله يتفوق على التوقيع الالكتروني العادي.

المطلب الثاني: صور التجريم المنصوص عليها في القانون 05-53

لقد عمل المشرع المغربي على تجريم مجموعة من الأفعال الماسة بسلامة وأمن التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية المرتكبة من طرف مقدم خدمات المصادقة الالكترونية (الفقرة الأولى) فيما سوف نخصص (الفقرة الثانية) لدراسة الجرائم المرتكبة من قبل المستفيد والغير.

الفقرة الأولى: الجرائم المتعلقة بمنح الاعتماد

اعتبر المشرع المغربي في القانون رقم 05/53 والمتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، التعامل في بيانات التعاقد الالكتروني بدون ترخيص جريمة يعاقب عليها بموجب المادة 29 من هذا القانون، حيث جاء في نص هذه المادة " يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم والحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من قدم خدمات المصادقة الالكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أعلاه .."

وعليه فكل من قدم خدمات المصادقة الالكترونية دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 يعتبر مرتكبا لفعل جرمي معاقب عليه، ويتحقق الركن المادي لجريمة التعامل في بيانات التعاقد الالكتروني بدون ترخيص، بمجرد التعامل في بيانات التعاملات الالكترونية دون ترخيص من الجهة المختصة التي حولها المشرع المغربي الحق وحدها دون غيرها بإعطاء الترخيص أو الإذن بالتعامل في البيانات المعلوماتية، أما بخصوص الركن المعنوي،

فإن هذه الجريمة تتحقق سواء عن طريق العمد أو عن طريق الخطأ،¹ فعن طريق العمد تتحقق بانصراف إرادة الجاني إلى تداول بيانات التعاقدات الالكترونية بدون ترخيص، مع علمه بأن ذلك محظور ويعاقب عليه، ومع ذلك يقدم عليه، وتنتج إرادته إلى هذا السلوك ويقبل النتائج المترتبة عليه.

أما عن طريق الخطأ فتقع حين يخطأ الشخص في تداول تلك البيانات بدون حصوله على الترخيص اللازم لذلك. وبالرجوع إلى مقتضيات قانون 05-53، نجد أن المشرع قد خول للسلطة الوطنية المكلفة باعتماد مراقبة المصادقة الالكترونية طبقاً لمقتضيات المادة 15² من القانون السالف الذكر، حق منح الاعتماد لمن تتوفر فيه صفة مقدم خدمات و المصادقة الالكترونية و المستوفي لشروط المنصوص عليها قانوناً.

كما يسأل مقدم خدمة المصادقة الالكترونية، كما يسأل تابعه³ عن كتمان السر⁴ المهني الذي يعتبر إحدى الضروريات المؤكدة في العقود الالكترونية، ذلك أن هذا النوع من العقود يعتمد على الثقة في التعامل، التي تتطلب بمن يرتبط بصلة بهذا النوع من العقود كتمان السر المهني الذي يمتد إلى جميع المراحل التي يقطعها

¹ - الزيتوني (عبد النبي)، م.س.ص 91.

² - جاء في المادة 15 من القانون رقم 53-05 "يعهد إلى السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية المسماة بعده السلطة الوطنية علاوة على المهام المسندة إليها بموجب مواد أخرى من هذا القانون بالمهام التالية :

- اقتراح معايير نظام الاعتماد على الحكومة واتخاذ التدابير اللازمة لتفعيله

- اعتماد مقدمي المصادقة الالكترونية ومراقبة نشاطهم.

³ - بن أحمد عطار (المختار)، العقد الالكتروني، م.س.ص 95.

⁴ - السرية هوكل إجراء يضمن قصر العلم بمضمون الوثيقة على صاحبها، وعدم الكشف عن المعلومات المضمنة بها لأشخاص لا يسمح لهم بالإطلاع عليها وقراءتها.

راجع: مالك (مصطفى)، "قراءة في قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية"، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج 13/14، سنة 2009، ص 41.

العقد. وهكذا تنص المادة 34 من القانون 53-05 على أنه "يعتبر الأشخاص الذين يقدمون خدمات تشفير لأغراض سرية، ما لم يثبتوا عدم ارتكابهم أي خطأ معتمد أو تهاون، مسؤولين، فيما يخص الخدمات المذكورة، عن الضرر اللاحق بالأشخاص الذين كلفوهم بتدبير اتفقياتهم السرية في حالة المس بتمامية المعطيات المخولة بواسطة هذه الاتفاقيات أو سريتها أو توفرها"، أنه وبالرجوع إلى المادة 25 من القانون رقم 53-05 نجد أن المشرع المغربي قد ألزم صاحب التوقيع بالحفاظ على سرية وتمامية التوقيع، واعتبر أن أي استعمال لمعطيات إنشائه صادر من صاحبه، وذلك إلى أن يثبت العكس.¹ وهذا الإفشاء قد يكون بقصد بيع المعلومات أو استعمالها في غرض غير مشروع كالتهديد والابتزاز لأصحابها أو الضغط عليهم للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، وقد تسلم إلى شخص يهيمه أمرها بدفع الرشوة والحصول على المال، كما جرم المشرع المغربي بموجب المادة 32² القيام باستيراد³ أو تصدير⁴ أو توريد⁵ أو استغلال أو استعمال إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير⁶ دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على ترخيص بذلك، كما عاقب المشرع

¹ - تنص المادة 25 من القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية على ما يلي "يعتبر صاحب الشهادة الإلكترونية فور إحداث المعطيات المرتبطة بإنشاء التوقيع مسؤولاً عن سرية وتمامية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع الذي يستعمله ويعد كل استعمال للمعطيات المذكورة ناتجا عن فعله ما لم يثبت خلاف ذلك".

² - جاء في نص المادة 32 ما يلي: "يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مبلغها 100.000 درهم كل من استورد أو صدر أو أورد أو استغل إحدى الوسائل أو خدمة تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليهما في المادتين 13 و 14 أعلاه...".

³ - الحصول على وسائل التشفير أو خدمة من أحد الأطراف.

⁴ - إرسال وسائل التشفير أو خدمة من خدماته لأحد الأطراف.

⁵ - استرداد وسائل التشفير أو خدمة من خدماته وإرسالها للغير.

⁶ - خدمة التشفير هي كل عملية تهدف إلى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير، فهي إذن خدمة تقدمها جهة معينة حددها القانون لفائدة جهة أخرى مستفيدة من تلك الخدمة.

المغربي على جريمة استعمال وسيلة تشفير أو لتمهيد أو ارتكاب جنائية أو جنحة لتسهيل تمهيدها أو ارتكابها في المادة 33 من القانون رقم 05-53، حيث جاء هذه المادة: "عندما يتم استعمال وسيلة تشفير حسب المادة 14 أعلاه، لتمهيد أو ارتكاب جنائية أو جنحة لتسهيل تمهيدها أو ارتكابها،....." والمشرع قام بتوسيع دائرة الأفعال المجرمة في استعمال واستخدام التشفير مادام أن تحقق الفعل الجرمي يتحقق بمجرد تسهيل تمهيد ارتكاب جنحة أو جنائية كيفما كانت.

الفقرة الثانية: الجرائم المرتكبة من طرف المستفيد والغير

إلى جانب الجرائم التي يرتكبها مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، فقد تم تجريم من مجموعة من الأفعال قد يرتكبها المستفيد من خدمات المصادقة الالكترونية، كجريمة الإدلاء العمدي بتصاريح كاذبة حيث جاء في المادة 31 من القانون رقم 05-53 ما يلي: "بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 درهم كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة..."، فمن خلال مقتضيات هذه المادة نستشف أن المشرع المغربي قد عمل على تجريم الإدلاء عمدا بتصاريح كاذبة.

ولتحقق جريمة الإدلاء العمدي بتصاريح كاذبة من طرف المستفيد إلى مقدم الخدمة لابد من توفر شروطها وأركانها، حيث يشترط لتحقيقها أن يكون المستفيد قد صرح لمقدم الخدمة بمعلومات خاطئة ومخالفة للحقيقة بهويته أو نشاطه، أو أية معلومات لها أهمية بالنسبة لمقدم الخدمة حتى يتأكد من هوية المستفيد.

كما عاقب أيضا جريمة التسليم العمدي لوثائق مزورة إلى مقدم الخدمات

الالكترونية

بحيث تجد هذه الجريمة أساسها القانوني في المادة 31 من القانون 05-53 والتي جاء في سياقها ما يلي: "... يعاقب كل من .. أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية".

ومن خلال مقتضيات هذه المادة فالمرشع قد جرم فعل التسليم العمدي لوثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية.¹

ويشترط لقيام هذه الجريمة، أن يقوم الجاني بتسليم وثائق إلى مقدم الخدمة وذلك أيا كان التسليم، سواء تم داخل البيئة الالكترونية أو خارجها، كما يجب أن يكون موضوع التسليم وثائق، كما يشمل الوثيقة التي تكون مجسدة على ورقة أو على دعامة الكترونية، هذا ويشترط أن تكون الوثائق التي يقدمها المستفيد إلى مقدم الخدمة مزورة، فمتى توفرت في الوثيقة عناصر التزوير، واكتسبت صفة الوثيقة المزورة ثم قدمها المستفيد من خدمات المصادقة الالكترونية لمقدم الخدمة، وهو يعلم بأنها مزورة وقع تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في المادة 32 من قانون 05-53.

قد يرتكب الغير مجموعة من الجرائم نص عليها القانون رقم 05-53 إلا أننا سنتناول فقط جريمتي الاستعمال غير القانوني للعناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير، من خلال مقتضيات المادة 35 من القانون رقم 05-53 التي نصت على أنه "يعاقب .كل من استعمل بوجه غير قانوني العناصر الشخصية

¹ - وبالمقابل نصت المادة 28 من مشروع القانون المصري في شأن التجارة الالكترونية على جريمة تزوير وتقليد المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني، حيث جاء في هذه المادة 28 مايلى "مع مراعاة عدم الإخلال بأية عقوبة أشد وردت في قانون آخر، يعاقب بالحبس مع الشغل كل من زور محررا أو توقيعيا الكترونيا أو شهادة اعتماد توقيع الكتروني، ويعاقب بذات العقوبة كل من استعمل محررا أو توقيعيا الكترونيا مزورا أو شهادة مزورة باعتماد توقيع الكتروني مع علمه بذلك".

لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير"، يتضح لنا أن المشرع المغربي قد جرم الاستعمال غير القانوني للعناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير¹. كما عاقب المشرع أيضا على جريمة استعمال عنوان تجاري أو إشهار أو كل ما من شأنه حل الجمهور على الاعتقاد بأن المستعمل معتمد لتقديم الخدمات المصادقة الالكترونية بصفة غير قانونية، ويندرج هذا النوع من الجرائم في باب المخالفات، وهذا واضح من خلال المادة 38 من القانون رقم 53-05 والذي جاء في نصها ما يلي: " بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم كل من استعمل بصفة غير قانونية عنوانا تجاريا أو إشهارا أو بشكل عام كل عبارة تحمل على الاعتقاد أنه معتمد وفقا لأحكام المادة 21 أعلاه".

وكما سبق وأشارت أن المشرع المغربي قد خول للمؤسسات المصادقة الالكترونية المعتمدة قانونا وحدها دون غيرها حق تقديم الخدمات المذكورة بموجب المادة 20² من القانون رقم 53-05.

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية والجزاءات الجنائية للعقود الإلكترونية

أن أعداء التكنولوجيا ما فتئوا يشكلون تهديدا حقيقيا لمستقبل التجارة الالكترونية وطنيا ودوليا، وذلك باستعمال جميع أساليب الإجرام من تزوير وسرقة ونصب واختراق للمواقع الالكترونية وتدميرها، ناهيك عن الجرائم التي ترتكب بواسطة الانترنت والتي تمس بمصالح الأشخاص وبأموالهم وذلك عن طريق الدخول لنظام المعالجة أو المكوث فيه، ونظرا لأهمية التدخل الجنائي في مجال

30. أحمد ادريوش تأملات حول القانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط طبعة الأولى 2009
² جاء في المادة 20 من القانون 53-05 " مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية هم وحدهم دون غيرهم الذين يمكنهم إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة، وتسليمها وتدير الخدمات المتعلقة بها وفق الشروط المحددة في هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه".

تبادل المعطيات الإلكترونية في قانون 05-53، ودور ذلك في تكريس الثقة في التعامل بواسطة الوسائل التكنولوجية المستخدمة وما يترتب عن ذلك من تشجيع الاستثمار عبر التجارة الإلكترونية والإقبال على إبرام العقود الإلكترونية التي أصبحت قابلة للتوقيع والمصادقة الإلكترونية من لدن أجهزة حدد صلاحيتها وشروط اعتمادها نفس القانون، ونظرا لهذه الأهمية في تأمين التجارة الإلكترونية. ومنه بحث المشرع المغربي الجزاءات المقررة لحماية العقد الإلكتروني وأطرافه في المواد من 29 إلى 41 من قانون 05-53 اعتمادا على الأهمية القانونية والاقتصادية والاجتماعية للعقد الإلكتروني.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية والإجراءات المسطرية لحماية التعاقد الإلكتروني

نجد أن المشرع قام بتحرير مجموعة من الأفعال الماسة بسلامة وأمن التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ورتب عنها مسؤولية جنائية في هذا الصدد، سواء منها المرتكبة من طرف مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية (الفقرة الأولى) كما حدد مجموعة من المساطر والإجراءات لمعينة هذه الجرائم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية

المشرع المغربي قام بالتنصيص على مبدأ المساءلة الجنائية للشخص المعنوي من خلال الفصل 127¹ من مجموعة القانون الجنائي المغربي، وهذا بالفعل ما أخذ

¹ - هذا واضح من خلال الحكم الصادر بالمحكمة الابتدائية بتزيت بتاريخ 19 غشت 1991 من وكيل الملك لدى هذه المحكمة والمسعى بشركة المطاحن الكبرى بتزيت في شخص ممثلها القانوني والتي تمت إدانة الشركة بجنحة الغش في مادة الدقيق المنصوص عليها في قرار 28 يوليو 1988 وعلى عقوبتها في الظهير 15 يناير 1984، وذلك بغرامة نافذة قدرها 1500 درهم والصائر 100 درهم، وتم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بأكادير، فقامت الغرفة الجنحية بالمحكمة بتاريخ 4 فبراير 1992 بإصدار الحكم وتأييد الحكم الابتدائي.

هذا الحكم غير منشور، هناك حكم آخر بتاريخ 1091/14 صادر من نفس المحكمة بتزيت حيث حكمت في نفس قضية المطاحن الكبرى بغرامة 2500 درهم والصائر 100 درهم، وأيدت المحكمة الاستئنافية بأكادير الحكم الابتدائي بعد استئناف المتهم، الحكم رقم 98/1181. <

به أيضا القضاء المغربي في بعض أحكامه¹. ونظرا لدقّة وصعوبة مهام ودور مقدم خدمات المصادقة الالكترونية بدأ إدراك تلك الصعوبة في تشريعات عديدة أخذت تقرر مبدأ المسؤولية وعلى رأسها التشريع المغربي وذلك بموجب القانون رقم 53/05، وكما سبق وأشرنا أن مقدم خدمات المصادقة الالكترونية، لا يمكن أن يكون إلا شخصا معنويا، فبالرجوع إلى المادة 15 من هذا القانون نجد أن المشرع المغربي قد نص على إنشاء مؤسسة عامة لها الشخصية الاعتبارية وتسمى "الوكالة الوطنية" المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية لأحكام هذا القانون والنصوص التطبيقية له²، فبالرجوع إلى المادة 15 من هذا القانون نجد أن المشرع المغربي قد نص على إنشاء مؤسسة عامة لها الشخصية الاعتبارية وتسمى "الوكالة الوطنية" المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية لأحكام هذا القانون والنصوص التطبيقية له³. ولقد أحاط المشرع معطيات إنشاء الشهادة الالكترونية بسرية خاصة، لأن هذا المعطيات تتمثل من جهة في العناصر الخاصة بصاحب التوقيع الالكتروني كمفتاح الخاص⁴، ومن جهة أخرى في العناصر الوارد

= وقد ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته إلى أنه "يعد خرقا لشخصية العقوبة متى أدين شخص طبيعي بمجرد أن الشركة التي يمثلها ارتكبت فعلا جرميا" قرار صادر بتاريخ 1962/12/13 عدد 1266، الملف الجنائي 10762.

- جاء في الفصل 127 ما يلي: "لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36، ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62".

¹ - وجاء في الفصل 127 ما يلي: "لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36، ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62".

² - مشروع المرسوم رقم 208 - 518 لتنفيذ القانون رقم 53/05.

³ - مشروع المرسوم رقم 208 - 518 لتنفيذ القانون رقم 53/05.

⁴ - المادة 24 من القانون رقم 53/05.

تعدادها في المادة 11 من نفس القانون، فهذه المعطيات يتحمل مسؤولية المحافظة عليها مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية بعدم إفشائها للغير، فإن المشرع أيضا قد قرر من جهة المسؤولية الجنائية من استورد أو أصدر أو أورد أو استغل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإذلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليها في المادتين 13 و 14 من القانون رقم 53/05¹.
ومن جهة أخرى فقد قرر المشرع المغربي مسؤولية كل من تسول له نفسه أن يستعمل وسيلة تشفير حسب المادة 14 لتمهيد ارتكاب جناية أو جنحة أو تسهيل تمهيدها أو ارتكابها².

الفقرة الثانية: إجراءات البحث ومعاينة المخالفات

تعتبر إجراءات البحث والمعاينة من أكثر إجراءات المسطرة الجنائية تأثرا بالتحولات العامة الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية التي يعرفها محيطها القانوني، وتستمد قوانين المسطرة خاصيتها الديناميكية من الطبيعة التقنية أو الفنية للموضوع الذي تنظمه ومن ارتباطها الوثيق بالواقع العملي.
والمشرع المغربي بموجب القانون رقم 53/05 قد حدد وبشكل واضح السلطات المكلفة بإجراءات البحث حيث خول لها مجموعة من المهام المنوطة بها للبحث في المخالفات لأحكام القانون رقم 53/05، وبالتحديد في المادة 41 من هذا القانون لمجموعة من الأشخاص أو السلطات وهم كالآتي:
أعوان السلطة الوطنية المؤهلين لهذا الغرض، والمحلّفين وفقا للقواعد القانونية العادية، وهذا الجهاز أطلق عليه المشرع إسم السلطة الوطنية قد أنشئ من أجل مراقبة واعتماد عمليات المصادقة الالكترونية.

¹- انظر المادة 32 من القانون رقم 53/05.

²- انظر المادة 33 من القانون رقم 53/05.

وقد أسند إليها المشرع المغربي مهاماً عدة محددة في المواد من 15 إلى 19 من قانون 53/05.

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية الى جانب المهام المخولة لضباط الشرطة القضائية المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، فقد خول لهم المشرع المغربي وبموجب القانون رقم 53/05 مهمة البحث ومعاينة المخالفات المتعلقة بتبادل المعطيات الالكترونية. وخول المشرع بمقتضى هذا القانون لأعوان الشرطة القضائية نفس هذه المهام. ولقد حصر المشرع أعوان الشرطة القضائية وذلك من خلال المادة 25 من قانون المسطرة الجنائية في موظفي المصالح العاملة للشرطة، والدركيين الذين ليست لهم صفة ضابط الشرطة القضائية وأيضا خلفاء الباشوات وخلفاء القواد والتي تتجلى مهامهم في مساعدة ضباط الشرطة القضائية في مباشرة مهامهم وإخبار رؤسائهم المباشرين بجميع الجرائم التي تبلغ إلى علمهم. كما خول المشرع لأعوان الجمارك داخل نطاق اختصاصهم بعد أن لحق مدونة الجمارك الصادرة بمقتضى ظهير 9 أكتوبر 1977 تعديل 5 يونيو 2000¹، والذي غير وتمم بعض الفصول بفعل وطأة التحولات التي عرفتها العلاقات الدولية في المجال الاقتصادي²، خصص الجزء الثاني من هذه المدونة لعمل الإدارة، كما تناول

¹- صدر بالعدد 5714 من الجريدة الرسمية المرسوم رقم 622-08-2 بتغيير المرسوم 862-277 (9 أكتوبر 1977) بتطبيق مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

²- ولد جاء الإصلاح الجديد الذي شكلته تعديلات مدونة الجمارك بانقلاب جذري على العديد من المفاهيم الجمركية، محققاً بذلك طفرة نوعية في مجال حقوق الإنسان خصوصاً في مسألة الإكراه البدني، والحجز والعقوبات المالية.

راجع: الشرقاوي الغزواني (نور الدين)، مدونة الجمارك وفق آخر تعديل، الطبعة الجنائية لمدونة الجمارك، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، نونبر 2003، ص: 1.

ميدان عملها ومكاتب ومراكز الجمرك وحصانة وواجبات وأعوان الجمارك وسلطاتهم.

حيث خول لأعوان الجمارك حق حمل السلاح لممارسة مهامهم¹، ولهم أيضا حق فحص ومراقبة الوثائق والمسندات والسجلات وحجزها لنفس الغاية²، وحق مراقبة الإرساليات البريدية³، وحق التحقق من هوية الأشخاص⁴، كما لهم حق حجز البضائع ووسائل النقل ومصادرتها.

المطلب الثاني : الجزاءات الجنائية المقررة لحماية التعاقد الالكتروني وفق القانون

رقم 53/05...

أن كل جريمة يترتب عنها جزاء، وكما هو معلوم أن الجزاء الجنائي في التشريع الجنائي المغربي لم يعد قاصرا على العقوبات وحدها، وإنما أصبح يشتمل كذلك على التدابير الوقائية، ولعل الغاية المتوخاة من هذين النظامين والمتمثلة في الفائدة المرجو الحصول عليها منهما، والمتجلية في مقاومة الجرائم والخطورة الإجرامية هي التي دفعت التشريعات الجنائية إلى الأخذ بهما معا، لهذا سارع المشرع المغربي إلى فرض عقوبات جنائية عليه بموجب القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، العقوبات والتدابير الخاصة بالشخص الطبيعي (الفقرة الأولى) كما نص على العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي (الفقرة الثانية).

¹ - الفصل 34 من مدونة الجمارك المغربية.

² - الفصل 42 من مدونة الجمارك المغربية.

³ - الفصل 43 من مدونة الجمارك المغربية.

⁴ - الفصل 45 من مدونة الجمارك المغربية.

الفقرة الأولى : العقوبات والتدابير الخاصة بالشخص الطبيعي

فقد تناول المشرع المغربي بموجب القانون رقم 53/05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الأحكام المنظمة للعقوبات والتدابير الوقائية في الباب الثالث من المادة 29 إلى المادة 38، وبناء على التنظيم التشريعي للعقوبة فإنها تعتبر بمثابة الجزء الذي يوقعه القضاء باسم المجتمع على كل شخص ارتكب فعلا أو تركا مخالفا بذلك القانون الجنائي تكون الغاية المباشرة¹ من تطبيقها على الجنائي هي ردعه، من خلال التنصيص عليها في مجموعة من القوانين وخاصة القانون رقم 53/05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.

وتتمثل العقوبات السالبة للحرية بموجب هذا القانون في عقوبات حبسية وعقوبة السجن، حيث نص القانون رقم 53/05 على العقوبة الحبسية المطبقة على مخالفة أحكام هذا القانون، وهذا واضح من خلال كل من الفصول 29 و 30 و 31 و 32 و 35 و 36 و 37، حيث تختلف العقوبات الحبسية المنصوص عليها باختلاف الفعل الجرمي المرتكب، إذ يعاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة كل من قدم خدمات المصادقة الالكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أو واصل نشاطه رغم سحب اعتماده أو سلم أو دبر شهادات الكترونية مؤمنة خلافا لأحكام المادة 20 أعلاه.

ونظرا لأهمية السر المهني في العقود الالكترونية، وبموجب المادة 30 من القانون 53/05 فقد عاقب المشرع المغربي بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من أفشى المعلومات المعهود بها إليه في إطار ممارسة نشاطاته أو وظيفته على نشرها أو

¹- وهناك غايات غير مباشرة للعقوبة تتمثل في كل من الردع العام وتحقيق العدالة.

ساهم في ذلك. كما عاقب على من استورد أو صدر أو ورد أو استغل أو استعمل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص لمنصوص عليها في المادتين 13 و 14 من القانون رقم 53/05 يعاقب بالحبس لمدة سنة¹، وإذا كانت الغاية من التوقيع الالكتروني القيام الرابطة القانونية بين الموقع والعقد الالكتروني، فإن المشرع في المادة 35 من نفس القانون يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات لكل من استعمل بوجه غير قانوني العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلق بالغير.

والى جانب العقوبات السالبة للحرية لقد نص القانون أيضا على عقوبة الغرامة، والتي عرفها المشرع المغربي في الفصل 35 من القانون الجنائي بأنها إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي لفائدة الخزينة العامة مبلغا معيناً من النقود بالعملة المتداولة في المملكة.

أما إذا كانت الجريمة قد وقعت بسبب إهمال من الجاني فإنه في حال ثبوت المسؤولية، يعاقب فقط بالغرامة التي لا يتجاوز حدها الأقصى مائة ألف درهم².

وإلى جانب هذه المواد، فقد نصت المادة 38 من نفس القانون على عقوبة الغرامة، حيث حددتها من 50.000 درهم كحد أدنى إلى 500.000 درهم كحد أقصى وهذه العقوبة تطبق على كل من استعمل بصفة غير قانونية عنوانا تجاريا أو إشهاريا، وبشكل عام كل عبارة تحمل على الاعتقاد أنه معتمدا وذلك وفقا لأحكام المادة 21،

¹ - المادة 32 من القانون رقم 53/05.

² - بيومي حجازي (عبد الفتاح)، التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والأنترنيت، م.س.ص: 112، بيومي حجازي (عبد الفتاح)، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، م.س.ص: 278 و 279.

وعموما فالغرامة المنصوص عليها بموجب هذا القانون تتراوح ما بين 10.000 درهم كحد أدنى و 500.000 درهم كحد أقصى، يبقى الرهان على النيابة العامة التي يبقى لها الدور في تفعيل المقتضيات الجنائية الحديثة بتحريكها للمتابعات ضد مرتكبي مختلف صور التجريم التي تقع تحت طائلة العقوبات المذكورة.

الفقرة الثانية: العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي

إن التطور الذي أصبحت تعرفه الأشخاص المعنوية بشكل لم يسبق له مثيل في جل الميادين الاقتصادية والاجتماعية، فمخالفة الضوابط التي تحكم الشخص المعنوي وقيامه بأعمال غير مشروعة تصدى له المشرع بوضع عقوبات وتدابير وقائية توقع عليه بسبب ارتكابه نشاطا إجراميا، والمشرع المغربي بموجب القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية نص على عقوبة الغرامة إلى جانب عقوبات إضافية أخرى تتجلى في المصادرة وفي الإغلاق.

ولقد نصت المادة 40 من القانون رقم 53/05 على حالة الفاعل إذا كان شخصا معنويا - علما بأن مقدم خدمة المصادقة الالكترونية يكون دائما شخصا معنويا، أما صاحب الشهادة الالكترونية فقد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا - إذا ما ارتكب الجريمة، فإن العقوبة في حقه وبحكم طبيعته هي الغرامة، التي ترفع إلى ضعف ما هو منصوص عليه في هذا الباب، دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن أن تنزل بمسيرييه الذين يثبت ارتكابهم لفعل جرمي منصوص عليه بمقتضى نفس القانون.

في إطار العقوبات الإضافية فالمشرع المغربي وفق القانون رقم 53/05 لم ينص إلا على كل من المصادرة والإغلاق، علاوة على الغرامة المالية، يمكن أن يتعرض الشخص المعنوي وفق القانون رقم 53 /05 لعقوبة المصادرة، والمصادرة

بمفهوم المادة 42 هي تمليك الدولة جزء من أملاك المحكوم عليه أو بعض أملاك معينة.

وهي تحدد من حق المحكوم عليه في الذمة المالية له، وهي عبارة عن نزع ملكية المال من صاحبه جبراً عنه وإضافته إلى ملكية الدولة دون مقابل.¹ وتعد المصادرة من العقوبات الفعالة، إذا يترتب ليها خسارة الشخص المعنوي للمال المصادر، والمشرع المغربي نص على نوعين من المصادرة يتعلق الأمر؛ بالمصادرة الجزئية لممتلكاته والمصادرة المنصوص عليها في الفصل 89 من القانون الجنائي.

والمصادرة الجزئية هي ما نص عليها المشرع في الفصل 42 من مجموعة القانون الجنائي بأنها تمليك الدولة جزء من مال المحكوم عليه، وهي عقوبة إضافية تكميلية بمعنى أنها لا تطبق إلا إذا نص عليها القاضي في الحكم، وذلك كما جاء في الفصل 43 في حالة وجود جنائية وبالمقابل لا يجوز الحكم بعقوبة المصادرة إذا كانت الأفعال المرتكبة تعد جنحاً أو مخالفات إلا في حالة وجود نص قانوني صريح.²

وبجانب المصادرة نجد أن المشرع المغربي وفق القانون رقم 53/05 نص على إغلاق مؤسسة أو مؤسسات الشخص المعنوي، التي استعملت في ارتكاب الجرائم، وذلك بموجب المادة 40 من هذا القانون، كما أن تنصيب المشرع المغربي على العقوبات التي تطبق في حق الشخص المعنوي شيء منطقي، على اعتبار أنه قد اشترط من أجل الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية،

¹- بيومي حجازي(عبد الفتاح)، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، م.س.ص:119. وانظر أيضاً: سالم (عمر)، م.س.ص:68.

²- هذا يؤكد الفصل 44 من مجموعة القانون الجنائي.

أن يكون طالب الاعتماد مؤسسا في شكل شركة يوجد مقرها الاجتماعي بتراب المملكة، كل هذا في سبيل التصدي لمختلف الجرائم والمعاقبة عليها. وفي الختام تعتبر مبادرة المشرع المغربي بإصدار القانون رقم 05-53 خطوة كبيرة، تضاف إلى خطواته السابقة المتمثلة في حماية برامج الحاسوب بمقتضى قانون حماية حق المؤلف رقم 00-02 والحماية الجنائية للنظم المعلوماتية بمقتضى الفصول 1-218 و3-607 إلى 11-607 من القانون الجنائي، بالإضافة لإنخراط المغرب في المسلسل الإصلاحية المتعلقة بالاهتمام بوسائل التقنية الحديثة للمعلومات، حتى تكون هناك مواكبة حقيقية من قبل المشرع للتقنيات الجديدة المتوفرة للاتصال والتعاقد عن بعد، من خلال التبادل البيانات والمعلومات بشكل الكتروني، خاصة في ظل الوضع المتقدم الذي أصبح يحتله المغرب كشريك استراتيجي متميز في علاقته بالاتحاد الأوروبي، إلا أن تحديث القوانين الوطنية وحده لا يكفي وإنما لا بد من تعاون دولي في هذا الصدد، على اعتبار أن الأحداث تقع في المجال الافتراضي وأطرافها في بقاع مختلفة من العالم، مما يتطلب الاستعداد للمشاركة في الجهود الدولية لمواجهة إساءة استخدام الانترنت وخاصة ما يتعلق بإبرام العقود، وذلك عن طريق رصد المؤثرات والاتفاقيات وإنشاء هيئات رقابة دولية.

نظام الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة بين المادة المدنية والجنحية تأملات في إشكالاته العملية

حسن لميني علوي

عضو الودادية الحسنية للقضاة بورزازات

باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق أكادال الرباط

مقدمة عامة:

إذا كان الحكم القضائي هو ذلك القرار الصادر عن محكمة مختصة ومشكلة تشكيلا صحيحا وفق لقواعد قانون المسطرة المدنية فمن المفترض أن يكون عنوانا للحقيقة القانونية والواقعية فيما قضى به، غير أنه قد يشوب الحكم القضائي خطأ في تقدير الوقائع أو في تطبيق القانون لذلك سنالشرع طرقا للطعن في الأحكام القضائية لكل من تضررت مصالحه من أي حكم قضائي، وذلك بعرض النزاع بعناصره الواقعية والقانونية أمام هيئة قضائية أخرى¹.

¹ - من خلال التطور التاريخي والتكنولوجي لطرق الطعن في الأحكام القضائية ومراجعة الأحكام فإن البعض يرجعها إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 دجنبر 1948 والعهد الدولي، والبعض الآخر يرجعها إلى رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه والتي أرسلها إلى القاضي أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء والتي جاء فيها: "ولا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس، فراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك، أن تراجع الحق لأن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل". والاتجاه الثالث: يرجعه إلى الواقعة المعروفة بالزبية والتي حكم فيها علي بن أبي طالب رضي الله عنه وأصل هذه القضية أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فأجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا فجذب الثاني الثالث فجذب الثالث الرابع فقتلهم الأسد فرفع النزاع إلى أمير المؤمنين فقضى على الأول بربع الدية وللثاني بثلثها والثالث بنصفها والرابع بكاملها فرفع النزاع إلى الرسول صلوات ربي وسلامه عليه فأقر قضاء علي رضي الله عنه. كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية الجزء الثاني صفحة 39. والاتجاه الرابع: يرجعها إلى عهد سيدنا داوود وابنه سليمان عليهما السلام، مصداقا لقوله تعالى: «وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفثت فيه غنم القوم، وكنا لحكمهم شاهدين. ففهمناها سليمان وكلا أتينا حكما وعلما، وسخرنا مع داود الجبال يسبحن والطير، وكنا فاعلين» سورة الأنبياء آية 78-79.

ويقصد بنظام الطعن في الأحكام القضائية تلك الوسائل القانونية التي سنها المشرع ووضعاها رهن إشارة كل من تضررت مصالحته وحقوقه لإعادة عرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة.

وتنقسم طرق الطعن إلى طرق الطعن المباشرة والمتمثلة في التعرض والاستئناف والغير المباشرة والمتمثلة في الطعن بإعادة النظر، والنقض، والتعرض الغير الخارج عن الخصومة.

ويقصد بالطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة، هو نظام طعن غير عادي في الأحكام القضائية وضعه المشرع لكل من تضرر من حكم قضائي لم يستدع له شخصيا أو من ينوب عنه قصد مراجعة ذلك الحكم وفقا للقواعد العامة المقرر لإقامة الدعاوى¹.

وعلى هذا الأساس فإن نظام الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة لا بد لقيامه صحيحا من شروط مسطرية حتى ينتج آثارا في مواجهة أطراف الخصومة.

ونظرا للتنظيم التشريعي المقتضب المتمثل في ثلاثة فصول 303 و304 و305 من قانون المسطرة المدنية التي أفردتها المشرع لهذا النوع من الطعون، جعل القضاء ملزما بتحقيق توازن إجرائي على مستوى هذا الطعن تكريسا منه لمبدأ ثبات النزاع وحفاظا على المراكز القانونية للأطراف النزاع بما ينسجم مع مبدأ الأمن القضائي والقانوني .

¹ ويسجل بعض الفقه على هذا النوع من الطعون أنه لا يدخل ضمن طرق الطعن لأنه مقرر لمصلحة شخص لم يكن طرفا في الخصومة التي انتهت بصدر الحكم المطعون فيه، في حين أن القاعدة هي أن الطعن في الحكم لا يجوز إلا ممن كان طرفا في الخصومة. (نبيل اسماعير عمر، الطعن بالاستئناف وإجراءاته، منشأة سنة 1980 ص 8).

إن هذا النوع من الطعون سيكون محطة دراسة وتحليل في ضوء اجتهادات محكمة النقض ومشروع قانون المسطرة المدنية سواء بين المادة المدنية والمادة الجنحية في شق الدعوى المدنية التابعة وذلك وفق فقرتين الأولى من حيث شرطه والفقرة الثانية من حيث إشكالاته العملية .

الفقرة الأولى : شروط تعرض الغير الخارج عن الخصومة .

نظم المشرع المغربي تعرض الغير الخارج عن الخصومة بمقتضيات الفصول 303 و304 و305 من قانون المسطرة المدنية .

أولا : شروط الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة .

استنادا الى مقتضيات الفصل 303 المذكور والمقتضيات العامة للإقامة

الطلبات القضائية يمكن إجمال هذه الشروط وفق الآتي :

- الصفة في الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة :

من شروط قبول الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة توفر شرط الصفة كما جاء في قرار لمحكمة النقض إذا كانت محكمة الاستئناف قد قضت بعدم قبول استئناف المستأنف لكونه لم يكن طرفا في الدعوى، وبالتالي فليس للمستأنف الطعن في الحكم الابتدائي المذكور عن طريق تعرض الغير الخارج عن الخصومة، ما دامت أوراق الدعوى ومنها الحكم الابتدائي نفسه تفيد أن المتعرض كان طرفا في الدعوى أمام المحكمة واستدعي أمامها وفقا لما ينص عليه الفصل 303 من ق.م.م. الذي يبقى وحده مناط تحديد شروط الطعن عن طريق التعرض الغير الخارج عن الخصومة¹.

¹ قرار عدد 3095 المؤرخ في 2003/10/25 ملف مدني عدد 2002/4310، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 62 سنة 2003 ص 39.

أن يضر الحكم المتعرض عليه بحقوق الطاعن :

هذا الشرط ليس سوى تطبيق لمبدأ " لا دعوى حيث لا مصلحة" وثبوت الضرر متوقف على السلطة التقديرية للمحكمة فهي التي لها أن تقدر مدى مساس الحكم بحقوق الغير المتعرض كما جاء في حكم للابتدائية ورزازات بتاريخ 4 أكتوبر 2016 حيث إنه وبرجوع المحكمة لوثائق الملف ومستنداته ثبت لها أن المتعرضة شركة التأمين الوفاء لم يلحقها أي ضرر من الحكم المتعرض ضده ذلك أنه لم يلزمها بالقيام بشيء أو حرمانها من حق أو مركز قانوني معين مما يجعل مصلحتها في الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة منعدمة ويبقى الضرر المدعى به ضررا محتمل الوقوع¹. وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا أن: "الضرر الذي يحق للشخص أن يطالب برفعه هو الضرر المحقق بأن يكون قد وقع فعلا أو وقعت أسبابه وتزامت آثاره في المستقبل ولا عبارة لدى لقاضي بالضرر الاحتمالي المبني على الوقائع التي قد تقع وقد لا تقع"².

- أن يكون المتعرض من الأغيار

ومعني هذا الشرط ألا يكون الغير المتعرض قد استدعي شخصا أو بواسطة نائبه، أي أن من كان طرفا في الدعوى ليس له أو لخلفه العام أو لخلفه العام أن يتقدم بالتعرض المذكور³. كما جاء في قرار لمحكمة النقض الخلف الخاص يكون ممثلا من طرف سلفه إذا تعلقت الدعوى بنفس الحق، ويشترط في ذلك أن تكون الدعوى سابقة على التفويت، أما إذا كانت الدعوى لاحقة للتفويت فإن للخلف

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بورزازات عدد 176 مؤرخ في 4 أكتوبر 2016 غير منشور .

² قرار عدد 21 المؤرخ في 1976/01/21، منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 127 ص 71 .

³ أقرت محكمة النقض هذا الشرط في قرار الغرفة المدنية رقم 1695 صادر بتاريخ 1990/07/25 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46، نونبر 1992، ص 20.

الخاص التعرض على الحكم الصادر ضد سلفه تعرض الغير الخارج عن الخصومة لأن هذا الأخير لم تكن له أي صفة لتمثيله¹.

وكما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض إذا كان من حق كل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا لم يستدعى هو أو من ينوب عنه في الدعوى فإن ذلك رهين بعدم استدعائه أو من ينوب عنه².

وكما جاء في قرار آخر فالخلف الخاص يكون ممثلاً في الدعوى من طرف البائع له إذا كان هذا البائع طرفاً في الدعوى المتعلقة بنفي الحق بشرط أن تكون الدعوى سابقة على البيع لأن المشتري يصبح بعد البيع ذا حق خاص ولا تبقى للبائع صفة في المخاصمة بالنيابة عنه بشأن هذا الحق³.

— أن يتعلق الأمر بحكم غير قابل لأي طعن عادي، فتعرض الغير الخارج عن الخصومة من الطعون الاستثنائية التي لا تمارس إلا ضد الأحكام الانتهائية وفي هذا قضت محكمة النقض بأن "الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة كطعن استثنائي غير عادي لا يمارس إلا ضد الأحكام الانتهائية التي لا تقبل أي طعن عادي ويحق بالتالي للطاعنين إما التدخل في الدعوى أمام محكمة الاستئناف إذا كانت هذه الدعوى لا زالت منشورة أمامها⁴

¹ قرار عدد 2209 المؤرخ في 10 يونيو 2009 ملف عدد 2008/3/1/864 منشور بمجلة نشرة قرارات المجلس الأعلى الغرفة المدنية عدد 3 ص 138.

² قرار عدد 590 المؤرخ في 2017/06/14 ملف اجتماعي عدد 2016/2/5/1225، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الاجتماعية العدد 31 سنة 2018 ص 123.

³ قرار المجلس الأعلى عدد 1686 المؤرخ في 1990/6/25 ملف مدني عدد 2685.

⁴ قرار محكمة النقض عدد 2793 الصادر بتاريخ 2007/09/05 في الملف عدد 05/3379 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 69 ص 19

– يجب أن يؤدي المتعرض الرسوم القضائية المفروضة قانوناً تطبيقاً للمفكرة الثانية من الفصل 304 من ق م م مع الإدلاء بوصل أداء مبلغ الغرامة ولا تكفي تأشيرة كتابة الضبط وهو ما كرسته محكمة النقض لما قضت بأن "إرفاق مقال تعرض الغير الخارج عن الخصومة بوصل إيداع المبلغ المساوي للغرامة في حدها الأقصى لازم لقبول الطلب وفق أحكام الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية ولا تقوم مقامه تأشيرة كتابة الضبط¹. (تؤدي تلك الغرامات كما يلي : المحاكم الابتدائية 100 درهم، محاكم الاستئناف 300 درهم، المجلس الأعلى 500 درهم).

ثانياً : آثار تعرض الغير الخارج عن الخصومة:

في حالة قبول التعرض تعدل المحكمة عن الحكم المتعرض عليه في حدود ما يتعلق بحقوق الغير، إذ ينفذ بحقهم ويتمتع مبدئياً بقوة الشيء المقضي به. وللقاضي أن يأمر بتوقيف البت في النزاع وإيقاف التنفيذ إلى حين الفصل في التعرض. ويخضع الحكم الناتج عنه لطرق الطعن وفق القواعد العامة أما إذا رفض التعرض فإن المتعرض يلتزم بأداء الغرامة المفروضة قانوناً، وتعويض الطرف الآخر إذا كان لذلك موجب. وأداء مصاريف وصوائر التعرض.

ويخضع الحكم الصادر نتيجة تعرض الغير الخارج عن الخصومة لطرق الطعن وفقاً للقواعد العامة، فإذا صدر غيابياً أمكن الطعن فيه بالتعرض أما إذا صدر وانتهائياً فلا يقبل الطعن بالطرق العادية وإنما للطرق الغير العادية فقط وإذا صدر ابتدائياً كان قابلاً للاستئناف .

¹ قرار عدد 975 الصادر بتاريخ 1990/04/25 في الملف عدد 2975 منشور بقرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 58 ص 151 وما يلها..

الفقرة الثانية: إشكالات تعرض الغير الخارج عن الخصومة

سبقت الإشارة إلى أن قصور التنظيم التشريعي لهذا النوع من طرق الطعن أفرز على مستوى العمل إشكالات قانونية اجتهد القضاء المغربي في مختلف درجاته وبالخصوص على مستوى محكمة النقض في محاولة منها لرسم معالم واضحة في مسطرة تعرض الغير الخارج عن الخصومة، وسنتعرض لهذه الإشكالات من وحي الممارسة العملية:

❖ مدى جواز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في الأوامر الاستعجالية.

الاتجاه الأول: يرى أن الأوامر الاستعجالية الصادرة عن القضاء المستعجل لا تبت إلا في الإجراءات الوقتية وهي نتيجة لذلك رهينة بالوقائع والأسباب التي تصدر فيها فلا تنسم بالقطعية ويمكن للجهة التي أصدرتها أن تقضي بما يخالفها لتغيير الأسباب والوقائع التي بنيت عليها فهي لا تحوز حجية الشيء المقضي إلا مؤقتا وكما جاء في حكم للابتدائية الدار البيضاء إن دعوى تعرض الغير الخارج عن الخصومة تهدف إلى حماية حق موضوعي ومن شأن البت فيها المساس بجوهر الحق وأن قاضي المستعجلات بتصريحه بالتراجع عن القرار الاستعجالي وإلغاءه في مواجهة فلان يكون قد خرج عن نطاق الاستعجال المنصوص عليه في الفصل 152 من ق م م¹.

الاتجاه الثاني: يستند على مقتضيات الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية أنه "يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى".

ومن خلال نص الفصل يتضح أن المشرع يتحدث عن "الحكم القضائي"، ومعلوم أن الحكم والقرار و الأمر تندرج كلها ضمن لفظ عام جامع وهو المقرر

¹ أمر استعجالي عدد 296/5380 المؤرخ في 15/08/1983 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 27 صفحة 120.

القضائي، وعلى ذلك يمكن القول من أول وهلة أن الأوامر الاستعجالية الصادرة عن رئيس المحكمة في إطار المساطر الاستعجالية لا تدخل في دائرة الفصل المذكور، غير أن إعادة التمعن في الفصل نجد المشرع يتحدث عن شرط مساس الحكم المراد الطعن فيه بحقوق زيد من الناس، ولا شك أن الأوامر الاستعجالية بدوره موضوعها حقوق الأطراف ومن ثم يبدو أن إرادة المشرع في وضع هذا الطريق من طرق الطعن هو حماية الحقوق بغض النظر عن ما إذا كان الأمر يتعلق بحكم قضائي أو قرار أو أمر، وما يركي هذا الطرح ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحد قراراتها حين قضت بأن: "الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة يمكن الطعن به في الأوامر الاستعجالية مثلها مثل الأحكام القضائية لأن الفصل 303 لم يميز بينهما العام يبقى على عمومته ولا يجوز تخصيصه إلا بنص خاص".¹ ويلاحظ أن محكمة النقض اعتبرت أن لفظ الحكم شامل لمعنى الحكم والقرار والأمر على عكس ما ذهب إليه البعض. وهكذا قضت محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا في قرار آخر بان: "مناط الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة هو الضرر الذي يصيب الغير الذي لم يكن طرفا في القرار المتعرض عليه ولم يتمكن من الدفاع عن مصالحه، ويستوي الأمر بين حكم صادر عن قاضي الموضوع أو صادر عن قاضي الأمور المستعجلة، إذ لا شيء يمنع الغير من التعرض بتعرض الغير الخارج عن الخصومة على أمر استعجالي إذا تضرر منه".²

❖ مدى جواز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في الأوامر

الولائية في إطار الفصل 148 من ق م م .

¹ قرار محكمة النقض عدد 2780 الصادر بتاريخ 2011/02/24 في الملف التجاري عدد 1077، 2010/2/3 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 74 ص . 200 . 203 .

² قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2011/02/24 تحت عدد 278 في الملف عدد 10/1017 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 74 ص 200 وما يليها، نقلا عن محمد بفقير، م س، ص . 414 .

جاء في أمر صادر عن المحكمة التجارية بمراكش الأمر القاضي بالحجر صدر بناء على أمر عن رئيس المحكمة وحيث إن الأوامر الصادرة في نطاق المادة 148 من ق م م لا تكون قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن إلا في حالة الرفض وحيث تبعا لذلك يكون الطلب غير مقبول شكلاً¹.

❖ هل يمكن للدولة والأشخاص المعنوية الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة؟ نعم

جاء في قرار لمحكمة النقض يحق للشركة أن تتعرض تعرض الغير الخارج عن الخصومة عن الحكم القاضي بإفراغ مسيرها القانوني بصفته الشخصية من العقار².

وجاء في قرار لمحكمة النقض بمقتضى الفصل الأول من ظهير 1917/10/10 فإن الغاية هي كل قطعة توجد بها أشجار بطريقة طبيعية، كما أن ظهير 07 يوليوز 1917 ينص في جزئه الأول من الباب الأول أن الغابات والأماكن المخزنية والمعادن بكل أنواعها تبقى ملكاً للدولة، وأن مقتضيات ظهير 1977/09/19 المتمم والمغير بظهير 1993/01/06 نص على وجوب تحفيظ العقارات من طرف مالكيها والمحكمة لما تبين لها من تقرير الخبرة غابوية الملك على التحديد الإداري المنشور بالجريدة الرسمية وقضت بأحقية المطلوبة في النقض للعقار المدعى فيه تكون قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً وعللت قرارها تعليلاً صحيحاً.

❖ هل يجوز للنياحة العامة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة؟

¹ أمر عدد 6344 المؤرخ في 20 نونبر 2002 غير منشور.

² قرار المجلس الأعلى عدد 1411 المؤرخ في 30 شتنبر 2009 ملف تجاري عدد 2007/2/3/1196.

استنادا إلى مقتضيات الفصل السابع من ق م ق م يحق للنيابة العامة استعمال كل طرق الطعن عدا التعرض عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها وعليه فإن هذا التحديد يشمل حتى الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ذلك أن النيابة العامة تكون إما طرفا أصليا أو طرفا منضما فمركزها القانوني إما مدعية أو مدعى عليها.

❖ هل يجوز للمطلوب حضوره في الدعوى الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة

الاتجاه الأول: يعتبر هذا الاتجاه أن المطلوب حضوره في الدعوى ليس له مركز قانوني معين يمكن نعتة به ذلك أن المطلوب حضوره في الدعوى ليس طرفا حقيقيا في الخصومة إلا إذا وجهت الدعوى في مواجهته بصفة أصلية كما جاء في قرار محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا ضرورة اختصام الشخص بوصفه مستأنفا عليه حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه أمام محكمة الدرجة الثانية وليس بحضوره فقط¹.

وجاء في قرار آخر صادر بغرفتين: حقا تكون المحكمة قد حرفت محتوى الوثيقة وخرقت الفصل الثالث من ق م ق م لما قضت على الطاعن بالأداء تضامنا مع المدعى عليهما الأصليين في حين لم يوجه المدعي أي طلب في مواجهة الطاعن وإنما أدخله في الدعوى ليكون الحكم بحضوره فقط².

¹ قرار عدد 2040 المؤرخ في 15 ماي 1997 ملف عدد 1231/1989 منشور بمجلة نشرة قرارا المجلس الأعلى الغرفة المدنية عدد 3 ص 137.

² قرار عدد 4682 المؤرخ في 27 دجنبر 1994 ملف عدد 1992/3885 منشور بمؤلف ادريس بلحمجوب قرارا المجلس الأعلى بغرفتين وجميع الغرف الطبعة الأولى سنة 2005 الجزء الأول ص 232.

الاتجاه الثاني:

جاء في قرار محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا أن المطلوب حضوره في الدعوى له الصفة والمصلحة في الدعوى ويحق له الطعن في الاحكام الصادرة في القضية المضرة بمصالحه.¹

❖ مدى جواز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في حكم قضائي سبق الطعن فيه بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في نفس المحكمة؟
حسمت محكمة النقض هذا الأمر حينما قضت بأنه: "لا يجوز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة مرتين احتراماً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية للطرفين".²

❖ هل الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة يمنح الصفة لإثارة الصعوبة في التنفيذ؟

جاء في قرار محكمة النقض أن للغير الذي لم يكن طرفاً في الحكم الجاري تنفيذه إثارة الصعوبة في التنفيذ إذا ظهر له أن الطالب يرغب في التنفيذ على ماله.³

وجاء في قرار آخر لإستئنافية مراكش يختص الرئيس الأول بالنظر في كل طلب عارض له صبغة استعجالية عندما يكون النزاع معروضا على محكمة الاستئناف.

¹ قرار عدد 3810 المؤرخ في 12 دجنبر 2002 ملف عدد 2000/2/3/1364 منشور بمجلة العرائض العدد الأول ص 101.

² قرار محكمة النقض عدد 205، ملف عدد 03/328 مؤرخ في 2003/10/29.

³ قرار عدد 905 المؤرخ في 30 مارس 2003 ملف عدد 2002/7/2/1 منشور بمجلة نشرة قرارا المجلس الأعلى الغرفة المدنية عدد 64 ص 80.

للمتعرضين عن طريق تعرض الغير الخارج عن الخصومة الصفة القانونية في إثارة الصعوبة في التنفيذ لأن الأحكام نسبية.

إذا كان تنفيذ الأحكام حماية قانونية واجبة لذوي الحقوق لتمكينهم من حقوقهم فإنه يتعين توفر حماية مؤقتة للطرف الآخر من ذوي الحق إلى حين البت في دعوى التعرض¹.

❖ هل يجوز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة أمام محكمة الإحالة ضد قرار استئنائي صدر بشأنه قرار لمحكمة النقض قضى بنقض وإبطال القرار الاستئنائي؟ نعم

جاء في قرار محكمة النقض يكون غير مرتكز على أساس ومعرض للنقض، القرار المطعون فيه الذي لم يقبل تعرض الغير الخارج عن الخصومة بعلّة أن المجلس الأعلى رفض طلب نقض القرار المتعرض عليه، مع أنه بمقتضى الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى².

وكما جاء في قرار آخر لكن ردا على ما أثير فمن جهة أولى لم يثر الطالب أمام قضاة الموضوع خرق مقتضيات الفصل 303 من ق.م.م وتبقى إثارته لذلك لأول مرة أمام المجلس الأعلى رغم اختلاط الواقع فيها بالقانون غير مقبولة. ومن جهة ثانية لا تلزم المطلوبة بالطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة ولها أن تقيم دعوى مبتدئة أمام المحكمة الابتدائية ضد الطالب بشأن المدعى عليه ولو كان محكوما فيها بين

¹ قرار عدد 1659 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش ملف استعجالي عدد 90/1946 منشور بمجلة هيئة المحامين بمراكش عدد 1995/27 ص 156.

² قرار عدد 2035 المؤرخ في 3 يونيو 2009 ملف عدد 2007/6/1/3043، منشور بمجلة نشرة قرارا المجلس الأعلى الغرفة المدنية عدد 3 ص 135.

الأغيار. قرار عدد 3041 المؤرخ في 9 شتنبر 2009 ملف عدد 2008/3/1/1971 منشور
بمجلة نشرة قرارا المجلس الأعلى الغرفة المدنية عدد 3 ص 137.

❖ مدى جواز الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام
والقرارات الجنحية في شق الدعوى المدنية التابعة الرامية الى إرجاع الحالة الى ما
كانت عليه

الاتجاه الأول : جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير من حق المتعرضين
تعرض الغير الخارج عن الخصومة أن يقدموا تعرضهم هذا ضد حكم جنحي وفي
نطاق ما قضى به بخصوص الدعوى المدنية التابعة وفق مقتضيات الفصل 303
لعموم النص وعدم ورود الاستثناء وأن لكل حكم اثر نسبي ولا يسرى اثره إلا على
من كان طرفا فيه وأن المتعرضين المستأنفين إنما يلتمسون تأكيد هذا المبدأ
القانوني¹.

الاتجاه الثاني: قضت محكمة النقض بهذا الخصوص بكون أحكام الفصل
303 من قانون المسطرة المدنية لا يمتد أثرها ليشمل حكما قضى به القضاء
الزجري وهكذا قضت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) بما يلي : " إن
مسطرة إجراء تعرض الغير الخارج عن الخصومة تعتبر من صميم القضاء المدني
حسب مقتضيات الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية، في حين أن تدبير إرجاع
الحالة إلى ما كانت عليه يصدره القضاء الزجري تلقائيا دون حاجة إلى طلبه
بسبب ارتباطه بالجريمة المدان بها المحكوم عليه، إذ الهدف منه إرجاع الحالة إلى
ما كانت عليه قبل ارتكاب الجريمة .

¹ قرار عدد 1663 الصادر بتاريخ 28 شتنبر 1997 ملف عدد 87/387 منشور بمجلة المحامي عدد ص 301.

إن المحكمة الجنحية المصدرة للقرار المطعون فيه تكون قد تجاوزت سلطتها باعتبار أن المفهوم القانوني للفصل 303 من ق م م لا يمكن أن تمتد أثره على حكم قضى به القضاء الجزري لجناية الحيازة دون التفتات إلى نزاع آخر حول الملكية العقارية التي هي من اختصاص القضاء المدني.¹

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الطعن في قرار جنحي في شق مسطرة تعرض الغير الخارج عن الخصومة هي من صميم القضاء المدني لا يمكن ممارسته ضد قرار جنحي، ويكون تعليل القرار غير مؤسس يستوجب قبول إعادة النظر فيه، لقبوله سلوك مسطرة تعرض الغير الخارج عن الخصومة أمام القضاء المدني ضد القرار الصادر عن الغرفة الجنحية.

إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه يعتبر تدييرا جزريا تأمر به المحكمة تلقائيا ولو لم يطلبه صاحب الشأن والمقصود منه إرجاع الوضع إلى أصله قبل ارتكابه الجريمة وبالتالي فهو شق جزري.²

وفي قرار آخر لمحكمة النقض ان مسطرة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة من صميم القضاء المدني ولا يمكن ممارسته ضد قرار جنحي.³

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 00/05/23 تحت عدد 1031 /6 في الملف عدد 98/17641 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57 و58 ص 381 وما يليها نقلا عن الأستاذ محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 2014، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي العدد الخامس، ص. 412.

² قرار مدني عدد 1662 صادر بجميع الغرف بتاريخ 2006/5/22 ملف مدني عدد 03/3/1/4197 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف. الجزء الخامس ص 103.

³ قرار محكمة النقض عدد 1662 الصادر بتاريخ 2006/05/22 في الملف عدد 2003/3/01/4197 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2004 ص 90.

وكما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ان الطعون من النظام العام لا يمكن مباشرتها إلا بالطرق التي حددها القانون¹.

كما جاء في قرار حديث صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2017/11/28 ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه علل قضاءه: إنه بمقتضى الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يمكن لكل شخص أن يتعرض على حكم قضائي مس بحقوقه إذا لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى، لذلك فإن تعرض المتعرض يكون صحيحا ما دام لم يثبت للمحكمة دليل مقبول دفع المتعرض ضده بأن المحكوم عليهما كانا وكيلين عنه، ولذلك فهو غير بالنسبة للقرار المتعرض عليه، وأن الطعن بطريق تعرض الغير الخارج عن الخصومة ينشر الدعوى من جديد أمام المحكمة التي يحق لها تحقيق الدعوى لتتف على ما إذا كان موضوع الحكم ومنطوقه قد أضر بمصالح الغير، في حين أن الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة انصب على حكم جنحي وأن طرق الطعن في الأحكام الجنحية هي التعرض والاستئناف والنقض وإعادة النظر والمراجعة، وليس منها الطعن موضوع نازلة الحال، والمحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه لما قبلت الطعن المذكور تكون قد تجاوزت النطاق القانوني للفصل 303"².

مدى جواز الطعن بالتعرض الغير الخارج عن الخصومة على دعوى جارية أمام محكمة الاستئناف أو أمام الغرفة المدنية الاستئنافية بالمحكمة الابتدائية؟؟

¹ قرار عدد 1/751 الصادر بغرفتين بتاريخ 21 ابريل 2004 ملف عدد 2003/22729 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو جميع الغرف صفحة رقم 331.

² قرار صادر عن محكمة النقض عدد 6/626 بتاريخ 2017/11/28 في الملف المدني عدد 2016/6/1/7270. قرار غير منشور .

يثار الإشكال كذلك بخصوص ما إذا كان من حق الغير التقدم بهذا الطعن ضد حكم ابتدائي استأنفه الأطراف بمناسبة دعوى جارية أمام محكمة الاستئناف، أم يجب التقدم به ابتداء أمام محكمة الدرجة الأولى حتى مع وجود دعوى جارية أمام محكمة الدرجة الثانية، وقد ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها إلى أنه: "يجوز لكل من مس الحكم بحقوقه ولم يكن طرفا فيه أن يمارس الطعن بتعرض الغير الخارج عن ع خ ولا يشترط القانون في ممارسته ألا يكون الحكم المطعون فيه تم الطعن فيه بالاستئناف والطعن بالاستئناف الذي يمارسه الأطراف لا يقيّد حق الغير المتضرر من الحكم الابتدائي من ممارسة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة مصدرته، حتى ولو صدر القرار الاستئنافي في الموضوع بناء على استئناف طرفيه"¹.

وفي قرار آخر عكس القرار السابق، الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة الابتدائية في وقت كان الحكم فيه الابتدائي المتعرض عليه قد استؤنف وبتت فيه محكمة الاستئناف، يكون غير مقبول لأنه كان يتعين توجيهه ضد القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي المتعرض عليه².

ما هو الآجال القانوني لقبول الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة؟
الاتجاه الأول: جاء في قرار لمحكمة النقض تعتبر آجال الطعن آجال سقوط
 ولما كان أقصى أجل الطعن بإعادة النظر هو 15 سنة قياسا على ما يقرره الفصلان
 372 و387 من ق ل ع من أن دعاوى الالتزام تسقط بمرور هذا الآجال للانعدام

¹ قرار عدد 141 بتاريخ 2013/03/26 في الملف عدد 12/584 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 164، ص.263 وما يليها.

² قرار عدد 77 المؤرخ في 18 فبراير 2014 ملف مدني عدد 2013/7/1/166 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية عدد 15 سنة 2014 ص 132.

النص على اجل الطعن باعادة النظر في قانون المسطرة المدنية فإن القرار المطعون فيه باعادة النظر بعد مرور خمس عشرة سنة كاملة على تاريخ صدوره يجعل الطعن خارج أجله مما يتعين معه عدم قبوله¹.

الاتجاه الثاني: يرى أن الأحكام القضائية تكون قابلة للتنفيذ لمدة 30 سنة وفقا للفصل 428 من قانون المسطرة المدنية وأن الغير لا يمكن أن يعلم بحقيقة صدور حكم اضر بحقوقه إلا إذا بادر المحكوم له بالتنفيذ وطالما ان المشرع منحه مدة 30 سنة ابتداء من تاريخ صدور الحكم فإنه من باب تحقيق العدالة منح الغير نفس المدة لممارسة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة .

❖ هل يجوز للوكيل القضائي للمملكة والوكيل القضائي للجماعات الترابية الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة؟

الاتجاه الأول يعتبر الوكيلان ينوبان عن الدولة والجماعات الترابية بقوة القانون وطعنهما يكون مقبولا بقوة القانون

الاتجاه الثاني يجب على المحكمة التأكد من كون الوكيل القضائي والمساعد القضائي يقومان مقام الجهة التي تكلفوهما بالنيابة عنها.

¹قرار محكمة النقض عدد 200 المؤرخ في 03 فبراير 2016 ملف اجتماعي عدد 2014/1/5/1598 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 81 سنة 2017 صفحة 31.

خاتمة:

هذه إذن نبذة عن بعض الإشكالات العملية المطروحة في العمل بصدد مسطرة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والتي تجسد كلها قصور تناول المشرع المغربي لها سواء من حيث فن الصياغة القانونية أو من حيث عدم كفاية النصوص لمنظمة لهذا الطريق من طرق الطعن لتلافي الإشكالات التي قد تعصف بالاحترام الواجب لأحكام القضاء أو تمس بحقوق ومصالح المتقاضين وكلنا أمل أن يأخذ المشرع المغربي بالاقترحات والتعديلات التي كنا نقدمها بها على مشروع قانون المسطرة المدنية ذلك أن القانون المسطري يجب أن يكون سباقا في تحديد وحصر المراكز القانونية في الخصومة المدنية تمهيدا لحمايتها وتكريس مقاصدها وترشيدها وإجرائتها وترتيب الجزاء المسطري في حالة الإخلال بضوابطها وتيسير الفصل فيها داخل أجل معقول تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القانون وتوقيا من تضارب أحكامها أو تناقضها لما لذلك من مساس بمبدأ الأمن القانوني والقضائي المنشود ومؤشر على انعدام الثقة في القانون.

محور القانون العام

مسألة الدولة عن مخاطر مستعملي الطريق السيار

د. عبد العلي الفيلاي

أستاذ القانون العام بالكلية المتعددة التخصصات

الرشيدية جامعة المولى اسماعيل

مقدمة:

أدت حاجة الإنسان إلى العيش ضمن مجتمع يسوده الاستقرار إلى ظهور القانون، وتنقسم القاعدة القانونية إلى قواعد تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، ويصطلح على تسميتها بالقانون الخاص، أما النوع الآخر من القواعد فينظم العلاقات بين الدول أو بين الدول وهيئاتها العامة من جهة، والأفراد من جهة أخرى، وقد اصطلح على هذا النوع من القواعد بالقانون العام. ومن بين الموضوعات المكونة للقانون العام نجد القانون الإداري، هذا الأخير يتناول بالتنظيم القواعد التي تتعلق بالإدارة العامة أو السلطة الإدارية، والتي من بينها القضاء الإداري الذي ينظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، وكيفية فض المنازعات الإدارية من خلال قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، فإذا كانت دعوى الإلغاء تنتهي بإعدام القرار الإداري وإضفاء الشرعية على أعمال الإدارة، فإن دعوى التعويض أو المسؤولية الإدارية، سواء كانت قائمة على أساس الخطأ أم على المخاطر يترتب عنها تعويض المتضرر من نشاط الإدارة الضار¹.

¹ - حماد حميدي: التعويض عن الضرر في ميدان المسؤولية الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 14، 1998، ص: 85.

فقبل القرن 19 لم تكن الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تلحقها بالمواطنين، على اعتبار أنها تمثل المجتمع وأن وسائل القوة والسلطان بيدها، إلا أن تزايد تدخلها في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية ترتب عنه خلق روابط بينها وبين الأفراد، هذه الروابط التي قد تنتج عنها أضرار قد تصيبهم، مما يحتم ضرورة إعطاء المتضرر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من عمل السلطات العمومية¹.

وتختص المحاكم الإدارية نوعيا حسب المادة 8 من القانون 41.90² في هذا النوع من المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام.

ومن بين النزاعات التي يمكن أن تنشأ في هذا الإطار، منازعات مسؤولية الدولة عن الأخطار التي تحدث بمستعملي الطريق السيار، هذه الأخيرة التي أثارت العديد من الإشكالات على المستوى العملي، ويحظى هذا الموضوع بأهمية كبيرة، خصوصا أمام تزايد هذه الأخطار، وبالتالي يستوجب الأمر تحديد على من تقع مسؤولية حماية مستعملي هذه الطرق، وكل هذا يجعلنا أمام الإشكالية التالية:

إلى أي حد يمكن اعتبار الدولة مسؤولة عن الأضرار المحدقة بمستعملي الطريق السيار؟

¹ - حسن صحيب: مسؤولية المرافق العمومية بين مقتضيات الفصل 71 من ق.ل.ع و أحكام دستور 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 42، 2013، ص: 87.

² - قانون 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الادارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225، بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (نوفمبر 1993)، ص 2168.

انطلاقاً من الإشكالية المصاغة يمكننا اعتبار الدولة مسؤولة عن حماية مستعملي الطريق السيار من المخاطر التي قد تلحق بهم نتيجة نشاطات الإدارة والتعويض عنها.

كما تتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية:

- ما الأساس القانوني لتحديد هذه المسؤولية؟

- وما هي الطبيعة القانونية للطرق السيارة؟

- وكيف تعامل القضاء مع هذا النوع من المسؤولية؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات سنعتمد على المنهج التحليلي، معتمدين في ذلك على المقتضيات القانونية والعمل القضائي، وذلك وفق التصميم الآتي: المبحث الأول: الإطار القانوني لمسؤولية الدولة عن الطريق السيار، المبحث الثاني: تعامل القضاء مع مسؤولية الدولة عن أخطار الطريق السيار.

المبحث الأول: الإطار القانوني لمسؤولية الدولة عن أخطار الطريق السيار

إن تحديد مسؤولية الدولة عن مخاطر الطريق السيار، يستوجب بداية تحديد الإطار القانوني لهذه المسؤولية الذي من خلاله سنتطرق للأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة بشكل عام (المطلب الأول)، على أن نتطرق للطبيعة القانونية للطرق السيارة في (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الأساس القانوني لمسؤولية الدولة

لقد نظم المشرع المغربي الأساس القانوني لمسؤولية الدولة المترتبة عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص، وسواء أكانت هذه المسؤولية مبنية على خطأ، أو بدون خطأ.

وللإحاطة بالأساس القانوني لمسؤولية الدولة سنتطرق للإطار القانوني العام لمسؤولية الدولة (الفقرة الأولى)، قبل الحديث عن المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر أي مسؤولية الدولة بدون خطأ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإطار القانوني العام لمسؤولية الدولة

تتحدد المسؤولية الإدارية للدولة، أي مساءلة الدولة قضائياً بتوفر ركنين أساسيين هما: الضرر ونسبته إلى الإدارة، أو ما يعرف بالعلاقة السببية والفعل الضار، والمسؤولية الإدارية بالمفهوم المدني وعند القضاء الجنائي، يراد بها جبر الضرر الذي سببته الإدارة أو معاقبة الخطأ الجسيم الذي سببه الموظف، والهدف من إقرار المسؤولية الإدارية هو إخضاع الدولة للقانون وتكريس دولة الحق والقانون، فالمسؤولية في المغرب هي من صنع المشرع حيث حدد لها نصوص مختلفة، وخاصة الفصلين 79 و80 من قانون الالتزامات والعقود¹، والفصل 8 من قانون 41.90 بمثابة إحداث المحاكم الإدارية، وكذا الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية².

وهذا على خلاف فرنسا الذي جعلت المسؤولية الإدارية من ابتداء الاجتهاد القضائي، وبصفة خاصة محكمة التنازع من خلال دورها الخلاق والإنشائي للقضاء الإداري³.

ومن تم يمكن القول بأن الأساس القانوني المنظم للمسؤولية الإدارية وضع لها المشرع نصوص خاصة، وهذا ما يتضح من خلال الفصلين 79 و80 من ق.ل.ع،

¹ - ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات و العقود، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 غشت 1913، ص:440.

² - قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.74.447، بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)، الجريدة الرسمية عدد 2303 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص:2741.

³ - أحمد بوعشيق: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، الطبعة الثامنة، سنة 2004، ص:25.

والتي تلزم الدولة والبلديات بتعويض الأضرار التي يتسببون فيها وكذا المخاطر الناتج عنها ضرا، ماعدا إذا كان الضرر شخصي راجع إلى أعوانها. ويستنتج من هذا بأن المسؤولية الإدارية هي التي أسست القضاء الإداري المغربي وجعلته يرسم طريقته المتميزة عن القضاء العادي وأن مسؤولية الدولة تكتسب أهميتها من خلال الفكرة التالية : مادام جميع المواطنين يتحملون التكاليف العمومية¹ وهم متساوون في ذلك حسب نص الدستور فإنه بالمقابل يجب تعويض كل من لحقه ضرر تسبب فيه المرفق العمومي بشكل يتناسب مع ذلك الضرر، وإذا كان المادة 79 قد وضعت الإطار العام لتحديد مسؤولية المرافق العمومية، فإن هناك العديد من النصوص التشريعية التي تحدد حالات أخرى لمسؤولية المرافق العمومية، ويبقى الفصل 79 عمودها الفقري التي تنبني عليه مسؤولية الدولة².

إن تخصيص قواعد متعلقة بتحديد مسؤولية الدولة، وإن كانت منظمة في نص مدني وهو قانون الإلتزامات والعقود، إنما يركي ويقوي استقلالية قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية.

والمسؤولية الإدارية عموما متعددة الأنواع والأشكال، ودور القاضي في هذا المجال واسع، بحيث نجد المسؤولية بناء على ثبوت الخطأ طبقا لمقتضيات الفصلين 79 و80 من قانون الإلتزامات والعقود، والمسؤولية بدون خطأ حسب

¹ - الفصل 39 " على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحدائها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور" من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) المتعلق بتنفيذه نص الدستور الجديد للمملكة، الجريدة الرسمية عدد 5964 المكرر الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011.

² - حسن صحيب: مسؤولية المرافق العمومية ...، مرجع سابق، ص:92.

مقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، ولا سيما شقّه الأول والمسؤولية الإدارية التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام حسب المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية، والفصلان 79 و80 من ق.ل.ع، والمسؤولية عن الاضطرابات العامة والإخلال بالأمن العمومي ظهير 30 شتنبر 1953.

إذن أساس المسؤولية الإدارية قيامها على الضرر ونسبه إلى الإدارة، أي وجود علاقة سببية بين الضرر والعمل الإداري، وهي جبر الضرر الحاصل للخواص بسبب نشاط الإدارة الضارة سواء أكان هذا الفعل ناتجا عن خطأ أو عن مخاطر (أي بدون خطأ).

وعموما فإن المسؤولية الإدارية، أي مسؤولية السلطة العمومية تكون إما مسؤولية إدارية مبنية على خطأ¹، أو مسؤولية إدارية بدون خطأ، إلا أننا سنركز على هذا النوع الأخير أي مسؤولية الدولة عن المخاطر في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر

هذا النوع من المسؤولية يتضمن المسؤولية الإدارية بدون خطأ التي تخضع لمقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود وخاصة الجزء الأول منه الذي جاء فيه بأن: "الدولة و البلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها"، وليس على أساس الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود كما جاء في أحد أحكام بعض المحاكم الإدارية (محكمة الدار البيضاء بتاريخ 29 يناير 1951)².

¹ - للمزيد من التفصيل راجع: جلال شبيه، القضاء الإداري المغربي، دراسة نظرية عملية ومقارنة في القضاء الإداري، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 84.

- جلال شبيه: محاضرات في القانون الإداري المغربي، السنة الجامعية: 2012-2013، ص: 31.

² - قرار أشار إليه أحمد بوعشيق، "المرافق العمومية الكبرى..."، مرجع سابق، ص: 29-30-40.

لكن يبقى التساؤل مطروحا حول كيفية تفسير المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) للشق الأول من الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود؟ إن المجلس الأعلى قد أقر في إحدى حيثياته على: "أن مسؤولية الدولة عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الخطرة التي تستعملها تخضع لمقتضيات الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود وتترتب هذه المسؤولية عن تسيير مصالح الإدارة ولو بدون خطأ ولا تعفى من هذه المسؤولية إلا إذا أثبتت أن الضرر يرجع إلى خطأ ارتكبه الضحية أو إلى قوة قاهرة، فتكون المحكمة قد أخطأت لما بحثت مسؤولية الدولة في نطاق الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود"¹.

وهكذا فإن المسؤولية الإدارية بدون خطأ تجد أساسها في الجزء الأول من قانون الالتزامات والعقود، الدولة والجماعات المحلية مسؤولة عن الإضرار الناتجة عن مباشرة عن سير إدارتها، وفي المادة 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية تختص المحاكم الإدارية بالبت في دعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها الأعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، وفي ظهير 30 غشت 1953 بشأن المسؤولية الناجمة بناء عن الاضطرابات العامة والإخلال بالأمن والنظام العامين.

وعليه فإن المسؤولية بدون خطأ تنقسم إلى مسؤولية بناء على المخاطر، ومسؤولية بناء على الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، والمسؤولية الناجمة عن الاضطرابات العامة والإخلال بالنظام العام.

فالمسؤولية بناء على المخاطر تؤسس على مقتضيات الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود ولاسيما شطره الأول الذي جاء فيه بأن الدولة والبلديات

¹- قرار أورده أحمد بوعشيق: "المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات..."، مرجع سابق، ص: 29.

مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسير إدارتها، وقد أكد بعض الفقه¹ على أن الأمر يكون أدق لو صيغ الفصل 79 بهذه الطريقة: "الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية مسؤولون عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسير إدارتهم"، ومن ثم فإن المسؤولية عن تحمل المخاطر تكون قائمة ولو لم ينسب للإدارة أي خطأ، بحيث أن المسؤولية الإدارية في هذه الحالة تنجم عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الخطيرة التي تستعملها الجماعات (الدولة، الجماعات الترابية الأخرى، المؤسسات العمومية).

أما بالنسبة للمسؤولية الإدارية عن الأضرار التي تسببها أعمال وأشخاص القانون العام نجد هذه المسؤولية أساسها في الفصل 79 و 80 من ق.ل.ع، والمادة 8 من قانون 41.90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية، وتشمل الدعاوي التي تتركز على وقوع تعدي من طرف الإدارة.

أما بالنسبة للمسؤولية الإدارية الناجمة عن الاضطرابات العامة والإخلال بالأمن والنظام العامين يحدد هذا النوع من المسؤولية الإدارية أساسه في ظهير 30-1953-9 المتعلق بتعويض المصابين أو ذوي الحقوق عن الأضرار الناجمة عن الاضطرابات العامة والإخلال بالأمن العمومي أو النظام العام².

وما تجدر الإشارة هو أن المرافق العمومية تبقى مسؤولة مسؤولية إدارية بناء على المخاطر بالرغم من عدم وجود خطأ، كما هو الحال بالنسبة للشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب باعتبارها شخص معنوي يقوم بإدارة مرفق عمومي، وتقوم

¹ - جلال شيبه: المسؤولية الإدارية وأثارها القانونية من خلال مقتضيات ق.ل.ع وخصوصا الفصل 77 و78

و79 و80 منه. مقال منشور بسلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 42، 2013، ص:78

² - جلال شيبه: المسؤولية الإدارية وأثارها من خلال مقتضيات ق.ل.ع وخصوصا الفصل 77 و78 و79 و80

منه، م س، ص: 80

بمهام مفوضة لها من طرف الدولة التي حلت محلها في تسير هذا المرفق "الطريق"¹.

أي أن الفصل 79 من ق.ل.ع جاء شاملا لجميع مرافق الدولة والجماعات الترابية، وأن دستور 2011² قد وسع من مجال تحمل المسؤولية الإدارية لتشمل مختلف المرافق العمومية، بما فيها الشركة الوطنية للطرق السيارة باعتبارها مرفق عمومي يتولى تسير طريق عمومي³، شأنها شأن باقي الإدارات العمومية التي تخضع لقواعد المسؤولية الإدارية، وذلك انطلاقا من واجب المحاسبة المكرس دستوريا في الفصل 154 الذي نص: "... تخضع المرافق العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، وتخضع في تسييرها للمبادئ والقيم الديمقراطية التي أقرها الدستور".

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للطرق السيارة

يعد المرفق العام أحد أهم مظاهر نشاط الإدارة، والتي تتولاها هذه الأخيرة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة. ويمكن التمييز بين معنيين للمرفق العام، معنى عضوي يحيل إلى الجهاز الذي يعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق الأمر بالإدارة أو

¹ - حكم صادر عن ابتدائية الرباط، عدد 28 المؤرخ في 2004/1/22، ملف إداري عدد 2003/1/4/3896.

منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، ص:255..... مضمون الحكم

² - الدستور الجديد للمملكة المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص:3600.

³ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 1026 بتاريخ 2012/3/21، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 112-113، ص:240.

الجهاز الإداري، ومعني آخر موضوعي يشمل النشاط الصادر عن الإدارة الذي يهدف لإشباع حاجات عامة ويخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.¹

وتتميز هذه المرافق العامة بمبدأين أساسيين يتجليان في: استمرارية عمل هذه الأخيرة، وقابليتها للتغيير، وكل ذلك من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد، حيث أن بانقطاع خدماته يحصل خلل واضطراب في حياتهم اليومية، مما يستدعي الاستمرار والانتظام في ممارسة نشاطه وقابليته للتغيير للتلائم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع، ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار في سبيل ضمان حسن أداء المرفق العام.²

هذا وتنقسم المرافق العامة من حيث موضوع نشاطها أو طبيعتها هذا النشاط إلى: مرافق اقتصادية، مرافق اجتماعية، مرافق مهنية ثم مرافق إدارية، هذه الأخيرة هي محور الدراسة والتي تعتبر مرافق تتناول نشاطا لا يزاوله الأفراد عادة، إما بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلّة أو انعدام مصلحتهم فيه، وبالتالي تخضع في الأصل لأحكام القانون الإداري، حيث أن عمالها يعتبرون موظفين عموميين، وأموالها أموال عامة، وتصرفاتها أعمال إدارية، وقراراتها قرارات إدارية، وعقودها عقود إدارية، فبمعنى آخر فإنها تتمتع باستخدام امتيازات السلطة العامة لتحقيق أهدافها³، إلا أنها قد تخضع في بعض الأحيان استثناءا لأحكام القانون الخاص وهو ما ينطبق على الشركة الوطنية للطرق السيارة.

¹ - حسن صحيب: محاضرات في مادة القانون الإداري "النشاط الإداري"، دون ذكر الطبعة، مكتبة المعرفة.

السنة الجامعية 2017-2018، ص: 21.

² - كريم لحرش: القانون الإداري المغربي، الطبعة الثانية، دون ذكر المطبعة، 2011 ص: 299 وما بعدها.

³ - حسن صحيب: محاضرات في مادة القانون الإداري...، مرجع سابق، ص: 21.

فالطرق السيارة تعتبر من المرافق العامة التي تخضع لقانون خاص، وهو قانون 21.03 المعدل لقانون 4.89 المتعلق بالطرق السيارة¹، هذه الأخيرة التي تعد طرفا ذات غرض خاص لا تتقاطع مع غيرها، وينفذ منها وإليها من منافذ معدة لذلك، ويقتصر المرور بها على المركبات التي تكون مجهزة بمحرك آلي وخاضعة للتسجيل مع مراعاة المواد 12 و13 و14 من هذا القانون.²

باستثناء العاملين في الدرك الملكي والأمن الوطني والوقاية المدنية والمراقبي المرور، هؤلاء الذين يجوز لهم أن يسيروا في هذه الطرق راجلين أو على متن أجهزة غير مسجلة أو غير مزودة بمحرك آلي في نطاق ممارستهم لمهامهم.

وبذلك فإنه يحظر دخول الطرق السيارة على مجموعة حددها القانون على سبيل الحصر منها: المركبات التي تقوم بنوع من أنواع النقل الاستثنائي إلا بموجب ترخيص معلل تمنحه الإدارة المدبرة للطريق السيارة، المركبات ذات المحرك الميكانيكي التي لا تستطيع السير بسرعة ثابتة لا تقل عن 60 كيلومتر في الساعة، المركبات المجرورة بجرار غير ميكانيكي، الدراجات الهوائية، الراجلين بالإضافة إلى راكبي الدواب والحيوانات.³

كما أنه يحظر القيام في الطرق السيارة والمسالك المؤدية إليها بتلقين دروس في قيادة السيارات، أو بتجربة المركبات أو هياكلها، وحتى السباقات والتمارين

¹ - قانون رقم 21.03 المتعلق بالطرق السيارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.205، بتاريخ 16 رمضان 1424 (11 نونبر 2003)، الجريدة الرسمية عدد 5170 بتاريخ 23 شوال 1424 (18 دجنبر 2003)، ص: 4249.

المعدل للقانون رقم 4.89، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.91.109، الصادر في 6 صفر 1413 (6 غشت 1992)، الجريدة الرسمية عدد 4164، بتاريخ 19 صفر 1413 (19 غشت 1992)، ص: 1016.

² - حسب المادة الأولى من قانون 21.03.

³ - حسب المادة 12 من قانون 21.03.

والمنافسات الرياضية، كما يمنع فيهما كذلك التوقف لركوب أو لنزول المسافرين، أو وضع لوحات الإشهار ماعدا داخل باحات الاستراحة ومحطات توزيع الوقود، وكذا منع عرض وبيع المواد والبضائع ماعدا داخل باحات الاستراحة ومحطات توزيع الوقود، بالإضافة إلى منع رعي الحيوانات.¹

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على كل مستعمل للطريق السيار الخاضعة للأداء تأدية مبلغ الأداء المعمول به، والذي يتناسب مع المسافة التي تم اجتيازها، ومع صنف المركبة المستعملة.²

فيعتبر القيام بإحدى الأفعال المنوعة قيامها والمنصوص عليها في المادتين 12 و13 في مرتبة مخالفة، يعاقب عليها المشرع بغرامة من 500 درهم إلى 1500 درهم، أما بالنسبة للقيام بالأفعال الواردة في المادة 13 مكرر 1 فيعاقب عند ارتكابها بغرامة محددة بين 1000 إلى 2000 درهم، بالإضافة إلى معاقبة المشرع لمرتكب الأفعال الواردة في المادة 13 مكرر 2 بغرامة من 1000 إلى 6000 درهم، إلا أنه عند وجود حالة العود، فإنه ترفع هذه العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون إلى الضعف.

وبما أن الحقوق المقررة للأفراد لا يمكن الاستفادة منها من طرفهم إلا بإنشاء وتنظيم المرافق التي تستطيع توفير هذه الحقوق، بمن فيها الحق في الطرق السيارة، فالالتزام بإنشاء هذه الطرق بصفة خاصة و المرافق الأخرى بصفة عامة بالنسبة للدولة، هو ليس التزاما قانونيا له جزاء قانوني، والذي يمكن الأفراد من المطالبة بتنفيذه أمام القضاء، وإنما هو التزام دستوري تساءل عنه الحكومة

¹ - حسب المادتين 13 و13 مكرر 1 من قانون 21.03 .

² - حسب المادة 13 مكرر 2 من قانون 21.03 .

سياسيا أمام المؤسسات الدستورية المعنية والمختصة التي لها بحكم الدستور حق مساءلتها (البرلمان).¹

وبذلك فبعد إحداث هذه المرافق العامة وتنظيمها، فإن القوانين والقرارات التي تصدر في شأن هذه المرافق تفرض على السلطات العامة واجبات تلتزم بتنفيذها لصالح الأفراد، كما تنشئ للأفراد حقوقا اتجاه هذه المرافق، هذه الحقوق التي تعتبر من الحقوق الشخصية للفرد، والتي يستمدّها من قانون ذلك المرفق والتي تشترط توافر شروط ثلاثة²:

- أن يوجد التزام قانوني من قبل السلطة العامة وأن يكون هذا الالتزام محددا يقيّد سلطتها: كأن تلتزم بالقيام بوضع الطرق السيارة في عدة مناطق.
- أن يكون هذا الالتزام متعلقا بمرفق من المرافق التي تؤدي خدمات أو تقدم حاجات لأشخاص معينين أو يمكن تعيينهم بالذات: حيث أنه بالنسبة للطرق السيارة تلتزم شركة الطرق السيارة بتوفير طرق بنيات تحتية مساعدة على إمكانية السياقة بسرعة 120 كلم/س بالنسبة للعربات ذات محرك آلي.
- أن يكون للفرد مصلحة شخصية في المطالبة بالحق المقرر له: حيث أنها بالنسبة للطرق السيارة فهي تمنح حقوقا شخصية كالحق في تجاوز السرعة إلى حد 120 كلم/س لتقليل الوقت المستغرق في السير بالنسبة للطريق العادي الذي لا يجب أن يتعدى فيه السائق 100 كلم/س، الحق بالسير في اتجاه واحد دون مقابلة عربات أخرى في الاتجاه المعاكس من نفس الطريق من أجل تجاوز الاصطدامات بالسيارات و العربات المتقابلة.

¹ - محمد الأعرج: مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، الطبعة الثانية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، 2015، ص: 244-245.

² - محمد الأعرج: "مسؤولية الدولة والجماعات..."، المرجع نفسه، ص: 244.

وبذلك يمكن التساؤل حول تعامل القضاء في المخاطر الناتجة عن السير في الطريق السيار؟

المبحث الثاني: تعامل القضاء مع مسؤولية الدولة عن أخطار الطرق السيارية

يعتبر حق التقاضي من أهم الحقوق التي كرسها الدستور المغربي، والذي بمقتضاه تفتح أمام المتقاضى إمكانية ممارسة حقه في رفع الدعوى أمام المحكمة من أجل الحصول على حقه المشروع والمطالبة بالتعويض، من ذلك الحق في التعويض عن مخاطر الطريق السيار المقرون بإجراءات ومساطر دقيقة ينبغي احترامها (المطلب الأول)، غير أن موقف القضاء تأرجح في إقرار مسؤولية الدولة عن هذه المخاطر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسطرة المتبعة في مساءلة الدولة عن أخطار الطرق السيارية

إن تحديد المسطرة التي ينبغي للمتضرر إتباعها في تقرير مسؤولية الدولة عن مخاطر الطريق السيار يحدد في الجهة المختصة بالبت في الدعوى (فقرة أولى)، ثم الإجراءات المتبعة في سيرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجهة المختصة بالبت في دعاوى المسؤولية الإدارية

إن إشكالية اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض لم تكن تثار قبل إحداث هاته المحاكم مادام أن الفصل 18 من ق.م.م¹ كان يسند هذا الاختصاص إلى المحاكم الابتدائية، لكن بعد إحداثها بمقتضى القانون رقم 41.90 والذي يعتبر نقلة نوعية في تعزيز دولة الحق والقانون، تم نقل الاختصاص من المحاكم العادية إلى المحاكم الإدارية.

¹ - ينص الفصل 18 من ق.م.م: "تختص المحاكم الابتدائية مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب- بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية...".

فبالعودة للمادة 8 منه نجدها تعطي الولاية العامة للمحاكم الإدارية في دعوى التعويض ما لم يوجد نص خاص وصریح يعطي الاختصاص لجهة قضائية أخرى، حيث نصت هذه المادة على: " تختص المحاكم الإدارية، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و11 من هذا القانون، بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام،..."

وقد تم تأكيد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعاوى التعويض في العديد من القرارات القضائية، منها ما صدر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار لها: " وحيث إن الأضرار التي يطلب عنها المدعون التعويض يؤسسونها على نشاط الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب بسبب إحداث الطريق السيار بين الرباط وطنجة، وعليه، فإن المحكمة الإدارية هي المختصة بالبت في الطلب المذكور طبقا بمقتضيات المادة الثامنة من القانون 41/90 المحدثه للمحاكم الإدارية فالشركة المذكورة قائمة مقام الدولة في النزاع المعروض¹."

أما فيما يخص الاختصاص المحلي، فطبقا للفقرة الأولى من المادة 10 من ق 41.90 فإنها أحالت على قواعد الاختصاص المكاني المعمول بها في الفصل 27 من ق.م.م²، ما يعني أن دعوى التعويض عن مخاطر الطرق السيارة مؤطر ضمن فصول قانون المسطرة المدنية.

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، بتاريخ 2004/1/22، تحت عدد 88 في الملف الإداري، عدد 2003/1/4/3896، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، السنة 2005، ص: 255.

² - ينص الفصل 27 من ق.م.م: " يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه. إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل. إذا لم يكن للمدعي عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم. إذا تعدد المدعي عليهم جاز للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم."

الفقرة الثانية: إجراءات التقاضي أمام المحاكم الإدارية

تنص المادة السابعة من ق.إ.م.إ على أنه: "تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك".¹ ومنه فإن القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية تطبق أمام المحاكم الإدارية، ما لم يقض قانون بخلاف ذلك¹، إلا أن ما يميز المحاكم الإدارية عن المحاكم العادية، وكذا التجارية هو وجود مؤسسة المفوض الملكي-بدل مؤسسة النيابة العامة- الذي يتمحور دوره في الدفاع عن القانون من جهة، والحق من جهة أخرى. وبالرجوع إلى المادة الثالثة من نفس القانون، فقد نصت على أن القضايا ترفع أمام المحاكم الإدارية بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب² ما لم ينص على خلاف ذلك، مع تضمين المقال البيانات والمعلومات المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، وهذه البيانات تتعلق بالأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي، وعند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال اسمها ونوعها ومركزها، فضلا عن تضمين المقال الوقائع والوسائل المثارة مع إرفاقه بالمستندات التي ينوي المدعي استعمالها ونسخ كافية بعدد المدعى عليهم، ويسلم كاتب ضبط المحكمة

¹- عبد الكريم الطالب: التنظيم القضائي المغربي دراسة عملية، الطبعة الرابعة، دار النشر المعرفة، طبعة 2012، ص:72.

²- وقد قضت في هذا الصدد المحكمة الإدارية بالرباط في إحدى أحكامها بعدم قبول طلب من ينوب عن نفسه دون اللجوء إلى محام"، حكم عدد 85، ملف عدد 94/132 بتاريخ 1994/10/27، أورده خالد خالص في مقال له تحت عنوان: "الإجراءات المتبعة في دعوى التعويض الإدارية"، منشور بموقع الحوار المتمدن بتاريخ 2004/07/31، تاريخ الاطلاع 15 أبريل 2018 على الساعة 00.15 ليلا.

الإدارية وصلا بإيداع المقال يتكون من نسخة منه يوضع عليها خاتم كتابة الضبط وتاريخ الإيداع مع بيان الوثائق المرفقة.

إن المسطرة أمام المحاكم الإدارية هي مسطرة كتابية، ومشمولة بالرسوم القضائية باستثناء الدعاوى المتمتع أصحابها بالمساعدة القضائية، وكذا الطعون بالإلغاء وطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية فهي معفاة من الرسم القضائي بموجب المادة 22 من القانون رقم 41.90¹، وطالما أن مسؤولية الدولة في التعويض عن الأضرار المرتبطة بأخطار الطريق السيار تدخل ضمن اختصاص القضاء الشامل أو ما يسمى بقضاء التعويض، فلا تدخل ضمن هذا الاستثناء وبالتالي يلزم فيها المتضرر بأداء الرسوم القضائية المستحقة.

وبما أن المسطرة تكون كتابية أمام المحاكم الإدارية، فإن إلزامية تنصيب المحامي تنسحب على الشخص الطبيعي ولو كان مدعى عليه، لأن الدولة يمكنها أن تكون مدعية والمواطن العادي مدعى عليه ليس فقط في قضايا نزاع الملكية، ولكن كذلك في العقود الإدارية والصفقات والمسؤولية الإدارية².

وبعد أن يسجل مقال الدعوى بكتابة ضبط المحكمة الإدارية، يحيل رئيس المحكمة الملف حالا إلى قاض مقرر يقوم بتعيينه وإلى المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق كما سبقت الإشارة لذلك.

وتعقد المحاكم الإدارية جلساتها وتصدر أحكامها علانية مركبة من ثلاثة قضاة يساعدهم كاتب ضبط، ويتولى رئاسة الجلسة رئيس المحكمة الإدارية أو قاض تعيينه للقيام بذلك الجمعية العمومية السنوية لقضاة المحكمة الإدارية.

¹- راجع المادة 22 من قانون 41.90.

²- خالد خالص: "الإجراءات المتبعة ..."، م.س.

ويجب أن يحضر الجلسة المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق. وتنبغي الإشارة في الأخير إلى أن المقال يجب أن يكون وواضحا ومفهوما¹ مع تفادي الحيشيات كون الأمر يتعلق بطلب وليس برد على الدفع، ويبين المحامي وبدقة الطرف المدعى عليه والاقبول طلبه بعدم القبول.

ويتوجب عليه الرجوع إلى الفصل 515 من ق.م.م والقانون المنظم للمرفق العمومي المتسبب في الضرر، وبعض القوانين الخاصة لمعرفة من يمثل المرفق العمومي أمام القضاء، كما عليه إدخال العون القضائي كلما كانت الطلبات تستهدف التصريح بمديونية الدولة أو إدارة عمومية أو مكتب أو مؤسسة عمومية للدولة في قضية لا علاقة لها بالضرائب والأملاك المخزنية².

المطلب الثاني: موقف القضاء من إقرار مسؤولية الدولة عن أخطار الطرق السيارة
إن الأخطار التي يمكن أن تواجه مستعملي الطريق السيارات متعددة، ولعل أبرزها حوادث الرشق بالحجارة من طرف الغير، إضافة إلى المتشردين والحيوانات الذين يلجون مثل هذا النوع من الطرق، وبالتالي التسبب بأضرار لمرتاديينها، وقد عرف الاجتهاد القضائي في الآونة الأخير تضاربا بخصوص إقرار مسؤولية الدولة عن هذه الأخطار من عدمها، فهناك أحكام تقر بالمسؤولية الإدارية للشركة مسيرة المرفق العام، وبالتالي التعويض (الفقرة الأولى)، وهناك أحكام أخرى تقضي بعدم مسؤولية الشركة عن هذه الأضرار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاتجاه المقرر بمسؤولية الدولة عن أخطار الطرق السيارة
عديدة هي الأخطار التي قد تعترض مستعملي الطرق السيارة نتيجة سوء صيانة الطريق، كولوج الحيوانات أو الدواب أو المتشردين إليها، والمحاكم المغربية

¹- الفقرة الثالثة من الفصل 43 من ق.م.م .

²- كما نص على ذلك الفصل 514 ق.م.م.

تنتجه إلى قرار مسؤولية الدولة عن مثل هذه الأخطار بالرغم من أن المدعى عليها أي الشركة مسيرة المرفق العام تدفع بانعدام مسؤوليتها استنادا إلى كونه يندرج ضمن الحادث الفجائي.

وتستند معظم الأحكام والقرارات القضائية بمسؤولية الدولة عن أخطار الطرق السيارة، على إشكالية الالتزام بتأمين السير في الطريق السيارة وكذا التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بهذا الالتزام، وكذا عن الحق في التعويض عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة للمنتفعين من خدماتها أو للأغيار في إطار قواعد المسؤولية¹.

ففي حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط أقر بمسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، والحكم عليها بتعويض إجمالي عن الأضرار اللاحقة بالمدعى قدره 16.840.00 درهما نتيجة الأضرار المادية التي لحقت بسيارة كانت تسير في الطريق السيارة بسبب اصطدامها بكلب ضال يعبر الطريق من اليمين إلى اليسار، وقد جاء ضمن حيثيات الحكم ما يلي: "... حيث دفعت المدعى عليها بكون الحادث يكتسي طابعا فجائيا ولا تتحمل أي مسؤولية عن حدوثه وأن المدعى وحده المسؤول لعدم انتباهه وإفراطه في السرعة، وأنها غير ملزمة قانونا بتسييج الطريق كما أن إنارة الطرق العمومية من مسؤولية الدولة والمجالس الجماعية.

وحيث أن الثابت من وثائق الملف، أن الحادثة التي تعرض لها المدعى وقعت بالطريق السيارة، وأن المدعى عليها تتحكم في الولوج إلى هذا الطريق ويناط بها مسؤولية تدبيره مما يجعل واجب صيانة هذا الطريق من الواجبات

¹- محمد الأعرج: "مسؤولية الدولة والجماعات...", م.س، ص: 338.

القانونية الملقاة على عاتق من يتولى امتياز تسيير طريق عمومي كما هو الحال بالنسبة للشركة الوطنية للطرق السيارة.

وحيث إن واجب الصيانة يقتضي الالتزام بتأمين سلامة السير في هذا الطريق بالنظر للسرعة المسموح بها والتي تصل إلى 120 كيلومتر في الساعة حماية لحياة مستعملي هذه الطريق، واتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع دخول الحيوانات إليها ضمانا لسلامة مستعملي هذا الطريق من المرتفقين في إطار واجب الصيانة والرقابة على الطريق السيار مقابل ما تتقاضاه من رسوم مقابل هذا الاستعمال.

وحيث إنه لا يمكن دفع المسؤولية في هذه الحالة إلا إثبات القيام بما يفرضه واجب الصيانة والرقابة وكذا إعلام المستعملين بالأخطار المحدقة بهم في نقطة معينة من الطريق، كما أن مقتضيات المتعلقة بالحادث الفجائي إذا كانت في الطرق العمومية فإنها لا تستقيم مع طبيعة الطرق السيارة بالنظر للسرعة المفرطة التي تميز السير بها.

وحيث إن وقوع الحادث نتيجة الاصطدام بكلب أثناء قيادة السيارة بالطريق السيار، يرتب مسؤولية المدعى عليها عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مثل هذه الحوادث، مما تكون معه مسؤوليتها قائمة بتحقق أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية.¹

وحسب الأستاذ محمد الأعرج فإنه توجد ثلاث حالات يكون فيها حق الفرد حقا شخصيا يستوجب التعويض، من بينها الحالة التي يقرر فيها القانون

¹ - حكم المحكمة الادارية بالرباط، ملف 2010/12/221، بتاريخ 2012/03/21، منشور بالمجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، العدد 112-113، ص 243.

مسؤولية المرفق عن الأضرار التي تصيب أحد الأفراد بفعل المرفق أو بسببه وهو ما تنص عليه مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، ففي هذه الحالة ينشأ للفرد حق شخصي في الحصول عن تعويض الأضرار التي أصابته، وهذه هي الحالة المتعلقة بالحكم السابق ذكره¹.

ومن وجهة نظرنا فإن حكم المحكمة كان صائبا في إقرار مسؤولية الشركة عن الأضرار التي نتجت عن سوء تدبيرها للمرفق العام مقابل ما تتقاضاه من رسوم من المرتفقين.

هذا بخصوص الأخطار التي تسببها الحيوانات التي تعبر الطريق، فماذا عن الأخطار التي تأتي من الغير؟

ظهر في الآونة الأخيرة نوع جديد من المخاطر التي تهدد سلامة مرتادي الطريق السيار، ويتعلق الأمر بحوادث الرشق بالحجارة التي يتسبب فيها الغير، وفي هذا الإطار وتطبيقا للفصل 79 من ق.ل.ع، فقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط اعتبر سابقة في تاريخ القضاء الإداري المغربي، والذي قضى لأول مرة بتعويض ضحايا الرشق بالحجارة في الطريق السيار عن أفعال الغير بحيث قضى بأداء الشركة الوطنية للطرق السيارة تعويضا قدره 15 مليون سنتيم لفائدة سيدة تعرضت لحادث رشق بالحجارة في الطريق السيار من طرف مجهولين فوق القنطرة²، وقد جاء في بعض حيثيات هذا الحكم: "... وبالتالي يشكل خطأ مرفقي موجبا للتعويض... في ظل عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة...، وأنه لا مجال للقول بأن الغير المتسبب في الحادث هو الذي يتحمل المسؤولية عن هذه الأضرار، أو أن

¹ محمد الأعرج: "مسؤولية الدولة والجماعات الترابية..."، م.س، ص: 245-246.

² محمد الهيني، قراءة في تحول الاجتهاد القضائي للمحكمة الإدارية بالرباط بإقرار عدم مسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة عن حوادث الرشق بالحجارة، مقال منشور بجريدة الأخبار عدد 2018/03/32.

الأمر يتعلق بحادث فجائي، إلا في الحالة التي تثبت فيها الشركة المسؤولية عن الطريق السيارة أنها اتخذت كافة الاحتياطات من أجل منع وقوع الحادث،.... وبالتالي فإنها تبقى لوحدها المسؤولية عن هذه الحادثة، إذ أن صورة خطئها ... هو إهمال اتخاذ الاحتياطات التي من شأنها أن تؤمن سلامة مستعملي الطريق السيارة نظير ما تستخلصه منهم من مقابل مادي، إذ أنها لو قامت باتخاذ مثل هذه الاحتياطات لما تمكن الجناة من رمي المدعية بالحجارة وتسببهم في الحادث الذي أدى إلى إلحاق أضرار بدنية بها، الأمر الذي تقرر معه تحميل الشركة الوطنية المدعى عليها كامل المسؤولية عن هذه الحادثة،...¹.

الفقرة الثانية: الموقف القاضي بانعدام مسؤولية الدولة عن أخطار الطرق السيارة

إن حكم المحكمة الإدارية بالرباط السابق الذكر اعتبر في تاريخه ومنفردا، جاء بإقرار حماية مطلقة لمستعملي الطريق السيارة، تحت ستار المسؤولية الكاملة لشركة الطرق السيارة التي تسير المرفق، ولو كان الخطأ لا يد لها فيه، والحقيقة أن مثل هذا الموقف القضائي الإداري وإن كان مرحبا به على نطاق واسع من لدن الإعلام والجمهور بنظرة عاطفية حمائية، فإن ما لم يتم التنبيه إليه في حينه هو قفزه على القواعد العامة للمسؤولية سيما عدم ضبط ماهية الخطأ وحدود مسؤولية شركة الطرق السيارة عن أفعال الغير وليس عن أفعالها².

لكن سرعان ما عدلت المحكمة الإدارية بالرباط عن موقفها بإصدارها، وفي الإطار نفسه وبتبني نظرة موضوعية، حكما يقضي بانعدام مسؤولية الشركة عن

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، ملف رقم 2017/112/359، صدر بتاريخ 26 دجنبر 2017، منشور بالموقع الإلكتروني www.Rue20.com تاريخ الزيارة 2018/04/02.

² - محمد الهيبي: "قراءة في تحول الاجتهاد القضائي للمحكمة الادارية بالرباط..."، م.س.

حوادث الرشق بالحجارة باعتبار هذا الفعل فعلا جرميا لا علاقة لها به وصادر عن الأغيار، وهم من يتحملون مسؤوليته، ولا يمكن توقعه ولا دفعه من طرف الشركة لأنها مسؤولة عن صيانة الطريق وليس حماية مستعمليها من أفعال خارج قواعد الصيانة تدخل في إطار الالتزام العام للأمن العام وليس قواعد سلامة الطريق، ولأهمية هذا الحكم سنورد بعض حيتياته:"وحيث أن تقرير المسؤولية الإدارية يقتضي قيام أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ولذلك فإن عدم توفر أحد هذه العناصر يجعل المسؤولية المذكورة غير قائمة.

وحيث أنه من جهة أولى، فإن استيفاء عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية الإدارية للشركة المدعى عليها يقتضي تحقق إخلالها بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقها، وبالرجوع إلى الوسائل المرتكز عليها في الطلب، يتبين أن المدعي لم يوضح العلاقة بين إصابته بحجر ملقى من الأغيار وطبيعة الإخلال الذي يمكن نسبه إلى الشركة في هذه الحالة، ذلك أن الشركة الوطنية المدعى عليها مكلفة بالصيانة المستمرة للطرق السيارة، مقابل قبض مبالغ الرسوم المحددة من الأشخاص المستعملين لهذه الطرق، وبذلك فإن منع الأفعال الصادرة عن الغير التي يمكن أن تسبب لهم أضرارا معينة لا يدخل في التزاماتها، سيما أن الفعل المرتكب في النازلة المتمثل في إلقاء حجارة على ناقلة في الطريق العام يشكل جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي.

وبذلك يظل مرتكب الفعل هو المسؤول عن الأضرار اللاحقة بالغير جراء ذلك، كما أن استعمال الطريق السيار لا يترتب عليه قيام أي علاقة تعاقدية بين السائق والشركة الوطنية للطرق السيارة، لكون المبلغ المدفوع بمناسبة هذا الاستعمال يعد رسما تقبضه الشركة لتغطية تكاليف الصيانة ولا يشكل مقابلا

لخدمة معينة تقدمها الشركة بشكل مباشر للشخص الذي يلج الطريق السيارة، إذ أن هذا الأخير ليس ملكا للشركة المعينة حتى يمكنها أن تتعاقد بشأن استعماله مع الغير، بل هو من الأملاك شأنه شأن باقي الطرق العامة العابرة للتراب الوطني، وعلاقة الشركة الوطنية بالطريق السيارة لا تتعدى بكونها مكلفة بصيانتته المستمرة.

وبذلك فإن الجهة المذكورة لا تتحمل أي التزام إضافي خارج المهام المنوطة بها بموجب دفتر التحملات، ما لم يتعلق الأمر بالتزام مترتب أو مرتبط بالتزاماتها الأصلية المسطرة بالدفتر المذكور، والذي ليس من بنوده تكليفها بالسهر على الأمن العام داخل هذه الطرق، سيما أن إلقاء الحجارة قد يصدر من شخص يتموقع خارج مجال الطريق المذكورة ليصيب من هو داخلها، وهو ما لا يمكن تحميل الشركة المسؤولية عنه، وباستحضار أيضا مثل هذا الفعل لا يمكن منعه بإقامة سياج على طول الطريق بعلو يحدد تبعا للأحوال العادية، لأن الأضرار الناتجة عن هذا الإلقاء من خارجه ستظل متوقعة دائما، بالرغم من وجود هذا السياج.

وحيث أنه استنادا إلى ذلك ولما كان الضرر اللاحق بالمدعي قد نتج عن فعل الغير من غير نسبة خطأ ثابتة للمدعي عليها، فإن مسؤولية هذه الأخيرة تكون منتفية، مما يكون عليه طلب التعويض المقدم في مواجهتها غير مؤسس ومآله الرفض¹.

¹ - حكم عدد 762 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2018، في الملف عدد 2018/7112/110، أورده محمد الهبتي، قراءة في تحول الاجتهاد القضائي للمحكمة الادارية بالرباط بإقرار عدم مسؤولية الشركة الوطنية للطرق السيارة عن حوادث الرشق بالحجارة، مرجع سابق.

من خلال ما تم التطرق إليه في هذا المطلب يتبين لنا أن القضاء الإداري المغربي يميز بين نوعين من المخاطر التي قد تواجه مستعملي الطريق للسيار، حيث نجد الأخطار الناتجة عن سوء الصيانة مثل عدم إقامة سياج لمنع ولوج الدواب والمتشردين إلى الطريق للسيار، والقضاء المغربي في هذه الحالة يقضي بمسؤولية الشركة مسيرة المرفق العام وبالتالي الدولة عن هذه الأضرار، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار¹ صادر لها في هذا الشأن، أما بخصوص المخاطر التي تدخل في إطار الالتزام بالأمن العام كحوادث الرشق بالحجارة، فإن القضاء الإداري عرف تذبذباً، حيث تم إصدار حكيمين متناقضين من نفس المحكمة بشأن إقرار مسؤولية الشركة من عدمها.

ومن وجهة نظرنا فالشركة مسؤولة فقط في حدود الالتزامات الملقاة عاتقها المتمثلة أساساً في صيانة هذه الطريق مقابل ما تتقاضاه من المرتفقين، أما الأخطار التي تأتي من الغير فتبقى خاضعة لقواعد المسؤولية الجنائية، ما يستوجب تدخل أجهزة الأمن لتوفير السلامة والوقاية من هذه المخاطر.

¹ - "...ولذلك فإن أهم واجبات الشركة المكلفة بهذه الطرق هو تسيبها لمنع مثل هذه العوائق ضماناً لسلامة المسافرين غيرها، وأن عدم صيانة السياج يشكل خطاً مرفقياً تتحمل الطاعنة المسؤولية عن الأضرار الناتجة عنه طبقاً للفصل 79 من ق.ل.ع."، قرار محكمة النقض عدد 249، الصادر بتاريخ 19 مارس 2015 في الملف الإداري، عدد 2014/2/4/1749.

خاتمة :

وخلاصة القول، فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرق للطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة بوجه عام، ومسؤوليتها عن مخاطر الطريق السيار بشكل خاص، ثم عرضنا الإجراءات المسطرية التي ينبغي سلوكها في دعوى التعويض عن هذه المخاطر، وكذا مختلف المواقف القضائية في إقرار هذه المسؤولية من عدمها.

وبالتالي، فالهدف من قيام المسؤولية الإدارية عن أخطاء المرفق العام، هو حماية حقوق الأفراد وتأمين سلامتهم من الأضرار والأخطار التي تنتج من نشاطات الإدارة والتعويض عنها.

غير أن الإشكال الذي يثيره موضوع المسؤولية عن الطرق السيارية هو عدم تحديد المسؤول المباشر عن الأضرار اللاحقة بالمرتفقين، بسبب التداخل بين الأخطار الناجمة عن سوء الصيانة والغير، ما يدفعنا لسرد مجموعة من الاقتراحات نجملها فيما يلي :

- فرض عقوبات مشددة بالنسبة للأفعال المنصوص عليها في مقتضيات قانون 21.03 المتعلق بالطرق السيارية.

- تحديد معيار التمييز بين الأخطار التي تسأل عنها الدولة، والأخطار الصادرة من الغير.

- توحيد الإجتهااد القضائي بشأن المسؤول المباشر عن مخاطر الطريق السيار.

الديمقراطية التشاركية والتمكين التنموي: نحو بناء سياسة عمومية تشاركية

ذ. نجيب جييري

أستاذ باحث في الإدارة والمالية العامة
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة شعيب الدكالي- الجديدة

مقدمة :

لقد شكل نقد النموذج التنموي المغربي محورا رئيسيا للخطاب الملكي أمام البرلمان بمناسبة افتتاح الدورة التشريعية الخريفية بتاريخ 3 أكتوبر 2017، كدليل على إفلاس وإخفاق النموذج التنموي الحالي في تحقيق النتائج المرجوة، حيث اعتبر خلاله الملك "هذا النموذج غير قادر على الاستجابة للمطالب الملحة والحاجيات المتزايدة للمواطنين، وغير قادر على الحد من الفوارق بين الفئات ومن التفاوتات المجالية، وعلى تحقيق العدالة الاجتماعية".

وهو ما جعل أعلى سلطة في البلاد، تدعو الحكومة والبرلمان ومختلف المؤسسات المعنية، لإعادة النظر في هذا النموذج التنموي وتجاوز العراقيل التي تعيق تطوره، بتأكيد على ضرورة اتباع منهجية المقاربة التشاركية، التي اعتمدها المغرب في القضايا الكبرى كمرجعة الدستور والجهوية الموسعة وهيأة الإنصاف والمصالحة عبر إشراك كل الفعاليات والكفاءات الجادة.

فالسباق العام الذي يعيشه العالم اليوم، يتجه بشكل تدريجي إلى لامركزية

القرار التنموي، الشيء الذي يدفعنا إلى ضرورة التفكير في مناهج جديدة للعمل التنموي. ولعل المقاربة التشاركية، تعد أبرز هذه المناهج التنموية، لأنها تركز على مستويات تفاعلية من التنشيط الترابي، الذي أصبح من الأدوات الناجعة لجعل المجتمعات تشارك بفاعلية في العمليات التنموية.

إن الاستجابة العملية لانتظارات مختلف الشرائح و تفعيل مبدأ الإنصاف الاجتماعي يشكل حتما الرهان الأساسي في أي بعد تنموي. فهل الدستور الجديد يعبر عن رغبة الدولة في إعادة البناء و إشراك كل فئات المجتمع إشراكا فعليا؟ أم ستبقى هذه التنظيمات حبرا على ورق لا تمت للواقع بأي صلة تذكر؟ و ماهي الآليات والمهارات التي ينبغي أن يتزود بها صانعو القرار لتفعيل مقتضيات الديمقراطية التشاركية؟ خصوصا وأن هناك تعارض كبير بين الديمقراطية التشاركية و الديمقراطية التمثيلية؟

وبالرغم من أن هذه الديمقراطية التمثيلية التي يكفلها الدستور المغربي تفضي إلى نتائج حسنة من قبيل سيادة الأمة، عبر تنظيم استفتاءات شعبية وبصفة مباشرة، واختيار الأمة لممثليها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه والمنتظم، وضمان حرية التفكير والرأي والتعبير بكل أشكالها، وضمان حق المعارضة البرلمانية في المشاركة الفعلية في مسطرة التشريع، فإنها تظل قاصرة إذا لم يتم استكمالها بمشاركة فعلية للمواطن في العملية التنموية التي تهتم بالدرجة الأولى حيث ينبغي أن تكون القرارات التنموية من المواطن و إليه.¹

إن كسب رهان القرب، هدف لا يمكن تحقيقه إلا في إطار ديمقراطية

¹ زهير لخيار: "الديمقراطية التشاركية في الدستور المغربي 2011"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، عدد8 - صيف2012، ص: 177.

تشاركية أو ديمقراطية القرب كشكل جديد للإصغاء والإنصات الاجتماعي،¹ يمكن من تحديد أهداف السياسات العامة والإجابة بشكل كاف وفعال على متطلبات المواطنين،² من خلال قيادات سياسية منتخبة قريبة من مواطنيها، وتحظى برضاهم عبر مشاركتهم ودعمهم، لتحقيق التنمية الاقتصادية والتنمية السياسية المحلية التي هي أساس الخيار الديمقراطي الحقيقي.

وعليه، فالحديث عن المقاربة التشاركية وعلاقتها بنجاح السياسات العمومية، يقتضي منا التطرق إلى المباحث التالية :

المبحث الأول: الدستور المغربي والديمقراطية التشاركية: في التأسيس القانوني للممارسة التشاركية.

المبحث الثاني: الديمقراطية التشاركية ومبدأ التمكين التنموي: في تجاوز العقبات عبر بوابة التمكين.

المبحث الأول: الدستور المغربي والديمقراطية التشاركية: في التأسيس القانوني للممارسة التشاركية

لقد ورد مصطلح «الديمقراطية التشاركية» في الفصل الأول من الدستور، الذي نص على قيام النظام الدستوري للمملكة من جملة أمور أخرى على «الديمقراطية المواطنة التشاركية» وكذا على «مبادئ الحكامة الجيدة».

¹ حول الإصغاء وتسجيل مختلف المطالب والمسائل التي تبرز والمتعلقة بالمجتمع المحلي يراجع: LUGAN (J.C): «Essais sur la décision dans les systèmes politiques locaux», Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse 1999, pp. 69-87.

² إن هذا الطرح المصوب بنبذة التفاوض حول حقل تدخل المقاربة التشاركية، لا يعني أنه لا يخلو من إثارة مجموعة من المشاكل خصوصا في حقل السياسة، الذي تتداخل و تتعارض فيه مجموعة من المشروعات، الأصلية أو المستقلة، السياسية أو التقنية، المادية أو المعنوية.

فقد جاء الدستور الجديد لسنة 2011 ليمنح دورا أكبر للمجتمع المدني، من خلال ما تضمنه الدستور من مساهمة الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام والمنظمات غير الحكومية في إطار الديمقراطية التشاركية من خلال الفصل 12 من الدستور الذي ينص على ما يلي:

«تساهم الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام والمنظمات غير الحكومية في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية وكذا تفعيلها وتقييمها».

كما نص الفصل 13 من الدستور على أن «تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها».

وفي نفس السياق يعطي الفصل 14 من الدستور «للمواطنين والمواطنات ضمن شروط وكيفيات يحددها القانون التنظيمي، الحق في تقديم اقتراحات في مجال التشريع».

فالملاحظ أن الدستور المغربي، وضع الإطار المسطري والمؤسستي للتشاور العمومي من حيث القواعد والآليات وهيئات الديمقراطية التشاركية ويتعلق الأمر «بالمجلس الأعلى للتربية والتكوين» و«المجلس الاستشاري للأسرة والطفولة»، وكذا «المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي».

كما ينص أيضا الفصل 18 من الدستور على أنه «تعمل السلطات العمومية على ضمان أوسع مشاركة ممكنة للمغاربة المقيمين في الخارج، في المؤسسات الاستشارية وهيئات الحكامة الجيدة الذي يحدثها الدستور أو القانون».

أيضا نجد الفصل 33 من الدستور، يحث السلطات العمومية على اتخاذ التدابير الملائمة لتوسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد.

فضلا عن ذلك فقد نص الفصل 136 من الدستور على أن «التنظيم الجهوي والترابي للمملكة يرتكز على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، ويؤمن مشاركة السكان في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة».

كما يشير الفصل 139 من الدستور إلى أن «مجالس الجهات والجماعات الترابية الأخرى، تضع آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها».

وينص نفس الفصل في الفقرة الثانية على أنه: «يمكن للمواطنين والمواطنات والجمعيات تقديم عرائض الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله». هذا الحق (تقديم العرائض) يخول أيضا للمواطنين والمواطنات على المستوى الوطني، «تقديم عرائض أيضا للسلطات العمومية للمساهمة في صياغة القرار وتحمل المسؤولية ومراقبة وتتبع مشاريعهم التنموية» حسب الفصل 15 من الدستور.

كما يقضي الفصل 156 من الدستور بأن «تتلقى المرافق العمومية ملاحظات مرتفقيها، واقتراحاتهم، وتظلماتهم وتؤمن وتتبعها».

وعليه، فإن أول ما يستنتج من هذا الجرد لمضامين الدستور المغربي ذات الصلة بموضوع «الديمقراطية التشاركية» وكذا الأدوار التي أنيطت بالجمعيات في هذا الصدد، أن الأمر يتعلق باختيار واع تماما من قبل المشرع الدستوري

المغربي، للتأسيس لنموذج جديد في تدبير الشأن العام، إن لم يرقى إلى مستوى البديل عن نموذج «الديمقراطية التمثيلية» فهو على الأقل منافس حقيقي لها. فالمقاربة التشاركية، تعتبر إحدى منهجيات العمل المرتبطة بتدبير المجال، وتفسر بأنها مسلسل تواصل يمكن الأفراد من تحديد احتياجاتهم وأهدافهم، ويؤدي إلى قرارات مركزة تأخذ بعين الاعتبار آراء وتطلعات كل الأطراف المعنية. وهي بذلك، تنقل صياغة القرارات والمشاريع من المقاربة القطاعية، التي كانت تعتمد المؤسسات في النظام المركزي من خلال فرض المشاريع الفوقية دون الاستشارة في التنفيذ والتتبع والتقييم، إلى المقاربة التعاقدية والتشاورية، قصد إشراك مختلف الفاعلين في تحقيق تنميتهم الذاتية، من خلال التحليل والتقرير والتخطيط والتنفيذ والتقييم.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذا الاختيار المؤسس دستوريا لم يأتي بشكل اعتباطي أو مفاجئ، إذ كما لاحظ بعض المختصين في الشأن السياسي بالمغرب، فمنذ أواخر عقد التسعينات- وبشكل خاص- منذ اعتلاء الملك محمد السادس للعرش، لم يعد الحديث عن الإصلاحات بالمغرب يقتصر على ما هو اقتصادي أو اجتماعي فقط، كما كان عليه الحال في السابق، وإنما شمل أيضا أساليب تدبير الشأن العام، من قبل المؤسسات المنتخبة مركزيا وجهويا، رغم أن الهدف لم يكن يتعلق بتدشين "مسلسل للدمقرطة"، وإنما اقتصر فقط على نوع من "الانفتاح الليبرالي"، تجلّى في التأسيس ل"تعددية" شملت توسيع شبكة علاقات السلطة عبر استقطاب "شركاء" ومحاورين جدد.¹ وفي هذا السياق بالذات لاحظنا كيف

¹ سمير بلمليح: "الحكامة الجيدة أو نهاية زمن السياسة"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 25-26، السنة العاشرة، 2014، ص: 168.

أخذت مفاهيم "الحكامة الجيدة" و"الديمقراطية التشاركية" و"المجتمع المدني" تطغى بشكل تدريجي على الخطب الملكية.

ولا يخفى على متتبع الخطب الملكية أن هذا الترويج لمفهوم "الحكامة الجيدة"، وما يرتبط بها من ديمقراطية تشاركية، قد تزامن مع توجيه سيل من الانتقادات، الحادة أحيانا للمؤسسة المنتخبة وطنيا وجهويا، لما يشوب أداءها من عيوب ونقائص مستحكمة، ليست في الواقع إلا امتدادا لعيوب ونقائص الأحزاب السياسية نفسها، الغارقة في صراعات هامشية جوفاء، تحد من فعاليتها وتشل قدرتها، على إبداع حلول لما تعانيه البلاد من إشكاليات كبرى، في مستوى ما ينتظره المواطن بفارغ الصبر.

وبالموازاة مع ما تقدم، لاحظنا نوعا من الاكتساح التدريجي، من قبل شخصيات تكنوقراطية مقربة من النظام، لمواقع المسؤولية في الكثير من المؤسسات الرسمية والقطاعات الحكومية الحيوية، لما يقتضيه تدبير الملفات التي يشرفون عليها من شروط "الخبرة" و"الكفاءة" و"الحياد" السياسي، وهي الصفات التي أضحت بالنسبة للنظام بمثابة معايير لضمان حسن وفعالية الأداء في مجال تدبير الشأن العام.¹

ولعل ما يدعو إلى الاستغراب أحيانا، أن هذا المد التكنوقراطي داخل المجال السياسي المغربي، وما يوطره ويؤسس له من خطاب سياسي، مناوئ للمؤسسات الحزبية، راعية الديمقراطية التمثيلية، وضامنة استمراريتها، لا يتم بمنأى عن الأجهزة السياسية المنتخبة، أو في غفلة منها، لكن وعلى العكس تماما

¹ سمير بلمليح: "الحكامة الجيدة أو نهاية زمن السياسة"، مرجع سابق، ص: 169.

من ذلك ووفق ما يستفاد من بعض التصريحات الرسمية على الأقل، يقع برضاها التام، بل وأحيانا بدعم أو بمبادرة منها.

فهل يستخلص من ذلك، أن الأحزاب السياسية لا تعي بالشكل الكافي حقيقة المخاطر السياسية المحدقة بها، من جراء ما يقع، وعلى رأسها خطر زعزعة ما تبقى لها من مصداقية لدى الرأي العام، وإشاعة الانطباع بعدم أهليتها لتدبير الشأن العمومي؟ أم أن للأمر علاقة بغياب الأطر الوازنة التي تجمع بين الكفاءة العلمية والفكرية العالية والمراس السياسي، على نحو ما يلاحظ بالفعل لدى غالبيتها، مما يجعلها تستسلم للأمر الواقع، مفضلة الانخراط في اللعبة على علاقتها، بدل الانكفاء على الذات، وإعلان فشلها السياسي؟

وعليه، فالمقاربة التشاركية ظهرت نتيجة الانتقادات التي وجهت للديمقراطية التمثيلية التي أصبحت محصورة في العملية الانتخابية، حيث يغيب دور المواطن في العملية التنموية بمجرد انتهاء فرز الأصوات، وينفرد المنتخب بالقرارات التي قد تكون إيجابية أو سلبية.

وبالرغم من أن هذه الديمقراطية التمثيلية التي يكفلها الدستور المغربي تفضي إلى نتائج حسنة من قبيل سيادة الأمة، عبر تنظيم استفتاءات شعبية وبصفة مباشرة، واختيار الأمة لممثليها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه والمنتظم، وضمان حرية التفكير والرأي والتعبير بكل أشكالها، وضمان حق المعارضة البرلمانية في المشاركة الفعلية في مسطرة التشريع، فإنها تظل قاصرة إذا لم يتم استكمالها بمشاركة فعلية للمواطن في العملية التنموية التي تهمة بالدرجة الأولى، حيث ينبغي أن تكون القرارات التنموية من المواطن وإليه.¹

¹ المقصود هنا بالمواطن، كل شخص مغربي بغض النظر عن انتمائه أو انتظامه في أي منظمة أو حزب أو جمعية أو نقابة.

المبحث الثاني: الديمقراطية التشاركية ومبدأ التمكين التنموي: في تجاوز العقبات عبر بوابة التمكين

لقد أصبح اليوم من الضروري الالتزام بضمان الحق في المساواة أمام القانون، والحق في المشاركة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية حسب الفصل 6 من الدستور.

ولن يتأتى ذلك، إلا بالمشاركة الفعلية في العملية التنموية، بفتح أورش في مجال تمكين المواطن من المشاركة في اتخاذ سلطة القرار في المهام والأمور المتعلقة بالأعمال التنموية، التي كانت من اختصاص السياسيين فقط. وتمكينهم هذا، يكون من خلال الاندماج الذي يهتم أساسا بالاستفادة من خبراتهم وتجربتهم كمواطنين.

وهكذا فإن الدولة القادرة، هي التي يكون فيها التمكين لقوة المجتمع حاضرا، وهي أفضل من الدولة القاهرة كما سماها الباحث «سلمان بونعمان»، بمعنى أن نطمح إلى تأسيس الدولة القادرة بأهلها، أي الدولة التي تدمج كل فئات المجتمع المرتبطة بها من أجل بناء هذه القدرة.

لكن في إطار هذا التبادل التمكيني نجد أن «الدولة لم تستطع تفعيل طاقات المجتمع وتفجير فعالياته، وحتى المجتمع لم يستطع التكيف والانسجام مع إيديولوجية الدولة»¹.

وفي هذا السياق، ومن الناحية التطبيقية أكدت بعض تجارب الدول، أن اعتماد المقاربة التشاركية، ساهم في الحد من الظواهر الاقتصادية والاجتماعية السلبية، خصوصا تلك المتعلقة بالفئات المهمشة والمقصية من العملية التنموية، وذلك بالرغم من ضعف الموارد المتوفرة.

وهنا يمكن استحضار "التجربة الايرلاندية" التي تبنت منذ 1987 خمسة

¹ سلمان بونعمان: "أسئلة دولة الربيع العربي، نحو نموذج لاستعادة نهضة الأمة"، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، لبنان، ص:24.

اتفاقيات للتضامن الاجتماعي. علما أن الدولة كانت تعاني في فترة الثمانينات من الانكماش الاقتصادي، الذي دفع مسؤوليها إلى التفكير في حلول مبدعة لتجاوز الأزمة، فتم الاهتداء إلى إشراك أوسع قدر ممكن من المواطنين في القرار التنموي، والبحث عن التوافق الشعبي حول السياسات العمومية التي ينبغي القيام بها. ولهذا الغرض تم تأسيس "المجلس الوطني للاقتصاد والمجتمع" الذي أكد أن نجاعة الاستراتيجيات الاقتصادية رهينة بمشاركة كل المعنيين بالإصلاحات المتوقعة. وقد أسفر هذا التوجه التشاركي عن نجاحات كبيرة في المجال الاقتصادي تتمثل على سبيل المثال في:¹

- انتقال معامل المديونية/الناتج الداخلي الخام من 120 في المائة سنة 1986 إلى 52 في المائة سنة 1998.

- انخفاض معدل التضخم من 20 في المائة سنة 1980 إلى 2,8 في المائة سنة 1987.

- ارتفاع معدل النمو من 4,9 في المائة إلى 9,5 في المائة.

- تضاعف الاستثمارات الخارجية، و خصوصا الأمريكية منها، من 3,8 ملايين دولار إلى 8,1 ملايين الدولار.

- انخفاض نسبة البطالة من 17,5 في المائة إلى 5 في المائة في غضون 12 سنة.

- ارتفاع الأجور ب 30 في المائة.

ناهيك عن الأثر الإيجابي الذي تركه هذا المنهج التشاركي المعتمد في نفوس المواطنين والسكان، ذلك أن مناخ الثقة والمسؤولية والانخراط والاستعداد للمشاركة المتواصلة قد تم تأسيسه على قواعد يصعب هزها في المستقبل.

¹ هالبيرن، سيجل ونستن، جورج سوروس: "مزايا الديمقراطية"، شركة نهضة مصر 2005، ص: 15.

فالديمقراطية التشاركية اليوم، لم تعد تلك اليوتوبيا التي داعبت أحلام الفلاسفة والسياسيين منذ قرون عديدة، بل صارت واقعا فعليا يتجسد في العديد من التجارب المجتمعية، لعل أهمها تلك التجارب التي شهدتها بلدان أمريكا اللاتينية في خضم دينامية المنتديات الاجتماعية، كالتجربة البرازيلية التي جاءت مع حزب العمال فكانت تطمح إلى تشجيع الديمقراطية ومحاولة التعامل مع كل المواطنين على اختلاف مذاهبهم و مشاربهم، الشيء الذي أسس لمبدأ أساسي من مبادئ الديمقراطية التشاركية المسمى "بمبدأ التثليث" الذي يفيد ضرورة تعدد الشركاء و الفاعلين ليشمل كلا من الدوائر الحكومية و المجتمع المدني بسكانه والقطاع الخاص.¹

وقد برز هذا النموذج بشكل خاص في مدينة "بورتو أليكري" Porto Alegre، التي تقوم بإشراك كل المواطنين في عملية إعداد الميزانية،² حيث انتقل مستوى المشاركة سنة 1990 من أقل من 1.000 إلى 14.000 ثم إلى أكثر من 100.000 مشارك، وقد أعطيت الفرصة الكاملة للمواطنين من أجل تحديد أوليات الصرف المتعلقة بتلك المدينة، كما أعطيت لهم صلاحيات مراقبة هذه العملية ومدى ملائمة النفقات مع التوجهات المتفق عليها.

وقد ساهم ترسيخ العمل بهذه المقاربة التشاركية في نقل مدينة "بورتو أليكري"، من التخلف الصناعي و الهجرة الداخلية و المديونية و ضعف الأجور الذي كانت تعيشه قبل سنة 1989 إلى مستوى يتمتع بمعدل 98 في المائة من الأسر

¹ BA MOHAMMED (N) : « Du représentatif et du participative, la démocratie en questions », REMALD, N° 105-106, 2012, P. 9.

² فاطمة الزهراء هيرات: "من أجل مقاربة تشاركية في إعداد الميزانية السنوية: المجتمع المدني نموذجا"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 104، ماي-يونيو 2012، ص ص: 136-139.

المستفيدة من الماء و 85 في المائة من الأسر المستفيدة من التطهير، وتضاعف عدد الأطفال المتدرسين و الزيادة في مساحات الطرق المعبدة وغيرها من الإنجازات ذات النقلة النوعية في سلم التنمية البشرية.¹

كما تميزت هذه الفترة أيضا بالعمل بمفهوم الميزانية التشاركية، مما ساهم في تحقيق الكثير من الشفافية المالية التي ساهمت بدورها في ارتفاع المداخل الجبائية بحوالي 50 في المائة نتيجة تولد الثقة لدى الملمزمين بالأداء الضريبي.

وهكذا، جاءت المقاربة التشاركية في نسق الدول الديمقراطية كثمرة ومجهود لتدعيم معدلات التنمية الإيجابية التي تم تحقيقها على مختلف الأصعدة، الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية والتي كان للديمقراطية التمثيلية التي انتهجتها أنظمتها السياسية دورا أساسيا في ذلك، بينما في نسق التجربة المغربية يأتي طرح المقاربة التشاركية في ظل معدلات التنمية ذات المنحى السلبي،² وفي ظل إخفاقات الهيئات التمثيلية في الوفاء بالتزاماتها.³

وعليه يمكن القول، وذلك بالنظر إلى البيئة المحيطة بتطبيقات التمثيلية، بأن هذه الأخيرة توجد في محك أزمة حقيقية أمام الصور الجديدة التي ظهرت بهدف التعبير عن مطالب المواطنين (مثل هيئات المجتمع المدني)، وأخذ مقترحاتهم وآرائهم كقوة اقتراحية أساسية داعمة لمختلف المبادرات التي تهم

¹ جمال قاسمي: "التدبير المحلي بين النخب الإدارية والسياسية"، دفاتر سياسية، عدد 101، 2008.

² محمد الغالي: "سياسة القرب مؤشر على أزمة الديمقراطية التمثيلية؟"، مرجع سابق، ص: 32.

³ محمد العلال: "الأبعاد الشمولية للديمقراطية المحلية والتنمية"، أشغال ندوة الديمقراطية المحلية، الوحدة الوطنية والتنمية، منشورات شركة أوداد للاتصال، دار التوحيد للنشر والتوزيع الرباط، ص: 110-103.

مختلف مراحل مسلسل اتخاذ القرار، فالمأمول من التشاركية في هذا المعنى تحقيق نوع من المسؤولية الفعلية لا الصورية.

وتبقى أهم بوابة للتحقيق الفعلي والفعال للديمقراطية التشاركية هي تطوير النظام الديموقراطي بالبلد، وذلك من خلال توسيع مشاركة المجتمع المدني في تدبير الشأن العام خصوصا على المستوى المحلي، مما سيجعل الأفراد يتمتعون بمواطنة كاملة بحكم أن المشاركة السياسية تعد أحد ركائزها.

فالتعاقد التشاركي المندمج كمبدأ استراتيجي في الدستور الجديد لسنة 2011، يجعل من كل الأطراف التي شملتها الديمقراطية التشاركية في النص الدستوري شركاء فعليين للدولة، يضطلع كل منهم بأدوار هامة أصيلة، تتميز بالتنوع و التكامل أكثر مما تتصف به من عناصر التشابه و التماثل في الأدوار. وبهذا ننزع عن هذا التعاقد التشاركي المندمج صفة التنازع بين فاعليه و شركائه.

خاتمة

وفي الأخير، ونحن نسوق بعض الأمثلة على نجاح المقاربة التشاركية في تنمية بعض المجتمعات المعاصرة سواء أكانت متقدمة أصلا "كإيرلندا" أو سائرة في طريق النمو مثلنا "كالبرازيل"، لنؤكد على حيادية هذه المقاربة ونجاحتها التنموية في جميع البلدان.

وهذا ما أكدته بعض التجارب التنموية التشاركية في المغرب نفسه، حيث لا يتسع المقام لسردها (مثلا اعتماد المقاربة التشاركية عند وضع كل من الميثاق الجماعي والدستور الجديد، تدبير هيئة الإنصاف والمصالحة ملف انتهاكات حقوق الإنسان وفق المقاربة التشاركية...). ليطل سؤال ملح يفرض على عملية

تفكيرنا وهو: هل ستستفيد الحكومة الحالية من مثل هذه التجارب التنموية التشاركية الدولية الناجحة في وضع سياساتها وبرامجها الإصلاحية أم أنها ستستمر بدورها في تكريس تنمية فوقية تكنوقراطية مفرطة في المركزية لا تراعي إلا المؤشرات الماكرواقتصادية في قياس النمو؟

وفي حالة ما إن قررت الحكومة المقبلة اتباع هذه المقاربة التشاركية، فهل ستستطيع إنجاز تشخيص تشاركي يحدد نقط القوة ومكامن الضعف وحاجيات وإمكانيات وأولويات التنمية للبلد مع المواطنين؟ وهل ستستطيع الحكومة الابتعاد عن المصلحية السياسية والإيديولوجية الضيقة في بلورة المشاريع المدرة للدخل، وإحداث تمثيلية حقيقية ذات قوة اقتراحية في اتجاه الاعتماد على المواطنين في كل ما يتعلق بتدبير الشأن المحلي؟¹

فالملاحظ اليوم أن السياسة التكنوقراطية المركزية الغارقة في البيروقراطية قد أثبتت فشلها، وهذه السياسة هي التي أنتجت لنا حالة «منارة المتوسط»، برنامج التنمية المجالية لإقليم الحسيمة، كنموذج لعدد كبير من هذا النوعية الخاصة من المشاريع، والتي لا تحتاج فقط إلى تحريك المتابعات وإجراء التحقيقات للوقوف على المسؤوليات، أو إعفاء هذا الوزير أو ذاك.

ولكن الأمر يحتاج إلى تقييم شامل لنظام الحكامة، لهذا النموذج التدييري التنموي وإلى اختلالاته العميقة غير البعيدة عن الخطاطة المؤسساتية العامة للدولة.

¹ نجيب جيري: "الديمقراطية المحلية بالمغرب وسؤال التنمية التشاركية: نحو لامركزية القرار التنموي"، مجلة العلوم السياسية، العدد الأول، السنة الأولى - شتاء/ربيع 2016، ص ص: 33-34.

لقد وصل النموذج التنموي الحالي إلى الباب المسدود، ليس فقط بسبب ضعف الفاعلين، وانعدام الرؤية لديهم في هذا الصدد، بل أيضا بسبب غياب سياسات عمومية قابلة للتتبع والتقييم والمحاسبة، والاقتصر على مشاريع اقتصادية كبرى، تفتقد امتدادها الاجتماعي الحيوي.

فالساسة المغربية اليوم، مطالبة باجتراح نموذج تنموي، يستوعب المشكلات والتطلعات والآمال، ضمن رؤية نسقية بلا اختلالات.

فبقدر ما تكون الجوانب الدستورية والسياسية والمؤسسية مهمة، بقدر ما تكون الحاجة لرافد اجتماعي واقتصادي يدمج المواطن بكل مسؤولية في مختلف السياسات والبرامج الحكومية ذات الصلة بالتنمية.

وعليه، فإن الدستور المغربي لسنة 2011 قد وضع تصورا جديدا يلائم التوجهات العصرية للدول الديمقراطية، وأسس لدعائم قوية لديمقراطية تشاركية، لكن ترجمتها الحقيقية على أرض الواقع لن تتحقق إلا بتنزيل لمقتضيات الدستور. وهنا المسؤولية لا تلقى على الدولة فقط، وإنما هي مسؤولية الجهات والجماعات الترابية الأخرى، التي ينبغي على رؤسائها وأعضاء مجالسها الانفتاح على المجتمع المدني، الذي أصبحت له مكانة متميزة في التنمية المحلية كفاعل أساسي في وضع وتنفيذ وتقييم ومتابعة البرامج والسياسات العمومية.

التطاعات الذاتية لتنمية الإدارة الترابية

إلهام بخوشي

دكتورة في الحقوق

أستاذة زائرة بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية

جامعة المولى اسماعيل

تقديم :

إذا كان الإطار القانوني والمالي من الركائز الأساسية لقيام أسس اللامركزية الاقتصادية، فإنه ليس الوحيد، بل يوجد إلى جانبه محددات أخرى لا تقل أهمية عن الأولى¹، فمستوى الموارد البشرية يعتبر من المؤشرات المعتمدة في تقييم الأمم وقياس رخائها، كما شكل حجر الزاوية والركن الأساسي للتنمية الشاملة والمستدامة، إذ كثيرة هي الشعوب التي تتوفر على كافة مقومات نجاح الدولة من ثروات طبيعية وموقع جغرافي وإرث تاريخي وحضاري، غير أنها تصنف ضمن الدول المتخلفة والسبب في ذلك يرجع إلى تخلف مواردها البشرية².

إدراكا لهذا، وفي إطار الاختصاصات الكبيرة والواسعة الممنوحة للجماعات الترابية، ولضمان النجاح في رفع التحديات التي تتطلبها التنمية، فإن الأمر رهين

¹ - سعيد المبر: "التدبير الاقتصادي للجماعات المحلية بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السوسي، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص.915.

² - حميد أبولاس: "تدبير الموارد البشرية: نموذج الإدارة الجماعية"، مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى، 2005، ص.70.

بمستوى المنتخبين المحليين الذين يملكون المبادرة ويحددون السياسة العامة لجماعتهم الترابية، ويخططون لبرامجها. لذلك فكلما كان مستوى المنتخب راق كلما كانت مردودية وإنتاجية الجماعة أكثر، وبالتالي يساعد على تأهيل المنتخبين بنهج سياسة التكوين المستمر¹.

ويعتبر العنصر البشري المحرك الأساسي والأول لدواليب الإدارة المحلية، وبدون هذه البنية لا يمكن السير قدما لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية الجماعية، لذلك تفرض هذه المعطيات على الجماعات ضرورة تأطير مواردها وتكوينها على أعلى مستوى وذلك لتخطي الإكراهات المالية والاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها اللامركزية على المستوى الوطني، وحتى تواكب التحولات والتطورات التي تعرفها الحركات اللامركزية في العالم ككل².

ومن هذا المنطلق، فاهتمامات كل من مجالس المدن والمقاطعات ومجالس العمالات والأقاليم تصب في نفس الاتجاه وهو تطوير الإدارة الترابية وتقويتها، وذلك بتحسين هيكلتها وتقنينها بما يساير مستجدات العصر، وتكوين الأطر الجماعية وخلق فرص للتنافس البناء وللتكوين المستمر حتى تواكب الإدارة المحلية الوطنية كل التطور الذي تعرفه مثيلاتها في العالم³.

والحديث عن إدارة جماعية قوية يحتم ضرورة اتخاذ التدابير السريعة والعاجلة لسد الثغرات الكائنة والتي تخص إدماج الموارد البشرية الجماعية (أطر،

¹ - فاطمة السعيدى مزروع: "الإدارة المحلية اللامركزية بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003، ص.109.

² - بهيجة هسكر: "الجماعة المقاوله بالمغرب: الأسس المقومات والرهانات"، الطبعة الأولى، 2010، ص.56.

³ - عبد الرحمان العمراني: "المنتخب والمحيط العام والإدارة المحلية"، منشورات مجلة القانون والاقتصاد، عدد 15، 1998، ص.38.

مسؤولين، أعوان...) في مسلسل التنمية المحلية، وذلك بوضع برامج محكمة وعاجلة لتكوينهم وتأهيلهم لكسب المزيد من التجربة والخبرة والتي تدعمها الأقدمية والعمل الجماعي، Travail du groupe Le ذلك أن الانتقال من المستوى الوطني إلى المستوى المحلي، لا يجادل في كون كل تنمية محلية كيفما كانت طبيعتها تتطلب إمكانيات ووسائل، وأهم هذه الوسائل العنصر البشري بالإدارة الترابية الذي تتوقف على كاهله تحقيق الأهداف المنشودة من وراء هذه التنمية، فهو فاعل على مستويين :

على مستوى إعداد القرار الجماعي، وعلى مستوى تنفيذه¹، فالموارد البشرية المحلية تعتبر إذن الركيزة الأساسية لقيام اللامركزية بشكلها العام، والمحدد الأساسي لإنجاح التدبير الاقتصادي المحلي.

ووعيا بهذا المعطى، فقد قامت الدولة بمجهودات كبيرة في توفير العنصر البشري للجماعة الترابية، سواء من حيث الكم والكيف. لكن رغم كل المجهودات، مازالت الوظيفة العمومية المحلية تعاني من عدة نواقص واختلالات وتطرح عدة تساؤلات (فرع أول)، كما أن فكرة المدبر «Manager» الذي تطمح إليها الجماعات الترابية ما زالت بعيدة كل البعد عن تحقيقها وذلك لضعف تكوين جل المنتخبين، والنقص في الأداء في تسيير الشأن العام المحلي (فرع ثاني).

¹ - بوشقى الطاهر: "التكوين المستمر والتدبير الإستراتيجي بالإدارة المحلية"، أشغال الندوة "التكوين المستمر والتنمية"، مجموعة البحث والتكوين والتكوين المستمر، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة بوشعيب الدكالي الجديدة، مطبعة الكرامة، الطبعة الأولى، الرباط، 2004، ص.274.

الفرع الأول: العناية بالموظفين الجماعيين : معمد أساسي للتدبير المحلي

إن نجاح أي جماعة ترابية في تحقيق مهامها يتوقف على مدى توفرها على عنصر بشري كفاء، إذ بواسطته يتم نقل تصورات واستراتيجيات ومداولات المجالس المنتخبة إلى حيز التطبيق الفعلي. من هنا تأتي أهمية الموظفين الجماعيين¹، فكلما كانت هاته الفئة مؤهلة وذات خبرة وحنكة واسعة كلما كانت النتائج أحسن، ذلك أن المغرب لا يمكنه أن ينجح بطريقة أفضل في الحركة نحو العالمية والانفتاح والقدرة على المنافسة ومجتمع المعرفة، إلا ضمن انتشار واسع للتكنولوجيا الجديدة للإعلام والاتصال في الاقتصاد، وذلك من خلال الاعتماد على العنصر البشري، صاحب الكفاءة والتكوين المستمر الذين يشكلان عنصرا أساسيا بالنسبة لأي إستراتيجية تنموية مستديمة².

ولكي تكون الجماعة الترابية في منأى عن الإفلاس والارتجال في التدبير، لا بد لها من وضع إستراتيجية لعصرنة الوظيفة الجماعية وتأهيل الموظفين الجماعيين، حتى يمكن تأهيل الطاقات البشرية إلى مصدر قوة وليس عبئا ماليا تثقلا على الجماعات الترابية. وهذا مهم، ولكن الأهم هو كيفية تدبير هذا المورد البشري بشكل عام والموظف الجماعي بشكل خاص، يتماشى واستفادة الجماعات الحضرية والقروية من مؤهلاته وقدراته المعرفية والمهارية³.

فمن هذا المنظور، وجب وضع إستراتيجية شاملة ومتكاملة من أجل السهر على تأهيل الموظفين وضمان كفاءتهم، خاصة وأن التقنيات الجديدة في التدبير

¹ - دليل الجبايات المحلية، سلسلة دليل المنتخب، المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية.

المملكة المغربية، الطبعة الأولى، 2005، ص.28.

² - بوشتي الطاهر: مرجع سابق، ص.4.

³ - بهيجة هسكر: مرجع سابق، ص.70.

تتطلب كفاءات قادرة على خوض غمار التدبير التوقعي، الذي يفترض استخدام مناهج صارمة في التحليل والتنبؤ، مبنية على البحث عن التطابق بين حاجيات الإدارة المحلية والوسائل المتاحة، وكذا خلق تلاؤم بين المهام والمسؤوليات الإدارية ومؤهلات الموظفين هذا من جهة¹.

ومن جهة أخرى، فالتكوين المستمر لا ينبغي أن يقتصر على المعارف والمعطيات الإدارية الصرفة، بل يجب أن يتعداها إلى بعض الميادين الجديدة والتقنيات الحديثة، لاسيما المتصلة بالتدبير المالي والمحاسبي، وتدبير الموارد البشرية والتركيز على الإدارة الإلكترونية.

فمقاربة الدولة والجماعات الترابية للوظيفة العمومية سواء الوطنية أو المحلية أصبحت متجاوزة بفعل التغيرات الكبرى التي مست المجتمع والعقليات²، فلم يعد الحديث عن مجال تسيير الموظفين، بل على تدبير الموارد البشرية وهو ما يعكس تغيرا حقيقيا في التصور والنظرة، وبالتالي اعتبار ذلك مدخلا لتحديث الإدارة وعصرنتها³.

وإن الحديث عن الهيكلية الإدارية الجماعية هي في مجملها جامدة وينقصها الوضوح ولا تتماشى مع طبيعة العمل المنجز والخدمات القديمة ولا تطابق خصوصيات المناطق وطبيعة العمل، بحيث تدرج فيها مصالح لا تمت

¹ - رشيد مليحي: "الإصلاح الإداري بالمغرب على ضوء المناظرة الوطنية الأولى"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، أكادال، السنة الجامعية 2001-2002، ص.134.

² - Rousset (M): « L'administration marocaine : son droit et son juge », publications Universitaires du Maghreb, 1995, P.159.

³ - Bodiguel (J.L): « Les outils et les instruments de la modernisation » in " La mise à niveau de l'administration face à la mondialisation " sous la direction de Ali Sedraji, L'Harmattan Gret, 1999, P.171.

للسكان بصلة كما تفتقد لمصالح حيوية ومناسبة لحاجيات المنطقة، فغالبا ما تعتمد الجماعات الترابية على هيكلية تقليدية قائمة على التدرج من الأقسام إلى المصالح والمكاتب في غياب تناسق فيما بينها¹.

وعلى غرار الوظيفة العمومية الوطنية، تعرف الوظيفة العمومية الجماعية بطء أكبر على مستوى حركية الإدارة². هذه الأخيرة لا يقصد بها الحركة الجغرافية فقط، حيث يعاني الكثير من الموظفين من إشكالية الانتقال من جماعة إلى أخرى، بل حتى الحركية الوظيفية، إذ يظل الموظف المحلي في قسم إداري أو مصلحة إدارية طيلة حياته المهنية، فهذا الأمر يطفى حماسه ويجعله يستسلم للروتين الإداري ويفتح من جانب آخر لعلاقات شخصية قد تضر بالأهداف النبيلة للمرفق العمومي ومقاصده الحقيقية³.

ولتجاوز هذه العيوب، من اللازم التنصيص على مدة معينة⁴، لاعتماد الحركية سواء بالنسبة للمسؤولين أو الموظفين حتى تخلق ديناميكية في العمل المحلي ويكون أداة لزيادة المردودية.

وعموما، إذا تم بدل جهد في العناية بالموظفين الجماعيين بشكل معقلن، سيكون لذلك نتائج جد إيجابية في التدبير الاقتصادي العمومي المحلي، خصوصا إذا تم توفير الآليات والشروط الكفيلة لذلك. أما إذا تم توفير عناية للمنتخبين المحليين، فإن ذلك سيكرس نقلة نوعية في تكريس العملي المحلي وتطوير أداءه.

¹ ادريس جردان: "دور العنصر البشري في التنمية المحلية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، أكادال الرباط، 2002-2003، ص.242.

² Brahi (M) : « La mobilité dans la fonction publique », REMALD, N° 9, 1994, P.33.

³ سعيد المير: مرجع سابق، ص.921.

⁴ جعفر العلوي: "تأهيل الموارد البشرية: شرط اكتمال البناء اللامركزي بالمغرب"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 32، 2001، ص.114.

الفرع الثاني : تطوير أداء المنتخبين المحليين

إن مفهوم الديمقراطية لا يمكن أن يتبلور إلا من خلال الاهتمام بالعنصر البشري باعتباره محور تدبير الشؤون المحلية، ذلك أن الديمقراطية المحلية تشكل ترابط للعلاقة الحقيقية التي تجمع الدولة بالمجتمع المعاصر، والتي تنبني أساسا على أولوية السكان في تدبير شؤونهم المحلية. وهكذا فإن تصور الديمقراطية المحلية بكل تجلياتها، يجب أن يرقى بالمنتخبين إلى موقع مركز متخذي القرار المالي، والفاعل السياسي النشط في نمو وازدهار الجماعة، وتدبير شؤونها ومواردها البشرية والمالية وخبراتها الاقتصادية والاجتماعية¹.

هذا التصور ينسجم مع روح ومنظور اللامركزية المحلية كقاعدة للديمقراطية المحلية، التي تجعل من المنتخب المحلي، مصدر سلطة وصاحب قرار حامل اختصاص حقيقي، يمكنه من الاستجابة لرغبات وطموحات وتطلعات السكان الذين قلدهم الأمانة ومسؤولية تمثيلهم².

فنجاح الجماعات الترابية في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ومختلف الميادين الموكولة لها، تحتاج إلى كفاءات من نوع خاص عادة ما يفتقد إليها الكثير من المنتخبين المحليين.

صحيح أن الميثاق الجماعي الأخير شدد على ضرورة توفر شهادة الدروس الابتدائية بالنسبة للرئيس ومكتبه وبعض الأجهزة الأخرى، غير أن ذلك لا يعدو أن يكون إجراءا بسيطا لا يعالج المسألة بشكلها الشمولي³.

¹-مصطفى الكتيري: "دور الجماعات المحلية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية محليا وجهويا"، مجلة الحوليات المغربية للإقتناء، عدد 7، 1993، ص.7.

²- بهيجة هسكر: مرجع سابق، ص.58.

³- سعيد المير: مرجع سابق، ص.922.

وإن كان الاعتقاد بأن التنصيب على شرط التعليم عنصر الكفاءة من شأنها أن تمس بالمبادئ الديمقراطية، اعتقاد خاطئ، إذ أن المصلحة العامة والتمثيلية الديمقراطية لا تتعارض مع عنصر التعليم والكفاءة، بل هي في حاجة إليها إن لم يكن شرطاً لفعاليتها وصحتها، إذ من غير المقبول في ظل تعقيدات الشأن العام المحلي أن يتولى قيادته ومسؤوليته أشخاص لا يتوفرون على الحد الأدنى من التعليم والكفاءة¹.

ولقد أثبتت الممارسة المالية الجماعية عن ضعف تكوين المنتخب الجماعي وضآلة تجربته في الميدان المالي والمحاسبي، الأمر الذي كانت له نتائج جد وخيمة على حسن تدبير الشؤون المالية بصفة خاصة والشؤون الجماعية بصفة عامة. وهذا ما انعكس على نتائج بعض الجماعات الترابية، مما حدا بها إلى عدم الإلمام بطرق وتقنيات التسيير المالي الجماعي، وبالتالي لم تستطع أن تحضر ميزانيتها في الوقت المناسب، ولا القيام بالتنفيذ الفعلي للقوانين المنظمة للمالية الجماعية والمحاسبة بالشكل الذي تستدعيه التقنيات الحديثة للتدبير المالي الجماعي².

فالتدبير الحر الذي نص عليه الدستور المغربي، سيتطلب الانتقال إلى هذا النظام الجديد في التدبير المالي المحلي من خلال وجود منتخبيين قادرين على استيعاب دورهم الحقيقي في التنمية المحلية، وتحقيق حكامه جيدة وخصوصا المالية منها، فليس كاف تخفيف نقط المراقبة والانتقال من المراقبة القبلية إلى المراقبة البعدية، بل يجب بالإضافة إلى ذلك تكوين منتخبيين قادرين على

¹ - شاكور الموساوي: "الإدارة المحلية المغربية وتحديات الحكامة، (قراءة نقدية)"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2004-2005، ص.54.

² - المهدي بنمير: "الجماعات المحلية والممارسات.."، مرجع سابق، ص.210.

استيعاب مغزى مبدأ التدبير الحر، فلا يكفي توسيع اختصاصات مجالس الجماعات الترابية ومنحها موارد مالية جديدة¹.

هذا بالإضافة إلى أن اللجنة الاستشارية حول الجهوية المتقدمة اقترحت توسيع الوعاء الضريبي للجهات كإضافة الضرائب البيئية التي تركز على مبدأ "الملوث يدفع"، والضريبة على أنشطة المطارات وضريبة النقل على الطرق السيار...².

كما لا يكفي منحهم وسائل تديرية مالية حديثة كالتنصيب على تطبيق المحاسبة العامة أو المحاسبة التحليلية، أو إمكانية الاعتماد على التدقيق الخارجي، فكل هذا لا يتطلب من المنتخب المحلي القراءة والكتابة فقط، بل يجب أن يتوفر على مستوى معرفي وعلمي يمكنهم من فهم النصوص القانونية والإمام ببعض التقنيات التي تحكم التدبير المالي³.

وبالتالي، ففي مقابل التنصيب على مبدأ التدبير الحر يجب وضع آليات للرفع من المستوى المعرفي والعلمي للمنتخب المحلي، وعلى الأحزاب السياسية أيضا أن تتحمل مسؤوليتها في هذا الصدد بقيامها بالدور المنوط بها دستوريا وهو

¹ - عبد الخالق علاوي : "مبدأ التدبير الحر للجماعات الترابية وإعداد التراب في ضوء دستور 2011"،
المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 115، مارس-أبريل 2014، ص.152-153، ص.150.

² -تقرير اللجنة الاستشارية حول الجهوية المتقدمة: الكتاب الثالث، "الجهوية المتقدمة في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، 2010، ص.153.

³ - أحمد أجعون: "تكوين المنتخب الجماعي والميثاق الجماعي الجديد"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد44، 2003، ص.31.

تأطير المواطنين والمواطنين وتكوينهم السياسي، وتعزيز انخراطهم في الحياة الوطنية، وفي تدبير الشأن العام¹.

فلا يعقل أن تكون نسبة 20.1% من المستشارين الجماعيين لا تتوفر على أي مستوى تعليمي معين، ونسبة 25.2% لهم مستوى ابتدائي أي أن 45.7% من المستشارين الجماعيين لهم مستوى تعليمي ابتدائي فأقل².

فما يقارب النصف من المستشارين الجماعيين لهم مستوى تعليمي ضعيف مقارنة مع المهام المنوطة بهم (التخطيطي الإستراتيجي، تدبير مالي بوسائل حديثة، تدبير موارد بشرية ذات كفاءات عالية، إعداد مخططات التنمية المحلية..).

وعليه، يجب العمل على تقليص هذه النسب مستقبلا، وتأهيل منتخبين قادرين على "مبدأ التدبير الحر"، وسيكون التنفيذ الجيد للعمليات المالية والمحاسبة وتحقق الحكامة المالية رهين بمدى توفر الجماعات الترابية على منتخبين أكفاء، لأن المشاكل التدييرية التي تتخبط فيها الجماعات الترابية من ثلاثة عقود يرجع بالأساس إلى كون المنتخبين الجماعيين غير مؤهلين للقيام بمهامهم بشكل جيد³، وذلك سبب عدم إمامهم بواجباتهم وحقوقهم، ومنه وجب اشتراط مستوى الباكلوريا على الأقل لمن يريد أن ينتخب رئيسا لمجلس الجماعة⁴.

¹- خليل الفاه: "المجالس الجماعية والتنمية: نحو صياغة دور جديد للعمل الجماعي في ظل بلورة دور جديد للسلطة"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دراسات، العدد 15، 2000، ص.50.

²- كتاب وزارة الداخلية: "الجماعات المحلية في أرقام"، عدد 2011، 13، ص.25.

³- حميد أبولاس: "قراءة عملية للجباية المحلية على ضوء القانون الجديد رقم 47.06"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، العدد 78-79، 2008، ص.84.

⁴- عبد الخالق علاوي: مرجع سابق، ص.151.

فأكبر وأبرز إشكالية تصطدم بها اللامركزية الإدارية بالمغرب تتجلى في مسألة النخب المحلية، ذلك أن تحقيق تنمية مندمجة في إطار الجهوية الموسعة المرتقبة تحكها المواطنة والشعور بالمسؤولية، والتمسك بالوحدة الوطنية وجعل المصلحة العامة فوق كل اعتبار¹. وهذا من شأنه خلق نوعا من التآزر والتكامل بين ما هو وطني وما هو محلي.

فأهداف الجهوية الموسعة المتمثلة في ترسيخ الحكامة المالية المحلية، وتعزيز القرب من المواطن وتفعيل التنمية المندمجة جهويا، تحتاج إلى ضرورة "انتقاء" أو انتخاب عناصر النخبة المحلية ذات القدرة والكفاءة والنزاهة والتواصل للقيام بمهام تدبير الشؤون الجهوية، فالتنمية المندمجة تستدعي وضع النخب المحلية في صلب الاهتمامات وقلب الرهانات التي يراد تحقيقها في ظل ورش الجهوية الموسعة².

فكلما كانت هذه النخب قادرة على صنع القرار وإتقان اختيار الحلول الناجحة على مستوى الشأن المحلي والجهوي، كلما ساعد ذلك على تدعيم مرتكزات التنمية المندمجة، وساهم أيضا في بلورة وعي سياسي، وإداري، واجتماعي على المستوى الجهوي والمحلي.

فالنخب المحلية المتواجدة داخل المجالس المحلية المنتخبة مطالبة بوضع وإعداد البرامج التنموية، وذلك لتلبية مطالب وانتظارات المواطنين، والتي تندرج ضمن مسؤولياتها الهادفة إلى بناء أسس التنمية المحلية والنهوض بها³.

¹ - حيمود المختار: "الحكامة الإدارية: أسسها وعوائقها"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 92، 2010، ص.103.

² - حيمود المختار: نفس المرجع، ص.104.

³ - نجيب جيري: "مستقبل التنمية المحلية بالمغرب"، مجلة في الفكر والسياسة والاقتصاد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد 13-14، 2010، ص.30.

ويمكن الإشارة إلى أن المرجعية المبنية على مبادئ المواطنة، والاحتكام إلى القانون، والتشبث بالوحدة الترابية، وجعل المصلحة العامة هي المقصد الوحيد من وراء المرافق العمومية، واستبعاد الصراعات الشخصية والسياسوية المطبقة داخل المجالس المنتخبة من شأنها أن تساهم في تكريس مقومات أسلوب الحكامة المحلية¹.

كما أن التشبث بمبادئ هذه المرجعية التي ينبغي أن تحكم وتؤطر سلوك المنتخب الجماعي بصفة خاصة، والمواطن بصفة عامة، قد يساهم في تدعيم وتحقيق المشاريع الجهوية الرامية لتحقيق تنمية مندمجة جهوية.

وفي الأخير، يمكن القول أن تدبير الموارد البشرية يجب أن يشكل الأولوية في برامج الإصلاح العام والشمولي لمسألة تدبير الشأن العام المحلي، لأنه يعتبر حاليا محطة العديد من الانتقادات وسببا لجملة من العراقيل فإذا تم تجاوزها، فإنه دون شك سيوفر في ذات الوقت فرصا حقيقية لتطوير أداء المرافق العمومية بما يتناسب مع حاجيات المواطنين وتطلعات المسؤولين²، ويكون كذلك فرصة لتجاوز معوقات التنمية المحلية، والعمل على خلق مسلسل مستمر للتنمية يأخذ بعين الاعتبار العناصر المحلية عبر مقاربة القرب³.

¹ - نجيب جيري: نفس المرجع، ص.29.

² - سعيد المير: مرجع سابق، ص.926.

³ - عبد الغني الشاوي: "دور المجلس الجماعي في التنمية الاقتصادية من خلال المادة 36 من مشروع قانون 17-08"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 84-85، أبريل 2009، ص.183.

محور القانون المقارن

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) ودورها في مكافحة الجريمة المنظمة

د/ محمد هيثم العرجي
أستاذ مشارك - كلية الحقوق
جامعة عدن

مقدمة:

شهد العالم خلال النصف الثاني من القرن الماضي تطوراً كبيراً في النشاطات الإجرامية، وتزايداً ملحوظاً في عدد المجموعات الإجرامية التي أصبحت تهدد استقرار الدول وأمن المواطن، وتؤثر على جهود التنمية الاقتصادية وعلى التطور في جميع الميادين، وقد تجاوزت الأعمال الإجرامية المنظمة حدود الإقليم الواحد وتعدت آثارها وأضرارها الحدود الإقليمية إلى الدولية، وهذا ما جعلها جريمة خطيرة ضد الأمن الإنساني والنظام الدولي، وضد حقوق وحرريات الأفراد الأساسية.

إن الجريمة المنظمة تشكل تهديداً مباشراً للأمن والاستقرار على الصعيدين الوطني والدولي، وتمثل هجوماً مباشراً على السلطة السياسية والتشريعية، بل تتحدى سلطة الدولة نفسها، وهي تهدم المؤسسات الاجتماعية والاقتصادية، وتضعفها مسببة فقداناً للثقة في العمليات الديمقراطية، وهي تخل بالتنمية، وتحرف مكاسبها عن اتجاهها الصحيح وتلحق الضرر بجموع العالم كله، وقد ساعدت الظروف والتغيرات العالمية على زيادة حجم التنظيمات الإجرامية عبر

الدول وخاصة في ظل العولمة الاقتصادية، وثورة الاتصالات والمواصلات وانعكس ذلك على زيادة أنواع الأنشطة التي تمارسها الجريمة المنظمة العابرة للحدود. الأمر الذي أدى إلى محاولة تكثيف الجهود الدولية والإقليمية والوطنية من أجل مكافحة هذه الجريمة، ومن بين هذه الآليات المخصصة لمحاربة الإجرام المنظم نجد: المنظمة الدولية للشرطة الجنائية أو ما يعرف حالياً باسم "الإنتربول"، التي تم إنشاؤها سنة 1923. ويظهر هدفها الأساسي في ضمان التعاون والتنسيق بين الدول لتعقب المجرمين والقبض عليهم في أي بلد كانوا. وقد اعتمدنا في بحثنا هذا المنهج التحليلي لما تكتسبه الجهود الدولية المبذولة في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود. ولتسليط الضوء أكثر على هذا الموضوع نظراً لأهميته من الناحية القانونية وعلى الصعيد الدولي، سنقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث مسبوقة بمقدمة وهي:

المبحث الأول: ماهية الجريمة المنظمة

المبحث الثاني: الهيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية
(الانتربول)

المبحث الثالث: جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود.

المبحث الأول: ماهية الجريمة المنظمة

تشمل النشاطات الإجرامية المنظمة عبر الحدود الوطنية في السنوات الأخيرة عدة مجالات أهمها: غسيل الأموال ذات المصدر غير مشروع، جرائم الحاسوب من (قرصنة واختراق غير مشروع لأنظمة الغير وبرامجهم، من خلال تقليد البرامج أو نسخها أو تدميرها)، وجرائم النصب والتزوير، والاتجار بالأشخاص، والنشاطات الإرهابية، والاتجار بالأسلحة المحظورة أو بالمخدرات وتهريب الآثار، والاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية، وخطف السيارات، وغير ذلك من الجرائم التي ترتكبها الجماعات الإجرامية.⁽¹⁾

المطلب الأول: مفهوم الجريمة المنظمة

رغم أن الجريمة المنظمة تعد في الواقع حقيقة إجرامية بالغة الخطورة إلا أنها لم تكتسب بعد صفة الوضوح والتحديد في التشريعات الجنائية، فرغم تعدد الدراسات التي تناولت ظاهرة الإجمام المنظم على المستويين الوطني والدولي، لا يوجد حتى الآن تعريف متفق عليه لهذه الجريمة سواء في التشريع أو الفقه.⁽²⁾ وبسبب اختلاف رؤية المشرع للجريمة المنظمة في كل دولة من الدول تبعاً لواقعها السياسي والاقتصادي والاجتماعي لا يوجد مفهوم واضح للجريمة المنظمة يحظى باتفاق دولي.⁽³⁾

تعريف الجريمة المنظمة:

باستثناء الآراء والأبحاث التي تطرق إليها رجال الفقه، فإننا لا نجد تعريفاً موحداً للجريمة المنظمة، لكن المحاولات الفقهية والجهود التي بذلت في المحافل

¹ - Report Measures to Combat Organized Crime_department of Justice_Canada_February, 2004_p2

² - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة في القانون المقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2001، ص16.

³ - د. كوركيس يوسف داود: الجريمة المنظمة، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2001، ص15.

الدولية نجحت في الاتفاق على تحديد بعض العناصر الواجب توافرها في المحاور الأساسية لتعريف الجريمة المنظمة، وعليه فإنه لتحديد معنى الجريمة المنظمة لا بد أن نحدد المعنى اللغوي والاصطلاحي والفقهي لها، مع التطرق إلى موقف القوانين الوطنية والدولية لها.

أولاً: التعريف اللغوي:

تفيد كلمة (جريمة) لغة (الجرم) الذنب، فيقال منه (جرم) و(أجرم) و(اجترم)⁽¹⁾.

ووفقاً لما انتهى إليه الفقه الإسلامي يطلق لفظ (الجريمة) على العمل - فعلاً كان أو امتناعاً الذي يعطيه القانون ذلك الوصف، ويقرر له عقاباً⁽²⁾.
ونظم: أي نظم اللؤلؤ جمعه في السلك وبابه ضرب ونظمه تنظيماً.
والانضمام: الاتساق.

وفعل نظم: (Action d'organizer) يفيد التدليل على الحالة أو الوضع الذي عليه الجماعة أو الاتحاد الذي تجمعت إرادة أعضائه لتحقيق أهداف محددة⁽³⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

ظهر اصطلاح الجريمة المنظمة حديثاً بعد التطور الذي شهده الإجرام الدولي كبديل لكلمة " مافيا" التي تطلق اسم الجماعة الإجرامية⁽⁴⁾، ويقال بأن

¹ - محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، ط1، الكويت، 1983، ص 100.

² - د. علي الراشد، القانون الجنائي والمدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1974، ص215.

³ - فائز يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، 2002م، ص30.

⁴ - PIERRE TREMPLOY ET MAURICE CUSSON, MARCHES CRIMINALS Transationaux er Analyse strategique, la Criminalit Organisee, la doc framiop ciy, p23..

"المافيا" كلمة عربية تعني "مكان للملاذ" أثناء مدة الحكم العربي لصقلية⁽¹⁾، وقد توارد على كلمة مافيا عدة تعريفات فقهية نجد منها:

مجتمع هرمي التكوين، يضم مجموعة من الخارجين عن القانون من أصل صقلي أو إيطالي⁽²⁾.

مجموعة من الأفراد يتمتعون بصفة الديمومة وتجمعهم روابط قوية كالقراية أو العرف⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم نحاول أن نعطي تعريفاً للجريمة المنظمة بأنها "مجموعة من الأفعال والنشاطات غير المشروعة وفقاً للقانون، تقوم بها منظمة إجرامية تتكون من ثلاث أعضاء فأكثر وتعتمد على التنظيم والاحتراف والتعقيد وذلك بهدف الحصول على الربح المالي وتتعدى نشاطاتها حدود الدولة الواحدة".

المطلب الثاني: خصائص الجريمة المنظمة

انطلاقاً من التعريفات التي أوردناها سابقاً للجريمة المنظمة والإشكالات التي لا زالت تعترض هذا المفهوم في الأنظمة القانونية المعاصرة، سنستعرض أهم الخصائص التي يمكن أن تجمعها الجريمة المنظمة والتي تميزها عن الأنماط الأخرى من الجرائم العادية، وهي على النحو التالي:

1- التنظيم والبناء الهيكلي المتدرج:

يعد التنظيم الدقيق من أهم خصائص الجريمة المنظمة، فلا بد من وجود نظام يبين آلية العمل في المنظمة الإجرامية، ويقوم بتقسيم الأدوار بين الأعضاء

¹- راجع الدكتور عبدالفتاح مراد، جرائم المافيا ضد القضاة والإنسانية، مدلة المحاماة، العدد 3 و 4، نقابة المحامين القاهرة، ماري وأبريل 1991، ص 32، 33.

²- راجع الدكتور عبدالفتاح مراد، نفس المرجع السابق الذكر، ص 32 و 33.

³- انظر الدكتور حسن الشريف، الإرهاب الدولي وإنعكاساته في الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، مرجع سبق ذكره، ص 214.

وتحديد علاقة بعضهم ببعض من جهة وعلاقتهم بالمنظمة الإجرامية من جهة أخرى⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المنظمات الإجرامية ليست كلها على الدرجة ذاتها فيما يتعلق بالتنظيم والهيكل، إذ تتنوع هذه المنظمات من جماعات تعتمد على هيكل متدرج يقوم على أساس العلاقات شبه العائلية إلى شبكات معقدة وعلى درجة عالية من التنظيم⁽²⁾.

يقوم التنظيم في المنظمة الإجرامية على أساس المستويات المتدرجة الواضحة التي تتصف بالثبات والاستمرارية والإحكام والتدرج الهرمي⁽³⁾ ففي قاع الهرم يقع الجنود الذين يتم تجنيدهم وفقاً لطقوس خاصة، ثم رؤساء الفرق، ثم مجموعة المستشارين، ثم نواب الرئيس، وأخيراً على قمة الهرم - رئيس التنظيم الإجرامي أو الزعيم الذي يحتفظ بالسلطة المطلقة على جميع الأعضاء في المنظمة، ويسهم هذا الهيكل المتدرج في إخفاء شخصية رؤساء المنظمات، الذين لا يمكن بسهولة ربطهم بالنشاطات الإجرامية التي قام بها الجنود. كما أنه لا يمكن القبض عليهم متلبسين⁽⁴⁾.

2-التخطيط الجماعي:

يتعين أن يكون السلوك الإجرامي المكون للجريمة المنظمة وليد تخطيط دقيق، فالتخطيط عنصر مهم وحيوي لتحقيق أهداف الجماعة الإجرامية المنظمة، ودليل على أن أعضاء هذه الجماعات لا يرتكبون جرائمهم مصادفة أو

¹ - محمد بن علي القحطاني، الجريمة المنظمة، بدون دار نشر، الرياض، ط1، السعودية، 2001، ص50، 49.

² - أحمد فاروق زاهر، الجريمة المنظمة، ماهيتها، خصائصها، أركانها، مركز الدراسات والبحوث في أكاديمية

نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2007، ص5.

³ - محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص50.

⁴ - أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص14.

نتيجة انفعال شخصي أو ردة فعل على ظروف معينة أو بشكل عشوائي أو بصورة منفردة، لأن عمل هذه الجماعات يتصف بالمستوى العالي من الدقة والانضباط في التخطيط والتنسيق والتنفيذ⁽¹⁾. حتى تضمن نجاح أعمالها واستمرارها.

3- الاستمرارية:

يقصد بالاستمرارية: امتداد حياة المنظمة واستمرارها في تحقيق أهدافها بصرف النظر عن انتهاء حياة أو عضوية أي فرد فيها، عن انتهاء حياة فرد فيها أو عضويته فإن هناك من يحل محل الأعضاء الذين يقتلون أو يسجنون أو يخرجون من التنظيم لأي ظرف، وأياً كانت مستوياتهم، دون أن يؤثر ذلك في التنظيم أو يعني انتهاء التنظيم أو انهياره⁽²⁾.

يترتب على خاصية الاستمرارية في ممارسة النشاط الإجرامي أثر مهم يتمثل في أن غياب أي عضو من أعضاء المنظمة الإجرامية لا يؤثر في بقائها وممارسة مختلف نشاطاتها الإجرامية⁽³⁾.

4- النطاق العابر للحدود الوطنية:

أسهم وجود التطور التقني لوسائل الاتصالات المختلفة، وتطور وسائل النقل، والاتجاه العالمي لفتح الحدود بين الدول، وانتشار الأسواق العالمية، في سهولة تنقل الناس والبضائع والخدمات بين الدول. وهو ما ساعد بدوره في توسيع

¹- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص14، والدكتور محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص51.
²- ذياب البدانية، المنظور الاقتصادي والتقني والجريمة المنظمة، ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها التي أقيمت في المدة بين 14 و 18 تشرين الثاني 1998، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 1999، ص201.
³- كوركيس يوسف داود، المرجع السابق، ص37.

نشاطات أعضاء المنظمات الإجرامية من الجريمة المنظمة المحلية إلى الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية⁽¹⁾.

حددت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية عام 2000 الحالات التي تكون فيها الجريمة العابرة للحدود الوطنية فيما يأتي: (أ- إذا ارتكب الجرم في أكثر من دولة واحدة، ب- إذا ارتكب في دولة واحدة ولكن جرى جانب كبير من الإعداد والتخطيط له أو توجيهه والإشراف عليه في دولة أخرى، ج- إذا ارتكب في دولة واحدة، ولكن اشتركت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس نشاطات إجرامية في أكثر من دولة واحدة، د- إذا ارتكب الجرم في دولة واحدة ولكن كانت له آثار شديدة في دولة أخرى⁽²⁾.

استخدام الوسائل غير المشروعة:

لا يمكن للجريمة المنظمة تحقيق أهدافها وجني الأرباح الطائلة إلا باعتماد وسائل غير مشروعة كالعنف والفساد والتهديد والابتزاز والرشوة والإيذاء والخطف⁽³⁾.

تعد الرشوة من أهم الأساليب التي تلجأ إليها المنظمات الإجرامية، حيث تسمح لها بالسيطرة على المشروعات والمؤسسات الاقتصادية والمالية، والتسلل إلى المؤسسات، السياسية والإدارية والقضائية، من أجل ضمان أن يتعاون العاملون فيها معهم في تحقيق أهدافهم، ولحمايتهم من المساءلة القانونية⁽⁴⁾.

¹- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص51.

²- راجع: المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية.

³- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص7.

⁴- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص54.

إن استخدام العنف أمر معتاد في ارتكاب الجرائم المنظمة، مثل السطو المسلح والقتل والاعتصاب والتهديد والاعتقال، فبواسطته تتمكن المنظمات الإجرامية من أن تفرض سيطرتها ونفوذها، وتحقق منعها من رقابة الأجهزة القانونية⁽¹⁾

وقد يباشر العنف في مواجهة السكان بهدف تخويفهم وإحباط أية محاولة لمقاومة النظام الذي تفرضه المنظمة عليهم، أو قد يمارس في مواجهة الدولة بهدف إضعاف هيكل الشرطة والقضاء والسلطات العامة فيها⁽²⁾.

5-تهدف إلى الربح وجني الأموال:

تتميز الجريمة المنظمة عن غيرها من الجوانب السياسية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي وأشهر صور هذه الجرائم هي جريمة الإرهاب التي لا تدخل في إطار الجرائم المنظمة، لأن أهدافها ليست بالضرورة اقتصادية، ولكنها في المقام الأول تأخذ طابعاً سياسياً، ولكن هذا لا يعني أنه ليس هناك تداخل بين هاتين الصورتين، فالإرهاب يمكن أن يشكل إحدى الوسائل التي تستخدمها الجريمة المنظمة للوصول إلى أهدافها⁽³⁾

المطلب الثالث: أشكال الجريمة المنظمة

تتعدد صور الجريمة المنظمة بحيث لا يمكن حصرها، وقد تضمنت عدة فقرات من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة لعام 2000م، صوراً لبعض الجرائم المنظمة على سبيل المثال لا الحصر جريمة غسيل أو تبييض الأموال وإفساد الموظفين، كما ألحق بالاتفاقية بروتوكولان، حيث اختص الأول

¹- محمد بن علي القحطاني، المرجع السابق، ص 53.

²- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص 20، 21.

³- أحمد فاروق زاهر، المرجع السابق، ص 4، 5.

بجريمة الاتجار بالأشخاص، أما الثاني فقد تناول جريمة الاتجار غير المشروع بالأسلحة والمتفجرات.

ونظراً لكثرة الجرائم التي تشكل الجريمة المنظمة، فقد راعينا في اختيار أهم صور الجريمة المنظمة التي تشكل تهديداً قوياً على الأمن الدولي، وهي:

أولاً- جريمة غسيل الأموال

تعتبر جرائم غسيل الأموال أخطر جرائم عصر الاقتصاد الرقمي، إنها التحدي الحقيقي أمام مؤسسات المال والأعمال، وهي أيضاً امتحان لقدرة القواعد القانونية على تحقيق فعالية مواجهة الأنشطة الجرمية ومكافحة أنماطها المستجدة.

وغسيل الأموال أيضاً، جريمة لاحقة لأنشطة جرمية حققت عوائد مالية غير مشروعة، فكان لزاماً إسباغ المشروعية على العائدات الجرمية أو ما يعرف بالأموال القذرة، لبتاح استخدامها بيسر وسهولة، ولهذا تعد جريمة غسيل الأموال مخرجاً لمآزق المجرمين المتمثل بصعوبة التعامل مع منحصلات جرائمهم خاصة تلك التي تدر أموالاً باهظة، كتجارة المخدرات وتهريب الأسلحة والرقيق وأنشطة الفساد المالي ومنحصلات الاختلاس وغيرها.

ثانياً- جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات

أكدت اغلب المؤسسات والهيئات الدولية المتخصصة في مجال المخدرات توسع زراعة المخدرات بين منطقتين هامتين: عرفت الأولى بالمثلث الذهبي، حيث يطلق هذا المصطلح على دول تايلاند ولاوس ومينمار، أما المنطقة الثانية فعرفت بالهلال الذهبي، ويقصد بها أفغانستان وباكستان و إيران. لكن في الوقت الحاضر انتشرت زراعة المخدرات في أغلب بقاع العالم مثل: بعض أجزاء إفريقيا،

والشرق الأوسط، وفي بعض أقطار الأمريكيتين، وكذلك في أجزاء مختلفة ضمن ما كان يسمى الاتحاد السوفيتي.⁽¹⁾

ثالثاً- جريمة الاتجار في البشر

إذ يعتبر الاتجار في البشر جريمة ذات طبيعة خاصة باعتبار أن موضوعها سلعة متحركة و متجددة تتمثل في فئة خاصة من البشر يعانون من الفقر الشديد و البطالة وعدم الأمان الاجتماعي، وهم في أغلب الحالات النساء والأطفال. وبهذا تنتج عن هذه الجريمة آثار اقتصادية واجتماعية وأخلاقية مدمرة.

رابعاً- جريمة تهريب المهاجرين (الهجرة غير المشروعة)

تعد الهجرة غير الشرعية أحد أهم المجالات التي تعمل فيها الجماعات الإجرامية الدولية، وذلك من حيث عمليات تهريب المهاجرين غير الشرعيين، حيث تعمل على تنظيم الهجرات غير الشرعية جماعات تهريب مختلفة الأشكال بهدف تحصيل عائدات مالية ضخمة، وتنظم لهذا الشأن عقود شفوية مع المهاجرين غير الشرعيين، حيث يدفع من خلالها المهاجر غير الشرعي قيمة مالية يختلف مقدارها حسب الدول المراد الهجرة إليها وطبيعة الحدود والمسافات، مع غياب شروط الأمان خلال عملية التنقل، خاصة مع توفير وسائل نقل (مراكب بحرية) في الغالب تكون غير صالحة للاستعمال ولا تحتوي على وسائل الأمان أو شروط الملاحاة المناسبة، زيادة على ذلك تحميلها أوزاناً تفوق طاقتها الفعلية، مما يجعلها عرضة للخطر أمام أدنى عارض ممكن.⁽²⁾

¹- مصطفى عمر التير وآخرون، المخدرات والعملة، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، المملكة السعودية، 2007م، ص20.

²- أحمد عبدالعزيز الأصغر وآخرون، مكافحة الهجرة غير المشروعة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، المملكة السعودية، 2010م، ص29.

المبحث الثاني: البنيان التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية

أثبت الواقع أن أي دولة منفردة لا تستطيع القضاء على الجريمة المنظمة، يضاف إلى ذلك مسألة هروب المجرمين من الدولة التي ارتكبوا فيها أعمالهم الإجرامية إلى دولة أخرى بهدف التخلص من المتابعات القضائية، وهنا تظهر مسألة التعاون والتنسيق بين الدول لتعاقب المجرمين والقبض عليهم في أي بلد كانوا فيه، فقد أوجد المجتمع الدولي جهازاً شرطياً دولياً يعرف باسم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول)، والذي أوكلت له مهمة رئيسية في مطاردة المجرمين الدوليين.

وفي السنوات الأخيرة ونظراً لخطورة الجرائم المنظمة العابرة للحدود فقد تركزت جهود واهتمامات الإنتربول بصورة أساسية في مكافحتها بالإضافة إلى مكافحة ظاهرة الإرهاب، وذلك من خلال اتخاذ الوسائل اللازمة منها والقضاء عليها.

المطلب الأول: الإطار التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية

منظمة الإنتربول كغيرها من المنظمات الدولية لها نظام داخلي يحدد معظم القضايا التنظيمية الخاصة بها والأهداف التي تعمل من أجلها، لذلك سنتناول تبيان نشأة الإنتربول وكيفية العضوية فيه، ما هي أهدافه التي يسعى إلى تحقيقها.

أولاً: نشأة الإنتربول:

تعد منظمة الإنتربول من أقدم صور التعاون الشرطي في مكافحة الجريمة المنظمة أنشئت عام 1923م في فيينا تحت اسم اللجنة الدولية الشرطية الجنائية، وقد أطلق عليها الاسم الحالي عام 1956م، هي منظمة رسمية بين الحكومات.⁽¹⁾

¹ - محمد جهاد البرايزات، الجريمة المنظمة، المرجع السابق، ص160.

كما يشكل الإنتربول أكبر منظمة شرطية في العالم، ينضوي تحته 188 بلد عضواً، تتمثل مهمة الإنتربول في تسهيل التعاون الشرطي العابر للحدود ودعم ومساعدة جميع المنظمات والسلطات والأجهزة المعنية بمنع الإجرام أو مكافحته. تقع الأمانة العامة للإنتربول في فرنسا وتحديدًا بمدينة ليون، ويضم الإنتربول سبعة مكاتب إقليمية في الأرجنتين والكامرون وكون دايفور والسلفادور وكينيا وتايلاندا وزمبابوي، ومكتب تمثيلي لدى هيئة الأمم المتحدة في نيويورك وآخر لدى الاتحاد الأوروبي في بروكسل، ويوجد مكتب مركزي وطني في كل البلدان الأعضاء، يعمل فيه موظفون تابعون لهيئات إنفاذ القانون الوطنية ويتمتعون بمستوى عالٍ من التدريب، حيث يكون دور هذا المكتب الاتصال بالأمانة العامة والمكاتب الإقليمية والبلدان الأعضاء الأخرى التي تطلب المساعدة في سياق التحقيقات التي تقوم بها خارج أراضيها وكذلك للبحث عن المجرمين بهدف توقيفهم.⁽¹⁾

ثانياً: العضوية في الإنتربول:

تشمل العضوية تبعاً للمادة 45 من القانون الأساسي للمنظمة، البلدان التي كانت أعضاء في اللجنة الدولية للشرطة الجنائية قبل دخول القانون الأساسي لعام 1956م حيز النفاذ. حيث تنص المادة 45 من القانون الأساسي للإنتربول على اعتبار جميع " الهيئات التي مثلت البلدان المذكورة في الملحق (1) " من القانون الأساسي أعضاء في الإنتربول، " إلا إذا أعلنت بواسطة سلطاتها الحكومية

¹ - نشرة إعلامية رقم: COM/FS/2010-01/G1-01، الإنتربول (عرض عام)، متاحة على الموقع الرسمي للإنتربول: www.interpol.int

المختصة عدم قبولها: القانون الأساسي. وكان يفترض أن يعلن عدم القبول خلال الأشهر الستة التالية لتاريخ دخول القانون الأساسي حيز التنفيذ.

المطلب الثاني: أجهزة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية

سنعالج في إطار هذه المطلب نقطتين هامتين في بيان الهيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية، والثانية معرفة الهيئات والفروع التي يتكون منها الإنترنتبول، الاختصاصات العامة للمنظمة في حد ذاتها.

أولاً: البناء التنظيمي للمنظمة الدولية

لقد أخذت منظمة الإنترنتبول كغيرها من المنظمات الدولية بمبدأ تعدد الأجهزة بنص صريح في المادة الخامسة من ميثاق المنظمة التي جاء فيها تتكون المنظمة من الأجهزة التالية:

الجمعية العامة: وهي السلطة العليا في المنظمة وتتكون من ممثلي الدول الأعضاء وتجتمع مرة كل عام إضافة إلى عدد من الدورات الاستثنائية، وتختص الجمعية بتحديد السياسة العامة للمنظمة وإصدار القرارات المتعلقة بالمسائل التي تختص المنظمة بمعالجتها.

اللجنة التنفيذية: تتكون من 13 عضواً وهم رئيس المنظمة وثلاثة نواب للرئيس وتسعة أعضاء يتم اختيارهم من الدول الأعضاء، ويتم انتخاب الرئيس لمدة 4 سنوات والنواب والأعضاء لمدة 3 سنوات، وتختص اللجنة بتنفيذ قرارات الجمعية العامة.

الأمانة العامة: تتكون الأمانة العامة من الأمين العام والإدارات الدائمة للمنظمة ومن أهم هذه الإدارات:

إدارة التنسيق الشرطي: التي تضم شعبة مكافحة الإجرام العام وشعبة مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، وشعبة الإجراءات الاقتصادية والمالي وشعبة الاستخبار الجنائية.

إدارة القضايا القانونية: تختص بتقديم الخبرة القانونية في جميع مجالات التعاون الأمني وصياغة الأنظمة وتوصيات وقرارات المنظمة، وجمع المعلومات المتعلقة بالإجرام الدولي وتحليلها.

إدارة الدعم التقني: تضم هذه الإدارة شعبة الاتصالات وشعبة الحاسب الآلي، وشعبة البحث والتطوير وفرع التقضي الآلي.

المكاتب المركزية الوطنية: وهي المكاتب التي يتم إنشاؤها في الدول الأعضاء لتكون حلقة وصل بين الأجهزة الشرطة في الدولة وبين المكاتب الوطنية، وبينها وبين الأمانة العامة للإنتربول من ناحية أخرى.

المستشارون: تستعين المنظمة بعدد من المستشارين ذوي الخبرة العالمية تعينهم اللجنة التنفيذية لدراسة مسائل خاصة ومحددة تتعلق بعمل المنظمة.

اللجنة الدائمة لتكنولوجيا المعلومات: تتألف اللجنة من عدد من الفنيين ومن رؤساء المحطات الإقليمية ومن ممثلي عدد من المكاتب المركزية الوطنية وتجتمع مرتين سنوياً، وتقدم المشورة الفنية فيما يتعلق باستخدام المنظمة للوسائل التكنولوجية.

كما أنه بالرجوع إلى المادة (11) من ميثاق الإنتربول نجده يسمح للمنظمة بإنشاء أجهزة فرعية حيث نصت على أن "للجمعية العامة لمنظمة الإنتربول أن تشكل لجاناً لمعالجة موضوع خاص".

المبحث الثالث: جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية في مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود

بيدال الإنترنت جهوداً مضيئة وفاعلة في مكافحة الجريمة المنظمة من خلال ممارسة عدد من المهام الخاصة بمكافحة هذه الظاهرة في الوقت الحالي، سواء من ناحية المبدأ، أو من ناحية التطبيق الفعلي أيضاً.

المطلب الأول: اهتمام الإنترنت بالجريمة المنظمة وطرق مكافحتها

أولت المنظمة اهتماماً خاصاً بمكافحة الجريمة المنظمة من خلال العديد من القرارات الهامة التي تم اتخاذها على مستوى الجمعية العامة للإنترنت، ومن أهم هذه القرارات القرار رقم (AGN/57/RES/17) الذي تم اتخاذه خلال دورة 57 الجمعية العامة المنعقدة في بانكوك عام 1988م بعنوان الجريمة المنظمة، والقرار AGN/26/RES/8 الذي تم تبنيه في دورة الجمعية 62 المنعقدة في أوروبا عام 1993م تحت عنوان التعاون الدولي والحرب ضد الجريمة المنظمة. كما أعلنت الجمعية العامة للإنترنت في جلستها السابعة والستين في القاهرة عام 1998 أن محاربة الجريمة المنظمة يمثل إحدى أولويات الشرطة الدولية في قيامها بالدور المتمثل بتنسيق تعاون الشرطة الدولية ضد الجريمة المنظمة.⁽¹⁾

يضطلع الإنترنت بكثير من الإجراءات المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة من خلال الكراسات التي تعدها الأمانة العامة بشأن الأشخاص المطلوبين لضلعهم في منظمات إجرامية، وتتضمن الكراسات الصور والبصمات والأسماء المستعارة وتفاصيل الهوية لهؤلاء الأشخاص، وتوزع هذه الكراسات على جميع المكاتب الوطنية المركزية للإنترنت في الدول الأعضاء.

¹ - EIPO, the role of Interpol in the fight against transnational organized crime, draft resolu on n agn 68.p.res/12,2005.

تقوم المنظمة بدور هام في مجال تسليم المجرمين سواء متهمين هاربين أو محكوم عليهم في مجال الإجرام المنظم⁽¹⁾.

يضطلع الإنترنت بدور هام في مكافحة تزييف العملة باعتباره نشاطاً رئيسياً من أنشطة الإجراءات المنظم، ويعقد الإنترنت في هذا الإطار مؤتمرات دولية لمكافحة تزييف العملة، يسلط فيها الضوء على حجم هذه الجريمة والأساليب الجديدة المستخدمة فيها.

ونظراً لما يمتلكه الإنترنت من إرادة حقيقية معلنة ووسائل نقدية ومعلوماتية في مكافحة الجريمة المنظمة، فإنه ينتظر من المجتمع الدولي تقديم كامل الدعم في هذا المجال لتنفيذ وسائل الإنترنت في زيادة التنسيق والتعاون الدولي، ويتأني ذلك من خلال إيلاء الأجهزة الأمنية في الدول الأعضاء أهمية خاصة بتنفيذ وتوثيق العلاقة مع الإنترنت بواسطة المكتب المركزي من خلال الشفافية في تمرير المعلومات والإحصائيات ذات الصلة بالجريمة المنظمة، والمساهمة الفعالة في البرامج والأنشطة التي تمارسها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، كما يتطلب من الدول التي لم تصل فيها الجريمة المنظمة إلى حد الظاهرة أن تولي استشراف المستقبل بالنسبة لهذه الجريمة أهمية خاصة، وأن تبادر إلى الاستفادة من خبرات وتجارب الإنترنت في هذا المجال من خلال الندوات والدورات التدريبية التي يتبناها الإنترنت في إطار مكافحة الجريمة المنظمة.

¹ - محمد فتحي عبد، التعاون الأمني الدولي والعملة، محاضرات منشورة، أقيمت على طلبه الدكتوراه بجامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية، 2003، ص 82.

ومما لا شك فيه أن من أهم وسائل التحري عن اتجاهات الجريمة المنظمة في الخارج بغية وصولها إلى دولة ما، هي تتبع المعلومات التي يوفرها الإنترنت من خلال استخباراته الجنائية وشبكة معلوماته الحاسوبية التي تضم الكثير من المعلومات المتجددة في هذا المجال.

تحقق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية عدة مهام مفيدة في مجال تبادل المعلومات والتعاون الدولي ضد الجريمة المنظمة عبر الدول⁽¹⁾. والجدير بالذكر أن الإنترنت ركز أنشطته على الجريمة المنظمة والأنشطة الإجرامية ذات العلاقة بها مثل غسيل الأموال ويشغل الإنترنت حالياً شبكة اتصالات لاسلكية مؤمنة تغطي كافة أنحاء العالم حيث تربط الدول الأعضاء من خلال مكاتبهم الوطنية الرئيسية بعضها مع البعض ومع سكرتارية الإنترنت في فرنسا. وتسهل هذه الشبكة النقل السريع للرسائل الإلكترونية والتي تشمل الرسائل المكتوبة، الصور الفوتوغرافية، البصمات وغيرها، وتنقل الشبكة أكثر من 2 مليون رسالة كل عام وهي توفر التسهيلات الأساسية لتنفيذ عمل المنظمة.

المطلب الثاني: أدوات وبرامج الإنترنت في مجال مكافحة الجريمة المنظمة

يستخدم الإنترنت مجموعة من الأدوات والبرامج التي تهدف إلى مكافحة جميع أشكال الجريمة المنظمة والقضاء عليها، وسنتناول بعضاً من هذه الأدوات والبرامج كالتالي:

أولاً: أدوات الإنترنت في تعزيز التعاون الشرطي الدولي:

تتركز جهود الإنترنت على وظائف أساسية يوظف فيها موارده بغية تحقيق أكبر قدر من التعاون في مجال مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود تتمثل في:

¹ -Andreson Malcohn, *interpol and the developing of police cooperation*, Unite states of America, 1997, p60.

منظمة الإنتربول الخاصة بالنشرات الدولية:

من أهم المهام التي يضطلع بها الإنتربول مساعدة أجهزة الشرطة لبلدانه الأعضاء في تبادل المعلومات العامة المتعلقة بالإجرام باستخدام منظومة نشرات الإنتربول الدولية، فضلاً عن ذلك، تستخدم الأمم المتحدة منظومة النشرات لتنبيه الشرط إلى أشخاص خاضعين للجزاءات التي تفرضها الأمم المتحدة على تنظيمات تهدد الأمن الدولي مثل (تنظيم القاعدة)، وتستخدمها أيضاً المحكمتان الدوليتان ليوغسلافيا السابقة ورواندا للبحث عن أشخاص مظلومين مطلوبين لتورطهم في انتهاكات جسيمة للقوانين الدولية في مجال حقوق الإنسان.⁽¹⁾

لمحة عن النشرات الدولية:

كما تعد نشرات الإنتربول أداة أساسية للتعاون الشرطي كما يبين ذلك نحو 80% في عدد النشرات الصادرة في السنوات القليلة السابقة لعام 2003م، وفي نفس الفترة تزايد عدد البلدان التي تستعمل إجراءات طلب النشرات الإلكترونية بنسبة 70% أي 80% من 181 دولة عضواً، ولقد تم تلقي أكثر من 73% من طلبات النشرات بهذه الطريقة.⁽²⁾

أنواع النشرات:

هناك العديد من النشرات التي تصدرها الإنتربول، على اختلاف مضامينها وأهدافها وهي على النحو التالي:

النشرة الحمراء: طلب لتوقيف شخص يجري البحث عنه أو احتجازه بشكل مؤقت تمهيداً لتسليمه استناداً إلى مذكرة توقيف.

¹- نشرة إعلامية رقم: COM/FS/2011-03/G1-02، النشرات، متاحة من خلال الموقع:

<http://www.interpol.int/comternt/download/786/6303/version/9/file/G102.pdf>

²- الإنتربول في العمل، تقرير النشاط لعام 2003م، الأمانة العامة للإنتربول، ليون، فرنسا، 2003م، ص4.

النشرة الزرقاء: لجمع معلومات إضافية عن هوية شخص أو نشاطاته غير المشروعة في سياق قضية جنائية.

النشرة الخضراء: للتزويد بالتحذيرات بشأن أشخاص ارتكبوا جرائم جنائية ويرجح ارتكابهم جرائم مماثلة في بلدان أخرى.

النشرة الصفراء: للمساعدة على تحديد مكان أشخاص مفقودين لاسيما القاصرين أو على تبين هوية أشخاص عاجزين عن التعريف بأنفسهم.

النشرة السوداء: للحصول على معلومات عن جثث مجهولة الهوية.

النشرة الخاصة بالإنتربول: لتنبيه الشرطة إلى مجموعات وأشخاص خاضعين إلى الجزاءات التي تفرضها الأمم المتحدة على تنظيم القاعدة.

النشرة البرتقالية: لتحذير الشرطة والهيئات العامة والمنظمات الدولية من مواد خطيرة أو أحداث أو أعمال إجرامية يمكن أن تمثل خطراً على الجمهور.⁽¹⁾

وتتضمن النشرات نوعين رئيسيين من المعلومات:

تفاصيل الهوية الكاملة والأوصاف البدنية والصورة، وبصمة الأصابع والمهنة.

معلومات قضائية مثل التهمة الموجهة للشخص والقانون الذي ذكرت فيه التهمة.

وتنشر هذه النشرات في المنظومة الخاصة بها، ويمكن نشرها في الموقع العام للإنتربول الحصول على معلومات حول الشخص من طرف الجمهور.

منظومة اتصالات الإنتربول العالمية 1-24/7:

¹ - خالد بن مبارك القيروي القحطاني، التعاون الأمني الدولي في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة دكتوراه، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2006م، ص151.

يتمثل وظيفة الإنترنت الأساسية في توفير خدمات اتصالات شرطية عالمية مؤمنة، بتبادل فعال للمعلومات الشرطية الهامة بالوقت المناسب، وتخزينها ومعالجتها ويتضمن هذا كله تطبيق منظومة الاتصالات للإنترنت في كافة البلدان الأعضاء، والتدريب الخاص بها.

في يناير 2003م، بدأت المنظمة بتطبيق البنية التحتية الجديدة للاتصالات عالية الأمانة والمرتكزة على الإنترنت والمعروفة بـ 1-24/7. تعزز هذه المنظمة نظام إنترنت السابق وترفع من قدرته على تعاون سريع وفعل لمكافحة الإرهاب وكافة صور الجرائم الدولية الخطيرة، ومع مرور العام الأول من استحداث هذه المنظومة أصبحت 84 دولة عضواً و10 موقع إضافية مرتبطة بالمنظومة مع واجهة تفاعل خالية من العيوب، للاتصال فيما بينها.

ويهدف الإنترنت من خلال هذه المنظومة إلى تمكين أجهزة الشرطة في جميع البلدان التي تشكل أعضائه من طلب بيانات شرطية غاية في الأهمية وإرسالها والوصول إليها بشكل فوري ومأمون.

نظام الإنترنت لتتبع الأسلحة النارية والمتفجرات (IWETS):

يسمح هذا النظام بتتبع الأسلحة النارية والمتفجرات، حيث يستطيع المستعملون تفتيش قاعدة البيانات للأسلحة المسروقة والمتفجرات، كما يستطيعون نشر وثائق تحقيق والوصول إليها عن طريق نشرة إلكترونية.⁽¹⁾

ثانياً: أنشطة الإنترنت في مكافحة أشكال الجريمة المنظمة:

¹- الإنترنت في العمل، الأمانة العامة للإنترنت، تقرير النشاط العام 2003م، مرجع سابق، ص 19.

يبذل الإنتربول جهود كبيرة لمكافحة مجموعة من الجرائم التي تعتبر أشكالاً للجريمة المنظمة العابرة للحدود، وبالتالي سنبين دور الإنتربول في مكافحة جريمة من هذه الجرائم كالتالي:

(أ) دور الإنتربول في مكافحة المخدرات:

من بين الأدوار الأساسية التي تقوم بها الإنتربول في ميدان مكافحة صور الجريمة المنظمة، دعم أجهزة الشرطة الوطنية والدولية المعنية بمكافحة إنتاج المخدرات غير المشروع والاتجار في المواد المخضعة للرقابة والسلائف الكيميائية، ويتمثل هذا الدعم في:

جمع وتحليل بيانات عملية الضبط الواردة من البلدان الأعضاء ومن أجهزة إنفاذ القانون الوطنية المختصة بالمخدرات.

إصدار تنبيهات بشأن المخدرات لتنبه مجموعة إنفاذ القانون على الحالات الفريدة وتقنيات الاتجار الجديدة، حيث يمكن تعميم المعلومات والصور في مدة دقائق معدودة على جميع المكاتب المركزية الوطنية التابعة للإنتربول.

ومن أهم نشاطات الإنتربول في إفريقيا، كان عند أسند فريق التحرك إزاء أحداث يوليو 2008م، شرطة غينيا بيساو، إثر ضبط كمية من الكوكايين كانت مهربة على متن إحدى الطائرات، حيث أكدت الأدلة التي جمعها فريق التحرك تورط مجموعة إجرام منظم من أمريكا الجنوبية.⁽¹⁾

¹ - نشرة إعلامية رقم: COM/FS/209-07/DCO-01، الاتجار في المخدرات، متاحة من خلال الموقع الرسمي للإنتربول: www.interpol.int

2- دور الإنترنت في مكافحة التهريب البشري والهجرة غير الشرعية:

يعمل الإنترنت مع هيئات دولية لديها هدف مشترك يتمثل في مكافحة تهريب البشر، وتشمل اليوروبول والوكالة الأوروبية لإدارة التعاون في العمليات على الحدود الخارجية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (FRONTEX)، والمركز الدولي لتطوير سياسات الهجرة والمنظمة الدولية للهجرة ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة.

الخاتمة

مما لا شك فيه أن هذه الدراسة أوصلتنا إلى مدى فداحة وفضاعة الآثار المترتبة عن الجريمة المنظمة العابرة للحدود، التي تعتبر من الجرائم الحديثة نتيجة مواكبتها للتطور الدولي في مختلف مجالات الحياة، خاصة منها العلمية والتكنولوجية المتمثلة في المواصلات والاتصالات، وكذا سياسة الانفتاح العالمي الاقتصادي على وجه التحديد.

وقد خرجت هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات أود هنا أن أسجل أهم النتائج ثم التوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

إن مصطلحات الجريمة المنظمة، الجرائم المستحدثة، الجماعات الإجرامية المنظمة، العصابات الإجرامية، الإجرام المعاصر، تعكس بدرجة متباينة وجوانب من حقيقة الجريمة المنظمة العابرة للحدود هو المصطلح المناسب لهذا الصدد.

تأخذ الجريمة المنظمة العابرة للحدود العديد من الصور أو الأشكال التي تنسم بالخطورة كونها تؤثر بشكل سلبي على كل الأصعدة كالمجتمع والاقتصاد،

وهي الآن في تزايد مستمر نتيجة تحالف التنظيمات الإجرامية الدولية وتطور التكنولوجيات المستعملة في تنفيذ تلك الصور الإجرامية. تشابه الجريمة المنظمة مع عدة جرائم دولية بنفس الخصائص كالتنظيم والتخطيط بهدف تحقيق أهداف بمختلف باختلاف الجرائم مثل الجرائم الدولية والإرهاب الدولي.

ثانياً: التوصيات:

سن القوانين الخاصة بمكافحة جرائم التكنولوجيا لوجود علاقة مترابطة بينها وبين الجريمة المنظمة وإن العمل على مكافحة تلك الأنواع من الجرائم هي مكافحة الجريمة المنظمة. عقد دورات تدريبية للرفع من كفاءة رجال الأمن والقضاة والمحققين، لأجل تطوير أساليب عملهم بما يتلائم وقدرات الجريمة المنظمة ولتحسينهم من الوقوع تحت إغرائها وتحسين أدائهم وظروفهم. تطوير أساليب التحقيق في الجرائم المنظمة واستخدام التقنيات المتطورة في إجراءاته ومعداته.

المراجع :

- أحمد محسن عبدالحميد، التعاون الأمني العربي والتحديات الأمنية، ط1، مركز الدراسات والأبحاث، الرياض 1999م.
- أسامة غربي، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) ودورها في مكافحة الجريمة المنظمة، مجلة الدراسات والأبحاث، العدد 3، 2011م.
- جهاد محمد البريزات، الجريمة المنظمة، ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 207م.
- خالد مبارك القريوبي القحطاني، التعاون الأمني الدولي ودوره في مواجهة الجريمة المنظمة عبر الوطنية رسالة دكتوراه، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2006م.
- سراج الدين الدوبي، آلية الإنتربول في التعاون الدولي الشرطي، ط2، الدار اللبنانية المصرية للطباعة والنشر، بيروت، 2001م.
- شريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 2001م.
- طارق سرور، الجماعة الإجرامية المنظمة، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- عادل حسن السيد، طبيعة عمليات غسل الأموال وعلاقتها بانتشار المخدرات، د، ط، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008م.
- عبدالفتاح الطبيعي، التعريف بالجريمة المنظمة، ط1، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1993م.
- عثمان أحمد حسن، التعاون الدولي لمكافحة المخدرات، ط1، الخرطوم، 1999م

- علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، ط1، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001م
- علي محمد جعفر، الإجرام المنظم العابر للحدود وسياسة مكافحته، بحث في مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية العدد 270، بدون عام.
- عمراني كمال الدين، الجريمة المنظمة وجريمة الإرهاب (دراسة مقارنة) مجلة الفقه والقانون، العدد 17، 2014م.
- فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002م.
- كوركيس يوسف داوود، الجريمة المنظمة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2005م.
- ما يا خاطر، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وسبل مكافحتها مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، العدد3، 2001م.
- مجلة الشرطة الجزائرية، منظمة الإنتربول، العدد 55، 1997م.
- محمد حشن البشير، إجراءات تسليم المجرمين (مقال مترجم عن تقرير الإنتربول) مجلة الشرطة، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 49، 1995م.
- محمد شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ط1، دار الشرق، القاهرة، 2004م.
- محمد فاروق البنهان، الإجرام المنظم، ط1، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1995م.

ثانياً: المؤتمرات والاتفاقيات:

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية عام 1988 م.

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية عام 2001 م.

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عام 2003 م.
مؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، وهي متوافرة على موقع الأمم المتحدة على الشبكة.

ثالثاً: المراجع الإنكليزية:

Awunah Donald Ngoragor_ Effective Methods to Combat Transnational Organized Crime in Criminal Justice Processes: the Nigerian perspective- Resource material Series- Tokyo, Japan – No. 58- December, 2001.

Effective Measures to Combat Transnational Organized Crime – The Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice- 18, 25 April 2005- Bangkok, Thailand.

Report: Measures to Combat Organized Crime – Department Justice- Canada- February, 2004.

Sabrina Adamoli, Andrea Di Nicola and others - Organized Crime around the world- European Institute for Crime Prevention and Control- Helsinki, Finland- 2 March, 1998- No. 31.

العقار الصناعي المخصص لاستثمار الأجنبي تحقيقا لتنمية الوطنية في الجزائر (حالة عقود الامتياز المخصص للاستثمار الأجنبي)

الدكتور لقمش محمد أمين بن سعد وسيلة

أستاذ محاضر طالبة دكتوراه - إدارة أعمال -

كلية الحقوق و العلوم السياسية كلية الاقتصاد و التجارة و علوم التسيير

- جامعة تيارت - الجزائر - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر

مقدمة :

لقد شهدت السنوات الأخيرة تواسلا في جهود الجزائر لتحسين مناخ الاستثمار، من خلال تهيئة الأوضاع الظروف المناسبة لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وذلك باستحداث الإطار الاقتصادي المناسب في بعده القانوني مع توفير الظروف السياسية الخاصة لتحقيق الغرض، لكي لا يشكل عائقا أمام المستثمر الأجنبي، فالاضطرابات السياسية التي عرفتها الجزائر في السنوات الأخيرة أثرت سلبا على الاستثمار المباشر فيها، لكن بعد استقرار الأوضاع السياسيّة واستكمال الجزائر لبناء مؤسّساتها الدستورية، شكّل هذا الأمر دافعا لاستقطاب المستثمرين الأجانب إلى بلادنا.

فاعتمدت الجزائر العديد من الطرق في مجال الاستثمار الصناعي من أهمها عقود الامتياز كصيغة قانونية في سبيل تطوير آليات التنمية الصناعية، وإعادة بعث الاقتصاد الوطني وتحرير النشاط الاقتصادي وإقامة صناعة وطنية

قادرة على تنويع الصادرات وتخليص الاقتصاد الوطني من التبعية في مجال المحروقات، كسياسة إصلاحية اقتصادية، حتى يتناسب الشكل القانوني مع التوجه الاقتصادي المبني على حرية الاستثمار.

من هذا المنظور، ترسخ لدى الحكومة الجزائرية المتعاقبة مبدأ أساسيا يكمن في تحقيق التنمية الاقتصادية المرهون على إقحام القطاعي الخاص الوطني والأجنبي على حد سواء، لذلك جاءت الإصلاحات الاقتصادية بالتوازي مع توفير إطار تشريعي يسمح بجذب وتشجيع المستثمر الأجنبي.

ومن أجل إنجاح سلسلة التعديلات المتعلقة بالنظام القانوني للاستثمار صدرت مجموعة من النصوص التشريعية المنظمة لكيفية منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة لدولة و المخصصة للإنجاز المشاريع الاستثمارية كما هو الحال بشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، هذا تجسيدا وتطبيقا للمبادئ المنصوص عليها في قوانين المتصلة بالاستثمار الموجه للأجنبي كضمان المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني على حد سواء وتكريسا للمبدأ الدستوري القائم على الحرية التجارية والصناعية.

على هذا الأساس جاءت الدراسة التالية، محاولين إبراز الأهمية القانونية والاقتصادية التي تقوم عليها فكرة عقد الامتياز كمرجعية والذي يتم إبرامه بمنطق كلاسيكي والمحدد أصلا بموجب عقد إداري والذي يصبوا إلى تحقيق المشروع الاستثماري الموجه لأجنبي في المجال الصناعي، مع حرص الدولة على تهيئة المناخ الاستثماري لجذب هذا النوع من المستثمر.

وعليه نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الحماية القانونية و الاقتصادية المقررة لعقد الامتياز الوارد على العقار الصناعي بموجب قوانين الاستثمار، في تشجيع وتطوير الاستثمار الأجنبي تحقيقا للتنمية الوطنية؟
ومن اجل معالجة إشكالية البحث فقد قمنا بتقسيم الدراسة إلى محورين أساسين:

-العنصر الأول: البعد التشريعي لعقد الامتياز للعقار الصناعي المخصص لاستثمار الأجنبي.
-العنصر الثاني: البعد الاقتصادي لعقد الامتياز للعقار الصناعي المخصص للاستثمار الأجنبي.

العنصر الأول: البعد التشريعي لعقد الامتياز للعقار الصناعي المخصص لاستثمار الأجنبي

يعتبر عقد الامتياز للعقار الصناعي من أهم العقود الإدارية المسماة التي تكفل المشرع الجزائري بتحديد أسسه القانونية من تعريف و تنظيم أحكامه، وهو عقد يتميز بالجمع في الآخذ بأساليب القانون العام وبالإضافة إلى أحكام القانون الخاص.

أولا /- مفهوم عقد الامتياز من منظور تشريعي:

لقد تطرقت النصوص التشريعية إلى تحديد شروط و كفاءات منح الامتياز لاستغلال العقار الصناعي وإقامة مشاريع استثمارية، بتعريف عقد الامتياز الصناعي وتحديد مضمونه.

أ-تعريف عقد الامتياز حسب المرسوم التنفيذي رقم 94-322

عرفته الفقرة الأولى من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 94-322 بأنه: "الامتياز هو العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملأها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون

الخاص مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية لتستعمل تلك الأرض أساسا في إقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة"¹.

ب- تعريف عقد الامتياز الصناعي حسب المرسوم التنفيذي رقم 07-121
بموجب دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي المذكور أعلاه، عرف عقد الامتياز الصناعي كما يلي: "حق الامتياز هو عقد الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من قطعة أرضية متوافرة تابعة لأملأها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص قصد استخدامه في مشروع استثماري"².

ج- تعريف عقد الامتياز الصناعي حسب الأمر رقم 04-08
عرف عقد الامتياز الصناعي كما يلي: "هو عقد تخول الدولة ممثلة في إدارة أملاك الدولة حق انتفاع بقطعة أرضية غير مخصصة أو محتلمة التخصيص - أي متوافرة وتابعة لأملأها الخاصة- لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام، وهذا ليستفيد من تلك الأرض في إقامة مشروع استثماري"³.

د- تعريف عقد الامتياز الصناعي حسب المرسوم التنفيذي رقم 09-152
عرف عقد الامتياز الصناعي بموجب نموذج دفتر الشروط كما يلي أن "منح الامتياز هو الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من

¹ المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 يتعلق بمنح الامتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 67 المؤرخة في 1994.

² المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أفريل 2007 يتضمن تطبيق أحكام الأمر 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجبة لإنجاز المشاريع، الجريدة الرسمية العدد 27 المؤرخة في 25 أفريل 2007.

³ الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجبة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في 3 سبتمبر 2008.

أرضية متوفرة تابعة لأملاتها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد انجاز مشروع استثماري⁴.

فمن خلال مختلف النصوص السابقة وكمفهوم واسع لعقد الامتياز الصناعي الموجه للاستثمار الوطني والأجنبي، يقودنا هذا الأمر للإشارة لأهم خصائصه :

- الامتياز يمنح لشخص طبيعي و/أو معنوي ويستوي في ذلك أن يكون خاضعا للقانون العام أو الخاص، يسمى بالمستفيد أو المستغل.
- الامتياز يمنح لمدة زمنية محددة.
- الامتياز يمنح حقا الانتفاع لشخص المعين انتفاع بالعمارة محل الاستثمار.
- الامتياز يرتب حقا عينيا.
- الامتياز يتم بموجب دفتر شروط والذي من خلاله يحدد حقوق وواجبات السلطة المانحة لحق الامتياز وصاحب الامتياز.
- يترتب على منح الامتياز دفع رسوم دورية سنوية.

ثانياً - خصائص عقد الامتياز العقاري الصناعي :

يمكن القول بناء على ما سبق، أن عقد الامتياز الصناعي بصفة عامة، الذي يمنح من طرف الدولة لشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع سواء للقانون الخاص أو القانون العام غرضه الانتفاع بعقار مقابل دفع رسوم سنوية، لا يتأتى هذا إلا وفق لشكل قانوني خاصة أساسه مرونة والحدثة لكي يحقق الغرض المنشود مع موضوع الاستثمار.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 2 ماي 2009 والذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملات الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 27 المؤرخة في 6 ماي 2009.

بالمقابل هذا الأسلوب يساهم بطريقة مباشرة لفتح المجال أمام ما يعرف بالشراكة بين القطاع الخاص الأجنبي و القطاع الصناعي الوطني بلوغا لتحقيق ما يعرف بالتنمية الاقتصادية المحلية.

أ/- مرونة عقد الامتياز الصناعي :

خصوصية عقد الامتياز الصناعي يفرض عليه التأقلم مع اقتصاد الحر تماشيا مع النصوص القانونية المعمول بها فيمنح الامتياز إجرائيا في شكل قرار ولائي صادر عن الوالي المختص محليا، وتماشيا مع هذا يخول هذا القرار لهيئة أملاك الدولة منح عقد الامتياز.⁵ اوجب المشرع كذلك، إفراغ التصرف القانوني لعقد الامتياز الصناعي هذا بالإضافة لصبغة الإدارية الممنوحة له بقوة القانون، فإنه بالرجوع كذلك لمضمون عقد الامتياز نلاحظ انه يحوي صبغة مزدوجة ما بين القانون العام و القانون الخاص وهذا ما سوف نتطرق إليه لاحقا⁶.

ب - عقد الامتياز يخول عنه حق عيني عقاري

عرف المشرع الجزائري حق الامتياز من خلال قانون المدني باعتبار أن الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته⁷ ويلاحظ على هذا

⁵ بلكعبيات مراد، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، دفاتر السياسة والقانون. العدد السابع، جوان سنة 2012، ص 232.

بالرجوع للمادة 10 من الأمر رقم 04-08 فنجدها تنص على ما يلي " يكرس الامتياز المذكور في المادة 4 أعلاه بعقد إداري تعده ادارة أملاك الدولة مرفقا لدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز" وبالرجوع للمادة 19 من الدفتر النموذجي لمنح الامتياز عن طريق التراضي فيعتبر عقد الامتياز عقدا شكليا، فيتم إعداد العقد الإداري المتضمن منح الامتياز على القطعة الأرضية لفائدة المستفيد من طرف مدير أملاك الدولة لولاية و بتفويض من وزير المالية

⁶ بلكعبيات مراد، المرجع نفسه، ص 232.

التعريف أولاً أن المشرع قد عرف الامتياز بأنه أولوية وعلى ذلك فجوهر الامتياز هو الأفضلية التي يهيئها للدائن وثانياً قد أوضح التعريف بأنها أولوية يقررها القانون وبذلك فقد حدد أن القانون هو مصدر الامتياز وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية وثالثاً قد قرر المشرع أن هذه الأولوية التي يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينه في الدين المضمون .

بالرجوع إلى أحكام عقد الامتياز، نلاحظ أنه يرتب حق الملكية على البنائيات المنجزة من طرف المستثمر على الوعاء العقاري الممنوح و ذلك بعد إتمام البنائيات المقرر انجازها على المشروع و التي دائماً تبقى ملكيته للدولة و هذا تماشياً مع القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني (مادة 03/675 من القانون المدني) سواء حق عيني أصلي أو حتى حق عيني تباعي إذا انجر عن هذا الحق رهن رسمي والذي كان تلبية لتمويل المشروع وينصب عقد الرهن على حق الانتفاع على البنائيات المقرر إقامتها على الأرض الممنوحة (مادة 889 من القانون المدني).

ثالثاً /- معايير تصنيف عقد الامتياز للاستثمار الصناعي.

1/- معيار خضوع عقد الامتياز للقانون العام :

إن وقوع عقد الامتياز على الأملاك الخاصة التابعة للمجموعة الوطنية لا ينفى اقترابه من القانون العام لأنه يبرز فيه الصفة المتميزة للإدارة تماشياً مع أحكام القانون العام، والشروط غير المألوفة المفروضة من قبل الإدارة⁷.

⁷ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013، ص 49. وانظر كذلك خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، شعبة القانون الخاص قسم القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، سنة 2015، ص 282.

فلعل وجود شخص معنوي عام يعتبر من مظاهر القانون العام كقراءة أولية، بمفهوم آخر متى كان أحد أطراف هذا التصرف شخص من أشخاص القانون العام (سواء في ذلك الدولة أو الولاية أو البلدية أو أي هيئة إدارية عامة) كان من الضروري أن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصا معنويا، ذلك انه لا يجوز أن يوصف العقد انه إداري إلا إذا كان أحد أطرف على الأقل جهة إدارية من منظور عضوي⁸. ومن بين مظاهر القانون العام و علاقتها بعقد الامتياز كذلك⁹، هو قيام الإدارة بتضمن مجموعة من الشروط التنظيمية، هذا ما يكشف عن اتجاه نية

⁸ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013، ص 49.

⁹ بلكعبيات مراد، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، المرجع السابق، ص 232. "تنص المادة التاسعة عشر من دفتر النموذجي لمنح الامتياز عن طريق التراضي المذكورة أعلاه، إن الدولة ممثلة في وزير المالية الذي فوض المدير لولائي لأمالك الدولة بإعداد عقد امتياز، فالمدير لولائي لأمالك الدولة يتعاقد باسم الدولة ولحسابها و بإشرافها"
ومن تطبيقات ذلك بعض الشروط التنظيمية والامتيازات التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 09-152 ودفتر الشروط النموذجي الملحق به حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي: "القطعة الأرضية، موضوع الامتياز هذا، موجهة لاستيعاب مشروع استثماري، كل تغيير في وجهتها أو في استعمالها كليا او جزئيا لأغراض أخرى غير الأغراض المحددة في دفتر الشروط هذا ينجر عنه فسخ الامتياز".
بناء على هذه المادة فهذا الشرط التنظيمي موضوع لصالح الإدارة مالكة العقار الصناعي وإذا استغلها المستثمر في غير غرضها المرصودة لها يفسخ عقد الامتياز الصناعي بشكل إلى مباشر من طرف الإدارة.
كما تنص المادة الثالثة عشر الفقرة الثانية من نفس المرسوم على ما يلي: "عند عدم انتهاء صاحب الامتياز من المشروع في الأجل المحدد في عقد الامتياز مع احترام طبيعة المشروع والبرنامج المحدد في دفتر الشروط ورخصة البناء، يمكن منح صاحب الامتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع".
بناء على هذه المادة فهذا الشرط التنظيمي موضوع لصالح المتعاقد المستثمر لتشجيعه على استكمال مشروعه الاستثماري وتمدد فترة الانجاز مرة أخرى لكن بشرط ضرورة احترام المستثمر لالتزاماته وبرنامجه.

الإدارة إلى الأخذ بأساليب القانون العام إن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة عن القانون الخاص والتي تميز الإدارة عن المتعاقد معها¹⁰.

لكن إجمالاً فإن كل الشروط التنظيمية التي يحتوها دفتر الشروط النموذجي لعقد الامتياز هي شروط لصالح الإدارة، فانتهاج الدولة لسياسة التشديد والتصلب بوضع شروط تنظيمية في عقد الامتياز، يقوم في نهاية الأمر على الواقعية التي تدعو من وجهة نظر الدولة إلى حماية الرصيد العقاري الوطني والحفاظ عليه مهما كانت طبيعته القانونية وهو ما يمثل من هذا المنظور مصلحة عامة.

ب -/ معيار خضوع عقد الامتياز للقانون الخاص:

يخضع عقد الامتياز الصناعي إلى ضرورة توافر نفس أركان العقود الخاصة من ركن الرضا و ما يقتضيه ذلك من تطابق الإرادتين وخلوها من عيوب الرضا، بالإضافة إلى ركني السبب و المحل، لكنه لا يكتفي بهذه الأركان العامة المعهودة في العقود الخاصة بل يضم مجموعة من الشروط المتعلقة بموضوع الامتياز، كمدة العقد، محل العقد.

يتميز عقد الامتياز الصناعي بأنه عقدا زمانيا يمثل الزمن العنصر الجوهري فيه، فالزمن يحدد مقدار المنفعة بالأرضية أو الأصل العقاري محل الامتياز وانقضاء معقود بانقضاء الزمن¹¹.

ويجلى لنا اقتراب عقد الامتياز الصناعي في بعض مظاهره من عقود القانون الخاص انه يخول لصاحبه حقا عينيا عقاريا، يتضمن عنصري الاستعمال والاستغلال لمدة محددة على القطعة الأرضية المتوفرة أو الأصل العقاري، وتستتقي

¹⁰ أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، المرجع السابق، ص 50.

¹¹ خوادجية حنان سميحة، المرجع نفسه، ص 284.

الدولة حق الرقبة، دون تمكن صاحب الامتياز من جمع شتات عناصر الملكية، إلا أن المباني والمنشآت المقررة في المشروع الاستثماري المعينة قانونا، بناء على شهادة المطابقة تكرس ملكيتها إجباريا من طرف المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها بمبادرة من هذا الأخير بعقد موثق¹⁴.

ومادام عقد الامتياز الصناعي هو نقل حقا عينيا عقاريا، يستلزم شهره بالمحافظة العقارية حتى ينتج آثاره القانونية في مواجهة الطرفين الدولة أو احد أشخاصها العاميين والمستثمر الأجنبي ومواجهة الغير.

إن المرونة التي يتميز بها عقد الامتياز الصناعي بمزجه بين أساليب القانون العام و أساليب القانون الخاص يجعله آلية قانونية تناسب السياسة الاستثمارية التي تريد الدولة الجزائرية تطبيقها في مجال تطوير الاستثمار الصناعي.

العنصر الثاني: البعد الاقتصادي لعقد الامتياز للعقار الصناعي المخصص للاستثمار الأجنبي

عقد الامتياز من منظور اقتصادي يهدف إلى إنجاز مشروع استثماري فينتج المشروع الاستثماري من هذه الزاوية بأنه كل تنظيم له كيان و تصور اقتصادي مستقل بذاته يعمل على خلق و دمج والمزج بين عناصر الإنتاج و يسعى لتقديم سلعة أو خدمة أو مجموعة من السلع والخدمات وطرحها في السوق من أجل تحقيق أهداف معينة خلال فترة معينة .

هذا المنظور لعقد الامتياز الصناعي وسع من مفهوم المشروع الاستثماري والذي يبقى دائما من زاوية اقتصادية، فنجد المشرع الجزائري استبعد بعض

¹⁴ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 284.

الأراضي من نطاق العقار الاقتصادي كاستثناء مباشر، فتدعيم الاستثمار كمرجعية اقتصادية قد أظهرت بصفة جلية أهمية القطاع الصناعي من حيث العديد من المؤسسات الاستثمارية الوطنية و الأجنبية التي تنشط في الحقل التنافسي الوطنية، وقد تجلّى ذلك في الأوعية العقارية العديدة الممنوحة في إطار المناطق الصناعية ومناطق النشاطات لصالح المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء¹⁵

أولاً: الإطار المفاهيمي للاستثمار في بعده الاقتصادي.

أ/- تعريف الاستثمار:

هناك العديد من المفاهيم والمضامين لهذا المصطلح الاقتصادي وذلك تبعا للمذاهب الاقتصادية، فهو يعني الاستثمار من الثمر، والثمر هي أنواع الأموال،

¹⁵ موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بود و او جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2009، ص 112. "" يمنح الامتياز لمدة أدناها ثلاث وثلاثون(33) سنة قابلة لتجديد مرتين على أن لا تتجاوز مدة تسعة وتسعون(99) سنة¹²، من اجل تجسيد الانتفاع بالقطعة الأرضية أو الأصل العقاري محل الامتياز فوراً تسليم عقد الامتياز عن طريق محضر يعده المدير لولائي لأمالك الدولة ""، "ولعل ما جاء به تصريح وزير الصناعة و المناجم بمناسبة زيارته لمصنع السيارات في تيزي وزو - الجزائر - يؤكد عزم دائرته الوزارية على الرقي بصناعة السيارات و يضيف "" إن دعم الاستثمار بصورة دائمة ومستمرة، يفرض على الجزائر إعادة النظر في طريقة تسيير و استغلال العقار، إلا أن الظرف الاقتصادي يحتم علينا اللجوء إلى تعديل جذري وعميق في القوانين الخاصة باكتساب الملكية العقارية حتى يتمكن المستثمر من الحصول على عقار مهما كانت طبيعته لإنجاز مشروعه الاستثماري، لأن الواقع العملي يؤكد على أن العقار الاقتصادي له دور كبير في عملية التنمية الاقتصادية""

وكالة الإنباء الجزائرية أدرج يوم : الثلاثاء , 05 جويلية 2018

لذلك فإن تكريس منح حق الامتياز للأراضي الموجهة للاستثمار في شكل عقد الامتياز الصناعي بين الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية و بين المستثمر الأجنبي، استدعى المشرع الجزائري توفير حماية قانونية في ظل قوانين الاستثمار رغبة في تحسين البيئة التشريعية والتنظيمية وخلق مناخ استثماري مستقر يضمن حقوق المستثمر الأجنبي ويحفزه على القيام بالاستثمار والعمل إلى جانب القطاع الخاص الوطني على تطوير القاعدة الاقتصادية الوطنية.

و(يستثمر) معناها ينمي أو يزيد، وإنما عادة يكون في الأموال بأشكالها المختلفة والتي منها العقارات أو المنقولات وبقية الأشكال المادية⁽¹⁶⁾

إضافة إلى المخزون من الأصول المنتجة مثل السلع الإنتاجية - السلع الإنتاجية هي المعدات والمنشات أو البضائع الموجودة - فحين تبني شركة ما مصنعا جديداً فإن هذه الأعمال تمثل استثمارات.

إن هذا المعنى ينصرف إلى الإضافة في السلع المادية سواءً كانت معدات رأسمالية أو مباني أو إضافات إلى المخزون القائم.

(استخدام المال لجني المزيد من المال، أي لكسب الدخل أو زيادة رأس المال أو كليهما) وهذا معنى متقدم لما يدل عليه الاستثمار اعتماداً على التطور الذي حصل في الدراسات الاقتصادية سيما نظرية الاقتصاد الكلي وموقع الاستثمار فيها وصولاً لما يعنيه مضاعف الاستثمار، (هو التغير في رصيد رأس المال خلال مدة زمنية محددة) والاستثمار هنا على خلاف رأس المال فهو يمثل تدفق وليس رصيد قائم وهذا يعني انه في حين يقاس رأس المال عند نقطة زمنية محددة فإن الاستثمار يمكن قياسه خلال فتره زمنية محددة.

ب/- أنواع الاستثمار:

يمكن تقسيم الاستثمار حسب المعايير الآتية.

1) معيار العائديه وهي :

• الاستثمارات الخاصة :- يقوم بها أشخاص طبيعيين أو معنويون يسعون

إلى تنمية ثرواتهم عامة وزيادة الإنتاج خاصة.

¹⁶ محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، 1983م، دار الرسالة، الكويت، ص86. وأنظر بول آ.سامولسن، ويليام د.نورد هاوس - الاقتصاد - ترجمة هشام عبد الله - ط1 - 2001-الاهليه للنشر والتوزيع - عمان الأردن - ص466.

- الاستثمارات العامة :- وتقوم بها المشاريع التي تعود فيها ملكية وسائل الإنتاج للدولة وغايتها تحقيق المنفعة العامة أولاً ثم تحقيق الأرباح.
- (2) معيار الهدف من الاستثمار وهي :-
 - أ. الاستثمار الاقتصادي وهدفه الزيادة في السلع والخدمات ومن ثم زيادة الناتج القومي الإجمالي....
 - ii. الاستثمار المالي ويعني نقل ملكية الأموال من مستثمر لآخر.
- (3) حسب معيار النشاط الاقتصادي ويقسم :-
 - أ. استثمار زراعي.
 - ii. استثمار صناعي.
 - iii. استثمار خدمي.
- (4) حسب معيار مادة الاستثمار وهي :-
 - أ. استثمار في السلع والخدمات.
 - ii. استثمار في الأصول الأخرى كالآلات والعقارات والمعدات.
 - iii. استثمار في الأصول المالية كالأسهم والسندات.
- (5) حسب معيار التمويل :- ويضم
 - أ. الاستثمار المحلي :- وهذا النوع من الاستثمار يكون مصدر تمويله من داخل البلد أي محلياً سواء كان من القطاع الخاص أو العام ويقوم بإدارته وجني أرباحه مستثمرون يحملون جنسية البلد المحتضن لتلك الاستثمارات.
 - ii. الاستثمار الأجنبي :- استثمار يكون مصدر تمويله خارجياً أي من خارج حدود البلد وهذه الاستثمارات تهدف إلى جني الأرباح وزيادة المنافع المتحققة

فهو إذن استثمار من خارج الحدود نتيجة لانتقال رؤوس الأموال ومختلف الموارد الاقتصادية بين البلدان المختلفة

د/- الحماية التشريعية:

إن الضمانات التي تكفلها قوانين الاستثمار وقوانين المالية، تشكل أرضية قانونية أساسية لعقد الامتياز الصناعي.

فكلما كانت الضمانات متوفرة في قوانين الاستثمار والتشريعات المكملة لها، كلما اقبل المستثمر الأجنبي على تنويع ذلك بإبرام عقد الامتياز في المجال الصناعي على أسس واضحة ومضبوطة.

أ. ضمانات قوانين الاستثمار:

إن لاستقرار القانون الذي يحكم الاستثمار أهمية كبيرة في جذب المستثمر الأجنبي، لأن المستثمر يولي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي يحكم استثماره وما إذا كان يتماشى مع مصالحه وبالتالي فإن اتجاهه للاستثمار في بلد ما متوقف على النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في ذلك الوقت ومدى استقراره¹⁶.

لذلك فالأوامر والمراسيم التنفيذية- المشار إليها سابقا- والمؤسسة للنظام القانوني لعقد الامتياز الصناعي الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية مضمونة بمبدأ عدم تغيير نظام أحكام القانون المعمول به أو حتى مبدأ استقرار التشريع عند إبرام عقد الامتياز الصناعي.

إن المقصود بهذا المبدأ هو تعهد الدولة بعدم تغيير الإطار التشريعي الذي يحكم الاستثمارات والذي يتم في ظله إبرام العقود أو اتفاقيات استثمار، لأن

¹⁶ لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، سنة 2011، ص 18

التغيرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمار غالبا ما تحدث مخاوف لدى المستثمرين وتضيق عليهم فرص تحقيق الربح¹⁷.

ففي دولة القانون تغيير القانون يجب إن يكون بطريقة واضحة ومتوقعة وشفافة، فالسياسة العقلانية هي التي تعمل على الإبقاء على المتعاملين المتواجدين في الجزائر من خلال تسهيل الأمور عليهم، فالمستثمرون يأتون لبلد معين ويتعرفون على القانون المتواجد ويعدون مشاريعهم على أساسه، فإذا غير بين ليلة وضحاها من خلال جعله أكثر تعقيدا واكل اجتذاب فهذا يشكل خطرا، ويمس الحماية التي يكرسها مبدأ الاستقرار القانوني¹⁸.

لذلك يعتبر استقرار التشريع تعهدا من طرف الدولة المضيفة بتثبيت النظام القانوني الذي يحكم المشروع الاستثماري الأجنبي، وهذا التعهد يقتضي إن لا يلحق هذا الأخير أي تعديل تشريعي لاحق يمكن إن يرد على النصوص القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة. ويكتسب هذا المبدأ قوته القانونية من الأداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار الذي يجمع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، إذا تمت الموافقة على هذا العقد بموجب قانون يصدر عن الدولة المضيفة المعنية أي إن هذه الأخيرة تتعهد بناء على

¹⁷ وصاب سعيدي وقويدري محمد، واقع مناخ الاستثمار في الجزائريين الحوافز والعوائق، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، العدد 8، سنة 2008، ص 8.

¹⁸ والى سمية، الجوانب القانونية لمفهوم مناخ الأعمال في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، سنة 2011، ص 117.

سلطتها العامة بعدم تطبيق التعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على قوانينها الداخلية على المستثمر الأجنبي وذلك بقصد تشجيعه على الاستثمار فيها¹⁹. فالمبدأ المكرس في هذه المادة هو عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون الحالي، أي يبقى القانون الذي أنشأت في إطاره هو الساري المفعول وبالتالي لا يسري الأمر رقم 06-2008 المعدل للأمر 03-01 على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأخير وهذا هو الأصل²¹.

وكاستثناء إذا ألغى أو عدل المشرع نصا قانونيا يكون المستثمر الأجنبي قد استفاد منه، واتي بنص قانوني جديد يرى فيه هذا المستثمر انه أصلح له ولا يمس مركزه المالي بصورة سلبية، فهنا يجوز للمستثمر الأجنبي أن يستفيد من أحكام النص الجديد إذا رغب في ذلك صراحة وذلك بتقديم طلبه إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار طبقا لما جاء به الأمر 03-01. وبناء على المادة الخامسة عشر السابقة الذكر، فإن أي مراجعة أو إلغاء يمكن إجراؤهما في المستقبل لا تطبق على الاستثمارات المنجزة إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة، إذ أن التسهيلات التشريعية التي تكون في صالح المستثمر الأجنبي يمكن أن تمتد إليه إذا طالب بها، وتبعاً لما تضمنته هذه المادة يمكن الحديث عن استقرار ايجابي في

¹⁹ سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2012، ص 99 و 100.

²⁰ الأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 /09/ 2006 المعدل و المتمم للأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 19 جويلية 2006. تجسيدا لهذا المبدأ نصت المادة الخامسة عشر من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في هذا الامر إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة...".

²¹ لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 19.

القانون بحيث تكون فقط التدابير القانونية المستقبلية التي في صالح المستثمر الأجنبي قابلة للتطبيق عليه.²²

يترسخ مبدأ استقرار وثبات أحكام التشريع المعمول به، أكثر ضمانا للملكية العقار الصناعي وضمان المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني.

تعد ملكية الاستثمار شيئا مقدسا عند المستثمر ويوليه أهمية كبيرة عند اتخاذه لقرار الاستثمار بحيث أن اتجاهه للاستثمار في بلد معين قد يتوقف على مدى الضمانات والحماية التي يقدمها هذا البلد للملكية وان أي إخلال بها قد يجعله يعرض عن الاستثمار مهما توافرت فيه فرص تحقيق الربح.²³

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري تجنب الإشارة إلى مصطلح نزع الملكية واستعمل عوض ذلك مصطلح المصادرة، حيث نصت المادة السادسة عشر من الامر 01-03 المتعلق بالاستثمار على ما يلي: لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف"، إما في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار فقد استعمل مصطلح التسخير بقوله في المادة أربعون: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة، ماعدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به".

والتسخير هو شكل آخر من أشكال التعدي على الملكية إلا انه مؤقت بحيث لا تنتزع الملكية نهائيا، ورغم أن المصادرة بحسب التعريف المقدمة لها هي نوع من أنواع نزع الملكية وهي بمثابة عقوبة، وتكون دون تعويض أو مقابل إلا أن

²² سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 98.

²³ لعماري وليد الحوافر و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 20

نص المادة السادسة عشر ينص على انه يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف، مما يفهم أن المقصود هنا هو نزع الملكية من اجل المنفعة العامة الذي يفتقر بالتعويض العادل والمنصف حسب القانون المنظم لها، وليس المصادرة التي لا تستلزم التعويض، لأنها عبارة عن عقوبة (إدارية أو قضائية)²⁴.

ونظرا لكون ضمان المساواة في المعاملة أمام القانون الداخلي للدولة المضيفة يعتبر كذلك من الضمانات التي يبحث عنها المستثمر الأجنبي مما يعكس أهمية هذا الضمان بالنسبة إليه، قام المشرع الجزائري بتكريسه²⁵ في قوانين الاستثمار. جاء في نص المادة الثامنة والثلاثون من المرسوم التشريعي رقم 93-12 والتي ورد فيها: "يحظى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة التي يحظى بها الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتعلق بالاستثمار".

وفي الحقيقة أن هذا الضمان هو مبدأ عام نجده في معظم الاتفاقيات الدولية المشجعة للاستثمار الأجنبي وقد عمل المشرع الجزائري جاهدا لتكريس هذا المبدأ في القوانين الوطنية ويمكن القول أن البداية الفعلية لإلغاء التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي كانت بصدور قانون النقد والقرض لسنة 1993 الذي أصبح يعتمد معيار المقيم وغير المقيم بعدما كان يعتمد على معيار الجنسية ثم جاء بعده المرسوم التشريعي 93-12 ليكرس نهائيا هذا المبدأ²⁶.

وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة الرابعة عشر الفقرة الأولى من الامر 03-01 بقولها: "يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما

²⁴ لعماري وليد، المرجع نفسه، ص 21.

²⁵ سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 95.

²⁶ لعماري وليد، المرجع نفسه، ص 19.

يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار".

وتضمن هذه المادة للمستثمر الأجنبي تشبيهه بالمستثمر الوطني عند ممارسة نشاطه، تحت شكل المساواة أمام القانون وأمام التنظيمات المحلية) القرارات الإدارية) مثلا عليه إن يخضع لتحمل نفس الأعباء المالية، وان يخضع لنفس الإجراءات الإدارية عند اعتماد استثماره أو منحه الامتيازات، كما له نفس الوسائل القانونية التي يحوزها الوطني عند الطعن في القرارات الإدارية التي تمس استثماره، ويستفيد من نفس الحماية المقررة للمواطنين ولأموالهم كما انه يستفيد من المساواة أمام القضاء الوطني.²⁷

أي أن نفس النظام القانوني يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية وليس هناك نظام خاص بكل استثمار على حد وهذا هو محور عدم تمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني.²⁸

²⁷ كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2003، ص 72. وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من الأمر 03-01 على ذلك بشكل أكثر وضوحا وأكثر تفصيلا: "يحدد هذا النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا الاستثمارات التي تنجز في ظل منح الامتياز/ أو الرخصة". إلا ان هذا النظام القانوني للاستثمار الساري التطبيق عرف سن احكام قانونية تمس مباشرة بمبدأ استقرار التشريع، حيث ان قانون الاستثمار في حد ذاته عرف عدة تعديلات من اهمها الامر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المعدل والمتمم للامر 03-01، و المرسوم التنفيذي رقم 356-06 المؤرخ في 09 اكتوبر 2006 يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها الذي الغى هذا المرسوم احكام المرسوم التنفيذي رقم 282-01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن نفس الموضوع، الى جانب التعديلات التي قامت بها قوانين المالية كما سيتم بيانه لاحقا.

²⁸ لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 17.

وعلى ذلك فإن عدم شفافية التشريعات ووضوحها يقلل تحفيز المستثمرين نحو اتخاذ قرارات الاستثمار، فعدم التأكد من استمرار السياسات، وتوقع العدول عن القوانين المطبقة يمثل عاملا جوهريا في إعاقة التوسع الاستثماري، كما أن عدم الاستقرار التشريعي يجعل المستثمرين يترددون في اختيار ما بين القيام باستثمارات جديدة أو الاتجاه نحو المشروعات ذات العائد الكبير والسريع.²⁹

أ. تنظيم وتحفيز قوانين المالية:

ساهمت قوانين المالية في الفترة الانتقالية التي سبقت إصدار الأوامر والمراسيم التطبيقية لقوانين الاستثمار³⁰، في تنظيم وانشاء بعض أحكام عقد الامتياز كبيان كيفية منح الامتياز، مدة عقد الامتياز، عملية التنازل على العقار الصناعي... الخ.

صدر قانون المالية لسنة 1998³¹ متضمنا تعديلا جديدا للمادة 117 من المرسوم التشريعي³² رقم 93-18 المتضمن قانون المالية لسنة 1994³³ ومفاده منح

²⁹ مولاي اخضر عبد الرزاق، متطلبات تنمية القطاع الخاص بالدول النامية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد تنمية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، والعلوم التجارية، جمعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2010، ص 139

³⁰ لم تصدر الأوامر المنظمة لعقد الامتياز الصناعي إلا بعد صدور آخر أمر وهو الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 20 أوت 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، حيث صدر الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة لدولة الموجهة للاستثمار الذي تم تعديله وتتميمه بالأمر رقم 08-04 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 والخاص بنفس الموضوع.

³¹ القانون رقم 97-02 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 الجريدة الرسمية عدد 89 المؤرخة في 31 ديسمبر 1997.

³² تبنت المادة 117 آلية الامتياز مع إمكانية تحويله إلى تنازل في حالة الالتزام بإنجاز المشروع الاستثماري فكانت تنص على ما يلي: "يمكن إن تمنح هيئات عمومية او معترف بمنفعتها العمومية، وجمعيات ليست لها طابع سياسي ومؤسسات عمومية ذات طابع اقتصادي وأشخاص طبيعيين أو معنويون خاضعون للقانون الخاص، أراضي تابعة للأمالك الخاصة لدولة من أجل سد حاجيات تكتسي على الخصوص طابع المنفعة العمومية لاسيما إنجاز مشاريع التجهيز أو الاستثمار المقررة في إطار سياسة التنمية الوطنية".

³³ المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 الجريدة الرسمية عدد 89 لسنة 1993.

الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية بصيغتين:

-القاعدة العامة الامتياز يمنع بالمزاد العلني لفائدة هيئات عمومية أو معترف بمنفعتها العمومية أو إلى الجمعيات التي تنتم بالطابع السياسي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي أو أشخاص طبيعيين أو اعتباريين خاضعين للقانون الخاص.

- وبصفة استثنائية يمنح الامتياز بالتراضي لفائدة المستثمرين الذين استفادوا من المزايا المحددة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما³⁴.

وحددت المادة الرابعة والخمسون من قانون المالية 2006³⁵ المدة الدنيا للامتياز بي عشرون سنة (20) قابلة لتجديد، حيث يستفيد صاحب الامتياز من الحصول على رخصة بناء طبقا لتشريع المعمول به، وإذا التزم صاحب الامتياز بإنجاز مشروعه الاستثماري يمكنه حسب المادة الرابعة والخمسون الفقرة الثالثة من نفس قانون المالية طلب تحويل حق الامتياز إلى تنازل بمعنى استجماع عناصر الملكية بعد أن كان مخول له حق الانتفاع دون ملكية الرقبة³⁶.

إذ يظهر تأثير الفساد على الاستثمار الأجنبي والمحلي بصورة سلبية باعتباره تكاليف إضافية يدفعها المستثمر مقابل قيام الموظف بالخدمة القانونية المكلف بها والإسراع فيها وبالتالي امتصاص جزء من أرباح المستثمر³⁹.

³⁴ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 238.

³⁵ القانون رقم 16-05 المؤرخ في 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006 جريدة رسمية عدد 185 المؤرخة في 31 ديسمبر 2005

³⁶ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 239.

³⁹ لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 98.

كما ان قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تضمن تعديلا جوهريا على الإطار القانوني لإنجاز الاستثمارات المباشرة حيث نصت المادة 58 من الأمر 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 على انه: "لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية الا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء"⁴⁰.

بمعنى أن للمستثمر الجزائري الحق في الحصول على 51% على الأقل في أي مشروع مع شريك الأجنبي، وهذا التعديل كان له مبرر اقتصادي على أساس انه جاء كرد فعل من الدولة الجزائرية بعد جملة من التسهيلات التي اتخذتها لصالح

⁴⁰ صفيح صادق، الاستثمار الأجنبي المباشر والحكم الراشد دراسة حالة الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية تخصص تسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2015، ص 186. والجدير بالذكر ان قوانين المالية استمرت في المشاركة في عملية تنظيم عقد الامتياز الصناعي حتى بعد إصدار النصوص القانونية الخاصة به-الامر رقم 08-04 المعدل والمتمم للامر 06-11- و يمكننا ذكر ابرز مظاهر التغيير تعديل لكيفية منح الامتياز، احداث تعديل جوهرى للإطار القانوني لإنجاز الاستثمار، تعديل لبعض الجوانب المالية لعقد الامتياز.

وهذا التغيير لم يكن له مبرر قانوني بل كان له مبرر سياسي، فعلى اثر انطلاق الحركات الاحتجاجية التي شهدتها الجزائر في الأسبوع الأول من جانف 2011، صادق مجلس الوزراء برئاسة عبد العزيز بوتفليقة بتاريخ 22 فيفري 2011 على جملة من التدابير اقترحها الحكومة لشراء نوع من الامن الاجتماعي من بينها تدابير تخص العقار الموجه للاستثمار الصناعي تتمثل في: تكريس الامتياز بالتراضي كصيغة وحيدة للحصول على العقار العمومي الموجه للاستثمار، يستفرد الوالي بتخصيصه³⁸، ان منح الامتياز بطريقة التراضي، يفتح الباب واسعا امام الفساد والبيروقراطية الادارية التي تنفر المستثمر وتعيقه عن القيام بمشروعه الاستثماري.

فبعد ان كان الامتياز يمنح عن طريق المزد العلي أو التراضي بموجب المادة الثالثة من الامر رقم 08-04 جاءت المادة الخامسة عشر من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 معدلة له بقولها: "تعدل احكام المادة 3 وتحرر كما يلي: يمنح الامتياز على اساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الاراضي التابعة للأمالك الخاصة لدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية او الأشخاص الطبيعيين او المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية، ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها"³⁷.

الاستثمارات الأجنبية نتيجة عدم وصولها إلى النتائج التي كانت تترقبها في نسبة تدفق الاستثمارات وبعد التراجع الكبير الذي عرفه قطاع الإنتاج الوطني وما انجر عنه من ارتفاع في نسبة البطالة⁴¹، إلا أن ذلك يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني الذي قبلت به الجزائر باعتبار إن الاستثمار الأجنبي يساهم في التنمية الاقتصادية.

ومؤخراً عدل قانون المالية لسنة 2015 المادة 9 من الأمر رقم 04-08 التي كانت تنص على أنه "يمنح حق الامتياز بالتراضي لمدة ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة لتجديد مرتين أقصاها تسع وتسعون (99) سنة مقابل إتاحة إيجارية سنوية تحددها مصالح أملاك الدولة تمثل 1/20 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية أو الأصل العقاري محل الامتياز يتم تحيينها كل 11 سنة"، فأصبح محتواها الجديد كما يلي: "تعديل أحكام المادة 9 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في أول سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 جويلية سنة 2011 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 وتحرر كما يلي:

المادة 9: تحدد مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً، الإتاحة الإيجارية التي تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز. كما يستفيد من هذه التدابير، بدون استرداد مبالغ الأتاوى الإيجارية السنوية التي قامت مصالح أملاك الدولة بتحصيلها سابقاً، حقوق الامتياز

⁴¹ سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، المرجع السابق ص 90 و91.

الممنوحة لصالح مشاريع الاستثمار في إطار الأمر رقم 04-08 المؤرخ في أول سبتمبر 2008 وذلك قبل صدور هذا القانون.

فالمشرع بتعديله المادة 9 والرفع من الإتاوة الايجارية السنوية التي كانت تمثل 20/1 فأصبحت تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية لم يحترم مدة 11 سنة المحددة في نفس المادة عند إجراء أي تغيير، إلا انه حاول احترام ضمان حق المستثمر بعدم تطبيق القانون بأثر رجعي بالنسبة لمبالغ الأتاوى الايجارية السنوية المحصلة قبل صدور قانون المالية لسنة 2015.

إن هذه التعديلات لقوانين المالية التي أجريت على نصوص قانونية المطبقة (الأمر 04-08، وقانون الاستثمار 03-01) أدخلت إجراءات جذرية لم تتضمنها النصوص التشريعية السالفة الذكر والموجهة خصيصا للاستثمار بل تضمنتها قوانين المالية، مما يخل بمبدأ الاستقرار التشريعي الذي يعتبر ركيزة جلب وتحفيز المستثمر الأجنبي.

ويحاول المشرع الجزائري تقديم حوافز وتسهيلات إجرائية جديدة للاستثمارات الأجنبية - والوطنية- عند إبرام العقد تخفيفا لكل ذلك، إذ نصت المادة 60 من قانون المالية الصادر مؤخرا في سنة 2015 على ما يلي: "تعفى العقود الإدارية التي تعدها مصالح أملاك الدولة والمتضمنة منح الامتياز على الأملاك العقارية المبنية غير مبنية في إطار الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم من حقوق التسجيل ورسم الشهر

العقاري ومبالغ الأملك الوطنية مع مراعاة التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁴².

ه/- الحماية التنظيمية:

إلى جانب استفادة عقد الامتياز الصناعي من حماية ذات طابع تشريعي، عمل المشرع الجزائري على التأسيس لحماية ذات طابع تنظيمي باستحداث هياكل ومؤسسات تنظيمية وتنفيذية مهمتها الأساسية متابعة ودعم المستثمر الأجنبي بتقديم له خدمات إدارية ذات جودة تعمل على التخفيف من العوائق البيروقراطية وتجسيد الضمانات المنصوص عليها في قوانين الاستثمار.

أ.الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار:

انشأ الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار عوضا عن وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها المنشأة وفقا للمرسوم التشريعي رقم 93-12 الملغى، وذلك من خلال المادة السادسة من الأمر بقولها: " تنشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الاستثمار" وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها⁴³.

⁴² القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 31 ديسمبر 2015.

⁴³ المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، تنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 55 سنة 2001.

الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار عبارة عن مؤسسة عمومية متمنعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ذات طابع إداري، موضوعة تحت وصاية رئيس الحكومة ويقوم بمتابعة أنشطتها وزير المساهمة وتنسيق الإصلاحات⁴⁴.

ان حرية الاستثمار التي اقراها قانون الاستثمار في الجزائر وكذا مبدأ المساواة بين المستثمر الأجنبي و الجزائري يجعل من وجود الوكالة نقطة جذب للاستثمار الأجنبي⁴⁵، خاصة وان مهامها في مجال الاستثمار الصناعي تنحصر في:

- استقبال المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وإعلامهم ومساعدتهم،
- التأكيد من احترام الالتزامات التي تعهد بها المستثمرين خلال مدة الإعفاء،

- تسهيل القيام بالشكليات التأسيسية للمؤسسات وتجسيد المشاريع بواسطة الشباك الوحيد اللامركزي⁴⁶.

ومما يضاعف من أهمية الصلاحيات المسندة إليها هو الشكل التنظيمي المعتمد بوجود الشباك الوحيد اللامركزي الذي يخفف الكثير من الإجراءات الإدارية بجعل المستثمر يتعامل مع هيئة إدارية واحدة بدل من التوجه إلى عدة جهات إدارية.

تم استحداث الشباك الوحيد ضمن الهيكل اللامركزية للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار للحد من المظاهر البيروقراطية وتسهيل الإجراءات الإدارية

⁴⁴ كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر المرجع السابق، ص 104.

⁴⁵ آبت عيسى عيسى، سياسات التشغيل في إطار التحولات الاقتصادية بالجزائر انعكاسات وافاق اقتصادية واجتماعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص تسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر3، سنة 2010، ص274.

⁴⁶ كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص105.

لصالح المستثمرين، وهو جزء من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار على المستوى المحلي حيث أنشئ على مستوى الولاية ويضم إلى جانب إدارات الوكالة، ممثلين عن الإدارات التي تتدخل في مختلف المسائل المتعلقة بالاستثمار⁴⁷، ومن بينها الهيئات المكلفة بالعقار الموجه للاستثمار ولجنة المساعدة وتحديد مكان ترقية الاستثمارات.

حددت المادة الخامسة والعشرون الفقرة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 282-01، المهام المخولة لممثلي الهيئات المكلفة بالعقار الموجه للاستثمار ولجنة المساعدة وتحديد مكان ترقية الاستثمارات والضبط العقاري والتي تمثلت في:
- توفير المعطيات المتوفرة لديهم بخصوص العقارات الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية،

- تسليم قرارات الحجز المتعلقة بتلك العقارات في مدة لا تتجاوز ثمانية أيام وذلك في حال عبر المستثمر عن رغبته في الحصول على القطعة الأرضية المعينة،
- العمل على استكمال الإجراءات الضرورية من تحرير العقود الإدارية التي تضمن التنازل عن العقار، او مقررات منح الامتياز عليه وذلك في اجل ثلاثون يوما الموالية لقرار الحجز⁴⁸.

⁴⁷ علام عثمان، واقع الاستثماري في الجزائر مع الإشارة لبرامج الإنعاش الاقتصادي 2001-2014، مدخلة قدمت بمناسبة الملتقى العربي الأول بعنوان العقود الاقتصادية الجديدة بين المشروعية والثبات التشريعي، يومي 25-28 يناير 2015، جمهورية مصر العربية، ص10^{'''} وتضم اللجنة ممثلي المركز الوطني لسجل التجاري، مصالح الضرائب، مصالح أملاك الدولة، مصالح الجمارك، مصالح التعمير والتهيئة العمرانية والبيئة، التشغيل، الصندوق الوطني لتأمينات الاجتماعية، صندوق الضمان الاجتماعي لغير الأجراء، مأمور المجلس الشعبي البلدي^{'''}

⁴⁸ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص157.

وعليه فإن الشباك الوحيد يعتبر آلية جيدة لتعزيز الاستثمار خاصة وأنه يعالج مختلف العقبات الإدارية التي تقف أمام تجسيد المشاريع الاستثمارية⁴⁹، كما يعتبر من ضمن صلاحيات ممثلي الإدارات والهيئات الممثلة في الشباك الوحيد التدخل لدى المصالح المركزية والمحلية لإدارتهم والهيئات الأصلية من أجل تذليل الصعوبات والعراقيل المحتملة التي يمكن أن تصادف المستثمرين⁵⁰.

إلا أن الشبابيك غير المركزية لم تشهد ممثلين عن الهيئات المكلفة بالعقار وان وجدوا لم تكن لهم سلطة اتخاذ القرار فهم ملزمين بالرجوع للسلطة المركزية أو الإدارة المحلية في كل صغيرة وكبيرة، يرفقها عدم توفرهم على المعلومات عن الموجودات العقارية⁵¹، بالإضافة إلى عدم توفر شبابك لامركزية كافية على مستوى كل الولايات لتقريب الإدارة من المستثمر حيثما كان (ثمانية عشر شبك على المستوى الوطني)⁵².

لذلك وجب دعم نظام الشباك الوحيد بصلاحيات فعلية، وتزويده باليات قانونية مرنة تسمح له بالتدخل من خلال مكتب العقار الموجود على مستواه لمنح أوعية عقارية بغرض الاستثمار للمستثمرين خاصة الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية والتنظيمية لمباشرة انجاز مختلف المشاريع الاستثمارية، فتأسيس

⁴⁹ علام عثمان، واقع الاستثماري في الجزائر مع الإشارة لبرامج الإنعاش الاقتصادي 2001-2014. المرجع السابق، ص 11.

⁵⁰ أريا الله محمد، السياسة المالية ودورها في تفعيل الاستثمار حالة الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، سنة 2011، ص 93.

⁵¹ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 157.

⁵² لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 96.

المشروع لنظام الشباك الوحيد على مستوى الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار هدفه هو تسهيل عملية تحويل العقارات بغرض الاستثمار⁵³.

فضلا عن ذلك، فالطبيعة القانونية للوكالة باعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري وخضوعها لقواعد تتسم بالجمود والصرامة في ميزانيتها لارتباطها من الناحية المالية بالدولة، لا يتناسب مع الوظيفة الموكلة لها بشأن تسيير العقار الصناعي، لان ذلك يتطلب المرونة، خاصة وان المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 إعادة تنظيم صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁵⁴ لتتضمن مهامها تحت عنوان المساهمة في تسيير العقار الاقتصادي بما يلي:

- إعلام المستثمرين عن توفير الأوعية العقارية،

- تجميع كل معلومة مفيدة لبنك المعطيات العقارية المؤسس على مستوى الوزارة المكلفة بترقية الاستثمارات،

- تمثيل الوكالة على مستوى الأجهزة المتداولة للهيئات المحلية المكلفة بتسيير العقار الاقتصادي⁵⁵.

فالقيام بالمهام المذكورة أعلاه يحتاج فعلا إلى مرونة أكثر في الإدارة وكفاءة للنجاح في التسيير الاقتصادي للعقار الصناعي بالشكل الذي يخدم المستثمر الأجنبي وتنمية الاقتصاد الوطني.

إذ يلاحظ على نشاط ومهام هذه الوكالة هو افتقارها إلى الوسائل والإمكانيات لتطوير وترقية الاستثمار (موقع الكنتروني ديناميكي، دليل للمستثمر

⁵³ موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الاستثمار، المرجع السابق، ص 133 و 140.

⁵⁴ المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 المتعلق بصلاحيات الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخة في 11 أكتوبر 2006.

⁵⁵ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 158.

باحصائيات دقيقة وفعالية...) كما لا يتوفر على الكفاءات اللازمة لتطوير الاستثمار حيث لا تمتلك استقلالية فيما يخص التوظيف، كما يتم نشاطها بالتداخل مع مهام وصلاحيات هيئات ومؤسسات أخرى مثل الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالمساهمة وترقية الاستثمار والصندوق الوطني للاستثمار⁵⁶. كما أن وكالة تطوير الاستثمار تخضع لوصيتان، الأولى إدارية وتحت سلطة رئيس الحكومة وأخرى عملية وتخضع لوصاية الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالمساهمة وتطوير الاستثمار، وبالتالي فإن تعامل الوكالة مع المستثمر تنمح لهذا الأخير إمكانية الطعن أمام ثلاث جهات: أمام القضاء وأمام مصالح رئيس الحكومة وأمام الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالمساهمة وتطوير الاستثمار وهذا ما جعل الغموض يكتنف عمل هذه الوكالة ويعقد من مهامها ويقلل من فاعليتها⁵⁷.

ii. الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري:

لم يكتفي المشرع الجزائري بدور المركزي للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والخاص قانونا بضمان متابعة وترقية الاستثمار و إبراز المزايا والفرص الاستثمارية في الجزائر للمستثمر الأجنبي تحفيزا له لإبرام عقود امتياز والمشاركة في رفع كفاءة الاقتصاد الوطني، بل عمل على إيجاد كيان تنظيمي آخر على المستوى المحلي يعمل على إعادة ضبط العلاقة بين المستثمر والعقار الصناعي عن طريق إيجاد هيئة تجارية لتسيير الوعاء العقاري العمومي الموجه للاستثمار الصناعي وجعله أكثر استقطابا للمستثمر الأجنبي.

⁵⁶ مولاي اخضر عبد الرزاق، متطلبات تنمية القطاع الخاص بالدول النامية، المرجع السابق، ص139.

⁵⁷ مولاي اخضر عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص139.

وتسمى هذه الهيئة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري حيث عرفت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 119-07 بالوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري⁵⁸ وتدعى في صلب النص وكالة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتخضع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير⁵⁹.

أما عن مهام الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري فقد حددها الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 119-07 بحيث نصت المادة الثالثة على ما يلي: "يمكن للوكالة ان تتولى مهمة التسيير والترقية والوساطة والضبط العقاري على مكونات حافظة العقار الاقتصادي العمومي"⁶⁰.

ومهمة التسيير أسندت للوكالة على حافظة العقار الاقتصادي العمومي المتكون من الأراضي التابعة لأمالك الدولة الخاصة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والأصول المتبقية تابعة للمؤسسات العمومية المحلة، والأصول الفائضة التابعة لمؤسسات عمومية اقتصادية والأراضي المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية المسترجعة تدريجيا، وذلك لحساب الدولة⁶¹.

ينتم هذا التسيير من طرف الهيئة المحلية للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري وعلى مستوى الولاية المعنية على أساس اتفاقية تبرم بين

⁵⁸ المرسوم التنفيذي رقم 119-07 المؤرخ في 23 افريل 2007 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 25 افريل 2007.

⁵⁹ بلكعيبات مراد، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، المرجع السابق، ص 235.

⁶⁰ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 175.

⁶¹ خوادجية حنان سميحة، المرجع نفسه، ص 176.

مديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا والهيئة المسيرة المعنية التي تعمل لحساب الوكالة الوطنية السالفة الذكر⁶².

إضافة إلى ضبط توجهات السوق العقارية وآفاقها، وتكمن مهمة الضبط العقاري في المساهمة في إبراز هذه السوق، إذ يعتبر وجود وكالة وطنية ضابطة للعقار والموجه للاستثمار من شأنه ضبط وتسيير ومراقبة كل التصرفات الواردة على السوق العقاري بمنع احتكاره، إضافة لتكفلها بإحصاء العقارات الموجودة وهذا ما سعى المشرع الجزائري إلى تكريسه من خلال إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري التي لها وكالات جهوية تساعدها في أداء مهامها⁶³.

استكمالاً لهذا الدور تقوم الوكالة بنشر المعلومات حول الأصول العقارية والوفرة العقارية ذات الطابع الاقتصادي وتتولى مهمة ترقيتها لدى المستثمرين وتضع لهذا الغرض بنك معلومات يجمع العرض الوطني حول الأصول والأوعية العقارية ذات الطابع الاقتصادي مهما كانت طبيعتها القانونية وإعداد جداول أسعار العقار الاقتصادي والقيام بتعيينه وتحديثه كل ستة أشهر ويمكن إن يشكل هذا الجدول مرجعا للأسعار الاقتصادية عند عمليات الامتياز أو التنازل⁶⁴.

إن الصلاحيات الواسعة الممنوحة للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في توفيرها للمعلومات الخاصة بالعقارات المتوفرة في كل ولاية وفقا لاحتياجات المستثمر الأجنبي، لا تجعلها صاحبة سلطة القرار في مجال منح الامتياز تجسيدياً لمهمة الوساطة بل . إن الوالي وبناء على اقتراح اللجنة الولائية المسماة لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات والضبط

⁶² بلكعبيات مراد، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، المرجع السابق، ص 235.

⁶³ موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الاستثمار، المرجع السابق، ص 116.

⁶⁴ صفح صديق، الاستثمار الأجنبي المباشر والحكم الراشد دراسة حالة الجزائر، ص 191.

العقاري⁶⁵ هو المانح لحق الامتياز بالتراضي على الأراضي التابعة لأمالك الخاصة للدولة والأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول العقارية الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاط وهذا بموجب المادة الخامسة من قانون المالية التكميلي⁶⁶ لسنة 2011. وتكرس هذه التدابير، تفرد الدولة في صنع القرار وحصر الصلاحيات في يد الوالي لان اللجنة التي يترأسها الوالي تتشكل من ممثلي الإدارة العمومية⁶⁷ المختلفة المتواجدة على مستوى الولاية وهو ما يجعلها أداة في يد السلطة العمومية تكرس رغبتها في توجيه الاستثمارات⁶⁸.

⁶⁵ أنشئت اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-120 المؤرخ في 23 افريل 2007، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 25 افريل 2007، وألغى هذا المرسوم التنفيذي بعد الفاء صيغة الامتياز غير قابل لتنازل وأعيد تنظيم مهام اللجنة وتشكيلها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-20 المؤرخ في 12 جانفي 2010، الجريدة الرسمية عدد 04 المؤرخة في 17 جانفي 2010.

⁶⁶ تنص المادة الخامسة من قانون المالية التكميلي لسنة 2011: يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي: بناء على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار على الأراضي التابعة لأمالك الخاصة لدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات".

⁶⁷ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 388 وأنظر المادة 03 و05 من المرسوم التنفيذي رقم 10-20 " تتشكل اللجنة التي يراسها الوالي أو ممثله من: رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنيين بجدول الأعمال، مدير الأملاك الوطنية، مدير التخطيط والتهيئة العمرانية، مدير التعمير والبناء، مدير النقل، مدير مكلف بالطاقة والمناجم، مدير البيئة، مدير الإدارة المحلية، مدير المصالح الفلاحية، مدير مكلف بالصناعة وترقية الاستثمارات، مدير التجارة، مدير الشؤون الدينية والأوقاف، مدير مكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية، مدير التشغيل، مدير الثقافة، مدير مكلف بالموارد المائية، مدير الجهاز المكلف بتسيير المناطق الصناعية، ممثل عن الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمارات المختصة إقليميا، ممثلين عن المكلفين بترقية مناطق النشاطات والمناطق الصناعية، مدير الوكالة العقارية، ممثل عن الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، ممثل عن كل من غرفة التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، ممثل عن جمعية محلية يرتبط نشاطها بترقية الاستثمارات، ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص يساعد في أداء مهامها.

⁶⁸ خوادجية حنان سميحة، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 388.

وتأكد سعى الدولة في تركيز السلطة في يد الوالي عندما تم استبدال لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات والضبط العقاري بشباك وحيد على مستوى المحلي إذ تعول الحكومة على هذا الشباك الوحيد لإنهاء المحاباة والمحسوبية في منح العقار الصناعي الذي عادة ما يسعى البعض إلى الحصول عليه دون إقامة الاستثمارات محل الطلب⁶⁹.

خاتمة

نخلص بهذه الدراسة إلى أن المشرع الجزائري سعى لتحديد الأطر القانونية لعقد الامتياز الصناعي كون أن هذا الأخير يناسب منهج تنفيذ المشاريع الاستثمارية في القطاع الصناعي تناسباً مع مدة تنفيذ العقد والتي تكون في المدى المتوسط والطويل، والذي يعتبر في نفس الوقت ضماناً أساسياً لحماية حقوق المستثمر الأجنبي تكريماً لمبدأ المساواة بين المتعامل الوطني وبعبارة أخرى الخضوع لنفس النظام القانوني.

فاستقطاب الاستثمارات الأجنبية في المجال الصناعي - كما بيناه - كمؤشر اقتصادي وتماشياً مع الكيان القانوني القائمة على إقرار ضمانات تشريعية وبيئة اقتصادية ملائمة لا يتأتى إلا في وجود هيئات واليات تنفيذية تسهر على

⁶⁹ نتائج اجتماع مجلس وزاري المشترك، جريدة الشروق اليومية الوطنية عدد 4809 المؤرخة في 27 جويلية 2015..

علام عثمان، واقع الاستثماري في الجزائر مع الإشارة لبرامج الإنعاش الاقتصادي 2001-2014. المرجع السابق، ص 21. تشير مختلف الإحصائيات الدولية والإقليمية إلى محدودية الاستثمارات الأجنبية الواردة للجزائر بالرغم من الإجراءات المتعددة التي اتخذتها السلطات العمومية لتعزيز مختلف أنواع الاستثمار. ففي سنة 2013 احتلت الجزائر المرتبة العاشرة من حيث استقطاب الاستثمارات الأجنبية بمبلغ إجمالي بلغ 1499 مليون دولار أمريكي وهو ما يمثل 3,3% فقط من إجمالي العالمي للاستثمارات الأجنبية الواردة المقدرة ب 1.45 تريليون دولار"

ذلك لتحقيق فعلا لقاعدة -رابع رابع- وهذا ما تصبوا الوصول إليه المنظومة الجزائرية بصورة خاصة.

كما نلاحظ كذلك، أن المشرع الجزائري من خلال قانون الاستثمار قد كرس مجموعة من الامتيازات للمتعامل الاقتصادي أكان وطنيا أم أجنبيا واضعا مجموعة من المحفزات و الضمانات في المجال التجاري أو الصناعي أو الخدمائية وسواء تعلق الاستثمار في المناطق الساحلية أو الهضاب العليا أو حتى الصحراوية منها.

أضف إلى ذلك و في نفس السياق، تسعى الإرادة السياسية في الجزائر الجادة لهدم كل الحواجز وتدليل كل العقبات البيروقراطية لخلق نوع من المرونة في التعاملات و هذه العوامل أساسها الاستقرار السياسي و الذي تسعى الجزائر دائما توفيره تماشيا مع تكريس مبدأ الشفافية و التصدي لظاهرة الفساد بكل أشكالها وأنواعها و تعزيز دور الهيئات لمجابهة الفساد وتكريس مبدأ الحياد كل هذا مع تكريس عصره الإدارة كهدف أساسي في تعزيز التنمية المستدامة والمحافظة على المتعامل الاقتصادي الأجنبي.

بعض التوصيات والمقترحات :

• يتعين على المشرع الجزائري تعزيز الاستقرار التشريعي في مجال قانون الاستثمار أو كل القوانين الخاصة و المتعلقة بعقد الامتياز لاستقطاب المستثمر الأجنبي بصفة خاصة تحقيقا للتنمية المستدامة.

• تعزيز الاستقرار التشريعي يكون كذلك بالقضاء على كل مظاهر الفساد الإداري وقطع الطريق مباشرة على البيروقراطية كعنصر فعال في تشجيع الاستثمار

- في جانبه الإجرائي أو الموضوعي و تفعيل الأرضية المناسبة كإسقاط لمختلف التطبيقات العملية للقوانين المصاحبة على ارض الواقع.
- تفعيل التكنولوجيا الإعلام و الاتصال لنشر المعلومات في شكل قاعدة بيانات يتم تسييرها محليا وحتى مركزيا تتم عرض المعلومات الجادة والمستولة حول مجال الاستثمار الداخلي الأمر الذي يولد لدى المستثمر الشعور بالراحة ضمن مناخ اقتصادي مستقر والذي يعمل في ظله.
 - خلق نظام مصرفي جاد و ما يصاحبه من تعديل جذري لقانون القرض والنقد لتعزيز حركية الأموال من و إلى الداخل الوطن كضمانة أخرى للمستثمر الأجنبي مما يجعل المستثمر متحفز في الإقدام على الاستثمار في بيئة يسودها الصرامة والتقليل إلى حد كبير من المخاطرة الاستثمارية.
 - تعزيز مكانة مختلف الهيئات الوطنية لترقية ومراقبة الاستثمارات والتي يكون من بين أولوياتها إرشاد المستثمر الأجنبي وتقديم له كل الشروح حول السوق الداخلي مع تبيان كل فرص الاستثمارية فيها و تهيئة المناخ العمل في الجزائر وبالأخص في المناطق الداخلية كوسيلة لامتنعاص البطالة.

محور التقارير والندوات

"تقرير المحاضرة التي نظمها ماستر المهن القانونية والقضائية بطنجة"

من إلقاء فضيلة الدكتور جلال الموساوي
من حول واقع وآفاق إصلاح منظومة العدالة"

قارب محمد جلال الموساوي، عضو المجلس الأعلى للسلطة القضائية، موضوع استقلال السلطة القضائية من مختلف جوانبه التي تناولها بالتحليل والمناقشة، وذلك خلال أشغال الندوة العلمية التي نظمها ماستر المهن القانونية والقضائية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، مساء اليوم الجمعة 16 نونبر الجاري.

الندوة التي احتضنتها كلية الحقوق بطنجة، حضرها إضافة إلى طلبة الكلية، أساتذة وممثلين عن جهاز النيابة العامة، والقضاء الجالس، وهيئة المحامين، وغيرهم من ممثلي المهن القضائية، وافتتحت بآيات بينات من الذكر الحكيم، تلتها كلمة للسيد محمد يحيى عميد الكلية، الذي رحب بالحضور ونوه بالمبادرة كما تحدث وباقتضاب عن أهمية الموضوع.

من جانبها شددت الدكتورة وداد العيدوني منسقة الفريق البيداغوجي لماستر المهن القانونية والقضائية بطنجة، في كلمتها الافتتاحية على أهمية الموضوع، لراهنيته وباعتباره ورش كبير تعمل عليه المملكة بإشراف مباشر من صاحب الجلالة.

مباشرة بعد ذلك أعطيت الكلمة للسيد محمد جلال الموساوي عضو المجلس الأعلى للسلطة القضائية، لمناقشة موضوع الندوة، وهي المناقشة التي استهلها

بالحديث عن السياق التاريخي لموضوع إصلاح منظومة العدالة، منذ الاستقلال إلى غاية إصدار دستور 2011 والقانون المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، كمحطتين مفصليتين في تاريخ الإصلاح القضائي ببلادنا. بعد هذا التقديم، انتقل الموسوي إلى الشق الأول من عنوان الندوة، والمتعلق بواقع إصلاح منظومة العدالة، حيث استعرض المحاور الكبرى لورش الإصلاح الذي باشرته المملكة المغربية، وتطرق إلى دور المجلس الأعلى للسلطة القضائية في هذا الشأن.

وتوقف جلال الموسوي عند أهم محاور الإصلاح ليتناولها بالتفصيل، من بينها تعزيز حماية القضاء للحقوق والحريات، وأكد في هذا الصدد عن دور القضاة في إرساء ضمانات المحاكمة العادلة، مّشيراً إلى أن أي خرق لهذه الضمانات سينعكس سلباً، على منظومة العدالة، وقد يولّد انعكاسات خارجية، متعلقة بالتعاون القضائي الدولي، كما عرج المتحدث عن محور الارتقاء بنجاعة القضاء، وتناول أهم أسسه المتمثلة في تقريب القضاء للمواطنين، وتبسيط المساطر، والبت في القضايا داخل أجل معقول، والسرعة في انتاج وتنفيذ الحكم القضائي، وهي إشكالات تواجهها عدة دول على حد قوله، وتعمل كل دولة على تجاوزها بطرقها الخاصة.

وأردف المتحدث قائلاً أن مشكل النجاعة القضائية عميق ومرتبطة بالخريطة القضائية، ومعدل الإنتاج الوطني للقضاة، وأن المجلس الأعلى من الصعب أن يعالج الموضوع في شموليته، ويحتاج إلى وقت أكثر.

وفي السياق ذاته تطرق محمد جلال الموسوي، إلى إشكالات إنماء القدرات الأساسية للمؤسسات القضائية سواء على مستوى البنيات أو الموارد البشرية، مُشدداً في هذا الصدد على ضرورة التكوين والتأطير المستمر لمختلف المهنيين

القضائيين لاسيما القضاة، وجعل هذا التكوين إلزامي، مع تعزيز رقمته المؤسسات القضائية وتحديثها.

وفي الشق الثاني من موضوع الندوة، والمتعلق بأفاق الإصلاح، كان المتحدث مختصراً في كلامه، حيث أكد أن آفاق الإصلاح، تتوقف على البعد الذاتي، مُشيراً إلى أن توفر الدولة على قوانين متقدمة ومؤسسات قضائية حديثة، يُساعد على الإصلاح، لكن الأخير يتوقف وبالأساس على الجانب الذاتي أو "الضمير المسؤول" لكل المتدخلين في القطاع، خاصة القاضي الذي يجب أن يستحضر مقومات الإصلاح من ذاته، وأن يكون بمعزل عن أي مؤثر خلال أداءه المهامه، يُضيف الموسوي.

وبعد أن أنهى محمد جلال الموسوي مداخلته، التي وصفها أحد المتدخلين بـ"المرافعة"، فُتِح باب المناقشة أمام الحاضرين الذين غصت بهم القاعة، حيث تعددت وتنوعت الأسئلة التي وُجّهت إلى المُحاضر، خاصة المتعلقة بموضوع استقلالية النيابة العامة، ودور المجلس الأعلى، وحرية القضاة وتأثير الضابطة القضائية على سلطة القضاء، وغيرها من النقاط المرتبطة والمتداخلة مع الموضوع، والتي أجاب عنها الموسوي باقتضاب، ليختتم مداخلته بالتأكيد على أنه من الصعب تقييم الإصلاحات إلى حدود المرحلة، وأن الطريق لا زال مستمراً وأن واقع اليوم أفضل من الأمس على حد قوله.

وفي الأخير تم إهداء شهادة تقدير على المشاركة للدكتور محمد جلال الموسوي، علاوة على هدايا رمزية، ليكون مسك ختام هذه الأمسية العلمية التي افتتح بها ماستر المهن القانونية والقضائية بطنجة سلسلة أنشطته برسم الموسم الجامعي الجاري.

"تقرير لقاء علمي حول تقديم كتاب "القضاء الإداري المغربي"

مؤلفه الأستاذ "بوجمعة بوعزاوي"

إعداد: الخلدني بدر

طالب باحث في سلك الدكتوراه، كلية الحقوق، الرباط.

احتضنت قاعة الندوات بمقر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال بالرباط يوم الأربعاء 05 دجنبر 2018 بدءا من الساعة الرابعة بعد الزوال أشغال لقاء علمي لتقديم قراءة في كتاب "القضاء الإداري المغربي" لمؤلفه الأستاذ بوجمعة بوعزاوي، وقد أشرف على تسيير هذا اللقاء المدرج ضمن أنشطة فريق البحث والدراسات في الحكامة المالية والإدارية الأستاذ أحمد بوجداد، حيث قدم ثلثة من الأساتذة قراءاتهم المتقاطعة في كتاب القضاء الإداري المغربي وهم الأستاذ محمد أمين بنعبد الله و الأستاذ الهادي مقداد والأستاذ أحمد بوعشيق. انطلقت أشغال اللقاء بمداخلة مسير الجلسة الأستاذ أحمد بوجداد الذي رحب بالحضور قبل أن يستهل الأستاذ بوجمعة بوعزاوي مؤلف الكتاب مداخلته بالتأكيد على أن هذا المؤلف يروم بالدرجة الأولى تبسيط مادة القضاء الإداري للمتلقين اعتمادا على مقترَب وصفي تحليلي في دراسة مختلف الإشكالات الكبرى التي تطرحها المنازعات أمام القضاء الإداري من مسؤولية إدارية وطلبات إلغاء وتعويض وتسوية للوضعيات الفردية وامتناع عن تنفيذ الأحكام وإعمال مسطرة الغرامات التهديدية.

وبدوره نوه الأستاذ محمد أمين بنعبد الله بالكتاب ومؤلفه مشيرا إلى السياق التاريخي والدستوري الذي جاء فيه هذا الكتاب خاصة وأن دستور المملكة المغربية لسنة 2011 نص على عدة حقوق جديدة كان لزاما أن يواكبها القضاء الإداري المغربي في تطوره، بالموازاة مع تطور نظريات الفقه الفرنسي، قبل أن يؤكد على أن وضع المادة المدرسة في موضعها التاريخي أصبح مطلباً ملحا خاصة وأن القانون الإداري بقضائه الإداري كان وليد الثورة الفرنسية منذ سنة 1789. وقد عرج الأستاذ محمد أمين بنعبد الله في معرض مداخلته على عدة نظريات قبل أن يتوقف عند فكرة عدم المساواة التي تشكل روح القانون الإداري، ليخلص إلى تقاسم إرتساماته مع الحضور بخصوص قراءته للكتاب موضوع اللقاء، حيث اعتبر أن المؤلف كان موفقا في تقسيمه لكتابه إلى خمسة أبواب محكمة وفق تسلسل بيداغوجي سليم كما اعتبر الأستاذ محمد أمين بنعبد الله أيضا أن هذا المرجع العلمي الرصين أسس ثلاث إشكاليات دقيقة ويتعلق الأمر بفكرة الاعتداء المادي والدفع بعدم المشروعية ثم أخيرا تنفيذ الأحكام الإدارية، مع استشهاده بثلاثة نماذج في القانون المقارن بخصوص استعمال الغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية النهائية في كل من فرنسا ومصر وإيطاليا.

كما نوه الأستاذ الهادي مقداد بالكتاب وبمؤلفه وبأسلوب كتابته الرصين الذي يزاوج بين الأسلوب البسيط والسهل الممتنع، حيث قدم في مداخلته وهو بصدد تقاسم إرتساماته بخصوص قراءته للكتاب عدة اقتراحات من شأنها إغناء وتنقيح الطبعة الثانية منه شكلا ومضمونا، كما أثنى على اعتماد المؤلف على الطريقة الانجلوسكسونية في الكتابة وتقسيم الأبواب بشكل محكم وفق منطق التنظيم القضائي مع مداخل مركزة في كل فصل، إضافة إلى استعمال مفاهيم

دقيقة في مجال القضاء الإداري مع الاعتماد على اجتهادات فقهية وقضائية مهمة في المادة، ولعل أهم المقترحات التي قدمها الأستاذ الهادي مقداد في هذا الصدد إمكانية وضع مقابل المصطلحات والمفاهيم باللغة الفرنسية ثم إمكانية الإشارة إلى أبحاث أكاديمية جامعية مغربية والانفتاح أيضا على القضاء المصري عوض الاقتصار فقط على القضاء الفرنسي، إضافة إلى إمكانية توسع الكتاب في المجالات المدروسة لتشمل مجال التعمير.

أما المداخلة الثالثة، فكانت من إلقاء الأستاذ أحمد بوعشيق الذي اعتبر الكتاب مقتضبا وعميقا في مفاهيمه ومحتوياته بشكل يسمح للقارئ بتكوين صورة تقريبية حول مضامين القضاء الإداري، خاصة وأنه مؤلف يجمع بين القانون والقضاء الإداري، كما وضع الأستاذ أحمد بوعشيق اليد من خلال قراءته على مكمن الداء عندما أكد على أن التأثير الفرنسي على سيرورة الأحكام القضائية بالمغرب لا يجب أن يؤثر على ذهنية القاضي الإداري ويتملكها، كما أشار أيضا إلى أن اختلاف المنطوق من محكمة لأخرى ساهم بشكل كبير في تطور الفقه المغربي وتطور مسار القضاء الإداري بالتراكم تارة والتناقض تارة أخرى، كما هو الشأن بالنسبة لحالات المسؤولية الإدارية بناء على الخطأ وبناء على المخاطر ثم أخيرا بناء على التضامن الوطني.

كما أكد الأستاذ أحمد بوعشيق على أن الجدل لازال قائما بخصوص تطبيق مقتضيات المسطرة المدنية في المنازعات الإدارية وفي مقدمتها مسطرة الغرامات التهديدية، وهو ما جعل من مبدأ القاضي الإداري يقضي ولا يدير فكرة متجاوزة بعدما أصبح القاضي الإداري أكثر جرأة بالتدخل في تنفيذ بعض الأحكام

في المغرب، ليختتم الأستاذ أحمد بوعشيق مداخلته بالدعوة إلى وضع مدونة للقضاء الإداري المغربي إسوة بنظيره الفرنسي.

وعند تناوله للكلمة من جديد، ثمن مؤلف الكتاب الأستاذ بوجمعة بوعزاوي مداخلات السادة الأساتذة الأفاضل وخص بالشكر أيضا الأستاذ أحمد التهامي مدير مركز دراسات الدكتوراه بأكدال، وأكد على أنه عند كتابته لصفحات هذا المؤلف كان يجد نفسه متقمصا لدور المتقاضي وهو أمام المحاكم الإدارية، لذلك كان التبسيط حاضرا بقوة في شكل ومضمون كتاب القضاء الإداري المغربي، كما رحب بارتسامات ومقترحات الأساتذة في مداخلاتهم القيمة واعتبر بدوره أن قاعدة القاضي يقضي ولا يدير أصبحت متجاوزة وقابلة للتفنيد.

اختتم هذا اللقاء العلمي بدعوة الحضور إلى لقاء علمي آخر يتعلق بتجربة القضاء الدستوري في المغرب.