

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد الرابع فبراير 2013

➤ من مواضيع العدد الرابع فبراير 2013 :

- البحث العلمي ووحدة الأمة الإسلامية .
- النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها.
- النوازل التطبيقية لفقهاء المالكية .
- مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع .
- عقوبة الإعدام والأهداف الغربية.
- المخالفات الجمركية والشركات التجارية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أفعال المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها أجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محمدي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... [المزيد](#)

كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديفي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... [المزيد](#)

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... [المزيد](#)

قراءة في النظام القانوني للموت (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام ببنية الرباط خمسات (2012/10/14) ... [المزيد](#)

المجلد الرئيسي | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهية | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلغارية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | إعداد المجلة | نشر المجلة

العدد الرابع فبراير 2013

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السوسية بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع : لشهر فبراير 2013

محتويات العدد :

- (1) كلمة العدد : البحث العلمي ووحدة الأمة الإسلامية بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04
- (2) النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها الأستاذ وهابي يوسف محامي بالجديدة رئيس الجمعية المغربية للنقد القانوني.....05
- (3) النوازل التطبيقية لفقهاء المالكية بالغرب الإسلامي خلال القرنين الرابع والخامس الهجريين- مميزات وخصائص -إعداد : الدكتور عبد الكريم بناني خريج دار الحديث الحسنية الرباط خريج كلية الآداب والعلوم الإنسانية بمكناس.....10
- (4) مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع بين الفقه الإسلامي وقانون العقود والالتزامات المغربي الدكتور بوزيد الغلى دكتوراه في الدراسات الإسلامية من كلية الآداب جامعة محمد الخامس الرباط.....26
- (5) عقوبة الإعدام بين القوانين العربية والأهداف الغربية محسن الندوي من إعداد الأستاذ مدير مجلة شؤون استراتيجية - باحث في العلاقات الدولية-.....35
- (6) الحماية القانونية للأجر في التشريع الاجتماعي المغربي الباحث طه لعبيد ماستر القضاء والتوثيق : بكلية الشريعة فاس.....45
- (7) التعليق على حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/03/03 موضوع الحكم : بطلان عقد بيع العقار في طور الانجاز إذا لم يجر من قبل مهني مأذون له بذلك طبقا للفصل 618-3منق.ل.ع تعليق من إعداد الأستاذ محمد لشقار أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي بناية شفشاون باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق- طنجة.....65
- (8) شخصيات خالدة : سلطان العلماء.. العز بن عبد السلام الدكتور محمد ديرا باحث في تاريخ الأديان والفكر الإسلامي من المغرب.....77
- (9) خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية إعداد الباحث : خالد التومي حاصل على الماستر في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث الأسرة والتنمية من جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس.....81
- (10) حكم الهبة للجنين حادى شفيق : ماجستير قانون (كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس-الجزائر). محام ، أستاذ متعاقد بجامعة التكوين المتواصل(الجزائر).....98
- (11) المخالفات الجمركية في إطار الشركات التجارية الأستاذة فاطمة أيت الغازي إطار بالوكالة القضائية للمملكة ، وزارة الاقتصاد والمالية طالبة باحثة في صف الدكتوراه بالسنة الثالثة في وحدة " التشريع مناهجه وقضياه " بجامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق بسلا.....104
- (12) الإطار القانوني والمؤسساتي لإصلاح الميزانية محمد بكشوا : طالب باحث بصف الدكتوراه بكلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة.....137

- 13) المسؤولية الإدارية عن مخاطر الأشغال العمومية مقال من إعداد الطالب الباحث : صلاح الدين الزبير صف الدكتوراه جامعة محمد الخامس السويسي - سلا.....162
- 14) إشكالية التقييم في مجال السياسات العمومية بالمغرب على ضوء القانون رقم 17.08 صلاح الدين كرزابي طالب بماستر التدبير الإداري الحلي كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسلا.....182
- 15) تأديب العامل بين العقوبة و العفو الاستاذ : بن بدرة عفيف أستاذ بالمركز الجامعي بغليزان سنة ثانية دكتوراه جامعة تلمسان.....185
- 16) La détermination de la valeur en douane Docteur EL MENOUALI Fathallah Doctorat en Droit Privé (droit des affaires) Université de Perpignan – France.....197
- 17) LA SAISIE CONTREFACON EN MATIERE DE BREVET D'INVENTION Moulay Abdellah CHABBOUBA Docteur en Droit Privé et Science Criminelles.....207

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد : البحث العلمي ووحدة الامة الإسلامية



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور صلاح الدين دكدك

الحمد لله الذي أبرز الحقائق بجواهر الكلمات ، وزين الأجناس بزينة كواكب الإشارات من العبارات ، والصلاة والسلام على العلم المفرد الذي أطلعه الله على السر المصون ، فأخبر بما خفى عن العيان والجنان مما كان وما يكون، وبعد ،

لقد أكرمنا العلي القدير بدين الإسلام الذي جاء رحمة للعالمين فالحمد لله كل الحمد على هذا الدين العظيم الذي يخرج العباد من ظلمات الجهل إلى أنوار العلم واليقين ، لكن المتفحص لأحوال الأمة الإسلامية سيلاحظ بأنه لا زال هناك بعض الفرقة والتشتت بين صفوفنا وهو ما يزيد من ضعفنا ونحن خير أمة أخرجت للناس !!! في الوقت الذي أصبح فيه العصر يفرض ضرورة التكتل و التعاون من أجل بعث الحضارة الإسلامية من جديد ، والقيام بمهمة الخلافة في الأرض وعمارتها على أكمل وجه بكل ما ينفع البشرية ويقربها من خالقها ويوصلها إلى بر النجاة .

والحقيقة أن ذلك لن يتأتى إلا باتباع سبيل البحث العلمي الرصين فهو كفيل بتوحيد الصفوف وجمعها وتحقيق ما عجزت عنه الحكومات العربية المسلمة .

إنني وأنا أتصفح وأتواصل مع زوار ورواد و مساهمي مجلة الفقه والقانون اكتشفت بأن الحدود الجغرافية تلاشت ولم يبق لها أثر على الإطلاق ، ففي هذا المنبر المبارك تبدو ملامح الوحدة والتقارب ويمكنك التواصل والاطلاع على بحوث المغربي والجزائري والتونسي والليبي والموريتاني واليميني والبحريني وعدة بحوث من أقطار عربية مسلمة شقيقة.

استغربت لأول وهلة سحر هذا البحث العلمي الذي يستطيع أن يوحد صفوف الباحثين المسلمين ويقرب بينهم ، لكنني سرعان ما خرجت من حالة الاستغراب هذه ، فقلت في قرارة نفسي : إن البحث العلمي الجاد الرصين يقرب إلى الله عز وجل فكيف لا يقرب بين الأشقاء ؟ !!!!

جعلنا العلي القدير أمة واحدة تشجع البحث العلمي وتقدر أهمية العلم في حياة الأمم مصداقا لقول نبينا الكريم عليه أزكى الصلاة والسلام : "من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريقا إلى الجنة".

وما ذلك على الله بعزيز إليه المآب وهو على كل شيء قدير .

مع تحيات مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكدك.

والحمد لله رب العالمين

النيابة العامة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها



الأستاذ وهابي يوسف محامي بالجديدة

رئيس الجمعية المغربية للنقد القانوني

EMAIL : ouahabir@yahoo.com

جذب موضوع استقلال أم عدم استقلال النيابة العامة انتباه مختلف الفاعلين والمتابعين للشأن القضائي واختلفت الآراء ما بين مؤيد للاستقلال التام للنيابة العامة عن السلطة التنفيذية وما بين معارض لهذا الاستقلال وما بين متفهم لمطالب الاستقلال مع تحفظه على مداه.

ومساهمة مني في إذكاء شعلة هذا النقاش العمومي أعددت هذه الورقة المختصرة بما يتناسب مع حيز وطبيعة المقالة الصحفية رغم أن لي تفاصيل أكثر تؤيد رأبي على مستوى الدساتير والتشريعات المقارنة لا يتسع المجال لاستعراضها في مقالة صحفية.

إنني أتأسف جدا لأنصار استقلال النيابة العامة لأنني لن أشاطرهم الرأي وسأدافع عن الرأي المخالف الذي يرى أن النيابة العامة سلطة خاضعة ويجب أن تبقى كذلك.

مع الإشارة إلى أن الموضوع جد معقد ومتشابك ولا يصلح نهائيا أن يحسم أو يحل بترديد الشعارات ولا بجمع التوقعات في غياب تصورات ديمقراطية دقيقة وبدائل مسؤولة ومتوازنة تتعايش وتتواءم مع النظام الدستوري المغربي.

أولاً : النيابة العامة كانت سلطة خاضعة والدستور لم يحررها من التبعية والخضوع :

إن دستور 2011 حينما أسس لاستقلال السلطة القضائية فإنما قصد بهذا الاستقلال قضاء الحكم ولم يقصد قضاء النيابة العامة ، وأي محاولة لإسقاط النيابة على قضاء الحكم وإعطائهما نفس الأحكام هي محاولة غير موفقة، لأن تمييز الدستور بين قضاء النيابة العامة وقضاء الحكم هو كالتفريق الذي لا يحتاج إلى دليل ، فالنيابة العامة ليست حكماً يفصل بين الخصوم بل هي تحيل الخصوم على قضاء الحكم وهي نفسها تحتكم إلى قضاء الحكم وتقدم لملتزماتها إليه . وهو ما جعل الدستور يمنح قضاة الأحكام وحدهم حصانة ضد العزل والنقل (الفصل 108) كما أن الدستور أخضع قضاة النيابة العامة وحدهم للتعليمات الصادرة عن رؤسائهم (الفصل 110) فكيف يمكن تصور الاستقلال في ظل واجب الخضوع للتعليمات، وكيف يمكن تشبيه قاضي الحكم الذي لا يتلقى بشأن مهمته القضائية أي تعليمات أو أوامر بقاضي النيابة العامة الذي يلزمه الدستور بالخضوع للتعليمات.

وحتى التوازن داخل السلطة القضائية نفسها يقتضي ألا يتطابق قضاء الحكم مع قضاء النيابة العامة ويفرض المراقبة المتبادلة بينهما لأن قضاء الحكم يبسط رقابته على أعمال النيابة العامة ويفحص شرعيتها كما تراقب النيابة العامة وتتبع عمل قضاء الحكم وتطعن في أحكامه لفائدة القانون وتسهر على تقيد قضاء الحكم بالقانون وتبدي اعتراضها على كل ما يخالفه.

ثانياً : مطلب القطيعة وفك الارتباط مع السلطة التنفيذية مطلب غير دستوري، والسياسة الجنائية يجب أن تضعها وتسال عنها وزارة العدل ولكن بتشاور مع ممثلي السلطة القضائية :

إن الوثيقة الدستورية هي بنية متكاملة ومتراصة له أربعة عشر باباً مفتوحة على بعضها البعض، ولا ينبغي أن يخضع الدستور لقراءة تجزئية ومنعزلة يدخل فيها الحلل أو القارئ إلى باب واحد من الدستور هو الباب التاسع المتعلق بالسلطة القضائية ويغلقه خلفه ثم يركز كل جوارحه وتأملاته وتخيالاته حول قراءة فصول هذا الباب فقط ويأبى فتحه أو الخروج منه لزيارة الأبواب الأخرى وهو ما يجعل أية قراءة من هذا النوع قراءة منغلقة على نفسها ومخالفة لروح الوثيقة الدستورية.

فالفصل الأول من الدستور في فقرته الثانية حدد مقومات النظام الدستوري للمملكة الذي يتأسس ليس فقط على فصل السلط ولكن أيضاً على أساس توازن هذه السلط وتعاونها كما ربط المسؤولية بالحاسبة ونص على مبادئ التشاركية والحكمة الجيدة ، وهذا يؤكد أن فصل السلطات لا يعني القطيعة أو فك الارتباط بينها كما يحلو للبعض أن يتخيل لأن هذا الفصل مؤطر بتعاون السلطات وتوازنها .

وقد حصل لبعض المدافعين عن استقلال النيابة العامة اندفاع عاطفي كبير جعلهم يخلطون بين قضاء الحكم وقضاء النيابة العامة ويتمنون لو كانا صنوان سيان، كما قرأنا في معرض دفاعهم عن رأيهم ألفاظاً خفيفة ومرعبة من قبيل " الاستقلال المطلق للنيابة العامة " ، مع أن لفظ " المطلق " هو لفظ منبذ وغير ديمقراطي ولا يمكن القبول باستعماله الآن من طرف أي سلطة كيفما كانت لأن كل سلطة مطلقة هي مفسدة مطلقة كما هو معلوم ، والاستقلال ليس هدفاً في حد ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق الأهداف الدستورية التي من أجلها أنشأت الدولة وهذه الأهداف لن تتحقق إلا بتعاون سلطات الدولة وتوازنها وليس بتصادمها وتنازعها ، وهذا ما يلقي تساؤلات عديدة حول الحساسية المفرطة التي يتحدث بها البعض اتجاه وزارة العدل كجزء من السلطة التنفيذية ودعوتهم إلى القطيعة معها

لأنها دعوات تبعث إشارات غير مطمئنة لكل المهتمين والمعنيين حول الغرض من نشر هذه الثقافة التي تروج للقطيعة بين سلطات الدولة الواحدة وكأن كل سلطة تسعى إلى تأسيس دولة خاصة بها. وهو ما يدعونا لنطرح السؤال التالي:

هل تجوز المطالبة باستقلال النيابة العامة من الأعلى دون المطالبة باستقلالها من الأسفل؟

يكفي لكي نبرهن لأنصار الدعوة إلى القطيعة مع السلطة التنفيذية أن دعوتهم تحمل الكثير من التبسيط والسطحية أن نعطي مثالا واضحا حول تعقد الموضوع وعدم سهولة الحسم فيه بالشعارات والتوقعات وهذا المثال هو علاقة النيابة العامة بالشرطة القضائية هذه العلاقة التي تجعل البحث عن استقلال النيابة العامة من الأعلى قبل البحث عن استقلالها من الأسفل موقفا مثيرا للاستغراب ، وهذا يجعلنا نطرح سؤالا لا يخلو من الإحراج وهو هل النيابة العامة مستقلة عن الشرطة القضائية؟ قد يبدو هذا السؤال غريبا لأن الدستور في فصله 128 جعل الشرطة القضائية تعمل تحت سلطة النيابة العامة في كل ما يتعلق بالأبحاث والتحريات الضرورية في شأن الجرائم ، وضبط مرتكبيها ولإثبات الحقيقة.

وبعيدا عن هذا النص الدستوري الذي لم تتحمس له بعض تكتلات القضاة وجمعياتهم، فإن الواقع العملي يكشف في الكثير من القضايا والملفات أن الشرطة القضائية هي المسيرة الفعلية للأبحاث والتحريات وهي التي تعطي للأبحاث في الغالب الأعم الوجهة التي تريد سواء في اتجاه الحفظ أو عدم المتابعة بل أحيانا حتى في اتجاه الاعتقال أو السراح.

كما أن الممارسة اليومية تكشف أن أغلب أعضاء النيابة العامة يكتفون بالجلوس في مكاتبهم وإعطاء التعليمات لضباط الشرطة القضائية بعيدا عن أجواء البحث المباشرة وهو ما يجعلهم يفقدون الكثير من استقلاليتهم إلا إذا استثنينا بعض الحالات المحدودة التي يباشر فيها ممثل النيابة العامة البحث بشكل مباشر عن طريق الانتقال إلى مسرح الجريمة والتفتيش...

إن النيابة العامة حاليا عاجزة وليس لها الإمكانيات الفعلية والمادية والبشرية لجعل الشرطة القضائية رهن إشارتها الحصرية كما أنها لا تملك القدرة على تسيير الأبحاث والتحريات بشكل مباشر في كل القضايا وأمام هذا العجز لا يمكن الحديث عن استقلال لأن العجز لا استقلال له.

فأمام هذا الواقع وأمام واقع كون عناصر وضباط الشرطة القضائية ينتمون إلى الأمن الوطني والدرك الملكي ومخابرات مراقبة التراب الوطني وهي كلها فئات وعناصر تنتمي فعليا إلى السلطة التنفيذية وإلى وزارة الداخلية ، وهي التي تباشر فعليا الأبحاث والتحريات، وكون السلطة التنفيذية من الأعلى (وزارة العدل) ليست هي التي توجه قرارات النيابة العامة في مئات الآلاف من الشكايات وإنما السلطة التنفيذية من الأسفل (محاضر الضابطة القضائية) هي البوصلة التي ترسم وجهة هذه القرارات في أغلب القضايا والشكايات، وإذا أضفنا إلى ذلك كون مخافر الشرطة والدرك ومقرات المخابرات التي تجري فيها الأبحاث هي في ملكية السلطة التنفيذية وتحت تصرفها فعن أي قطيعة يتحدث أنصار استقلال النيابة العامة؟

طبعاً قد يسارع البعض إلى القول أن هناك مطالب بإنهاء وضعية الازدواجية التي تعيشها الشرطة القضائية من خلال إنشاء شرطة قضائية تابعة فقط للسلطة القضائية دون غيرها ، ونحن نرد أن هذا الحلم لا علاقة له بالواقع

أولاً لأن تجاربه في العالم بأسره نادرة وغير فعالة، ومن جهة أخرى فإن هذا المطلب يتعذر تحقيقه سواء على المدى القريب أو المتوسط بالنظر إلى الميزانيات والاعتمادات المالية والبشرية الضخمة التي يتطلبها خاصة إذا علمنا أن عمل النيابة العامة يمتد إلى مجموع التراب الوطني بمدنه وقراه ودواويره المترامية الأطراف.

كما أن القراءة المفتوحة للدستور تؤكد استناداً إلى الفصل 93 أن الوزراء مسؤولون عن تنفيذ السياسة الحكومية كل في القطاع المكلف به وفي إطار التضامن الحكومي وهو ما يفيد أن وزارة العدل هي المكلفة بوضع السياسة الجنائية، ولكن مبدأ التشاركية والتعاون بين السلطات الوارد في الفصل الأول من الدستور يفرض ألا تستفرد السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة العدل بوضع هذه السياسة وأن تستشير وتشرك ممثلي السلطة القضائية في ذلك.

علماً أن النيابة العامة لا تمثل سيادة الأمة لأن أعضائها غير منتخبين من الشعب، وفكرة إحلال الوكيل العام لحكمة النقض أو مجمع وكلاء يقتضي اعتماد طريقة الانتخاب والمساءلة أمام ممثلي الشعب.

ثالثاً : الاختيار الدستوري يفرض التقليل من مجال ملائمة المتابعات المتاح للنيابة العامة والتقنين لشرعية المتابعات :

إن الدستور الحالي اتجه في فصله 110 إلى التقليل من السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة النيابة العامة فيما يتعلق بالمتابعات إذ نص على أنه : " يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون " ، والقراءة المفتوحة لهذا الفصل تحيلنا على الفصل السادس من الدستور الذي ينص على " أن جميع الأشخاص ذاتيين أو اعتباريين بما فيهم السلطات العمومية متساوون أمام القانون وملزمون بالامتثال له ". وهو ما يفرض أن تكون تطبيقات القانون موحدة ومتساوية، وهو ما يحتم إعادة النظر في السلطات التقديرية الواسعة وغير المضبوطة الممنوحة للنيابة العامة في إطار ما يعرف بملاءمة المتابعات والتي تعطي للنيابة العامة خيارات واسعة في المتابعة أو الحفظ أو المتابعة في حالة اعتقال أو سراح، وهو ما يجعل قانون البلد الواحد يخضع لتطبيقات متعددة ومختلفة وغير متساوية بين المواطنين .

وهذا يقتضي في إطار التنزيل الديمقراطي للدستور الاتجاه في القوانين التنظيمية وباقي التشريعات الأخرى إلى تقليص مجال ملائمة المتابعات وحصره في أضيق الحدود والاتجاه بالمقابل إلى تقنين مبدأ شرعية المتابعات ولكن بضوابط تراعي عدم إغراق المحاكم بالملفات.

وإذا كنا لا نعارض أن تبقى لوزارة العدل صلاحية التدخل الإيجابي لإعطاء تعليمات للنيابة العامة من أجل تحريك المتابعات فإننا بالمقابل وفي إطار سيادة القانون على الجميع ندعو إلى أن تنص القوانين التنظيمية والتشريعية على منع وزير العدل من التدخل السلبي لتوجيه تعليمات بعدم تحريك المتابعات أو الحفظ لأن ذلك لا يشكل مسا باستقلال النيابة العامة كما يعتقد البعض وإنما لكون ذلك يشكل مسا بسيادة القانون أصلاً.

وهو ما يجعلنا ندعو أيضاً إلى عدم ترك يد النيابة العامة مبسوطة كل البسط في حفظ الشكايات وعدم تحريك المتابعات بناء على اعتبارات ذاتية أو تقديرات شخصية بدعوى سلطة الملاءمة لأن نفس الانتقاد الذي يمكن أن يوجه إلى السلطة التنفيذية بخصوص تدخلها السلبي من أجل تجميد تطبيق القانون يمكن أيضاً وبالمثل أن يوجه للنيابة العامة.

رابعا : القوانين التنظيمية يجب أن تحافظ على تماسك جهاز النيابة العامة ولا تترك أي ثغرات يمكن أن تقود إلى

تفككه :

إن النيابة العامة تستمد قوتها كجهاز من وحدتها وتماسكها كجسد واحد لا تنافر ولا تنازع بين أعضائه وهو ما يفرض أن تكون قيم الانضباط هي السائدة داخل هذا الجهاز ، وقد حافظ الدستور على نفس الروح الوحدية والانضباطية من خلال إلقاء واجب طاعة الرؤوسين للتعليمات الكتابية الصادرة عن رؤسائهم .

ولكن ظهور بعض الدعوات والآراء من داخل هذا الجهاز التي تريد أن تفرغ نظام التبعية والسلطة الرئاسية من مضمونه بالادعاء بأن الدستور لا يفرض الخضوع إلا للتعليمات القانونية وأن عضو النيابة العامة يمكنه أن يرفض تنفيذ التعليمات إذا ارتأى أنها غير قانونية. واعتماد هذا التفسير سيفتح الباب نحو شلال دافق وغير متوقف من التقديرات الشخصية حول ما هو قانوني وما هو غير قانوني ، ويمكن لأي مرؤوس أن يتملص من التعليمات رئيسه بالادعاء بأنها غير قانونية، وهو ما سيجعل النيابة العامة تعيش على وقع التمرد الدائم الذي يشكل خطرا داهما على وحدة الجهاز وتماسكه.

وهو ما يعطي فكرة واضحة حول ضرورة أن يتضمن أي قانون تنظيمي مرتقب تقنيا واضحا للسلطة الرئاسية التي تعني انضباط قضاة النيابة العامة وامثالهم للتعليمات وخاصة الكتابية في حال الخلاف حول تنفيذ التعليمات الشفوية، وذلك تحت طائلة التعرض للعقوبات التأديبية . وأي توجه غير هذا سيفتح الطريق نحو تفكك جهاز النيابة العامة وفقدانه للتحكم في أعضائه تحت عناوين الاستقلال وعدم قانونية التعليمات وهو ما سيؤدي إلى نسف السلطة الرئاسية وانهارها، ولكن إخضاع أعضاء النيابة العامة لواجب طاعة التعليمات لا يعني عدم تحديد المسؤوليات في حالة الخطأ المهني الجسيم إذ يجب تحميل المسؤولية للرئيس وإعفاء المرؤوس منها في حالة تحفظه عليها مع إيجاد صياغة معينة لتقنين شكل هذا التحفظ.

النوازل التطبيقية لفقهاء المالكية بالفرب الإسلامي

خلال القرنين الرابع والخامس الهجريين

- مميزات وخصائص -



إعداد : الدكتور عبد الكريم بناني

خريج دار الحديث الحسنية الرباط

خريج كلية الآداب والعلوم الإنسانية بمكناس

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على مولانا رسول الله، سيدنا محمد الناطق بلسان الكمال، وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

فلقد جعل الله شريعته خاتمة لكل الرسالات السماوية، وصالحة لكل زمان ومكان، بما استوعبته من كليات شرعية تؤسس للبنات الفهم البشري لكل القضايا والتغيرات المستجدة في حياتهم، ولما أحدثته البشرية عبر القرون المختلفة والأماكن المتباعدة، والظروف المتنوعة، والأعراف المتجددة من حوادث مستجدة. تبعا لهذا الصلاح ، استطاع الفقه الإسلامي أن يحمل راية هذا الاجتهاد، وفق ضوابط وشروط حددها أهل العلم. واستطاع - بفضل المولى جل وعلا - أن يلامس أحوال المكلفين، ويجد لها الحلول الناجعة، ولم يتأخر عن حل مشكلاتهم، مهما دقت النوازل أو جلّت .

ولقد قيّض الله لهذا التجديد رجالاً فقهاء حملوا ميراث النبوة، فأناروا للناس واستنبطوا من معين الشريعة الإسلامية الغراء الأحكام والتكاليف، فبددوا غيوم الجهل، الأمر الذي أدى إلى كثرة الفتاوى الفقهية التي أنتجت النوازل المختلفة سواء أكانت تتعلق بالعبادة، المعاملة، أم العقيدة.

ومن هؤلاء الفقهاء الأجلاء، نجد السادة المالكية، خاصة علماء القرنين الرابع والخامس الهجريين ، فقد برع هؤلاء في مجال الأجوبة والنوازل مما ولّد تراثاً فقهياً زاخراً يحمل بين طياته مختلف الفوائد العلمية المتعلقة بأصول الأحكام،

وطريقة التنزيل، التي جاءت نتاج عقول متنورة وشغوفة بالتحصيل، ومعتمدة على أصول وضوابط منهجية، وقائمة في إجاباتها على أمهات المذهب المالكي، فالدونة، والعتيبة أو المستخرجة والموازية والواضحة كتب ضخام في المذهب، لذلك فالقيام بها هو الاستناد عليها هو قيام بالأصول واستناد على المعرفة المنهجية التي ميزت رجال المذهب المالكي في مرحلة التأسيس والتفريع.

إن الحديث عن النوازل التطبيقية هو حديث عن حصيلة فقهية، لمئات الفتاوى والأجوبة تحكي ظروفًا سياسية، واجتماعية، وتاريخية متناثرة بين أبواب الفقه، تبرز الخصوصية والسعة والمرونة التي ميزت المدرسة المالكية، كما تبرز وجهة فقهاء ونوازليها بما ألفوا وجمعوا واستنبطوا وأصلوا.

وفي هذه الدراسة المتواضعة سأحاول جاهدا الوقوف على هذه المؤلفات النوازلية خلال القرنين الرابع والخامس الهجريين، باستقصاء المطبوع والمخطوط منها وما جمع في المصنفات، بما تضمنته من خصائص وما استندت عليه من مميزات، مبرزاً الدور الكبير الذي قامت به هذه المؤلفات في مجال التأصيل الفقهي والأصولي والمقاصدي على حدّ سواء، ما دام تنزيل القضايا على واقع الناس يفرض هذا الارتباط الوثيق، وهذه الصلة الوثقى، خاصة أن الحديث عن علماء المالكية وعن فقه المالكية هو حديث عن فقه واقع يقوم على أساس رعاية المقاصد والحكم والمعاني في كل تجلياتها.

ولذلك تأتي محاور هذه الدراسة متناولة للمباحث التالية:

المبحث الأول يتناول تعريف النوازل الفقهية وتدوينها عند فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي.

المبحث الثاني، يرصد المؤلفات النوازلية خلال القرنين الرابع والخامس الهجري لفقهاء المالكية بالغرب الإسلامي.

المبحث الثالث يتناول خصائص هذه المؤلفات النوازلية، من حيث الواقعية، والتجدد، ومسيرة الأعراف والتطورات المجتمعية.

فأقول وبالله التوفيق، ومنه أستمد العون والهداية.

المبحث الأول : تعريف النوازل الفقهية وتدوينها عند فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي :

انتشر مصطلح فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي بعدما أصبح المذهب المالكي هو المذهب المعتمد ببلاد الغرب الإسلامي (الأندلس وشمالي إفريقيا والمغرب الأقصى) بواسطة تلامذة الإمام مالك الوافدين إليه منها، أبرزهم : علي بن زياد (ت183هـ)، والبهلول بن راشد (ت183هـ)، وعبد الرحمن بن أشرس، وعبد الله بن غانم (ت190هـ) ((..فكانوا حجر الأساس الراسي في هيكله الفقه الإسلامي بالمغرب، ونواة الشجرة التي تولدت عنها جنة باسقة، لم يزل الدين والعلم والفكر والآداب تتفياً ظلها الوارفة إلى اليوم..))¹.

ولهذا يطلق على كثير من علماء الأندلس وعلماء إفريقية، وعلماء سبته، وتلمسان، وشنقيط وغيرهم هذا الوصف أي علماء الغرب الإسلامي.

¹ جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية. د. مبارك جزاء الحري. 118. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الرابع والستون - المجلد 21. السنة الحادية والعشرون - مارس 2006.

فمثلاً يقال للباجي: إنه من المغاربة وهو أندلسي، ويقال لابن رشد: إنه من المغاربة وهو قرطبي، ويقال للقاضي أبي المطرف الشعبي: بأنه مغربي وهو من مالقة (وهي مدينة ساحلية بجنوب الأندلس)، وكذلك الحافظ ابن عبد البر القرطبي الأندلسي (ت463هـ)، وكذلك ابن العربي المعافري (ت543هـ) دفين فاس¹.

وكذلك يقال لابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ): إنه من المغاربة، وهو إفريقي (تونسي)، وكذلك يقال لأبي الحسن اللخمي وهو قيرواني الأصل².

فإذا اتضح لنا المقصود بمالكية الغرب الإسلامي، صار لزاماً دراسة المراد بالنوازل الفقهية وهو العنصر الأول، ثم تاريخ تدوين النوازل الفقهية وهو العنصر الثاني.

العنصر الأول: تعريف النوازل الفقهية:

أولاً: النوازل لغة:

النزول في اللغة هو الحلول يقال نزلهم، فيتعدى بنفسه ونزل بهم عليهم، ينزل نزولاً ومنزلاً، بمعنى حل، ومنه أسباب نزول القرآن والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس، ومن هذا المعنى أخذت النوازل الفقهية، فيقال: نزلت نازلة فرفعت إلى فلان ليفتي فيها³.

وعرفت "النازلة" في "معجم لغة الفقهاء" بأنها: "المصيبة ليست بفعل فاعل، وهي الحادثة التي تحتاج لحكم شرعي"⁴.

ثانياً: النوازل اصطلاحاً:

لم يتحدث العلماء عن معنى حديثي لتعريف النازلة، وأقصد من سبق من العلماء، بخلاف من تأخر من هؤلاء، فقد عرّف العلامة ابن عابدين النوازل بأنها: "الفتاوى والواقعات، وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عن ذلك، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين"⁵.

وعرّفها من العلماء المعاصرين الدكتور وهبة الزحيلي: فقال هي: "المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الأعمال، وتعدد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر، أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها وصورها متعددة، ومتجددة، ومختلفة بين البلدان أو الأقاليم، لاختلاف العادات والأعراف المحلية"⁶.

¹ جهود فقهاء المالكية المغاربة. 118. مرجع سابق.

² جهود فقهاء المالكية المغاربة. 118. مرجع سابق.

³ ترتيب القاموس المحيط على طريق المصباح المنير وأساس البلاغة. الطاهر أحمد الراوي. 4/358 ط3. دار الفكر. (د.ت.). ومذاهب الحكماء في نوازل الحكماء للقاضي عياض السبكي. تقديم وتحقيق: محمد بنشريف. 4/174 ط2. دار الغرب الإسلامية. بيروت. 1997.

⁴ معجم لغة الفقهاء. د. محمد رواس قلعة جي، ترجمة وتحقيق: د. حامد صادق قنبي. ود. قطب سانو. ص 441. دار النفائس. 2007.

⁵ مجموعة رسائل ابن عابدين. محمد ابن عابدين 1/17. دار إحياء التراث العربي. د.ت.

⁶ سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ص9. دار المكني للطباعة والنشر والتوزيع. 2011.

وعرفها الشيخ الجيزاني في كتابه "فقه النوازل" بقوله : النوازل ما استدعي حكماً شرعياً من الوقائع المستجدة أو هي الوقائع المستجدة الملحة¹.

أما د.أنور محمود زناتي² فعرفها بقوله: هي الوقائع والمسائل المستجدة التي تنزل بالعالم الفقيه فيستخرج لها حكماً شرعياً³ وهو بهذا التعريف دقق المعاني المراد بالنازلة من حيث كونها مستجدة وواقعة ويصل الفقيه بها إلى استخراج الحكم الشرع لها.

وفي هذا التعاريف نجد ثلاثة أمور:

الأول -الوقوع : أي الحلول والحصول ، بمعنى أن النوازل لا تطلق على المسائل الافتراضية المقدرة وهذه المسائل الافتراضية نوعان : إما مسائل مستحيل وقوعها ، وإما مسائل يبعد وقوعها.

الثاني -الحدوث : أي عدم وقوع المسائل من قبل، فالنوازل إذن تختص بنوع من الوقائع وهي المسائل الحادثة التي لا عهد للفقهاء بها حيث لم يسبق أن وقعت من قبل.

الثالث - الشدة: ومعناها أن تستدعي المسألة حكماً شرعياً بحيث تكون ملحة من جهة النظر الشرعي.

ومن خلال جمع هذه التعاريف وغيرها، يمكن أن نعرف النوازل الفقهية، بأنها : "المسائل أو الحوادث أو القضايا الواقعة⁴ إذا كانت مستجدة، وكانت ملحة" ومعنى كونها ملحة أنها تستدعي حكماً شرعياً آنياً.

أما النوازل: "فهو العالم المجتهد المالك لقدرة كبير من الخبرات و التجارب العملية الميدانية في مختلف مجالات الحياة الاجتماعية"⁵.

ثالثاً : مصطلحات ومفاهيم لها علاقة بالمفهوم الحديث للنوازل :

من المصطلحات التي تلتقي مع النوازل في المفهوم الحديث للتعريف ، نجد:

الفتاوى: جمع فتوى وهي الأجوبة عما يشكل من المسائل الشرعية.وهي أخص من النازلة التي تستدعي الحدوث والوقوع⁶ منها: فتاوى ابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)، وفتاوى ابن رشد (ت520هـ)، وفتاوى الشاطبي (ت790هـ)، وفتاوى البرزلي (ت841هـ).

¹ فقه النوازل:دراسة تأصيلية تطبيقية. د. محمد بن حسين الجيزاني، 24/1، دار ابن الجوزي، ط2/1426هـ/2006.

² أستاذ التاريخ والحضارة بكلية التربية جامعة عين شمس.

³ كتب النوازل مصدراً للدراسات التاريخية والقانونية بالمغرب والأندلس.ص122، مجلة البيان، العدد1432/284هـ.

⁴ الوقائع : تُطلق على كل واقعة مستجدة كانت أو غير مستجدة، ثم إن هذه الواقعة المستجدة قد تستدعي حكماً شرعياً وقد لا تستدعيه، بمعنى أنها قد تكون ملحة وقد لا تكون ملحة .وأما المستجدات فإنها تُطلق على كل مسألة جديدة، سواء كانت المسألة من قبيل الواقعة أو المقدرة، ثم إن هذه المسألة الجديدة قد تستدعي حكماً شرعياً وقد لا تستدعيه، بمعنى أنها قد تكون ملحة وقد لا تكون ملحة.

⁵ فقه النوازل في الغرب الإسلامي. حوار مع الدكتور محمد التمساني والدكتور توفيق الغليزوري. منشور بالموقع <http://islamweb.org>

⁶ انظر تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، محمد بن حسن شريحيلي، ص335، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط2000/1421هـ.

الوقائع : ومفردتها واقعة ، وهي النازلة من صروف الدهر¹، وهي الحادثة أي الطارئة.

الحوادث : ومفردتها حادثة، والحدث من أحداث الدهر : شبه النازلة².

- الأجوبة : ومفردتها إجابة، وقد شاع استخدام هذا اللفظ في مؤلفات الفقهاء، والكتب الفقهية مليئة بصيغة : سئل فأجاب، وبعضها مَعْنُون بـ "الأسئلة والأجوبة أو الأجوبة" ³ منها الأسئلة والأجوبة لأبي حفص أحمد بن نصر الداودي (ت307هـ)، والأجوبة لأبي الحسن علي بن محمد القابسي (ت403هـ).

4- المسائل أو الأسئلة : ومفردتهما مسألة أو سؤال، ونجد في كتب النوازل مسألة كذا، أو سئل الفقيه القاضي ... الخ، منها: الأسئلة لمحمد بن إبراهيم بن عباد (ت792هـ).

5- القضايا : يذكر هذا المصطلح في بعض القضايا المعاصرة، وللدلالة على ما يعرض على المحاكم من نوازل قضائية ⁴ .ومنها: معين الحكام في نوازل القضايا والأحكام، لابن عبد الرافع إبراهيم بن حسن التونسي (ت733هـ)، وقد طبع بتحقيق الدكتور/محمد بن قاسم بن عياد.

- المستجدات : يغلب استخدام هذا المصطلح في النوازل المعاصرة التي تقع ويبحث فيها عن الحكم الشرعي. ومن أبرز تلك المستجدات التي وردت بكتب النوازل : العلاقة بين المسلمين والنصارى في الأندلس وما جاورها، والحروب بين المغرب الإسلامي عموماً ومن جاورهم من أهل الكتاب، إضافة إلى الأحوال المعيشية المتطورة التي شغلت بال الأندلسيين والمغاربة.

- العمل أو العمليات: وهي ما اتفق أهل بلد ما على العمل به، كعمل أهل فاس، وعمل أهل سوس، والعمل المحلي بالأندلس، والعمل الرباطي، وربما كان لهذا العمل "علاقة بعمل أهل المدينة كأصل من أصول مذهب مالك وإن كان عمل أهل المدينة راجعاً في الحقيقة إلى ما صح فعله عن الرسول في آخر حياته حتى ولو ورد نص يخالفه"⁵ومن ذلك: ذلك: ((العمل الفاسي)) الذي نظمته الشيخ عبد الرحمن الفاسي (ت1096هـ) في منظومة ضمنها حوالي ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل بفاس، وقد شرحها ولم يتمها.

-الأحكام: وهي غالباً ما تتعلق بأبواب الأقضية، والمعاملات المستجدة، منها : مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض وولده.

- العنصر الثاني : تدوين النوازل الفقهية عند مالكية الغرب الإسلامي:

عرف التدوين النوازلي بالغرب الإسلامي جملة من المراحل قسّمها محمد الحجوي الثعالبي (ت1376هـ) إلى ثلاث مراحل، الأولى: تمتد عبر القرنين الثاني والثالث، وهي أزهى عصور الفقه الإسلامي من حيث التفكير والإبداع.

¹ لسان العرب.ابن منظور الافريقي. 285/10.مرجع اسبق.

² لسان العرب . ابن منظور الافريقي. 53/4.

³ فقه النوازل في سوس ، د. الحسن العبادي ، ص 55.مجلة دار الحديث الحسنية العدد12،1415هـ/1995.

⁴ المدخل إلى فقه النوازل ، د. عبد الناصر أبو البصل ، 2/ 638 ، هامش 1. منشور ضمن بحوث مجلة اليرموك . العدد الأول.1997م.

⁵ معلمة الفقه المالكي.عبد العزيز بنعبد الله.ص275.دار الغرب الإسلامي.ط1403هـ/1983م.

الثانية: وتمتد من القرن الرابع إلى السابع، وقد توقف تطور الفقه الإسلامي فيها بإغلاق باب الاجتهاد، ولكن توسع كثيراً من حيث التدوين، وظهرت النوازل فرعاً مستقلاً من فروع الفقه، يغلب عليها طابع الاجتهاد المذهبي الذي قل في المؤلفات الفقهية الأخرى.

الثالثة: وهي ابتداء من القرن الثامن إلى وقتنا الحاضر¹.

وقد تميزت كل مرحلة من هذه المراحل بصبغة خاصة، تؤكد التطور الذي عرفه الفقه، وتبين المستجدات التي تقع في المجتمع فيواكبها الفقه بأحكامه، يقول الحجوي الثعالبي (ت1376هـ) وهو يتحدث عن الأطوار التي مر منها الفقه: "وفي هذا العصر - يعني أواخر القرن الثاني الهجري - امتد الإسلام وكثرت الفتوح واتسعت المملكة الإسلامية من الهند إلى الأندلس، واختلطت بأمم كثيرة دخلت فيه أفواجا كفاريس والروم ودخلت الحضارة والرفه الفارسي والرومي للعرب فكثرت النوازل وظهر الفقهاء المفتون والقضاة العادلون فصار للفقه مكان واعتبار... فنزلت النوازل وظهرت جزئيات النصوص التي كانت كامنة بين العموم والخصوص، فاجتهد الفقهاء واستنبطوا الاراء وأسسوا المبادي وقعدوا القواعد..."²

فإذن لم تدون هذه النوازل والفتاوى بالغرب الإسلامي في كتب خاصة مع تلامذة الإمام مالك من الأئمة الكبار كيحيى بن يحيى الليثي، وزيد بن عبد الرحمن المعروف بشبطين، والغازي بن قيس، وعبد الرحمن بن دينار، وأخيه عيسى بن دينار وأبنائهم وحفدهم الذين توارثوا الرياسة والفقه في الأندلس أجيالا عديدة، فكانوا ملء سمع الأندلس وبصرها، إذ لم يكن منهمجهم متجها إلى هذا النوع من التأليف إلا أنه كان ينقل ويحكي بالرواية والسند من خلال استنباطاتهم واجتهاداتهم في المسائل والحوادث، فينقله العلماء في كتبهم وفهارسهم وتدويناتهم الفقهية.

ومن ناحية أخرى نجد في مدونة الإمام مالك مثالا ضالطنا، فهو أقدم كتاب وصلنا في المذهب بعد الموطأ، واستناده على إجابات ابن القاسم المصري (ت191هـ) بما كان سمعه من صحبته للإمام مالك بن أنس (ت179هـ) وأسئلة سحنون التنوخي (ت240هـ) وقبله سماعات أسد بن الفراء (ت213هـ)، يؤكد الاهتمام بالأجوبة والقضايا الحادثة والطارئة في المجتمع، وكذلك الأمر بالنسبة للمستخرجة من الأسمعة، أو العتبية لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز العتيبي القرطبي (ت254هـ)، فالمستخرجة: ((عبارة عن حصر شامل لمعلومات فقهية يرجع معظمها لابن القاسم العتقي، عن مالك بن أنس، وهي برواية من جاءوا بعده مباشرة كما أنها تحتوي على آراء فقهية لتلاميذ مالك وخلفائه، وقد أدرج المؤلف هذه الآراء ضمن مجموعة مسائله دون أن يكون له حق الرواية))³.

فالمستخرجة - إذن - هي: ((سماعات أحد عشر فقيهاً)). وقد جمع فيها الروايات المطروحة، والمسائل الشاذة. وكان العتيبي حافظاً للمسائل، جامعاً لها، عالماً بالنوازل))، وقد أسهم أبو الوليد بن رشد -الجد- في إعادة الاعتبار إلى هذا الكتاب بعد أن شرحه وفك رموزه، وأول رواياته في موسوعته الفقهية "البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل"⁴.

¹ انظر الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. مطبعة إدارة المعارف بالرباط 1340هـ. وكمل. مطبعة البلدية بفاس 1345هـ.

² الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. 2/2. مرجع سابق.

³ نماذج من جهود فقهاء المالكية. مبارك جزاء الحري 212. مرجع سابق.

⁴ انظر تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي. ص 307. مرجع سابق.

وإذا كانت هذه الكتب تتميز بجمعها الآراء والأحكام الفقهية والمسائل الفقهية، فإنها بتناولها للسماعات والإجابات تعتبر تدوينا غير مباشر للنوازل الفقهية بما حكته من قضايا ووقائع شملت مناحي الحياة وأنماطها وتغيراتها.

أما الكتب التي تناولت النوازل بشكل موضوعي في مراحلها الأولى، فنجدها بداية من القرن الثالث الهجري: كالنوازل المنسوبة لعبد الرحمن بن دينار القرطبي (ت227هـ)، ولعبد السلام سحنون القيرواني (ت240هـ)، وابنه محمد بن سحنون (ت256هـ).

أما في المرحلة الثانية فقد ألفت أهم الكتب الأمهات، وأعظم الموسوعات، وتنافست المذاهب في هذا التسابق العلمي، مما أدى إلى تضخم كتب الفقه - كثيراً، وتشابك فروعها، واستطراداتها، وأصبح من العسير: أن تُستخرج منها مباشرة المسائل الجزئية التي قد يحتاج إليها، لذلك ظهرت في هذه المرحلة كتب النوازل كفرع مستقل من المؤلفات الفقهية، لا تشتمل إلا على المسائل التي حدثت بالفعل، ولا تتناول من المادة الفقهية إلا ما يتعلق بهذه المسائل من أحكام، مع ترك هامش مهم فيها لاجتهاد المفتي داخل فقه مذهبه، ليراعي ظروف النازلة والملابسات المحيطة بها، والأعراف الخاصة التي تلزم مراعاتها، وبذلك ظلت النوازل مستجيبة لمتطلبات حياة المسلمين المتغيرة حسب الظروف والأقاليم، وحسب ما يطرأ فيهم من مستجدات¹.

وهذه النقلة الكبرى لحركة تدوين النوازل الفقهية كان لها الأثر البالغ في نقل هذه الفترة الزمنية الجامدة من مرحلة الحضيض العلمي إلى قمة النضوج الفقهي، حيث تجلّى ذلك من خلال بروز كوكبة من الفقهاء القضاة والمفتين الذين استطاعوا إبراز الحكم الشرعي في آلاف المسائل المعضلة من خلال الإلحاق على ما ثبت حكمه بالدليل النصي.

بينما عرفت المرحلة الثالثة الممتدة من القرن الثامن الهجري حالة ضعف كان لها أثر على تدوين النوازل الفقهية، وظهر هذا جلياً في نوازل الأندلسيين، بسبب الاضطرابات السياسية المتلاحقة حتى سقوط غرناطة سنة (897هـ)، وانتهت دولة الإسلام بالأندلس².

المبحث الثاني: المؤلفات النوازلية خلال القرنين الرابع والخامس الهجري لفقهاء المالكية بالغرب الإسلامي:

تشكّل مؤلفات النوازل وعاء المجتمع تحكي قضاياها وتفرعاته الفقهية، وتوضح درجة النضج عند الفقهاء النوازليين الذين يجتهدون في ربط المسائل والوقائع بأحكام الفقه،

وقد ظهرت في هذه الفترة مؤلفات نوازلية، منها ما جمع وطبع، ومنها ما حقق ومنها ما زال مخطوطاً، ومنها ما ضاع وبقيت منه نصوص مبثوثة في متون كتب الفقه، ونظراً إلى أن الاستعمال الفقهي للنوازل يشمل الفتاوى

¹ انظر نماذج من جهود فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي. 126. بتصرف. مرجع سابق.

² انظر لمزيد تفصيل الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ج2. وبحث نماذج من جهود فقهاء المالكية. مرجع سابق.

والأجوبة والمسائل ، فقد حرصت على عدم التفريق بين هذه المؤلفات التي جمعت الفتاوى والأجوبة والنوازل والحوادث رغم تنوع أساميها¹ وأهم هذه المؤلفات:

-أجوبة الفقهاء، لمحمد بن سحنون التنوخي القيرواني (ت256هـ)، طبع بدار ابن حزم في مجلد واحد (عدد الصفحات 530 صفحة) سنة 2011، ويتضمن إجابات صادرة عن عالم القيروان "محمد بن سحنون بن سعيد التنوخي" على أسئلة كثيرة ومتنوعة تتضمن أحكاماً شرعية عامة، وخصوصاً على الفقه المالكي.

وقد توزعت فصول الكتاب: فصل الشهادة، فصل القضاء، فصل السؤال عن النكاح، فصل الطلاق، فصل البيوع، فصل في الحياة، فصل الإستحقاق والدعاوي والخصومة، فصل السرقة والحرابة، فصل السؤال عن الأطعمة، فصل السؤال عن الإيمان، فصل السؤال عن العدا والجنايات، فصل الصيد والزكاة، فصل السؤال عن الرعاة، فصل الأحباس، فصل الأصول، فصل الدماء والديات، فصل اللقطة، فصل الوضوء والصلاة، فصل الصوم، الفصل الأخير: فصل جامع.

-فتاوى أصبغ بن خليل أبي القاسم القرطبي (ت293هـ)، مخطوط بالخزانة الحسنية بالرباط، رقم: 8178.

-الأسئلة والأجوبة، لأبي حفص أحمد بن نصر الداودي (ت307هـ)، مخطوط بجامع الزيتونة في تونس تحت رقم 10486، وقد تفرد سزكين بالإشارة إلى هذا الكتاب، وذكر أنه يقع في 121 صحيفة²، ومن النوازل التي حفظت بعض أجوبته، نذكر: الدرة المكنونة في نوازل مازونة ليحي بن أبي عمران المغيلي، مذاهب الحكماء في نوازل الأحكام للقاضي عياض وولده، نوازل البرزلي أو فتاوى البرزلي لأبي القاسم بن أحمد بن محمد البرزلي، مسائل ابن رشد الجدل، المعيار المعرب للونشريسي وقد ورد ذكر اسم الداودي وتكرر النقل عنه في الكتاب في أكثر من أربعين موضعاً في استخراج آراء الداودي في باب المعاملات منه³.

-فتاوى ابن لبابة، محمد بن عمر القرطبي (ت314هـ)⁴.

¹ ذهب الدكتور الحسن العبادي إلى أن هذه المصطلحات : الفتاوى والأجوبة والنوازل تستعمل وتزوج وتطلق على نوع واحد من الكتب الفقهية، فيقال: فتاوى أو مجموعة فتاوى فلان، ويقال كذلك نوازل فلان، أو أجوبة فلان، ويقصدون الأسئلة والأجوبة، ولا توجد فروق بين محتويات هذه الكتب. انظر فقه النوازل في سوس، ص55 مجلة دار الحديث الحسنية. مرجع سابق.

² انظر بحث آراء الإمام الداودي في باب المعاملات من خلال المعيار، الطالب: حميم عمران، جامعة الحاج لخضر باتنة/الجزائر. ص18.

³ بحث آراء الإمام الداودي. ص16-17. مرجع سابق.

⁴ شيخ المالكية أبو عبد الله محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة القرطبي ، مولى آل عبيد الله بن عثمان .

روى عن : عبد الأعلى بن وهب ، وأبان بن عيسى ، وأصبغ بن خليل ، والعتيبي ، وابن صباح . وسمع الموطأ من يحيى بن مزين -صاحب مطرف بن عبد الله . انتهت إليه الإمامة في المذهب . قال ابن الفريسي : وكان حافظاً لأخبار الأندلس ، له حظ من النحو والشعر ، ولي الصلاة بقرطبة . وروى عنه خلق كثير ، ولم يكن له علم بالحديث ، بل ينقل بالمعنى . مات في شعبان سنة أربع عشرة وثلاثمائة وله تسعون سنة. انظر سير أعلام النبلاء. محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي. 495/14. مؤسسة الرسالة. ط1422/2001هـ.

-مسائل ابن زرب، أبي بكر محمد بن يتيى القرطبي (ت381هـ)، جمعها يونس القاضي أبو الوليد بن عبد الله بن محمد بن مغيث يعرف بابن الصفار (ت429هـ) ¹، وهي من مصادر فتاوى ابن رشد، وقد طبعت باسم (فتاوى ابن زرب القرطبي) سنة 2011، نشر دار اللطائف .

-فتاوى ابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)، جمعها الدكتور، حميد محمد لحر وطبعت سنة (1424-2003هـ).

-منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين ² محمد بن عبد الله بن علي الإليري (ت399هـ)، مطبوع ومحقق، ونوقش في أطروحة دكتوراه للدكتور: محمد حماد بكلية الآداب - جامعة عبد الملك السعدي، كلية أصول الدين بتطوان ³. وطبع للمحقق ضمن منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث بالرابعة المحمدية للعلماء-الرباط، سلسلة نواذر التراث (5)، الطبعة الأولى: 1430هـ/2009م، في مجلدين كبيرين يتكونان من (1227 صفحة، كما حققه الدكتور عبد الله بن عطية الغامدي ⁴ طبعة المكتبة المكية ومؤسسة الريان (دون تاريخ)، جاء في مقدمة المحقق: "ويسعدني أن أقدم للقارئ الجزء الأول والثاني من هذا الكتاب ويتبعهما قريبا -إن شاء الله- بقية الأجزاء العشرة من الكتاب" ⁵، كما قدم المحقق دراسة عن المؤلف وعن العصر الذي عاش فيه في ثلاثة أقسام، ثم الجزئين المتعلقين بالمعاملات.

-فتاوى ابن الزويزي، القاضي عبد الله بن أيمن الأصيلي المغربي (توفي في حدود 400هـ).

-فتاوى ابن المكوي، أبي عمر أحمد بن عبد الملك الإشبيلي (ت401هـ).

-المقنع في مسائل الأحكام وفقه القضاء، لابن بطل المتلمس سليمان بن محمد البطلوسي (ت402هـ).

-أجوبة القابسي، أبي الحسن علي بن محمد بن خلف التونسي (ت403هـ)، خ. الخزانة الناصرية بتمكروت، رقم: 1909د.

-فتاوى ابن الشقاق، عبد الله بن الشقاق بن سعيد القرطبي (ت426هـ).

-نوازل أبي عمران الفاسي، موسى بن عيسى بن أبي حاج الغفجومي الفاسي (ت430هـ)، مطبوع.

-نوازل ابن مالك، أبي مروان عبيد الله بن مالك القرطبي (ت460هـ)، ينقل عنها ابن عبد الرفيق في "معين الحكم" ⁶

¹ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب. ابن فرحون. 180/1. تحقيق: محمد الأحمد أبو النور. دار التراث للطبع والنشر. القاهرة. د. ت. والأعلام - خير الدين الزركلي 226/8. دار العلم للملايين. ط 2002/15.

² (بفتح الزاي المعجمة والميم وكسر النون ثم ياء ساكنة بعدها نون). انظر الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون. ص 366. مرجع سابق.

³ جهود فقهاء المالكية. 225. مرجع سابق.

⁴ أستاذ مساعد بكلية الشريعة، جامعة أم القرى مكة المكرمة.

⁵ انظر 6/1 من مقدمة المحقق.

⁶ قضايا المجتمع الماربطي من خلال النوازل الفقهية. د. مبارك رخيص. 64/2. أعمال الندوة الدولية دور المذهب المالكي في تجربة الوحدة الماربطية لدول الغرب الإسلامي الكبير. مطبعة البلايل. فاس. 2010.

-نوازل أبي الوليد سليمان بن خلف البلجي الأندلسي (ت474هـ)، وتعرف بـ "فصول الأحكام فيما جرى به عمل المفتين والحكام"، وقد ذكرت في معين الحكام لابن عبد الرفيع وفي المعيار للونشريسي¹.

-فتاوى الشيخ أبي الحسن علي بن محمد اللخمي القيرواني (ت478هـ)، جمعه وحققه وقدم له الدكتور حميد لحر، طبع بدار المعرفة بالدار البيضاء (دون تاريخ) ضمن سلسلة من "نفائس فتاوى فقهاء الغرب الإسلامي"، وقد جاء في تقديم الكتاب: "وإن العمل الذي أقدمه للقارئ في هذا الجزء، عبارة عن مجموع لفتاوى الشيخ أبي الحسن اللخمي التونسي (ت478هـ)، اعتمدت فيه أصولاً علمية في غاية الأهمية تكفلت بجمع مادته العلمية وسميته: فتاوى الشيخ أبي الحسن اللخمي القيرواني (ت478هـ) جمع وتحقيق وترتيب"²، وجاء تقسيم الكتاب بين مقدمة وقسمين رئيسيين، المقدمة تحدث فيها المحقق عن مصطلح الفتوى لغة واصطلاحاً بما جمعه من أقوال وحقق من آراء، والقسم الأول خصصه للتعريف بالشيخ أبي الحسن اللخمي وفتاويه، في ثلاثة فصول، والقسم الثاني ضم ما مجموعه 183 (مائة وثلاثة وثمانون فتوى) مرتبة حسب أبواب الفقه، بصيغة سئل الشيخ اللخمي، فأجاب بكذا، وقد اعتمد المؤلف فيها على نوازل البرزلي، ونزال العلمي، والمعيار للونشريسي.

-الإعلام بنوازل الأحكام أو الأحكام الكبرى، لابن سهل أبي الأصمغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي (ت486هـ)، وقد قام بتحقيقها الدكتور: محمود علي مكي، والدكتور: محمد عبد الوهاب خلاف.

-وتعتبر نوازل ابن سهل مصدراً أساسياً لفهم المجتمع "حيث يقدم لنا وبشكل عملي تطبيقي ما كان يجري في المجتمع من منازعات تمثل حياة الناس خير تمثيل، وتأتي أهمية نوازله في أنه كان شاهد عيان على تلك القضايا الاجتماعية والقانونية والتاريخية، كما تضمنت وثائق غاية في الأهمية عن أحكام القضاء الجنائي في الأندلس في القرنين الرابع والخامس الهجريين وتلقي الضوء على التاريخ الاجتماعي للأندلس في تلك الحقبة التاريخية الحساسة، وعلى الإجراءات وأسلوب البحث القانوني والتحقيق والتدقيق الذي كان يتولاه القاضي قبل الفصل في القضايا المعروضة عليه³ كما تضمنت نوازله أيضاً تحقيق جرائم مثل: القتل العمد ببواعثه المختلفة والاعتصاب والضرب والجرح المفضي إلى الموت، أو القتل الخطأ في عرف القوانين الوضعية الراهنة، وجرائم السب والقذف والتهديد، وجرائم أخرى مثل تعكير الأمن والعبث به، وتهديد سلامة الأرواح والاعتداء على حرمة الملكية الخاصة⁴، وقد استفاد من هذه النوازل ليفي بروفنسال حيث رجع إليه في كثير من المواضع التي كتبت عن نظم الحكم في الأندلس، وعن حياة المجتمع الأندلسي وأوضاعه الاقتصادية والاجتماعية⁵.

-الأحكام، للشعبي أبي المطرف عبد الرحمن بن قاسم المالقي (ت497هـ)، ويسمى بنوازل الشعبي، طبع بتحقيق الدكتور الصادق الحاوي⁶. وكان قد نال به درجة الدكتوراه في الفقه والسياسة الشرعية من الكلية الزيتونية

¹ قضايا المجتمع المرابطي من خلال النوازل الفقهية. 64/2. مرجع سابق.

² انظر ص 4. من مقدمة الكتاب.

³ وثائق في شؤون الحسبة في الأندلس. ابن سهل. ص 6.، مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى للقاضي أبي الأصمغ عيسى بن سهل، دراسة وتحقيق محمد عبد الوهاب خلاف، مراجعة محمود علي مكي، مصطفى كامل إسماعيل، القاهرة، المركز العربي العالمي للإعلام، 1985م،

⁴ وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق: عبد الوهاب خلاف. ص 43-47-101. المركز العربي، القاهرة 1980 م.

⁵ انظر كتب النوازل مصدراً للدراسات التاريخية والقانونية بالمغرب والأندلس. د. أنور محمود زناقي. ص 125. مرجع سابق.

⁶ قضايا المجتمع المرابطي من خلال النوازل الفقهية. 64/2. مرجع سابق.

للشريعة وأصول الدين في تونس بإشراف: محمد الشاذلي سنة 1402هـ¹. قال عنها النباهي المالقي: «مجموع نبيل يقرب من مفيد ابن هشام»².

- وهناك نوازل توفي مؤلفوها في القرن السادس الهجري، غير أنني أورد أسماء بعضها هنا لارتباطها بالقرن الخامس الهجري من حيث التأصيل والتنزيل:

-الإعلام بالخاضر والأحكام، وما يتصل بذلك مما ينزل عند القضاة والحكام لابن دبوس عبد الله بن أحمد الزناتي اليفرنى قاضي فاس (ت511هـ) تقع في أربعة أجزاء لا يعرف منها إلا جزءان بمكتبة القرويين، تحت رقم 349/1. وقد حقق الباحث: إدريس السفيناني، الجزء الأول والثاني بإشراف الدكتور: محمد الروكي، (رسالة ماجستير)، بجامعة محمد الخامس، نوقشت في 21/11/1994.

-نوازل ابن بشتغير، أحمد بن سعيد اللخمي اللورقي (ت516هـ)، وقد حققه الدكتور: قطب الريسوني حيث كان موضوع أطروحته الدكتوراه، وطبع في مجلد واحد بدار ابن حزم سنة 2008، ويتألف هذا الكتاب من قسمين: قسم الدراسة اشتمل على خمسة فصول، وقسم التحقيق.

-فتاوى ابن رشد، أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت520هـ)، جمعها تلميذه الفقيهان القرطبيان: أبو الحسن محمد ابن الوزان، وأبو مروان عبد الملك بن مسرة، وقد طبع بدار الغرب الإسلامي في ثلاثة أجزاء سنة 1987، بتحقيق الدكتور: المختار التليلي، وصدر مطبوعاً - أيضاً - بعنوان ((مسائل ابن رشد)) في مجلدان سنة 1993 بمطبعة النجاح الجديدة، للدكتور: محمد الحبيب التجكاني، مرقون بدار الحديث الحسنية بالرباط أطروحة دكتوراه.

-المسائل والأجوبة لعبد الله بن محمد بن السيد البطليوسي (ت521هـ)، طبع قسم منه ببغداد بتحقيق الدكتور: إبراهيم السامرائي في مجموعة سماها " رسائل في اللغة " سنة 1964. وهذا الكتاب يشتمل على الردود، والأجوبة، عن بعض المشاكل، والأسئلة، التي كان ابن السيد، قد طوّل بالجواب عنها، بعضها استفهام واسترشاد وبعضها امتحان وعناد. وتوجد له نسختان، كما ذكر بروكلمان في تكملة " 1758 "، نسخة في الاسكوريال باسم " المسائل والأجوبة " ، برقم 1518، وأخرى في مكتبة جامع القرويين، بفاس، باسم " كتاب الأسئلة " ، تحت رقم 1240 ، ، وقد سماه " المسائل والأجوبة " ، كما صرح به ابن السيد، في خطبة الكتاب، حيث قال: " سميته، كتاب المسائل والأجوبة ليكون معروفا بهذا السمة "3.

-نوازل الأحكام، أو الفصول المقتضبة من الأحكام المنتخبة لابن الحاج الشهيد محمد بن أحمد بن خلف التجيبي القرطبي (ت529هـ)، وهو يحقق الآن من قبل الدكتور: أحمد اليوسفي⁴، يقول د.أنور الزناتي عن أهمية هذه النوازل: " وكان لاكتشاف نوازل ابن الحاج، ... أن قدمت خدمة معرفية لا مثيل لها، فقد كشفت وثائق ابن الحاج زيف ادّعاءات المدرسة الاستعمارية حول مسائل القبيلة والتراتب الاجتماعي، كما كشفت الملكيات العقارية والنزاعات في

¹ - فتاوى الشاطبي. مقدمة المحقق: محمد أبو الأحفان، ص86. مطبعة الاتحاد العام التونسي، ط1، 1984.

² - تاريخ قضاة الأندلس. النباهي المالقي، ص 107، 108. ت: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ط: 5، 1983.

³ انظر القرط على الكامل. ابن سعد الخير. 38/1. الكتاب مرقون آليا. موقع: www. islamport.com

⁴ انظر جهود فقهاء المالكية المغربية. 226. مرجع سابق.

الريف الأندلسي والمغربي وأهمية إعادة النظر في نظرية علماء الأنثروبولوجيا من أساسها، وأدعياء أن نهضة الأندلس قائمة على الميراث الروماني حول تقنيات السقي وتوزيع المياه في البساتين"1.

المبحث الثالث : خصائص التأليف النوازلي خلال القرنين الرابع والخامس الهجريين :

إن غاية مدارس النوازل التطبيقية عند فقهاء الغرب الإسلامي من المالكية، الوقوف على العطاء العلمي ومدى خدمة الفقه المالكي للناس في واقعهم، فالعطاء العلمي يتجلى في أمرين اثنين من خلالهما ينتقل الكلام النظري إلى واقع عملي، وهما القضاء باعتباره تجسيدا للفقه، وإلزاما بقواعده، والنوازل باعتبارها وعاء الإخبار بالأحكام الشرعية للمسائل الفقهية التي تقع للناس فيجدون الحل لها.

وقد شكّلت المؤلفات النوازلية التي شهدها القرنين الرابع والخامس الهجري عند فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي هذا العطاء العلمي في الإجابة عن أسئلة الناس وفي ربط الفقه بالواقع المعيش، بل شكّلت -إضافة إلى ذلك- تحولا مهما في مجال التدوين الفقهي عموما، من حيث إبراز خصائص ومميزات المجتمع بالغرب الإسلامي، حيث جمعت هذه النوازل عددا من الوقائع التي يعيشها الناس داخل المجتمع وتصادف حياتهم المعيشية، لذلك استطاع بعض الباحثين أن يقفوا عند هذه النوازل ويشغلوا من خلالها في إبراز الحالة الاجتماعية والثقافية والفكرية وحتى السياسية للمجتمع خلال هذه الفترة، فمثلا في نازلة لابن سهل في أحكامه يحكي لنا عن مستوى عيش السكان في الأندلس في القرن الخامس الهجري، جاء فيها: "فرض لها من المعاش قفيز قمح في الشهر بالكيل القرطبي وهو فيها وسط من الوقت، وهو بلمد أربعة وأربعون مدا، هكذا قال ابن حبيب في ذلك كله، ويريد بهذا المد مد النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو رطل وثلاث، ويفرض لها من الادم: الزيت والخل على اجتهداه وعلى حال البلد، وأرى أن يفرض في بلدنا ربع خل، ونصف ربع زيت في الشهر لأنهما الادمان اللذان يدور عليهما المعاش كله من السخن والبارد مع الاستسراج من الزيت ويفرض لها من اللحم مرة بعد المرة، لا في كل ليلة، والوسط في الجمعة يوما وليلة، وأرى أن يفرض لها مع اللحم درهم في كل جمعة إذا كان زوجها موسرا... ويفرض لها من الخطب الحملان في الشهر، ولا يفرض لها سمن ولا عسل، ولا قطنية، ولا صير ولا جبن ولا غيره.."2

ومن خلال تتبع المصنفات النوازلية يتضح بعض الخصائص التي ميّزت هذه المؤلفات، وهي على إجمالها:

1- واقعية الفقهاء: وارتباطهم بحياة الناس وملاصمتهم للواقع المعيشي، وتفقههم في هذا الواقع، بمعرفة كل دقائقه وتفصيله وحيثياته، على اعتبار أن معرفة فقه الواقع هو شرط في الفتوى3 ويتأكد عند الجواب عن النازلة وفي إيجاد

¹ كتب النوازل. ص 126. مرجع سابق.

² الأحكام الكبرى لابن سهل. تحقيق: محمد حسن اسماعيل. 183-184. دار الكتب العلمية. ط 1/2005.

³ تعدّد كتب أصول الفقه التقليدية شروطا للمجتهد ليس من بينها "معرفة الواقع"، وقد تنبه إلى أهمية ذلك من المتقدمين الإمام أحمد، إذ ذكر ابن القيم في أعلام الموقعين نقلا عنه أنه قال: "لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال: (...) الخامسة: معرفة الناس". إعلام الموقعين عن رب العالمين. دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. 255/1. مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. مصر. 1388هـ/1968م. ويوسّع د. يوسف القرضاوي هذا الشرط إلى معرفة الناس والحياة فيقول: "وهذا شرط لم يذكره الأصوليون في شروط الاجتهاد، وهو معرفة المجتهد بالناس والحياة من حوله، ذلك أنه لا يجتهد في فراغ بل في وقائع تنزل بالأفراد والمجموعات من حوله، وهؤلاء تؤثر في أفكارهم وسلوكهم تيارات وعوامل مختلفة: نفسية وثقافية واجتماعية واقتصادية وسياسية، فلا بد للمجتهد أن يكون على حظ من المعرفة بأحوال عصره وظروف مجتمعه ومشكلاته وتياراته الفكرية والسياسية والدينية، وعلاقاته بالمجموعات الأخرى ومدى تأثره بها وتأثيره فيها". نقلا من مقال تحديد الفكر الاجتهادي. د. جمال الدين عطية. ص 179-180. مجلة قضايا إسلامية معاصرة. عدد 13.

الحكم الشرعي لها، وهو أمر مبسوط في كتب الأصول عند الحديث عن شروط المفتي، فلكي يفتي المجتهد الناس أو يُنزل حكماً على النازلة، ترتجده ملزماً - ضرورة - بمعرفة الواقع والظروف، يقول العلامة عبد السلام الهواري (ت749هـ): "إنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه و انطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس، و هو عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيراً من الفقه ويفهمه و يعلمه غيره، فإذا سُئل عن واقعة لبعض العوام من مسائل الصلاة، أو مسألة من الأعيان لا يحسن الجواب، بل و لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر"¹.

2- استيعاب مصادر الفقه المالكي: وتعمقهم فيها وقدرتهم الفائقة في التعامل معها وتنزيلها على الواقع... وذلك إعمالاً لمصدرين تشريعيين للفقه المالكي هما العرف وعمل أهل المدينة ثم الإبداع في الفقه النوازلي من حيث المرتكز الأصولي ومن حيث تطويعهم لهذا الفقه ليتماشى مع واقع الناس وحياتهم اليومية وكذا مع المستجدات والتطورات².

3- التأليف في نوازل الأحكام: تديرهم لـ "فقه النوازل" على منهجية النوازليين الكبار، من خلال تدوين نوازل الأحكام، الذي "يقتصر على كبار الفقهاء النوازليين الذين كان يستشيرهم القضاة قبل إصدار أحكامهم في القضايا المشكلة المعروضة"³، لأن القضاء بالغرب الإسلامي "كان مبنيًا على خطة الشورى، حيث يعين الخليفة أو الأمير إلى جانب كل قاض من قضاة الحواضر فقيهاً مشاوراً أو أكثر، يستشير القاضى -كتابة- في المسائل التي ينظر فيها بين الخصوم"⁴.

4- تنوع مناهج التأليف النوازلي: خلال هذه الفترة بين:

جميع أجوبته وأجوبة سابقه ومعاصريه ويرتبها على أبواب الفقه المعروفة، منها مثلاً: الأسئلة والأجوبة، لأبي حفص أحمد بن نصر الداودي (ت307هـ)، أجوبة القابسي، أبي الحسن علي بن محمد بن خلف التونسي (ت403هـ).

جميع فتاواه وفق الأبواب الفقهية من طرف من أتى بعده، منها مثلاً: المجموع المذهب في أجوبة الإمامين ابن وهب (ت197هـ) وأشهب (ت204هـ) جمع وتوثيق وتقديم الدكتور حميد لحرمر، مسائل ابن زرب، أبي بكر محمد بن يبقى القرطبي (ت381هـ). جمعها يونس القاضي أبو الوليد بن عبد الله بن محمد بن مغيث يعرف بابن الصفار (ت429هـ) وفتاوى ابن أبي زيد القيرواني، جمعها د. حميد لحرمر.

5- الترف العقلي للفقهاء المالكية الكبار: النتاج الوافر لكبار الفقهاء والعلماء الذين نافحوا عن المذهب المالكي، حيث نجد أغلبهم أُلّف في النوازل أو تحدث فيها فجمعت أجوبته بعد ذلك، وهذا يدلنا على الترف العقلي الذي تميز به هؤلاء العلماء، من حيث إعمال العقل في استنباط الحكم من المصدر الشرعي ليتم تطبيقه على النازلة، "ولذا

¹ - المعيار العرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي، ، 79/10، 80. أخرجه: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

² دور الفقه النوازلي في تثبيت المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، د. محمد ناصر المتوي مشكوري، 129/2. أعمال الندوة الدولية دور المذهب المالكي، مرجع سابق.

³ دور الفقه النوازلي، 134/2. مرجع سابق.

⁴ فقه النوازل في الغرب الإسلامي. حوار مع الدكتور محمد التمساني والدكتور توفيق الغليزوري. مرجع سابق.

⁵ طبع ضمن إصدارات كتاب دعوة الحق عدد 20. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1430هـ/2009.

بقي باب الاجتهاد مفتوحا في كل المسائل النازلة والتي كانت تتطلب حلا شرعيا مقبولا وقابلا للتطبيق"¹، وهو الأمر الذي يؤكد حقيقة " قدرة الفقه على مواكبة تطورات الحياة ومستجداتها" و"قدرة الفقهاء على الاستنباط والاستخراج والتنزيل"، ويمثل مستوى الرقي الحضاري الذي وصل إليه المجتمع خلال هذه الفترة، فكل من أرخ للمراحل التي مر بها هذا النوع من الفقه يؤكد على أن القرنين الرابع والخامس الهجريين ازدهرا فيهما الإفتاء أو الاتجاه النوازلي عموما، ومن هنا بلغتنا أهم المؤلفات في النوازل الفقهية، بل ظل هذان القرنان يشكلان مرجعية لكل المؤلفات اللاحقة، فانتقل الاجتهاد والاستنباط في الغرب الإسلامي إلى مرحلة النضج والإبداع ليحصل التكامل الذي أنتج الاتجاه النوازلي في هذه المنطقة.

6- اعتمادهم الاجتهاد : من حيث التركيز على المصلحة والعرف وعلى العمل وعلى مقاصد الشريعة الإسلامية في إيجاد الحلول للنوازل الطارئة التي كثرت فاحتاج معها الفقه إلى التطور، فشكلت النوازل والبحث فيها وفهمها بواد نواة الفكر المقاصدي ليستقل بعد ذلك في إطار علمي ممنهج، يدلنا على هذه الحقيقة أن هؤلاء النوازلين أغلبهم استوعب المناهج المقاصدية واعتمدها في استنباطاته وتخرجاته، أمثال: سحنون، اللخمي، الباجي، وفق ما حدده عدد من الباحثين في دراستهم لفكر هؤلاء العلماء الذين وجدوا في هذه الأصول الاجتهادية ضالتهم لتحرير الجواب فيما ينزل ويحدث من الأقضية والمسائل، لأن "المصلحة هي مناط الإفتاء في الفقه النوازلي"².

7- اعتماد أصول الإمام مالك في الإفتاء: مالكية الغرب الإسلامي كانت لهم مدرسة خاصة في مجال الاجتهاد والاستنباط، ولم تتأثر بغيرها من المناهج والطرائق مما كان معروفا في المشرق، لأنهم انشغلوا في القرنين الثالث والرابع بالدفاع عن المذهب المالكي انطلاقا من القيام بأصول الإفتاء والاجتهاد وفق أصول الإمام مالك، لهذا نجد ابن أبي زيد القيرواني مثالا يؤلف كتابا في الدفاع عن المذهب كـ "كتاب الاقتداء بأهل المدينة"، و"كتاب الذب عن مذهب مالك"، فظهرت آثار ذلك على الاتجاه النوازلي في القرنين الرابع والخامس الهجري، فتميزت بخاصية الاجتهاد وفق الأصول المالكية التي نبه إليها القاضي عياض رحمه الله بقوله: " وإشارات - أي مالك في الموطأ - إلى مآخذ الفقه وأصوله التي اتخذها أهل الأصول من أصحابه معالم اهتمدوا بها وقواعد بنوا عليها"³، فخصوصية التدوين النوازلي عند فقهاء الغرب الإسلامي في هذه الفترة مستمدة من المذهب المالكي أصولا وفروعا.

وخاتمة القول :

فإن أهمية تتبع ودراسة كتب النوازل خاصة في هذه الفترة، ينبع من كم المؤلفات التي جمعت ودوّنت من طرف فقهاء المالكية بالغرب الإسلامي، والتي لا يزال الكثير منها حبيس الرفوف ينتظر من يقوم بتحقيقه أو جمعه في مؤلف خاص وفق المنهجية التي اشتغل عليها د. حميد لحمر، في جمعه لفتاوى ابن أبي زيد القيرواني، وأبي الحسن اللخمي، فضلا عن القضايا الأخرى التي يمكن الرجوع إليها والاشتغال عليها ضمن هذه المؤلفات، كمراعاة التعقيد المقاصدي في استنباط الأحكام للنازلة، واصل فهم الواقع، وغيرها من الأصول التي تمكن البحوث والدراسات المستقلة من الوقوف عليها، وكذلك دراسة الجوانب التاريخية والثقافية والاجتماعية خلال هذه الفترة. فكتب النوازل خلال القرنين الرابع والخامس الهجري من الذخائر النفيسة التي لا يستغنى عن الاستفادة منها في تبين معالم منهج الفقهاء

¹ دور الفقه النوازلي 135/2. مرجع سابق.

² دور الفقه النوازلي. 137/2. مرجع سابق.

³ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك. تحقيق: أحمد بكير محمود. 90/1. دار مكتبة الحياة بيروت. (د.ت.).

المالكية في استنباط الأحكام وكيفية تنزيلها على وقائع الناس المختلفة، ولذلك عرف العالم النوازل في الغرب الإسلامي بالعالم المجتهد الذي فاق غيره حالة كونه مالكا لقدر كبير من التجارب العملية، مما جعل علماء النوازل بالغرب الإسلامي قلة بالنظر إلى غيرهم من المفتين.

لائحة المصادر والمراجع :

- جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية. د. مبارك جزاء الحربي. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الرابع والستون - المجلد 21. السنة الحادية والعشرون - مارس 2006.
- ترتيب القاموس المحيط على طريق المصباح المنير وأساس البلاغة. الطاهر أحمد الزاوي. ط3. دار الفكر. (د.ت.).
- مذاهب الحكماء في نوازل الحكماء للقاضي عياض السبتي. تقديم وتحقيق: محمد بنشرية. ط2. دار الغرب الإسلامية. بيروت. 1997.
- معجم لغة الفقهاء. د. محمد رواس قلعة جي ، ترجمة وتحقيق: د. حامد صادق قنبي. ود. قطب سانو. دار النفائس. 2007.
- مجموعة رسائل ابن عابدين . محمد ابن عابدين . دار إحياء التراث العربي .د.ت.
- سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة ، د. وهبة الزحيلي .دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع. 2011.
- فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية. د. محمد بن حسين الجيزاني. دار ابن الجوزي. ط2/1426هـ/2006.
- كتب النوازل مصدرا للدراسات التاريخية والقانونية بالمغرب والأندلس. مجلة البيان. العدد 1432/284هـ.
- فقه النوازل في الغرب الإسلامي. حوار مع الدكتور محمد التمسamani والدكتور توفيق الغلبزوري. منشور بالموقع: <http://islamweb.org>
- تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي. محمد بن حسن شرحبيلي .وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط1421/2000هـ.
- فقه النوازل في سوس ، د. الحسن العبادي ، ص 55. مجلة دار الحديث الحسنية العدد 1415. 12. 1995هـ/1995.
- المدخل إلى فقه النوازل ، د. عبد الناصر أبو البصل. منشور ضمن بحوث مجلة اليرموك .العدد الأول. 1997م.
- معلمة الفقه المالكي. عبد العزيز بن عبد الله. دار الغرب الإسلامي. ط1. 1403هـ/1983م.
- انظر الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. مطبعة إدارة المعارف بالرباط 1340هـ. وكمل بمطبعة البلدية بفاس 1345هـ.
- آراء الإمام الداودي في باب المعاملات من خلال المعيار، الطالب: حميم عمران، جامعة الحاج لخضر باتنة/الجزائر.
- سير أعلام النبلاء. محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي. مؤسسة الرسالة. ط1. 1422/2001هـ.

-الدبياج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب.ابن فرحون.تحقيق: محمد الأحمد أبو النور.دار التراث للطبع والنشر. القاهرة.د.ت.

-الأعلام - خير الدين الزركلي.دار العلم للملايين.ط15/2002.

-قضايا المجتمع الرباطي من خلال النوازل الفقهية.د.مبارك رخيص.أعمال الندوة الدولية دور المذهب المالكي في تجربة الوحدة الرباطية لدول الغرب الإسلامي الكبير.مطبعة البلابل.فاس.2010.

-وثائق في شؤون الحسبة في الأندلس.ابن سهل. مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى للقاضي أبي الأصمغ عيسى بن سهل، دراسة وتحقيق محمد عبد الوهاب خلاف، مراجعة محمود علي مكي، مصطفى كامل إسماعيل، القاهرة، المركز العربي العالمي للإعلام،1985م،

-وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق : عبد الوهاب خلاف. المركز العربي ، القاهرة1980 م.

-فتاوى الشاطبي. مقدمة المحقق: محمد أبو الأجفان. مطبعة الاتحاد العام التونسي ، ط1، 1984.

-تاريخ قضاة الأندلس.النباهي المالقي. ت: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ط: 5، 1983.

-القرط على الكامل. ابن سعد الخير.الكتاب مرقون آليا بموقع:www. islamport.com

-الأحكام الكبرى لابن سهل.تحقيق:محمد حسن اسماعيل. دار الكتب العلمية.ط1/2005.

-إعلام الموقعين عن رب العالمين.دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. مصر. 1388هـ/1968م.

-مقال تجديد الفكر الاجتهادي. د. جمال الدين عطية.مجلة قضايا إسلامية معاصرة. عدد 13.

-المعيار العرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب.الونشريسي. أخرجه: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي.بيروت.

-المجموع المذهب في أجوبة الإمامين ابن وهب(ت197هـ) وأشهب(ت204هـ) جمع وتوثيق وتقديم الدكتور حميد لحمر طبع ضمن إصدارات كتاب دعوة الحق عدد20.منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1430هـ/2009.

مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع بين الفقه الإسلامي وقانون العقود والالتزامات المغربي



الدكتور بوزيد الغلي دكتوراه في الدراسات الإسلامية

من كلية الآداب جامعة محمد الخامس الرباط

تتأتى أهمية بيان مدى تبعية فروع أو توابع الحبل وملحقاته منقولا كان أو عقارا من كونها تندرج ضمن أهم قواعد التسليم والتسلم في عقد البيع فضلا عن كونها غالبا قد تكون موضوع تنازع بين طرفي العقد البيع عند التسليم أو بعده ،

ونظرا لأهمية مسألة الفروع والملحقات ومدى تبعيتها لأصلها وشمول العقد لها ، فقد حظيت بوافر عناية أنظار فقهاء الشريعة والقانون ، وسنحاول فيما يأتي أن نسلط بعض النور على ما تمخض عنه النظر الفقهي والتشريعي في المسألة ، وذلك وفق الترتيب الآتي :

أولا : مدى تبعية الفرع للأصل في عقد البيع بين الفقه الإسلامي :

ذكر الزركشي في المنثور بعض تطبيقات تبعية التابع للمتبوع أو الأصل للفرع حيث قال :

" - التابع لا يفرد :

من فروعه : (أنه) يملك عرصة الدار ببناء الدار.

ومنه : يدخل الحمل في بيع الأم ، ولو باع الحمل لم يصح. نعم لو أعتقه صح ، (و لو) لم تعتق الأم لأنها لا تتبعه بخلاف العكس.

- التابع يسقط بسقوط المتبوع :

- التابع لا يتقدم على المتبوع ... كما لو باع بشرط الرهن، فقدم لفظ الرهن على البيع لا يصح "1.
وقال السيوطي في الأشباه والنظائر :

" التابع تابع : يدخل في هذه العبارة قواعد ، الأولى (أنه لا يفرد بالحكم، لأنه إنما جعل تبعاً ... ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها فلا يفرد بالبيع "2.

ويتخلص من هذين النصين أن تبعية الفروع للأصول قاعدة مؤهلة مؤصلة عند الفقهاء، وتندرج تحتها صور وتطبيقات ورد ذكر بعضها أعلاه، بيد أن السؤال الذي يفرض نفسه هو: هل هذه القاعدة عامة مطردة، أم أن الأمر لا يخلو من استثناءات معينة؟.

للإجابة عن هذا السؤال الهام يتعين الاستهداء - في تقديري - بهذا التفصيل الذي ورد عند الزركشي في المنشور:
" التبعية ضربان :

أحدهما : مع الاتصال بالمتبوع ، فيلتحق به (التابع) لتعذر انفراجه عنه كذكاة الجنين ذكاة أمه ... وكذلك تبعية الحمل في العتق والبيع وتبعية المغرس للأشجار والأس للدار .

والثاني : بعد الانفصال كالصبي إذا أسير معه أحد أبويه ، فإنه يتبعه وإن كان منفصلاً عنهما "3

يظهر من خلال هذا الكلام، أن عتبة الجواب عن السؤال الأنف الذكر، هي إدراك طبيعة علاقة الفرع بالأصل هل هي علاقة اتصال أم علاقة انفصال.

* حالة اتصال التابع بالمتبوع :

إذا كان الفرع والأصل يشكلان وحدة متلاحمة، بحيث يصعب الفصل بين الأجزاء المكونة لها كالجنين في بطن أمه، فإن عبارات الفقهاء تكاد تجمع على أن الفرع يتبع الأصل ويتخذ حكمه. فإذا انتقل الأصل من ملكية صاحبه إلى ملكية غيره بمقتضى عقد البيع مثلاً، فإن الفرع ينتقل أيضاً بانتقال أصله، فالأشياء المتصلة بالعقار اتصال قرار تنتقل بمقتضى العقد على العقار من البائع إلى المشتري ، كما أن الثمار غير المأبورة تسلم إلى المشتري الذي انتقلت إليه ملكية أشجارها أو أصولها . قال الشيرازي في هذا المعنى : " ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية ... ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبعه " 4 .

وقال أبو الحسن التسولي في المعنى ذاته : " وإذا كان في الشجرة ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر، فلا يجوز للبائع استثناء ذلك، كالجنين في بطن أمه، وهو للمشتري بمقتضى العقد " 5 . وقال ابن مفلح : " كل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الأصل، وغير المؤبرة لمن انتقل إليه " 6 .

¹ المنشور في القواعد ج 1 ص 235-236 .

² الأشباه والنظائر في الفروع السيوطي دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ص 81 .

³ المنشور في القواعد ج 1 ص 238-239 .

⁴ المهذب ج 1 ص 341 .

⁵ البهجة ج 2 ص 16 .

⁶ المبدع ج 4 ص 165 .

ولا ريب أن علة قياس الزرع الكامن والثمر غير المأبور على الحمل الكامن، هي كموه وعدم ظهوره، مما يعني ترده بين الوجود والعدم، وما كان كذلك فالعقد عليه يعد من باب الغرر نظراً لأن له خطر العدم، ومعلوم أن الاتفاق الفقهي الحاصل بشأن انتقال ملكية الثمار غير المعقودة بانتقال ملكية أصلها، يستند إلى فحوى الحديث الصحيح " عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ¹ ".

* حالة انفصال التابع عن المتبوع :

إذا كان الفرع منفصلاً عن الأصل، فإن الأمر لا يخلو من حالتين مختلفتين من حيث الجملة في الحكم، فإما أن يكونا منفصلين، ولكن الفرع من مصلحة الأصل كما يعبر الفقهاء، أي أنه لا غنى عنه، كالسُّلم والدرج بالنسبة للبناء العلوي ²، فيعتبر من ملحقاته أو حقوقه التي تتبعه بنفس العقد. أما إذا لم يكن من مصلحته، فإن حكمه يختلف عن حكم سابقه، إذ قد لا يعتبر عند الفقهاء من توابع الأصل التي تلتحق به، كما هو الحال في صغير الحيوان، إذ يجيز بعض الفقهاء التفرقة بينه وبين أمه في العقد بحيث لا يشملها، خلافاً للمقرر في الفصل 523 ق.ل.ع.م كما سيأتي بيانه.

قال الإمام الشافعي في هذا المعنى: " فإن الناس لم يختلفوا في أن كل ذات حمل من بني آدم ومن البهائم بيعت، فحملها تبع لها، كعضو منها داخل في البيع بلا حصة في الثمن، لأنه لم يزايلها، ومن باعها وقد ولدت، فالولد غيرها، وهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فيكون قد وقعت عليه الصفقة " ³.

و الواضح من كلام الإمام الشافعي أن التفرقة بين الأم وولدها جائزة - عنده - ما دام منفصلاً عنها، سواء تعلق الأمر بالإنسان أم بالحيوان، خلافاً لبعض فقهاء المالكية والحنابلة الذين لا يجيزون التفرقة بين الأم الأدمية وولدها إلا بعد التأكد من استغنائه - ولو جزئياً - عن خدماتها وخاصة الرضاعة، فقد اشترط ابن عاصم حصول الإثغار (وهو تمام نبات بدل روضعه كلها بعد سقوطها، ولا يكفي بنبات بعضها) ⁴ حيث قال:

امتنع التفريق للصغار *** من أمهم إلا مع الإثغار ⁵

قال التسولي موضحاً معنى هذا النظم: " ... ومفهوم قول الناظم (من أمهم) أن التفرقة من الأب جائزة، وفهم منه أيضاً أن التفرقة في الحيوان البهيمي جائزة، وبه صرح ابن سلمون قال: " ولا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها الصغير بخلاف غيرها من الحيوان ... وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي " ⁶.

قال الخطاب في السياق نفسه: " ومن البيوع المنهي عنها البيع الذي يفرق بين الأم وولدها، والأصل فيه ما أخرجه الترمذي عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " من فرق بين الوالدة وولدها، فرق الله

¹ رواه مسلم في كتاب البيوع باب من باع غلاً عليها ثمر رقم الحديث 1543 ص 156 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ج 5 طبعة 1995-1415

² انظر في هذا المعنى: المهذب ج 1 ص 341.

³ الام تأليف محمد بن ادريس الشافعي (150-204 هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية (1403-1983 هـ) ج 4 ص 161.

⁴ البهجة ج 2 ص 44.

⁵ المجموع الكبير من المتنون - متن ابن عاصم

⁶ البهجة ج 2 ص 44.

بينه وبين أحبته يوم القيامة 1" " ... قلت: هذه شاة وابنتها صغيرة معها ، فلا يجوز التفريق بينهما، فقد روى عيسى ابن القاسم في البهائم وأولادها مثل أولاد بني آدم ، و قال ابن ناجي في شرح الرسالة : والتفرقة جائزة في الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب. وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز ... وتأوله بعض شيوخنا بأن معناه أن التفرقة تعذيب لها، فهو من النهي عن تعذيب الحيوان 2 .

و الحاصل من تأمل مضامين المتون الفقهية السابقة ، أن أنظار الفقهاء اختلفت بشأن حكم التفرقة بين الأم وصغيرها ، ويمكن أن نرد المختلفين إلى فريقين :

الفريق الأول : يرى جواز التفرقة بين الأم وصغيرها، وهذه التفرقة جائزة خاصة ومقصورة على الحيوان البهيمي دون الإنسان عند ابن سلمون، وعامة شاملة لهما عند الإمام الشافعي الذي لا يرى حرجا في التفرقة بين الأم الآدمية وولدها كما يظهر من كلامه الأنف الذكر.

الفريق الثاني : يرى عدم جواز التفرقة بين الحيوان وصغيره لاعتبارات شرعية وأخرى أخلاقية، واقصد بالاعتبار الشرعي ما ورد في الحديث أعلاه من نهى عن التفرقة بين الأم وولدها، أما الاعتبارات الأخلاقية فتنبعث من وجوب الرفق بالحيوان، وتتجسد فيما علل به البعض عدم جواز التفرقة بوصفها تعذيبا غير مشروع للحيوان. ومن المفيد الإشارة في هذا المقام إلى أن ابن سلمون قد قصر جانب النظر إلى هذه الاعتبارات الأخلاقية على الآدمي فذهب إلى القول بعدم جواز التفرقة بين الأم الآدمية وولدها خلافا للحيوان كما أسلفنا.

و إذا ما رمنا عقد مقايضة أو مقارنة في هذا الموضوع بين ما لمسناه عند الفقهاء من تنوع في الرأي واختلاف في الموقف من التفرقة بين الحيوان وصغيره، وما نجد ماثورا في ثانيا الفصل 523 ق.ل.ع.م الذي صرح بأن بيع الحيوان يشمل :

1- صغيره الذي يرضعه.

2- الصوف أو الوبر أو الشعر المتهيء للجز.

نستخلص أن هذا الموقف يتفق إلى حد كبير مع موقف بعض فقهاء المالكية الذين لا يميزون التفرقة بين الحيوان وصغيره ، إلا إذا أصبح الصغير مستغنيا عن أمه بانتهاء فترة رضاعه وبقدرته على الرعي من أجل تحصيل قوته. فقد نقل الخطاب والتسولي رواية عن ابن القاسم مفادها أن التفرقة بين الحيوان وولده لا تجوز، وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي 3 .

ويستشف من فحوى هذا الكلام، أن من يرى من الفقهاء عدم جواز التفرقة بين الحيوان وصغيره ، يقيم رأيه على علة مقبولة، وهي عدم جواز تعذيب الصغير بفصله عن أمه قبل أن يقوى على الاستقلال عنها والاستغناء عن خدماتها، ولعل المشرع المغربي قد نظر أيضا إلى هذا الجانب الأخلاقي ، فاعتبر أن الرضيع يلحق بأمه ويشمله العقد ، ويفهم من ذلك، أنه إذا حان فطامه عُد مستقلا عنها ، فلا يشمل العقد.

¹ سنن الترمذي - كتاب البيوع باب ماجاء في كراهية الفرق بين الاخوين او بين الوالدة وولدها في البيع رقم الحديث 1283.

² مواهب الجليل ج 4 ص 370 .

³ البهجة ج 2 ص 44 - مواهب الجليل ج 4 ص 370 .

قال السنهوري في هذا المعنى: " إن صغير الحيوان الذي يعد من ملحقاته هو الرضيع، أما إذا كان الصغير قد شب عن الرضاعة فلا يدخل في المبيع 1". وإلى هذا المعنى أشار ابن حزم حيث قال: "وجائز بيع الصغار حين تولد، ويجبر كلاهما على تركها مع الأمهات إلى أن يعيش دونها عيشا لا ضرر فيه عليها، وكذلك يجوز بيع البيض المحضونة، ويجبر كلاهما على تركها إلى أن تخرج وتستغني عن الأمهات 2".

أما مسألة شمول بيع الحيوان الصوف أو الوبر أو الشعر المتهى للجز كما صرح بها الفصل الأنف الذكر، فإن قواعد الفقه الإسلامي القائمة على أن "التابع تابع" تقبل تبعية الصوف أو الوبر للحيوان المبيع، لكن يجدر التنبيه إلى أن جمهور العلماء قالوا بطلان بيع الصوف على ظهر الغنم 3، خلافا لسعيد بن جبير ومالك والليث وأبو يوسف الذين قالوا بجواز بيعه بشرط أن يحز قريبا من وقت البيع، كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل 4.

والحق أن النظر الفقهي الإسلامي قد أبعد النجعة، فتناول هذه المسألة تناولا يقي المكلفين من شر النزاع حول تكلفة ومصاريف جز الصوف أو الوبر إذا بيع على ظهر الحيوان. أي إذا بيع التابع منفردا دون المتبوع. قال ابن حزم في هذا السياق: "و من باع صوفا أو شعرا على الحيوان، فلجز على الذي له الصوف والشعر والوبر، لأن عليه إزالة ماله عن مال غيره... 5".

ومن المفيد الإشارة في هذا المقام أيضا إلى أن ابن حزم ناقش حكم بيع فراخ الحمام ومدى تبعيتها لأصلها، حيث قال رحمه الله: "لا يحل بيع فراخ الحمام في البرج مدة مسملة كسنة أو ستة أشهر أو نحو ذلك لأنه بيع ما لم يخلق. وبيع غرر لا يدرى كم يكون... وإنما الواجب الحلال في ذلك بيع ما ظهر منها بعد أن يقف البائع أو وكيله، والمشتري أو وكيله عليها، وإن لم يعرفا أو أحدهما عددها أو يرها أحد ممن ذكرنا، فيقع البيع بينهما على صفة الذي رآها منهما، فإن تداعيا بعد ذلك في فراخ، فقال المشتري: كانت موجودة حين البيع فدخلت فيه، وقال الآخر: لم تكن موجودة حينئذ، ولا بينة، حلفا معا، وقضى بها بينهما، لأنها في أيديهما معا، فهي بيد المشتري بحق الشراء للفراخ التي في البرج، وهي بيد صاحب الأصل بحق ملكه للأصل من الأمهات والمكان، وبالله تعالى التوفيق، إلا إن كان المشتري قبض كل الفراخ، وعُرف ذلك، ثم ادعى أنه بقي له شيء هنالك، فهو للبائع وحده مع يمينه، لأنه مدعى عليه فيما بيده 6".

وتتلخص من هذا الكلام النفيس فائدتان:

- أولاهما: عدم جواز بيع الفراخ قبل أن توجد، لانه عقد احتمالي أو عقد غرر، وفي هذا يختلف الفقه لإسلامي مع نظرة القانون المدني عموما، إذ يبيح أن يكون المعقود عليه محتمل أو ممكن الوجود ما عدا بعض الاستثناءات التي بسطناها في بحث يتعلق بنظرية العقد في الشريعة والقانون المدني.

- ثانيتهما: جواز بيع الفراخ منفردة عن أمهاتها.

ودفعا لما قد ينشأ من خلاف بين طرفي البيع حول الشيء المبيع وزوائده، اعتبر الفقهاء انه بتمام العقد تنتقل ملكية المعقود عليه إلى المشتري، وتبعا لذلك فإن الزيادات التي تطرأ على الشيء يستحقها المشتري بنفس العقد. جاء في المادة

¹ مصادر الحق ج 4 ص 585.

² - المحلى 8/ 458.

³ - البدائع 5/ 138.

⁴ - المجموع 9/ 328.

⁵ - المحلى 8/ 404.

⁶ - المحلى 8/ 408.

480 من مرشد الحيران ما نصه : " الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمار والنتاج تكون حقا للمشتري ". وفي هذا، يتفق الفقه الاسلامي مع ما جاء في المادة 515 ق.ل.ع.م كما سنرى لاحقا بإذن الله.

وعلاوة على هذا، اعتبر الفقه الاسلامي خلفه الشيء ملكا للبائع ، إذ أن العقد لا يشملها ، إذ لم يقع إلا على ما كان موجودا لحظة العقد ، أما ما تجدد من غلال بعد العقد ، فليس من حق المشتري، الا إذا تم الإتفاق على ذلك. قال ابن عاصم في هذا المعنى:

وخلقة القصيل ملكه حري***لبائع إلا بشرط المشتري¹

ولنا عود لهذا الموضوع لمزيد من التوضيح في سياق مقارنته برأي ق.ل.ع.م في هذا الشأن.

ثانيا : مدى تبعية الفرع للأصل وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي :

طبقا لقاعدة الفروع والملحقات ذات الأصل الروماني²، أقر المشرع المغربي تبعية الملحقات والتوابع لأصولها ، سواء أكانت تلك الأصول عبارة عن عقارات أم منقولات.

- إذا وقع البيع على عقار معين ألحقت به توابعه وملحقاته ، و ذلك تبعا للمنصوص عليه في الفصول 517 - 518-519 ق.ل.ع.م:

- صرح الفصل 517 ق.ل.ع.م بأن بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني و أشجار، كما يشمل المزروعات التي لم تنبت ، و الثمار التي لم تعقد ، و لا يشمل البيع الثمار المعقودة و لا المحصولات المعلقة بالأغصان أو الجذور ، و لا النباتات المغروسة في الأوعية ، و لا تلك المعدة لقلعها و إعادة غرسها و لا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا خشباً ، و لا الأشياء المدفونة بفعل الإنسان و التي لا يرجع عهدها إلى قديم الزمان.

- قرر الفصل 518 ق.ل.ع.م بأن بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها ، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب و النوافذ و المفاتيح التي تعتبر جزءا متما للأقفال، و يشمل كذلك الأرحية و الأدراج و الخزائن المثبتة فيه، وأنابيب المياه و المواقد المثبتة بجدرانها. و لا يشمل بيع البناء الأشياء غير الثابتة التي يمكن إزالتها بلا ضرر ، و لا مواد البناء المجمعة لإجراء الإصلاحات ، و لا تلك التي فصلت بقصد استبدال غيرها بها.

- و أضاف الفصل 519 ق.ل.ع.م أن بيع العقار يشمل كذلك الخرائط و تقدير المصروفات و الحجج و الوثائق المتعلقة بملكيتها..".

ويلاحظ أن منطوق هذا النص يتفق تماما مع المقرر في الفقه المالكي ، فقد جاء في حاشية الدسوقي ما يفيد أن على البائع أن يسلم للمشتري "وثائق العقار"³، وبصيغة أعم نقول، إن على المتعاقدين أن يتبادلا تسليم الوثائق والمستندات المتعلقة بالأشياء التي يقع عليها التعاقد. بيد أن أهم ما يسترعي الانتباه ، هو أن الفقه الإسلامي قد سلم من العثرات التي وقع فيها التقنين المغربي، ولعل أبرزها أن "المشرع قد وقع في نوع من التناقض عند صياغته

¹ - المجموع الكبير في المتنون - متن ابن عاصم ص 102.

² - للتوسع أكثر بخصوص هذه القاعدة، أنظر :

Gilles Goubreaux : « La règle de l'accessoire en droit privé - Paris 1969 ».

³ - حاشية الدسوقي ج 3 ص 174.

للفصلين 517 و 524 ق.ل.ع.م 1 ، إذ لا يمكن للأرض والأشجار الموجودة فوقها أن تكون أصلا وفرعا في نفس الوقت 2

وبخلاف هذا التناقض الذي وقع فيه المشرع المغربي فإن الناظر المتفحص للتراث الفقهي الإسلامي، يلمس لدى الفقهاء تفاديا - عن وعي - للوقوع في هذا المزلق، إذ صرح السرخسي بما لا يدع مجالا للتناقض ، بأن "الأصل هو الأرض للثمار والنخل جميعا 3" ، معللا هذا الرأي تعليلا جميلا حيث قال : "ألا ترى أن بقوة الأرض تزداد الثمار جودة 4" . وقد زاد صاحب المبدع المسألة بيانا ، فأوضح أن الأرض أصل، والشجر والثمر فرع ، والأصل ليس تابعا للفرع حيث قال : "... فإن باعه شجرا ، لم تدخل الأرض ... لأن الاسم لا يتناولها ، ولا هي تبع للمبيع ، فإن باعه شجرة ، فله تبقيتها في أرض البائع كالثمر على الشجر... وفي الرعاية : يبقى بالاجرة ، إذ مغرسها للبائع 5"

تتبدى قيمة هذا النص في كشفه ان مغارس الاشجار تعد اصولا يستحيل ان تتحول إلى فروع !. ولذلك، فإن البيوع الواقعة على الأشجار، لا تنتقل بها ملكية مغارسها إلى المشتري خلافا لما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 524 ق.ل.ع.م الآنف الذكر:

و بإجمال، فإن البيع الواردة على عقار يشمل كل توابعه المصرح بها في الفصول الآنفة الذكر، غير أن ما يسترعي الاهتمام في هذا الصدد ، هو أن المشرع المغربي قد اعتمد في تحديد تلك التوابع على مصادر معينة، لعل من أهمها الفقه الإسلامي، بدليل أن اعتبار الثمار غير المعقودة من جملة توابع الشجر الموجود على الأرض المبيعة يشي باقتباس هذا الحكم من الفقه المالكي، فقد أورد ابن عرفة تفصيلا لآراء فقهاء المالكية بهذا الخصوص حيث قال : "... و إذا كان على الشجر الذي دخل تبعا للأرض ثمر مؤبر فهو للبائع للسنه، خلافا لابن عتاب محتجا بأنه حيث تناولت الأرض الشجر و هو أصل الثمر المؤبر فتتناوله بالأولى، أما إن كان غير مؤبر فهو للمشتري اتفاقا 6" ، و بهذا يظهر أن الثمر غير المعقود أو غير المؤبر يدخل في عقد البيع الواقع على الأرض تبعا لأصله (الشجر) الذي يتناوله العقد ، أما الثمر المؤبر أو المعقود فلا يشمله العقد بل يبقى على ملك صاحبه.

و يعلل صاحب البهجة التفرقة بين الثمار المعقودة و غير المعقودة في الحكم، و في شمول العقد على الأرض و الشجر لها بقوله نقلا عن ابن فتحون " و إذا كان في الشجرة ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر، فلا يجوز للبائع استثناء ذلك، كالجنين في بطن أمه، و هو للمشتري بمقتضى العقد 1" ، فقد اعتبر الثمر غير المعقود كالجنين في بطن أمه ، إذ يتأرجح بين الوجود و العدم ، و لذلك فإن اشتراطه و استثناءه يدخل العقد في باب الغرر المنهي عنه شرعا، وبالتالي كان الأولى و الأجدر أن يتبع أصله ، و يحوزه المشتري بمقتضى العقد اعتبارا لكون حيازته غير مقصودة لذاتها، و إنما تمت حيازته بحيازة محله أو أصله. وعطفا على ما سبق ذكره، فإن البيع الواردة على الأشجار يشمل الأرض القائمة عليها طبقا لمقتضى الفصل 524 ق.ل.ع.م، و قد لاحظ عبد القادر العرعاري كما تقدم أن صيغة هذا الفصل تخرج عن نطاق قاعدة تبعية الفرع للأصل ، إذ أن الأصل (الأرض التي تقوم عليها الشجرة) يغدو بمقتضى هذا الفصل

1 - صرح الفصل 517 ق.ل.ع.م بأن معاوضة أو بيع الأرض تشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار.
صرح الفصل 524 ق.ل.ع.م بأن بيع الأشجار يشمل الأرض القائمة عليها، كما يشمل ثمارها التي لم تعقد...

2 - الوجيز - العرعاري ص 108.

3 - المبسوط ج 13 ص 169.

4 - نفسه - ج 13 ص 169.

5 - المبدع ج 4 ص 161

6 حاشية الدسوقي ج 3 ص 170-171.

1 البهجة ج 2 ص 16.

تابعاً للفرع (الشجرة)، الأمر الذي يفهم منه " أن المشرع قد وقع في نوع من التناقض عند صياغته للفصلين 517 و 524 ق.ل.ع.م، إذ لا يمكن للأرض والأشجار الموجودة فوقها أن تكون أصلاً و فرعاً في نفس الوقت² " إلا أن هذا التناقض البين في صياغة الفصلين، لا ينشأ عنه تناقض في الحكم الوارد فيهما ، إذ تقرر في كلتا الحالتين أن الأرض و الشجر و الثمر غير المعقود ، يشملها جميعاً العقد ببيعاً كان أو معاوضة.

ب - بالنسبة للبيع الوارد على المنقولات، أورد فيه المشرع تطبيقات لقاعدة تبعية الفرع للأصل ، نذكر منها ما يلي :

- نص الفصل 523 ق.ل.ع.م على أن بيع الحيوان يشمل: صغيره الذي يرضعه.

- الصوف أو الوبر أو الشعر المتهيج للجز.

وقد سبق أن بينا موقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، وذكرنا الخلاف الحاصل بين الفقهاء فيما يتصل بالفرقة بين الحيوان وصغيره في عقد البيع.

- نص الفصل 520 ق.ل.ع.م على أن أبراج الحمام وخلايا النخل ، لا تعد جزءاً من العين المبيعة ، وفي هذا تمييز واضح بين النحل وكوآرته (الخلية). أما الفقهاء فقد ناقشوا مسألة بيع النحل في باب بيع الغائب على الصفة.

وفضلاً عن مضامين الفصل 524 ق.ل.ع.م الآنف الذكر ، تناول المشرع المغربي حكم الثمار والمنتجات باعتبارها ملحقات أو توابع للشيء المعقود عليه، و ذلك في المادتين 515 و 522 ق.ل.ع.م، إذ قضت أولاهما بأن للمشتري كل ثمار الشيء و زوائده سواء كانت مدنية أم طبيعية ابتداء من وقت تمام البيع ، و يجب تسليمها إليه معه ما لم يقض الاتفاق بخلافه ، بينما قررت ثانيتهما بأن البيع إذا ورد على الأشياء التي تتجدد بعد قطعها أو جني غلتها كالدرق والفصّة، وكانت واردة على قطعة أو جذّة منها ، فإنه لا يشمل خلفها، و يشمل بيع الخضر و الأزهار و الفاكهة ما وجد منها معلقاً بأصله ، وكذلك ما ينضج منها أو ينفث بعد البيع ، إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف. وغير خاف أن مناط الفرقة بين ما يعد من ملحقات الشيء المعقود عليه بحيث يشمل العقد ، و ما لا يعد كذلك، هو التمييز بين ما يعد من التوابع و ما يعد من الخلف ، فما كان تابعاً شمله العقد ، و لهذا نص الفصل 522 ق.ل.ع.م على أن بيع الخضر والأزهار والفاكهة مثلاً يشمل ما وجد منها معلقاً بأصله ، وكذلك ما ينضج منها أو ينفث بعد البيع إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف، أما ما كان من الخلف فلا يشمل العقد. وفي تقديره، فإن إيراد هذا المعنى في صلب متن هذا النص القانوني الآنف الذكر ينم عن مدى استمداد المشرع المغربي من الفقه الإسلامي ، إذ أن للفقهاء شرف السبق في تقرير كون خلفه الشيء لا تنتقل ملكيتها إلى المشتري ، و إنما تبقى على ملكية المالك الأصلي ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. قال صاحب البهجة شارحاً قول ابن عاصم¹

و خلفه القصيل* ملكه حري***لبائع إلا بشرط المشتري

² الوجيز - العرعري ص 108.

¹ المجموع الكبير من المتون - متن ابن عاصم ص 102.

* القصيل : القطلع..و القصيل ما اقتصل من الزرع أخضر - و الجمع قصلان - لسان العرب - مادة قصل-.

" (و خلفه القصيل ملكها حري) أي حقيق (لبائع) فإذا بيع القصيل ونحوه مما يجوز ويخلف كالقرط² و القضب³ ، فخلفته مملوكة للبائع، وإنما يملك المشتري الجزء الأولى (إلا بشرط المشتري) عند العقد أي أنه يشتري القصيل بخلفته، فتكون له الخلفة حينئذ⁴ " .

وفي تقديري، فإن استبعاد خلفه الشيء عن دائرة التوابع والملحقات التي تنتقل من بائع لمشتري بمقتضى العقد، يرتد إلى علة معقولة، و هي أن العقد لا يشملها، لأنه إنما يقع على ما كان موجودا من غلة لحظة التعاقد، أما ما يستجد و ينتج بعد ذلك، فلا يشملها العقد إلا إذا اتفق العاقدان على أن يحوز المشتري ما تجود به الأرض من غلة تستجد و تظهر بعد حصاد المحصول القائم حين التعاقد.

وملاك الأمر، إن بحث قاعدة الملحقات والتوابع والفروع ومدى تبعيتها لأصولها في العقود المبرمة وفقا لأحكام الشريعة والقانون الوضعي يحتاج دراسة مفصلة تنظر الى القاعدة في ضوء تطبيقاتها التي تعم بها البلوى.

²القرط : هو العشب الذي تأكله الدواب
³ القضب: القطع – و القضب اسم يقع على قضبت من أغصان لنتخذ منها سهاما أو قسيا – لسان العرب – مادة قضب – و المراد بالقضب في سياق النص أعلاه : ما يقضب أو يقطع مرة بعد أخرى- أنظر البهجة ج 2 ص 31
⁴ البهجة ج 2 ص 31.

عقوبة الإعدام بين القوانين العربية والأهداف الغربية



من إعداد الأستاذ محسن الندوي

مدير مجلة شؤون استراتيجية

- باحث في العلاقات الدولية -

العقوبة لغة واصطلاحاً: العقوبة لغة هي من العقاب، والمعاقبة أن تجزي المرء بما فعل سواء، والإسم العقوبة، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً أخذه به، وتعقبت الرجل إذ أخذته بذنبه (1). العقوبة اصطلاحاً: تعددت التعريفات الإصلاحية للعقوبة فمنهم من عرفها بأنها الألم الذي يلحق الإنسان مستحقاً على الجناية (2)، فالعقوبة تكون على فعل محرّم أو ترك واجب أو فعل مكروه (3). وقد ورد في التعريف الإسلامي للعقوبة "أنها زواج قبل الفعل جواير بعده"، فأما كونها زواج فلا لأنها تزجر لقسوتها من يفكر بارتكاب المخالفة وتنذر بعاقبة فعله، فهي زاجرة رادعة، وأما كونها جواير فلا لأن العقوبة المعجلة في الدنيا تجبر أي تلغي العقوبة في الآخرة أي تسقطها، لأن مقتضى الرحمة الإلهية أن من عذب في الدنيا فقد نال جزاءه، وذلك بشرط التوبة والإنابة والندم على ما اقترف.

وقد ورد في تعريف العلماء المعاصرين للعقوبة بأنها الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع (4)، وأنها جزاء ينطوي على إيلام مقصود يقرره القانون ويوقعه القاضي باسم المجتمع على من تثبت مسؤوليته على الجريمة ويتناسب معها (5).

هناك تعريفات أخرى للعقوبة؛ منها :

"• العقوبة: جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة" (6)

"• العقوبة: جزاء تقويمي، تنطوي على إيلام مقصود، تنزل بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها، بناء على حكم قضائي يستند إلى نص قانوني يحددها، ويترتب عليها إهدار حق لمرتكب الجريمة أو مصلحة له أو ينقصهما أو يعطل استعمالها (7)

" • العقوبة :إيلاء قسري مقصود، يحمل معنى اللوم الأخلاقي والاستهجان الاجتماعي، يستهدف أغراضاً أخلاقياً ونفعية محددة سلفاً، بناء على قانون، تنزله السلطة العامة في مواجهة الجميع بحكم قضائي على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة بالقدر الذي يتناسب مع هذه الأخيرة" (8)

" • العقوبة :هي الجزاء الذي يقرره القانون ويوقعه القاضي من أجل الجريمة ويتناسب معها" (9)

ومن هذه التعريفات يتضح أن مفهوم العقوبة التقليدي يقوم على أنه جزاء في مقابل الجريمة التي ينص عليها المشرع، بينما يقوم المفهوم الحديث فضلاً عن الجزاء على تقويم المذنب وتأهيله ليعود فرداً صالحاً في المجتمع .

ولعل أدق التعريفات هو أن " :العقوبة جزاء وعلاج يفرض باسم المجتمع على شخص مسئول جزائياً عن جريمة بناء على حكم قضائي صادر من محكمة جزائية مختصة.(10)

- عقوبة الإعدام :

التعريف اللغوي والإصطلاحي : تقدم فيما سبق التعريف اللغوي والإصطلاحي للعقوبة ، أما لفظة الإعدام فهي من العدم ، والعدم هو فقدان الشيء ، وتقول عدمت فلانا أفقده فقدانا ، أي غاب عنك بموت أو فقد(11) . والعدم يدل على ذهاب الشيء وأعدمه الله أي أماته والإعدام هو إزهاق روح المحكوم عليه، وهو من حيث خصائصه عقوبة جنائية فحسب، وهو من حيث دوره في السياسة الجنائية عقوبة استئصال إذ يؤدي إلى استبعاد من ينفذ فيه من عداد أفراد المجتمع وذلك على نحو نهائي لا رجعة فيه.

والإعدام : يقال قضى القاضي بإعدام المجرم بإزهاق روحه قصاصاً (12) في مجال العقوبة تعني أن المحكوم عليه بعد التنفيذ يصبح عدماً لا وجود له .

أما في الإصطلاح فالإعدام هو إزهاق روح المحكوم عليه واستئصاله من المجتمع ، وهو سلب المحكوم عليه حقه في الحياة (13).

وكلمة الإعدام من الألفاظ المعاصرة وهي تعني إزهاق الروح ، فهي في الحقيقة تعبر عن معنى القصاص في النفس والقتل العمد ، واستعمال الفقهاء القدامى لفظ القصاص والقتل واستعمال المحدثين لفظ الإعدام جاء بنفس المعنى ولا مشاحة في الإصطلاح ، إلا أنه يوجد بعض الفروق بعمومها وخصوصها ، وفي النهاية تؤدي إلى معنى إزهاق الروح (14)

- تاريخ عقوبة الإعدام :

عرفت المجتمعات البشرية قديماً وحديثاً عقوبة الإعدام وتنوعت الاجتهادات القانونية حول الجرائم الموجبة لهذه العقوبة ، ففي بعض الدول يعتبر القتل والتجسس والخيانة موجبا لهذه العقوبة ، كما تعتبر الجرائم الجنسية كالزنا والإغتصاب واللواط جرائم مستوجبة للإعدام ، وفي بعض الدول يعتبر الاتجار بالبشر أو تجارة المخدرات من الجرائم التي يعاقب عليها بإعدام مرتكبها . من هنا فإن عقوبة الإعدام كانت معروفة في الشرائع الأرضية كشرعية حمورابي وفي الشرائع السماوية كالشرعية اليهودية قبل الإسلام ، ونجد عقوبة الإعدام مدرجة في أغلب القوانين الوضعية للدول سواء منها من ألغت عقوبة الإعدام أو من أبقت عليها ، فالإعدام يطبق في كثير من الدول استناداً إلى قوانين

مدنية وضعية لا علاقة لها بالاسلام تشريعاً والتزاماً ومن هذه الدول : أفغانستان وأنتيغا وبربودا وجزر البهاما وبنغلادش وبربادوس وبيلاروسيا وبليز وبتسوانا وبوروندي والكاميرون وتشاد والصين وجمهورية الكونغو (الديمقراطية) وكوبا ودومينيكا وغينيا الاستوائية وإثيوبيا وغواتيمالا وغينيا وغيانا والهند وإندونيسيا وجامايكا واليابان وكوريا (الشمالية) ولبنان وليسوتو وماليزيا ومنغوليا ونيجيريا وسانت كريسstof وبنفس وسانت لوسيا وسانت فينسنت وجرانادين وسيراليون وسنغافورة والصومال والسودان وسورية وتايوان وتايلاند وترينيداد وتوباغو وأوغندا والإمارات العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وأوزباكستان وفيتنام واليمن وزيمبابوي (15)

عقوبة الإعدام في القوانين العربية وفي القانون المقارن :

أهمية عقوبة الاعدام في الدول العربية :

وفي المغرب :

بالمغرب يستحيل إلغاء عقوبة الإعدام لأن النظام الملكي بالمغرب إسلامي سني والدستور ينص على أن المغرب دولة إسلامية والإسلام هو دين الدولة.

يعاقب المشرع المغربي بالإعدام كجزاء لارتكاب العديد من الجرائم التي يعتبرها خطيرة بحد ذاتها، أو لاقترافها بظروف معينة، ونجد هذا في العديد من الجرائم التي تناولها قانون العقوبات الصادر في 1962/11/26، وفي قانون العقوبات العسكري الصادر في 1956/11/10. وفي قانون مكافحة الإرهاب المتمم للفصل 218 من قانون العقوبات المشار إليه، وكذا الظهير المتعلق بزجر الجرائم الماسة بصحة الأمة.

وجدير بالذكر أن قانون العقوبات المغربي يعاقب بالإعدام على الكثير من الجرائم، وفي مقدمتها جرائم الاعتداء على الملك والأسرة المالكة، وجرائم الاعتداء على أمن الدولة الخارجي أو الداخلي، وجرائم الاعتداء بالعنف الشديد على الأشخاص، وإضرار النار.

ولم تعرف المنظومة الجنائية المغربية أي تعديل من شأنه أن يقلل من نسبة الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، بل على العكس من ذلك حدثت عدة تعديلات في الآونة الأخيرة أدت إلى زيادة نسبة الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، وذلك من خلال التعديلات المتعلقة بمحاربة الإرهاب عام 2002.

ولكن المثير للفرع -حقاً- أن عدد الحالات التي يمكن الحكم فيها بالإعدام وفقاً للقوانين الأربعة المشار إليها تزيد على 600 حالة، يتضمن قانون العقوبات وحده منها 283 حالة معاقباً عليها بالإعدام، موزعة على 28 فصلاً من فصول هذا القانون. وذلك على أساس أن كل مادة من مواد القوانين المشار إليها تنطوي على عدة حالات معاقب عليها بالإعدام، وصل بعضها إلى أكثر من 200 حالة.

وبالنسبة لمصر:

بداية، رفضت دار الإفتاء المصرية إلغاء عقوبة الإعدام وهو المطلب الذي تنادي به بعض المنظمات العاملة في مجال حقوق الإنسان، مؤكدة أن إلغاء عقوبة الإعدام يؤدي إلى "فساد النظام الاجتماعي، ويتعارض مع ما تنادي به الشريعة

الإسلامية من إقامة حياة آمنة للبشر"، كما شرح أهمية هذه العقوبة وأبرز محاسنها ومفاسدها؛ كما ورد بالموقع الرسمي لدار الإفتاء.

يعاقب المشرع المصري بالإعدام على نسبة كبيرة للغاية من الجرائم التي رأى فيها من الجسامة أو الخطورة ما يستأهل هذه العقوبة. وقد قرر المشرع المصري عقوبة الإعدام في كل من القوانين الأربعة الآتية :

قانون العقوبات.

قانون الأحكام العسكرية.

قانون مكافحة المخدرات.

قانون الأسلحة والذخائر.

وبعد دراسة متأنية للجرائم المعاقب عليها بالإعدام في التشريع المصري نستطيع أن نقول - بضمير مستريح - إن المشرع المصري يسرف كثيراً في استخدام عقوبة الإعدام.

وبعض هذه الجرائم تنتمي إلى طائفة جرائم الحدث غير المؤذي؛ أي الجرائم الشكلية التي يعاقب فيها المشرع على مجرد إتيان السلوك الإجرامي دون النظر إلى تحقيق نتيجة معينة.

فضلاً على أن ثمة جرائم يعاقب عليها بالإعدام لم يحدد فيها المشرع السلوك الإجرامي تحديداً واضحاً ودقيقاً، وإنما اكتفى بوصفه بعبارات تتسم بالعمومية والاتساع، ومن أمثلة ذلك المادة 77 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب عمداً فعلاً يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها". المادة 12/ فقرة أخيرة من قانون الأسلحة والذخائر.

ولا جرم أن هذا المسلك من جانب المشرع يشكل إهداراً لمبدأ شرعية الجرائم، والعقوبات المنصوص عليها في المادة 66 من الدستور المصري.

ومن جهة أخرى خالف المشرع المصري المبادئ الدستورية -أيضاً- في تقريره لعقوبة الإعدام؛ فثمة نوع من عدم التناسب بين العقاب والجريمة يسود في كثير من الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في جميع القوانين التي تقضى بهذه العقوبة.

ومن الناحية الإجرائية فإن الضمانات التي أحاط بها المشرع الحكم بعقوبة الإعدام غير كافية، ولا تكفل سلامة الحكم بهذه العقوبة.

الأردن :

فقد عرفت المادة 17 من قانون العقوبات الأردني عقوبة الإعدام بأنها: "شنق المحكوم عليه".

وقد نص القانون الأردني على 25 حالة يعاقب عليها بالإعدام، وردت في قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 وتعديلاته، وقانون العقوبات العسكري، وقانون حماية أسرار وثائق الدولة رقم 50 لسنة 1971.

وقد أحاط المشرع الإجرائي الأردني عقوبة الإعدام بعدة ضمانات، منها ما يتعلق بمرحلة التحقيق، ومنها ما يتعلق بمرحلة المحاكمة بيد أن هذه الضمانات غير كافية.

لبنان :

يأخذ التشريع اللبناني بعقوبة الإعدام، ويعود ذلك إلى أن قانون العقوبات اللبناني لعام 1943 مأخوذ عن القانون الفرنسي القديم الذي أدخلت عليه إصلاحات جديدة عدة لم يعرفها التشريع اللبناني. فتعتمد السياسة الجنائية في لبنان على العقاب والردع وحتى "الانتقام للقونن" لحماية المجتمع والنظام العام، إلى درجة تبلغ هذه السياسة العقابية حدّ "إلغاء القاتل" عوض سجنه وإصلاحه وتأهيله.

إلا أن الجرائم التي يُعاقب عليها بالإعدام محدّدة على وجه الحصر في القانون تطبيقاً لقاعدة "لا عقوبة دون نص". فتنص المواد 273، 274، 275، 276، 549، 640، 642، 643 من قانون العقوبات العام على تنفيذ عقوبة الإعدام بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذه المواد.

يقرر قانون العقوبات اللبناني عقوبة الإعدام لعدد كبير من الجرائم، مثل جرائم الاعتداء على الحق في الحياة. وجرائم الفتنة، والإرهاب، وجريمة الاستيلاء على طائرة أثناء طيرانها؛ إذا قام الجاني بأى وسيلة كانت بعمل تخريبى فى الطائرة يعرضها لخطر السقوط والتدمير، أو إذا نجم عن الفعل موت إنسان نتيجة الرعب...

كذلك فقد قرر المشرع اللبناني عقوبة الإعدام فى قانون العقوبات العسكرى لعدد من الجرائم، مثل جريمة الفرار للعدو، والجرائم المخلة بالشرف والواجب العسكرى، وجرائم الخيانة والمؤامرة العسكرية، وجرائم السلب والإتلاف.

وقد قرر المشرع اللبناني -أيضاً- عقوبة الإعدام فى بعض القوانين الجنائية الخاصة، مثل قانون المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الصادر عام 1998؛ حيث فرض هذه العقوبة لعدد من الجرائم، مثل جريمة الاعتداء على أحد الموظفين العموميين المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون، إذا نجم عن هذا الاعتداء وفاة الموظف، وكذا قانون المحافظة على البيئة ضد التلوث من النفايات الضارة والمواد الخطيرة الصادر برقم 64 لسنة 1988، المعدل بالقانون رقم 266 لسنة 1993. فقد نصت المادتان 10، 11 من هذا القانون على تطبيق عقوبة الإعدام "على كل من... يستورد أو يدخل أو يحوز أو ينقل رواسب أو نفايات نووية أو ملوثة بإشعاعات نووية، أو يحتوى مواد كيميائية سامة، أو خطرة على السلامة العامة... وعلى كل من يرمى فى الأنهار والسواقي والبحر وسائر مجارى المياه... المواد الضارة.

وفى البحرين :

قرر المشرع البحريني عقوبة الإعدام للعديد من الجرائم؛ سواء كان ذلك فى قانون العقوبات العام، أو فى بعض القوانين الجنائية الخاصة، مثل قانون المخدرات، وقانون الإرهاب.

ومنذ عام 1977 حتى عام 2007 أصدرت المحاكم البحرينية العادية منها والاستثنائية (أمن الدولة) ثمانية أحكام بالإعدام فقط، لم تنفذ جميعها.

وتجدر الإشارة إلى أن المحاكمة العسكرية فى البحرين لم تصدر أية أحكام بالإعدام منذ إنشائها حتى يومنا هذا.

وفي سوريا :

توسع المشرع السوري في استخدام عقوبة الإعدام بموجب المراسيم الجزائية الخاصة؛ كقانون الانتساب إلى تنظيم الإخوان المسلمين، وفرض هذه العقوبات في حالات متعددة في قوانين مناهضة أهداف الثورة، وحماية النظام الاشتراكي، وأمن حزب البعث العربي الاشتراكي.

فضلاً على تقرير قانون العقوبات السوري عقوبة الإعدام كجزاء لارتكاب بعض جرائم الاعتداء على أمن الدولة، من جهة الخارج (المواد 263، 265، 266)، وكذا جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل (المواد 298-305)، وغيرها من جرائم الاعتداء على آحاد الناس.

وقد أعطى القانون السوري للمحكوم عليه بالإعدام الحق في التماس العفو أو إبدال العقوبة، كما أن رئيس الجمهورية يستطيع أن يحد من استخدام تلك العقوبة، وفقاً للدستور السوري الذي منحه الحق في إصدار العفو الخاص ورد الاعتبار.

وفي العراق :

أسرف المشرع العراقي، ووسع كثيراً من نطاق تطبيق عقوبة الإعدام؛ فقانون العقوبات العراقي ينطوي على عدد كبير جداً من الجرائم المعاقب عليها بالإعدام.

وقد قرر المشرع العراقي عقوبة الإعدام كذلك كجزاء لارتكاب مجموعة من الجرائم ورد ذكرها في قانون مكافحة الإرهاب وقانون المخدرات.

أما فيما يتعلق بالقضاء العراقي فالملاحظ أن المحاكم الجزائية الأولية لا تميل إلى تفعيل عقوبة الإعدام، في حين أن محكمة التمييز في العراق تميل بشكل واضح إلى تشديد العقوبة الصادرة على مرتكبي الجرائم، ولا سيما المعاقب عليها بالإعدام.

وفضلاً على ذلك فإن الضمانات بأشكالها المختلفة، والتي يمكن أن تعد ضمانات أولية وتمييزية غير كافية بالدرجة التي تجعل القانون العراقي مستجيباً للمواثيق والمعاهدات الدولية.

وفي فلسطين :

فلا يوجد قانون عقوبات موحد في فلسطين، وإنما هناك عدة قوانين، ففي الضفة الغربية تطبق المحاكم قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960، وفي غزة تطبق قانون العقوبات الانتدابي رقم 74 لسنة 1936 المعدل بأمر الحاكم العسكري المصري رقم 555 لسنة 1957، وتطبق المحاكم العسكرية ومحاكم أمن الدولة أحياناً، قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير لسنة 1979؛ إضافة إلى ذلك يوجد مجموعة من القوانين الخاصة المكملة لقوانين العقوبات تطبق في الضفة الغربية وقطاع غزة، كقوانين العقاقير الخطرة، وقانون المفرقات، والقوانين المتعلقة بالأحداث.

وأدخلت سلطات الاحتلال الإسرائيلي بعض التعديلات على قوانين العقوبات؛ فأضافت جرائم جديدة، ووضعت شروطاً إضافية لتجريم أفعال معينة، كذلك أصدرت بعض الأوامر العسكرية المتعلقة بعقوبة الإعدام.

وفي السعودية :

تقرر المملكة العربية السعودية عقوبة الإعدام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبق عقوبة الإعدام في السعودية في الحالات الآتية: (الحدود والقصاص، والتعزير، والردة عن الدين، والجاسوس، والزاني المحصن، والحراقة، واللواط، وتارك الصلاة باعتباره كافراً مرتد يقتل ولا يغسل ولا يكفن ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين ولا يرثه أحد وأنه يقتل لترك صلاة واحدة).

أما في اليمن :

لم يتصدى المشرع اليمني لوضع تعريف لعقوبة الإعدام سواء في قانون الجرائم والعقوبات أو في قانون الإجراءات الجزائية، وبالرغم من ذلك، فقد نصت المادة 485 من قانون الإجراءات الجنائية على طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام بقولها: "تنفذ عقوبة الإعدام بقطع رقبة المحكوم عليه بالسيف، أو رمياً بالرصاص حتى الموت دون تمثيل أو تعذيب، وفي حدود الحراقة يتم التنفيذ حسبما ينص عليه الحكم".

والمشرع اليمني متأثراً بشكل كبير بالشريعة الإسلامية عند تقريره لعقوبة الإعدام، وينطوي قانون الجرائم والعقوبات اليمني على العديد من الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، ومنها الجرائم المعاقب عليها بالإعدام قصاصاً المنصوص عليها في المادة 234 منه، والتي تنص على أنه: "من قتل مسلم معصوماً يعاقب بالإعدام ما لم يعف ولى الدم عفواً مطلقاً أو شرط الدية أو مات الجاني قبل الحكم...".

والمادة 141 التي تقرر عقوبة الإعدام في أربع حالات وهي: الحريق، والتفجير، وتعريض وسائل النقل والمواصلات للخطر، وإحداث الغرق، والتلوث بالمواد السامة إذا نجم عنها موت إنسان.

ومن جهة أخرى ثمة جرائم معاقب عليها بالإعدام تعزيراً ويشتمل القانون اليمني على فئتين من هذه الجرائم الأول: الجرائم المرتكبة من الأشخاص العاديين (المواد 234، 249، 280)، والثانية: الجرائم المرتكبة من العسكريين (المواد 226، 227، 228).

ومن جهة ثالثة ثمة جرائم معاقب عليها بالإعدام حداً (المواد 263، 264) إذ قرر المشرع عقوبة الرجم حتى الموت في الحالات الآتية زنا المحصن أو المحصنة، واللواط من اللائط المحصن، واللواط من الملوط به؛ كما عاقب المشرع اليمني بالإعدام حداً على جريمة الردة، فالمادة 259 منه تقرر عقوبة الإعدام على الجهر بأقوال تنافي قواعد الإسلام وأركانها والجهر بأفعال تنافي قواعد الإسلام وأركان دون تحديد للأقوال والأفعال المنافية لقواعد وأركان الإسلام، وكذا جريمة الحراقة (المادة 306 عقوبات) وجريمة البغى (المادة 124 عقوبات).

وقد قرر المشرع اليمني كذلك عقوبة الإعدام كجزاء لارتكاب بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات العسكري، وقانون المخدرات، وقانون الاختطاف.

وقد أحاط المشرع اليمني عقوبة الإعدام بالعديد من الضمانات ولكنها غير كافية، ولم تكن مانعاً من تنفيذ العديد من أحكام الإعدام على أبرياء أو أطفال لأن هذه المحاكمات تفتقر إلى وجود أبسط الإجراءات في المحاكمات العادلة.

وفي تونس :

قال الغنوشي في ندوة فكرية بمناسبة الاحتفال بالذكرى 31 لتأسيس حركة النهضة، التي تم الاحتفال بها أول من أمس الأحد: «نحن لسنا مع المنداة بإلغاء عقوبة الإعدام» في تونس، واعتبر أن إلغاء تلك العقوبة يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية.

عقوبة الإعدام في القانون المقارن :

ظهرت الموجة التشريعية لإلغاء عقوبة الإعدام منذ بداية هذا القرن يشوبها نوع من التردد؛ ففي إيطاليا ألغيت هذه العقوبة في عام 1899م ثم أعيدت في عام 1930 ، ثم ألغيت مرة أخرى 1974، وفي نيوزيلندا ألغيت هذه العقوبة سنة 1911 ثم أعيدت سنة 1950 ثم ألغيت مرة أخرى 1961، وفي أسبانيا ألغيت هذه العقوبة سنة 1932 ثم أعيدت سنة 1934 ثم ألغيت مرة أخرى بتعديل دستوري سنة 1978م في غير حالات الجرائم العسكرية في زمن الحرب.

وفي بعض الدول ظهر اتجاه نحو الحد من عقوبة الإعدام مثل روسيا السوفيتية؛ فقد ألغت عقوبة الإعدام سنة 1947 ثم أعادتها في بعض الجرائم مثل الجاسوسية والرشوة والقتل المشدد والاعتصاب.

وفي بعض الدول الأخرى ظهر بادئ الأمر الاتجاه نحو الحد من عقوبة الإعدام عن طريق إلغائها في عدد كبير من الجرائم؛ ثم ساد الاتجاه نحو إلغائها كلية؛ مثال المملكة المتحدة ففي عام 1957 ظهر قانون القتل مبقيا على عقوبة الإعدام إذا اقترن القتل بأحد ثلاثة ظروف، ثم صدر قانون 1964 يلغي هذه العقوبة في تلك الظروف مع جواز توقيعها إذا كان القتل مع سبق الإصرار، وفي سنة 1964 صدر قانون قرر إلغاء عقوبة الإعدام كلية ونص على وجوب صدور قانون جديد بعد خمس سنوات ينظم هذا الموضوع، وفي سنة 1970 صدر قانون يؤكد إلغاء عقوبة الإعدام، وفي السويد ألغيت عقوبة الإعدام سنة 1921 عدا بعض الحالات الاستثنائية، ثم صدر قانون سنة 1972 بإلغاء هذه العقوبة كلية.

وقد اتجهت بعض الدول إلى إلغاء عقوبة الإعدام كلية دون عودة كما في سويسرا سنة 1937، وفي ألمانيا الاتحادية سنة 1949.

أهداف الغرب و أبواقه في العالم العربي لإلغاء عقوبة الإعدام في العالم العربي :

الاستعمار السياسي والاقتصادي :

المقصود بالاستعمار السياسي هو: تحكُّم الدول الغربية العظمى في النظم السياسية للبلاد الإسلامية بُغية السيطرة على القرارات السيادية والسياسية فيها في مجالات الأمن الداخلي والنظام القانوني والتشريعي والسياسة الخارجية.

أما الاستعمار الاقتصادي فيقصد به: تحكُّم الدول العظمى في مصادر ثروات البلاد الإسلامية ومواردها الطبيعية، واحتكار المواد الخام، والسيطرة على أسواق المال والذهب بها، على نحو يحرم هذه البلاد من استغلال مواردها الطبيعية والمواد الخام بها ويجعلها في عداد الدول الاستهلاكية التي تعتمد في اقتصادها على غيرها من الدول: إما لما تصدره لها من سلع ومنتجات، أو لما تمنحه لها من قروض وما تقدمه من مساعدات مالية أو عينية.

وهذا الاستعمار هو في حقيقته احتلالٌ غير مباشر للبلاد، لجأت إليه الدول الغربية بعد أن تكبدت خسائر فادحة في الأموال والأرواح في حروبها وأثناء استعمارها للبلاد الإسلامية والإفريقية؛ بحيث تُحَكِّم سيطرتها السياسية والاقتصادية على هذه البلاد وتحول بينها وبين تقرير مصيرها بإرادتها الحرة بطريقة لا تثير ثورات الشعوب أو استنكار الرأي العام العالمي.

وللدول الغربية عدة وسائل في تحقيق هذا الاستعمار، منها: دعم النظم السياسية التسلطية المتجبرة، وعقد الاتفاقيات غير المتكافئة، ومنح القروض والمساعدات المالية المشروطة، وتقديم المنح العينية كالآلات والمصنوعات والمركبات والمعدات الحربية دون قطع غيارها، وتقديم التسهيلات اللازمة لتصدير منتجاتها لغيرها من البلاد، ووضع العراقيل والعقبات لاستيراد منتجات هذه البلاد، وإعارة الخبراء والمتخصصين وتقديم المساعدات الفنية المشروطة، والمساهمة في تنفيذ المشروعات الاقتصادية طويلة المدى، والحصول على القواعد العسكرية البرية والبحرية والجوية، وإنشاء البنوك الربوية، والسيطرة على أسواق المال (البورصات) وأسواق الذهب، وإثارة الاضطرابات الداخلية والانقسامات الطائفية والحزبية، وغير ذلك.

توجهات الحكام وتسلطهم :

فأكثر الحكام في البلاد العربية والإسلامية يرفضون فكرة تطبيق الشريعة الإسلامية: إما لأنهم ينتهجون سياسة فصل الدين عن الدول، وإما لأنهم يخافون من أن يؤدي تطبيق الشريعة إلى تأخرهم وتخلُّفهم، أو يُجرِّ عليهم النزاعات الداخلية وغضب الدول الغربية، أو يثير الفتن الطائفية والرأي العام الغربي قِبَلهم؛ فهم بين علمانية محضة أو تخوفات متوهمة.

سيطرة العُلمانيين على الوسائل الإعلامية :

العُلمانية هي أشد الأخطار الداخلية التي تواجه المسلمين في الوقت الحالي، وخطورة العُلمانيين لا تتعلق بشبههم التي يبثونها بقدر ما تتعلق بسيطرتهم على الأجهزة الإعلامية، وارتدائهم ثوب العلم والثقافة من خلال ما يتمتعون به من وظائف مرموقة مؤثرة في المجتمع، فمن خلال هاتين الوسيلتين استطاعوا محاربة الشريعة وبثَّ شبههم التي هي من الضعف بمكان يمكن معه دحضها بسهولة وبلا تكلف، لكن الذي حال دون ذلك هو سيطرة العُلمانيين على الوسائل الإعلامية؛ بحيث لا يمكن لغيرهم الرد عليهم ودحض شبههم إلا بصعوبة بالغة، فهؤلاء لا يريدون تطبيق الشريعة الإسلامية ويحاربون استعمال اللغة العربية في التراسل الإداري والتعليم الجامعي وفي الصفقات العمومية... الخ

خاتمة :

كل ما أنزل من عند الله يجب تطبيقه على الأرض ومادام عقوبة الإعدام منصوص عليها في الكتاب والسنة فيجب تطبيقها على أرض الواقع وضرب المواثيق الدولية المخالفة لذلك بعرض الحائط، لأن المواثيق الدولية من صنع الإنسان والقرآن الكريم من صنع الله تعالى ومن باب أولى للاستجابة لله تعالى الذي خلق هذا الإنسان.

المراجع :

- 1- ابن منظور / لسان العرب / ج 1 ص 619
- 2- الطحاوي / حاشية الطحاوي على الدر المختار / ج 2 ص 388
- 3- الماوردي / الأحكام السلطانية والولاية الدينية / ص 221
- 4- عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي / ص 609
- 5- عمر السعيد رمضان / شرح قانون العقوبات القسم العام / ص 547، 383 القاهرة.
- 6- شرح قانون العقوبات؛ القسم العام، لمحمد محمود مصطفى، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط 10، 1983م)، ص 555.
- 7- الأحكام العامة للنظام الجزائي، عبد الفتاح مصطفى الصيفي، (مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض، ط 1415هـ - 1995م)، ص 483.
- 8- النظرية العامة للجزاء الجنائي لبلال، ص 13.
- 9- شرح قانون العقوبات؛ القسم العام؛ محمود نجيب حسني، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، 1982م)، ص 667.
- 10- قانون العقوبات؛ القسم العام؛ عبود سرج، (منشورات جامعة دمشق، ط 10، 1422 - 1423هـ - 2001 - 2002م)، ص 371.
- 11- ابن منظور / لسان العرب / ج 12 ص 392
- 12- محمد بن زكريا معجم مقاييس اللغة / ج 1 ص 331
- 13- محمود السقا / فلسفة عقوبة الإعدام بين النظرية والتطبيق / ص 17
- 14- عقوبة الإعدام وموقف التشريع الجنائي الإسلامي منها / وائل لطفي صالح عبدالله عامر
- 15- المرصد العربي لمناهضة عقوبة الإعدام / دراسات وإحصائيات

الحماية القانونية للأجر في التشريع الاجتماعي المغربي



الباحث طه لعبيد ماستر القضاء

والتوثيق : بكلية الشريعة فاس

مقدمة :

إن التطور الذي عرفه القانون الاجتماعي، والدور الذي أضحي المشرع الاجتماعي يقوم به في سبيل توسيع دائرة الحماية للطرف الضعيف في علاقات الشغل؛ جعل عقد الشغل ومن خلاله الأجير يتمتع بكثير من الامتيازات وأوجه الحماية القانونية، ومن جملتها الأجر باعتباره أهم التزام يقع على عاتق المشغل؛ نظرا لطابعه المعيشي بالنسبة للأجير وأسرته كذلك.

فالأجر باعتباره أحد العناصر الأساسية في عقد الشغل، هو ذلك الدخل الدوري الذي يعطى للأجير نظير قيامه بعمل ما أو بمناسبته لمصلحة الغير، وهو عنصر أساسي وفعل في عملية الإنتاج، فبدونه يبقى الشغل مجرد عمل مجاني، أو عمل خيري، أو عمل استعباد واستغلال، ومما لا شك فيه أن حياة العامل لا يمكن أن تستقيم بدون أجر، فهو المحرك الجوهرى لقطار الأسرة، ومن ثم كان على المشرع أن يقرر له حماية قانونية وواقعية من خلال تحديده وتأمين الوفاء به.

ولذلك لا عجب أن يكون الأجر من أهم الموضوعات التي تشغل بال العمال، وأصحاب الأعمال، والحكومات، فبالإضافة إلى الدور المعيشي الذي يضطلع به في حياة الأجير وأسرته، وأثره الواضح على استقراره الاجتماعي وبالتالي على الاستقرار السياسي والاقتصادي للدولة؛ فأهميته أيضا تظهر من الناحية القانونية والواقعية، وذلك من وجوه مختلفة، أهمها: ما له من دور في حساب العديد من المستحقات المهمة للأجير في حياته، أو لذوي حقوقه بعد موته، على نحو: التعويضات والإيرادات عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، والتعويضات المستحقة عن الطرد، ومستحقات الزمانة والشيخوخة التي يصرفها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي...

وقد مر نظام الأجور بحقب تاريخية مهمة، بدءا بالعمل الزراعي الذي كان فيه الأجر يعتبر الأداء المقابل للعمل الذي يقوم به الأجير، وكانت وضعية العمال خلال هذه المرحلة تتميز بالطابع المعيشي الصّرف؛ ومرورا بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم إبّان القرن التاسع عشر، حيث تطورت معها عوامل الإنتاج أيضا، وظهر ما يسمى بالرأسمالية الحرة، وتبنى المذهب الفردي وسلطان الإرادة ما أدى إلى انعدام المساواة بين مشغل قوي وأجير ضعيف، يزد من ضعفه شدة حاجته إلى الأجر؛ وصولا إلى مرحلة ما بين الحربين العالميتين الأولى والثانية، والتي عمدت التشريعات الأوروبية خلالها إلى التدخل من أجل وضع حد أدنى للأجر، يكفل للأجير إشباع حاجاته الأساسية، وحاجات أسرته، رابطة ذلك بمستوى نفقات المعيشة.

ولقد انعكست صورة هذه المفاهيم والأفكار على اهتمامات المنظمات الدولية والعربية المعنية بشؤون العمل والعمال، والتي حرصت على إصدار العديد من الاتفاقيات والتوصيات التي تضمن حدا أدنى للأجور، ليكفل الحياة الكريمة للعمال، ويوفر الضمان والحماية لأجورهم.

وقد لاقت هذه المستويات والمعايير الدولية للأجور صدى بالغ الأثر في التشريعات الوطنية، حيث لعبت دورا رائدا في تطوير هذه التشريعات، وساهمت مساهمة فعالة في تحديد مستويات العمل الوطنية بالنسبة للأجور.

وهكذا أضحي أول تدخل حقيقي للمشرع المغربي قصد تنظيم الأجر، وذلك بمقتضى ظهير 18 يونيو 1936، والذي أصبح بموجبه الحد الأدنى للأجر موحدا على الصعيد الوطني، ثم توالى التعديلات المدخلة عليه بظهير 26 يناير 1955، وظهير 30 غشت 1975، إلى أن تدخل المشرع المغربي أخيرا على غرار ما فعلت جل التشريعات المقارنة¹، حيث عمد إلى تنظيم الأجر - بشكل خاص - تنظيما شموليا، وإحاطته بسياسات الحماية التي تكفل وصوله إلى مستحقه كاملا غير منقوص، وذلك في القسم الخامس من الكتاب الثاني من مدونة الشغل، الذي جاء متضمنا لـ 50 مادة، من (المواد: 345 إلى 395)، أضف إلى هذا ما جاء في ثانيا مواد أخرى في أقسام أخرى.

وباستقراء هذه المواد؛ نجدها قد جاءت محملة بالكثير من المستجدات: بعضها أتى بمقتضيات جديدة، وأخرى جاءت معدلة لمواد أو فقرات أو بنود سابقة، والباقي شكل تراجعا ونسخا لما هو مقرر في التشريع السابق؛ وإن كانت الغاية والمقصد في ذلك كله واحدة، ألا وهي حماية الأجر من كل الممارسات التي من شأنها الإنقاص منه كلاً أو بعضاً؛ لضمان حد أدنى من وسائل العيش الكريم للأجير وأسرته، فإلى أي حد كان المشرع المغربي موفقا في أطروحاته الحماية؟ وأين تتجلى مظاهر هذه الحماية؟

كل هذا يفرض علينا ضرورة الحديث؛ أولا: عن النظام القانوني لتحديد الأجور وضمانات استيفائها (المبحث الأول)، لكونها تشكل مدخل الحماية؛ وثانيا: عن أوجه ومظاهر حماية المشرع المغربي للأجر من خلال مدونة الشغل (المبحث الثاني)، على أن تتم عملية تقييم موقفه في آخر هذا العرض، وقبل هذا أو ذاك نسعى في شكل تمهيد إلى تحديد طبيعة الأجر

¹ - كالتشريع المصري من خلال قانون العمل المصري، رقم: 137، لسنة 1981؛ والتشريع العماني من خلال قانون العمل العماني الجديد، الصادر بموجب المرسوم السلطاني، رقم: 35، لسنة 2003.

تمهيد : الطبيعة القانونية للأجر:

سبق وأشرنا إلى أن الأجر هو العنصر الجوهرى في عقد الشغل، حيث تكمن أهميته في الدور المعيشي الذي يقوم به في حياة الأجير، وكذا في حياة أسرته، بل وحتى في الحياة الاقتصادية والسياسية لأي بلد.

وتبعا لهذا وجب على المشرع الاجتماعي أن يعنى بتعريفه تعريفا تاما ودقيقا قصد حمايته وضمان أدائه؛ على اعتبار أن الإحاطة بالتعريف هي مدخل الحماية وأساسها.

وبالرجوع إلى مدونة الشغل الجديدة، نجد أن المشرع المغربي لم يتعرض إلى تعريف الأجر خلافا لبعض التشريعات المقارنة، كالتشريع المصري¹ مثلا الذي عرفه في مادته الأولى بأنه: "كل ما يتقاضاه العامل لقاء عمله نقدا مضافا إليه جميع العلاوات أيّا كان نوعها..." ؛ وكالتشريع العماني الذي عرفه مميّزا فيه بين الأجر الأساسي وهو: المقابل المتفق عليه بين العامل وصاحب العمل نقدا أو عينا؛ والأجر الشامل وهو: الأجر الأساسي مضافا إليه سائر الاستحقاقات الأخرى التي تقررت للعامل مقابل عمله².

إلا أنه باستقراء الفقرة الأولى من الفصل 723 من ق ل ع 3، نجد أن المشرع المغربي قام بإعطاء تعريف بسيط للأجر، حيث قيد مفهومه في كل ما يَتَّفَقُ عليه مقابل القيام بعمل ما، استنادا إلى فكرة المعاوضة التي يقوم عليها، وتبعا لذلك ذهب بعض الفقه المغربي إلى أن الأجر هو ما يؤديه المشغل للأجير نظير قيامه بالعمل المتفق عليه⁴، لكن هذا التعريف يبقى تحديدا ضيقا؛ إذ يستبعد فكرة الأجر الاجتماعي أو غير المباشر الرامي إلى أمن وضمان حد أدنى من وسائل العيش الكريم، عبر تمكين الأجير وأسرته من تغطية حاجياتهم اليومية من غذاء ومسكن ولباس وتدرس وصحة...إلخ.

وهذا التصور الجديد هو الذي يبرر منح الأجير جملة من التعويضات والأداءات، بصرف النظر عن تقديمه لأي عمل لفائدة المشغل أم لا، وذلك من قبيل التعويضات العائلية، والتعويضات والإيرادات عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، والتعويض عن العطلة السنوية المؤدى عنها، وراتب الزمانة، وراتب الشيخوخة...؛ سواء تمت تأدية ذلك من طرف المشغل مباشرة، أو من طرف بعض المؤسسات المختصة، وهو ما أكدته المشرع المغربي أكثر من مرة وفي مواطن متفرقة⁵.

¹ - قانون العمل المصري، المرجع السابق.

² - الحماية القانونية للأجور وفقا لقانون العمل العماني وقوانين العمل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومعايير العمل الدولية والعربية - دراسة مقارنة -، د. محمد سلامة جبر، طبعة: 2007، دار الكتب القانونية ودار شتات، مصر، ص: 12.

³ - تَمَمَتِ الفقرة الأولى منه بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ: 5 صفر 1367هـ - (18 دجنبر 1947م).

⁴ - الوسيط في مدونة الشغل، عبد اللطيف خالفي، الطبعة الأولى، 2004، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 284/1.

⁵ - في الفصل 19 من ظهير: 17 يوليوز 1972 المتعلق بالضمان الاجتماعي؛ وكذا في ظهير: 18 يونيو 1936 المتعلق بالحد الأدنى للأجور، وقد تم إلغاؤه؛ وأيضا في مدونة الشغل الجديدة في المادة 357.

وعلى إثر ذلك عرفه الفقه الآخر بأنه هو: "كل ما يدخل الذمة المالية للأجير نظير قيامه بالعمل وبمناسبته، سواء أداه المشغل شخصيا؛ أو أداه غيره من المتعاملين مع الحل الذي يشتغل فيه"¹.

ما يستنتج من هذا هو أنه لم تستقر التشريعات الوضعية على تعريف موحد للأجر، وكذلك الشأن بالنسبة لفقهاء القانون، حيث اختلفت تعاريفهم تبعا لاختلاف تصوراتهم ونظرتهم للعمل المقدم من طرف الأجير، ما بين كونه مجرد سلعة ثمنها هو الأجر وذلك في نطاق إجارة الخدمة؛ وبين كونه وجه المناسبة في حصول الأجير على الأجر، سواء أداه هذا الأخير أم لا.

المبحث الأول: السياسة التشريعية في تحديد الأجر وضمان استيفائه :

يعتبر عقد الشغل من العقود التبادلية التي ترتب التزامات في ذمة طرفيه (الأجير والمشغل)، وإذا كان التزام الأول هو أداء العمل المتفق عليه؛ فإن التزام الثاني هو أداء الأجر نظير ذلك العمل، مما يعني أن بين العمل والأجر ارتباطا وثيقا يقوم على فكرة السبب التقليدي في العقود الملزمة للجانبين، حيث يعتبر سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فيكون سبب التزام الأجير بأداء العمل هو التزام المشغل بأداء الأجر، والعكس صحيح.

ومما لا ريب فيه أن قيمة الأجر الذي يتقاضاه الأجير تظل أهم مظهر من مظاهر قياس حسن أو سوء ظروف الشغل؛ كما تظل أهم عنصر من عناصر عقد الشغل، والمحددة طبقا لمقتضيات الفصل 723 من ق ل ع م.

وتناول الأجر كعنصر أساسي وجبت حمايته، يقتضي منا بداية بيان كيفية تحديده واحتسابه (المطلب الأول)، ثم التعرض بعد ذلك إلى الأحكام الخاصة بأدائه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كيفية تحديد الأجر واحتسابه :

إذا كان الأجر هو ما يتقاضاه الأجير مقابل عمله وبمناسبته، بل وفي بعض الأحيان لمجرد تواجده في مكان الشغل، ولو لم يقوم بأي عمل لسبب خارج عن إرادته؛ فإن هذا الأجر يتحدد بكامل الحرية باتفاق الطرفين، إما بكيفية مباشرة أو بمقتضى اتفاقية شغل جماعية (الفرع الأول)، مع ضرورة مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بالحد الأدنى للأجور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق احتساب الأجر :

سبقت الإشارة إلى أن أطراف عقد الشغل لهم كامل الحرية في تحديد الأجر، سواء تم الاتفاق شخصيا وبشكل مباشر بين الأجير والمشغل؛ أو بمقتضى اتفاقية شغل جماعية²، وعلى هذا يكون لهم الحق أيضا في اختيار الطريقة التي يتم على أساسها احتساب الأجر، وأهمها ثلاث طرق³ :

¹ - الوسيط في مدونة الشغل، المصدر السابق، 284/1.

² - وهو ما قرره المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة: 345 من مدونة الشغل.

³ - أنظر: الحماية القانونية للأجور وفقا لقانون العمل العماني، م س، ص: 59 وما بعدها؛ بتصرف.

الطريقة الأولى : حساب الأجر بالزمن :

يقصد به حساب الأجر باعتماد مدة زمنية معينة، كتحديد الأجر على أساس الساعة أو اليوم أو الشهر أو نصفه، حيث يحصل الأجير على أجره على أساس المدة الزمنية التي اشتغلها مضروبة في أجر الوحدة الزمنية، وإذا كان هذا الأسلوب يؤدي إلى استقرار الأجر بصرف النظر عن كمية الإنتاج؛ إلا أنه يفتقد إلى الحوافز التي تؤدي إلى الرفع من الإنتاج، فطريقة حساب الأجر بالزمن لا تساعد على تمييز الأجير المجد عن غيره، كما لا تساعد الأجير على زيادة إنتاجه، طالما أن أجره ثابت ومضمون، لذا يلجأ بعض المشغلين إلى احتساب الأجر بالقطعة؛ لأن نظام الأجر الزمني يشجع على التكاثر والتباطؤ.

الطريقة الثانية: حساب الأجر بالقطعة (حسب الإنتاج)¹

تقوم هذه الطريقة على أساس ارتباط الأجر ارتباطاً وثيقاً بمعدل إنتاج الأجير، أو بمتوسط إنتاج مجموعة من الأجراء، حيث يحتسب الأجر على أساس وحدة إنتاجية معينة، أي بالنظر إلى عدد القطع المنتجة، فيتناسب ما يحصل عليه الأجير من أجر مع عدد الوحدات التي ينتجها، وهذه الطريقة وإن كانت تؤدي إلى تمييز الأجراء المجددين والمهرة عن غيرهم من جهة، ومن جهة أخرى تؤدي إلى ارتفاع الإنتاج؛ إلا أنها في مقابل ذلك كله تتسبب في إرهاق الأجراء مما يؤثر سلباً على جودة الإنتاج.

الطريقة الثالثة: حساب الأجر بالطريقة (الأسلوب المزدوج) :

هذه الطريقة تجمع بين الطريقتين السابقتين، ومؤداها أن يؤدي للعامل جزء ثابت من الأجر على أساس وحدة زمنية معينة، مع إمكانية الزيادة في هذا الأجر تبعاً لمساهمة الأجير في زيادة الإنتاج، وتعد هذه الطريقة أفضل من غيرها كما يرى بعض الفقه²؛ لأنها تساعد من جهة على ضمان قدر ثابت من الأجر، مع فتح المجال أمام الأجير للزيادة في هذا الأجر كلما سنحت الفرصة، ومن جهة أخرى فهي تساهم في مضاعفة الإنتاج بالقدر المعقول في وقت باتت فيه الزيادة في الإنتاج مطلباً ملحاً لرفع مستوى المعيشة، وبالتالي يتحقق للمشغل الجمع بين الحسنيين وهي: الكمية المرغوب فيها؛ والجودة المطلوبة.

على أن البعض الآخر من الفقه³ يرى أن لكل طريقة مزاياها وعيوبها، حيث يتوقف الأمر بصدد تقرير أي الطرق أفضل على الظروف الاقتصادية التي تطبق فيها، ولا يتعين النظر عند تقييمها إلى المصلحة الفردية للأجير الواحد فقط؛ بل إلى مصلحة العمال ككل ومدى تأثيرها بتلك الظروف الاقتصادية.

تبقى الإشارة ضرورية إلى أنه في حالة ما إذا لم يحدد الأجير والمشغل الأجر وفق المقتضيات السابقة؛ فإن المحكمة هي التي تتولى تحديده وفق العرف الجاري به العمل، وإذا حصل أن وُجد أجر محدد سابقاً، افترض في الطرفين أنهما

¹ - وقد وضعت مجموعة من خبراء منظمة العمل الدولية سنة 1951 الأسس والضمانات التي يجب أن تتوفر في نظم دفع الأجر حسب الإنتاج.

² - الوسيط في القانون الاجتماعي، أحمد حسن البرعي، طبعة: 1998، 314/1 وما بعدها.

³ - الحماية القانونية للأجور، م س، ص: 63.

ارتضيه¹، هذا ويمنع المشرع على المشغل كل تمييز في الأجر بين الجنسين، وذلك إذا تساوت قيمة الشغل الذي يؤديه²، تحت طائلة عقوبة مالية من 25.000 إلى 30.000 درهم، وفي حالة العود تضاعف هذه الغرامة³.

انطلاقاً مما سبق، يحق لنا أن نتساءل بخصوص الضمانات القانونية التي كرّسها المشرع الاجتماعي؛ لحماية الأجر من كل التّعسّفات التي من الممكن أن تمارس على الأجير، وهو بصدد الاتفاق مع المشغل على قدر الأجر وكيفية تحديده، وخصوصاً إذا تعلق الأمر باتفاق مباشر؟ وهل تعدّ وحدها - أي الضمانات - كفيلة بتعزيز الحماية المذكورة؟؟؟

الفرع الثاني : السياسة التشريعية في تحديد الأجور:

لحماية الأجر تتدخل الدولة عن طريق وضع حد أدنى للأجر، وبذلك تضمن للأجراء حداً أدنى من الحماية؛ من أجل الحفاظ على قدرتهم الشرائية التي تتغير بتغير مستوى الأسعار وازدياد نسبة التضخم، وهو ما يفرض علينا (أولاً) الحديث عن هذا المبدأ؛ ثم كيفية اعتماده (ثانياً).

الفقرة الأولى : مبدأ الحد الأدنى للأجر :

يقصد بالحد الأدنى القانوني للأجر حسب المادة: 358، القيمة الدنيا المستحقة للأجير، والذي يضمن للأجراء ذوي الدخل الضعيف قدرة شرائية مناسبة؛ لمسايرة تطور مستوى الأسعار، والمساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتطوير المقاولات.

وتفعيل هذا المبدأ في حق الأجير لا يتطلب وضعية معينة على مستوى تحديد الأجر، ولذا كلما وُجد الأجير في إطار عقد شغل، سواء كان يتقاضى أجره على أساس القطعة، أو الشغل المؤدى، أو المردودية، أو على أساس الزمن؛ فله الحق في أن يتقاضى على الأقل الحد الأدنى القانوني للأجر.

إلا أن هذا الكلام غير مرسل ومطلق عما يقبله، على اعتبار أنه كلما حدث نقص في حجم الشغل المنجز، وكان سبب النقص يعود مباشرة إلى الأجير دون أن يكون خارجاً عن إرادته؛ ففي هذه الحالة لا يستحق الأجير إلا الأجر الذي يتناسب مع الشغل الذي أنجزه فعلاً حتى ولو كان دون الحد الأدنى⁴.

وقد راعى المشرع حالة توقف الشغل لسبب لا يعود للأجير، مخافة تأثير ذلك على الحد الأدنى للأجر، حيث أشار في المادة 347 إلى أنه يؤدي للأجير عن المدة التي يقضيها في مكان الشغل في حالة ضياع الوقت لسبب خارج عن إرادته - أجر يحتسب بناء على نفس الأسس التي يحتسب عليها الأجر العادي؛ غير أنه إذا كان الأجير يتقاضى أجره على أساس القطعة، أو الشغل المؤدى، أو المردودية؛ وجب له عن ذلك الوقت الضائع أجر يؤدي له على أساس معدل أجره خلال الستة والعشرين يوماً السابقة، على ألا يقل ذلك عن الحد الأدنى القانوني للأجر.

¹ - الفقرة الثانية من المادة: 345.

² - وهذا ما نصت عليه المادة 346 من م ش، مسايرة منها للمادة 2-L3221 من التشريع الفرنسي من جهة، ولمنظمة العمل الدولية في الاتفاقية رقم 100، في الفقرة الثانية من المادة الأولى من جهة أخرى.

³ - أنظر الفقرتين الأخيرتين من المادة: 361 من م ش.

⁴ - أنظر المادة 359 من م ش.

هذا بخصوص النشاطات غير الفلاحية، أما النشاطات الفلاحية - نظرا لما يطبعها من تغير مفاجئ في أحوال الطقس - فقد راعى فيها المشرع حال المشغل أيضا، إذا تعذر عليه توفير الشغل بسبب حالات جوية غير مألوفة؛ عندما نص على أن الأجير الذي يكون رهن إشارة المشغل طيلة الصباح وما بعد الزوال يستفيد من أجره نصف يوم إذا ظل عاطلا اليوم بكامله، ويتقاضى ثلثي الأجرة اليومية إذا ظل عاطلا خلال نصف يوم فقط¹.

يتم الاعتماد في إثبات النقص في حجم الشغل - سواء كان سببه المباشر هو الأجير، أو أمر خارج عن إرادته - على شهادة خبير مقبول لدى المحاكم، بناء على معاینته للأوضاع داخل المقولة المعنية².

الفقرة الثانية : كيفية احتساب الحد الأدنى للأجر :

انطلاقا من مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 358 من مدونة الشغل، يظهر أن طريقة احتساب الحد الأدنى للأجر تختلف حسب اختلاف القطاعات الاقتصادية، ففي القطاعات؛ الصناعي، والتجاري، والخدماتي، وكذا في المهن الحرة، وغيرها من النشاطات غير الفلاحية - يُحسب الحد الأدنى للأجر على أساس أجر ساعة شغل؛ أما في النشاطات الفلاحية فعلى أساس الأجر المؤدى عن يوم شغل، وحسب مقتضيات المادة الثانية من المرسوم رقم: 2-04-421، فإن الحد الأدنى للأجر في القطاعات غير الفلاحية هو تسعة دراهم وستة وستون سنتيما (9.66 دراهم) عن كل ساعة من العمل؛ أما في القطاع الفلاحي فيُحدد قسط الأجرة اليومية الواجب أدائها نقدا في خمسين درهما (50 درهما)³.

هذا مع التنبيه إلى أنه يدخل في حساب الحد الأدنى القانوني للأجر في النشاطات غير الفلاحية، الحلوان، ومكملات الأجر مادية كانت أو عينية؛ أما في النشاطات الفلاحية فلا تحتسب إلا الفوائد المادية، دون الفوائد العينية فإنها لا تحسب ضمن الحد الأدنى القانوني للأجر⁴، وليس للمشغل تحت أي ظرف من الظروف أن يَجَنَحَ إلى حرمان الأجراء الفلاحين من المنافع العينية بالمرّة، أو إلى التخفيض منها⁵.

بقي أن نشير إلى أن الحد الأدنى للأجر من صميم النظام العام، وعليه فإن كل اتفاق - فرديا كان أو جماعيا - يرمي إلى تخفيض الأجر إلى ما دون الحد الأدنى القانوني للأجر يكون باطلا بقوة القانون⁶، على أن كل مشغل خالف ذلك فإنه يعاقب بغرامة من 300 إلى 500 درهم، مع تكرار عقوبات الغرامة بتعدد الأجراء الذين لم يراع في حقهم تطبيق المقتضيات السابقة، على ألا يتجاوز مجموع الغرامات 20.000 درهم⁷. علاوة على ذلك، فإنه عند النزاع إذا لم تؤد

¹ - أنظر الفقرتين الأخيرتين من المادة 347 من م ش.

² - المادة 359 من م ش.

³ - أنظر: المرسوم رقم: 2.04.421، الصادر بتاريخ: 4 يونيو 2004، المتعلق بالزيادة في الأجرة الدنيا في الصناعة والتجارة والمهن الحرة والفلاحة.

⁴ - وهو ما تفيد به المادة 357 من مدونة الشغل.

⁵ - الفقرة الثالثة من المادة الثانية من المرسوم السابق ذكره.

⁶ - أنظر: المادة 360 من مدونة الشغل.

⁷ - أنظر البند الثاني والثالث والرابع من الفقرة الأولى من المادة 361 من م ش.

المبالغ المستحقة قبل انعقاد الجلسة؛ فإن المحكمة تقضي تبعا لطلب الأجير المعني بالأمر، بما يعادل الحد الأدنى القانوني للأجر من المبالغ التي احتجزت له كلاً أو بعضاً دون سبب قانوني¹.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الأخذ بمبدأ الحد الأدنى للأجر إنما تقرر لجعل هذا الأخير قادراً على احتواء جل تكاليف المعيشة اليومية، خصوصاً بعد تكريس المفهوم الاجتماعي للأجر، و بما أن تكاليف الحياة ومتطلباتها تتغير باستمرار، فقد ربطت اتفاقيات الشغل الدولية² والعربية³، ومعها التشريعات المقارنة بين هذا التغير ومبدأ الحد الأدنى للأجر؛ إيماناً منها بأن الأجر هو الضمان الأكيد لمواجهة كل متغيرات السوق من ازدياد في الأسعار أو انخفاضها.

ولم يخرج التشريع المغربي عن هذا الطرح؛ إذ عمد ومنذ سنة 1959 إلى الربط بين التغيرات التي تطرأ على تكاليف الحياة اليومية والحد الأدنى للأجر، بإحداثه للسلم المتحرك للأجور بواسطة ظهير 31 أكتوبر 1959⁴، وذلك حماية للأجور من الارتفاع المتزايد باستمرار في الأسعار، وحفاظاً على نوع من التوازن بين هذه الأخيرة والأجور.

وهكذا تتم مراجعة الحد الأدنى للأجر وتحديده في النشاطات الفلاحية وغيرها بواسطة نص تنظيمي، تصدره السلطة الوصية على ميدان الشغل - وهي وزارة التشغيل - وذلك بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين، والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلاً، تماشياً مع مقتضيات المادة 356 من مدونة الشغل⁵ التي لم تحدد إجراءات هذه الاستشارة، بحيث لم تبين ولم تُحل على أي نص تنظيمي لبيان وقت هذه الاستشارة وقواعدها ونطاقها، الشيء الذي يخلق دائماً هوة كبيرة بين الأجور من جهة؛ وتكاليف الحياة من جهة أخرى⁶.

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بأداء الأجور :

نظراً للدور المعيشي الذي يضطلع به الأجر في حياة الأجير وحياة أسرته؛ فقد وضعت مدونة الشغل قواعد آمرة لضمان الوفاء به في مواعيد دورية، كما اهتمت أيضاً بتحديد المكان الذي يجب على المشغل أداء الأجر فيه (الفرع الأول)، مع بيان الكيفية التي يقع بها إثبات الوفاء به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أداء الأجر :

تكريساً للدور الحمائي لقانون الشغل، ومراعاة للوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للأجر، فقد قرر المشرع الاجتماعي تنظيم أداء الأجر، سواء من حيث زمان الوفاء به أو مكانه.

¹ - أنظر الفقرة الثانية من المادة 361 من مدونة الشغل.

² - أنظر اتفاقية الشغل الدولية، رقم: 26، لسنة: 1928، المتعلقة بطرق تحديد الحد الأدنى للأجور؛ وكذا اتفاقية رقم: 99، المتعلقة بتحديد الحد الأدنى للأجور في القطاع الفلاحي.

³ - أنظر اتفاقية الشغل العربية، رقم: 15، لسنة: 1983، المتعلقة بتحديد وحماية الأجور.

⁴ - الظهير الشريف رقم: 1-59-352، الصادر في: 28 ربيع الثاني 1379 (31 أكتوبر 1959)، المتعلق بالرفع العام للأجور تبعا لغلاء المعيشة؛ والذي كرسته مدونة الشغل الجديدة في البند الخامس من الفقرة الإحدى عشرة من المادة 586.

⁵ - وتماشياً مع الاتفاقية الدولية رقم 131، التي نصت في مادتها الأولى على أنه: "تقوم الدولة بتحديد الأجر بالاستشارة مع الجهات المهنية".

⁶ - كما هو واقع حالنا اليوم؛ إثر ما نعانیه من اختلال بين زهد الأجور وغلاء المعيشة.

الفقرة الأولى: زمان الأداء :

انطلاقاً من الدور المعيشي للأجر، فإن المشرع المغربي نظم بكيفية مفصلة الزمان الذي يتم فيه أداء الأجر، مميزاً في هذا الصدد بين فئات الأجراء تبعاً لاختلاف الطريقة التي يتم على أساسها احتساب الأجر، على أن يتم أداء الأجر في كل الأحوال بصفة دورية ومنتظمة دون انقطاع، بالنسبة لأجراء المؤسسة الواحدة أو الورشة الواحدة¹.

أضف إلى هذا أن المشرع المغربي كان حريصاً أتم الحرص على راحة الأجير، فقد حرمت المادة 366 من م ش على المشغل أداء الأجر في الأيام المخصصة لراحة الأجراء؛ غير أنه يمكن أداء الأجور في ذلك اليوم بالنسبة لأجراء قطاع البناء أو الأشغال العمومية، إذا كان يوم الراحة يوافق يوم سوق، شريطة أن تؤدي إليهم الأجور قبل الساعة التاسعة صباحاً.

وحتى يكون المشغل في وضعية سليمة وقانونية تجاه ما يمكن أن يؤاخذ به من قبل الأعوان المكلفين بتفتيش الشغل خلال معائنتهم لعمليات أداء الأجور والتسبيقات؛ يجب عليه أن يعلن في ملصق عن التاريخ - بالشهر واليوم والساعة - المحدد لكل دورية تدفع فيها الأجور والأقساط المسبقة عند الاقتضاء، وأن يثبت ذلك الإعلان بشكل ظاهر مع المحافظة عليه كي يظل سهل القراءة².

هذا وينبغي عليه أيضاً أن يكون على قدر المسؤولية والالتزام الذي أخذه على عاتقه، بالشروع في عملية أداء الأجور ابتداء من الساعة التي أعلن عنها في الملصق؛ وإتمامها بعد الساعة التي حددت لانتهاء شغل الأجير بثلاثين دقيقة على الأكثر باستثناء حالة القوة القاهرة، غير أنه يمكن للأعوان المكلفين بتفتيش الشغل أن يسمحوا بتجاوز هذا المقتضى؛ إذا تعلق الأمر بالمقاولات المنجمية، وأوراش البناء، والأشغال العمومية، والمعامل التي تشتغل باستمرار، وكذا المقاولات التي يشتغل فيها أكثر من مائة أجير³.

الفقرة الثانية: مكان الأداء :

إذا كانت بعض التشريعات المقارنة - كالتشريع المصري⁴ - تنص صراحة على أن الأجر يؤدي في مكان العمل، وذلك مراعاة لحال الأجير؛ فإن الملاحظ على المشرع المغربي من خلال مقتضيات مدونة الشغل، أنه لم يحدد مكاناً معيناً للوفاء بالأجر، وهو ما يعطي للمشغل كامل الحق في تحديد هذا المكان بكامل الحرية والاختيار، شريطة ألا يتعسف في استعمال هذا الحق.

على أن مكان العمل يبقى هو الأصل لأداء الأجر فيه، ما دام أن وقت أداء الأجر - كما بينا سابقاً - يجب أن ينتهي على أبعد تقدير بعد نصف ساعة من الوقت المحدد للشغل⁵، وهو ما يعني أن عملية الأداء لا بد وأن تتم داخل

¹ - انظر المواد: 363 - 364 - 365 - 367، وكذا الفقرة الثالثة من المادة 369 من مدونة الشغل.

² - المادة 368 من م ش.

³ - الفقرتان الأولى والثانية من المادة 369 من م ش.

⁴ - المادة 34 من قانون العمل المصري.

⁵ - الفقرة الأولى من المادة 369 من م ش.

مكان العمل أو في موضع قريب منه؛ وذلك بهدف تجنب تنقلات الأجراء، ما لم يكن ذلك متعذرا بسبب حالة القوة القاهرة.

أما إذا تعلق الأمر بالمقاولات المنجمية، وأوراش البناء، والأشغال العمومية.. فيمكن تجاوز المقتضيات السابقة، بحيث يسمح لهذه المؤسسات أن تؤدي ما بذمتها من أجور لأجرائها خارج أماكن العمل¹، مع ضرورة إعلان المشغل - في كل الأحوال - في ملصق عن المكان المحدد لكل دورية تدفع فيها الأجور والأقساط المسبقة عند الاقتضاء².

الفرع الثاني : إثبات أداء الأجر:

خلافًا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 399 من ق ل ع م، والتي تقضي بأن: "إثبات الالتزام على مدعيه"؛ فإن المشرع المغربي في المادة الاجتماعية عمل على قلب هذه القاعدة، بجعل عبء الإثبات على عاتق المشغل - المدين أو المدعى عليه - مراعاة للمركز الضعيف للأجير في مواجهة المشغل، وهو ما سبق وأن قرره الاجتهادات القضائية بمختلف درجاتها³ بلورة منها للطابع الحمائي لقانون الشغل، حيث ذهبت إلى أن عبء إثبات أداء الأجر يقع على عاتق المشغل، وأن القول قول الأجير فيما يصرح به من مبلغ الأجر إلى أن يثبت العكس من قبل المشغل.

وهكذا تقوية لجانب الأجير، وتعزيزا لحمايته؛ فقد أوجب المشرع على المشغل أن يتوفر على ثلاث وسائل لإثبات أداء الأجر، ونقصد بذلك: ورقة الأداء، ودفتر الأداء، وتوصيل تصفية كل حساب.

الفقرة الأولى : ورقة الأداء :

ألزم المشرع المغربي بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 370 من م ش المؤجر بتسليم أجرائه عند أداء أجورهم وثيقة إثبات تسمى: "ورقة الأداء"؛ وذلك بقصد إطلاعهم على كيفية احتساب أجورهم ومشمولاته.

وهكذا، وحسب المادة السالفة الذكر، يجب على كل مشغل أن يسلم عماله ومستخدميه ومتدربييه وقت أداء الأجر وثيقة تثبت هذا الأداء، وأن يضمنها وجوبا البيانات التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، على نحو ذكر: اسم المشغل، ورقم انخراطه في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، واسم شركته، ونوع العمل المزاوول بها، واسم الأجير، ورقم انخراطه في الضمان الاجتماعي، وصفته المهنية، وساعات العمل المنجزة من طرفه والأجر المؤدى عنها، مع الإشارة إلى عدد الساعات الإضافية إن وجدت ونسبة الزيادة المقررة لها قانونا... دون إغفال تاريخ الأداء مرفقاً بتوقيع المشغل والأجير المعني بالأمر⁴.

وفضلا عن أن ورقة الأداء حجة لفائدة الأجير على أداء الأجر له من قبل المشغل؛ فهي قرينة قوية ووسيلة إثبات مهمة بيد المشغل أيضا في إبراء ذمته من أداء الأجور، بحيث يبقى على الأجير إثبات عكس ذلك.

¹ - الوسيط في مدونة الشغل، م س، 326/1.

² - الفقرة الأولى من المادة 368 من م ش.

³ - أنظر: قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، رقم: 1758، بتاريخ: 16 أكتوبر 1989، في الملف الاجتماعي، عدد: 10236/88، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد: 45، سنة 1991، ص: 122 وما بعدها؛ حكم المحكمة الابتدائية بأكادير، عدد: 279/97، بتاريخ: 14 أبريل 1997، منشور بمجلة المرافعة، عدد: 7، سنة 1997، ص: 156.

⁴ - الوسيط في مدونة الشغل، 328/1-329؛ بتصرف.

إلا أنه وإن كانت هذه الورقة وسيلة إيجابية في إثبات أداء الأجر بالنسبة للمشغل؛ فإن المشرع المغربي قد سارع إلى حماية الأجراء مرة أخرى، عندما جعل من تلك الورقة سوى بداية حجة بالإثبات، بنصه في الفقرة الثانية من المادة 370 من م ش على أن تسلم الأجير لورقة الأداء أثناء تسلمه للأجر دون تحفظ أو احتجاج لا يعد تنازلاً منه عن المبالغ التي يرى أنه لا زال دائناً بها للمشغل، حتى ولو قام بالتوقيع على ورقة الأداء، وكان ذيلها محتوماً بعبارة: "قُرئ وصُوِّق عليه".

وعليه، كلما اكتشف الأجير وجود خطأ مادي في الحساب، أو عند عدم احتساب مبالغ مالية مستحقة له، إلى غير ذلك؛ فله أن يطعن في ورقة الأداء والمطالبة بحقوقه.

الفقرة الثانية: دفتر الأداء :

إذا كانت المادة 370 من م ش - كما أشرنا - توجب تسليم كل أجير ورقة أداء الأجر من طرف المشغل؛ فإن مقتضيات المادة 371 تلزم كل مشغل أو من ينوب عنه أن يمكّن في كل مؤسسة، أو جزء منها، أو في كل ورشة، دفترًا خاصاً يسمى: "دفتر الأداء"، تحدد نمودجه السلطة الحكومية المكلفة بالشغل¹، على أن يتم إمساكه بعناية خاصة، سواء من حيث ترتيب التواريخ، وترقيم الصفحات، وكذا تضمينه جميع البيانات الموجودة في ورقة الأداء. هذا ويمكن للمشغل الاستعاضة عن دفتر الأداء؛ باعتماد أساليب المحاسبة الميكانيكية أو المعلوماتية، أو أية وسيلة أخرى من وسائل المراقبة، وذلك بعد تقديم طلب في هذا الأمر، واستشارة العون المكلف بتفتيش الشغل، وإقراره بأن هذه الوسائل كفيلة بأن تقوم مقام ذلك الدفتر².

وفي كل الأحوال يكون المشغل ملزماً بالاحتفاظ بدفتر الأداء، أو ما يقوم مقامه من الوسائل الأخرى لمدة لا تقل عن سنتين من تاريخ إقفال ذلك الدفتر، أو اعتماد تلك المستندات أو الوسائل؛ تفادياً لما يمكن أن يكون موضوع مؤاخنة من قبل مفتشي الشغل، وكذا مفتشي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إثر مطالبتهم في كل وقت وحين بالاطلاع على دفتر الأداء أو ما يقوم مقامه³.

وضمناً لأن تأخذ كل المقتضيات السابق بيانها - تسليم الأجراء ورقة الأداء، والاحتفاظ بدفتر الأداء أو ما يقوم مقامه، وتضمينهما البيانات المحددة من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالشغل.. - مجراها الطبيعي من التطبيق على أرض الواقع، وتعزيزاً للحماية التي أخذ المشرع المغربي على عاتقه السهر على تفعيلها، فقد قرر معاقبة كل مشغل خالف تلك المقتضيات؛ بتغريمه من 300 إلى 500 درهم عن كل أجير، مع تكرار هذه الغرامة بتعدد الأجراء الذين لم يراع في حقهم تطبيق هذه المقتضيات، على ألا يتجاوز مجموع الغرامات 20.000 درهم⁴.

¹ - كالنموذج رقم: 05-347، المحدد بقرار من وزير التشغيل والتكوين المهني، بتاريخ: 9 فبراير 2005.

² - وهو ما تفيد به المادة 372 من م ش.

³ - المادة 373 و 374 من م ش.

⁴ - البند الرابع والخامس من الفقرة الأولى من المادة 375؛ والفقرة الثانية من نفس المادة، من م ش.

الفقرة الثالثة : توصيل تصفية كل حساب :

من المعلوم أن انتهاء علاقة الشغل بين الأجير والمشغل تترتب عنها خلافات ونزاعات حول الأداءات المستحقة في الغالب للأجير، مما يدفع المشغل لمطالبته عند فسخ العلاقة الشغلية أو إنهاؤها بتوصيل يبرئ فيه ذمته من كل أداء له عليه، ويسمى: "توصيل تصفية كل الحساب"، أو توصيل إبراء الذمة، وهو توصيل يسلمه الأجير للمشغل عند إنهاء العقد لأي سبب كان، وذلك قصد تصفية كل الأداءات تجاهه¹، فهو إذا عبارة عن وثيقة يوقعها الأجير عند مغادرته المؤسسة التي يشتغل فيها بصفة نهائية، إما بسبب انقضاء مدة عقد الشغل، أو فسخه، يصرح فيها بأنه لم تعد لديه أية مطالب مالية عند مشغله.

إلا أنه قد يوقع الأجير في الغالب وبكل سهولة على هذا التوصيل المبرئ لذمة المشغل، تحت تأثير الضغط الذي قد يمارس عليه من قبل المشغل، أو نتيجة الغلط الذي قد يقع فيه إثر عدم التفحص الدقيق لحساباته، أو تبعا لكونه أميا، أو إذا قبل التنازل عن بعض حقوقه دون تحفظ²، إلى غير ذلك، فكيف تعامل المشرع المغربي مع مثل هذه الحالات؟ وهل للمشغل الاعتماد على هذا التوصيل بكيفية مطلقة لإثبات براءة ما بذمته تجاه الأجير؟

انطلاقا من الطابع الحمائي لقانون الشغل، وتجنبنا لوقوع الأجير تحت أي شيء مما ذكرنا سابقا؛ فقد عمل المشرع المغربي على إيجاد طريقة لحماية الأجير من التوقيع المعجل على توصيل تصفية الحساب، حيث عمد إلى خلق مسطرة خاصة به في مدونة الشغل³، هذه المسطرة تضمنت من جهة شروطا شكلية يجرر التوصيل على نسقها تحت طائلة اعتباره باطلا، ومن جهة أخرى خولت الحق للأجير في الرجوع عن التوصيل الذي وقعه داخل أجل معين - وهو 60 يوما الموالية لتوقيعه - وكل توصيل يتم التراجع عنه بصفة قانونية يعد مجرد توصيل بسيط بالمبالغ المضمنة به⁴، كما أنه يخضع للتعديل والإلغاء، بمعنى أنه فقد قوته الثبوتية بحيث لا يمكن اعتباره حجة على إبراء ذمة المشغل بصفة نهائية.

أضف إلى هذا أن المشرع المغربي اعتبر كل تنازل أو صلح يوقعه الأجير باطلا لا يؤتي أكله؛ إذا كان يرمي إلى حرمانه من الحصول على الحقوق المقررة له قانونا - كلا أو بعضا - بفعل تنفيذ العقد أو بفعل إنهائه⁵.

المبحث الثاني : الحماية القانونية للأجر :

إذا كان ما تحدثنا عنه في المبحث الأول من أوجه الحماية التي جاءت عرضا من المشرع المغربي، وهو في سياق الحديث عن كيفية تحديد الأجر وكيفية أدائه؛ فإننا في هذا المبحث سنعمل على تتبع مظاهر الحماية القانونية التي خصص لها المشرع رصيда من النصوص الخاصة بها، على غرار ما فعلت جل التشريعات المقارنة⁶، وذلك حفاظا على المركز

¹ - المادة 73 من م ش.

² - في القانون الاجتماعي المغربي، عبد الكريم غالي، طبعة: 2001، ص: 181.

³ - أنظر المادتين: 74 و 75 من م ش.

⁴ - الفقرة الأولى من المادة 76 من م ش.

⁵ - أنظر: الفقرة الثانية من المادة 73؛ والفقرة الثانية من المادة 76 من م ش.

⁶ - كالتشريع المصري الذي خصص لهذه الحماية المواد: 39-40-41 من قانون العمل.

الاقتصادي للأجير، وخشية أن تؤدي القواعد العامة المتعلقة بالحجوزات والمقاصة¹، وكذا حقوق المشغل على الأجير إلى الاقتطاع من الأجر، وبالتالي ضياعه كلاً أو بعضاً بشكل قد يترتب عنه زعزعة الوضع الاقتصادي للأجير.

وتتجلى مظاهر هذه الحماية في تدخل المشرع المغربي لتنظيم مسألة الاقتطاع من الأجر أياً كانت دواعي ذلك (المطلب الأول)؛ كما تتجلى أيضاً في حماية الأجر من مزاحمة دائني المشغل في حالة إعساره أو تصفية أمواله، وكذا حمايته من دائني الأجير الراغبين في الحجز عليه تحت يد المشغل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الأجر من المشغل:

من أجل أداء الأجر لوظيفته المعيشية، تدخل المشرع الاجتماعي لحمايته في مواجهة المقاصة التي يمكن للمشغل اعتمادها بصفته دائناً (الفرع الأول)؛ وكذا حمايته من المشغل بمنع هذا الأخير من الاقتطاع مقابل الجزاءات التأديبية (الفرع الثاني)؛ بل ووصلت حمايته إلى درجة الحفاظ عليه بعيداً عن كل ما يمكن أن يمارس على الأجير من ضغوطات وإكراهات من قبل المشغل، الذي قد يفرض عليه صرف ما يتقاضاه كلاً أو بعضاً في محل تجاري يملكه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حماية الأجر في مواجهة المقاصة :

ينص الفصل 357 من ق ل ع م على أنه: "تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية"، وبما لا شك فيه أن السماح للمشغل الدائن بتطبيق هذه القاعدة العامة في مواجهة أجيره المدين له؛ من شأنه أن يهدد الأجر ويعرض الأجير وأسرتة إلى الضياع، لذلك سعى المشرع المغربي من خلال مدونة الشغل على غرار ما استقرت عليه جل التشريعات المقارنة² والاتفاقيات الدولية³ إلى لجُم هذه الحرية المطلقة، التي تخول للمشغل الحق في اقتطاع دينه الذي على أجيره من الأجر الذي هو مدين به لنفس الأجير.

وهكذا، تنص مقتضيات المادة 385 من م ش⁴ على أنه لا يمكن للمشغلين أن يجروا لحسابهم أي مقاصة بين ما يكون يكون عليهم لأجرائهم من أجور، وبين ما قد يكون على هؤلاء الأجراء من ديون لفائدتهم مقابل مدهم بمختلف اللوازم أياً كان نوعها، باستثناء الأدوات أو المعدات اللازمة للشغل؛ والمواد واللوازم التي تسلمها الأجير، والتي توجد في عهده؛ والمبالغ المدفوعة إليه مسبقاً لشراء تلك الأدوات والمعدات والمواد واللوازم.

¹ - المقاصة كما يعرفها الدكتور مأمون الكزبري، هي: "طريق من طرق انقضاء الالتزام، بمقتضاها تبرأ ذمة المدين من الدين المترتب عليه، مقابل براءة ذمة دائنه من دين ترتب عليه لمصلحة مدينه، وذلك في حدود الأقل من هذين الدينين"؛ أنظر كتابه: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ط: 1389هـ/1970م، بيروت، 435/2.

² - ينص التشريع الفرنسي في المادة L3251-1 على عدم جواز إجراء المقاصة بين أجر الأجراء، وما عليهم من ديون نتيجة لتزويدهم بلوازم العمل.

³ - جاء في الاتفاقية الدولية رقم 95 في المادة 8 منها: "لا يجوز الاقتطاع من الأجور إلا وفق ما تحدده القوانين واللوائح الوطنية".

⁴ - تعود هذه المادة في الحقيقة إلى ما كان يتضمنه الفصل 316 من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ 12 غشت 1913.

إلا أن الذي يؤخذ على هذه المادة من قبل بعض الفقه¹ هو عدم وضوحها ودقتها، حيث تناولت المنع من إجراء المقاصة بين ما يكون للأجراء من أجور، وبين ما قد يكون عليهم من ديون لفائدة مشغليهم مقابل مدهم بمختلف اللوازم أيا كان نوعها؛ دون أن تحدد طبيعة وماهية هذه اللوازم، إذ ما الذي يمكن للمشغل أن يقدمه لأجراءه، ويمنع عليه إجراء مقاصة بخصوصه؟ خصوصا وأن تقديم السلف المالية، أو خلق مقتصديات لبيع البضائع والسلع أيا كان نوعها؛ محكوم بمقتضى نصوص قانونية أخرى²، لا علاقة لها بالمادة السابقة الذكر.

وعلى أي، فإن موقف المشرع المغربي لم يقف عند مجرد المنع من المقاصة كمبدأ عام؛ بل عمل أيضا على تحديد النسبة التي ينبغي على المشغل اقتطاعها من الأجر، وكذا بيان كيفية ذلك، حيث أشار في الفقرة الأولى من المادة 386 من م ش إلى أنه إذا حصل وأن قام المشغل بتسليم أي من أجراءه سلعا أو مبالغ مالية على وجه السلفة³ لأي سبب كان؛ فإنه لا يمكنه أن يسترد سلفته إلا على شكل أقساط تقتطع من أجورهم تباعا، بحيث لا يتجاوز القسط المقتطع عُشرَ الأجر الذي حل أدائه⁴، هذا مع ضرورة تمييز القسط المقتطع على هذا الأساس، عن الجزء من الأجر القابل للحجز، وعن الجزء الذي تجوز فيه الحوالة، والمحكوميين بمقتضى المادتين 387 و 388 من مدونة الشغل⁵.

وهكذا، لم يعد المشغل في ظل مدونة الشغل إذا ما قدم سلفة مالية لأي من أجراءه؛ مجرد دائن عادي يدخل مع باقي دائني الأجير في الجزء الذي يقبل الحجز على ما له لدى الغير، وإنما صار بإمكانه أن يقتطع سلفته المالية مباشرة من الأجر المستحق للأجير، بالرغم من أن ذلك لا يتأتى له إلا في شكل أقساط، مع ضرورة عدم تجاوز كل قسط عُشرَ الأجر الذي حل أدائه.

بقي أن نشير إلى أن عدم احترام مقتضيات المادتين 385 و 386 من م ش؛ يعاقب عليه بغرامة من 300 إلى 500 درهم، مع تكرار هذه العقوبة بتكرر الأجراء الذين لم يراع في حقهم تطبيق أحكام هاتين المادتين، بشرط ألا يتجاوز مجموع الغرامات 20.000 درهم⁶.

الفرع الثاني : حماية الأجر في مواجهة الاقتطاع مقابل الجزاءات التأديبية :

إذا كانت مدونة الشغل على غرار التشريع السابق قد منحت للمشغل سلطة على أجراءه؛ يمارسها لإنجاح مشروعه، وأعطته - كمظهر من مظاهر هذه السلطة - صلاحيات توقيع جزاءات تأديبية⁷ على الأجراء المخالفين للنظام الداخلي الداخلي لمقاولته، أو المخالفين للمقتضيات المتعلقة بالمحافظة على الصحة والسلامة؛ فإنه وعلى العكس من الأوضاع

¹ - الوسيط في مدونة الشغل، 342/1.

² - سيأتي توضيح الكلام في شأنها في الفرع الثالث من هذا المطلب.

³ - بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 386 من م ش؛ لا تعد الأقساط المسبقة من الأجر من قبيل السلفة المالية، وبالتالي فإنها لا تخضع لأحكامها.

⁴ - وذلك على غرار ما كان ينص عليه الفصل 317 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1913.

⁵ - وسيأتي الحديث عنهما في الفرع الثاني من المطلب الموالي.

⁶ - أنظر المادة 391 من م ش.

⁷ - بموجب المادتين 37 و 38 من م ش.

القانونية السابقة التي وصلت إلى حد الاقتطاع من الأجر في شكل غرامات مالية، تميزت - أي مدونة الشغل الجديدة - بكونها لم تحول للمشغل إمكانية الاقتطاع من الأجر كنوع من العقوبة التأديبية.

والحق أن هذا الموقف من المدونة الجديدة، إنما جاء على إثر ما تعرض له الموقف السابق من انتقاد من قبل الفقه المغربي¹؛ لعدم مراعاته للطابع الحمائي لقواعد قانون الشغل، وللدور المعيشي للأجر، إذ لم يكن من المعقول والمقبول مطلقاً أن يبقى المشرع المغربي على حمايته - التي حمل نفسه عبء تكريسها - وهو يفرض الاقتطاع من الأجر كعقوبة تأديبية.

الأمر الذي فرض تراجعاً من المشرع المغربي، وذلك بإعادة النظر في موقفه من العقوبات المالية في اتجاه إلغائها، وهو ما وجد صداه من خلال مدونة الشغل التي عملت ضمن مستجداتها على حذف العقوبات التأديبية ذات الطابع المالي، حيث يتبين بالرجوع إلى المادة 37 منها أن الخصم من أجور العمال لا يوجد ضمن العقوبات التأديبية المخول توقيعها على الأجير الذي ارتكب خطأً غير جسيم.

ويبدو من هذه المادة أن المشرع ذكر تلك العقوبات على سبيل الحصر؛ لأن إطلاق العنان للمشغل قصد الاقتطاع من الأجر بذريعة السلطة التأديبية، من شأنه المساس بالذمة المالية للأجير²، وهو موقف محمود كما يشهد لذلك غالبية الفقه³، دعم من خلاله المشرع نطاق الحماية القانونية للأجر، ولدوره الاقتصادي والاجتماعي في حياة الأجير وحياته أسرته.

الفرع الثالث : حماية الأجر في مواجهة الضغط الاقتصادي :

من المعلوم أن للمشغل نفوذاً أدبياً على أجراءه، ولذا قد يستغل هذا النفوذ بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فيفرض عليهم إنفاق مبلغ الأجرة الذي يتقاضونه كلياً أو جزئياً في محل تجاري أو مقتصدية - على حد تعبير مدونة الشغل⁴ - يمتلكها أو له مصلحة فيها.

وضماماً لحق الأجير في التصرف في أجره كيف يشاء؛ فقد عمل المشرع المغربي⁵ على إقرار جملة من التدابير لحمايته من هذه الضغوط، حيث نص في المادة 392 من م ش على أنه يمنع على كل مشغل أن يلحق بمؤسسته مقتصدية، يبيع فيها لأجراءه أو ذويهم بضائع أو سلعا أياً كان نوعها بنية تحقيق الربح، سواء كان هذا البيع مباشراً أو غير مباشر؛ كما يمنع عليه أيضاً أن يفرض على أجراءه إنفاق كل أو بعض أجورهم في المتاجر التي يشير عليهم بالابتياح منها، أو أن يؤدي بنفسه إلى ممولي أجراءه ثمن السلع التي يقدمونها لهم، باستثناء ما إذا كان هناك اتفاق مخالف، مع ضرورة كونه مكتوباً.

¹ الوسيط في علاقات الشغل الفردية، عبد اللطيف خالفي، الطبعة الثانية، 2003، ص: 353 وما بعدها.

² النظام القانوني لدين الأجر، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، 2006/2005م، جامعة عمر الأول، وجدة، ص: 19.

³ الوسيط في مدونة الشغل، 346/1.

⁴ أنظر المادة 392 من م ش.

⁵ على غرار ما قضت به منظمة العمل الدولية، حيث نصت الاتفاقية رقم 95 في مادتها السابعة على أنه: "يمنع على المشغل أن يجبر الأجراء على التعامل مع المخازن أو الخدمات الملحقة بمؤسسته".

ونشير إلى أن هذا المنع لا يقتصر على المشغل وحده؛ وإنما يمتد قانوناً¹ ليشمل كل مسؤول داخل المقولة، شريطة أن يكون له نفوذ على الأجراء، وقادراً على إلحاق الضرر بهم.

غير أنه يمكن الترخيص وفق الشروط التي تحددها النصوص التنظيمية بإنشاء مقتصديات في الأوراش، والاستغلالات الفلاحية، أو المقاولات الصناعية، أو في المناجم، أو المقالع البعيدة عن مركز تموين، على شرط أن يكون إنشاؤها ضرورياً للمعيشة اليومية للأجراء، مع ضرورة تقييد المشغل في النشاطات الفلاحية بتسعير المحاصيل التي يبيعها لأجرائه من منتوجه برضاهم، على ألا يزيد السعر عن قيمة المحصول عند إنتاجه، كما تحدده النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالأسعار².

وحتى تأخذ المقتضيات السابقة مجراها من التطبيق؛ فقد انتهى المشرع المغربي مرة أخرى إلى قلب قاعدة الإثبات العامة³، حيث أشار في المادة 393 على أنه في حالة ما إذا وقع نزاع بين الأجير والمشغل أو أي مسؤول نافذ حول ما ذكر؛ فالبيئة على البائع - المشغل أو أحد المسؤولين - في إثبات عدم حصوله على أي ربح من مبيعاته.

على أنه إذا ثبتت المخالفة في حق المشغل أو من يقوم مقامه من المسؤولين، بإلحاقه مقتصديات بالمؤسسة، أو إجبار الأجراء على التعامل معها، أو توفرت لديه نية الربح؛ فإنه يعاقب عن مخالفته لأحكام القانون بغرامة مالية من 2000 إلى 5000 درهم⁴.

المطلب الثاني: حماية الأجر من الغير :

هنا أيضاً يلعب الطابع الغذائي أو المعيشي للأجر دوره في فرض التدابير الحماية، في مواجهة كل من دائني المشغل في حالة إعساره أو تصفية أمواله (الفرع الأول)؛ ودائني الأجير كذلك الراغبين في استخلاص ديونهم بالحجز على الأجر وهو ما زال في يد المشغل (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حماية الأجر في مواجهة دائني المشغل:

من المعلوم أن العمل في القطاعات التي لها تعلق بمفهوم الربح والخسارة عملٌ غير مضمون، وتبعاً لذلك قد يأتي زمان على المشغل يصير فيه معسراً، أو تدخل فيه أمواله مرحلة ما يُعرَف بـ: "التصفية القضائية"، وقد يصادف ذلك أن تكون ذمته عامرة بأجور عماله أو غيرها من المستحقات، وفي هذه الحالة يصير أجراؤه دائنين له بهذه المستحقات التي لم تدفع لهم.

وطبقاً للقاعدة العامة التي أوردها المشرع المغربي في الفصل 1241 من ق ل ع⁵، والتي تجعل من أموال المدين ضماناً عاماً لدائنيه؛ فإن للأجير الدائن أن يستخلص مستحقاته من أموال مشغله المدين له، إلا أن تطبيق هذه

¹ - وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 393 من م ش.

² - الفقرة الثانية من المادة 392، وكذا الفقرة الثانية من المادة 393 من م ش.

³ - المنصوص عليها في الفصل 399 من ق ل ع م، والتي تقضي بأن: "إثبات الالتزام على مدعيه".

⁴ - المادة 394 من م ش.

⁵ - ينص هذا الفصل على أن: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

القاعدة بصورة مطلقة، قد يؤدي إلى ألا يتوصل الأجير بأجره كاملا بل بجزء منه فقط، على فرض وجود دائنين آخرين للمشغل يزاحمونه في مال هذا الأخير.

ولذلك نجد المشرع قد جاء باستثناء على هذه القاعدة في نفس الفصل، حينما قال: "...ما لم توجد بينهم - أي بين الدائنين - أسباب قانونية للأولوية"، ومن بين الأسباب المشروعة للأولوية في استيفاء الدين، ما يعرف بـ "حق الامتياز"¹، الذي يستفيد منه الأجير بمقتضى الفصل 1248 من ق ل ع، حيث صار لهذا الأخير الحق في استيفاء دين الأجرة، وما يلحق بها من مستحقات وجبت له في ذمة مشغله، باعتبارها من الديون الممتازة المقدمة على كافة الديون الأخرى، ولو كانت مضمونة برهون رسمية².

إلا أن هذا الحق وهذه الأولوية في استيفاء دين الأجرة - كما كان يرى بعض الفقه³ قبل صدور مدونة الشغل الجديدة - يعتبر ناقصا؛ على اعتبار أن المشرع المغربي يصنفه في ق ل ع في المرتبة الرابعة بعد ديون ممتازة أخرى تقدم عليه في الاستيفاء⁴، والحق أن الأجر نظرا لطابعه المعيشي كان ينبغي أن يصنف قبلها، وهو ما تفاداه المشرع المغربي في مدونة الشغل الجديدة، تماشيا مع التشريعات المقارنة⁵ والاتفاقيات الدولية⁶؛ وذلك حينما نص في المادة 382 منها على أن أن الأجراء يستفيدون - خلافا لمقتضيات الفصل 1248 من ق ل ع - من امتياز الرتبة الأولى المقررة في الفصل المذكور؛ قصد استيفاء ما لهم من أجور وتعويضات في ذمة المشغل من جميع منقولاته، كما يشمل هذا الامتياز أيضا التعويضات القانونية الناتجة عن الفصل من الشغل، وبذات الرتبة الأولى.

بل أكثر من ذلك، فإن للأجراء الذين يشغلهم مقاول، أو من رسا عليه مزاد أعمال لها صفة الأشغال العمومية؛ أن يستفيدوا من الامتياز الخاص المقرر في الفصل 490 من ق م م⁷، والذي يخولهم الحق في استيفاء أجورهم أو تعويضاتهم عن العطلة المؤدى عنها بسبب تلك الأشغال، وذلك بصرف النظر عن تحويل أو حجز المبالغ المستحقة لذلك المقاول، أو لمن رست عليه تلك الصفقة.

أضف إلى هذا كله ما نصت عليه المادة 384 من م ش، والتي أعطت للأجراء الذين يشغلهم مقاول في البناء؛ الحق في أن يقيموا دعوى مباشرة على صاحب البناء الذي أجري العمل لصالحه؛ بالحجز على أمواله وذلك في حدود المبالغ

¹ - وهو كما يعرفه الفصل 1243 من ق ل ع: "حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين".

² - حسبما تقضي به المادة 1244 من ق ل ع.

³ - الوسيط في علاقات الشغل الفردية، م س، ص: 351.

⁴ - وهي كما رتبها المادة 1248 من ق ل ع كالتالي: أولا - مصروفات الجنازة؛ ثانيا - الديون الناجمة عن صوائر المرض الأخير للميت؛ ثالثا - المصروفات القضائية.

⁵ - كالتشريع الفرنسي، في المادة 2-3253 L منه، والتي جاء فيها: "في حالة فتح التسوية أو التصفية القضائية؛ فإن الأجراء يستوفون أجورهم بالأولوية بالمقارنة مع أصحاب الديون الممتازة"، وهو نفس ما قرره المادة 22-3253 L، على أن المادة 6-3253 L أبانت عن بعد نظر من المشرع الفرنسي، وذلك عندما نص فيها على ضرورة تأمين المشغلين على أجور العمال من خطر التصفية القضائية، خلافا لما عليه الأمر في التشريع المغربي.

⁶ - أنظر: الاتفاقية الدولية رقم: 95، في المادة 11 منها، والتي جاء فيها: "عند إفلاس المنشأة أو تصفيتها قضائيا؛ يعامل عمالها كدائنين ممتازين".

⁷ - المصادق عليه بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون، رقم: 1-74-474، بتاريخ: 11 رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974).

التي يكون هذا الأخير ملتزما ودائنا بها للمقاول عند إجراء أحد الأجراء حجزا صحيحا عليها، وكذا ما يلتزم به بعد هذا الحجز، وللأجراء حق الامتياز على هذه المبالغ بنسبة دين كل واحد منهم، ولرب العمل أن يدفعها لهم مباشرة إذا صدر في شأن ذلك حكم قضائي¹.

الفرع الثاني: حماية الأجر في مواجهة دائني الأجير:

سبق وأشرنا إلى أن التشريع المغربي وعلى غرار غيره من التشريعات المقارنة؛ يحيط الأجر بحماية تكفل وصوله للأجير كاملا أو شبه ذلك، إذ لا يمكن الانتقاص منه إلا في حدود ضيقة؛ مراعاة لطابعه الحيوي الذي يجعله مصدر رزق الأجير، ووسيلة عيشه الوحيدة في معظم الحالات.

إلا أننا وبالرجوع إلى الفصل 488 من م م م وفي فقرته الأولى بالضبط، نجد ينص على أنه: "يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن من القاضي؛ على مبالغ ومستندات لمدينه، والتعرض على تسليمها له"، الأمر الذي يجعلنا نتساءل: هل يمكن لدائن الأجير أن يقوم بإجراء حجز على أجر الأجير الذي في ذمة مشغله؛ ضمانا لاستيفاء دينه؟ أم أن المشرع المغربي تدخل كعادته لفرض حمايته للأجر على دائني الأجير؟

إن تطبيق قاعدة الحجز السابقة وبكيفية مطلقة دون مراعاة لخصوصية الأجر ذات الطابع المعيشي؛ من شأنه أن يزعزع الوضع الاقتصادي والاجتماعي للأجير، ولذلك تدخل المشرع المغربي - كما عودنا سابقا - بفرض جملة من التدابير الحمائية، والتي تسمح لدائن الأجير من جهة باستيفاء دينه؛ مع الحفاظ على الصفة المعيشية التي طبعها الأجر من جهة أخرى، وذلك بالسماح لدائن الأجير بإجراء الحجز على الأجر في حدود ضيقة، وبنسب معينة تحتسب على أساس الأجر السنوي للأجير².

وبالرجوع إلى المادة 387 من م م ش، نجد أنها قد حددت مقدار المبالغ التي يجوز حجزها من الأجر السنوي للأجير، وذلك على النحو التالي:

* جزء من عشرين جزءا من الحصة التي تقل عن أربعة أضعاف الحد الأدنى القانوني للأجر، أو تعادل هذه النسبة؛

* عشر الحصة التي تفوق أربعة أضعاف الحد الأدنى القانوني للأجر، وتقل عن ثمانية أضعاف الحد الأدنى القانوني للأجر، أو تعادل هذه النسبة؛

* خمس الحصة التي تفوق ثمانية أضعاف الحد الأدنى القانوني للأجر، وتقل عن اثني عشر ضعفا للحد الأدنى القانوني للأجر، أو تعادل هذه النسبة؛

¹ - أنظر الفصل 780 من ق ل ع.

² - وهو نفس ما قرره المشرع الفرنسي في المادة 2 - L3252، حيث جاء فيها: "يمكن إجراء الحجز على جزء من أجور الأجراء وفق نسب ستحدد بموجب مرسوم"، وهما بذلك - أي المشرع الفرنسي والمشرع المغربي - قد سائرا ما جاء في منظمة العمل الدولية، حيث جاء في المادة 10 من الاتفاقية الدولية رقم 95 ما يلي: "لا يجوز الحجز على الأجور والتنازل عنها إلا وفق ما تقرره القوانين الوطنية"، وإن كان المشرع المغربي أكثر دقة في تحديد تلك النسب من نظيره الفرنسي الذي ترك أمر ذلك إلى المراسيم الوزارية التي قد تصدر أو لا.

* ربع الحصة التي تفوق اثني عشر ضعفا للحد الأدنى القانوني للأجر، وتقل عن ستة عشر ضعفا للحد الأدنى القانوني للأجر، أو تعادل هذه النسبة؛

* ثلث الحصة التي تفوق ستة عشر ضعفا للحد الأدنى القانوني للأجر، وتقل عن عشرين ضعفا للحد الأدنى القانوني للأجر، أو تعادل هذه النسبة؛

* لا حد بالنسبة للحصة من الأجر السنوي التي تفوق عشرين ضعفا من الحد الأدنى القانوني للأجر.

أضف إلى هذا أنه يمكن حوالة حصة أخرى من الأجر إذا تعدد دائنو الأجير، وذلك في حدود نفس الحصة القابلة للحجز، دون مراعاة لعدد الدائنين الذين يقتسمون الجزء المحجوز عليه حسب نسبة دين كل واحد منهم¹.

وكنوع من التحيز لجانب الأجير باعتباره الطرف المغلوب على أمره؛ فقد استثنى المشرع المغربي من الأجر السنوي الذي على أساسه تحدد نسبة الاقتطاع لفائدة دائن الأجير - المبالغ التالية²:

- 1- التعويضات والإيرادات التي نص القانون على عدم جواز حجزها؛
- 2- المبالغ المستردة تغطية لمصاريف أو لنفقات سبق أن تحملها الأجير بسبب شغله (مصاريف التنقل مثلا...)

3- التعويض عن الولادة؛

4- التعويض عن السكن؛

5- التعويضات العائلية؛

6- بعض التعويضات التي يتم إقرارها بمقتضى عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو النظام الداخلي، أو يقضي بها العرف (كالتعويضات التي تمنح بمناسبة الأعياد الدينية أو بعض الأحداث العائلية...).

إلا أنه يستثنى من المقتضيات السابقة ما هو أهم وأعظم من أجر الأجير؛ ألا وهو نفقة الزوجة الواجب أدائها شهريا من طرف زوجها الأجير، حيث قرر المشرع المغربي³ - دون مراعاة منه هذه المرة للطابع المعيشي للأجر - أنه يلزم اقتطاع مبلغها بأكمله كل شهر، حتى لو تطلب الأمر اقتطاعها من حصة الأجر التي لا يمكن حجزها، سواء سُدَّت هذه النفقة عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، أو عن طريق حوالة الأجر.

هذا ويمكن عند الاقتضاء، أن تضاف حصة الأجر القابلة للحجز إلى ذلك الاقتطاع؛ إما ضمنا للوفاء بالاستحقاقات المتأخرة من النفقة مع المصاريف، وإما سدادا لديون وجبت لدائنين عاديين أو مُتَعَرِّضِينَ⁴.

¹ - وهو ما تفيد به المادة 388 من م ش.

² - أنظر المادة 389 من م ش.

³ - في الفقرة الأولى من المادة 390 من م ش.

⁴ - أنظر الفقرة الثانية من المادة 390 من م ش.

خاتمة :

على امتداد الصفحات السابقة، وبعد هذا التجوال والتطواف في عرض أوجه ومظاهر الحماية القانونية للأجر، وتوضيح الرؤية بالنسبة لمسائله، من خلال دراسة تمزج - إلى حد ما - بين التشريع الاجتماعي المغربي والتشريعات المقارنة، وكذا الاتفاقيات الدولية والعربية؛ لا يمكننا أن ننكر الجهود المبذولة من طرف المشرع المغربي قصد تنظيم مسألة الأجر تنظيمًا دقيقًا وتامًا، يكفل حمايته والحفاظ عليه من كل العواصف التي قد تقصف به فتُصير كأن لم يكن، ويضمن وصوله إلى يد مستحقيه من الأجراء والعمال كاملاً غير منقوص، على نحو ما ذكرنا سابقاً من أنه جعل للأجر حداً أدنى لا يمكن النزول عنه إلا في حدود ضيقة، كما فرض مجموعة من الضمانات فيما يتعلق باستيفائه، وأقر كذلك جملة من التدابير الحماية التي تقوي جانب الأجير في مواجهته لمشغله وللغير كذلك، أضف إلى هذا كله ما سنّه من عقوبات مالية، بحيث تراوحت هذه العقوبات في جملتها ما بين 300 إلى 30.000 درهم، مع مضاعفتها في حالة العود.

إلا أنه رغم كل هذه الجهود المبذولة، يبقى عمل المشرع عقيماً في ظل غياب آليات تفعيل تلك الحماية المنشودة؛ حيث يلاحظ على المستوى القانوني أن المشرع لم يخصص للمراقبة الفعلية على المشغل على مستوى أداء الأجر سوى بضع مواد لا تسمن ولا تغني الحماية المطلوبة، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، يلاحظ عليه أنه لم يخرج وهو بصدد تقرير العقوبة على الأفعال المحرمة عن نطاق العقوبة المالية، وهو بذلك خرج عن مبدأ تفريد العقاب الذي يقضي بمراعاة الأحوال النفسية والاجتماعية والاقتصادية للشخص، وبما أن الحالة الاقتصادية للمشغل - في غالب الأحيان - برجوازية، فكان ينبغي على المشرع تبعاً لذلك أن يقرر لكل مخالفة من المشغل عقوبةً حبسية لا مالية؛ لأنها ببساطة ستكون أرفع له؛ أما على المستوى الواقعي فحدث ولا حرج؛ لأن ما ينطق به واقع الحال على لسان المتضررين من الأجراء يناقض تماماً جل ما هو منصوص عليه في التشريع الاجتماعي المغربي، بفعل الإكراهات والضغطات التي تمارس على الأجراء من قبل مشغليهم، بل في بعض الأحيان من قبل مفتشي الشغل الفاسدين منهم، والذين فاضت جيوبهم بالرشاوى التي يتلقونها.

ولذا نهيب بالمشرع الاجتماعي أن يبذل مزيد جهد؛ في سبيل تدارك هذا النقص وغيره مما لم نذكر، حتى يبرهن على حسن نيته التي أبدأها في بادئ الأمر، والمتمثلة في حماية مصدر عيش الأجير وأسرته، وهو الأجر.

التعليق على حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/03/03¹

موضوع الحكم : بطلان عقد بيع العقار في طور الانجاز إذا لم يحرر من قبل مهني مأذون له بذلك طبقا للفصل 618-3 من ق.ل.ع



تعليق من إعداد الأستاذ محمد لشقار

أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي بنيابة شفشاون

باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق - طنجة

Prof.lachkar@gmail.com

يشير الحكم المعلق عليه موضوعا في غاية الأهمية، وهو توثيق التصرفات الواردة على العقارات من جهة والعقارات في طور الانجاز من جهة ثانية.

حيث أثار هذا الموضوع سيلا من الكتابات القانونية والتعليق على القرارات من جانب الباحثين والدارسين للشأن العقاري بالمغرب، كما أنه أي موضوع توثيق التصرفات العقارية لم يكن محط إجماع بالنسبة للقضاء المغربي.

والسبب وراء طرح هذا الموضوع هو ما يهدد المشتري في عقد بيع العقار في طور الانجاز من مخاطر، خاصة إذا تهرب صاحب المشروع من إتمام التزاماته ببناء العقار، حيث تصبح حقوق المشتري في ظل عدم وجود قانون محدد للالتزامات الطرفين، ومنظم لهذه العلاقة التعاقدية محل تهديد مجموعة من المخاطر، في الوقت الذي تعرف فيه المدن المغربية توسعا حضاريا سريعا، وتناميا مهولا للبناء العمودي.

وأمام هذا الوضع، كانت هناك مجموعة من المخاطر التي تهدد المشتري تهديدا حقيقيا في حقوقه، حيث لم تكن هناك وسيلة قانونية كفيلة بحماية حقه في الملكية إلى أن تدخل المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 44.00، وجعل تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز في محرر رسمي أو ثابت التاريخ أمرا إجباريا تحت طائلة البطلان.

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2011/03/03، في الملف عدد 2010/9/692، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد السادس، ماي 2011، ص: 357.

وهو الموضوع الذي تمحورت حوله مضامين الحكم موضوع التعليق، حيث يثار الإشكال بخصوص الكتابة المعتبرة في عقد بيع العقار في طور الانجاز، هل هي الكتابة الرسمية أم العرفية؟ فضلا عن الجهات المخول لها قانونا تحرير عقود اقتناء العقار في طور الانجاز.

وقبل الشروع في استعراض ومناقشة هذه الإشكاليات، لابد من الإشارة إلى وقائع وأسباب الحكم موضوع التعليق.

أولا: الوقائع :

تعود وقائع هذا الحكم إلى يوم 2009/06/22، حيث تقدمت المدعية بواسطة نائبها إلى كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية بمراكش بمقال افتتاحي تعرض فيه أنها اشترت من المدعى عليها بمقتضى عقد مؤرخ في 2009/08/14، شقة بمشروع سيحي، مبنية في نفس المقال اسم المشروع وعنوانه ورقم الرسم العقاري للتجزئة التي أقيم عليها، كما بينت عنوان الشقة ومساحتها المتفق عليها في العقد، والتي حددت في 90 مترا، وذلك مقابل ثمن إجمالي قدره 1.800.000 درهم، توصلت المدعى عليها منه بمبلغ 540.000 درهم بواسطة شيكات مسحوبة على التجاري وفا بنك بقيمة 180.000 لكل واحد، وذلك في التواريخ التالية 2006/11/19 و 2006/12/25 و 2007/01/25.

وأنها أجرت العقد مع المدعى عليها في شكل مخالف لأحكام القانون رقم 44.00، من حيث توثيقه والجهة التي وثقت العقد، وكذا البيانات التي يفرض القانون تضمينها في العقد، فضلا على عدم إرفاق العقد بدفتر التحملات، وعدم إجراء تقييد احتياطي للعقد موضوع المقال.

وأن المدعى عليها لم تحترم الموصفات التي أعلنت عليها في اللوحات الإشهارية وقلصت مساحة الشقة إلى 80 متر وحذفت المسابح.

وأنها أي المدعية وجهت مجموعة من الإنذارات للمدعى عليها من أجل إتمام الأشغال دون جدوى، الأمر الذي تلتبس معه من المحكمة الحكم ببطالان العقد وفسخه، والحكم على المدعى عليها بإرجاع المبالغ المدفوعة المحددة في 540.000 درهم مع تعويض 10% عن سنتي 2009 و 2010 الذي قدر في 54.000 درهم، وتعويض قدره 20.000 درهم عن التدليس والتماطل واستغلال مبالغ بدون وجه حق والاغتناء على حسابها.

ثانيا: التعليل:

استندت المحكمة الابتدائية بمراكش لتأسيس حكمها على مجموعة من الحثيات هي:

وحيث إنه من الثابت التي تحكم الالتزامات، أنه لا يمكن الجمع في دعوى واحدة بين دعوى بطلان الالتزام وفسخه، لأن البطلان معناه تجريد الالتزام من قوته بعلّة وقوع إخلال أركانه التأسيسية، في حين أن محل الفسخ هو العقد الصحيح، والفسخ هو جزاء إخلال أحد الطرفين أو هما معا بالالتزامات الناشئة عن العقد، وعليه فإن أول ما يلزم مناقشته في هذه الدعوى هو طلب البطلان، لأنه إذا كان العقد باطلا، فإنه لا يرتب أي أثر، وبالتالي لا مجال لمطالبة الطرف الآخر بالوفاء بالتزاماته التعاقدية لأن الالتزام سيكون آنذاك منعما.

وحيث إننا في النازلة أمام عقد بيع العقار قيد الانجاز، وذلك خلافا لما دفع به الطرف المدعى عليه من أن العقد الرابط بين طرفي الدعوى تحكمه النظرية العامة للعقد خاصة الفصل 230 من ق.ل.ع، إذ أنه بالرجوع إلى العقد

المبرم بين الطرفين الدعوى الحالية، يتبين أنه تم تحديد أجل لتنفيذ العقد وتحرير عقد البيع النهائي بتاريخ 2008/08/31، وأنه خلال هذه المدة ستقوم المدعى عليها البائعة بتنفيذ أشغال البناء والانتهاه من الأشغال، وما ذلك سوى إنجاز العقار بالمفهوم المحدد في القانون 44.00 المنظم لبيع العقار في طور الانجاز، الذي جاء في فصله الأول "يعتبر بيعا لعقار في طور الانجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال".

وحيث يتبين مما ذكر أن دفع المدعى عليها غير مؤسس من الناحية القانونية، إذ أن العقد موضوع الدعوى يخضع لنظام العقارات قيد الانجاز كما هو مفصل أعلاه، ومن هذا المنطلق يلزم تحرير العقد من طرف مهني تحت طائلة البطلان، وذلك بناء على الفصل 618-3 من ق.ل.ع الذي يجري سياقه على ما يلي:

"يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الانجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة وخول لها قانونا تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

وحيث إن طرفي العقد لم يحررا العقد بواسطة مهني. بل أنجزاه بطريقة عرفية، حيث ذيل بتوقيعهما، ومن ثم لم يفرغ وفق النظام المحدد له، وهو ما جعله باطلا طبقا لأحكام الفصل المذكور أعلاه، وهذا البطلان مقرر بنص القانوني، وعليه فإن هذه المحكمة تكتفي بمعاينة البطلان كجزاء تشريعي مقرر بقوة النص القانوني نفسه ولا سلطة لها في هذا المجال طالما أننا أمام نص آمر من النظام العام.

وحيث إن الباطل لا يرتب أي أثر من الناحية القانونية، فهو في حكم المعدوم حسا، وهو ما يوجب إرجاع الطرفين إلى حالة التي كان عليها قبل التعاقد، الشيء الذي يجعل المدعية محقة في طلبها الرامي إلى استرجاع مبلغ التسبيق المحدد في مبلغ 540.000 درهم.

وحيث إن طلب المدعية الرامي إلى التعويض عن التأخير ليس له ما يبرره لأن المدعية أسسته على بنود العقد الرابط بينها وبين المدعى عليها، والحال أن العقد باطل وفق ما فصل أعلاه، ومن ثم فهو لا ينتج أي أثر ولا تبني عليه العلاقة النظامية بين الطرفين.

وحيث إن طلب التعويض عن التماطل والتدليس ليس له ما يبرره لنفس العلة السابقة، وهي أن المحكمة أبطلت العقد، مما يجرده من كل أثر، ومن ثم فإنه لا يصلح أساس للتعويض.

قضت المحكمة الابتدائية علنيا وابتدائيا وحضوريا

في الشكل: قبول المقال الأصلي والمعارض.

في الموضوع: بطلان العقد وإرجاع المدعى عليها للمدعية مبلغ 540.000 درهم.

ثالثا: التعليق :

لنناقشة الإشكال الذي يثيره الحكم موضوع التعليق، سنحاول الوقوف عند المحرر المعتبر في عقد بيع العقار في طور الانجاز (أ)، ثم سنعمل في الختام على تقييم الحكم على ضوء القانون المؤطر لبيع العقار في طور الانجاز (ب).

الحرر المعتبر في عقد بيع العقار في طور الانجاز

إذا كان الأصل في انعقاد البيع هو الرضائية، حيث يقوم العقد بمجرد توافق إرادة عاقديه واتفاقهما على الشيء المبيع والثلثين وجميع الشروط الأخرى التي ينبنى عليها العقد، وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 488 من ق.ل.ع الذي جاء فيه "يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثلثين وشروط العقد الأخرى".

فإنه ونظراً لخطورة بعض التصرفات وأهمية الحقوق المترتبة عنها، وحماية من المشرع المغربي للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أورد بعض الاستثناءات على القاعدة أعلاه، من أهمها إقرار الكتابة كشرط انعقاد وصحة، متى كان البيع عقاراً، أو حقوق عقارية أو أي أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً، وذلك بنص الفصل 489 من ق.ل.ع.¹

وعليه وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، غير أن اعتبار الكتابة في البيوع العقارية من الشكليات الجوهرية لوجود العقد وصحته لم يكن محط تأييد من قبل القضاء والفقه المغربيين، حيث منهم من يعتبر عقد بيع العقار قائماً ومرتباً لآثاره القانونية بمجرد تراضي أطرافه، وما يتلوه من كتابة وتحرير لا يعدو أن يكون إلا مظهرًا خارجيًا للمعاملة التعاقدية، وصيغة إثباتية مهمة للحقوق الناشئة عن العقد.

بينما يؤكد الرأي الآخر وهو الراجح في نظري، أن الكتابة في البيوع العقارية قد وصلت في الوقت الراهن درجة هامة تجعلها ركناً أساسياً في العقد وليست مجرد عقد إثبات.²

وعليه، فإبرام عقد البيع الوارد على العقار أو أي حق آخر مما تم ذكرهم في الفصل 489 من ق.ل.ع يتوقف وجوداً وعدمًا على توثيقه في محرر ثابت التاريخ.

وأمام ما عرفه الفصل 489 من ق.ل.ع من تضارب وتجاذب، قرر المشرع في الفصل 3-618 من نفس القانون وجوب تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز بموجب محرر رسمي أو ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني مأذون له قانوناً بذلك تحت طائلة البطلان.

ومن خلال مضمون الفصل المذكور، تتضح أهمية عقد بيع العقار في طور الانجاز، الذي يجب إفراغه في شكل كتابي محدد (1)، كما لا يمكن الاعتداد به إلا إذا حرر من قبل مهني مأذون له قانوناً بذلك (2).

شكل الكتابة المطلوبة في بيع العقار في طور الانجاز

إن القراءة المتأنية للفصل 618-3 من ق.ل.ع تبين أن المشرع المغربي ألزم إفراغ عقد بيع العقار في طور الانجاز، سواء تعلق الأمر بالعقد الابتدائي أو النهائي، في محرر رسمي أو عقد ثابت التاريخ.

¹ * محمد لشقار "الحماية القانونية للمشتري في عقود اقتناء السكن" الطبعة الأولى 2011، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، ص: 28 وما بعدها.
² * لمزيد من التفصيل حول طبيعة الكتابة المنصوص عليها في الفصل 489 من ق.ل.ع ينظر عزيز كيان "حماية المستهلك في بيع العقار في طور الانجاز، قراءة في مضامين القانون 44.00" رسالة لنيل د.د.ع.م بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بفاس 2006/2005، ص: 12 وما بعدها. وعلي الرام "بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه بجامعة محمد الأول، كلية الحقوق بوجدة 2004، ص: 97.

المحرر الرسمي :

نظم المشرع المغربي الورقة الرسمية في الفصول من 418 إلى 423 من ق.ل.ع، ويعرفها من خلال الفصل 418 من نفس القانون بقوله "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وتكون رسمية أيضا :

الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم.

الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

ويضيف من خلال الفصل 419 بأن "الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

ومن ثم، فالرسمية عند جمهور الفقه، هي وصف يضيفه القانون على عقود الأطراف واتفاقاتهم، متى أُنجزت بمعرفة أشخاص لهم صلاحية التوثيق وفق إجراءات شكلية محددة تجعل البيانات والوقائع الواردة فيها والتي شهد الموثقون تحت مسؤوليتهم بحصولها أمامهم ذات حجية قوية في الإثبات لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور.¹

وعليه، واستنادا إلى الفصول السالفة الذكر، لا يمكن إضفاء صفة الرسمية على أي وثيقة ما لم تتوفر على جملة من الشروط من أهمها:

صدور الوثيقة عن موظف عمومي أو أي شخص آخر مكلف بخدمة عامة، وكتابته إياها بنفسه أو بشخص آخر نائب عنه.

أن يكون الموظف المكلف بتحرير الوثيقة الرسمية مختصا، وله صلاحية القيام بالتوثيق.

مراعاة الشكل الذي يحدده القانون في الوثيقة الرسمية.²

وللإشارة، فإن تخلف هذه الشروط أو إحداها لا يجعل الوثيقة باطلة لفقدانها صفة الرسمية، وإنما ينزلها منزلة الورقة العرفية إذا كان موقعا عليها من طرف الأطراف طبقا لأحكام الفصل 423 من ق.ل.ع، أما إذا لم يكن موقعا عليها من قبل الأطراف وكان عدم التوقيع راجع إلى جهل ذي الشأن بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه التوقيع، فإنها تصلح أن تكون بداية حجة بالكتابة، ولا ترقى إلى مصاف الورقة العرفية.³

¹ * عبد المجيد بوكير " التوثيق العصري المغربي " طبع ونشر وتوزيع دار السلام بالرباط، الطبعة الثانية 2010م/ 1431هـ، ص: 96.

* محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 38.

² * محمد وفلس "النظام القانوني للتسجيل العقاري- عقد البيع نموذجا" رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، طنجة 2008/2009، ص: 41. * إدريس العلوي العبدلاوي "وسائل الإثبات في التشريع المغربي" مطبعة فضالة، طبعة 1977، ص: 07.

³ * عبد المجيد بوكير، مرجع سابق، ص: 100.

هكذا، وبناء على ما ذكر آنفاً، يتبين أنه كلما كانت الوثيقة الرسمية خالية وسليمة من أي شطب أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية، أصبح كل ما ورد فيها حجة على الأطراف والغير، بحيث لا يمكنهم إنكار ما جاء فيها إلا بالظن فيها بالزور حسب منطوق الفصل 419 من ق.ل.ع.¹

المحرر الثابت التاريخ :

اعتمد المشرع المغربي مصطلح "عقد ثابت التاريخ" ليس فقط في معرض حديثه عن توثيق عقد بيع العقار في طور الانجاز في الفصل 618-3 من ق.ل.ع. بل تعداه إلى ما سواه من النصوص القانونية، من جملتها المادة 122 من القانون رقم 18.00 والمادة الرابعة³ من القانون رقم 51.00، الأمر الذي يثير التساؤل عن ماهية وطبيعة المحرر الثابت التاريخ.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي نظمت المحرر الثابت، خاصة ظهير 1945/01/12 المتعلق بوكلاء الأعمال، وظهير 2002/10/03 المتعلق ببيع العقارات في طور الانجاز وظهير 2003/11/11 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، لا نجد المشرع المغربي يعرف المحرر الثابت التاريخ، الأمر الذي اختلف معه الفقه في تحديد المراد به، حيث ذهب البعض إلى تقسيم المحررات إلى رسمية وعرفية وثابتة التاريخ، في الوقت الذي لا يرى فيه البعض الآخر مبرراً لهذا التقسيم مكتفياً بالقول إن الدقة القانونية تقتضي اعتماد تقسيم ثنائي للعقود المكتوبة، بحيث هناك عقود رسمية وأخرى عرفية، أما مسألة ثبوت التاريخ فهي صفة تلحق الطائفة الأولى بصورة تلقائية، في حين أنها تلحق الطائفة الثانية عند تحقق أمور معينة نص عليها الفصل 425 من ق.ل.ع من بينها المصادقة على الإمضاءات بمعرفة السلطة الإدارية المختصة.⁴

وعليه، فإن المحرر الثابت هو كل وثيقة عرفية يتم تحريرها وفقاً للشروط التي بينها القانون من قبل محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى، أو من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة ويحولها قانونها تحرير العقود وبعد اعتماده في لائحة سنوية يحددها وزير العدل.

والواقع أن المشرع المغربي لم ينظم مسألة ثبوت تاريخ الوثيقة العرفية الحرة وفقاً للقواعد القانونية أعلاه، بحيث لا نجد إلا نص خاص يتعلق بثبوت تاريخ المحرر الذي يحضره محام مقبول للترافع أمام المجلس الأعلى، بتصحيح الإمضاءات لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها.

أما إضفاء الصفة الثبوتية للتاريخ على محرر عرفي موثق من قبل مهني معتمد بلائحة سنوية يحددها وزير العدل، ظل محل جدل بين من يميزون المحرر الثابت التاريخ عن الورقة العرفية، وبالتالي لا يمكن إعمال قواعد هذه الأخيرة لإثبات تاريخ المحرر المذكور، وبين من لا يعتبرون المحرر الثابت التاريخ سوى وثيقة عرفية ألحقت بها صفة ثبوت التاريخ بتحقيق أمور حددها الفصل 425 من ق.ل.ع وهي:

تسجيل الوثيقة، سواء كان ذلك في المغرب أم الخارج.

¹ * محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 46.
² * تنص المادة 12 من القانون 18.00 على "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".
³ * تنص المادة الرابعة من القانون رقم 51.00 على أنه "يجب أن يحضر عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".
⁴ * عبد الحق صافي "بيع العقار في طور الانجاز" الطبعة الأولى 2011م/1432هـ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ص: 128.

إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي.

وفاة أو عجز من وقع الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا.

التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج.

وجود أدلة لها نفس القوة القاطعة من شأنها أن تضفي على الوثيقة الصفة الثبوتية للتاريخ.

التوقيع الإلكتروني المؤمن للوثيقة، حيث يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

وبعد أن تبين لنا أن المشرع المغربي أكد من خلال الفصل 618-3 على ضرورة إفراغ كل عقد، بيع محله عقار في طور الانجاز، في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، كما اشترط تحرير هذين المحررين من قبل جهات حددها بنص القانون سنقف عند دراستها من خلال العنوان الموالي.

الجهات المؤهلة لتحرير عقود بيع العقار في طور الإنجاز

إن المشرع المغربي ومن خلال الفصل 618-3 أسند اختصاص تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز إلى مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخولها قانونها تحرير العقود.

وبناء عليه، أوجب المشرع إبرام عقد بيع العقار في طور الانجاز بواسطة جهة مكلفة قانونا بتحرير العقود الرسمية، أو بموجب عقد ثابت التاريخ محرر من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

اختصاص العدول والموثقين بتحرير العقود الرسمية

بالرجوع إلى الفصل 618-3 يتبين أن الفصل المذكور، وكغيره من فصول القوانين العقارية الحديثة والتي تمت الإشارة لها سالفا، جعل تحرير المحررات الرسمية من اختصاص العدول والموثقين.

العدول :

نظم المشرع المغربي مهنة العدول بمقتضى القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة¹، الصادر بتطبيقه المرسوم رقم 2.08.378، حيث جاء في مادته الأولى " تمارس خطة العدالة بصفقتها مهنة حرة حسب الاختصاصات والشروط المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة، ويعتبر العدول من مساعدي القضاء".

وتحدد اختصاصات العدول في تلقي الشهادة وتحريرها وفق ما هو منصوص عليه فقها وقانونا (المواد من 27 إلى 35)، شريطة أن يكون موضوعها مما يجوز التعامل به، سواء تعلقت هذه الشهادات بموضوعات المعاملات التجارية والمدنية، أو تعلقت بالتصرفات العقارية.³

¹ * ظهير شريف رقم 1.06.56 الصادر بتاريخ 15 محرم 1427 هـ الموافق لـ 14/02/2006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 الصادر بتاريخ فاتح صفر 1427 هـ الموافق لـ 02/03/2006، ص: 566.

² مرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 شوال 1429 هـ الموافق لـ 28/10/2008 بتطبيق القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5687 الصادر بتاريخ 02 ذي الحجة 1429 هـ الموافق لـ 01/12/2008، ص: 4403.

³ * مرزوق آيت الحاج "الوجيز في التوثيق العدلي بين النظر والتطبيق" مطبعة طوب بريس، الطبعة الثانية 1427 هـ/2006م، ص: 105.

ولا يكتسب المحرر العدلي صفة الرسمية إلا إذا خوطب عليه من قبل قاضي التوثيق بعد أن يتأكد من سلامتها وتوفرها على الشروط والأركان المحددة بنص القانون.

الموثقون :

يخضع الموثق في ممارسته لمهامه للقانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق،¹ الذي خصه بمقتضى المادة 35 منه بتلقي العقود التي يفرض القانون إعطاؤها الصبغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية أو التي يرغب الأطراف في إضفاء هذا الطابع عليها، ويقوم بإثبات تاريخها وضمان حفظ أصولها وتسليم نظائر ونسخ منها.

وتعتبر رسمية كل وثيقة احترام الموثق في تلقيها وتحريرها الشروط المنصوص عليها قانونا، وإلا اعتبرت وثيقة عرفية فاقلة لصفة الرسمية في حال تخلف أحد الشروط التي أوجبها المشرع لإضفاء هذه الأخيرة على ما يحجره الموثق.²

اختصاص بعض المهن القانونية المنظمة بتحرير المحررات الثابتة التاريخ :

إذا ما رجعنا إلى الفصل 618-3 المشار إليه آنفا، يمكن حصر المهن القانونية المنظمة والتي يخولها قانونها تحرير العقود في صنفين هما: المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى، وباقي المحررين الآخرين.

المحامون :

إذا كانت المادة 30 من القانون رقم 28.08 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة، تخول المحامي صلاحية تحرير العقود، فإن الفصل 618-3 من ق.ل.ع بعث الحياة في هذه المادة، إلا أنه ضيق في المقابل من نطاقها عندما أوكل مهمة تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض،³ وهذه الصفة لا يكتسبها طبقا للمادة 33 من القانون رقم 82.08 المذكور سوى :

المحامون المقيدون بالجدول منذ خمس عشرة سنة كاملة على الأقل.

المحامون الذين سبق أن عملوا كمستشارين أو محامين عامين بصفة نظامية في محكمة النقض.

قدماء القضاة، وقدماء أساتذة التعليم العالي المعفون من شهادة الأهلية ومن التمرين، عقب انصرام خمس سنوات من تاريخ تقييدهم في الجدول.

ومن ثم، يقتصر اختصاص توثيق عقد بيع العقار في طور الانجاز على المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، إذ ألزمه المشرع على احترام شكليات العقد وبياناته تحت طائلة البطلان، كما أنه ومن أجل إضفاء ثبوتية التاريخ على المحرر الذي يوثقه لابد من تصحيح الإمضاءات لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يزاول المحامي مهامه ضمن دائرتها.⁴

¹ * ظهير شريف 1.11.179 الصادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011م، بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 الموافق 24 نونبر 2011، ص: 5611.

² * الشروط المنصوص عليها في المواد 30-31-32-37-39-40 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

³ سعيد الوجدي "الحماية القانونية لمشتري العقار في طور الانجاز" رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق، طنجة 2010، ص: 31.

⁴ * عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص: 118. * محمد بلهاشمي التسولي " المحامي وتحرير العقود " سلسلة القانون في خدمة المجتمع، العدد 13، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 1427 هـ/ 2006م، ص: 46.

باقي المحررين :

نص الفصل 618-3 من ق.ل.ع على أن وزير العدل هو المختص بتحديد اللائحة السنوية بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز، معلقاً أمر تحديد شروط التقييد في هذه اللائحة على صدور نص تنظيمي.

والرجوع إلى المادة الأولى من مرسوم 07 يونيو 2004 المتعلق بتطبيق أحكام الفصلين 618-3 و 618-16 من ق.ل.ع، نجد أنه قد أكد على أن تحديد المهن القانونية والمنظمة المخول لها تحرير عقود بيع العقار في طور الانجاز، وكذا تحديد شروط تقييد أعضائها في اللائحة الاسمية المحددة سنوياً، يتم بقرار مشترك لوزير العدل ووزير الفلاحة والتنمية القروية والوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالإسكان والتعمير.

وفي انتظار تدارك التأخير الحاصل، وصدرت اللائحة الاسمية عن وزارة العدل يمكن التمييز ضمن محرري العقود بين من يمتنعون هذه المهنة بصورة أصلية وبين من يأخذ بها عن طريق التبعية.

فبصورة أصلية يمتنع تحرير هذه العقود وكلاء الأعمال والمستشارون القانونيون والائتمانيون والخبراء والمحاسبون والمهندسون المعماريون الطبوغرافيون والكتاب العامون.

وبصفة تبعية نجد فئة الخبراء في الشؤون العقارية والشركات العامة التابعة للدولة التي بدورها تتولى تحرير عقود بيع العقارات التي تنجزها مثل المؤسسات الجهوية للبناء والتجهيز والشركة العامة العقارية، والوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق وغيرها من المتدخلين في مجال تهيين انجاز العقارات.¹

تقييم الحكم على ضوء ما هو منصوص عليه في القانون :

إن تقييم الحكم موضوع التعليق يستدعي الوقوف عند مدى مطابقة ما قضت به المحكمة لما هو منصوص عليه في القانون (1)، فضلاً عن الحكم على تقييم الحكم (2).

مدى مطابقة ما قضت به المحكمة لما هو منصوص عليه في القانون :

تفيد وقائع الحكم موضوع التعليق أن المدعية تقدمت إلى المحكمة بطلب بطلان العقد الذي يربطها بالمدعى عليها وفسخه، والحكم على هذه الأخيرة بإرجاع مبلغ التسبيق وبالتعويضات الواجبة للإخلال بالنظام التعاقدية.

استجابة المحكمة لطلب البطلان لا الفسخ :

بالرجوع إلى منطوق الحكم المعلق عليه، نجد المحكمة قد استجابت فقط لطلب بطلان العقد دون فسخه، معتبرة البطلان تجريد الالتزام من قوته بعلّة وقوع إخلال في أركانه التأسيسية، في حين أن محل الفسخ هو العقد الصحيح. ومن ثم، فإن القراءة الأولية للنصوص التشريعية المؤطرة لكل من البطلان والفسخ باعتبارهما جزاءين مدنيين، يتضح أن الأول وفي ظل غياب تعريف المشرع المغربي له، وعلى حد تعبير عبد الرزاق أحمد السنهوري "هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها".²

*1 محمد بن أحمد بونبات "بيع العقار في طور الانجاز - دراسة في ضوء القانون 44.00" مطبعة الوراقة بمراكش، الطبعة الأولى 2003، ص: 112.
*2 عبد الرزاق أحمد السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام" دار النهضة العربية بالقاهرة 1964، ص: 486.

وهو في نظر مأمون الكزبري "الجزء الذي يقرره المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد، وإما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة ولا اعتبارات تتعلق بالنظام العام، بطلان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده".¹

وعليه فإن البطلان يعني إعدام العقد بأثر رجعي كمبدأ عام، لأنه تكون غير مستجمع لعناصره القانونية.

أما الثاني أي الفسخ، فهو جزء مدني يرمي إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية بمبادرة من أحد الأطراف أو نتيجة لشرط في العقد عند عدم قيام المتعاقد الثاني بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فبموجبه يستطيع المشتري إنهاء العقد في حال إخلال البائع بالتزاماته.²

ولا يمكن إعمال جزء الفسخ والحكم به من قبل المحكمة إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط من جهتها: وجود عقد صحيح، وإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماتها التعاقدية، ووفاء طالب الفسخ بالتزاماته التعاقدية، أو بالأقل إغرابه عن استعداده للوفاء بها وباستطاعته إعادة الأمور إلى حالتها الأصلية، فضلا عن إخطار المدين من قبل الدائن بضرورة الوفاء بالتزاماته.

وأمام تأمل المحكمة مدى تحقق شروط الفسخ في النازلة المعروضة أمامها، تبين لها تخلف الشرط الجوهرى لإعمال جزء الفسخ، وهو الشرط الأول المتمثل في ضرورة وجود عقد صحيح يجمع الطرفين المتنازعين ويلقي عليهما بالتزامات متبادلة، الأمر الذي دفع بها إلى التخلي عن النظر في طلب الفسخ، والبحث في مدى إمكانية استجابتها لطلب البطلان.

واستنادا إلى ما سبق ذكره، وتماشيا مع أحكام الفصل 618-3 من ق.ل.ع، وحيث إن البطلان المقرر في الفصل الأخير هو بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة إثارته، كما يحق للمحكمة الإعلان عنه من تلقاء نفسها.

وحيث يتبين من وقائع النازلة أننا أمام عقد بيع عقار في طور الانحياز بالمفهوم المحدد في الفصل 618-1 من ق.ل.ع.

وحيث إن الأطراف لم يحترما مقتضيات القانونية المنصوص عليها في الفصل 618-3 من ق.ل.ع، واكتفيا بتحرير العقد بطريقة عرفية وذيلاه بتوقيعهما.

كانت المحكمة على صواب عندما استجابت لطلب المدعية باعتبارها صاحبة المصلحة في إثارة البطلان، وقضت ببطلان العقد الذي يجمعها بالمدعى عليها.

وهكذا، فإن أخذ المحكمة ببطلان العقد بدلا من فسخه راجع بالأساس إلى استحالة الجمع في دعوى واحدة بين دعويين هما دعوى بطلان العقد ودعوى فسخه من جهة، ومن جهة أخرى انعدام وجود عقد صحيح بين الطرفين المتنازعين لعدم توفر شروط شكلية أقرها المشرع بنص قانوني أمر يتعلق بالنظام العام.

*1 مأمون الكزبري "نظرية الالتزام في ضوء ق.ل.ع- الجزء الأول: مصادر الالتزام" مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية، ص: 202.

*2 محمد لشقار، مرجع سابق، ص: 150.

عدم استجابة المحكمة لطلب التعويض :

إن عدم استجابة المحكمة لطلب المدعية الرامي إلى التعويض عن التأخير، مستندة، أي المدعية، في ذلك على أحكام الفصل 618-12 من ق.ل.ع الذي نص في فقرته الثانية على أنه "في حال تأخر البائع عن إنجاز العقار في الأجل، فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على ألا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة"، وهو في نظرنا عين الصواب على اعتبار أن طلب المدعية عندما اكتشفت المحكمة موجبات بطلان العقد لم يعد مبنيا على أساس، ومبرر هذا القول إن طلب التعويض المشار إليه أعلاه يفرض وجود عقد صحيح بين الطرفين، مع إخلال البائع بالتزامه بإنجاز العقار موضوع العقد في الأجل المتفق عليه، وحيث إن العقد المذكور هو والعدم سواء لتقرير بطلانه من طرف المحكمة بناء على طلب المدعية، فإن القول باستحقاق هذه الأخيرة التعويض المذكور عن سنتي 2009 و 2010 هو قول مناف للصواب وليس له ما يبرره في هذه النازلة.

في حين يعد رفض المحكمة لطلب المدعية بتعويض قدره 20000 درهم عن التدليس والتماطل واستغلال أموال بدون وجه حق والاغتناء على حسابها محل نظر.

إذ أن القراءة المتأنية للأحكام القانونية المؤطرة للتدليس، توضح أن المشرع المغربي لم يعرف التدليس مكتفيا ببيان أحكامه في الفصلين 52 و 53 من ق.ل.ع، مما ذهب معه الفقه إلى القول بأن التدليس هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمل على التعاقد،¹ وبقراءة الفصلين المذكورين يتضح أن شروط إعمال التدليس هي:

استعمال المدلس طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر.

أن تكون الأفعال الاحتياطية هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد.

صدور الأفعال الاحتياطية عن المتعاقد الآخر أو نائبه أو عن شخص يعمل بتواطؤ معه.²

وهي الشروط التي لم تكلف المحكمة نفسها عناء التحقق من توافرها في النازلة المعروضة عليها، مما يفسر عدم توفيقها في رفض طلب المدعية بالتعويض، وذلك لعدة اعتبارات من جملتها:

إن المدعى عليها باعتبارها شخصية معنوية تعمل في مجال الإنعاش العقاري، وتجعل من العقارات في طور الانجاز مجالا لاستثماراتها، يفترض فيها العلم بالأحكام القانونية المؤطرة لبيع العقار في طور الانجاز، خاصة الجزء المدني المترتب عن عدم تحرير عقد بيع العقار في طور الانجاز في محرر رسمي أو عقد ثابت التاريخ من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويحولها قانونها تحرير العقود.

عدم احترام المدعى عليها التصاميم المعلن عنها في اللوحات الإشهارية، حيث قلصت مساحة الشقة موضوع العقد من 90 إلى 80 متر مربع، كما أنها حذفت المسابح من المشروع عند انجازه، وهي خروقات تبرهن على الطرق التدليسية التي لجأت إليها المدعى عليها لجلب المشتريين.

¹ * عبد الحق صافي "القانون المدني، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد" الطبعة الأولى 1427هـ/2006م، دون ذكر المطبعة، ص: 328.

² * مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص: 99.

عدم توثيق العقد وفقا لما هو منصوص عليه في الفصل 618-3 من ق.ل.ع، يبرهن على تهرب الشركة المدعى عليها من إرفاق العقد بالملحقات المنصوص عليها في الفصل المذكور، والتي تشكل قوة إثبات للمشتري ضدها في حال قيام نزاع.

تمتع المدعى عليها بقوة اقتراحية وتفاوضية في العقد، جعلها تستغل المشتري باعتبارها طرفا ضعيفا في العقد، وفي حاجة ملحة للسكن، وتفتقر للخبرة والثقافة القانونية التي من شأنها أن تمكن المدعية من استيعاب قواعد ومضامين إبرام عقد بيع العقار في طور الانحياز، من أجل إيهامها بأن الطريقة العرفية التي أبرم بها العقد صحيحة وقانونية وتضمن حقوق الطرفين، ومن المؤكد أن المدعية لو علمت بطلان ما هي أقدمت عليه لما كانت أبرمت الصفقة.

إن عدم تنفيذ المدعى عليها العقد في الأجل المتفق عليه رغم توصلها بدفعات من ثمن البيع وبمجموعة من الإنذارات من أجل إتمام إنجاز الشقة موضوع العقد، يترجم كذلك سوء نية المدعى عليها في استغلال المشتري للحصول على تمويل لمشروعها.

وعليه، يتضح أن غاية المدعى عليها هي التدليس على المدعية ودفعها إلى التعاقد وأداء التسبيق والأقساط من أجل تمويل المشروع، في أفق أن تتحلل من التزامها اتجاه المشتري بإنجاز الشقة، عن طريق لجوء هذه الأخيرة إلى القضاء، حيث ستقرر المحكمة بطلان العقد لا الاستجابة لطلبات المشتري لاختلال ركنه الشكلي، وبالتالي تتخلص المدعى عليها من التزاماتها وتبحث عن مشترين جدد بأثمان أكثر مما اتفقت عليه مع المدعية.

الحكم على الحكم :

رغم كون هذا الحكم يعتبر بكورة القضاء المغربي في مجال تطبيق القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الانحياز، وكونه سعى إلى التطبيق الحرفي للفصل 618-3 من قانون الالتزامات والعقود، حيث قضى بطلان العقد الذي يجمع طرفي النزاع لعدم وروده في الشكل المحدد في الفصل المذكور، إلا أن ما يلاحظ هو نظر المحكمة في النازلة المعروضة أمامها من جانب واحد، في الوقت الذي أغفلت فيه جوانب عدة كان من شأنها أن تضمن حقوق المدعية.

ومن ثم، فإن هذا الحكم يبقى في جميع الأحوال حكما عاديا لا يرقى إلى مصاف الأحكام التي تشكل تحولا نوعيا في الاجتهاد القضائي، وتكرس مبادئ قانونية جديدة.

شخصيات خالدة : سلطان العلماء.. العز بن عبد السلام



الدكتور محمد ديرا باحث في تاريخ الأديان

والفكر الإسلامي - المملكة المغربية -

Mohamed_dira@hotmail.fr

يعتبر الإمام العز بن عبد السلام من أبرز الشخصيات التي عرفها القرن السابع الهجري/الثالث عشر الميلادي، فهو الإمام والفقيه والعالم المتبحر في مختلف علوم الشريعة، وهو القائم في وجه الظلم والطغيان، وهو الذي لم يكن يخاف سلطانا ولا ملكا بل كانت السلاطين والملوك تهابه وتخشاه، وهو المحبوب لدى كل الناس.

- مولد الإمام وطفولته :

ولد الإمام العز (المغربى الأصل¹) بمدينة دمشق سنة 577 هجرية لأسرة فقيرة حيث فتح عينيه على حياة القلة والحرمان، كان أبوه فقيرا جدا وكان العز يساعده في أعماله الشاقة كإصلاح الطرق وحمل الأمتعة، توفي الأب وبقي الابن يتخبط في فقره الشديد فذهب ليعمل في نظافة الجامع الأموي بدمشق وحراسة نعال المصلين التي يتركونها أمام الباب، ولأنه لم يكن لديه بيت يأوي إليه فقد كان يتخذ من إحدى زوايا المسجد مكانا للنوم والمبيت. كان الطفل وهو يقوم بأعماله الشاقة والمتعبة يصل إلى سمعه كلام الشيوخ في حلقات الدرس والعلم التي كانت تعقد في المسجد، وكان دائما يمني النفس بحضورها، وحين حضرها يوما تعرض للطرد والتوبيخ (يا الله! أهذه طفولة العز بن عبد السلام العالم الكبير والناصح الأمين الذي كانت تهابه السلاطين والملوك؟!).

كان العز رحمه الله يبكي لهذا الموقف وحقاً له أن يبكي، وكان يتألم وحقاً له أن يتألم، وذات مساء شاهده الشيخ الفخر ابن عساكر وهو يبكي وكان صاحب حلقة علمية في المسجد، فسأله ما يبكيك؟ فأخبره بما حصل، فوعده الشيخ

¹ - انظر: ابن السبكي، طبقات الشافعية، 209/8، والسيوطي، حسن المحاضرة، 161/2.

بأن يبدأ رحلة طلب العلم من الغد وألحقه بالمسجد على نفقته الخاصة ليبدأ تعلم القراءة والكتابة وحفظ القرآن الكريم.

- المسار العلمي للعز :

مضت الأيام وتمكن العز من حفظ القرآن الكريم، وأعجب الشيخ بذكاء الطفل ونجابته فانتقل به إلى حلقة العلمية، لزم العز شيخه ابن عساكر، وواصل الليل بالنهار في طلب العلم وبقي على هذا الحال حتى أصبح من فطاحل العلماء في المذهب الشافعي، ثم عكف على دراسة علوم الحديث والأصول والتفسير واللغة وغيرها، ولم يكتف بدمشق وعلمائها بل رحل إلى بغداد قبلة العلم والعلماء، ليعود بعد ذلك إلى دمشق وقد صار عالماً إماماً متبحراً في مختلف علوم الشريعة حتى لقبه تلميذه الكبير ابن دقيق العيد بـ "سلطان العلماء".

- العز خطيباً في الجامع الأموي :

تصدر الإمام العز بن عبد السلام للإفتاء والقضاء، كما تولى التدريس والخطابة بالجامع الأموي الكبير، وهو المسجد الذي كان ينام في زاويته ويعمل به حارساً لنعال المصلين! كان العز رحمه الله خطيباً بارعاً يؤثر في مستمعيه بصدقته، وغزارة علمه، وسلاسة أسلوبه، ووضوح أفكاره، وقد عُرف عنه أنه كان لا يسكت عن خطأ أو منكر، كما كان قوالياً للحق لا يخاف في الله لومة لائم، وقد كانت مواقفه تسبب له العديد من المضايقات، لكنه ظل صامداً غير مهتم لأنه كان يرى أن ذلك يدخل في إطار مهمته ورسالته التي أنيطت به كعالم.

- الأحداث السياسية التي عاصرها العز :

عاصر الإمام العز أحداثاً سياسية هامة منها السار ومنها المؤلم، فقد أدرك إمامنا الانتصار الكبير لصلاح الدين الأيوبي على الصليبيين واسترجاعه لبيت المقدس سنة 583 هـ، أدرك دولة الأيوبيين في أوج قوتها وأيام ضعفها، وأدرك دولة المماليك في نشأتها وقوتها كذلك، عاصر بعض الحملات الصليبية على فلسطين ومصر، وأدرك غارة التتار على الدولة العباسية في بغداد، وشاهد كذلك هزيمة التتار في عين جالوت بفلسطين بقيادة سيف الدين قطز حاكم مصر، بل كان أحد صانعي هذا الانتصار التاريخي الكبير.

عاصر شيخنا كل هذه الأحداث فأثرت فيه، وراعته تفتت الدولة الأيوبية القوية (وهي التي قهرت الصليبيين) إلى دويلات عندما اقتسم أبناء صلاح الدين الدولة بعد وفاته: فدويلة في مصر، ودويلة في دمشق، ودويلة في حلب، ودويلة في حماة، وأخرى في حمص، ودويلة فيما بين النهرين، وبين حكام هذه الدويلات الكثير من الأحقاد والدسائس في الوقت الذي كان فيه الصليبيون على الأبواب والتتار يستعدون للانقضاض على الشام ومصر.

في خضم كل تلك الأحداث عاش الإمام العز بن عبد السلام، لكن تأثيره كان حاضراً وقوياً في كل مراحل الصراع بمله وجزره.

- الإمام العز وجهاً لوجه مع الملك إسماعيل الأيوبي :

تخوف الملك إسماعيل الأيوبي حاكم دمشق من أن ينتزع منه ابن أخيه نجم الدين أيوب حاكم مصر مدينة دمشق فأرسل إلى الصليبيين وتحالف معهم ضده، وقد كان من شروط هذا التحالف أن يمنحهم مدن صيدا والشقيف والصفد وأن يسمح لهم بشراء السلاح من دمشق مقابل أن يخرجوا معه في جيش واحد لغزو مصر. فما موقف العز من هذه الخيانة العظمى؟

وقف الإمام الجليل رافضاً لهذا المنكر، فأراضي المسلمين ليست ملكاً للحاكم ولا لأبيه أو أمه حتى يهبها لمن يشاء، كما أنه حرّم على صناع الأسلحة بيع السلاح للصليبيين لأنها موجهة إلى صدور المسلمين في مصر. وقف الإمام على منبره في خطبة الجمعة يستنكر هذه الفعلة الشنيعة وهذا الجرم العظيم بحضور والي دمشق (على اختلاف الروايات فهناك من يقول بأن الوالي كان خارج دمشق) فأصدر أمره بعزل العز عن الخطابة واعتقاله، لكن أفرج عنه بعد سلسلة من الحوارات.

قرر العز الهجرة إلى مصر فالتقى به الملك الناصر داود الذي كان متحالفاً مع الملك إسماعيل ضد حاكم مصر فأخذه معه إلى نابلس لأنه كان يعلم أن في ذهاب العز إلى مصر خطراً عليهما، دخل العز بيت المقدس فصادف دخوله إليها دخول الملك إسماعيل مع جيشه وحلفائه الصليبيين وهم في طريقهم إلى مصر، ولما علم السلطان بوجود العز بعث إليه أحد وزرائه وطلب منه العودة إلى دمشق، ثم قال له: "بينك وبين أن تعود إلى مناصبك وإلى ما كنت عليه وزيادة أن تنكسر للسلطان وتعتذر إليه وتقبل يده لا غير، فقال العز في شموخ وعزة وإباء: والله يا مسكين ما أرضى أن يقبل السلطان يدي فضلاً عن أن أقبل يده، يا قوم أنتم في واد وأنا في واد، والحمد لله الذي عافاني مما ابتلاكُم به، فقال له الوزير: قد أمرني السلطان بذلك، فإما أن تقبله وإلا اعتقلتك، فقال: افعلوا ما بدا لكم!"¹، واعتقله جنود السلطان وظل في سجنه حتى جاءت الجيوش المصرية وخلصته من الاعتقال.

- الإمام العز في مصر :

بعد إطلاق سراحه توجه الإمام العز إلى مصر التي وصلها سنة 639هـ فرحب به الملك الصالح نجم الدين وولاه الخطابة والقضاء، لكن ورغم حفاوة الاستقبال والمناصب الهامة التي تولّاها في مصر فقد التزم بمنهجه الذي لم يجد عنه وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وقول كلمة الحق في وجه من كان، وعموماً فمن تجري وراء المناصب والكراسي ليس كمن يجري هو وراء المناصب والكراسي، فالأول مستعد لأن يبيعهما ليشتري رضا الله، والثاني مستعد لأن يشتريهما ولو أدى ذلك إلى بيع رضا الله.

ويمكن أن نذكر هنا واقعة من الوقائع التي حصلت للعز مع حاكم مصر كمثال على ذلك: بلغ إلى علم الإمام أن حانة تباع الخمر في القاهرة، وبعد أن تأكد من ذلك خرج إلى نجم الدين أيوب فشهد العساكر مصطفىين حوله وقد خرج على قومه في زينته ومظاهر البذخ بادية عليه، فالتفت الشيخ الجليل الصالح بالحق إلى السلطان وناداه: "يا أيوب، ما حجتك عند الله إذا قال لك: ألم أبوء لك ملك مصر ثم تبيع الخمر؟ فقال السلطان: هل جرى هذا؟ فقال الشيخ: نعم، الحانة "الفلانية" تباع فيها الخمر وغيرها من المنكرات، فقال الوالي: يا سيدي لم أفعل هذا إنه من زمن أبي، فقال الإمام: أنت من الذين يقولون إنا وجدنا آباءنا على أمة؟ فأمر السلطان بإزالة تلك الحانة. وعندما شاع خبر ما حصل سأله أحد تلاميذه عن موقفه الشجاع قائلاً: "يا سيدي كيف قلت له ذلك؟ فقال له العز: يا بني رأيته في تلك العظيمة فأردت أن أهينه لئلا تكبر نفسه فتؤذيه، فقال تلميذه: أما خفته؟ فقال: والله يا بني استحضرت هيبة الله تعالى فصار السلطان قدامي كالقط".

نعم هذه هي الهيبة من الله والخوف من الله واستحضار الوقوف بين يدي الله، تلك هي الكفيلة لأن يؤدي كل فرد عمله بأمانة وإخلاص ومسئولية سواء كان حاكماً أم وزيراً أم عالماً أم....

¹ - ابن السبكي، طبقات الشافعية، 244/8.

² - أبو شامة المقدسي، الروضتين في أخبار الدولتين النورية والصلاحية، ص 171.

- الإمام العز في وجه التتار :

كانت للإمام العز مواقف كبيرة في جهاد التتار، فقد رفض أن يتحمل الشعب لوحده نفقات الجهاد وهو يعلم أن السلطان ورجاله لديهم من الأموال ما يكفي لذلك، فقال: إذا هجم العدو على بلاد المسلمين وجب قتالهم وجاز لكم أن تأخذوا من الرعية ما تستعينون به على جهادكم بشرط ألا يبقى في بيت المال شيء، وأن يؤخذ كل ما لدى السلطان والأمراء من أموال وذهب وجواهر وحلي، وأما أخذ أموال الناس مع بقاء ما عند السلطان والأمراء من الأموال فلا.

شارك إمامنا العز بنفسه في الجهاد ضد التتار، وقد كان دائما يحرص السلطان قطز على حربهم حتى كتب لهم الله تعالى النصر عليهم في عين جالوت سنة 658هـ.

- وفاته رضي الله عنه :

ويستمر العز بعلمه وهيبته وحب الناس له ناصحا مجاهدا قوالا للحق لا يخاف في الله لومة لائم إلى أن وافته المنية وهو يبلغ من العمر ثلاثا وثمانين سنة. شاهد الملك بيبرس جنازة الإمام الضخمة فقال لبعض خاصته: "اليوم استقر أمري في الملك، لأن هذا الشيخ لو قال للناس اخرجوا عليه لانتزع الملك مني".

رحمك الله يا ابن عبد السلام فقد كنت سلطانا فوق السلاطين كنت سلطان العلماء.

- بعض المراجع المعتمدة في المقال :

- العز بن عبد السلام، حياته وآثاره ومنهجه في التفسير، عبد الله بن إبراهيم الوهبي، الطبعة الثانية، 1982.

- حياة سلطان العلماء العز بن عبد السلام، محمود شلبي، دار الجيل، الطبعة الأولى.

- العز بن عبد السلام: سلطان العلماء وبائع الملوك، محمد الزحيلي، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1998.

- موقع الدكتور راغب السرجاني "قصة الإسلام".

خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية



إعداد الباحث : خالد التومي حاصل على الماستر في القانون الخاص

وحدة التكوين والبحث الأسرة والتنمية من جامعة مولاي إسماعيل

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس

مقدمة :

لعل ما كانت تعاني منه الأسرة المغربية في ظل مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 هو ما أدى إلى تعديل هذه المدونة 1993، لكن رغم التعديل الذي أتى به المشرع فإن المشكل ظل قائما، خصوصا على المستوى الإجرائي. فتجاوزا لهذه المشاكل الإجرائية أصدر المشرع المغربي في الآونة الأخيرة مدونة الأسرة لسنة 2004، والتي شكل صدورها حدثا حقوقيا ومجتمعيًا تاريخيًا، وذلك بالنظر للأبعاد العميقة لهذه المدونة على مستوى تحقيق تماسك الأسرة وتضامن أفرادها، وتثبيت تقاليدھا الأصيلة القائمة على روح المودة والوئام والتكافل الاجتماعي.

لكن هذا القانون مهما سما وتضمن في طياته من قواعد موضوعية مهمة فإنه يبقى رهين قواعد الشكل والمساطر المفعلة والمصاحبة له. وبفعل هذا التعديل الذي عرفته مدونة الأسرة فإنه عجل بتعديل قانون التنظيم القضائي وذلك بتغيير وتتميم أحكام الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي، حيث أصبح ينص على أنه يمكن تقسيم المحاكم الابتدائية بحسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها إلى أقسام قضاء الأسرة، وغرف مدنية وتجارية وعقارية واجتماعية وزجرية.

وفي نفس المسار التشريعي تم تعديل قانون المسطرة المدنية، خصوصا بعض بنودها المتعلقة بقواعد مسطرية خاصة، لكي تتلائم مع المنازعات الأسرية. وصدرت هذه التعديلات في نفس اليوم الذي صدرت فيه مدونة الأسرة وذلك قصد توفير التفعيل الجيد لبنودها. فقد جاءت التعديلات الجديدة بخصوصيات مسطرية خاصة للمنازعات الأسرية، تم منح من خلالها للقضاء الأسري الدور المركزي في تفعيل هذه المقتضيات.

إذ تكتسي المسطرة في قضايا الأسرة أهمية بالغة، سواء من الناحية النظرية أو العملية.

فمن الناحية النظرية تكمن من خلال جمع شتات المقتضيات القانونية المرتبطة بالموضوع والتنسيق بينها.

أما من الناحية العملية، تتجلى من خلال محاولة التوفيق بين هذه الخصوصية سواء على مستوى الممارسة القضائية من خلال العمل القضائي لأقسام الأسرة، وعلى مستوى احترام المتقاضين لهذه القواعد المسطرية الخاصة.

ونظرا لشساعة الموضوع، فإننا حاولنا أن نقتصر على تناول بعض القضايا فقط بإظهار خصوصياتها، فما هي إذن أهم خصوصيات المسطرة في القضايا الأسرة؟ وما مدى تفاعل القضاء مع الخصوصيات التي تميز المادة الأسرية؟ وهل يمارس المتقاضون هذه القواعد المسطرية الخاصة؟ وهل تتضمن هذه الخصوصيات حماية أكثر للأسرة والمتقاضين في مقابل الحماية التي تضمنها القواعد المسطرية العامة؟

انطلاقا من هذه التساؤلات، ارتئينا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: خصوصيات المسطرة في قضايا الأسرة قبل صدور الحكم

المبحث الثاني: خصوصيات المسطرة على مستوى طرق الطعن في الحكم وتنفيذه.

المبحث الأول: خصوصيات المسطرة في قضايا الأسرة على مستوى رفع الدعوى:

سنعمل من خلال هذا المبحث على إبراز أهم الخصوصيات المسطرية سواء على مستوى تحريك الدعوى (كمطلب أول) ثم الحديث عن تجليات هذه الخصوصية على مستوى سير الدعوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصيات المسطرة على مستوى إجراء الدعوى:

وعيا من المشرع بخطورة النزاع الأسري، والرغبة إلى فضه في أقرب وقت وبأبسط الوسائل، وتخليص المتقاضين من حيرة الإختصاص القضائي، حدد المشرع من خلال قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي ومدونة الأسرة، الإختصاص النوعي والمحلي في قضايا الأسرة الذي جاء قطعيًا، داخل أقسام قضاء الأسرة التي أصبحت تمثل محكمة صغيرة داخل المحاكم الابتدائية (فقرة أولى)، وكذلك ما تتميز به المسطرة من خصوصيات على مستوى الأطراف والأهلية (فقرة ثانية)، وفي الأخير الحديث عن خصوصيات المسطرة على مستوى شكل المسطرة والرسوم القضائية (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى: على مستوى قواعد الإختصاص:

أولا: بالنسبة للإختصاص النوعي:

- الأصل أن المحاكم الابتدائية في إطار اختصاصها النوعي أنها محاكم ذات ولاية عامة، وهذا من خلال الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي لسنة 1974¹، والفصل 18 من قانون المسطرة المدنية. فمن خلال منطوق هذين الفصلين يتضح أن المحاكم الابتدائية يمكن أن تقسم بحسب نوعية القضايا التي لها أن تنظر فيها إلى أقسام قضاء الأسرة وغرف مدنية، غرف الأحوال الشخصية والميراث وغرف عقارية واجتماعية، إلا أن التعديل الذي أدخله المشرع على هذا الفصل بتاريخ 3 فبراير 2004، والذي جاء موازيا لمدونة الأسرة، وضع استثناء على المقتضيات أعلاه، إذ منح الإختصاص لأقسام قضاء الأسرة وحدها دون غيرها من الغرف التي تتكون منها المحاكم الابتدائية، في كل ماله علاقة بالأسرة سواء كان واردا بالمدونة نفسها شأن الزواج والطلاق والأهلية، والنيابة الشرعية، والوصايا

¹ - الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي.

والموارث، أو واردا غيرها من النصوص الخاصة كما هو الحال بالنسبة لكفالة الأطفال المهملين وشؤون القاصرين، والتوثيق والحلة المدنية¹.

فإذا كان المشرع حرص على جعل الاختصاص في مجال الأسرة، وإضفاء عليه خصوصية في كل ماله علاقة بالأسرة وبمحاكمها ورعايتها في إطار القانون، فإن هناك إشكالات أصبحت تطرحها بعض النصوص المتعلقة بإحداث هذه الأقسام وخصوصا العبارة الأخيرة التي وردت في الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي حيث جاء فيها أن أقسام قضاء الأسرة تختص في "كل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة" مما جعل هذه العبارة تثير العديد من التساؤلات بشأن اختصاص قضاء الأسرة في المادة الجنائية أو بكل تدقيق القضايا الجنائية التي لها علاقة بالأسرة، كالخيانة الزوجية، العلاقة الجنسية الغير مشروعة بين الأصول والفروع وغيرها من الجرائم الأسرية. فهل يدخل ذلك في اختصاص هذه الأقسام استنادا إلى عبارة "كل ماله علاقة بالأسرة"؟

الأصل أن أقسام قضاء الأسرة، بالرغم من تواجد النيابة العامة بها، واعتبارها طرفا أصليا في قضايا الأسرة طبقا للمادة 3 من مدونة الأسرة تستبعد بثها في القضايا الجنائية والجنحية. وبالتالي يبقى الاختصاص مخول للغرفة الجنحية بالمحاكم الابتدائية². إذ يتعين إعادة النظر في هذه العبارة لأنها تخلق نوعا من اللبس.

ومن خصوصيات الاختصاص النوعي في المادة الأسرية أن اختصاص أقسام قضاء الأسرة يعد من النظام العام، ويتعين أن يثار من قبل المحكمة تلقائيا، مادام لايجوز للأطراف عرض نزاعهم على غرفة أخرى وذلك استنادا إلى الصيغة الصريحة للنص الجديد، حيث حسم الجدل ومنع الغرف الأخرى من البث في المادة الأسرية.

ثانيا : بالنسبة للاختصاص المحلي :

يقصد بالاختصاص المحلي مجموع القواعد التي تعين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم من نوع واحد موزعة في الدوائر القضائية المختلفة في المملكة للنظر في قضية معينة³. وهكذا تقرر مبدأ واحد وهو أن الاختصاص المكاني يعهد للمحاكم التي يوجد بدائرة نفوذها موطن المدعى عليه الحقيقي أو المختار أو محل إقامته في حالة انعدام موطن لديه⁴، لكن هذا الاختصاص يتميز ببعض الخصوصيات على مستوى قضايا الطلاق والتطليق.

على مستوى قضايا الطلاق والتطليق

يقرر الفص 27 من قانون المسطرة المدنية أنه "يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، خلافا لهذا الفصل نصت المادة 79 من مدونة الأسرة على أنه "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة للإشهاد به لدى عدلين منتصين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

¹ عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي دراسة عملية، الطبعة الثالثة أبريل 2010، ص 54.

² محمد سلواني، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، رسالة لنيل شهادة الماستر 2009-2010، جامعة مولاي اسماعيل بمكناس، ص 14.

³ ادريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الأول، القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، ص 580.

⁴ عبد الكري الطالب، الشرح العلمي لقانون المسطرة المدنية، طبعة أبريل 2009، ص 60.

بالرجوع إلى المادة 65 من مدونة الأسرة وربط مقتضياتها بالمادة 79 من مدونة الأسرة يتضح أن المقصود بالحكمة هي المحكمة الابتدائية التي يوجد فيها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو مكان إبرام عقد الزواج مع مراعاة الترتيب¹.

ويقصد بعبارة حسب الترتيب الواردة في المادة 79 من (م.أ) استبعاد الاختيار بين المحاكم الأربع، وانعقاد الاختصاص تبعاً لذلك لمحكمة واحدة في كل حالة، بمعنى أنه لا يصر إلى المحكمة التي أبرم فيها عقد الزواج إلا إذا انعدم بيت الزوجية أو انعدم موطن الزوجة أو انعدم محل إقامتها. وهذا فيه حماية للأسرة وضرب إرادة طالب الطلاق. لكن هناك إشكال يمكن أن يثار في هذا الأمر وهو ما المقصود ببيت الزوجية في حالة تعدد مساكن الأسرة؟

لقد كان العمل في السابق في إطار مدونة الأحوال الشخصية مبني على قواعد المنشور رقم 5 الصادر بتاريخ 1960/02/04، الذي حدد المقصود بالسكنى المعتبر في الاختصاص بالنسبة لدعاوي الأحوال الشخصية².

أما فيما يتعلق بقضايا التطلاق فقد نصت المادة 212 من قانون المسطرة المدنية على أنه يقدم وفقاً للإجراءات العادية مقال التطلاق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج.

فبمقارنة المادة 212 من قانون المسطرة المدنية بالمادة 79 من مدونة الأسرة، يلاحظ أن هناك إختلاف في الصياغة بين المدتين، مما يدفع إلى التساؤل عن سر هذا الإختلاف ومبرراته وذلك من خلال مايلي:

أولاً: إذا كانت المادة 79 قد نصت على مبدأ الترتيب صراحة بخصوص الاختصاص المحلي في قضايا التطلاق حسب ماهو مقرر في هذه المادة، فإن المادة 212 لم تكن لتقر بهذا المقتضى بشكل صريح، مما جعلنا نتساءل عما إذا كان من حق طالب التطلاق اختيار المحكمة التي يرغب في تقديم طلبه أمامها حسب الحالات الواردة في هذه المادة. خاصة وأن المشرع استعمل لفظ "أو" والذي يفد معنى الخيار؟ ومبدأ الخيار هنا لانهتقد أنه يخدم الأسرة في بعض الحالات وخصوصاً الطرف الضعيف. مثال، فقد يبادر الزوج إلى رفع دعوى التطلاق للشقاق في وجدة مكان وجود الزوجية في حين الزوجة انتقلت إلى بيت أهلها بعد النزاع الموجود بالدار البيضاء ففي هذه الحالة نجد الزوجة تتضرر من جراء التنقل إلى وجدة³.

على مستوى دعاوى النفقة

إذا كانت القاعدة العامة للإختصاص المحلي قد ورد النص عليها كما سبق الذكر في المادة 27 من قانون المسطرة المدنية إلا أن المشرع حد من هذه القاعدة بخصوص قضايا النفقة حينما نص في الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية على أنه تقام الدعاوى خلافاً لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية.

في دعاوى النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو موطن أو محل إقامة المدعي باختيار هذا الأخير.

¹ - محمد سلواني، المرجع السابق، ص 19.

² - منطوق المنشور: السكنى المعتبرة في الاختصاص هذه السكنى القادرة للمدعى عليه الإقامة المؤقتة للمدعى عليه بدائرة أخرى غير ذلك لا تعتبر مانع في نظر قاضي دائرة سكنه الحقيقي - إذا غادرت الزوجة مسكن زوجها مغاضبة له وأقامت بدائرة قضائية غير دائرة مسكن الزوجية

³ - محمد سلواني، المرجع السابق، ص 19.

وبهذا يكون المشرع رفع الحرج عن المدعي في إطار دعاوى النفقة، حيث خيره بين اللجوء إلى قضاء القرب، وعدم إلزامه بمقتضيات المادة 27 من قانون المسطرة المدنية¹ وهذه من بين الخصوصيات التي يمتاز بها قضاء الأسرة في مجال النفقة.

الفقرة الثانية : خصوصيات المسطرة على مستوى الأطراف والأهلية :

أولا : على مستوى أطراف الدعوى :

النيابة العامة :

الأصل أن أطراف الدعوى هم المدعي (أو المدعين) ضد المدعى عليه (أو المدعى عليهم) كأطراف أصلية، وأن دور النيابة العامة يكمن في أنها تعتبر طرفا منضمّا (الفصل 8 من ق.م.م) فهي بهذه الصفة لا تكون خصما وإنما تدخل لتبدي رأيها لمصلحة القانون والعدالة واستثناء يمكن أن تكون طرفا رئيسيا إذا أعطاه القانون الحق في ممارسة الدعوى بصفة رئيسية كمدعي أو مدعى عليها. وذلك في أحوال حددها القانون من خلال الفصلين 6 و 7 من قانون المسطرة المدنية، وبذلك يجب عليها حضور الجلسات وتبليغ الأحكام (الفصل 9 من ق.م.م) بصفة قانونية.

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة وخلافا لما كانت عليه مدونة الأحوال الشخصية فإن النيابة العامة أصبحت طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق المدونة، وذلك حسب المادة 3 من مدونة الأسرة. وبهذا تكتسي النيابة العامة خصوصية من خلال المدونة الجديدة حيث ازداد وزنها بشكل كبير وأصبح حضورها ثقيلا وهذا الحضور يتضمن بالإضافة لدلالته المسطرية والإجرائية حمولة رمزية شديدة توضح الإرادة التشريعية المتوجهة نحو وضع قضايا الأسرة في الشؤون العامة المرتبطة بالنظام العام، ويترتب على هذا المقتضى الجديد العديد من الآثار المسطرية كحضور الجلسات لزوما واكتساب صفة الخصم ثم سلوك طرق الطعن المخولة قانونا في قضايا الأسرة عدا التعرض وذلك ضد الأحكام التي ضد ملتمساتها².

هذا فيما يتعلق بخصوصية النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة، فماذا عن الخصوصية على مستوى الأهلية؟

ثانيا : على مستوى أهلية وصفة الأطراف :

بالتمعن في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية نجد ينص على أنه "لا يصح التقاضي إلا من له الصفة، والأهلية والمصلحة، لإثبات حقوقه". فمن خلال هذا الفصل تعد الأهلية شرط من شروط صحة التقاضي، يترتب عن تخلفها الحكم بعدم قبول الدعوى، وبما أن مدونة الأسرة حددت سن الرشد القانوني في 18 سنة شمسية بموجب المادة 209،

وعليه فإن من بلغ هذا السن كان له الحق في أن يباشر جميع التصرفات بدون قيد أو شرط، بما فيها التقاضي ما لم يكن محجورا عليه لسفه أو جنون، فإذا كانت القاعدة المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية فإن هذه الأخيرة يطرأ عليها استثناء، وذلك من خلال خصوصية المسطرة في مادة الأسرة، حيث سمح القانون للقاصر بأن يتقاضى شخصا ودون حاجة إلى نائبه القانوني ويتضح ذلك من خلال بعض الحالات.

¹ - خصوصيات المسطرة في قضايا الأسرة، عرض لطلبة ماستر القانون والمقولة سنة 2007/2008 تحت إشراف الدكتور المعزوز البكاي، ص 10.

² - يوسف وهابي، اختصاصات النيابة في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة الملف، العدد 3 أبريل 2004، ص 1 و 9.

الحالة الأولى : أهلية القاصر المتزوج للتقاضي :

نصت المادة 22 من مدونة الأسرة على أنه "يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات. فمن خلال هذا المقتضى يتضح بأن من حق القاصر المتزوج سلوك مسطرة التقاضي المرتبطة بعقد الزواج بمختلف آثارها، وهذا ما يستفاد من المادة 218 من مدونة الأسرة كذلك حيث جاء فيها بأنه "إذا بلغ القاصر السادسة عشر من عمره جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده، إلا أن هناك حالات أخرى أجاز من خلالها المشرع للقاصر أن يترافع باسمه الشخصي، كحالة مطالبته لأبيه بالنفقة إذا امتنع هذا الأخير عن الإنفاق، فبإمكان القاصر أن يطالب أمام القضاء بالنفقة دون حاجة إلى نيابة الغير عنه، بل إن المشرع سمح للتقاضي بإلزام الوصي أو المقدم في أي وقت بالإدلاء بحساب عن إدارة أموال القاصر وتقديم كل الحجج اللازمة بناء على طلب القاصر نفسه حسب الفصل 190 من قانون المسطرة المدنية¹.

الفقرة الثالثة : خصوصيات المسطرة على مستوى شكل الدعوى في قضايا الأسرة :

أولاً : على مستوى شكل الدعوى في قضايا الأسرة :

ينص الفصل 45 من ق.م.م "أنه تطبق أمام المحاكم الابتدائية قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف وفقاً لأحكام الفصل 329 وما بعده..". لكن هناك استثناء على هذه القاعدة في بعض القضايا المتعلقة بمادة الأسرة حيث تكون المسطرة شفوية، وذلك من خلال منطوق الفقرة الثالثة من الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه "غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية:

قضايا النفقة والطلاق والتطليق"

وبهذه الخصوصية فإن المسطرة الشفوية يكمن دورها في البساطة والسهولة، وبهذا يتم ضرب مقتضيات الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية عرض الحائط، وكذلك الفصل 32 من قانون الحاماة، رغم أن هذا الفصل قصر إمكانية عدم الاستعانة بمحام في قضايا الأسرة وفي قضايا النفقة والحالة المدنية. لكن من الناحية العملية نجد إمكانية ممارسة الدعوى دون الاستعانة بمحام². حيث جاء في حكم في قضية تطليق بناء على المقال الإفتتاحي المقدم من طرف المدعي بصفة شخصية إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 20/01/2010 والمؤدى عنه الرسوم القضائية، والذي يلتبس من خلال هذا المقال تطليق زوجته من عصمته³، هذا على مستوى شكل الدعوى في قضايا الأسرة، فماذا عن الرسوم القضائية.

ثانياً : على مستوى الرسوم القضائية :

يجرنا الحديث بخصوص هذه النقطة بالتساؤل عن مدى إلزامية الرسوم القضائية في قضايا الأسرة؟

من المعلوم أن المحكمة مرفق عمومي، والاستفادة منه ملك لجميع المواطنين والأصل مجانية القضاء والتقاضي. لكن دفعاً لأي استهتار بالقضاء، وسد الباب أمام الدعوى الكيدية تم إقرار رسوم قضائية تدفع لصندوق المحكمة، لكي

¹ عبد الكريم الطالب، الشرح العلمي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الخامسة 2008، ص 169-170.

² محمد سلواني، مرجع سابق، ص 56.

³ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببرشيد قسم قضاء الأسرة ملف رقم 12/10/369، حكم غير منشور أورده محمد سلواني، المرجع السابق، ص 56.

تكون هناك جدية لتقديم الطلب، كما أن الرسم القضائي يعتبر شكلا من أشكال قبول الدعوى، حيث نصت المادة الأولى من الملحق الأول بالمرسوم رقم 1151-58-2 الصادر في 1958/12/24 بتدوين النصوص المتعلقة برسوم التسجيل والتمبر المتمم بقانون المالية لسنة 1984.

فإذا كانت القاعدة العامة أعلاه، تستلزم استثناء الرسوم لفائدة الخزينة عن كل إجراء قضائي مهما كان نوعه، والذي حددته بالنسبة للطلبات غير محددة المتعلقة بالأحوال الشخصية المرفوعة أمام المحاكم الابتدائية في 150 درهما فإن هذه القاعدة تعرف استثناء في بعض قضايا الأسرة، وهذا الإستثناء يكرس بدوره خصوصية المسطرة والتقاضي في قضايا الأسرة، ويمثل هذا الإعفاء من الضرائب والرسوم:

الطلبات المتعلقة بالنفقة.

الدعاوى التي تتقدم بها النساء المطلقات أو المهجورات.

وهذا ما يجعل بعض المحاكم تتوسع في هذا النص والبعض الأخرى تضيق منه. حيث جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء "بناء على المقال المقدم من طرف المدعية بواسطة نائبها الى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2003/02/05 والمعفي من الرسوم القضائية¹.

ثالثا : على مستوى آجال الدعوى :

عمل المشرع من خلال مدونة الأسرة بربط مجموعة من الدعاوى بآجال محددة ودعا الى احترامها، مع مراعاة أجل البث المنصوص عليها في قانون الإجراءات الشكلية أو القوانين الخاصة، مثل البث في طلب النفقة المحددة في شهر من تاريخ تقديم الطلب، وكذلك المادة 63 من مدونة الأسرة التي جعلت أجل طلب فسخ عقد الزواج المشوب بالإكراه أو التدليس في حق الطرفين وهو شهرين.

أما في دعوى الطلاق حددت المادة 83 عند فشل محاولة الصلح بين الطرفين أجل 30 يوم لأداء مستحقات الزوجة والأطفال. لكن الأمر يختلف في دعوى التطليق للشقاق وعند عدم توصل الحكمان إلى أي نتيجة للإصلاح بين الزوجين، فإن المادة 97 من المدونة حددت للمحكمة آجال ستة أشهر للفصل في دعوى التطليق للشقاق، وهو ما أشارت إليه المادة 113 من مدونة الأسرة في مادة خاصة باستثناء حالة التطليق للغيبة².

المطلب الثاني : خصوصيات المسطرة على مستوى سير الدعوى والبث فيها :

سنعمل من خلال هذا المطلب البحث عن خصوصيات المسطرة في كل ما يتعلق بإجراءات التبليغ والصلح (فقرة أولى) ثم التركيز على مستوى البث في بعض قضايا الأسرة سواء من الناحية النظرية أو العملية، كدعوى ثبوت الزوجية والتعدد (فقرة ثانية).

¹ - حكم عدد 1699 بتاريخ 2003/03/15 ملف عدد 2003/180 ، منشور بمجلة الأسرة، العدد 3، ص58.

² - محمد سلواني، المرجع السابق، ص58.

الفقرة الأولى : إجراءات التبليغ والصلح :

بمجرد إيداع الطلب لدى كتابة الضبط وأداء الرسوم القضائية من طرف الزوج أو الزوجة، تقرر المحكمة استدعاء الطرفين وفق إجراءات معينة وبعد ذلك تحاول إجراء محاولة الصلح بينهما إذا كان لها محل.

أولا : إجراءات التبليغ :

لقد سن المشرع المغربي مجموعة من القواعد المسطرية التي تحدد الطرق والإجراءات الواجب احترامها لتبليغ الإنذارات والإستدعاءات وكذلك القرارات القضائية سواء من حيث البيانات التي يجب أن تتضمنها الإستدعاءات، أو من حيث الجهات المكلفة بالتبليغ...¹

وعليه، إذا كانت القواعد العامة للإستدعاء منصوص عليها في إطار قانون المسطرة المدنية في المواد 36 - 37 - 38، فهل هي نفسها المقتضيات المطبقة على قضايا الأسرة أم أن هذه الأخيرة لها خصوصية معينة؟

بالتمعن في مقتضيات المادتين 43 و 81 من مدونة الأسرة، نجد المشرع المغربي أولى مسطرة التبليغ والإستدعاء في قضايا الأسرة خصوصية مميزة تتجلى في ضرورة التوصل الشخصي للزوجة بالإستدعاء وهو خلاف ما هو منصوص عليه في المادة 38 من قانون المسطرة المدنية، حيث يعتبر هذا الأخير أن التسليم يكون صحيحا إلى الشخص نفسه أو في موطنه أو خدمه، أو لكل شخص آخر يسكن معه، وهذا الاختلاف بين مدونة الأسرة وقانون المسطرة المدنية يثير العديد من المشاكل على مستوى بعض المحاكم، فمنها من يعتبر القواعد العامة في الإستدعاء هي الأصل، حيث إذا توصل أحد أقارب الزوجة بالإستدعاء يعتبر صحيحا. وعلى عكس هذا الموقف، هناك من المحاكم من تتمسك بحرفية قاعدة التوصل الشخصي للزوجة المنصوص عليها في المادتين 43 و 81.

إلا أن هناك خصوصية أيضا على مستوى المادة 81 من مدونة الأسرة تتجلى في حالة توصل الزوجة شخصا ولم تحضر، هنا تخطر عن طريق النيابة العامة بأنه سوف يتم البث في الملف في غيبتها.

وما يلاحظ هو أن الإستدعاء الشخصي للزوجة يثير أيضا العديد من الإشكالات، خاصة إذا كانت الزوجة تقطن خارج أرض الوطن، حيث أن إجراءات التبليغ على هذا المستوى يتم بصعوبات كثيرة، منها كون بعض القنصليات لا ترجع شواهد التسليم إلى المحكمة التي وجهتها وإنما تقتصر بإرسال الطي إلى المعنية بالأمر عن طريق البريد المضمون، وتقوم بالإتصال بالزوجة لتخبرها بمضمون مراسلة المحكمة. وهذا الإشهاد المرسل من طرف القنصلية يمكن الطعن فيه مادام لا يحمل ما يفيد توصل الزوجة شخصا².

ثانيا : خصوصيات إجراءات الصلح :

نظرا لما يسبب الطلاق أو التطلق من آثار سلبية وخيمة على الأسرة والمجتمع، عمل المشرع على خلق مؤسسة الصلح لتفادي واقعة الطلاق أو التطلق وفق مسطرة محددة. إذ يعتبر الصلح من النظام العام ولا يجوز للمحكمة مخالفته أو التغاضي عنه.

¹ - بوبكر بهلول، مسطرة التبليغ القضائي والتبليغ الإلكتروني، سلسلة الإدارة القضائية، العدد 4، يونيو 2005.

² - خصوصية المسطرة في قضايا الأسرة، عرض لطلبة الأسرة والتنمية سنة 2009-2010 تحت إشراف الدكتور المعزوز البكاي، ص 12-13.

والملاحظ أن مسطرة الصلح قد تم إخراجها من نصوص المسطرة المدنية، بحيث تم إلغاء المادتين 178 و 121 وتم استبدالهما بمقتضيات واضحة تم التنصيص عليها بشكل واضح من خلال مدونة الأسرة. حيث نصت المادة 82 من مدونة الأسرة على أنه: "عند حضور الطرفين تجري المناقشات بغرفة المشورة، وكذا الإستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الإستماع إليه، وتقوم المحكمة بكافة الإجراءات بما فيها إنتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مناسباً لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تحاول المحكمة القيام بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوماً. ومن خصوصية مسطرة الصلح أنها قيدت ذلك بحضور الطرفين بغرفة المشورة.

ونظراً لأهمية الصلح فإن المشرع جعل له جهة مختصة لتقوم به، وهذه المسطرة يمكن أن تقوم بها المحكمة، أو الحكمين، أو عن طريق مجلس العائلة.

الفقرة الثانية : خصوصيات المسطرة على مستوى البث في الدعوى :

سنعمل من خلال هذه الفقرة على الحديث عن خصوصيات المسطرة على مستوى البث في دعوى ثبوت الزوجية أولاً ثم دعوى تعدد الزوجات ثانياً.

أولاً : بالنسبة لدعوى ثبوت الزوجية :

تتمثل هذه الخصوصية من خلال المادة 16 من مدونة الأسرة، التي جاءت مقررة لقاعدة أساسية مفادها أن إثبات العلاقة الزوجية، تتم أساساً عن طريق وثيقة عقد الزواج المنصوص عليها في المواد السابقة للمادة 16، إلا أنه ومراعاة لبعض الحالات التي يعرفها المجتمع المغربي وخصوصاً بعض الأشخاص الذين لم يتسن لهم إبرام عقد الزواج نظراً لظروف قاهرة، فإن المشرع تدخل من خلال المادة 16 في فقرتها الثانية وأجاز للمحكمة إمكانية سماع دعوى الزوجية عن طريق وسائل الإثبات من شهادة الشهود وغيرها من القرائن، كما يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية إن اقتضى الحال ذلك، أو بطلب من أحد الأطراف، وللمحكمة قبل البث في دعوى ثبوت الزوجية أن تراعي وجود الأولاد أو الحمل من عدمه¹. فالمادة 16 تعتبر أهم مستجد مسطري، من خلالها يمكن القول بأن المشرع الأسري خالف القواعد العامة للمسطرة المدنية، فإذا كان الأصل هو عدم تحديد فترة محددة لتقديم الدعوى، فإن المشرع جعل دعوى ثبوت الزوجية استثناء.

ثانياً : بالنسبة لدعوى التعدد :

تتميز دعوى التعدد بخصوصية على مستوى البث فيها، وتتجلى من خلال مستويين، المستوى الأول استدعاء الزوجة، والمستوى الثاني مناقشة الإذن بالتعدد.

على مستوى استدعاء الزوجة

تتضح خصوصية استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها من خلال المادة 43 من مدونة الأسرة، حيث جاءت هذه المادة مخالفة لما هو منصوص عليه في قانون المسطرة المدنية (الفصل 37 - 38)، حيث نصت المادة 43 على وجوب استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها للحضور.. ووجوب توصلها الشخصي بالإستدعاء الموجه إليها.

¹ عبد الصمد الإدريسي العماري، تعليق على المادة 16 من مدونة الأسرة، موقع . www.abdessamad.lawgermaktobloog.com

ولعل الحكمة من مخالفة المشرع للفصل 38 من ق.م.م هو إحاطة الزوجة علما بنية زوجها التزوج عليها، وإعطائها حق الاختيار بين استمرار العلاقة الزوجية وموافقتها على منح زوجها الإذن بالتعدد، أو رفضها لهذا المقتضى وإنهائها بذلك الرابطة الزوجية.

على مستوى مناقشة الإذن بالتعدد :

تكمن الخصوصية في هذا الإطار في أمرين:

الأمر الأول هو مكان إجراء المناقشة، نظرا لطبيعة الطلب فإن المشرع أكد على ضرورة إجراء مناقشة الإذن بالتعدد بغرفة المشورة، وهذا يعتبر من النظام العام لا يمكن للمحكمة ولا للأطراف الإتفاق على مخالفته.

الأمر الثاني يتعلق بالزمان، فقد يثبت للمحكمة أثناء مناقشة طلب الإذن بالتعدد تعذر استمرار العلاقة الزوجية، كما تصر الزوجة على رفضها وكذا طلبها للتطليق. في هذه الحالة تشهد المحكمة على فشل محاولة الصلح، وتثبت ذلك بمحضر وتنتقل إلى النظر في طلب التطليق حيث تحدد المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإنفاق عليهم، بعد ذلك يكون الزوج ملزم بإيداع المبلغ داخل أجل 7 أيام وإلا اعتبر متراجعا عن طلب التعدد. هذا الأجل يتسم بالقصر إلا أنه يعتبر من النظام العام، وهنا تتجلى الخصوصية لأنه لا يقبل النقاش ولا التأجيل.

المبحث الثاني : خصوصيات المسطرة على مستوى طرق الطعن في الحكم وتنفيذه :

القاعدة هو أنه عادة يمكن أن تنتهي الخصومات في قضايا الأسرة بصدر أحكام فاصلة في النزاع، ولذلك تعتبر الأحكام هي الخاتمة الطبيعية للتقاضي، ولا يبقى إلا تنفيذ هذه الأحكام بعد السماح للمحكوم عليه بممارسة حقه في الطعن فيها. ولدراسة هذه الخصوصية أكثر، ارتأينا أن نخصص المطلب الأول للحديث عن خصوصية الطعن في قضايا الأسرة، ثم في المطلب الثاني الحديث عن خصوصية التنفيذ في قضايا الأسرة.

المطلب الأول : على مستوى طرق الطعن :

إن طرق الطعن هي الوسائل التي وضعها المشرع المغربي في متناول أطراف النزاع أو في متناول الغير للتظلم من حكم أضر بحقوقه أو بمصلحه وذلك ابتغاء إزالة أو تخفيف الضرر الذي ألحقه به الحكم المطعون فيه.

وطرق الطعن قد توجه إلى الحكم ذاته لعلّة تشوبه، وقد توجه للإجراءات التي سبقت صدوره. والقانون المغربي حدد هذه الوسائل من خلال قانون المسطرة المدنية في التعرض والإستئناف والتعرض الغير الخارج عن الخصومة وإعادة النظر ثم الطعن بالنقض.

وإذا كانت قضايا الأسرة كغيرها من القضايا الأخرى التي أخضع المشرع أحكامها لطرق الطعن المحددة قانونا، فإن هناك خصوصيات ربطها المشرع بنوع هذه القضايا على مستوى طرق الطعن بالنسبة للطعن بالإستئناف (الفقرة الأولى)، والطعن بالنقض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : خصوصية الطعن بالإستئناف :

تتجلى خصوصيات الطعن بالإستئناف في القضايا الأسرية في عدة مستويات.

على مستوى تقديم الطلب: من المعلوم أن طلب الإستئناف يتم بواسطة مقال أمام كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، لكن قضايا النفقة يمكن استئناف أحكامها بواسطة تصريح وفق ما قرره الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية.

على مستوى آجال الإستئناف: يختلف آجال الإستئناف باختلاف المحكمة مصدرة الحكم المستأنف فيه ونوع القضية، والأصل أن أجل الطعن بالإستئناف هو 30 يوما، لكن الأمر يختلف بالنسبة لقضايا الأسرة حيث تم تحديد الأجل في 15 يوما، وذلك من أجل تسريع البث في قضايا الأسرة. وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 14/9/2006 استئنفت السيدة (.....) بواسطة نائبها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تحت عدد 8345 بتاريخ 31/7/2006 في الملف الشرعي عدد 06/251. وهو الحكم الذي ثبت من خلال طي التبليغ المرفق بالمقال أنه بلغ المستأنفة بتاريخ 31/8/2006 مما يجعل الإستئناف قدم داخل الأجل القانوني¹.

الفقرة الثانية : خصوصية الطعن بالنقض :

الطعن بالنقض هو طريق من الطرق غير العادية، يمارس لأسباب حددها الفصل 359 من ق.م.م²، ويقدم الطعن بالنقض على شكل عريضة كتابية موقعة من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى، ومن ثم يجوز للمجلس أن يشطب على القضية تلقائيا ومن غير استدعاء الطرف المعني إذا كانت العارضة موقعة من طرف الطاعن نفسه، أو موقعة من طرف محام لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للترافع أمام المجلس الأعلى³، كما أن الإجراءات تمارس داخل أجل 30 يوما من تاريخ التبليغ، حيث جاء في الفصل 365 من قانون المسطرة المدنية أنه: "يجب على الأطراف المعنية بالأمر أن يقدموا مذكرات جوابهم وكذا المستندات التي يريدون استعمالها في ظرف 30 يوما من تاريخ التبليغ، هذا بصفة عامة، أما الطعن بالنقض في قضايا الأسرة نجد المشرع خاصها ببعض الخصوصيات، وهذه الأخيرة تتجلى فيما يلي:

أولا - على مستوى الآجال :

نظرا لخصوصية الأحكام في المادة الأسرية عمل المشرع المسطري على تخفيض آجال ممارسة الطعن بالنقض إلى النصف مع إتاحة المجال أمام المستشار المقرر أن يحدد أجلا أقل إن تطلب نوع القضية ذلك. جاء في الفصل 367 من ق.م.م "تخفظ الآجال المنصوص عليها في الفصول 364، 366 إلى النصف فيما يخص طلبات النقض المرفوعة ضد الأحكام التالية :

¹ - محمد سلواني، المرجع السابق، ص 80-81.

² - ينص الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية على مايلي: "يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على المجلس مبنية على أحد الأسباب الآتية:

- خرق القانون الداخلي

- خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف

- عدم الإختصاص

- الشطط في استعمال السلطة..."

³ - عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، طبعة 2009، ص 316.

الأحكام الصادرة في قضايا النفقة أو قانون الأحوال الشخصية أو الجنسية بحيث يجوز للمستشار المقرر أن يحدد أجلا أقل إن تطلب الأمر ذلك حسب ظروف القضية ونوعها¹.

ثانيا- على مستوى إيقاف التنفيذ :

نص الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى على التنفيذ إلا في الأحوال التالية :

الأحوال الشخصية.

الزور الفرعي.

التحفيظ العقاري".

انطلاقا من الفصل أعلاه يلاحظ أن الأصل في الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ، بمعنى أن هناك مبدأ احترام قوة الشيء المقضي به ثم تجسيد مبدأ الحق في التنفيذ، لكن الإستثناء أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ.

وبالمقابل نجد المشرع سمح بالخروج من القاعدة العامة إلى الإستثناء، وسمح كذلك في حالات بعينها بحصول التنفيذ رغم وجود الطعن بالنقض أو لغاية أخرى.

هناك حالات يرتب فيها المشرع للنقض الأثر الواقف للتنفيذ، كالقضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية.

فمثلا لو صدر حكم يقضي بفسخ عقد الزواج وطعن الزوج أو الزوجة في هذا الحكم أمام المجلس الأعلى فإن هذا الطعن يوقف تنفيذ الحكم القاضي بفسخ الزواج، وبذلك لا تستطيع الزوجة باعتبار نفسها منحلة من الرابطة الزوجية، وعقد زواجها من زوج آخر مادام المجلس الأعلى لم يطعن بالنقض ويقض برده.

من هنا نجد المشرع المغربي في هذه الحالة ينغمس في الضبايات، عكس المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة حيث نص على الأثر الواقف للطعن بالنقض يرتب الأحكام الصادرة في مادة الطلاق وفصل الأبدان، ويقتصر على تلك التي تتطرق منها إلى جوهر النزاع².

لكن المشرع المغربي تجاوز هذه الصعوبة من خلال مدونة الأسرة، حيث قرر عدم قابلية الجزء المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن، حيث نجد المحكمة تحدد مبلغا كافيا يتعين على الزوج إيداعه بصندوق المحكمة داخل أجل 30 يوما، وذلك لتغطية مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالنفقة عليهم حسب الترتيب الوارد في المادتين 84 و85 من مدونة الأسرة وذلك لتجاوز الآثار السلبية التي يحدثها إيقاف التنفيذ بسبب الطعن بالنقض³.

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بإعادة النظر والتعرض الخارج عن الخصومة لا يمكن تصوره في مدونة الأسرة، بحيث لا نجد أي نص يقرر ذلك سواء في قانون المسطرة المدنية أو مدونة الأسرة.

¹ - محمد سلواني، المرجع السابق، ص83.

² - محمد السماحي، طرق الطعن في الأحكام المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، ص144.

³ - دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، جمعية المعلومات القانونية والقضائية، دار القلم، العدد 1، سنة 2004.

بعد أن تحدثنا عن خصوصيات طرق الطعن في المادة الأسرية من خلال المطلب الأول، سوف نعالج هذه الخصوصية على مستوى تنفيذ الأحكام وذلك من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني : خصوصيات تنفيذ الأحكام في قضايا الأسرة :

يعتبر التنفيذ المرحلة المهمة في التقاضي، إذ بواسطته يتم ترجمة الأحكام إلى واقع عملي ملموس، ويعطي للقضاء هيئته وقدرته على تحقيق أحكامه إلى وقائع. من هنا سوف نعمل على الحديث عن خصوصية تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية في بعض القضايا الأسرية (الفقرة الأولى)، ثم نتناول في (الفقرة الثانية) خصوصية تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية.

الفقرة الأولى : تنفيذ الأحكام الوطنية في قضايا الأسرة :

سنعمل من خلال هذه الفقرة أخذ نمودجين من الأحكام المتعلقة بقضايا الأسرة، كتنفيذ أحكام التطليق ومقررات الطلاق وكذلك تنفيذ الأحكام الصادرة في مادة النفقة.

أولاً: على مستوى أحكام التطليق ومقررات الطلاق

بعد صدور الحكم بالتطليق أو مقرر الطلاق تأتي مرحلة تنفيذ الحكم أو المقرر، وبعد ذلك تنفيذ آثار الحكم والشق المتعلق بالمستحقات.

فبالنسبة لمرحلة تنفيذ مقرر الطلاق وحكم التطليق، فإنه يتم على مستوى الشق المتعلق بالحلل ميثاق الزوجية بتوجيه ملخص وثيقة الطلاق أو التطليق إلى ضابط الحالة المدنية قصد تضمين بيانات ملخص وثيقة الطلاق بهامش رسم ولادة الزوجين وفق ما قرره المادة 147 من مدونة الأسرة "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق أو الرجعة أو الحكم بالتطليق أو بفسخ عقد الزواج أو بطلانه إلى ضابط الحالة المدنية لحل ولادة الزوجين. إذا لم يكن للزوجين محل إقامة بالمغرب فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان التطليق ينفذ بمجرد صدور الحكم دون الحاجة إلى توثيقه لدى عدلين، فإن الطلاق يطرح إشكالية تتعلق بتهاون العديد من الأزواج في تنفيذ الطلاق، وذلك بعدم توثيق الطلاق لدى عدلين، مما يجعل الزواج لازال قائم وبالتالي يعطل مفعول المادتين 87 و 88 من مدونة الأسرة. وهذا الأمر يقتضي من المشرع إعادة النظر في هذه المقتضيات وذلك بإسناد مهام مسطرة توثيق الإذن بالطلاق للمحكمة بدلا من اسنادها للزوج.

أما بخصوص تنفيذ آثار الحكم بالتطليق أو مقرر الطلاق، فإن السقف المتعلق بالمستحقات المالية يكون قابل للطعن فإن تنفيذها يبقى نسبي رغم شمول العديد من الأحكام بالنفاذ المعجل. والنسبية تتجلى في أن الطعن في الشق المتعلق بالمستحقات يوقف التنفيذ وذلك بغل يد الزوجة من تحصيل المستحقات من صندوق المحكمة بالرغم من أن الزوج قام بإيداعها داخل أجل 30 يوما. إلا أن هذا الأمر فيه تناقض، وكان الأجدر على المشرع الأسري أن يترك هذه المسألة للقواعد العامة للتنفيذ¹.

¹- محمد سلواني، المرجع السابق، ص 94.

ثانيا : على مستوى طرق تنفيذ النفقة :

تنص المادة 191 من مدونة الأسرة على أنه: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه وتقرر عند الإقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة".

كما تنص المادة 102 من مدونة الأسرة على أنه "للزوجة طلب التطلاق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام التالية:

إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطلاق..."

فإذا كانت القاعدة العامة أن المحكمة لا تنص غالبا في الأحكام التي تصدرها على طرق ووسائل التنفيذ لموضوع الحكم ومنطوقه، فإن المادة 111 من مدونة الأسرة تبرز خصوصية على مستوى تنفيذ الأحكام الخاصة بقضايا النفقة، نظرا للدور المعيشي للنفقة وما تقتضيه من طابع الإستعجال فقد نصت على الدور الأساسي للمحكمة في إيجاد وسائل وطرق لتنفيذ الحكم الصادر بخصوص النفقة، ألزمت بخصمها من أموال المحكوم عليه سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، أو باقتطاع قدر النفقة من منبع الربح كمبالغ الكراء أو الأجرة التي يتقاضاها الملزم من الدولة أو من المقاول. لكن أمر تنفيذ الحكم المتعلق بالنفقة يكون سهلا على المحكمة بالنسبة للموظفين والأجراء، ويكون صعبا عليها إذا كانت لا تتوفر على الوسائل المادية والقانونية مما يؤدي إلى إفراغ المادة 191 من محتواها¹. وفي هذا الصدد قضت محكمة الإستئناف بالرباط بما يلي: "وحيث أن هناك اختلافا بينا وأساسيا بين الأساس القانوني للصعوبة في التنفيذ وإيقاف التنفيذ وحيث أن الأحكام بالنفقة إذا كانت مشمولة بالنفاذ المعجل القانوني، لا يمكن إيقاف تنفيذها فإن ذلك لا يمنع من تقديم طلب الصعوبة في التنفيذ في حالة ما إذا كانت هناك أسباب جديده².

كما نصت المادة 121 من مدونة الأسرة على أنه في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء وتعذرت المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة للزوجة والأطفال وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، وجاء فيها أن هذه التدابير تنفذ فورا عن طريق النيابة العامة.

الفقرة الثانية : خصوصية مسطرة تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية :

متى تضمن المقال الإفتتاحي لطلب تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية، لابد من الإشارة إلى منطوق الحكم الأجنبي ولأسماء الأطراف وجب على المحكمة استدعاء أطراف النزاع من أجل تقديم دفوعاتهم، ليتم بعد ذلك للمحكمة التأكد من توفر الشروط المنصوص عليها قانونا (الفصول 430 - 431 - 432 من ق.م.م) وعدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي. وإذا تأكدت المحكمة من ذلك أمرت بتذييل الحكم داخل المغرب.

ومادام الأمر الذي يهمننا هنا هو دراسة خصوصية المسطرة بتنفيذ الأحكام المتعلقة بمدونة الأسرة المغربية، حسب نص المادة 128 من م.أ تتعلق بالمقررات القضائية الصادرة بالتطبيق أو بالخلع أو الفسخ، فإن المحكمة المصدرة

¹ - خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، المرجع السابق، ص35.

² - قرار عدد 229 بتاريخ 1969/3/7، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 9، ص 39.

للحكم القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي بعد تذييله بالصيغة التنفيذية، تعطي الأمر لضابط الحالة المدنية لحل ولادة الطرفين بتضمين ملخص الحكم بالسجلات المسوكة لديه، من أجل التمتع بمراكز قانونية جديدة، تخول للمعني بالأمر ممارسة عدة حقوق نتيجة الوضع الجديد وذلك حتى ينتج الحكم الأجنبي آثاره القانونية¹.

وتجدر الإشارة أن العبرة في تقرير أحكام التذليل بالصيغة التنفيذية في صلب المسطرة المدنية تكمن في احترام مبدأ سيادة الدولة التي من مقوماتها الأساسية عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية فوق أراضيها ما لم تقضي بذلك اتفاقية دولة موقعة من طرفها أو مبدأ التعامل بالمثل².

وقد يطرح التساؤل حول ما إذا كان المقرر الصادر بمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية قابل للطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانونا، العادية منها وغير العادية، أم يمكن تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة التي قضت بأن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والفسخ تكون ابتدائية ونهائية.

نعتقد أنه لا بد من تدخل المشرع من أجل إيجاد حل صريح يتماشى مع الحكمة من قواعد التذليل بالصيغة التنفيذية ويراعي الظروف الواقعية للجالية المغربية المقيمة بالخارج

التصميم :

مقدمة :

المبحث الأول : خصوصيات المسطرة في قضايا الأسرة على مستوى رفع الدعوى.

المطلب الأول : خصوصيات المسطرة على مستوى إجراء الدعوى.

الفقرة الأولى: على مستوى قواعد الاختصاص.

الفقرة الثانية: خصوصيات المسطرة على مستوى الأطراف والأهلية.

الفقرة الثالثة: خصوصيات المسطرة على مستوى شكل الدعوى .

المطلب الثاني: خصوصيات المسطرة على مستوى سير الدعوى والبت فيها.

الفقرة الأولى: إجراءات التبليغ والصلح.

الفقرة الثانية: خصوصيات المسطرة على مستوى البت في الدعوى.

المبحث الثاني: خصوصيات المسطرة على مستوى طرق الطعن في الحكم وتنفيذه.

المطلب الأول: على مستوى طرق الطعن.

الفقرة الأولى: خصوصية الطعن بالاستئناف.

¹ - محمد المقريني، تنفيذ الأحكام الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية وفقا لمدونة الأسرة المغربية، مجلة الملف العدد 11 أكتوبر 2011، ص 93 - 94.

² - محمد المقريني، المرجع السابق، ص 95.

الفقرة الثانية: خصوصية الطعن بالنقض.

المطلب الثاني: خصوصيات تنفيذ الأحكام في قضايا الأسرة.

الفقرة الأولى: تنفيذ الأحكام الوطنية في قضايا الأسرة.

الفقرة الثانية: خصوصية مسطرة تذييل الحكم بالصيغة التنفيذية.

لائحة المراجع :

الكتب :

عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، طبعة أبريل 2009.

عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي، دراسة عملية، الطبعة الثالثة، أبريل 2010.

محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، الطبعة الثانية 2009.

محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية 2009.

إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية، الجزء الأول، القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى.

الدليل العملي لوزارة العدل، جمعية المعلومات القانونية والقضائية، دار القلم، العدد 1، سنة 2004.

الرسائل:

محمد السلواني، خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية، دعاوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الماستر بكلية الحقوق بمكناس، السنة الجامعية، 2009 – 2010.

منير شعبي، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوروبي أية امكانية للتطبيق، السنة الجامعية 2005 – 2006.

غميض فتيحة، تطبيق أحكام مدونة الأسرة المغربية أمام القضاء الفرنسي، السنة الجامعية 2007 – 2008.

المجلات :

مجلة الملف، العدد 3، أبريل 2004.

مجلة الملف، العدد 11، أكتوبر 2007.

المجلة القانونية، المحكمة الابتدائية بمكناس، العدد الأول، 2008.

مجلة البحوث، العدد الخامس.

سلسلة الإدارة القضائية، العدد 4، يونيو 2005.

النصوص القانونية :

قانون المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات المدخلة بالقوانين رقم 33.11 والقانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب تحديد اختصاصاته

مدونة الأسرة.

التنظيم القضائي المغربي وفق التعديلات المدخلة عليه بموجب القانون رقم 35.10

قانون المحاماة.

حكم الهبة للجنين



حادي شفيق : ماجستير قانون (كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس-الجزائر).

محام ، أستاذ متعاقد بجامعة التكوين المتواصل(الجزائر).

المقدمة :

لقد قسم القرآن الكريم منذ 14 قرنا عمر الإنسان وحياته إلى ثلاثة مراحل متباينة من حيث امتدادها الزمني ومن حيث مميزاتها المتعلقة ببنيته وقوته العقلية والجسمانية خلال كل واحدة منها، فقد قال تعالى (اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ) 1 .

ويمكن من خلال هذه الآية الكريمة أن نميز ثلاثة أطوار أساسية لحياة الإنسان وأولها هي مرحلة خلقه ونشأته كجنين في رحم أمه، ويتميز الإنسان خلال هذه المرحلة بالضعف والعجز عن حماية حقوقه ويكون دائما بحاجة إلى الإعانة من الغير، وهو نفس التقسيم الذي تبناه غالبية علماء النفس إذ قسموا حياة الإنسان إلى ثلاثة مراحل أساسية تتمثل في مرحلة الطفولة التي تبدأ من تكوين الجنين إلى البلوغ، ثم مرحلة القوة التي تمتد من ريعان الشباب إلى آخر الكهولة، وأخيرا مرحلة الشيخوخة.

وتعريفا للجنين في اللغة العربية يقال جنّ الشيء يجنّه جنّا بمعنى ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جنّ عنك، وجنّه الليل يجنّه جنّا وجنّونا وجن عليه يجن (بالضم) جنونا أو أجنه بمعنى ستره، ويقال كذلك جن عليه الليل أي ستره وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه.

ويتفق الأطباء في الغالب على أن الجنين هو الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان ويكون ذلك في الشهر الثالث من الحمل حتى حين الولادة، وهنالك من علماء الأجنة من يعتبر أن الجنين هو الولد ما دام في بطن أمه بشرط اكتمال بنيته وتوفر إمكانية حياته عند نزوله وتمتد هذه الفترة من الشهر السابع إلى وقت الولادة، أما البعض الآخر فيعتبر الجنين ما نتج منذ التصاق البويضة بجدار الرحم 2.

وإذا كان الإنسان في مرحلة قوته بحاجة إلى حماية تشريعية تحفظ وتصون له حقوقه فهو أحوج إليها حينما يكون في رحم أمه جنينا في أقصى درجات وهن الإنسان وضعفه خلال جميع مراحل حياته، ومن بين الحقوق المقررة للجنين قانونا وشرعا نجد حقوقا مالية من بينها حقه في الميراث والوصية والهبة لفائدته، غير أن هذه الأخيرة تطرح خلافا بين أهل الفقه الإسلامي وحتى في القوانين الوضعية من حيث جوازها للجنين، إذ هنالك من رأى استحالتها في حين رأى البعض الآخر جوازها.

فالإشكال الأساسي المطروح هو ما حكم الهبة للجنين في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية؟، وهذا هو الإشكال الذي سوف يكون محورا لهذا البحث وسوف نحاول من خلاله استقراء موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية في هذا الشأن من خلال مبحثين يتناول أولهما الموقف الرافض للهبة التي تكون للجنين والرأي المخالف له.

المبحث الأول : الاتجاه القائل بعدم جواز الهبة للجنين.

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض³ ويعرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 202 فقرة 1 من قانون الأسرة كما يلي «الهبة تمليك بلا عوض»⁴ وجاء في القرآن الكريم قول الله عز وجل: (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ)⁵ وهي مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها، وتطلق الهبة ويراد بها التبرع والتفضيل على الغير سواء أكان بمال أم بغيره⁶، وقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب المادة 206 منه على أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وأن تتم الحيازة، والمقصود بذلك توفر إرادة الواهب وقبول الموهوب له لهذه الهبة وحيازته لها بصورة مباشرة وفعلية.

فبالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في الواهب والمستلمة من القواعد العامة لسائر العقود كالإرادة والأهلية، لا بد أن تتوفر في الموهوب له كذلك جملة من الشروط ومن أهمها أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة وقبوله للشيء الموهوب له، ومن هذا المنطلق ثارت إشكالية استحالة قبول الجنين للهبة بالنظر إلى وجوده حكما، فذهب أصحاب الاتجاه القائل بعدم جواز الهبة للجنين إلى الاستناد على عدم توفر شرطين أساسيين فيه وهو عدم وجوده الفعلي وكذا عدم توفر شرط القبول، وسوف نحاول التطرق إلى كلا الشرطين من خلال مطلبين منفصلين.

المطلب الأول : عدم تحقق شرط الوجود في الجنين.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة، فلا يكفي أن يكون موجودا حكما كالجنين في بطن أمه فالهبة للحمل المستكن باطلة، لأن الهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه، وهذا بخلاف الوصية والوقف فيتمان بإرادة منفردة ويصحان للحمل المستكن⁷.

ويرى الشيخ سيد سابق أن الموهوب له يشترط فيه أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة فإن لم يكن موجودا أصلا أو كان موجودا تقديرا بأن كان جنينا فإن الهبة لا تصح⁸.

كما يرون أن الهبة هي عقد تمليك ولا تتم إلا بالقبض في الحال، والجنين ليس أهلا للتملك ويستحيل عليه القبض، والمقصود بهذا أن عقد الهبة ناقل للملكية الشيء الموهوب إلى الجنين وأن هذا الأخير لا يمكنه قبض هذه الملكية كون أن وجوده هو حكمي أي أنه غير محقق الوجود مادام في بطن أمه مستترا.

إذا يتبين بأن الاتجاه القائل بعدم صحة الهبة للجنين يستند على عدم توفر شرط الوجود فيه، أي أن عدم وجود الجنين حقيقة هو في حد ذاته سبب يجعل الهبة له غير جائزة لاستحالة ذلك، ولكن عقد الهبة لا يكون نافذا للجنين إلا بعد ولادته حيا وهذا ما يعتبر شرطا واقفا لتنفيذه ويجعل من شرط الوجود قابلا للمناقشة والرد وحتى إلى إعادة النظر فيه.

المطلب الثاني : عدم تحقق شرط القبول.

قال بعض العلماء إن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة، فليست الهبة للحمل صحيحة لأنه غير موجود تحقيقا أي لا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه، بخلاف الوصية للحمل التي تعتبر صحيحة، ويرجع الفرق بينهما لكون الهبة تمليكا محضا في الحال لا يتم إلا بالقبض والحمل ليس أهلا للملك في الحال كأن يقبض بنفسه أو بواسطة وليه، بينما تعتبر الوصية تمليكا من جهة واستخلافا من جهة أخرى مما أدى لاعتبارها أختا للميراث أي لا يشترط لتمامها القبض 9.

ويقول المرحوم العلامة أحمد إبراهيم " إن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته، وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة، وإننا لو أجزنا قبول وليه بعد ولادته ما صدر من الهبات لمصلحته في فترة الحمل لجاء القبول متأخرا ولأخل بمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في الهبة 10.

ويرى الأستاذ خالد عبد الله عيد أن هذا الموقف لبعض الفقهاء المسلمين إنما يقوم على أساس النظر إلى أن " الولاية " أو " النيابة الشرعية " إنما تبدئ بولادة الشخص ولذا لا يوجد للجنين ولي أو نائب شرعي يملك حق القبول عنه لتنعقد الهبة بإيجاب وقبول 11.

يذهب أصحاب هذا الرأي أنه يشترط في الهبة لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته ويكون قبول الولي في هذه الحالة متأخرا وبالتالي مخالفا بتلاقي الإرادتين في مجلس العقد، ولكن هذه الحجج تبقى قابلة للمناقشة والتأويل، فقد رأى ابن حزم الظاهري مخالفا لرأي الجمهور أن القبض ليس شرطا في صحة الهبة للجنين، وأن من تلفظ بالهبة فقد عقد عقدا لزمه الوفاء به ولا محل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في هذا 12، ويبدو أن ابن حزم من خلال هذا يرى بأنه مادام عقد الهبة من عقود الإرادة المنفردة وأنه ملزم للواهب فلا يمكن للغير القول بطلانه إلا بوجود نص يقول بذلك، وأمام عدم وجود نص صريح بطلان عقد الهبة للجنين فإنه يبقى صحيحا وناظرا، هذا من جهة.

أما من جهة أخرى فإنه يمكن تلافي هذا العائق من خلال ولي الجنين والذي تكون له صلاحية قبولها، شأنه في ذلك شأن ولي القاصر، فهذا الأخير هو بدوره ليس أهلا لقبول الهبة ولكنها صحيحة وناظرة في حقه إذا قبلها وليه وهو ما يمكن القياس عليه بشأن الجنين.

المبحث الثاني : الاتجاه القائل بجواز الهبة للجنين.

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز الهبة للجنين وصحتها، وسوف نحاول تناوله من خلال مطلبين أولهما بالنسبة للفقهاء المسلمين وثانيهما بالنسبة للقوانين الوضعية.

المطلب الأول : الرأي الفقهي القائل بصحة الهبة للجنين.

يجيز الإمام مالك الهبة للجنين، فإن ولد حيا وعاش كان المال للموهوب له، وإن مات بعد ولادته حيا كان لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الوهاب 13.

ولقد خالف بن حزم الظاهري، جمهور الفقهاء وقال بجواز الهبة للجنين ولا يشترط القبض في صحة الهبة له وناقش هذه المسألة مناقشة علمية مستفيضة، وأورد كل تعليقات الجمهور في اشتراط القبض 14.

ويمكن القول بجواز الهبة للجنين وإن لم يكن أهلا للقبض عند إنشاء العقد من الوهاب، وذلك كبقية الحقوق المقررة له، فإنه لا يستحق ذلك إلا بخروجه حيا، وصلاحيته للملك، والهبة مثل نظائرها من الوقف والوصية لأنها قرينة أو من جنس القرب في الجملة والقرب يتوسع فيها فيما لا يتوسع في غيرها لأنها من أعمال الخير والبر، والهبة للجنين تصح إن كان فيها نفع ومصلحة له، وما جاء به جمهور الفقهاء من أدلة بخصوص شرط القبض أو الحيازة في الهبة وبالتالي عدم جوازها بالنسبة للجنين فهي أدلة قابلة للمناقشة والتأويلات كونه لم ينقل فيها نص صريح يمنع قبول الهبة إلا بالقبض 15.

المطلب الثاني : موقف بعض التشريعات من صحة الهبة للجنين.

لقد كان موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين واضحا وصريحا في جوازها وصحتها وهذا بموجب نص المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاءت صياغتها كالآتي « تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا » 16. ويرى بعض الباحثين أن المشرع الجزائري بموجب هذا النص وضع شرط ولادة الجنين حيا لصحة الهبة فإذا لم يولد حيا اعتبرت الهبة كأنها لم تكن، ولكنه في نفس الوقت لم يفصل في مسألة الولاية على الجنين ومن هو المخول بقبول هذه الهبة عنه، وإن كان البعض يرى أن أمه هي وليه الشرعي وهي من تقبلها عنه 17.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 237 من مدونة الأسرة على « يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه، تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتبثيتها » 18. وبالتالي يكون المشرع المغربي بنصه على جواز تعيين وصي على الحمل قد تلافى وتجنب إشكالية قبول الهبة، إذ سوف يقبلها عن الجنين وليه.

وبالرجوع إلى المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي نجد أنها قد اعتبرت الجنين في حكم القاصر، ونصت المادة 163 من نفس القانون على ما يلي « يتولى شؤون القاصر من يمثله ويدعى حسب الحال وليا أو وصيا (ويشمل الوصية المختار ووصيه القاضي) أو قيما »، ونصت المادة 195 من نفس القانون على أنه لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات إلا بإذن المحكمة، كما أن المادة 213 من هذا القانون أجازت للأبي أن يعين وصيا مختارا على الحمل المستكن وإذا لم يكن له وصي مختار أو جد صحيح عينته له المحكمة 19.

فباستقراء هذه المواد يتبين بأن المشرع الإماراتي وإن لم يفصل صراحة في مسألة الهبة للجنين إلا أنه فصل في مسألة الولاية عليه، كما اعتبره في حكم القاصر أي يسري عليه ما يسري على هذا الأخير ومنع قبول الهبة له إذا كانت محملة بالتزامات دون إذن المحكمة كما يتبين من نص المادة 195 المذكورة أعلاه، وبالتالي فإن الهبة غير محملة بالتزامات يجوز للولي قبولها مباشرة دون الرجوع إلى المحكمة، ومادام الجنين في حكم القاصر بموجب المادة 160 السالفة الذكر فإن الهبة له جائزة وصحيحة.

وينص القانون الفرنسي على جواز الهبة للجنين بشرط قابليته للحياة وذلك بموجب المادة 906 من القانون المدني الفرنسي 20، أما القانون اللبناني فقد نص صراحة في المادة 518 على أن الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم، ويتضح من هذا أن القانون يجيز الهبة للأجنة 21.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد نصت المادة 28 من قانون الولاية على المال على جواز لأن يقيم الأب وصيا مختارا على الجنين، ولهذا اختلف فقهاء القانون حول هذه المادة فأجاز بعضهم الهبة لوجود من يقبل عن الجنين وهو الوصي وذهب البعض الآخر إلى أن المادة وإن نصت على جواز تعيين الوصي لكنها لم تحدد صلاحياته، فيرجع في حالة سكوت القانون إلى مصدره أو ما أحال إليه فيتعين الرجوع إلى المذهب الحنفي الذي لا يجيز الهبة للجنين 22.

خاتمة :

يتبين جليا من خلال ما سبق التطرق إليه إلى أن الهبة للجنين تثير إشكالية تستحق المزيد من البحث والدراسة والتحليل، لا سيما بالنسبة للباحثين والدارسين في الفقه الإسلامي، فجمهور الفقهاء قد قالوا بعدم جواز الهبة للجنين واستندوا في ذلك على نقطتين أساسيتين تتمثل أولهما في عدم وجود الجنين حقيقة، أي أن وجوده حكمي وغير محقق وتتمثل ثانيتهما في عدم إمكانية قبول الهبة للجنين بوصف القبول شرط أساسي لصحتها وكذا في عدم وجود الولي الذي يقبلها عنه على أساس أن الولاية تبدأ بولادة الشخص، ولكن الإمام مالك وكذا بن حزم الظاهري قد خالفوا الجمهور في هذا ورأوا أن الهبة صحيحة للجنين بشرط ولادته حيا فإن عاش كانت الهبة ملكا له وإن ولد ميتا فإن هذه الهبة تعتبر وكأن لم تكن وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري صراحة وذهب إليه كذلك القانون اللبناني.

أما بالنسبة للمشرعين المغربي والإماراتي وإن لم ينصا صراحة على صحة الهبة للجنين، إلا أنه يستشف من خلال النصوص التي تناولت مسألة الولاية على الجنين وكذا قول المشرع الإماراتي بأن الجنين في حكم القاصر وأن هذا الأخير لا يجوز لولي قبول الهبة له إذا كانت محملة بالتزامات، يمكن الاستنتاج من خلاله أنهما قد أجازا الهبة للجنين.

وما يمكن الخروج به من خلال هذا البحث هو أنه مادامت الهبة من العقود الجالبة للمنفعة، ومادام الجنين أهلا للإرث وللوصية ومادام أنه لا مانع من تعيين ولي له أو وصي، ومادام العلم الحديث قادرا على تأكيد وجود الجنين بل وحتى تحديد جنسه والتعرف إليه، فإنه من الأحرى بالمشرعين في الدول الإسلامية الفصل في هذه المسألة بنصوص صريحة والقول بجواز الهبة للجنين وبأن من يقبلها عنه وليه بشرط أن تأذن بها المحكمة إذا كانت محملة بالتزامات كما ذهب إليه المشرع الإماراتي في هذا الشأن .

الهوامش :

- (1) : سورة الروم، الآية 54.
- (2) : علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون - دراسة مقارنة-، المكتب الجامعي الحديث، مصر 2009، ص 15 .
- (3) : عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3 2000، ص3.
- (4) : قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المعدل والمتمم.
- (5) : سورة آل عمران، الآية 38.
- (6) : سيد سابق، فقه السنة، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 2006، ص984.
- (7) : عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص102.
- (8) : سيد سابق، المرجع السابق، ص985.
- (9) : علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص159.
- (10) : مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 134.
- (11) : المرجع نفسه، ص134.
- (12) : عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2001، ص88.
- (13) : عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص102.
- (14) : سعيد بن منصور موفعة، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستتساخ البشري من الناحية الطبية والشرعية والقانونية، ج1 دار الإيمان للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 689.
- (15) : المرجع نفسه، ص 690.
- (16) : قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
- (17) : مصطفى لعروم، " عقد الهبة "، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، عدد 8، 2005.
- (18) : مدونة الأسرة المغربية، الصادرة بموجب ظهير شريف رقم 22 - 04 - 1، صادر في 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة.
- (19) : قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005.
- (20) : Article 906:
- Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 «Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.
- Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.
- Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable».
- (21) : علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص159.
- (22) : المرجع نفسه، ص159.

المخالفات الجمركية في إطار الشركات التجارية



الأستاذة فاطمة أيت الغازي إطار بالوكالة القضائية للمملكة ، وزارة الاقتصاد والمالية
طالبة باحثة في صف الدكتوراه بالسنة الثالثة في وحدة ” التشريع مناهجه وقضاياها ”
بجامعة محمد الخامس السويسي ، كلية الحقوق بسلا.

مقدمة :

يعرف البعض الجرائم الاقتصادية بأنها كل عمل أو امتناع يقع بالمخالفة للقواعد المقررة لتنظيم أو لحماية السياسة الاقتصادية للدولة، فهي جرائم الاستفادة بغير حق على حساب الاقتصاد العام، وهي جرائم الإخلال بتنفيذ الالتزامات الاقتصادية وجرائم التأثير على الثقة المالية العامة¹.

ونظرا إلى خطورة الجريمة الاقتصادية فإن جل التشريعات على اختلاف أنظمتها دأبت إلى تشديد العقوبة في الجرائم الاقتصادية، ومظهر ذلك أن القليل من هذه الجرائم يدخل في إطار المخالفات، بينما الكثير منها يدخل في إطار الجنح ويرتفع الحد الأقصى لعقوبة الحبس عن الحد المقرر في القانون العام، وتصل الغرامة إلى حد لا نظير له في الجرائم العادية، وقد تبنت هذه العقوبات جل التشريعات الحديثة منها المغرب وفرنسا، وكذلك بعض الدول العربية سيما مصر وسوريا والمملكة العربية السعودية والكويت وذلك من الناحيتين النظرية والتطبيقية، ونظرا لتعدد الجرائم

¹ ذ. غسان رباح: قانون العقوبات الاقتصادي، دراسة مقارنة حول جرائم رجال الأعمال والمؤسسات التجارية، المخالفات المصرفية والضريبية والجمركية وجميع جرائم التجار، طبعة جديدة، السنة 2004 الصفحة 15.

الاقتصادية، ارتأينا أن نبحت في موضوعنا هذا موضوع المخالفات الجمركية في إطار الشركات التجارية. نظرا لأهميته سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وما تتكبدته الدولة خاصة إدارة الجمارك من خسائر على المستوى المالي، خاصة لما تعرفه هذه المخالفات من سرعة يوما بعد يوم من حيث تطورها وتفاقمها، ومهما يكن النظام السياسي والاقتصادي الذي تتبعه أية دولة فإن السياسة الجمركية تبقى قاصرة على ضبط كل المخالفات الجمركية لأنها ظاهرة منظمة ولها جذور قديمة في التاريخ، بحيث عرفت ظاهرة الرقابة الجمركية منذ نشأة المجتمعات المنظمة سواء على مستوى ضبط المخالفات الجمركية أو على مستوى أفراد عقاب خاص بها¹ ولقد وضع المشرع المغربي ترساة قانونية مهمة لبسط نفوذه على هذا النوع من المخالفات، ويتمثل ذلك في مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة بحيث خصص المشرع الجزء التاسع للمنازعات الجمركية وقسم هذا الجزء إلى ثلاثة أبواب ويتعلق الباب الأول بالمقتضيات العامة بينما يتعلق الباب الثاني بمسطرة المنازعات وأخيرا الباب الثالث المتعلق بالمقتضيات الجزئية، وللإحاطة أكثر بالموضوع حاولنا أن نتناوله بتفصيل من خلال تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول : طبيعة وأركان المخالفات الجمركية

الفصل الثاني : تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية ووسائل إثباتها.

¹ عرفت الرسوم الجمركية لأول مرة أيام اليونان في عهد "سرفيوس توليوس" وقد ألغيت مواعيد فرضها مرات عديدة إلى أن تم تطبيقها نهائيا في أنحاء الإمبراطورية الرومانية أيام يوليوس قيصر، كما بقي التشريع الرومان سائدا في فرنسا بين المقاطعات إلى أن تم وضع تعريفة واحدة في جميع أنحاء فرنسا على يد "كولبير".

الفصل الأول : طبيعة وأركان المخالفات الجمركية :

إن الاختصاص المقرر دستوريا للسلطة التشريعية يكمن في إنشاء الجرائم وتحديد طبيعتها، وتقرير العقوبات الخاصة بها، مما يترتب عنه الاعتماد على القانون الصادر عن السلطة التشريعية لتفريد أي تجريم أو عقاب بناء على القاعدة القانونية الجنائية، وذلك تحت مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق"¹. والمخالفات الجمركية من الجرائم الماسة بالأموال وموارد الدولة، بحيث تؤدي إلى المساس بمركز العملة المتداولة وبالثقة فيها، ويبقى المعيار الصحيح لتحديد الصفة الاقتصادية للقاعدة الجنائية بشكل عام هو طبيعة المصلحة التي تحميها هذه القاعدة، والحالة التي يحميها المشرع في هذه الحالة هي المصلحة الاقتصادية العامة، أي تلك المتعلقة بالسياسة الاقتصادية للدولة، وبهذا سوف نعمل على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين بحيث نتناول في المبحث الأول طبيعة وأركان المخالفات الجمركية بينما نتناول في المبحث الثاني أركان الجريمة الجمركية.

المبحث الأول : طبيعة المخالفات الجمركية :

تتنوع العلة التي يهدف المشرع إلى تحقيقها من جراء تجريم التهريب الجمركي باختلاف المصلحة التي يهدف المشرع الوصول إلى بلوغها.

وتبقى جريمة عدم أداء الرسوم الجمركية أو التهريب الضريبي من الجرائم التي تهدف الدولة إلى القضاء عليها من خلال التشريع الداخلي أو على مستوى الاتفاقيات الدولية وتبقى مصلحة الدولة هي فرض الضريبة الجمركية عن طريق الحصول على موارد مالية تستعين بها على مواجهة أعبائها، وفي هذه الحالة تكون الغاية الأصلية مالية بحثة، وتكون علة تجريم التهريب الجمركي هو عدم المساس بمصلحة الدولة في تحصيل الرسوم الجمركية، ولتحديد مفهوم المخالفات الجمركية أكثر من حيث طبيعته والأشخاص المسؤولين جنائيا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه مفهوم المخالفات الجمركية بينما الثاني خصصناه للأشخاص المسؤولين جنائيا.

¹ د. سامي النصراوي، النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي في المسؤولية الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1991، ص 45.

المطلب الأول : مفهوم المخالفات الجمركية :

لقد عرف المشرع المغربي المخالفة الجمركية في الفصل 204 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المتمم بآخر التعديلات المدخلة بقانون المالية لسنة 12005. حيث نص على أنها "الجنحة أو المخالفة الجمركية عمل أو امتناع مخالف للقوانين والأنظمة الجمركية ومعاقب عليها بمقتضى هذه النصوص".

إذن من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع أعطى مشروعية قانونية في إطار تجريم هذا النوع من المخالفات، ووضع نصا خاصا في إطار مدونة الجمارك التي وضعت عقوبات زجرية تتمثل في العقوبات الحبسية والتدابير الاحتياطية وكذلك مصادرة البضائع المرتكب الغش بشأنها والبضائع المستعملة لإخفاء الغش ووسائل النقل وكذلك فرض غرامات جبائية، كما نص الفصل 206 من مدونة الجمارك على أن المخالفة الجمركية هي "كل محاولة لخرق القوانين والأنظمة الجمركية، فهي تعتبر بمثابة الخرق التام لهذه القوانين والأنظمة الجمركية ويعاقب عنها بهذه الصفة ولو كانت الأفعال تتصف بها بداية التنفيذ قد ارتكبت خارج التراب الخاضع".

وتبقى طبيعة المخالفة الجمركية من كونها جريمة إيجابية، حيث يقوم مرتكبها بنشاط معين، كما لو قام بإدخال بضائع معينة إلى البلاد أو إخراجها منه أو استرجع الضرائب الجمركية التي سبق أن دفعها من قبل، بما في ذلك إخفاؤه للبضاعة عن أعوان إدارة الجمارك أو إدلائه بمستندات مزورة أو وضعه علامات غير صحيحة على البضاعة بهدف التضليل، كما أن جريمة التهريب وقتية وليست مستمرة، وهي بالإضافة إلى ذلك جريمة عمدية².

وتطرح إشكالية مفهوم المخالفات الجمركية في ارتباطها القوي مع الغش الضريبي حيث بصدر قانون تجريم الغش الضريبي في التهريب يوم فاتح يوليوز 1996 يصبح الغش المرتكب في مجال الضريبة على الشركات والضريبة العامة على الدخل والضريبة على القيمة المضافة موضوع جزاء مزدوج جبائي وجنائي³.

وهناك أيضا ارتباط بين المخالفات الجمركية والتهريب الضريبي من حيث التحايل إلا أن التهريب الضريبي يتم بواسطة تحايل شرعي أحيانا تحايل شرعي من طرف المكلف على القانون الجبائي الذي يعتمد إلى اتباع إجراءات

¹ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 25 شوال 1397 (2 أكتوبر 1997) يصادق بموجبه على مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة الراجعة لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة- الجريدة الرسمية عدد 3389 مكرر بتاريخ 13 أكتوبر 1977.

² د.محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية، مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة 1988، ص33.

³ د.محمد أبو الحسن، أحمد البوعزاوي، يحيى الصافي، رجاء الرمال، عبد الله البكري، الغش الضريبي، المطبعة الهلال العربية 1996 ص17.

شرعية للتخفيف من عبئه الضريبي، أو إسقاطه تماما بينما نجد المخالفات الجمركية هو تحايل غير شرعي ويكون معتمدا ومنظما ويتبع إجراءات غير شرعية تضفي عليه صفة الجرم المعاقب عليه طبقا للقواعد والأنظمة الجمركية.

وتتميز المخالفات الجمركية، بكونها الحالة التي تتدخل فيها إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، في ما يمكن أن ينشب بينها وبين الملزمين، أفراد ذاتيين أو شركات تجارية سواء كانت شركات مثل شركة الأموال خاصة شركة المساهمة التي تعرف طابع العالمية أحيانا عن طريق تنقل أعمالها بين الدول سواء عبر الطرق البرية أو البحرية أو الجوية... وكذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم، ويمكن أيضا أن ترتكب هذه الأفعال من طرف شركات الأشخاص، وأخيرا يمكن أن ترتكب من طرف أي شخص معنوي كيفما كان، وتبدأ هذه المخالفات الجمركية من بداية المخالفة أو أثناء مسارها أو في نهايتها بسبب قيامهم بأعمال مخالفة للقوانين والتنظيمات الجمركية أو امتناعهم عن القيام ببعض الأعمال المنصوص عليها في مدونة الجمارك، أو في النصوص القانونية الغير الجمركية، وعندما نقول القوانين والتنظيمات الغير الجمركية، فإننا نعني بذلك مختلف التدخلات، التي يخولها القانون لهذه الإدارة بصفة استثنائية، وبواسطة نصوص غير واردة في مدونة الجمارك حيث يدخل في ذلك المخالفات المتعلقة بالصرف التي يقوم بضبطها أعوان إدارة الجمارك في التحصيل الإلزامي للرسوم والمكوس¹.

وبعد أن ألقينا نظرة على تطور مفهوم المخالفات الجمركية وتعريفها وتمييزها عن باقي الجرائم المشابهة لها ننتقل الآن إلى تحديد الأشخاص المسؤولين جنائيا في إطار المخالفات الجمركية.

المطلب الثاني : الأشخاص المسؤولون جنائيا :

يظهر أن شروط المسؤولية الجنائية لم توضع بصفة صريحة وإنما تولاهما المشرع وتعرض لها في أماكن مختلفة نظرا لاختلاف حالات المسؤولية الجنائية، ولأن المشرع المغربي لم يجعل كل الأشخاص مسؤولين على قدم المساواة وإنما تتفاوت مسؤولياتهم حسب إمكانية نسبة الأفعال المجرمة إليهم أي حسب قوتهم العقلية وقدرتهم حسب إمكانية نسبة الأفعال المجرمة إليهم أي حسب قوتهم العقلية وقدرتهم على التمييز وهذا هو ما يعبر عنه الفصل 132 من

¹ ذ.إ.محمد بريدة غزويول، مدونة وتنظيمات الجمارك والضرائب غير المباشرة، وفق آخر تعديل شرح وتعليق، سلسلة المعارف التجارية، العدد 4، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2000 ص 189 و 188.

القانون الجنائي المغربي حينما قال "كل شخص سليم العقل قادر على التمييز، يكون مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها..."¹.

وبرجوعنا إلى مدونة الجمارك نجد الفصل 221 الذي عدل وتمم بالقانون رقم (02.99) فإنه عاقب جميع الشركاء والمتواطئين في ارتكاب الجنحة أو المخالفة الجمركية تطبق عليهم وفق شروط الحق العام نفس العقوبات المطبقة على المرتكبين الرئيسيين للجنحة أو المخالفة الجمركية، كما يمكن أن تطبق عليهم التدابير الاحتياطية المنصوص عليها في الفصل 220، ويعتبر المتواطئون في ارتكاب الجنحة أو المخالفة الجمركية الأشخاص الذين قاموا على علم بما يلي "حسب المادة 221".

أولا: حرضوا مباشرة على ارتكاب الغش أو سهلوا ارتكابه بأية وسيلة من الوسائل.

ثانيا: إشتروا أو حازوا ولو خارج الدائرة بضائع ارتكب الغش بشأنها.

ثالثا: ستروا تصرفات مرتكبي الغش أو حاولوا جعلهم في مأمن من العقاب.

ويعتبر شخصا ذاتيا أو معنويا له مصلحة في الغش:

أ- الذين قاموا على علم بتمويل عملية الغش.

ب- مالكو البضائع المرتكب الغش بشأنها.

إذا ارتكبت هذه الأفعال من طرف أشخاص مسؤولين جنائيا حسب القانون الجنائي المغربي إذ لا تثبت المسؤولية الجنائية إلا في حق من توفرت لديه الأهلية الجنائية التي أقرها المشرع المغربي في سن 18 سنة والتي وحدها تسمح بتطبيق العقوبات والتدابير الوقائية (الفصلان 13 و 140 من ق.ج.2).

وأفردت المادة 222 من مدونة الجمارك المسؤولين جنائيا وعددتهم وهم:

¹ ذ. عبد السلام بنحدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، المقدمة والنظرية العامة، الجريمة، المجرم، العقوبة والتدبير الوقائي، الطبعة الخامسة 2004، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص 262.

² ذ. العلمي المشيشي، مختصر القانون الجنائي العام (باللغة الفرنسية)، ص 329.

أ- موقعو التصريحات فيما يخص الإغفالات والبيانات غير الصحيحة والجنح أو المخالفات الجمركية الأخرى الملاحظة في تصريحاتهم.

ب- المؤتمنون عن عمل مستخدميهما فيما يخص العمليات الجمركية المنجزة بتعليمات منهم.

ج- المتعهدون في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الموقعة من طرفهم.

غير أنه لا تطبق عقوبة الحبس المنصوص عليها في هذه المدونة على موقعي التصريحات والمؤتمنين إلا في حالة ارتكاب خطأ شخصي ومتعمد كما أنها لا تطبق على العشرين عندما يتبين بأنهم اقتصرُوا على نقل المعلومات التي حصلوا عليها من طرف موكلهم وبأن ليس لهم أي سبب معقول من شأنه التشكك في صدق وصحة المعلومات¹.

إذن هؤلاء هم الأشخاص المسؤولون جنائياً حسب المادة 222 من مدونة الجمارك بحيث يشترط أن تكون هذه الأفعال ناشئة عن تصرفهم سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء أو متواطئين وإذا لم يكونوا كذلك، فإنهم لا يسألوا عن الجريمة المرتكبة من طرفهم، لأن العقوبات تبقى دائماً شخصية، ويعاقب عليها المتهم عندما يكون جنائياً، ولا تطل غيره، وتتحقق المسؤولية مجرد حدوث الفعل أو الامتناع من الجاني دون أن يستلزم ذلك نتيجة معينة، كما هو الشأن في المخالفات بصفة عامة، وكذلك بعض الجنح كحيازة مواد مخدرة أو بضائع مهربة متى توافر العلم بها².

وتفترض المسؤولية الجنائية حسب المادة 223 من مدونة الجمارك في الأشخاص الآتي اسمهم:

أ- الأشخاص الموجودة في حوزتهم البضائع المرتكب الغش بشأنها وناقلوها.

ب- ربابنة البواخر والسفن والمراكب وقواد الطائرات فيما يخص الإغفالات والمعلومات التي غير الصحيحة الملاحظة في بياناتهم وبصفة عامة فيما يخص الجنح أو المخالفات الجمركية المرتكبة على ظهر بواخرهم وسفنهم ومراكبهم وطائراتهم:

¹ المادة 222 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

² د. محمد الزلاحي، جريمة التهريب الجمركي أدلتها وملاءمة جزاءاتها، مقال منشور بمجلة المناظرة تصدرها هيئة المحامين بوجدة، العدد الرابع، يونيو 1999، 142-143.

إذن من خلال هؤلاء الأشخاص الذين افترض فيهم المشرع المسؤولية الجنائية نلاحظ انه خرج عن القاعدة العامة التي تعتبر أن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا في حدود ما يصدر عنه شخصياً من أفعال أو نتائج معاقب عليها طبقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق، وبالتالي قرر مسؤولية الأشخاص السالف ذكرهم نظراً لكون هذا النوع من هذه الجرائم الاقتصادية يمس بمصلحة المجتمع بشكل خطير وهكذا يسأل ربان البواخر والسفن والمراكب وقواد الطائرات جنائياً عن الإغفالات والمعلومات غير الصحيحة التي ترد في بيانات وبصفة عامة عن الجنح أو المخالفات الجمركية التي تتم على ظهر بواخرهم وسفنهم ومراكبهم وطائراتهم¹.

وجاءت الفقرة الثانية من الفصل 223 لترفع المسؤولية عن بعض الأشخاص وهم:

أ- الناقلون الذين يبرهنون على أنهم أدوا بصفة قانونية واجباتهم المهنية بإثباتهم أن البضائع المرتكب الغش بشأنها قد أخفاها الغير في أماكن لا تجرى عليها عادة مراقبتهم، أو أنها أرسلت بحكم إرسالية يظهر أنها مشروعة وقانونية وعندما يمكنون الإدارة من متابعة مرتكبي الغش الرئيسيين وعلى الخصوص عن طريق الكشف عن هوية المرسل أو المرسل إليه البضائع التي قاموا بنقلها.

ب- ربان البخرة أو قائد الطائرة إذا قام البيئة على أنه قام بجميع واجباتها في الحراسة، وإذا تم العثور على مرتكب هذه الجنح أو المخالفات الجمركية أو إذا أثبت أن أعطاباً هامة استلزمت تغيير طريق البخرة إن الطائرة بشرط أن تكون هذه الحوادث قد سجلت بيوميات البخرة أو الطائرة قبل معاينة مصلحة الجمارك.

ج- ربان البخرة، إذا تبين بأنه نقل بأمانة جميع البيانات المصرح بها من طرف الشاحن وبأن ليس له أي سبب معقول من شأنه التشكك في صدق وصحة المعلومات الواردة في سند الشحن في الميناء الذي تم به شحن البضائع.

وإذا أثبتوا هؤلاء الأشخاص أنهم قاموا بواجبهم المهني فإنهم يستفيدون من لاستثناء الذي وردته المدونة في الفصل 223، ومسؤولية الربان فيما يخص الخطأ في بيانه، يؤدي إلى اعتبار البضاعة التي أدخلت إلى التراب الوطني بهذه الطريقة بمثابة مخالفة إيداع البيان وتسجيل البضاعة في البيان يقوم به الربان شخصياً

¹ ذ.إ.محمد برادة غزويول، مرجع سابق، ص219.

أو من طرف من عهد إليه بذلك من طرفه وبشكل مستقل عن التصريح المفصل الذي يقوم به المرسل، ومن هنا فإن شكيلاته تختلف عن التصريح المفصل، ولا يمكن للغير أن يتعرض على ما تقوم به إدارة الجمارك من حجز البضائع الغير واردة في بيان الربان والتي حجزتها إدارة الجمارك كضمانة لما يمكن أن يحكم به لفائدتهما ضد الربان الذي ارتكب هذه المخالفة.

وفي حالة ارتكاب جنحة أو مخالفة جمركية من طرف المتصرفين أو المسيرين أو المديرين لشخص معنوي أو من طرف أحدهم العامل باسم ولحساب الشخص المعنوي يمكن بصرف النظر عن المتابعات المجراة ضدهم أن يتابع الشخص المعنوي نفسه وأن تفرض عليه العقوبات المالية، وعند الاقتضاء التدابير الاحتياطية المنصوص عليها في الفقرة 3-4 من الفصل 220 أعلاه.

أما بالنسبة للجرائم الجمركية المرتكبة من طرف القاصرين والمجانين، فإذا ما نظرنا إلى محاولة إصلاح الحدث الجانح وإلى تخصيصه بإجراءات حقيقية من شأنها إعادة تأهيله الاجتماعي، خاصة وأن جنوح الأحداث أصبح مشكلة الساعة مما أدى إلى تدخل دوائر العدالة والقضاء لإعادة تربية وتأهيل الحدث.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي العام في فصله 138 يقسم مسؤولية الحدث إلى مرحلتين أولهما عدم تجاوز الحد 12 سنة¹ إذ يعتبر غير مسؤولا جنائيا لعدم تمييزه².

وهذا ما أكده الفصل 228 حيث أنه لا تطبق القوانين والأنظمة الجمركية المتواطئ عليه أو الشخص المتفع به لا يعاقب إلا بالمصادرات والغرامات المنصوص عليها في المدونة إذا كان وقت ارتكاب الأفعال إما في حالة جنون وإما قاصرا تقل سنه عن 18 سنة.

أما بخصوص الأشخاص المسؤولون مدنيا فقد أشار إليهم الفصل 229 وأحال بدوره الفصل إلى القواعد العامة خاصة الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود وكذلك مالكو البضائع عن فعل مستخدميهم ومالكوا وسائل النقل عن فعل مستخدميهم، إلا إذا أثبتت المسؤولية الشخصية للمستخدم المكلف بالسياسة، وتستمد المسؤولية المدنية بالنسبة لمدونة الجمارك فيما يخص الرسوم والمكوس والمصادرات والغرامات والمصاريف في حالة مسؤولية

¹ المستشار معوض عبد التواب، المرجع في شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1995 - ص 104 وما بعدها.

² راجع في هذا الصدد الفصل 138 من القانون الجنائي المغربي.

الغير طبقا للقواعد العامة التي نجد الفصل 88 من ق.ل.ع ينص على أن "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر وذلك ما لم يثبت:

1- أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر.

2- أن الضرر يرجع إما لحادث فجائي، أو لقوة قاهرة، أو لخطأ المتضرر

"كما تعتبر في هذا الصدد أيضا إدارة الجمارك مسؤولة عن الأفعال التي يقوم بها الأعوان العاملون معها أثناء قيامهم بعملهم أو بسبب قيامهم بعملهم فقط، وهذا ما أكدته الفصل 232 من مدونة الجمارك في إطار مسؤولية الإدارة في حالة الحجز أو الحفظ.

وهكذا تعتبر هذه الإدارة مسؤولة عن أعمال الحجز والحفظ الغير المرتكزة على أساس الفصل 232 من مدونة الجمارك، حيث يكون لمن حجزت بضاعته الحق في تعويض يقدر على أساس 1%، وتعتبر إدارة الجمارك مسؤولة عن تفتيش أماكن السكن، إذا لم يكن هناك سبب للحجز¹ ولا تسأل إدارة الجمارك عن التأخير، الذي يحصل في عملية التعشير للبضائع، إذا رفضت قبول تصريح جمركي لم يكن مرفقا بالوثائق الضرورية² وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن الإدارة تعتبر مسؤولة عن خطأ مرفقي، بسبب تركها محل عمومي مفتوح في وجه الجمهور، ملفات تم إيداعها لديها من طرف منعشين اقتصاديين ضاعت هناك³.

بل حتى القضاء اعتبر خضوع شخص لرسوم الاستيراد خطأ مع أنه معفى منها بشكل خطأ مصلحيا من شأنه تحميل الإدارة المسؤولية.

أما بخصوص الكفلاء فقد نص الفصل 230 من مدونة الجمارك على أن الكفلاء ملزمون بقدر ما يلزم الملتزمون الرئيسيون بأداء الرسوم والمكوس والعقوبات المالية وغيرها من المبالغ الواجبة على الملتزمين الذين كفلوهم.

غير أنه فيما يتعلق بالأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمارك، فإن الكفالات الممنوحة من طرف الأبنك أو شركات التأمين يمكن أن تشمل كلا أو جزءا من الرسوم والمكوس الموقوفة وذلك في حدود المبالغ المكفولة طبقا للشروط المحددة

¹ JURIS DATA, doc n° 3226, CASS.CRIM , 29/11/1998

² Cass, crim, 12/2/1968, pour voir c. paris 8°, ch, 7/7/1964, j.c p68 éd c, 11 84176.

³ Doc, cont n° 1661, cons d'état, 22/7/1979.

بقرار للوزير المكلف بالمالية وتبقى على عاتق الملزم الرئيسي فوائد التأخير ومجموع المبالغ المستحقة الأخرى وكذا العقوبات المالية المحتملة، ويخول التضامن في الميدان الجمركي لإدارة الجمارك الحق في الرجوع على أي منهم تتم إدانته من أجل نفس الفعل بمجموع المبالغ المحكوم بها لفائدة الإدارة، وإذا كان القانون المدني يعتبر أنه لا يمكن أن تكون الشركة التجارية مسؤولة عن ممثلها القانوني الذي ارتكب مخالفة مالية فإن ذلك لا يمنع من اعتبارها متضامنة في مواجهة إدارة الجمارك عن أداء الغرامات والمصادرات.

المبحث الثاني : أركان الجريمة الجمركية :

إن المعرفة الدقيقة لمفهوم المخالفات الجمركية تتطلب الإلمام بالعناصر المكونة لهذه الجريمة، وهي بصفة عامة تتكون من العناصر أو الأركان التقليدية لأي جريمة وهي توافر الركن القانوني بوجود نص قانوني يوجب عملاً

أو يمنعه ويقرر له عقوبات خاصة به، وتستمد المخالفة شرعيتها في التجريم من خلال النص الخاص في إطار مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة وهو الفصل 204 من المدونة الذي ينص على أنه "الجنحة أو المخالفة الجمركية عمل أو امتناع مخالف للقوانين والأنظمة الجمركية ومعاقب عليه بمقتضى هذه النصوص" إذن هنا يظهر مبدأ شرعية النص الجمركي في تحريم هذه الأفعال المخالفة للأنظمة الجمركية، ويبقى الركن المادي والمعنوي الذي خصصنا له كل مطلب على حدة.

المطلب الأول: الركن المادي :

إن القانون لا يعاقب النوايا مجردة من مظهرها الخارجي¹، وهذا السلوك الجرمي يعد أمراً هاماً في الجرائم الجمركية، وهو أي السلوك قد يكون عبارة عن فعل إيجابي أو سلبي، الإقدام على عمل أو الامتناع عنه، فالتهريب أو تقديم بيان كاذب أفعال إيجابية، وعدم تقديم فاتورة أو تقديم بيان، أفعال سلبية معاقب عليها في القانون².

ففي مجال الاستيراد يتم الفعل المادي بإدخال البضائع للبلاد عبر حدودها المعترف بها دولياً، براً بحراً وجواً، مهما كانت الوسيلة المستعملة فتمام هذا الأمر، وهذا الإدخال عبر الحدود يكون غير قانوني، ويكون قانونياً إذا تم أداء

¹ ذ.جورج قديفة: القضايا الجمركية، الجزء الأول، بيروت، 1971 ص 61.

² ذ.غسان رباح، مرجع سابق ص 213.

الرسوم الواجبة أدائه وسمحت به إدارة الجمارك بينما يحصل التصدير بوجهة معاكسة حيث تخرج البضائع أو المصدرات إلى خارج البلاد عبر حدودها الدولية، أو ما يسمى في مدونة الجمارك خروج البضائع من التراب الخاضع ونقصد هنا بالبضائع المنتجات والأشياء والحيوانات والمواد من جميع الأنواع والأصناف سواء كانت هذه المنتجات أو الأشياء أو المواد محظورة أو غير محظورة، بما فيها المخدرات والمواد المخدرة سواء كانت أو لم تكن محل تجارة مشروعة¹.

ومن المفروض في التصدير، عملاً بمقتضيات الفصل 27 من مدونة الجمارك أن يتم عبر مكاتب ومراكز الجمارك. وإلا عبر التصرف تهريباً ومعاقب عليه بمقتضى القوانين والأنظمة الجمركية أما التهريب من إجراء المعاملات الجمركية وهو عدم تقديم البضائع لمكتب الجمارك مباشرة أو استيراد بضائع عبر البحر دون تفتيشها وأدائها للرسوم الجمركية أو إفراغ بضائع بالمنطقة الحرة دون وضع بيان لها، أو نقل بضائع ممنوعة وإدخالها للتراب الوطني دون بيان المنشأ أي المكان الذي أتت منه البضاعة.

ويبقى للإدارة حق معاينة البضائع ووسائل النقل وتفتيش الأشخاص وذلك ما نصت عليه الفصول من 38 إلى 40 من مدونة الجمارك، ويدخل في التفتيش الصعود مثلاً إلى البواخر الموجودة بداخل المنطقة البحرية لدائرة الجمارك وأن يطلبوا الوثائق التي تشهد بحمولتها ويمكن لأعوان إدارة الجمارك أن يطاردوا البواخر حتى في عرض البحر وأن يستعملوا جميع الوسائل الملائمة لإيقاف البواخر التي تصل إلى المنطقة البحرية لدائرة الجمارك ولم تمثل لإنذاراتهم ولم تنفذ أوامرهم. كما يمكن للإدارة الجمركية أن تفحص جميع الوثائق لدى الشركات المنصوص عليه في الفصل 42 (أ) و(ت).

وإذا كان القانون لا يشترط في الفعل أو الترك، أن يخلف أثراً أو ينتج ضرراً حتى يتحقق الركن المادي للجريمة، فإن المحاولة أو الشروع في الفعل المادي للجريمة يعاقب عليه، وبذلك فالقانون الجنائي لا يعاقب الفاعل إلا إذا بدأ في تنفيذ أعماله، وهذا ما نص عليه القانون الجنائي². وهذا ما جاء في القانون الجديد لمدونة الجمارك، الذي ينص في الفصل 204 على أن الجنحة الجمركية هي كل فعل والفعل إما أن يكون إيجابي أي التهريب فيما يخص البضائع

¹ الفصل الأول من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة وفق آخر التعديلات المدخلة بقانون المالية لسنة 2005.

² انظر الفصول من 114 إلى 117 المتعلق بالمحاولة في القانون الجنائي المغربي.

واستعمال وسائل تدليسه لمغالطة رجال وأعوان الجمارك، أو الامتناع عن فعل كعدم أداء الرسوم والمكوس الجمركية وعدم الإدلاء بالوثائق الواجب التصريح بها لإدارة الجمارك.

أما المكان الذي تقع فيه المخالفة الجمركية، فالبعض يعتبر أن الأصل في التهريب الجمركي، أن يقع على حدود الدولة الجمركية، فإذا اجتازت السلعة هذه الحدود فإنها لا تصلح أن تكون محلاً لتهريب جمركي وإن صلت لأن تكون محلاً لجريمة الإخفاء¹. لكن الأخذ بهذا المذهب يقتضي وضع المئات من المراكز الجمركية للمراقبة مع المراقبين وملايين الدراهم كنفقات لتلك المراكز الجمركية وموظفيها. أما بالنسبة لموضوع الجريمة فإنه يشمل البضائع المهربة وملحقاتها وهو ما تم التطرق إليه في تعريف البضائع، وعليه فالرقابة الجمركية تطبق على جميع هذه الأشياء التي يمكن مصادرتها وملاحقة كل مخالفة للأحكام الجمركية المفروضة عليها². أما في الاجتهاد الفرنسي، فإن البضائع بحسب المفهوم الجمركي تشمل السلع والأشياء والحلجات مهما كان نوعها، جماداً كان أو حيواناً معدة للتجارة أو غير معدة لها. بما فيها ذلك التيار الكهربائي³ والأوراق النقدية والعملة الوطنية أو الأجنبية بما فيها المزورة وكذلك السندات المالية وما شابهها، وسواء أكانت البضائع ذات قيمة أو من دون قيمة وبصرف النظر عن مقدارها.

المطلب الثاني : الركن المعنوي :

يعتبر الركن المعنوي العنصر الثاني للمخالفة والجنحة، فلا يكفي لكي يوجد الفعل المخالف وجود فعل أو امتناع منصوص عليه قانوناً، بل لابد أن يكون هناك إرادة واعية ومتبصرة أو ما يعرف بالركن المعنوي فما هو موقف مدونة الجمارك من هذا الركن ؟

هناك بعض الجنح التي تشير إلى ضرورة توفر الركن المعنوي، كما هو الشأن مثلاً في الفقرة 3 من الفصل 221، التي تنص على معاقبة من سترّوا تصرفات مرتكبي الغش أو حاولوا جعلهم في مأمن من العقاب، وتنص الفقرة الأولى من نفس الفصل التي تتحدث عن الأشخاص الذين حرضوا على ارتكاب الغش أو سهلوا ارتكابه بأية وسيلة من الوسائل وهذا النص يعتبر النية الإجرامية عنصر جوهري في المشارك أو المتواطئ.

¹ د. عوض محمد، جرائم المخدرات والتهريب الجمركي والنقدي، القاهرة ص 214.

² جورج قديفة، مرجع سابق، ص 115.

³ Cass , Crim, 5.5 - 1927- Doc .cont.582.

وهكذا فالأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية، منها ما يدخل ضمن التهريب أو التصريح الخاطئ، حيث يترتب عنها أن ممثل الحق العام، معفى من إثبات النية الإجرامية، كما أنه لا يؤخذ بما يمكن أن يدعيه مرتكب هذه الجنحة من حسن نيته، مادام على علم بالأفعال المادية لهذه الجنحة، وقد اعتبر القانون الجمركي بعض الأوضاع المادية كمؤشر على قيام فعل مخالف، كما هو الشأن في الأشخاص الموجود في حوزتهم البضائع، المرتكب الغش بشأنه، وناقلوها ورؤساء البواخر والسفن والمراكب، وقواد الطائرات فيما يخص الإغفالات والمعلومات غير الصحيحة، الملاحظة في بياناتهم، والمخالفة الجمركية المرتكبة على ظهر بواخرهم وسفنهم ومراكبهم وطائراتهم، يتم معاقبة الفعل بنفس العقوبات المقررة للمخالفة الجمركية¹.

والمخالفة الجمركية معاقب عليها بمجرد حصولها فهي من المخالفات المادية التي يكفي أن يثبت وقوع الفعل الجرمي فيها لتقوم القرينة على وجود الخطأ واستبعاد سلامة النية، وهذا المذهب كرسه بعض القوانين المقارنة بحيث نجد نص المادة 342 من قانون الجمارك اللبناني وطبقة الاجتهاد في لبنان وفرنسا، إذ أن اعتبر أن المخالفات الجمركية لا تقتضي عنصرا معنويا، لأنها مخالفت محض مادية، وإن تمت نتيجة خطأ أو جهل إذ لا يعتد بسلامة النية، إذ عامل النية مفروض وجوده في الفاعل وعلى هذا الأخير أن يثبت أن إرادته لم تكن حرة، أو أنها كانت معطلة وقت ارتكاب المخالفة².

هذا يعني أنه ليس من شأن الخطأ المادي أو الخطأ القانوني ولا الجهل ولا سلامة النية، أن ينفي عن المخالفة الجمركية الحاصلة صفتها الإجرامية فمن قدم تصريحاً كاذباً عن خطأ أو عن جهل يعاقب كالشخص الذي قلمه عن قصد نية التضليل³.

أما في القانون الفرنسي، فإن المادة 399 من قانون الجمارك الجديد نصت على أن الادعاء يجب أن يثبت القصد الجنائي كي تتحقق مسؤولية الفاعل، وكذلك الفقرة الثالثة من المادة 419 من القانون نفسه اعتبرت محجز البضاعة المهربة أو ناقلها لا يلاحق بحال جهله مصدرها.

¹ ذ.إ.محمد بريدة غزيول، مرجع سابق ص203.

² ذ.غسان رباحي مرجع سابق، ص211.

³ راجع في هذا الصدد، ذ.رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، القاهرة ص217.

كما أن الأشخاص الذين يشترون البضاعة المهربة في السوق الداخلية لا يطالهم العقاب لأنهم أشخاص مستهلكين ولا تربطهم بالجريمة أية صلة. إذن هكذا تعرفنا على الركنين المادي والمعنوي الذي يجب توفرهم إلى جانب الركن القانوني طبعا لكي تكتمل جنحة المخالفة الجمركية.

الفصل الثاني : تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية ووسائل إثباتها :

تتميز المخالفة الجمركية بكونها تلحق أضراراً بالخزينة العامة، ممثلة في إدارة الجمارك، كما أنها تلحق أضراراً بشخص أو أشخاص ذاتيين أو معنويين، ومادامت الجنحة أو المخالفة الجمركية تعتبر عملاً، أو امتناع مخالف للقانون، فإن الأمر يتطلب متابعة مرتكب هذه الجنح أو المخالفات، من طرف النيابة العامة، كما أن للمتضرر من هذا الجرم الحق في المطالبة بالتعويض المدني عن الأضرار التي لحقت له من جراء تصرف المخالف الذي يتعرض لعقوبات سلبية للحرية أي العقوبات الحبسية، مع الغرامات التي تفرضها إدارة الجمارك وكذلك مصادرة البضائع محل الجريمة، وتقتضي الدراسة أيضاً البحث عن وسائل إثبات المخالفة الجمركية سواء بواسطة الحجز ومحاضر أعوان وضباط الجمارك أو الإبراء من سند الإعفاء بكفالة، ولتوضيح أكثر لهذه المفاهيم الخاصة بالنظام الجمركي ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين إذ سنتناول في المبحث الأول تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية، على أن نتناول في المبحث الثاني وسائل إثبات المخالفات الجمركية.

المبحث الأول : تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية :

يرتكز مبدأ الشرعية على أنه متى كانت النيابة العامة هيئة فنية، مهمتها مباشرة سلطة الاتهام¹. ومتى كانت لا تختص في الفصل في الدعاوي الجنائية فإن دورها يقتصر على تحريك الدعوى العمومية ومتابعتها أمام القضاء، كما أن مبدأ الملاءمة يخول النيابة العامة سلطة تقديرية في استعمال حقها إيجاباً أو سلباً في تحريك الدعوى العمومية، بالرغم من اجتماع العناصر القانونية للواقعة الإجرامية ونسبتها إلى متهم معين، ولقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين لنتناول الدعوى العمومية في إطار النظام الجمركي الخاص، حيث نتناول في المطلب الأول لتحريك الدعوى العمومية وممارستها بينما نتناول في المطلب الثاني العقوبات المتخذة ضد مرتكبي المخالفات الجمركية.

المطلب الأول : تحريك الدعوى العمومية وممارستها :

نصت مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة في الفصل 248 على أنه يمكن متابعة الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية المنصوص عليها في المدونة بجميع الطرق القانونية مع مراعاة أحكام هذا الباب، وهي مقتضيات

1. عزت مصطفى الدسوقي: قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة القاهرة ص205 وما بعدها.

عامة في هذا الفصل وهكذا في حالة ارتكاب الجنح الجمركية من الطبقة الأولى المنصوص عليها في الفصل 279 ومنها:

أولاً: استيراد أو تصدير المخدرات والمواد المخدرة ومحاولة استيرادها أو تصديرها بدون رخصة أو تصريح، وكذا استيرادها أو تصديرها بحكم تصريح أو غير مطابق.

ثانياً: الحيازة غير المبررة بمفهوم الفصل 181 أعلاه للمخدرات والمواد المخدرة داخل دائرة الجمارك.

ثالثاً: كل خرق للأحكام المتعلقة بحركة وحيازة المخدرات والمواد المخدرة داخل دائرة الجمارك.

رابعاً: وجود مخدرات أو المواد المخدرة في مستودع أو مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي.

ففي هذه الحالة يتولى تحريك الدعوى العمومية النيابة العامة أو الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه المؤهلين لذلك، وهذا ما نص عليه الفصل 249 من مدونة الجمارك. وأضاف المشرع كذلك إلى جانب هذا الفصل أي تحريك الدعوى العمومية من طرف الجهات التي تم ذكرها الفصل 281 الذي ينص على الجنح الجمركية من الدرجة الثانية وهما:

أولاً: التهريب المعرف به في الفصل 282 بعده.

ثانياً: كل زيادة غير مبررة في الطرود وبصفة عامة كل زيادة في العدد تثبت عند القيام بإحصاء في المستودع أو في المستودع الصناعي الحر.

ثالثاً: وجود بضائع في المستودع لا تستفيد من نظام المستودع لسبب غير سبب عدم صلاحيتها للحفظ.

رابعاً: خرق مقتضيات الجزء الثامن من هذه المدونة والمتعلق بالضرائب غير المباشرة.

خامساً: خرق مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 46 أعلاه.

سادساً: خرق مقتضيات الفصل 56 أعلاه.

سابعاً: كل عمل أو مناورة تنجز بطرق معلوماتية أو إلكترونية ترمي إلى إتلاف واحد أو أكثر من المعلومات المختزنة في النظم المعلوماتية للإدارة عندما يكون الغرض من هذا الإتلاف هو التملص من رسم أو مكس أو الحصول بصفة غير قانونية على امتياز معين.

ثامناً: استيراد أو تصدير البضائع المحظورة المشار إليها في البند (أ) من (1) من الفصل 23 أعلاه، المنجز عن طريق مكتب الجمرِك إما بدون تصريح مفصل أو بحكم تصريح غير صحيح أو غير مطابق المقدمة.

تاسعاً: وجود بضائع في مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي الواقعة خارج الخطائر الجمركية للموانئ والمطارات والتي تقصى من هذه المخازن والساحات الجمركية طبقاً لأحكام الفقرة (3) من الفصل 163.

ويتم تحريك الدعوى العمومية إما من طرف النيابة العامة أو الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه في هذه الحالات الفصل 281 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة التي ذكرناها ويعتبر هؤلاء طرفاً في المسطرة ويمكن أن يتدخلوا كمستأنفين² وجاءت الفقرة الثانية من الفصل 249 من مدونة الجمارك لينص على أنه لا يمكن في حالة ارتكاب المخالفات الجمركية المنصوص عليها والمحددة في الفصول 285 و 294 و 297 و 299 بعده، تحريك الدعوى العمومية إلا بمبادرة من الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه المؤهلين لذلك.

وهما الجرائم المتعلقة باستيراد وتصدير البضائع المحظورة وعدم القيام داخل الآجال القانونية المحددة بإيداع التصريح التكميلي وعدم تقديم البضائع الموضوعة بمخازن وساحات الاستخلاص الجمركي وكذلك وضعها تحت نظام العبور والوثائق الجمركية...

ففي هذه الجناح اشترطت مدونة الجمارك لتحريك الدعوى العمومية ضد مرتكبي هذه الجناح أن تكون هناك مبادرة من الوزير المكلف بالمالية أو مدير أحد ممثليه المؤهلين لذلك، ويتم تحريك الدعوى العمومية إما عن طريق الاستدعاء المباشر، الذي يوجه للظنين والمتضمن للبيانات المشار إليها في الفصل 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية من حيث شكليات الاستدعاء.

¹ الفصل 281 من مدونة الجمارك ، الضرائب غير المباشرة.
² ذ. عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1998 ص 144.

ويتم الاستدعاء بواسطة كتابة الضبط أو البريد المضمون أو بواسطة السلطة الإدارية¹.

ويمكن تحريك الدعوى العمومية عن طريق إحالة الظنين على النيابة العامة في حالة التلبس استنادا إلى المادة 56 من قانون المسطرة الجنائية وتتحقق حالة التلبس إذا ضبط الفاعل أثناء ارتكابه الجريمة أو على إثر ارتكابها².

وبعد إحالة القضية على المحكمة يمكن للإدارة أن تعين من يمثلها في الجلسة ويعرض ممثلها القضية على المحكمة ويودع طلباتها حسب الفصل 250 من مدونة الجمارك.

أما إذا توفي مرتكب فعل مخالف للقوانين والأنظمة الجمركية قبل إيداع شكاية أو قبل صدور حكم أو قرار نهائي أو قبل إبرام المصالحة، يحق للوزير المكلف بالمالية أو ممثله أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية بواسطة ملتمس مصادرة الأشياء محل النزاع القابلة تطبيق هذه العقوبة عليها³.

ولكن أمام هذه النصوص القانونية الخاصة المنظمة لتحريك الدعوى العمومية في مجال المخالفات الجمركية استوقفنا بعض الإشكاليات خاصة في الفصل 249 من المدونة حيث أن الصياغة القانونية المستعملة في الفقرة (أ) من نفس الفصل جاءت فضفاضة وغير دقيقة، بالنظر إلى عبارة أو من يمثله "بحاجة إلى تحديد، لأننا لا نفهم هل التمثيل جاء بناء على تفويض اختصاص أو سلطة لأحد ممثلي المدير العام لإدارة الجمارك أو من ينييه، أم أن الأمر يتعلق فقط بإسناد مهمة التمثيل للإدارة القانونية في مكان ارتكاب الجريمة الجمركية؟

ويثور الإشكال الثاني في الفقرة "ب" حول عدم قيام الدعوى العمومية إلا بمبادرة من الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه المؤهلين لذلك.

مما يقتضي الأمر تدخل المشرع بالتعديل أو لبيان نوع التمثيل وحدوده ونطاقه بالنسبة لمن ينييه المدير العام للجمارك، فضلا على بيان شكل المبادرة المتخذة وضوابطها تجاه النيابة العامة.

¹ ذ. عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1998 ص 144.

² ذ. الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، البحث في الجرائم والتثبت منها، البحث التمهيدي، التحقيق الإعدادي، الإثبات الجنائي، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى 2004، ص 135.

³ الفصل 51 من مدونة الجمارك.

أما بخصوص الاختصاص فإن الجرح والمخالفات الجمركية ترفع إلى المحاكم المختصة وفقا للقواعد القانونية العادية، غير أن المحاكم المرفوعة إليها الدعوى قبل فاتح ماي 1984 تظل مختصة وفقا للنصوص المطبقة قبل هذا التاريخ.

ويتوقف منح السراح المؤقت في حالة التلبس على تقديم ضمانات وهي وديعة نقدية أو في شكل شيكات مصادق عليها إلى صندوق قابض الجمارك وإما على تقديم كفيل مليء الذمة يضمن أداء العقوبات المالية المستحقة¹.

وما أثارنا في إطار الدعوى العمومية التي تحركها إدارة الجمارك هو موقف الاجتهاد القضائي المغربي وعلى رأسه المجلس الأعلى حول موضوع رفض طلب مما يوازيه رفض الدعوى المرفوعة من طرف إدارة الجمارك، وهذا القرار هو عدد 673 بتاريخ 1983 في القضية الجنائية عدد 10121 ذلك أن الطاعن بالنقض السيد (فلان)... عاب على محكمة الاستئناف بأكادير التي حكمت عليه بأدائه تعويضا لإدارة الجمارك، مبلغه 600.000 درهم عن محاولة تصدير المخدرات بأن طلب إدارة الجمارك غير مقبول لأنه منصب على شيء محظور غير مقبول لأنه منصب على شيء محظور وممنوع قانونا.

فرفض المجلس الأعلى طلب النقض المذكور معللا وجهة نظره في الدفع المثار بقوله "حيث إنه من جهة أولى إذا كان العارض لم يدن من أجل ترويج العملة فليس معنى هذا أنه لا يمكن الحكم عليه وفقا لطلب إدارة الجمارك والمتعلق بتصدير بضائع محظورة التي هي الشيرة والتي وقع الحكم عليه من أجلها، كان على أن كون هذه البضائع التي كان العارض يحاول تصديرها إذا كانت أيضا ممنوعة، فإن قانون مدونة الجمارك المطبق في النازلة لم يستثن هذه الحالة بل أقحمها بصريح العبارة في الفصل 284 من المدونة المذكورة إذ ورد فيه "يقصد بالاستيراد أو التصدير المشار إليهما في (2) من الفقرة 281 أعلاه استيراد بضائع محظورة أنجز عن طريق مكتب للجمارك" وأنه إذا كان القرار لم يعلل قبول طلب إدارة الجمارك فإن الحكم بالقبول معناه قبول مذكرة إدارة الجمارك والتي هي معللة أحسن تعليل" وهذا القرار يبرز بوضوح استقراء المجلس الأعلى إلى أواخر سنة 1983 على قبول الإدانة من أجل محاولة تصدير

¹ الفصل 53 من مدونة الجمارك.

المخدرات دون تصريح بذلك لإدارة الجمارك حسبما يقضي به قانون مدونة الجمارك لسنة 1977 وحتى قبل تعديله¹.

المطلب الثاني : العقوبات المتخذة ضد مرتكبي المخالفات الجمركية :

تتميز العقوبة بكونها من الآثار الجنائية التي تترتب عن ارتكاب جريمة وهي تعبر عن مدى الارتباط بين الجريمة والجزاء الجنائي²، وتتميز العقوبة أيضا بشرعيتها وتحديدها من طرف المشرع والذي لا يتناقض مع تدخل السلطة القضائية أو تدخل الإدارة من أجل تشخيص العقاب ضده الجهات يمكن أن تتدخل لجعل العقوبة تفي بأغراضها التقويمية استعمالا للسلطة التقديرية المخولة لهما والتي تستعملانها وفقا لأحكام القانون³.

وبرجوعنا إلى مدونة الجمارك نجد أن الأفعال المجرمة تنقسم إلى جنح ومخالفات، فالجنح تتضمن عقوبات جسدية يمكن أن تصل إلى ثلاث سنوات كما هو الشأن في الجنح من الطبقة الأولى، إضافة إلى غرامة تركز على قيمة الأشياء المغشوشة ومصادرة الأشياء المستعملة في الغش، ووسائل النقل المستعملة، وتعادل الغرامة خمس مرات قيمة الأشياء التي تم ذكرها⁴. وتكون هذه العقوبة قائمة في حالة استيراد المخدرات ومحاولة استيرادها أو تصديرها بدون رخصة أو تصريح كاذب أو الحيازة غير المبررة، وكل خرق للأحكام المتعلقة بحركة وحيازة المخدرات والمواد المخدرة.

سواء وجدت هذه البضائع في مستودع الخاص بالبضائع أو ساحات الاستخلاص الجمركي، هذا فيما يخص الجنح الجمركية من الطبقة الأولى، أما الجنح الجمركية من الطبقة الثانية، فقد نص عليها الفصل 280 من مدونة الجمارك حيث تصل العقوبة الحبسية من شهر إلى سنة، وبغرامة تعادل خمس مرات مجموع قيمة الأشياء المرتكب الغش بشأنها، وبمصادرة البضائع المرتكب الغش بشأنها ووسائل النقل والأشياء المستعملة لإخفاء الغش وقد نص الفصل 281 على تلك أفرد لها المشرع العقوبات التي ذكرناها. ويستحق أيضا هذه العقوبات المتضمنة في الفصل 283 حائزو وناقلو البضائع الخاضعة لإثبات الأصل إذا كانوا يعرفون أن من سلمهم الشهادات المثبت بها أصل البضائع

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 673 بتاريخ 28 أكتوبر 1983، قضية جنائية عدد 10121، نشر بأشغال اليوم الدراسي حول موضوع التشريعات والتقنيات الجمركية المنظم بالمعهد الوطني للدراسات القضائية، الرابط 14 نونبر 2001، ص74.

² ذ. عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، ص31-47، رمسين بنهاجر، النظرية العامة للقانون الجنائي، 1963، ص120.

³ ذ. أحمد الخمليشي، شرح القانون الجنائي العام المغربي، القسم العام، ص296.

⁴ الفصل 279، من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

لم تكن في استطاعته تسليمها بصفة قانونية أو من باع لهم البضائع أو فوتها لهم أو عاوضهم عنها أو عهد بها إليهم لم يكن قادرا على إثبات حيازتها بصفة قانونية.

ولقد سار المجلس الأعلى في عدة قرارات له على أن المواد المخدرة محظورة مستبعدا بذلك التعويض الذي تطلبه إدارة الجمارك ويتم رفض مطالب إدارة الجمارك وتشديد العقوبة الحبسية على الجاني، ومن بين حيثيات القرار رقم 1987/2/19 تحت عدد 1492 في الملف الجنائي عدد 86/10596 جاء فيه¹.

" لئن كان تصدير المخدرات أو محاولة ذلك عبر الحدود الوطنية ممنوعا باتا وإن كان الفصل 115 من المدونة لا مجال للاستدلال به على رفض مطالب الجمارك وهو فعلا وارد في الباب الخامس من المدونة المتعلقة بالأنظمة الاقتصادية وهناك عدة قرارات للمجلس الأعلى تستبعد الفصل 115 بكونه يتعلق بالأنظمة الخاصة بالجمارك وتطبق ظهير 1974/5/21 المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات، أما بخصوص المخالفات الجمركية من الطبقة الأولى نجد أن المشرع أعطى له عقوبات في الفصل 284 وهذه العقوبات هي: غرامة تعادل أربع مرات مبلغ الرسوم والمكوس المتجانف عنها أو المتملص منها ثم مصادرة البضائع المرتكب الغش بشأنها، ومصادرة وسائل النقل طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 212 وتتعلق هذه المخالفات باستيراد أو تصدير البضائع المحظورة، أو عدم وضع تصريح مفصل، وعدم إيداعه داخل الآجال المحددة خاصة التصريح المفصل وحيازة البضائع من الأماكن المشار إليها في الفصل 27، وعدم تقديم البضائع بمخازن وساحات الاستخلاص، الجمركي وعدم تقديم البضائع المودعة تحت نظام المستودع عند أول طلب لأعوان الإدارة، وكل شطط في استعمال أنظمة المستودع الصناعي الحر أو القبول المؤقت لتحسين الصنع الفعال...

أما بخصوص المخالفات الجمركية من الطبقة الثانية عاقب عليها المشرع في الفصل 293 بغرامة تعادل ضعف الرسوم والمكوس، وبغرامة تتراوح بين 2.000 و 20.000 درهم فيما يخص المخالفات المشار إليها في الفقرة 6 و 7 من الفصل 294 بعده وهذه المخالفات هي كل تحويل ببضائع من مستودع إلى آخر أو كل مناولة جرت فيه بدون إذن أو عدم القيام بالتصدير أو الإيداع في المستودع داخل الآجال المحددة لذلك أو عدم القيام بتسوية وضعية البضائع الموضوعة وفق نظام المستودع.

¹- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1987/2/19، عدد 1492، ملف جنائي عدد 86/10596، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 40.

ويعاقب على المخالفات الجمركية من الدرجة الثالثة بغرامة تعادل ضعف مبلغ المنافع المرتبطة بالتصدير¹، وتشكل هذه المخالفات من كل تصريح أو مناورة تهدف أو تؤدي على الحصول كلا أو بعضا على إرجاع مبلغ أو منفعة ما ترتبط بالتصدير، في حين يعاقب عن المخالفات الجمركية من الطبقة الرابعة² بغرامة تتراوح بين 500 درهم و2.500 درهم وهي كل مخالفة للقوانين والأنظمة المكلفة الإدارة بتطبيقها عندما لا تكون هذه المخالفة معاقب عليها بنص خاص، وكل إغفال أو عدم صحة أحد البيانات الواجب تضمينها في التصريح أو عدم التقييد في السجلات المبوبة وعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات المسلمة بها في مستند جمركي وأيضا كل خرق للتدابير الاحتياطية التي أمرت بها السلطة الإدارية وأخيرا المخالفات المتعلقة بشأن ضوابط الجودة أو التكييف المفروضة عند الاستيراد أو التصدير عندما لا يترتب عن هذه المخالفات أي أثر ضريبي.

وهكذا بعد أن تطرقنا في هذا البحث إلى كيفية وممارسة الدعوى العمومية وكذلك العقوبات التي نصت عليها مدونة الجمارك لزجر المخالفين للقوانين والأنظمة الجمركية ننتقل إلى دراسة وسائل إثبات هذه المخالفات الجمركية من أجل أن تكون الأحكام التي تصدر على هؤلاء مستوفية لجميع الضمانات القانونية.

المبحث الثاني : وسائل إثبات المخالفات الجمركية :

إن تقدير الدليل من المسائل الموضوعية، ويعود ذلك إلى اقتناع المحكمة أو عدم اقتناعها، وأن مطالبة المحكمة باتباع قاعدة ثابتة تطبقها على كل الوقائع وتتبعها في جميع الحالات لا يعدو أن يكون مصادرة على حريتها الأساسية في وزن عناصر الإثبات المختلفة وتقييمها على الوجه الذي يرتاح إليه ضميرها³ وبذلك تكون وسائل الإثبات التي نظمها القانون، هي المصادر التي تنتج الأدلة الجنائية، يستوي فيها أن تتعلق مباشرة بالواقعة المراد إثباتها، أو تكون علاقتها غير مباشرة بهذه الواقعة، ولا عبرة كذلك بالجهة التي أقرت هذه التحريات طالما أن القانون تخول لها ذلك⁴.

أما بخصوص المخالفات الجمركية فالأمر يتعلق بعنصرين للإثبات وهذا ما سنتناوله من خلال المطلبين حيث نتناول في المطلب الأول الإثبات عن طريق الحجز بينما نتناول في المطلب الثاني الإثبات عن طريق البحث.

¹ - الفصل 296 من مدونة الجمارك.

² - الفصل 298 من مدونة الجمارك.

³ - د. عصام احمد، دائرة المعارف الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الطباعة الحديثة، القاهرة 1990، ص319 وما بعدها.

⁴ - ذ. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1985، ص272.

المطلب الأول : الإثبات عن طريق الحجز :

تقوم قاعدة الإثبات في المخالفات الجمركية من خلال الفصل 233 من مدونة الجمارك حيث تنص على أنه "يقوم بإثبات الأفعال المخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية أعوان الإدارة الذين أدوا اليمين طبقا للشروط المحددة في الفصل 233 من هذه المدونة وضباط الشرطة القضائية، وكذا الأعوان محررو المحاضر التابعون للقوة العمومية.

من هنا نرى الجهات التي خول لها المشرع حق إثبات المخالفات الجمركية بحيث لا يمكن لأي شخص كان خارج عن نطاق الفصل 233 أن يقوم بإثبات الأفعال التي تشكل خرقا للأنظمة الجمركية، وهذا لا يعني أن بعض الجهات يمكن أن تثبت هذه الأفعال في إطار التنسيق والتعاون كرجال الشرطة والدرك الملكي الذين يصادفونها أثناء قيامهم بالبحث في قضية مرتبطة بالحق العام إذ يكمل أحدهما الآخر، من أجل الوصول إلى الإثبات¹، ويحق للأعوان محرري المحاضر أن يحجزوا في كل مكان البضائع ووسائل النقل القابلة للمصادرة وكذا جميع الوثائق المتعلقة بهذه الأشياء، ويجب على هذه البضائع المحجوزة ووسائل النقل أن تساق وتودع بمكتب أو مركز الجمرك الأقرب لمكان الحجز، وإما أن يتعهد الظنين أو شخص آخر بحراستها في مكان الحجز أو في مكان آخر، كما يجب على الحارس أن يتكفل بحراسة هذه البضائع غير المحظورة أو وسائل النقل وتقديمها عند أول طلب لأعوان الإدارة ويجوز رفع اليد عن البضائع غير المحظورة أو وسائل النقل المحجوزة غير المهيأة لارتكاب الغش أو لا توجد في وضعية غير قانونية مقابل كفالة أو ودیعة تمثل قيمة هذه البضائع أو وسائل النقل وذلك إلى غاية تسوية النزاع عن طريق الصلح أو بواسطة حكم نهائي². ويبقى الحق هنا نخول لرجال الجمارك من درجة محرري المحاضر، بالقيام بالحجز فيما يخص البضائع والوسائل المتعلقة بالجريمة القابلة للمصادرة، وكذا جميع الوثائق المتعلقة بهذه الأشياء، والملاحظة التي تستوقفنا هنا في هذا الفصل أن حق الحجز هنا نخول لصنف محدد من محرري المحاضر، بينما الفصل نراه يعطي تحرير المحاضر لضباط الجمارك، في حين أن مفتش مساعد يمكن أن يطالب بالوثائق وله الأهلية في تحرير المحاضر، ويشير نفس الفصل إلى إمكانية الحجز في كل مكان ويعني بذلك بطبيعة الحال داخل التراب الجمركي، وفي كل مكان تتواجد به البضاعة المحظورة، وكذا وسائل النقل، ويقصد بالوثائق كل الإرساليات والوثائق المتعلقة بالأشياء المحجوزة، ويحق لرجال الجمارك إثبات المخالفات بهذه الوثائق المحجوزة وضمان ما يمكن أن يحكم به على المخالف بالنسبة للبضاعة.

¹ - ذ. محمد الزلايجي: مبدأ مشروعية الإثبات وملاءمة العقوبة (القسم الثاني)، مقال منشور بمجلة المناظرة، تصدرها هيئة المحامين بوجدة، العدد (5) يونيو 2000 ، ص8.
² - الفصل 235 من مدونة الجمارك.

وهذه البضائع ووسائل النقل المحجوزة يكون لإدارة الجمارك الحق في اختيارين¹.

فإما أن تحجزها عندها بأقرب مكتب أو مركز جمركي لمكان الحجز، وإما أن تودعها عند الظنين نفسه بصفته حارسا لها، أو عند الغير يحرسها في مكان الحجز، أو مكان آخر على أن يقدمها كل واحد منهما لأعوان الإدارة عند أول مطالبة².

ولكن في حقيقة الأمر تثار إشكالية عميقة فيما يخص البضائع المحظورة استيرادها وتصديرها، وهي المخدرات التي لا تخضع للنظم الجمركية من حيث تسجيلها وفرض رسوم جمركية أو إبرام مصلحة تبعا للأنظمة الجمركية الخاصة، وهذا الإشكال رد عليه المجلس الأعلى بقوة في عدة قرارات له حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سنة 1991 ما يلي:

"حيث إنه بالرجوع إلى التشريعات المتعلقة بموضوع المخدرات بكافة أصنافها، يلاحظ أن هذه المادة عندما ينظر إليها بأنها مادة سامة يترتب عن تعاطيها بصورة تلقائية عواقب خطيرة على صحة وعقول متناوليه، نجد المشرع قد حرص على محاربة ترويجها سواء بالتجارة فيها أو القيام بأي عمل كيفما كان يسهل تناولها أو يسمح بإتاحة الفرصة للحصول عليها، ولهذا اعتبر مزاولة أي نشاط في هذا الميدان من الجرائم المعاقب عليها فإن ضبط أي شخص يحاول تهريب المخدرات في نطاق التشريعات الموضوعة لمحاربتها لا يمكنه أن يخضع لتطبيق مدونة الجمارك، لأن العمل الذي تم القيام به يعد غير مشروع من أساسه ولا يخضع بالتالي لمسطرة المصلحة مثلا أو السعي للحصول على ترخيص بل اجتياز الحدود بتلك المادة³.

وهناك أيضا قرارات ثم نقضها من طرف المجلس الأعلى سنة 2000 والتي تقضي بمنح استيراد مواد غير مادة المخدرات، ويتعلق الأمر بالمشروبات الكحولية، وكذلك هناك قرار نقضه المجلس الأعلى صادر سنة 2001 في الملف عدد 99/8/6/ 12046 بتاريخ 28 فبراير 2001 حيث قضى بإدانة السيد (فلان) من أجل الاتجار في المخدرات وبعقابه وأدائه تعويضات لفائدة شركة التبغ، وببراءته من محاولة تهريب وتصدير بضاعة محظورة مخدرات دون تعليل وبعدم الاختصاص بالمطالب التي تقدمت بها إدارة الجمارك.

¹ - د. محمد الزلايجي، مبدأ مشروعية الإثبات وملاءمة العقوبة (القسم الثاني) مقال منشور بمجلة المناظرة، تصدرها هيئة المحامين بوجدة، العدد(5) يونيو 2000 ، ص8.

² - د. امحمد براءة غزبول، مرجع سابق، ص232-233.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 2726 بتاريخ 1991/3/14، ملف جنائي، 1990/14057.

حيث قضى المجلس الأعلى بنقض القرار لكونه لم يعلل الأسباب التي أدت إلى التصريح ببراءة السيد (فلان) من الجرائم الجمركية- انعدام التعليل- ولقد أتينا بهذه القرارات لنوضح على أن المواد أو البضائع المحظورة يمكن أن تشمل بعض البضائع التي لم يذكرها الفصل 115 من مدونة الجمارك، ثم أن هناك إشكالية تتعلق برفض مطالب إدارة الجمارك فيما يخص التعويض عن المخدرات.

وبخصوص المحاضر التي تعدها إدارة الجمارك فإن التشريعات الجمركية المقارنة تتضمن إشارة إلى البيانات أو الشروط الواجب ذكرها في المحضر بخصوص جرائم التهريب الجمركي، في التشريع المصري، بحيث يجوز إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن، بخلاف مدونة الجمارك المغربية التي أوجبت تضمين هذا المحضر مجموعة من البيانات، بصفة مستقلة عن محضر الحجز، تكمن في تاريخ ومكان تحريرها واختتامها، أسماء وصفات وتوقيعات محرريها، تاريخ وساعة ومكان الحجز أو الإثبات، التصريحات المحتملة لم تكفي المخالفة أو الجنحة مع الإشارة إلى توقيعه أو رفضه، وهنا نتساءل عن مشروعية هذه المحاضر في حالة إغفال أحد الشروط أو أكثر، حيث نرى أن صفة الوجوب التي جاء بها الفصل 240 من المدونة من شأنها أن ترتب البطلان على أي محضر لم يتضمن هذه البيانات كليا أو جزئيا.

على أن محضر الحجز الذي يحزر بصفة مستقلة عن سابقه، يجب أن يتضمن هو الآخر مجموعة من البيانات منها الأسباب التي أدت إلى الحجز، ووصف الأشياء المحجوزة مع بيان نوعها وجودتها وكميتها والتدابير المتخذة لضمان إيداعها أو حراستها أو حفظها وهوية الحارس المعين عند الاقتضاء مع موافقته وتوقيعه، وكذا حضور أو غياب مرتكب الجنحة أو مخالفة عند وصف الأشياء المحجوزة، وهنا يأتي ذم محضر الحجز لإضفاء قوة ثبوتية إضافية على المحضر السابق، لتكتمل القوة الثبوتية للمحاضر، لكن يطرح السؤال حول الآثار المترتبة عن تخلف إحدى البيانات في محضر الحجز؟ لكن بما أن الفصل 243 من المدونة يحصر أوجه البطلان في الحالتين المذكورتين معا، ذلك أنه لا يمكن التمسك بأوجه بطلان أخرى خارج عن الحالتين السابقتين¹، وأنهما قد وردتا على سبيل الحصر لا على سبيل المثال.

¹- الفصل 243 من مدونة الجمارك .

أما بالنسبة للطعن بالتزوير في محاضر الجمارك، فلقد حدد الفصل 294 من قانون المسطرة الجنائية¹ الإطار القانوني للطعن بالزور في المحاضر أو التقارير التي يعدها موظفوا أو أعوان الإدارة. ومحاضر الجمارك لها حجية قوية جدا بحيث لا يمكن إثبات ما يتعارض مع مضمونها إلا عن طريق سلوك مسطرة الطعن بالزور بنص صريح.

وهنا نستحضر الفصل 242 الذي يتعلق بالمحاضر التي يكتبها عونين أو أكثر بحيث يعتمد عليها في الإثبات المادية المضمنة في المحاضر إلى أن يطعن في صحتها، ويعتمد عليها في صحة وصدق الإقرارات والتصريحات المتلقاة إلى أن يثبت ما يخالفها أما المحاضر المحررة من طرف عون واحد للإدارة فيعتمد عليها إلى أن يثبت ما يخالفها.

وفي الأخير هناك شكليات ينبغي احترامها في حجوزات خاصة وهما:

أ- الحجز الذي ينصب على التزوير أو التحريف في الإرساليات

ب- الحجز بالمنزل

ج- الحجز في سطح السفن والبواخر

د- حجز الوثائق

وبعد أن القينا نظرة على الحجز كوسيلة إثبات في مجال المخالفات الجمركية ننتقل إلى الإثبات عن طريق التفتيش في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : الإثبات عن طريق البحث :

إن الجرح أو المخالفات التي لم يتم ضبطها في حالة التلبس يمكن أن تكون موضوع بحث، يشار فيه إلى نتيجة المراقبة، البحوث والاستجوبات، وتكون لهذه المحاضر المنجزة قوة إثباتية إلى حين الطعن فيها بالزور، أو إلى حين إثبات ما يخالف الإثباتات المادية المضمنة بها مثل المعرفة القطعية للشخص أو معرفة ممثل شركة تجارية عن طريق معرفة مقرها الاجتماعي ونشاطها التجاري...

¹ - الفصل 294 من قانون المسطرة الجنائية.

ومحاضر البحث التي يقوم بها أعوان إدارة الجمارك تعفى من إجراءات التنبر والتسجيل، وبرجعنا إلى الفصل 237 من مدونة الجمارك فإن أعوان الإدارة يمكن أن يقوموا بأبحاث تمهيدية وإن يباشروا بمناسبة تحرياتهم تفتيش المساكن والمحلات المعلقة للاستعمال المهني في كل مكان طبقا للشروط المحددة في الفصل 41 من المدونة، ويعتبر التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق، ووظيفته البحث عن أدلة الجريمة، بمعنى أن التفتيش في حد ذاته ليس بدليل وإنما هو وسيلة للحصول على الدليل، كما أنه يتميز بخصائص تجتمع فيه ويتألف منها جوهره ومضمونه.

فضلا عن القيام به بصرف النظر عن إرادة من يقع عليه في شخصه أو مسكنه، ليمس حرمة الحياة الخاصة للشخص رغم حماية القانون لها، مما يميزه عن غيره من الإجراءات الأخرى كالاستجواب والمعاينة وغيرهما¹.

وبهذا فإن أعوان الجمارك المؤهلين لتحرير المحاضر، يمكنهم تفتيش المنزل، حالة حصول الشك لديهم بوجود غش، بحثا عن البضائع للتأكد عما إذا كانت بصفة قانونية إلى التراب الجمركي طبقا للفصل 181 من المدونة، والبحث عن البضائع التي تخضع لأنظمة الدائرة في مجموع المنطقة البرية لدائرة الجمارك.

كما أنهم يتعقبون الغش في جميع أماكن التراب الخاضع، وكذا يتتبعونه في وسائل النقل والمنازل لمجرد الشك، ما يترك مجالا واسعا أمامهم لإجراء البحث والتفتيش.

حتى في الحالات التي لا تثير شكاً، مما هو مؤكد بواسطة مخبريهم أو نتيجة لحصولهم على معلومات خاصة.

كما أن المشرع قد خص المساكن بحماية خاصة بحيث لا يمكن تفتيشها إلا باتباع إجراءات شكلية خاصة، حددتها المسطرة الجنائية، خاصة الفصل 281. وهو ما أكدته الفصل 41 من مدونة الجمارك بالنص على طلب موافقة الشخص الذي يشغل الأماكن قبل الشروع في أية عملية للتفتيش، بحيث تكون موافقته كتابة.

وتثار إشكالية حول تحديد مفهوم المسكن ومدلول الأماكن المنصوص عليها في الفصل 41 الأمر الذي يثير جدلا محادا أمام القضاء. حيث جاء في إحدى حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا³، عند ردها بشأن دفع آثاره دفاع الظنين حول محضر الضابطة القضائية لكون التفتيش ثم خلافا للفصل 41 من مدونة الجمارك ونصوص

¹ - ذ. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 47.

² - الفصل 81 من قانون المسطرة الجنائية.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، أنفا تحت عدد 1460 مكرر، صادر بتاريخ 1996/06/21 رقم 11، ص 96.

المسطرة الجنائية، بأن عملية تفتيش المخازن والمستودعات لا تدخل في مفهوم المنزل، ولا تعد من ملحقاته، وبالتالي لا تخضع للحماية القانونية المقررة قانونا، خاصة الفصول 61-62-64-81. الأمر الذي يستدعي طلب موافقة الظنين بخصوص التفتيش.

وإلى جانب التفتيش كوسيلة إثبات هنا أيضا معاينة البضائع التي يسفر عن التحقق منها إثبات المخالفة وتسجيل محضر بشأنها.

وقد ينجم عن المعاينة تماما كالتفتيش، ضبط أدلة مادية مرتبطة بالكشف عن الحقيقة وبالتالي فإن المعاينة إجراء لا ينطوي على إكراه أو اعتداء على حرمة الأشياء والأشخاص كما أنه إذا كان الأصل في المعاينة ترك أمر إجراءاتها لمحضر تقدير سلطة التحقيق فإن الأمر يقتضي الانتقال إلى مكان الواقعة محل المعاينة بمجرد ما يتم الإشعار بجريمة متلبس بها على خلاف التفتيش الذي يخضع للسلطة التقديرية لمن يقوم به، كيفما كان وصف الجريمة ويستوي في ذلك حالة التلبس أو الحالة العادية.

هكذا إذا نكون قد أعطينا صورة واضحة على موضوع المخالفات الجمركية الذي يعد من بين أكثر المواضيع أهمية نظرا لارتباطه بالجال المالي والاقتصادي والاجتماعي وكونه من بين الآثار التي تخلف نزيفا للخزينة العامة للدولة سواء على مستوى عدم أداء الرسوم الجمركية أو التهرب من أداء الضرائب المفروضة على البضائع داخل التراب الخاضع للأنظمة الجمركية، وقد حاولنا إبراز مفهوم وطبيعة المخالفات الجمركية والأشخاص الذين يسألون عن مخالفتهم للأنظمة الجمركية ومحاولين كذلك إبراز أركان هذه الجريمة، وكذلك كيفية والجهة المختصة في تحريك الدعوى العمومية، وعهدنا إلى طرح إشكالية إثبات هذه المخالفات سواء على مستوى المحاضر أو على مستوى التفتيش، ورغم هذه الترسنة القانونية القوية التي وضعها المشرع لمحاربة التهريب والتجارة في الممنوعات إلا أن هذه الظاهرة لم تبدأ وأصبحت تتزايد خاصة في الآونة الأخيرة، والواقع أنه يجب تفعيل نصوص مدونة الجمارك بشكل أكثر صرامة وفي حدود القانون وتحفيز الأجهزة الإدارية لمحاربة ما يمكن أن يشكل عبئا خطيرا على المجتمع، وخلصنا إلى إشكالية تثار أمام القضاء والتي تتمحور حول وجوب إدلاء حائز البضائع أو من ينقلها بالمستندات التي تفيد إدخالها بصفة قانونية إلى التراب الخاضع وذلك بمجرد ما يطلب منهم ذلك أعوان إدارة الجمارك، هذا إلى جانب مجموعة من الثغرات القانونية التي تشوب مدونة الجمارك مما يستوجب تدخل المشرع لإصلاح الخلل القانوني في بعض الفصول، نظرا للدور البالغ الذي يضطلع به التشريع الجمركي في مختلف المجالات ليس فقط لما يحققه من موارد مالية للدولة فحسب، وإنما كذلك لما يمثله من حماية فعالة للنظام الاقتصادي والاجتماعي في حماية المنتوجات المحلية وفي نفس الوقت الاهتمام بجلب ما أمكن من رؤوس أموال أجنبية تكون في صالح السوق المحلية.

انتهى بعون الله وحسن توفيقه.

- ذ. غسان رباح : قانون العقوبات الاقتصادي، دراسة مقارنة حول جرائم رجال الأعمال والمؤسسات التجارية، المخالفات المصرفية والضريبية، والجمركية وجرائم التجار، طبعة جديدة، السنة 2004.
- ذ. سامي النصراوي : النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي في المسؤولية الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1991.
- ذ. محمود نجيب حسني : النظرية العامة للقصد الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
- ذ. محمد أبو الحسن - أحمد البوعزاوي - يحيى الصافي - رجاء الرمال - عبد الله البكري: الغش الضريبي، مطبعة الهلال العربية، 1996.
- ذ. أحمد براءة غزيول : مدونة وتنظيمات الجمارك والضرائب غير المباشرة وفق آخر تعديل شرح وتعليق - سلسلة المعارف التجارية العديد 4 - مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثانية، 2000.
- ذ. العلمي المشيشي : مختصر القانون الجنائي باللغة الفرنسية.
- ذ. عبد السلام بنحدو : الوجيز في القانون الجنائي المغربي المقدمة والنظرية العامة، الجريمة، المجرم العقوبة، والتدبير الوقائي، الطبعة الخامسة 2004، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.
- ذ. محمد الزلايحي : جريمة التهرب الجمركي بين مشروعية أدلتها وملاءمة جزاءاتها، مقال منشور بمجلة المناظرة تصدرها هيئة المحامين بوجدة، العدد الرابع يونيو 1999 .
- ذ. محمد الزلايحي : مبدأ مشروعية الإثبات وملاءمة العقوبة (القسم الثاني)، مقال منشور بمجلة المناظرة، تصدرها هيئة المحامين بوجدة، العدد 5 يونيو 2000 .
- المستشار معوض عبد التواب : المرجع في شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1995.

- ذ. جورج قذيفة : القضايا الجمركية، الجزء الأول، بيروت 1971.
- ذ. عوض محمد : جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والنقدي القاهرة.
- ذ. رؤوف عبيد : مبادئ القسم العام في التشريع العقابي.
- ذ. عزت مصطفى الدسوقي : قيود الدعوى الجنائية، النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر.
- ذ. عبد العزيز توفيق : شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1998.
- ذ. الحبيب بيهي : شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، البحث في الجرائم والتثبت منها، البحث التمهيدي، التحقيق الإعدادي، الإثبات الجنائي، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، 2004.
- ذ. أحمد الخمليشي : شرح القانون الجنائي العام المغربي، القسم العام.
- ذ. عبد الفتاح الصيفي : حق الدولة في العقاب.
- ذ. عصام أحمد، دائرة المعارف الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الطباعة الحديثة القاهرة 1990.
- ذ. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة 1985.
- ذ. سامي حسني الحسني: النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة 1972.

تصميم الموضوع :

مقدمة

الفصل الأول: طبيعة وأركان المخالفات الجمركية.

المبحث الأول: طبيعة المخالفات الجمركية.

المطلب الأول: مفهوم المخالفات الجمركية.

المطلب الثاني: الأشخاص المسؤولون جنائيا.

المبحث الثاني: أركان الجريمة الجمركية.

المطلب الأول: الركن المادي.

المطلب الثاني: الركن المعنوي.

الفصل الثاني: تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية ووسائل إثباتها.

المبحث الأول: تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الجمركية.

المطلب الأول: تحريك الدعوى العمومية وممارستها.

المطلب الثاني: العقوبات المتخذة ضد مرتكبي المخالفات الجمركية.

المبحث الثاني: وسائل إثبات المخالفات الجمركية.

المطلب الأول : الإثبات عن طريق الحجز.

المطلب الثاني : الإثبات عن طريق البحث.

خاتمة.

لائحة المراجع.

الإطار القانوني والمؤسسي لإصلاح الميزانية



محمد بكشوا : طالب باحث بصف الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة

تعتبر الميزانية جزءا من الخطة المالية الوطنية، حيث تتحكم هذه الخطة في وضع وتنفيذ الموازنة العامة، باعتبارها واحدة من الأدوات المالية المستخدمة لأغراض اجتماعية واقتصادية، بهدف تحقيق التوازن الاجتماعي وتأمين الخدمات وضبط الفوارق داخل المجتمع¹.

وتحظى الميزانية بأهمية خاصة باعتبارها مرآة تعكس السياسة المالية للدولة، فالميزانية تعد من المفاهيم المركزية التي تهيمن على مجموع المالية العامة، إذ أن أغلب الآليات المالية محكومة بشكل مباشر أو غير مباشر بالميزانية².

إن المبادئ والنظريات الفقهية المالية التقليدية التي تحكمت لفترات طويلة من الزمن في صياغة ميزانية الدولة وإعدادها وتطبيقاتها تتطلب اليوم إعادة النظر في فلسفتها، بما ينسجم ويتلائم والمعطيات الجديدة³ والتحول المتسارع التي يعرفها العالم بفعل اكتساح موجة العولمة وما ترتب عنها من انفتاح اقتصادي أصبح الاهتمام بتنافسية الاقتصاد الوطني إحدى الأولويات الأساسية للسياسات العمومية⁴.

إن ميزانية الدولة تعتبر الآلية الأساسية لتنفيذ السياسات العمومية، لذلك من المفروض أن تمتد إليها موجة الإصلاحات لتواكب مسار الإصلاحات الكبرى التي تعرفها مختلف القطاعات، فخضوع تدبير الميزانية لمنهجية

¹ عبد النبي اضريف: المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها، مطبعة دار القرويين الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2007، ص: 6.

² لوشاعا جاعا: إصلاح الميزانية ورهان الحكامة المحلية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا، السنة الجامعية: 2007-2008، ص: 1.

³ الهبري الهبري: الاختصاصات المالية للبرلمان المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة الجامعية: 2006-2007، ص: 326.

⁴ محمد حنين: المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2007، ص: 1.

تقليدية أصبح غير قادر على تأهيل هذه الميزانية للاستجابة لمتطلبات تحديث الدولة، إذ أدت هذه المنهجية إلى ضعف مردودية تدبير ميزانية الدولة بفعل انغلاق مسلسل هذا التدبير نتيجة الاقتصار على الالتزام بمساطر جامدة وقواعد متقدمة غالبا ما تقود إلى التصرف في الموارد المتاحة بسخاء دون الاهتمام بتنمية الموارد وترشيد أوجه التصرف فيها¹.

لقد أدى الإطار الحالي لتدبير الميزانية إلى تخبط هذه الأخيرة في عدة إكراهات تحول دون تدبير ناجع وفعال يتمشى والمتطلبات الظرفية، فالمساطر الجامدة ومسالكتها المعقدة أصبحت غير قادرة على ضمان تدبير مالي فعال والارتقاء به إلى مستوى الجودة والمردودية والنجاعة.

كما أن العلاقة التي تربط بين البرلمان والحكومة في مجال تدبير الميزانية، تتميز بهيمنة واضحة لهذه الأخيرة في ظل رقابة مالية سمتها البارزة الضعف.

وأمام تعدد الإكراهات التي تواجه المالية العمومية، أصبحت المنهجية التقليدية للتدبير المالي غير قادرة على مساندة التحولات الدولية أو الوطنية، وقد تعززت حتمية الإصلاح بعد اعتماد فرنسا لإصلاح جوهري للمساطر المالية على اثر صدور قانون تنظيمي للمالية سنة 2001 تتمحور حول تحديث التدبير العمومي وتوازن صلاحيات الحكومة والبرلمان في المجال المالي².

وهو ما أدى إلى تبني مقاربة جديدة لتدبير الميزانية، تنتقل من منطق ميزانية الوسائل، إلى مقاربة تديرية جديدة تركز على منطق النتائج.

وتبعاً لما سبق يمكن معالجة الموضوع انطلاقاً من الإشكالية التالية:

إلى أي حد يمكن للمقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج أن تستجيب لمتطلبات تحديث وعصرنة التدبير العمومي بشكل يؤسس لثقافة تديرية تقوم على أساس النتائج والفعالية والنجاعة، وتراعي الخصوصيات الوطنية؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها مجموعة من الأسئلة أهمها:

ماهي مرتكزات المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المبنية على منطق النتائج؟ وماهي متطلبات فعالية هذه المقاربة الجديدة؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة اقتضت تقسيم الموضوع إلى مبحثين أساسيين، يتناول المبحث الأول مرتكزات المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج، بينما يتمحور المبحث الثاني حول متطلبات فعالية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية.

¹ - محمد حنين: مرجع سابق، ص: 1.

² - محمد حنين: مرجع سابق، ص: 2.

المبحث الأول : مرتكزات المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية

تتوخى عملية تحديث الميزانية تفعيل سياسة اقتصادية واجتماعية تستهدف¹ :

- تحسين مستوى عيش السكان كهدف أساسي للسياسات العامة.
 - مواجهة تحديات العولة لتوفير الاندماج والانخراط و توفير أسباب المناعة للاقتصاد الوطني .
- يتمثل إصلاح الميزانية في الانتقال (في مجال تدبير الميزانية) من منطق الوسائل إلى منطق النتائج ، وهذا الأخير يبنى على مجموعة من الأسس النظرية تشكل مرتكزات أساسية لتكريس المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، وتتمثل هذه المرتكزات في شمولية الاعتماد و التعاقد والشراكة و تدقيق النجاعة وتقييم الأداء وتتبع المؤشرات كما سنوضح في المطلب الأول .

كما أن هذه المقاربة لا يمكن تنفيذها دون مراعاة إقحام بعض الأبعاد التي تشكل مقومات أساسية وترتكز عليها المقاربة لتعزيز نجاعتها وفعاليتها، ويتعلق الأمر تحديدا بالبعد النوعي (التمايزات الجنسية والفوارق الاجتماعية)، وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الإطار النظري للمقاربة الجديدة:

يقوم منطق النتائج في تدبير الميزانية على هدف أساسي يتمثل في فعالية النفقات العمومية واستهداف تحسين عيش المواطنين عكس ما عهدناه في تدبير الميزانية بخصوص اعتماد منطق الوسائل الذي يهدف إلى صرف الإعتمادات .

فمنطق الوسائل يقوم على تحديد الأهداف انطلاقا من الموارد و الإعتمادات المتوفرة، ويتم التقييم في إطار درجة صرف الإعتمادات واحترام المساطر، أما منطق المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المبنية على النتائج فيقوم على تحديد الأهداف انطلاقا من الحاجيات و الأولويات حيث تعبى الوسائل الضرورية لتحقيق الأهداف.

و يتم التقييم حسب درجة بلوغ الأهداف وأثرها على السكان، مما يشكل منطقا ديناميكيا يندرج في إطار سياق ومسلسل مندرج، ومن ثم فصرف الإعتمادات هي وسيلة و ليس هدفا.

لتحقيق هذه المقاربة يجب أن تتم خلال كل المراحل التي تمر منها الميزانية من الإعداد إلى التنفيذ إلى التقييم مروراً بالمراقبة²، فمرحلة الإعداد (برجة المشاريع) تنطلق من حاجيات السكان (تحديد الأهداف) . أما مرحلة الانجاز فيتم الحرص على أن تكون المشاريع المنجزة أكبر فائدة على السكان و الاقتصاد (تعبئة الوسائل الضرورية) و يتم التقييم حسب بلوغ الأهداف و أثرها على السكان كما تبينه الخطاطة أسفله³.

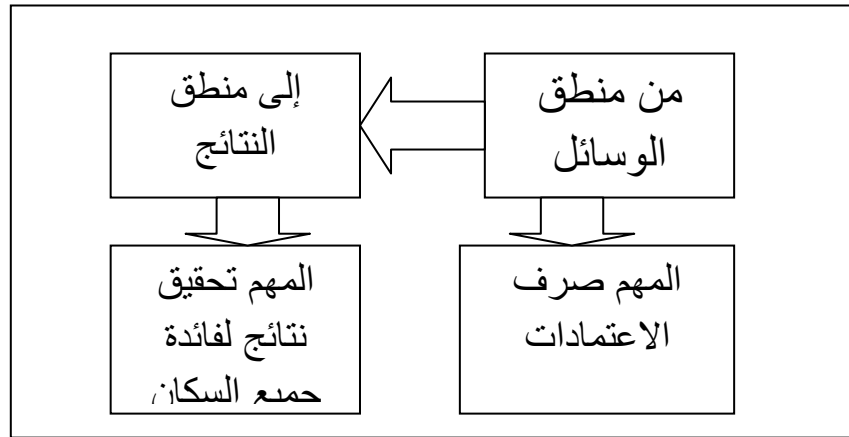
¹ - دليل إصلاح الميزانية، " المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج و المدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي"، إصدار وزارة المالية و الخصصة، سنة 2005 ، ص: 13.

² - دليل إصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص 28.

³ - المقاربة الجديدة تعزز ثقافة جديدة على جميع المستويات

- على مستوى التخطيط: يتم تحديد الأولويات - تفعيل سياسة القرب - اللاتمرکز واللامركزية

- على مستوى التدبير و الانجاز - يتم تعبئة كل الإمكانيات المركزية و المحلي - مراعاة النجاعة والفعالية



نوعية التدخل و في الأثر الناتج عنه، وتقوم المقاربة الجديدة المعتمدة لهذه الغاية على عدة أعمدة رئيسية:

- تليين ظروف تنفيذ الميزانية من خلال إقرار ما يسمى بشمولية الإعتمادات *globalisation des crédits* (La) (الفرع الأول).
- توسيع مجال الائتمركز داخل الإدارة العمومية من خلال اعتماد علاقات تعاقدية بين الإدارات المركزية للوزارات و المصالح الخارجية التابعة لها، وتشجيع علاقات الشراكة بين المصالح الخارجية للوزارات و الفاعلين المحليين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شمولية الاعتماد.

يتمثل مفهوم شمولية الإعتمادات في منح الأمرين بالصرف ونوابهم مرونة أكبر للتصرف في الإعتمادات الموضوعة رهن إشارتهم مقابل تحميلهم مسؤوليات مباشرة في تحقيق الأهداف و النتائج المسطرة لهم.

و كإجراء أولي في هذا الصدد، تم تغيير المرسوم المتعلق بتطبيق القانون التنظيمي للمالية ، وذلك بمقتضى مرسوم بتاريخ 15 شوال 1422 (31 دجنبر 2001) ، للسماح للأمرين بالصرف ونوابهم بتحويل الإعتمادات المتوفرة لديهم من سطر إلى آخر داخل نفس الفقرة الموازية ، دون الحاجة إلى تأشيرة مسبقة لوزير المالية، هذا مع الإشارة إلى أن الاقطاعات المرخص بها يجب ألا تمس البنود الحساسة كنفقات الماء و الكهرباء و الهاتف وأجور الأعوان العرضيين تفاديا لإعادة تشكيل متأخرات الأداء في هذا المجال، و تستلزم الاستفادة من هذه المرونة استيفاء شرطين رئيسيين :

- إعادة هيكلة الكراسة الموازية المتعلقة بكل من ميزانية التسيير وميزانية الاستثمار بشكل يجعل من السطر السند الأساسي لإنجاز برنامج أو مشروع أو عمل معين.
- تحديد مؤشرات مرقمة بالنسبة للأهداف المتوخاة للتمكين من مقارنتها مع النتائج المنجزة فعليا . ويبرز الجدول التالي مقارنة بين النظام السابق والنظام الجديد¹:

- على مستوى تحقيق العدالة و الخدمة : تتوخى الإنصاف والمساواة - الديمقراطية ، التشاركية - المسؤولية - الشفافية.

¹- دليل اصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 35.

النظام السابق	النظام الجديد
1- نسبة صرف الميزانية في بعض القطاعات (لا تتعدى أحيانا 50%) . أي أننا نجد أنفسنا أمام مفارقة: - الأموال العمومية لا تستعمل بالكامل من الناحية الكمية في عدة قطاعات. - حاجيات السكان، في نفس القطاعات، غير ملباة. - في الكثير من الحالات كانت الميزانية تصرف في غير محلها و بشكل عشوائي (خاصة في الشهور الأخيرة من السنة من أجل تبرير صرف الإعتمادات) . أي أن الأموال العمومية لا تستعمل بالكامل من الناحية الكيفية .	• تحسين نجاعة وفعالية الإدارة، • ترشيد النفقات العمومية، • تقوية اللاتمرکز باعتباره محورا أساسيا للإصلاح الإداري، • تعزيز استقلالية المشرفين على المصالح اللامركزية، • إشعار الأمرين بالصرف بمسؤولية أكبر في تدبير النفقات العمومية. • تحسين برمجة و تنفيذ و مراقبة النفقات العمومية.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك ، بدأ الانحراط في تطبيق شمولية الاعتماد سنة 2002 بخمس وزارات (وزارة المالية، وزارة الصحة ، وزارة الفلاحة، وزارة الصيد البحري ، قطاع التخطيط) ، ليصل العدد إلى 13 قطاعا وزاريا كما تنص على ذلك تقارير وزارة المالية بمناسبة عرض قانون مالية 2008، للإشارة فإن قطاع التعليم انحط في المشروع منذ سنة 2006 مما يشكل قفزة نوعية في تدبير ميزانية القطاع و الدولة، على اعتبار أنها تمثل أزيد من 25 في المائة من الميزانية العامة، لتصل لأزيد من 30 في المائة بمقتضى القانون المالي 2009 مع توجه الدولة نحو إصلاح قطاع التعليم (البرنامج الإستعجالي).

ومن نافلة القول إن انحراط وزارة التربية الوطنية في مسلسل تحديث الميزانية، من شأنه أن ينعكس على فئة عريضة من المجتمع، لكون القطاع يعد الأكثر ارتباطا بالمواطنين، فهو يشغل نصف عدد موظفي الدولة (قرابة 300 ألف موظف) و يرتبط بكل الأسر لتأطيره للمدرسة (6 ملايين تلميذ) ، ويجسد الجدول أسفله نموذجا لمشروع تنجزه الأكاديميات الجهوية للتربية والتكوين (ضمن مسلسل التدبير بالنتائج)¹:

¹ - تم إدخال شمولية الاعتمادات سنة 2002 في المسطرة الجديدة للميزانية (دورية بتاريخ 2001/12/25) .

- 14 وزارة قامت بتوطينها لغاية سنة 2006.
- أضيفت ست قطاعات وزارية جديدة في عام 2007، من بينها قطاع التعليم المدرسي.
- تم إعادة هيكلة البرامج المعتمدة من طرف قطاع التعليم المدرسي برسم السنة المالية 2007 في 7 برامج و هي :
- تنمية التعليم الأولي
- تنمية التعليم الابتدائي
- تنمية التعليم الثانوي الإعدادي
- تنمية التعليم الثانوي التأهيلي

اسم المشروع	الهدف حسب العقدة	الإعتمادات المعبئة	الأهداف السنوية	مؤشرات التتبع
تكوين مستمر	تعزيز التكوين المستمر للمعلمين و المعلمات المتممون للتعليم الابتدائي	سنة 1... سنة 2... سنة 3...	عدد الدورات التكوينية للسنة 1 السنة 2 السنة 3	• عدد المدرسين والمدرسات الذين استفادوا من 10 أيام من التكوين - • عدد المكونين و المكونات الذين تعززت قدراتهم. • عدد مراكز التكوين التي تم إعدادها و تجهيزها

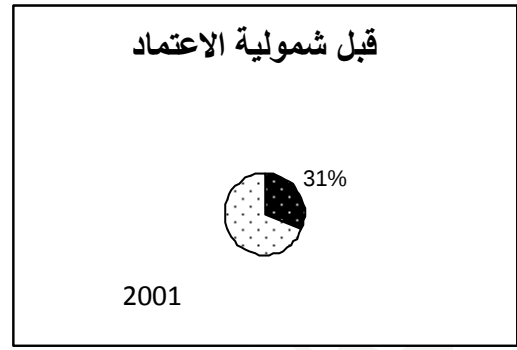
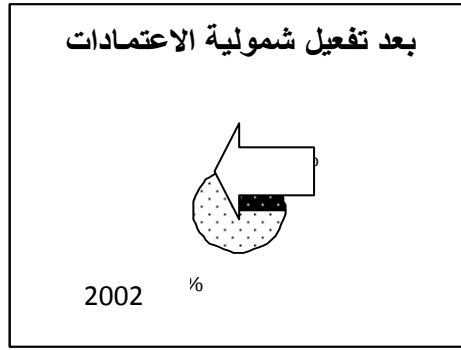
و تفعيللا للميزانية المرتكزة على النتائج تدرج المشاريع في إطار خطط عمل تفعل سياسة عمومية في القطاع المعني ، فالوسائل التي تلتزم الإدارة المركزية (في مثالنا وزارة التربية الوطنية) بتوفيرها يمكن أن تشكل من منح للتسيير والاستثمار، تعبئة موارد خارجية عن الميزانية وتعزيز الموارد البشرية، والخبرة و المساعدة التقنية، والدعم البيداغوجي...

مسطرة تتبع وتقويم تنفيذ العقدة تتمثل مثلا في إرسال الأكاديميات للمديريات المركزية للوزارة تقارير حول تقدم إنجاز المشاريع ، و في إرسال الوزارة للجن مراقبة في عين المكان، مع لقاءات تقييمية دورية تجمع الطرفين بهدف تتبع المؤشرات.

وقد عرف تطبيق شمولية الاعتماد تطورا كبيرا في بعض القطاعات الاجتماعية، كقطاع الصحة كما تبين الخطاظة أسفلة، حيث أن تطبيق المقاربة المرتكزة على النتائج في تدبير ميزانية قطاع الصحة عرف تحسن مستوى أداء و تنفيذ العمليات المالية، حيث انتقلت نسبة الالتزام بالنفقات (الاستثمار) من 69% سنة 2001 إلى 75% سنة 2002 كما هو مبين في الرسم التالي¹ :

- تنمية الموارد البشرية والكفاءات البيداغوجية
- تنمية التعليم ما بعد البكالوريا
- القيادة ودعم المهام

¹ - دليل اصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 37.



نسبة الالتزام بالنفقات

هذا ونجد مجالات أخرى عرفت تطورا بفضل شمولية الإعتمادات، عبر رصد حركية بعض المؤشرات ما بين 1999 و 2002 ، أي قبل و أثناء اعتماد المقاربة الجديدة، وفق المعطيات الواردة في الجدول أسفله¹:

بعض المؤشرات	من	إلى	
الولادة في سطر مراقب صحيا	45% في 1999	50% سنة 2002	فنجاعة قاعدة الإعتمادات،
تقوية تجهيزات البنيات الصحية	+ 8%		تبني قواعد في التعاقد و
تحسن التزود بالأدوية	+ 4%		

وعموما شمولية تتوقف على إضافية محددة الشراكة .

الفرع الثاني : التعاقد و الشراكة

يعبر التعاقد (la contractualisation) عن تغيير دال في العلاقة بين الإدارة المركزية و مصالحها اللامركزية. وهو يحيل على نمط جديد من التدبير المالي، يركز على النتائج من خلال عقدة بين طرفين هما الإدارة المركزية من جهة، و المصالح اللامركزية التابعة لها من جهة أخرى.

و ترمي سياسة اللاتمركز إلى ترشيد توزيع المهام بين الإدارات المركزية للوزارات و بين المصالح الخارجية التابعة لها. وبمقتضى هذا التوزيع، تصبح الإدارات المركزية مدعوة لتركيز جهودها على المهام الإستراتيجية المتعلقة بالتوجيه و التنسيق والتقييم وتفويض المهام الأخرى الإجرائية والتنفيذية إلى مصالحها المحلية.

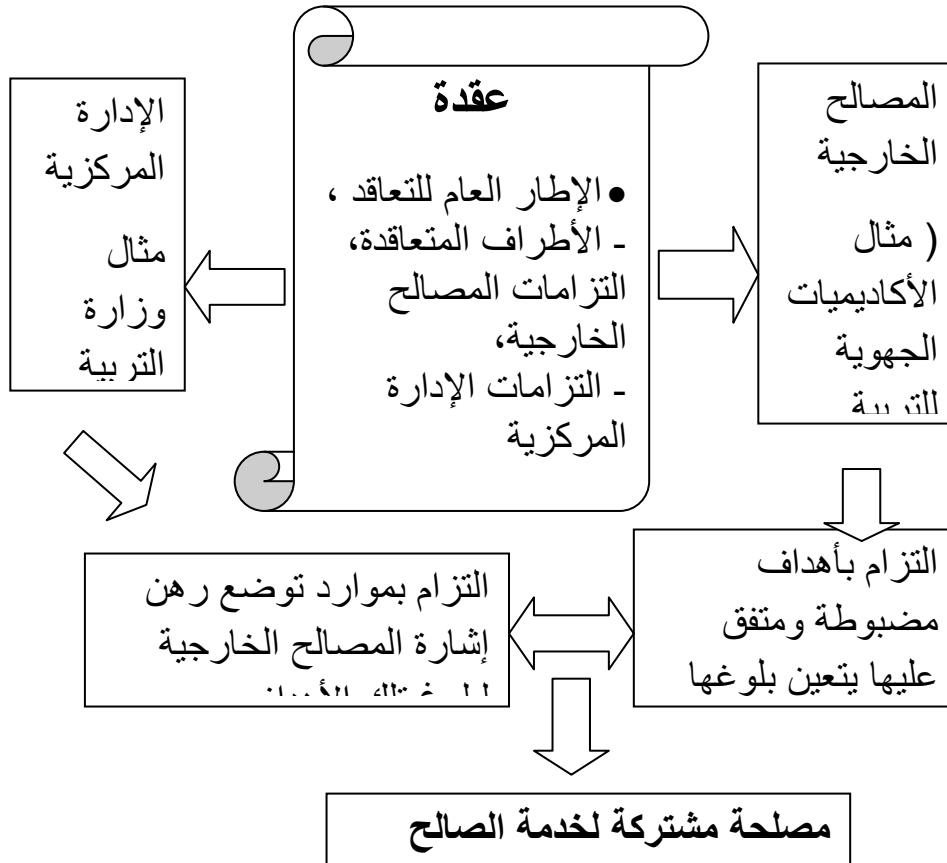
¹- نفس المرجع، ص: 37.

ومن شأن توسيع صلاحيات هذه الأخيرة على مستوى البرمجة و التقرير أن يجعل منها أداة ناجعة للتعريف بالحاجيات الملحة للمواطنين والمقاولات على الصعيد المحلي لدى المصالح المركزية في إطار تحضير برامج عمل الوزارات و المساهمة في تلبيتها، ما دامت أكثر احتكارا بهم من الإدارة المركزية، مما يعطي سياسة القرب مدلولها العملي على أرض الواقع.

وقد تم اتخاذ الإجراءات التنظيمية اللازمة لهذا الغرض من خلال تحضير مرسومين يتعلقان على التوالي بتحديد قواعد تنظيم الإدارات المركزية ومصالحها اللامركزية من جهة، و اللامركزية الإدارية من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق، يتم تنظيم العلاقات بين الإدارات المركزية وفروعها المحلية على أساس تعاقدى حدد قواعده منشور السيد الوزير الأول بتاريخ 9 شوال 1422 (25 دجنبر 2001)، مع تحديد أجل لا يتعدى ممت سنة 2005 لتعميم هذه المقاربة على جميع الوزارات.

يتمحور التعاقد حول تحديد حقوق و التزامات الطرفين، بموجب عقدة (تغطي عموما ثلاث سنوات) تستفيد المصالح اللامركزية بموجب العقدة من تفويض للسلطة في مجال التدبير، و يبين المبيان أسفله نموذج لهذه العقدة بين الإدارة المركزية لوزارة التربية الوطنية والأكاديميات كمصالح خارجية¹.



¹ - دليل اصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 31.

الأهداف	تدقيق وأجراء الأهداف المتوخاة ، و المندرجة في إطار تفعيل سياسة عمومية، مع تحديد الجدولة الزمنية للانجاز
الوسائل أو الموارد	تحديد الوسائل البشرية والمالية والتنظيمية الضرورية لبلوغ تلك الأهداف
النظام المعلوماتي	إرساء نظام معلوماتي يقوم بجمع وتحليل و معالجة المعلومات التي تمكن من تتبع وتدبير التعاقد

¹- دليل اصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 32.

كما يبين الجدول أسفله المقارنة بين النظام الجديد والقديم حيث يبرز المتغيرات التالية¹:

النظام القديم	النظام الجديد
دور المصالح اللامتمركزة دور تنفيذي	علاقات تنسيق وشراكة في كافة المسلسل : - شراكة بين الإدارة المركزية و المصالح الخارجية، - شراكة بين الفاعلين المحليين من أجل التخطيط و البرمجة .. - انخراط أكبر للمصالح اللامتمركزة: - تقترب أكثر من السكان - تتحمل مسؤولية أكبر، - تبحث عن أقصى مستويات إنجاز المشاريع.
هدر في الموارد أو عدم استغلالها بالكامل	برمجة دقيقة : - دراسة الحاجيات، وضع الأولويات، وتصنيفها، - تقريب الاعتمادات من المواطنين، - البحث عن الملائمة بين الحاجيات والموارد، - تحسين الأداء بنفس المداخيل، - البحث عن تعبئة أكبر للموارد والإمكانات..
ضعف في التدبير المالي	التكثيف مع متطلبات النجاعة والمردودية: - تدقيق الأهداف، - وضع مؤشرات للتتبع و التقويم ... - تمكين المؤشرات (وهي كمية و / نوعية) من : - تدقيق النتائج المنتظرة من برنامج أو مشروع معين، - مقارنة النتائج المحققة مع الأهداف

أما بخصوص الشراكة كعنصر أساسي ومركزي في المقولة الجديدة فيتعلق الأمر بتحديد إطار شراكة، تراعي مبادئ الحكامة، بين الإدارات اللامتمركزة والفاعلين المحليين، وذلك في أفق تفعيل سياسة القرب تستجيب لانتظارات السكان. كما يعزز سياسة اللامركز و يسعى للتجاوب مع وضعيات واقعية و ملموسة في تعدديتها بحسب

¹- نفس المرجع، ص: 32.

الاحتياجات المتغيرة لمختلف الشرائح الاجتماعية. كما ينظر إلى الفاعلين المحليين، باختلاف مواقعهم، باعتبارهم مواطنون ومواطنات لهم قدرة كبيرة على التعبئة و على المشاركة من أجل التنمية المستدامة.

و تتوخى الشراكة بين الإدارات و الجماعات المحلية والقطاعين الخاص والعام و الجمعوي في نفس الوقت:

- رصد الخبرات في مجال تدبير المشاريع،

- النهوض بالديمقراطية المحلية كممارسة،

- تفعيل سياسة القرب .

و من نفس المنطلق تسعى الإدارة إلى تشجيع علاقات الشراكة بين المصالح اللامركزية والفاعلين المحليين من جماعات محلية وفعاليات المجتمع المدني و مكونات القطاع الخاص، إذ تمكن هذه المبادرة من تنسيق جهود مختلف المتدخلين المحليين والتأكد من انسجامها من خلال الاستعمال المشترك للموارد البشرية والمادية والمالية المتوفرة لدى كل منهم، وبهذا فهي تساهم في إضفاء المزيد من الفعالية على هذه التدخلات مع الرفع من جودتها والتقليص من تكلفتها .

و من أجل التأكد من أن تنفيذ المشاريع المدرجة في هذا الإطار يسير على الوجه المطلوب، فإن هذه المشاريع تخضع لتتبع مستمر مع إلزام القيمين عليها بإعداد تقارير دورية نصف سنوية تمكن من تقييم تقدم الأشغال ومدى مساهمة المشاريع في تحقيق النتائج المنتظرة منها.

هذا مع الإشارة إلى أن مساهمة الدولة في تمويل هذه المشاريع يتم تحديدها على أساس معايير موضوعية وشفافة، ويتم دفعها حسب مساطر مرنة تتمثل على الخصوص في إعفاء قرارات دفع المنح للجمعيات المعنية من تأشيرة مديرية الميزانية بوزارة المالية و الخصخصة.

وقد تم لهذا الغرض تعميم منشور للسيد الوزير الأول بتاريخ 27 يونيو 2003، يحدد شروط الشراكة بين الدولة والجمعيات و كيفية أداء المساهمات العمومية لفائدة هذه الأخيرة.

وكمقارنة بين النظام الجديد والقديم يبرز الجدول اسفله المتغيرات التالية¹:

النظام القديم	النظام الجديد
- ضعف انفتاح الإدارات اللامركزية على الفاعلين المحليين	- إرساء نموذج جديد للشراكة قائم على التشاور و التنسيق و الثقة المتبادلة مع توضيح مهام الشركاء المحليين،
- بهدف معرفة أفضل للواقع المحلي واستغلال إمكانية التدخل عن قرب.	- الرفع من مستوى و نجاعة تدخل الدولة و شركائها من أجل تعبئة أفضل لكل الموارد المتاحة وترسيخ مقاربة النتائج
- غياب إطار شفاف و تشاوري لتخطيط وتتبع تدخل الجمعيات.	- جعل الشراكات مرتبطة بانشغالات و احتياجات المواطنين والمواطنات، وفاعلة في مجال تطوير السياسات التنموية المحلية، وتطوير ديناميات محلية بإرساء أنشطة تشاركية عبر التراب الوطني في إطار تعزيز اللامركزية واللامركز.
- تعقد مساطر دعم الدولة للجمعيات،	

¹- دليل إصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص : 32.

وهكذا من المنتظر أن تشهد الميزانية العامة للدولة خلال السنوات القليلة القادمة تطورات نوعية بإدماج البعد الجهوي لتوزيع الاعتمادات على مستوى التحضير و التنفيذ ضمن منظور شامل، يروم أساسا ترشيد وتحديث طرق عمل الإدارة العمومية في اتجاه المزيد من الشفافية والنجاعة.

المطلب الثاني: إصلاح الميزانية بإدماج مقارنة النوع الاجتماعي :

الميزانية حسب "مقاربة النوع الاجتماعي" تعني أداة تحليل، تحمل نفس الاسم، في مسلسل برمجة وتنفيذ الميزانية، أي تطبيق هذه المقاربة عند وضع وتنفيذ الميزانية من خلال الأخذ بعين الاعتبار إنتظارات واحتياجات النساء والرجال، والبنات والأولاد من مختلف الشرائح للحد من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية القائمة بينها، أي أن الغاية النهائية من اعتماد مقاربة النوع على مستوى الميزانية هي رصد الاحتياجات وحسن توظيف الإعتمادات للرفع من مستوى عيش النساء والرجال، البنات والأولاد.

فماذا تعني الميزانية حسب مقاربة النوع الاجتماعي (الفرع الأول)؟ وما هو الإطار الذي تركز عليه ميزانية من هذا النوع (الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: الميزانية حسب مقاربة النوع الاجتماعي :

ميزانية تدمج مقاربة النوع الاجتماعي هي ميزانية:

- تراعي المساهمة المختلفة للرجال والنساء بمختلف الشرائح التي ينتمون إليها، وتقتراح حلولاً لجعل الميزانية تعترف بالارتباط الموجود مثلاً بين الاقتصاد المنظم وغير المنظم.
- تدرس آثار توزيع المداخل والنققات على الرجال والنساء ليس فقط على المدى القريب بل على المدى المتوسط والبعيد، أي على دورة حياتهم بكاملها.
- تحرص على الاستجابة بشكل منصف للحاجيات الآنية والإستراتيجية للنساء والرجال، والبنات والأولاد من مختلف الشرائح السوسيو-اقتصادية وكل الأوساط.
- تسعى للتخفيف من الفوارق الاقتصادية والاجتماعية المتواجدة بين هذه الشرائح وتفعيل مبدئي الإنصاف والمساواة¹.

فمقاربة النوع في وضع الميزانية لا تعني الاهتمام فقط بالنساء، ووضع ميزانية خاصة بهم، أو الزيادة في الميزانية لصالحهم، أو وضع ميزانية من جزئين واحد للرجال وآخر للنساء في إطار الميزانية العامة، بل تعني الاستعمال الجيد للإعتمادات انطلاقاً من تحليل الحاجيات من أجل تحسين نوعية حياة النساء والرجال معاً²، فالأمر لا يتعلق بحجم الإنفاق بل بنوعيته وأثره على سائر الفئات.

¹- دليل إصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 48.

²- نفس المرجع، ص: 48.

الفرع الثاني : إطار ميزانية مقارنة النوع :

إدراج مقارنة النوع الاجتماعي في مسلسل وضع وتنفيذ الميزانية يأتي في سياق مجموعة من الانجازات والإصلاحات التي عرفها المغرب خلال السنوات الأخيرة في اتجاه تكريس مبدأي الإنصاف والمساواة بين الجنسين، من خلال عدة مجالات أهمها:

-أ- المجال التشريعي:

وتتجلى أهمية هذا المجال من خلال النقاط التالية:

- المصادقة على اتفاقيات دولية في مجال حقوق الإنسان وخاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية حقوق الطفل.
 - صدور مدونة الأسرة التي من مستجداتها وضع الأسرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين، وتكريس مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما.
 - إصلاح مدونة الشغل، مع اعتماد مبدأ عدم التمييز بين الجنسين.
 - إصلاح بعض مقتضيات القانون الجنائي مع اعتماد مبدأ عدم التمييز، وحماية النساء من العنف¹.
- ب- مجال تخطيط السياسات العامة:

وذلك من خلال:

- إعداد أدوات على مستوى المنظومة الإحصائية بإنتاج إحصائيات تفصيلية بالنسبة للجنسين.
 - انطلاق المرحلة التمهيديّة لوضع مؤشرات لمقاربة النوع الاجتماعي.
 - بدا التفكير في إدراج مقارنة النوع الاجتماعي في مسلسل التخطيط في إطار الإعداد لمخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية المقبل².
- ج- مجال مشاركة النساء:

وذلك بولوج النساء إلى مجالات كانت في السابق حكرا على الرجال من خلال:

- دخول النساء إلى مجلس النواب بصفة خاصة وبنسبة غير مسبقة تقارب 10%.
 - تقلد النساء وظائف وقطاعات جديدة كانت في السابق حكرا على الرجال (الجمارك، شرطة المرور).
- فإدماج مقارنة النوع الاجتماعي ضمن الميزانية، له عدة انعكاسات:
- انعكاس اجتماعي: من خلال التخفيف من الفوارق الاجتماعية.
 - انعكاس اقتصادي: نجاعة أكبر في استعمال الموارد.
 - انعكاس سياسي: شفافية أكبر في تدبير الشأن العام.

¹ دليل اصلاح الميزانية، مرجع سابق، ص: 50.

² نفس المرجع، ص: 50.

إن مسلسل إدراج مقارنة النوع الاجتماعي في وضع الميزانية تلعب دورا مركزيا ومهيكلًا في إضفاء الانسجام على الجهود وتأكيد مصداقيتها، فالميزانية تعتبر محكًا لمدى الانتقال من النوايا المعبر عنها إلى إجراءات ملموسة وذات تأثير ملحوظ¹.

كما أن نجاعة وفعالية الميزانية المرتكزة على منطق النتائج تتطلب مجموعة من الإصلاحات حتى تتجاوز التسيير الكلاسيكي والتقليدي لتدبير الميزانية.

فما هي إذا متطلبات فعالية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني متطلبات فعالية ونجاعة المقاربة الجديدة.

إذا كان تأسيس التدبير بالنتائج يقوم على مجموعة من المقومات كالتعاقد والشراكة وشمولية الاعتماد وتقييم الأداء، كركائز أساسية تساهم بشكل فعلي في التحكم في المالية العمومية، والحد من المخاطر المالية والمحاسبية وصرف الميزانية بالشكل الذي يؤدي إلى إدماج البعد الجغرافي والزمني والنوعي على النحو الذي اشرنا إليه سابقا، فإن هذه المحددات النظرية وما يصاحبها من إجراءات تبقى غير كافية في غياب أساس قانوني يراعي الثغرات التي تطل تحديث الميزانية، مما يستدعي إعادة النظر في المنظومة القانونية المؤطرة للتدبير المالي (مطلب أول)، وإشراك مختلف الفعاليات والمؤسسات المؤثرة في تدبير الميزانية على غرار التجارب الدولية (مطلب ثان).

المطلب الأول مراجعة المنظومة القانونية المؤطرة للتدبير المالي.

إن تطبيق المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج، يستدعي احترام مبدأ الشرعية، بمعنى تأسيس هذه المقاربة على ضوابط قانونية محددة، وهو أمر تكرر على مستوى التجربة الفرنسية، فيما لا يزال تدبير الميزانية بالمغرب يركز على منظومة قانونية متقدمة، ما يفرض تعديل النصوص القانونية الأساسية الضابطة لتدبير العام، وخاصة القانون التنظيمي للمالية باعتباره دستورا للمالية العمومية (الفرع الثاني)، ولن يكتمل دوره دون اصلاح القوانين المرتبطة به، وعلى رأسها قانون المحاسبة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إصلاح القانون التنظيمي للمالية.

إن القانون التنظيمي للمالي الحالي لسنة 1998، وبالرغم من التعديلات التي أدخلت عليه سنة 2001، حتى يتلاءم مع مرتكزات المقاربة الجديدة للتدبير بالنتائج، وفق قاعدة شمولية الاعتماد، لا يزال غير قادر على استيعاب تجربة التدبير بالنتائج.

لذلك تكتسي مراجعة هذا القانون طابع الاستعجال، وذلك على غرار التجارب المقارنة، بحيث يراعي تحقيق المبادئ الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على التدبير المندمج للنفقات و الجهوية و الجندرة و متطلبات المحاسبة العمومية، هذا ويتحدد أهم معالم مراجعة القانون التنظيمي للمالية في :

➤ إدراج الاعتمادات في شكل مهام و برامج، وبرمجة الميزانية بناء على الأهداف ، وتحديد مؤشرات الفعالية، على غرار ما ينص عليه القانون التنظيمي لقانون المالية الفرنسي في فصوله 7 و 48 و 51 و 54 .

¹- نفس المرجع، ص: 50.

- إضفاء الشفافية والوضوح على الحسابات العمومية، وذلك عبر تعريف شامل وواضح بقانون المالية، وهو ما انتهى إليه المشرع في الفصول 34 و37 من القانون التنظيمي لقانون المالية الفرنسي.
- إرساء قواعد محاسبية تنفيذية وإجبار مختلف الإدارات العمومية على اعتماد المحاسبة التحليلية عوض محاسبة الصندوق¹.
- تقوية سلطات البرلمان في مجال التشريع و المراقبة المالية، عبر إلزام الحكومة بتقديم تقارير و مؤشرات تنفيذ الميزانية بشكل دوري، أو عند تقديم مشروع قانون مالي جديد.
- إضفاء البعد القطاعي على تدبير الميزانية ، بحيث يتاح لكل وزارة تقديم تقارير عن المشاريع والأولويات المبرجة أمام البرلمان ، قبل تقديم وزير المالية لمشروع قانون المالية، على أن تتضمن هذه التقارير مجموعة المعطيات والالتزامات من أجل تحقيق النتائج، يبين فيها مدى قيام القطاعات الوزارية بتحقيق الأهداف المبرجة، فيتم نشر النتائج قبل خمسة أشهر من بداية القانون المالي السنوي، لتشكل قاعدة يسطر على أساسها القانون المالي المقبل².
- مراجعة القانون التنظيمي للمالية بالشكل الذي يضمن انسجامه مع باقي النصوص و القوانين الدستورية، و خاصة إذا تعلق بمخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، باعتباره يشكل موجهها أساسيا للسياسة المالية للدولة طبقا للفصل 50 من الدستور.
- اعتماد المؤشرات على مستوى الميزانية قصد التمكن من تقييم فعالية المسيرين³ وبالتالي سهولة تحديد المسؤولية وتفعيل المحاسبة الناجعة.
- تكريس البعد الجهوي على مستوى الميزانية تماشيا مع متطلبات نجاح المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، التي تستدعي تفويض الإعتمادات إلى المصالح الخارجية، وملائمة القوانين المالية مع الخصوصيات المحلية . و بالرجوع إلى التجربة الفرنسية، نجد أن القانون التنظيمي للمالية لم يقم بتحديد مفهومي الأهداف والبرامج بدقة، كما أن تكليف التقنيين والمسيرين البيروقراطيين والأجهزة الإدارية (وزارة المالية) ببرمجة الميزانية بناء على قاعدة البرامج يجعلها لا تستجيب للخيارات السياسية والظروف الطارئة، فتغيب المرونة الكافية التي تسمح بالتدبير السنوي للميزانية⁴.

و بالتالي فإن مراجعة القانون التنظيمي للمالية بناء على التدبير بالأهداف و البرامج يجب أن يستحضر طبيعة النسق السياسي للدولة، حيث لا يعدو دور الحكومة التنفيذي إلا أن يكون ثانويا بالنظر إلى الاختصاصات الواسعة التي يتوفر عليها الملك، بوصفه سلطة تنفيذية، فغالبا ما يعمد الملك إلى تغيير هذه البرامج و الأهداف إبان تنفيذ الميزانية بالشكل الذي يربك البرنامج الحكومي ، ومن تم القانون المالي ، وخير مثال على ذلك مشروع مليون محفظة، والبرنامج الإستعجالي لإصلاح التعليم ، والذي ضاعف ميزانية القطاع بخصوص قانون مالية 2009 ، ليرفع

¹ - تم اعتماد هذا الإجراء بموجب المادة 51 من القانون التنظيمي لقانون المالية بفرنسا .

² - J. Kromann- S. Walter : l'élaboration et la gestion de budget centre sur les résultats – revue de l'OCDE- volume 3 N° 1, 2002, P 21.

³ - A. Lambert et d.Migoud : la LOLF le levier de reforme de l'Etat – revue française de l'administration publique , N° 117, juin 2006.

⁴ -N. Tonzer : les finances publiques aux service d'une stratégie de reforme – RMAD – N° 25, P 43.

المبلغ من 3.5 مليار درهم إلى أزيد من 4.5 ملايير درهم، إذ تم تخصيص مليار و 159 مليون لتغطية مصاريف البرنامج الإستعجالي لإصلاح التعليم .

هكذا إذن بات التعجيل بمراجعة القانون التنظيمي للمالية أمرا ضروريا لاستيعاب المتغيرات الطارئة على تدبير الميزانية، بشكل يضمن نجاح تجربة التدبير بالنتائج ببلادنا.

و في الإطار ذاته، لا يكفي إصلاح القانون التنظيمي للمالية ما لم تواكبه إصلاحات مماثلة تطل مجموعة من القوانين الأخرى الضابطة للشأن المالي، كما هو الحال بالنسبة لقانون المحاسبة العمومية.

الفرع الثاني : مراجعة قانون المحاسبة العمومية :

يلعب النظام المحاسبي كنظام متكامل وشامل، دورا كبيرا في إمداد المستويات الإدارية المختلفة بالمعلومات اللازمة لتحقيق وظائفها المتمثلة في التنظيم و التخطيط والمراقبة¹.

و يعرف مجمع المحاسبين بأمريكا المحاسبة بكونها " فن تسجيل وتبويب و تخصيص جميع العمليات المرتبطة بمشروع ما في وحدة قياس نقدية لترجمة الأحداث التي يمر بها المشروع، ومعرفة النتائج التي وصل إليها"².

و إذا كانت المحاسبة العمومية تتوخى أساسا مراقبة مشروعية تنفيذ العمليات المالية، وليس معرفة النتائج المادية بخلاف المحاسبة الخاصة، فإن هذا النوع من المحاسبة أصبح متجاوزا أمام ظهور نظريات حديثة في مجال التدبير العمومي على تحقيق النتائج، والمرونة في تنفيذ الميزانية، باستفحال نظام المحاسبة العمومية بالمغرب، نجد أنه لازال مؤطرا بموجب المرسوم الملكي لسنة 1967:

- استحضار البعد التوقعي للنظام المحاسبي توخيا لأقصى مستويات المردودية وتحسبا للمخاطر المحتملة.
- وضع نظام لتحديد سعر التكلفة، من أجل تحديد تعريفة خدمات المصالح ومراقبة الكلفة و تحقيق التقارب بين الكلفة والنتائج المحققة، ومن تم المقاربة بين مختلف البرامج³.
- مساهمة نظام المحاسبة العمومية لنظام المحاسبة التحليلية الذي يبنى على نظام القيد المزدوج، عوض القيد البسيط والذي لا يسمح بقياس دقيق للموارد و التدفقات المالية، ويقتصر فقط على التركيز على مشروعية العمليات ومحاسبة الصندوق (التحصيل و الدفع).

إن نظام التدبير بالنتائج لا يمكن أن يتلاءم مع قانون محاسبي ضعيف ومتقادم وجامد، خاصة و أن شمولية الاعتماد تهدف إلى إعطاء صلاحيات للأمر بالصرف في إدخال تحويلات على أسطر وفقرات الميزانية ، بالشكل الذي يتتبع تحقيق النتائج و الأهداف الظرفية للمؤسسة، ولمسايرة هذا التطور يفترض اعتماد محاسبة ذات طابع تحليلي ضمانا لشفافية الميزانية، وإعطاء معلومات كافية حول سير العمليات المالية مما يتيح مقروئية أحسن لوثائق الميزانية، وسهولة الولوج إلى المعلومة من كل الأطراف المتدخلة في التدبير المالي.

¹ - فكري عبد المجيد عشموي : المحاسبة المالية، دار الشرق جدة، الطبعة الأولى، 1983، ص 32.

² - نفس المصدر ص 18 و 19.

³ - Sbihi Mohammed : la gestion des finances publiques – 2édition Babel – Rabat, 1992, P 180.

وعموما فإن معايير الفعالية والنجاعة والاقتصاد يمكن أن تصبح قابلة للقياس بفضل اعتماد نظام محاسبي جديد يراعي المتطلبات المشار إليها ، ويدمج البعد التشاركي في تدبير العمليات المالية والمحاسبية، عبر الانفتاح على المجتمع المدني و تعزيز دور البرلمان عبر مده بمجموعة من الوثائق و التقارير المالية والمحاسبية، وكذا التقنيات الكفيلة بجعله في مستوى مراقبة العمل الحكومي، و تنوير الرأي العام في تقييم السياسة المالية للدولة.

المطلب الثاني : إشراك البرلمان والمجتمع المدني في تدبير الميزانية :

إن نجاح المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج، تفرض إشراك المواطن عبر المؤسسة التشريعية في تدبير ميزانية الدولة، وذلك بمنح البرلمان صلاحيات واسعة في مجال التشريع و المراقبة المالية (فرع أول)، مما يمكن من مراقبة العمل الحكومي و تتبع تنفيذ السياسات العمومية وذلك لإرجاع ثقة المواطن في المؤسسات ومواكبة قضايا تدبير الشأن العام، كما أن إشراك جمعيات المجتمع المدني سيلعب دورا مهما في تنفيذ مختلف المشاريع التنموية على الصعيد الجهوي و المحلي وفق المقاربة التشاركية، لإضافة إلى أن قضايا التدبير المالي بصفة عامة تستدعي من الحكومة، إغناء مختلف مشاريع القوانين المالية و الإجراءات المسطرية، بمعلومات وبيانات وتقارير توضيحية وخلق نظام للإعلام المالي بشكل يسمح لمختلف الفعاليات بتتبع تدبير الدولة (فرع ثاني) .

الفرع الأول : توسيع صلاحيات البرلمان في تدبير المال العام :

أبانت الممارسة مدى ضعف تدخل البرلمان في تدبير المال العام، سواء تعلق الأمر بمرحلة إعداد القوانين المالية والتصويت عليها، أو خلال تتبع تنفيذ الميزانية و الرقابة عليها. ويمكن إجمال محدودية دور البرلمان على هذا الصعيد من خلال :

- وجود مجموعة من النصوص القانونية تقلص من هامش البرلمان في تدبير المال العام¹، وخاصة الفصلين 50 و 51 من الدستور، والمادة 40 من القانون التنظيمي للمالية (عدم السماح للبرلمان بالزيادة في النفقات أو النقص م الإيرادات).
- محدودية الوسائل المادية والبشرية المتاحة للبرلمان، وضعف تكوين البرلمانيين، وصعوبة الإحاطة بالمعطيات المالية التي يغلب عليها الطابع التقني².
- خضوع البرلمان لإرادة الأغلبية الحكومية التي تنضبط للتصويت على المشروع الحكومي (المالي) في ظل ضعف المعارضة.
- إفلات العديد من الهيآت من الرقابة المالية لمجلس النواب كما هو الشأن بالنسبة للجماعات المحلية.
- و تأسيسا على ما سبق بات من الضروري إعادة النظر في الصلاحيات المالية للبرلمان، وتعزيزها لتصبح في مستوى مواكبة الإصلاحات المالية الدولية عموما، و لتسهيل اعتماد التدبير المالي المرتكز على النتائج بصفة خاصة.

¹ - Mohamed Harakat : Gouvernance et Evolution de la politique publique – revue Marocaine d’audit et de développement , série mangement stratégique, N° 6, P 49 et suivantes.

² - محمد حنين : تدبير المالية العمومية : الرهانات والإكراهات، دار القلم الطبعة الأولى، 2005، ص 273.

و من هذا المنطلق يقتضي تعزيز صلاحيات البرلمان لمواكبة التدبير المالي المرتكز على النتائج الأخذ بعين الاعتبار الاقتراحات التالية:

- تحويل البرلمان حق اقتراح نقل الاعتمادات داخل نفس البرنامج ومن برنامج إلى آخر أو اقتراح برنامج جديدة تهم نفس القضية مع تعليل ذلك¹.
- خلق مجموعات برلمانية مهتمة بقضايا موضوعاتية ، شكلية أو غير شكلية (نساء ، أطفال ، بيئة ...) مما قد يكون له تأثير على القرارات المتعلقة بالميزانية، خلال التصويت و التنفيذ².
- إنشاء نواة بحثية برلمانية، تكون دعامة لتطوير خبرة العمل البرلماني في مجال التحليل المالي، بالانفتاح على مراكز البحث ومراكز الخبرة ومؤسسات المجتمع المدني، وكذا تبادل الخبرة وتنسيق تدفق المعلومات بين الأجهزة الحكومية و البرلمان³.
- اعتماد مبدأ تصويت البرلمان على الميزانية وفق المهام عوض التصويت عليها وفق الفصول، كما هو معمول به حاليا في الجمهورية الفرنسية طبقا للقانون التنظيمي للمالية الفرنسي بتاريخ 01 غشت 2001⁴.
- توسيع صلاحيات لجنتي المالية بالمجلسين، بالشكل الذي يمكنهما من تتبع الميزانية⁵ والإطلاع على كافة الوثائق المهمة لتفعيل الرقابة السياسية على المال العام.
- تقليص آجال تقديم التصفية و تقارير المجلس الأعلى بخصوصها حتى تكون مساءلة الحكومة ناجعة وفعالة، حيث يصل التأخر في هذا الشأن إلى 8 سنوات أحيانا، (مناقشة قانون تصفية سنة 1993 لم تتم إلا في سنة 2000)، مما حدا بالوزير الأول إلى إصدار المنشور رقم 20/200 و الداعي إلى ضرورة تدارك التأخر الحاصل في تقديم مشاريع قوانين التصفية.
- - إشراك البرلمانين في إعداد مشاريع قوانين المالية، وأخذ اقتراحاتهم بعين الاعتبار متى كانت مناسبة للتوجيهات الحكومية، وتراعي الاعتبارات الماكرو - اقتصادية⁶.
- التعجيل بإصلاح منظومة القوانين المؤطرة للتدبير المالي على النحو الذي اشرنا اليه في المطلب قبله بمنح صلاحيات واسعة للبرلمان، مع التركيز على القانون التنظيمي للمالية، تأسيسا بالقانون التنظيمي المالي الفرنسي لفتاح غشت 2001، مع مراعاة الخصوصيات المغربية .
- تخصيص دورات تدريبية في التدبير المالي لفائدة البرلمانين، مع التركيز على أعضاء لجنتي المالية، ووضع هيئة استشارية متخصصة رهن إشارتهم.

¹ - محمد حنين : مرجع سابق، ص: 81.

² - أمينة لمريني و سالم صبار " دليل عصرنه الميزانية " : ص 57.

³ - حسن العرفي : تطوير الرقابة البرلمانية نحو مراقبة قائمة على النتائج، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 2008، 1، ص: 35.

⁴ - نفس المصدر ص: 35-36.

⁵ - محمد حنين، مرجع سابق، ص: 85-87.

⁶ - محمد نجيب كومينة : مقارنة لتعديل بنية القانون المالي و مراقبة تنفيذه، مجلة الباب، عدد 1، 2008، ص: 3 .

- تثمين الموارد البشرية الموضوعة في خدمة البرلمان و تعزيز قدراتها في المجال المالي، حتى تواكب التطورات الحاصلة، وتستوعب الإجراءات والتقنيات¹ الواجب اعتمادها، تسهيلا لعمل البرلمان.
- ترجيح منطق النتيجة وتمثيل الأمة، عوض منطق الوسيلة والانتماء إلى الأغلبية، وهو مسعى من الصعب تحقيقه، ويحتاج إلى تغيير جذري في المعطى الثقافي وفي الموروث السياسي لدى النخبة البرلمانية.
- يتضح أن من شأن تقوية صلاحيات البرلمان في تدبير الشأن المالي، أن يعمل على بلورة تدبير الميزانية بمنطق النتائج على أرض الواقع، وإخراجها من طابعها النظري، وهو هدف يتوقف تحقيقه على القيام بخطوات إضافية على رأسها إشراك جمعيات المجتمع المدني في تدبير الميزانية.

الفرع الثاني: إشراك الجمعيات ونظام الإعلام بالتقارير المالية والمحاسبية

أولاً: إشراك الجمعيات :

في خضم انفتاح الإدارة على محيطها الخارجي، وبالنظر إلى حجم الإشكاليات التي صاحبت تكريس الخصوصية، باتت جمعيات المجتمع المدني شريكا أساسيا للدولة في تخطيط وتنفيذ وتقييم السياسات العمومية. فلما كانت الميزانية تشكل عصب السياسة العمومية للدولة ككل، صار من اللازم إتاحة فرص أكبر لجمعيات المجتمع المدني للمشاركة في تدبير المال العام في سياق تبني خيار الميزانية المرتكزة على النتائج، فثمة عوامل عدة تدعو إلى إشراك الجمعيات في تدبير الميزانية، من قبيل :

- قرب الجمعيات من الساكنة واحتكاكها اليومي بها يجعلانها أكثر قدرة من غيرها على تقرير حاجيات المجتمع، ومن تم تحديد الأولويات التي قد تشكل محور اهتمام الميزانية² (التعليم، الشغل، الصحة...) فتساهم بذلك في تدقيق الأهداف وتحديد الأولويات على المستوى المحلي، مما قد يفرز ميزانية اجتماعية تراعي الخصوصيات المحلية، دون القفز على الأولويات الوطنية .
- تنامي مكونات النسيج الجمعي كما وكيفا خلال العقود الأخيرة، مما يجعل الجمعيات تشكل مكونا رئيسيا في البناء الديمقراطي، وفي تحقيق التنمية الاجتماعية، خاصة في ظل ارتكاز المبادرة الوطنية للتنمية البشرية على تمويل المشاريع المقدمة من طرف الجمعيات متى كانت ذات فائدة اقتصادية واجتماعية محققة.
- اهتمام المنظمات الدولية و المؤسسات المانحة بالمجتمع المدني، وتفضيلها منح المساعدات للجمعيات عوض منحها للدولة، مما يدفع المؤسسات العمومية إلى الانفتاح على المجتمع المدني.
- قدرة الجمعيات على التأثير في متخذي القرار³ : نظرا لتوفيرها على وسائل الضغط، اعتمادها على أسلوب التخصص (البيئة، الطفولة، النساء) .
- قدرتها على التأثير في أفراد المجتمع⁴ بإعطاء مقاربة " القرب " دلالتها الملموسة، من حيث سهولة تقدير الاحتياجات و الاتصال بالمواطن.

¹ - أمينة لمريني وسام صبار، مرجع سابق، ص: 61.

² - أمينة لمريني وسام صبار، مرجع سابق، ص: 62.

³ - نفس المرجع، ص: 63.

⁴ - www.mfe.gov.ma

من هنا تظهر أهمية الجمعيات كوسيط بين السلطة والمجتمع وفق تصورات المنهج النسقي (حركية المداخلات والمخرجات) ، وهذا ما يجعل دورها أساسيا في تدبير الميزانية على أساس النتائج انطلاقا من أربعة مداخل :

- 1- الخبرة ، و تراكمها الجمعيات بفعل التجربة و الاحتكاك المستمر مع كل من الإدارة والمواطنين، بحيث يمكن الاستفادة من خبرتها في إعداد الميزانية و تدارسها من قبل البرلمان.
 - 2- الترافع ، حيث تتوفر الجمعيات على مؤهلات كبرى تمكنها من تمثيل السكان (المنخرطين خصوصا) والدفاع عن قضاياهم وإبراز أهميتها ، حتى يتم إدراجها في الميزانية، بالتأثير على صناع القرار، وتحسيس الرأي العام.
 - 3- الاقتراح، و يتجلى في إرفاق الفعل المطلي بالقوة الإقتراحية، مما قد يساهم في توجيه السياسة المالية، و بالتالي التأثير على اختيارات الميزانية.
 - 4- المساءلة، تعتبر أوراق الضغط التي تستعملها الجمعيات لدفع الأطراف المتدخلة في التدبير المالي (الحكومة ، البرلمان أساسا) إلى القيام بوظائفها على أحسن وجه، ومن ثم تكريس مبدأ النتيجة، وتعمل الجمعيات على تفعيل المساءلة بمختلف الوسائل المشروعة، كالتقارير، والاقتراحات، والوقفات الاحتجاجية.
- هذا ولا يمكن تصور قيام الجمعيات بأي دور إيجابي في تدبير الشأن المالي العمومي ما لم تقم بتقوية قدراتها بالشكل الذي يواكب عصرنة الميزانية، وهو ما يستدعي:

- اعتماد أسلوب التخطيط الاستراتيجي القائم على البرمجة و التتبع والتقييم.
- تكوين الأطر وتقوية قدراتهم المعرفية في القضايا المالية والاقتصادية والاجتماعية.
- الانخراط في تكتلات وشبكات جمعوية للرفع من مستوى التأثير في صناع القرار.
- دعم خيار التشارك مع المؤسسات الدستورية.
- الاستخدام الجيد لمصادر المعلومات وحسن استثمار واستغلال مصادرها (البرلمان، وزارة المالية، مديرية الإحصاء...).

و على صعيد آخر ، على الجمعيات العمل لاستعادة ثقة المجتمع فيها من جهة، و لتقوية انفتاح الحكومة عليها¹، وخاصة وأن التجارب المقارنة تثبت أن ارتباط المواطن بجمعيات المجتمع المدني يفوق بكثير ارتباطه بالأحزاب السياسية و الدولة، بحيث تلعب الجمعيات دور الوسيط بين الطرفين، وهو ما ينعكس إيجابا على تدبير الميزانية بالشكل الذي يمكن معه وصفها بميزانية النتائج، و التي تقتضي تفعيل نظام الإعلام بالتقارير المالية والمحاسبية.

ثانيا : نظام الإعلام بالتقارير المالية والمحاسبية :

إن تواجد ثلاثة شبكات مختلفة للمعالجة المعلوماتية، بحسب عدد المتدخلين في العمليات المالية، يطرح صعوبات عدة تعرقل سرعة وفعالية التدبير المالي، فالأمر بالصرف يسجل التزاماته وأوامره بالصرف في شبكة خاصة

¹ - منشور الوزير الأول رقم 13/2007، بتاريخ 3 غشت 2007 ، حول إعداد مشروع قانون المالية لسنة 2008، ص 14.

به، والحاسب يتأكد من المعلومات (صحة إدراج النفقة) الوافد من لدن الأمر بالصرف، ثم يقوم بالأداء و يبين مختلف العمليات المحاسبية على شبكته الخاصة، والمراقب بدوره يتوفر على شبكة خاصة لمراقبة الحسابات المعتمدة¹.

ورغم حداثة هذا الأسلوب نسبيا، فإنه لا يساعد على تحقيق السير العادي لتدبير الميزانية، مما دفع إلى التفكير في نظام بديل، يتوخى السرعة في التنفيذ، و النجاعة من حيث النتائج.

فقد تم إنهاء الدراسة المتعلقة بالتدبير المندمج للنفقات مع وضع وحدة مكلفة بتطبيقها، و تهدف هذه الدراسة إلى تحسين التواصل بين الأنظمة المعلوماتية لمختلف المتدخلين في تنفيذ النفقات العمومية وإلى مكنته تتبع الاعتمادات المالية من أجل استغلال امثل للمعلومات².

وتم اعتماد هذا الأسلوب لتحقيق زمرة من الأهداف نبرزها كما يلي³:

- المعرفة الفورية بوضعية تنفيذ النفقات المدرجة من طرف كل واحد من الأطراف الثلاثة المتدخلة، كل في مجال اختصاصه (الأمر بالصرف، المحاسبة، المراقب).
 - تمكين كل طرف من هؤلاء الثلاثة من الولوج إلى المعلومات عبر التنسيق و الاعتماد المتبادل للرسائل الإلكترونية..
 - التمكن من التعرف الفوري على الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ المسبق للعمليات المالية والمحاسبية.
 - حل الصعوبات المتعلقة بتشابه خط (الكتابة اليدوية) الأطراف الثلاثة.
 - التعرف الفوري على وضعية استهلاك القروض (الديون) .
 - الإنتاج الآلي للمعطيات الضرورية لإعداد القانون التعديلي للمالية .
 - الاستفادة من معالجة الحسابات عبر إضافة برامج رقمية نوعية (logiciels) .
- و في نفس السياق دعا الوزير الأول في الحكومة الحالية إلى تطوير إدماج الأنظمة المعلوماتية المتعلقة بالنفقات التابعة لكل المتدخلين في تدبير النفقات العمومية على مستوى كل من المصالح التابعة لوزارة المالية والأميرين بالصرف، قصد تبسيط مساطر إنجاز الميزانية وتسريعها، و التمكن من تبادل المعلومات من طرف المصالح المعنية بصفة مؤمنة مع الحرص على ضمان صحتها و انسجامها⁴.

إن تحقيق هذا المبتغى يستوجب إرساء نظام معلوماتي فعال يستجيب للشروط التالية:

- المرونة للتأقلم مع المستجدات و الوضعيات الطارئة.
- الملائمة مع الأنظمة المعلوماتية الحديثة .
- التوفر على موارد كافية للصيانة و الاستغلال .
- الاستجابة لمتطلبات التغيير .

¹ -Etude d'évaluation de la gestion des systèmes de finances publiques . « MNACS Département de la région du moyen – Orient et de l'Afrique du nord – banque mondial – Maroc, mars 2007, P 38.

² www.mfe.gov.ma

³ -Etude de l'évaluation OP-CITE- P 38.

⁴ - منشور الوزير الأول رقم 13/2008 بتاريخ 4 غشت 2008 حول إعداد مشروع المالية لسنة 2009 ص 16.

و علاوة على ذلك تترجم إرادة الحكومة في نشر المعلومات حول أنشطتها المالية و الميزانية، و تشجيع حصول العموم عليها على مستوى تقديم الوثائق و على مستوى تسيير الميزانية.

فعلى صعيد تقديم الميزانية، يتجلى تعزيز الشفافية أولا على مستوى إغناء المعلومات الميزانية بمسابقة تقديم مشروع المالية، و يصاحب هذا المشروع ورقة التقديم و التقرير الاقتصادي و المالي و التقرير حول النوع الاجتماعي و التقرير حول النفقات الجبائية و التقرير حول المؤسسات و المنشآت العامة، و يرفق أيضا مشروع قانون المالية بتقرير حول الحسابات الخاصة للخزينة، و تقرير حول مصالح الدولة المسيرة بشكل مستقل، كما أن إدراج البعد الجهوي في تصنيفات المشروع و توحيد وكذا وثائق الميزانية في وثيقة واحدة يسهل قراءة الميزانية و استغلالها.

و تتضح إرادة الحكومة في تطوير وإدماج الأنظمة المعلوماتية، في إرساء ثقافة نشر التقارير، وإغناء القانون المالي بمجموعة من الوثائق المصاحبة، فمنشور الوزير الأول رقم 13/2008 الخاص بإعداد مشروع قانون المالية لسنة 2009 ينص على مجموعة من الفرضيات التي سيرتكز عليها القانون المالي 2009² مثل :

- تحديد نسبة النمو في 6% .
 - تحديد نسبة التضخم في 2.5% .
 - تحديد متوسط سعر البترول في 120 دولار للبرميل.
 - سعر الأورو والدولار في 1.5.
- و تشكل الميزانية جسر تواصل في قطاع المالية وذلك عبر التواصل المستمر حول الميزانية واللقاءات الصحفية السنوية المتمحورة حول الخطوط العريضة لقانون المالية و تنفيذه، وكذا نشر المعلومات حول الميزانية عبر الموقع الإلكتروني للوزارة، وتعميم الاطلاع على الشأن الميزناتي بإعداد و نشر المعلومات حول الميزانية عبر الموقع الإلكتروني للوزارة، ونشر المراجع و الدلائل و المطابع.

و بالإضافة إلى الاعتراف و تصفية متأخرات الدولة، تظهر الشفافية أيضا خلال وضع الإصلاح الميزناتي المرتكز على النتائج وإعادة نشر الحسابات ، ويعزز هذا المسلسل رؤية وقراءة و تدقيق الأداء في الميزانية، ففي سنة 2006 ، تقييم للنظام الميزناتي المغربي اعتبر البنك الدولي واعتبره نظاما فعالا يضمن الشفافية في تدبير المالية العمومية³.

و الحديث عن الشفافية، يقتضي وضوح موضوع النفقة أو المورد المالي، وسلامة أهدافها وطرق إنجازها، بمعنى إجراء العمليات المالية بكيفية واضحة المعالم تسمح بمعرفة جميع تفاصيلها، فشفافية التدبير المالي تنطوي على تفادي العمليات الضبابية و الحيلولة دون ما يسمى بالنفقات السوداء، أي إخراج عمليات الإنفاق من الدائرة السوداء إلى دائرة النور والوضوح⁴.

1- تقرير البنك الدولي حول دراسة تقييم أنظمة المالية العمومية، فريق العمل لوزارة المالية و الخصصة بالمغرب و للبنك الدولي، المملكة المغربية، مارس 2007، ص: 119.

2 - منشور الوزير الأول رقم 13/2008، مرجع سابق، ص: 16.

3- تقرير البنك الدولي، مرجع سابق، ص: 119.

4- محمد حنين : تدبير المالية العمومية، مرجع سابق، ص: 79.

غير أن تشجيع الشفافية يتطلب إدراج إطار إجمالي للنفقات على المدى المتوسط كإطار مرجعي لتحضير مشروع قانون المالية، وإعداد القطاعات الوزارية لتقارير حول أدائها من شأنها أن تساعد على التحضير للتقرير العام حول أداء الفعل العمومي ومراجعة القانون التنظيمي للمالية، من أجل إدراج الإطار القانوني للمقاربة الميزانية المركزة على النتائج كقائمة لترسيخ الشفافية.

زد على ذلك اقتضاء شفافية تدبير المال العام ، التصرف في هذا المال وفق مساطر وإجراءات واضحة المعالم ومسالك معروفة ومحددة، بالمقابل اعتماد آليات محكمة لتبديد الأسرار و الكشف عن عمليات الإنفاق، ولقد بات الأمر ممكنا في ظل التطور البالغ لتكنولوجيا المعلومات وتجاوزها لوسائل التدبير المالي والمحاسباتي التقليدي.

خاتمة :

رغم تواضع حصيلة تجربة إصلاح الميزانية منذ سنة 2001 إلى الآن، فالتوجه نحو إدماج المقاربة الجديدة في تدبير الميزانية، يعد قفزة نوعية في مجال التدبير العمومي، وثمره مسلسل مجموعة من الإصلاحات الهيكلية والتنظيمية التي عرفها المغرب، في إطار تحديث وعصرنة ميزانية الدولة.

فالمقاربة الجديدة في تدبير الميزانية تقوم على أسس ومرتكزات دقيقة عملية وتديرية واضحة، كشمولية الاعتماد، والتعاقد والشراكة، وسلسلة النتائج والتدقيق وتقييم المخاطر وتتبع المؤشرات، وإدماج مقاربة النوع الاجتماعي، والبرمجة المتوسطة للنفقات (CDMT)، وإدماج البعد الجهوي ونظام المعلومات، كل هذه المفاهيم متداخلة تتوخى بالأساس تحقيق الحكامة المالية، ويبقى إدماجها في الميزانية العمومية المغربية رهين بوضع كراسات إجرائية (manuels de procédures) قطاعية تنسجم مع طبيعة المؤسسة، وتوفير وتأهيل خبرات وكفاءات وطنية تتولى قيادة هذا الإصلاح، والاستعانة عند الضرورة بالخبرات الأجنبية، بدل تولي المؤسسات المالية الدولية المألحة قيادة هذا المشروع في إطار دعم وتأهيل الدول النامية، مما يؤثر سلبا على إمكانية نجاحها لجهلهم بالخصوصية المغربية.

إن تفعيل المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية يستدعي تبسيط ووضوح ميزانية الدولة، بشكل يسمح بتحديد المسؤوليات ويسهل عملية تنفيذها ومراقبتها، وتقييم الأداء المالي للدولة في تحقيق النتائج والأهداف القطاعية والوطنية المبرمجة أو المتعاقد حولها، ومن ثم فإن السلطات العمومية ملزمة بالتراجع عن سياستها السابقة بخصوص خلق هذه الميزانيات والحسابات الخصوصية بهدف الانفلات من المحاسبة والرقابة السياسية، وإخفاء عجز الميزانية العامة عبر إدراج عدد من الحسابات الخصوصية للخزينة في القانون المالي إلى جانب الميزانية العامة، لذلك لابد من إعادة هيكلة المؤسسة البرلمانية بشكل يدعم ترجيح منطق النتيجة وتمثيل الأمة، عوض منطق الوسيلة والانتماء والأغلبية، وهو مسعى يحتاج إلى تغيير جذري في المعطى الثقافي والموروث السياسي لدى النخبة البرلمانية.

إن الحكامة المالية والمقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المركزة على النتائج، تقوم على إشراك المواطن في التدبير باعتباره العنصر البشري في حلقة التنمية، فهي تشكل ثقافة تديرية تقوم على الوضوح والشفافية، والفعالية والنجاعة مما يستدعي إرادة سياسية فوق حكومية وتعبئة واسعة من أجل تأهيل مختلف السلطات العمومية والفاعلين السياسيين والمؤسسات والمجتمع المدني، وتحفيزهم على إدماج ثقافة التدبير بالنتائج في كل المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ومختلف القضايا التي تهم تدبير الشأن العام.

لائحة المراجع :

باللغة العربية:

❖ الكتب:

- عبد النبي اضريف: المالية العامة أسس وقواعد تدبير الميزانية العامة ومراقبتها، مطبعة دار القرويين الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2007.
- محمد حنين: المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2007.
- فكري عبد المجيد عشموي : الحاسبة المالية - دار الشرق جدة الطبعة الأولى 1983.
- محمد حنين : تدبير المالية العمومية : الرهانات والإكراهات، دار القلم الطبعة الأولى، 2005.

❖ المقالات:

- أمينة لمربني و سالم صبار " دليل عصرنة الميزانية ".
- حسن العرفي : تطوير الرقابة البرلمانية نحو مراقبة قائمة على النتائج، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 1، 2008.
- محمد نجيب كومينة : مقارنة لتعديل بنية القانون المالي و مراقبة تنفيذه، مجلة الباب، عدد 1، 2008.

❖ رسائل واطروحات:

- لوشاعا جاعا: إصلاح الميزانية ورهان الحكامة المحلية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا-، السنة الجامعية: 2007-2008.
- الهبري الهبري: الاختصاصات المالية للبرلمان المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة-، السنة الجامعية: 2005-2006.

❖ تقارير:

- دليل إصلاح الميزانية، " المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج و المدجة لمقاربة النوع الاجتماعي"، إصدار وزارة المالية و الخوصصة، سنة 2005.
- تقرير البنك الدولي حول دراسة تقييم أنظمة المالية العمومية، فريق العمل لوزارة المالية و الخوصصة بالمغرب و للبنك الدولي، المملكة المغربية، مارس 2007.

❖ مناشير :

- منشور الوزير الأول رقم 13/2007 بتاريخ 3 غشت 2007 حول إعداد مشروع قانون المالية لسنة 2008.
- منشورات الوزير الأول رقم 13/2008 بتاريخ 4 غشت 2008 حول إعداد مشروع المالية لسنة 2009.

باللغة الفرنسية:

- J. Kromann- S. Walter : l'élaboration et la gestion de budget centre sur les résultats – revue de l'OCDE- volume 3 N° 1, 2002.
- lambert et d.Migoud : la LOLF le levier de reforme de l'Etat – revue française de l'administration publique , N° 117, juin 2006.

- N. Tonzer : les finances publiques aux service d'une stratégie de reforme – RMAD – N° 25.
- Sbihi Mohammed : la gestion des finances publiques – 2édition Babel – Rabat, 1992.
- Mohamed Harakat : Gouvernance et Evolution de la politique publique – revue Marocaine d'audit et de développement , série mangement stratégique, N° 6.

Etude d'évaluation de la gestion des systèmes de finances publiques . « MNACS
Département de la région du moyen – Orient et de l'Afrique du nort – banque
mondial – Maroc, mars 2007.

❖ المواقع الإلكترونية:
www.mfe.gov.ma

المسؤولية الإدارية عن مخاطر الأشغال العمومية



مقال من إعداد الطالب الباحث : صلاح الدين الزبير

صف الدكتوراه جامعة محمد الخامس السويسي - سلا

تعتبر الأشغال العمومية إحدى أقدم مجالات تطبيق المسؤولية على أساس المخاطر، ويقصد بها كل إعداد مادي لعقار يستهدف تحقيق منفعة عامة، ويتم لحساب شخصي من أشخاص القانون العام، أو لتسيير مرفق عام¹.

وفي تعريف آخر، فإن الأشغال العمومية هي كل إعداد مادي كأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة أو الحفر - في عقار لحساب لشخص معنوي أو بواسطته، وتحقيقا للنفع العام².

ويلاحظ على التعريف المتقدم أنه يشترط في الأشغال العمومية أن ترد على عقار. وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل الأشغال العمومية إعداد المنقولات المملوكة للإدارة، ولو كانت من أموال "الدومين" العام³.

وعلى تعدد التعريفات والمفاهيم، فإن المدلول الاصطلاحي للأشغال العمومية يبقى واحدا، يحصرها في تلك الأشغال الجارية على عقارات، والمنجزة في إطار تحقيق منفعة عامة أو بواسطة شخص عمومي أو لحسابه في نطاق المرفق العمومي⁴.

1 - سليمان محمد الطماوي: "نظرية التعسف في استعمال السلطة" الطبعة الأولى، دون دار النشر، 1950. ص: 223.

2 - رأفت فودة: "دروس في قضاء المسؤولية الإدارية"، دار النهضة العربية القاهرة، 1994. ص: 166.

3 - محمود عاطف البنا: "الوسيط في القضاء الإداري: قضاء الإلغاء وقضاء التعويض"، دار الفكر العربي، بدون سنة النشر. ص: 349.

4 - عبد القادر باينة: "تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب"، دار توبقال للنشر، 1985. ص: 233.

حيث اشترط القضاء التقليدي أن يكون إعداد العقار لحساب شخص معنوي عام. على أنه ليس من اللازم أن يكون العقار مملوكا لشخص عام. فالأشغال العمومية تعتبر قد تمت لحساب الشخص العام، ولو لم تكن مملوكة له، إذا كان مصيرها مالا إليه، كالعقارات التي يستخدمها الملتزم في تسيير المرفق العام والتي ستؤول إلى الإدارة في نهاية الالتزام¹.

وقد تنتج أضرار عن هذه الأشغال إما بسبب تنفيذها أو بسبب عدم تنفيذها، أو تنتج عن هذه الأشغال نفسها، ذلك لأن الأشغال العمومية تنصب على عقار، إذ يتعلق الأمر عادة ببناء أو هدم أو إصلاح هذا العقار، أو القيام بأعمال مرتبطة به، كمد أعمدة الكهرباء أو التيلفون أو عمليات النظافة أو التشجير أو العناية بالساحات الخضراء².

فالضرر الناجم عن الأشغال العمومية هو أول ضرر لا يشترط لتعويضه خطأ مرفقي كما هو معلوم، بحيث قد تلحق أشغال عمومية أضرارا بالأفراد دون أي خطأ. وما دامت الأضرار الناجمة عن هذه الأخيرة يتحملها جميع أفراد الجماعة، فلا مسؤولية ولا تعويض إلا إذا بلغ هذا الضرر درجة معينة من الخطورة، ومس عددا محدودا ومعينا من الأفراد³.

ونذكر هنا بالتفرقة الأساسية التي تعتمد صفة المتضرر، وتميز بين المشارك في الأشغال العمومية التي تقوم على الخطأ المثبت، ومسؤولية المستعمل التي تقوم على الخطأ المفترض. أما الغير الذي لا ينتفع مباشرة من الشغل العمومي ولا يستعمل المنشأة العمومية، فإنه يعامل معاملة أفضل من المستعمل الذي يجني منها منفعة مباشرة، إذ يخضع لنظام موضوعي محض يعفيه من إثبات الخطأ في جانب الإدارة⁴.

غير أن التحليل المتعمق والمتزن للمخاطر التي تخلفها الأشغال العمومية، يفرض علينا في البداية - نظرا لتشعب الموضوع - أن نحدد طبيعة مفهوم الأشغال العمومية وتطورها {المبحث الأول}، ثم ننتقل لنظامها الذي تتحدد من خلاله أنواع وشروط قيامها {المبحث الثاني}.

المبحث الأول : مفهوم الأشغال العمومية :

يستنتج من طبيعة المفهوم الذي أشرنا له سالفًا، أن الأشغال العمومية يُشترط فيها أن تقوم على عقار، وأن تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.

وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل الأشغال العمومية إعداد المنقولات المملوكة للإدارة، ولو كانت من أموال الدومين العام⁵.

يتضمن هذا المفهوم حسب الأستاذ مسعود شيهوب⁶ ثلاثة عناصر أساسية، وهي:

¹ - محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص: 349.

² - عبد القادر باينة، مرجع سابق، ص: 233.

³ - ياسمين بوراس ومن معها: "المسؤولية الإدارية"، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004-2005، ص: 64.

⁴ - محمد رضا جنيح: "القانون الإداري"، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص: 359.

⁵ - محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص: 349.

⁶ - مسعود شيهوب: "المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري: دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2000. ص 174 وما بعدها.

أن تكون الأشغال منصبة على عقار، وبذلك فإن الأشغال التي تقع على الأموال المنقولة للدولة لا تندرج ضمن الأشغال العمومية، فإعداد المنقولات الإدارية يمكن أن يتم وفقا لنظام إداري خاص، لاسيما عن طريق عقد من العقود الإدارية، ولكن فكرة الأشغال العمومية يقصرها الفقه الإداري على العقارات¹.

أن تنفذ لحساب شخص من أشخاص القانون العام.

أن تهدف هذه الأشغال إلى تحقيق مصلحة عامة.

وقد تكرر هذا المفهوم التقليدي لأول مرة في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "بلدية مونسيفور" المتعلقة بإحدى الكنائس، اعتبر فيه أن البناء الذي يحتوي كنيسة يشكل منشأة عمومية، وأما صيانة حوض الماء المقدس في الكنيسة فتعتبر شغلا عاما².

وعلى أية حال، فقد جدد القضاء الإداري هذا التعريف التقليدي للأشغال العمومية، حيث عمل على توسيع مفهومها وتطويرها في قضية "Effimieff"³ الذي اعتبرت محكمة التنازع الأشغال المنجزة أشغالا عمومية رغم أنها - وإن كانت أشغالا عقارية - تهدف إلى إعادة بناء عقارات تشكل ملكيات خاصة، وبالتالي فإن الأشغال لم تهدف إذن إلى تحقيق مصلحة عامة⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 224.

² - يوسف سعد الله الخوري: "القانون الإداري العام، الجزء الثاني، القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العامة"، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998، ص 460.

³ - وتعود وقائع القضية إلى قانون 16 يونيو 1948 الذي أنشأ نوعين من التجمعات مهمتها إعادة بناء العقارات المنكوبة من جراء الحرب، هذان النوعان من التجمعات هما:

① الشركات التعاونية لإعادة البناء، وهي هيئات تابعة للقانون الخاص.

② الجمعيات النقابية لإعادة البناء، وهي بنص القانون مؤسسات عامة.

أما مهمة هذه التجمعات، فهي إنجاز أشغال إعادة البناء لحساب أعضائها.

ولقد طرح التساؤل حول طبيعة الأشغال التي تقوم بها هذه الجمعيات النقابية التابعة للقانون العام لحساب الخواص {والبالغ عددهم مائة ألف منكوب} فهل تعتبر أشغالا عامة أم لا؟

لم يحدث أن قالت محكمة النقض ولا مجلس الدولة كلمتهما في هذا الموضوع، رغم أن كلا من المحاكم العادية والإدارية كانت تميل إلى تقرير اختصاصها في الموضوع، إلى أن حسمت محكمة التنازع في الموضوع من خلال قرار "Effimieff".

إن الحل الذي كانت قد قرره المحاكم العادية يتطابق مع التعريف الكلاسيكي للأشغال العمومية - السابق الإشارة إليه - حيث لم يكن يعترف بالطابع العام للأشغال المنجزة لحساب الخواص إلا بصفة استثنائية عندما تكون من ملحقات أو توابع الأشغال العمومية.

إلا أن محكمة التنازع في قرار "Effimieff" - تبعا للأستاذ مسعود شيهوب دائما لم تقف عند هذه المفاهيم التقليدية، ففي رأيها أن المشرع عندما جعل من الجمعيات النقابية "مؤسسات عمومية" إنما يكون قد أظهر نيته في منحها مهمة تسيير "مرفق عام" لتحقيق أهداف متعلقة بالمصلحة الوطنية، وبالتالي إخضاعها لقواعد القانون العام، وفي اعتبار أشغالها أشغالا عمومية.

أورده مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 175 - 176.

⁴ - T.C 28/03/1955, Note M. Long et autres, Note Marceau Long et autres, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative ; 13 E ; Dalloz, 2001 , p 61., p 434 et ss.

أورده مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 175.

وعلى ضوء هذا القرار؛ تعتبر أشغالا عمومية :

الأشغال المنفذة من قبل شخص عام في إطار مهمة مرفق عام مثلما هو الحال في قضية "Effimieff".

الأشغال المنفذة لحساب شخص عام من أجل المصلحة العامة، وهذا يعني أنه يكفي توافر شرطين لاعتبار الأشغال أشغالا عمومية، وهما :

الشرط الأول : أن تهدف هذه الأشغال إلى تحقيق مصلحة عامة.

الشرط الثاني : أن يكون هناك تدخل لشخص عام، سواء بصفته رب العمل أو مستفيد.

وعلى ضوء هذا القرار؛ أصبح يهدف الشغل العمومي إلى تحقيق خدمة المرفق العام، بمعنى انه يعتبر عاما ولو أنجز لصالح شخص خاص¹.

وإذا انعدم أحد هذين الشرطين اعتبرت الأشغال خاصة، حتى إذا استفادت من وسائل قانونية غير مألوفة في القانون المشترك، ومهما كانت فائدتها.

وللإشارة؛ فالأشغال العمومية تختلف عن مفهوم المباني العمومية التي كانت في وقت ما كمرادف لها. حيث أنه بعد تطور قواعد المسؤولية الإدارية التي تحكم الأشغال العمومية؛ تم التمييز بينهما على أساس أن الشغل العمومي هو العمل والنشاط، في حين صنف المبنى العمومي ضمن الأموال. وارتبط هذا التمييز بالنظرة إلى مفهوم الشغل العمومي منحصرا في عملية المبنى العمومي أو هدمه، وإنما اتسع مجاله. وبالمقابل فإن المبنى العمومي أصبح يقام بواسطة نشاط خاص. ويترتب عن تحديد مفهوم الشغل العمومي تطبيق النظام القانوني الخاص بالأشغال العمومية، وذلك كلما توفر في نشاط إداري ما عنصر من العناصر المذكورة حتى ولو كان عقد تموين إن تعلق موضوعه بنقل مواد بناء إلى مكان إنجاز الشغل العمومي².

أما من الناحية العملية، فإن المسؤولية عن الأشغال العمومية تعود من حيث الظهور إلى مرحلة كان فيها عدد المرافق العامة محدودة للغاية، وفي هذا الإطار كانت الأشغال العمومية تشكل المصدر الأكثر أهمية، وربما الوحيد للأضرار التي تلحق الخواص والتي تتسبب في السلطة العامة.

كما أنه من زاوية فكرة العدالة المجردة والمبادئ الكبرى للقانون العام، فإن ربط المسؤولية بفكرة الخطأ في مجال الأشغال العمومية، يعني استبعاد تعويض جميع الأضرار الناتجة عن العملية، لأنها كثيرا ما تتم بعيدا عن أي خطأ، فالعملية في حد ذاتها مشروعة، إذ تهدف إلى تحقيق مصلحة الأمة، والضرر هنا نتيجة منطقية لنشاط الإدارة العامة الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة التي إذا ما تعارضت مع المصلحة الخاصة وقعت الضحية بالثانية لحساب الأولى. وبما أن الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية، فمن حقها المساس بالملكية الخاصة إذا كان ذلك لتحقيق منفعة عامة ووفق إجراءات قانونية. إن كل هذه الاعتبارات تجعل من العدل والإنصاف تعويض المضرورين الذين لا يستطيعون طلب توقيف

¹ - ياسمينة بوراس ومن معها، مرجع سابق، ص: 65.

² - ياسمينة بوراس ومن معها: "المسؤولية الإدارية"، مرجع سابق، ص: 65.

الأشغال أو هدمها لأنها تتم للصالح العام، فليس من العدل في شيء أن يتحمل المالك المضرور وحده مخاطر أشغال تنتفع منها الجماعة كلها¹.

هذه هي مختلف الدوافع التي جعلت القضاء الفرنسي يتوسع في تطبيق المسؤولية دون خطأ عن الأضرار الناتجة عن الأشغال العامة، مستندا في ذلك إلى نية المشرع المعلن عنها في قانون بليفيوز².

وقد كان مسلك مجلس الدولة الفرنسي واضحا في الحكم بالتعويض، بصرف النظر عن قيام ركن الخطأ واضحا، في تناغم تام مع الروح العامة التي صدر عنها فقهاء الثورة من حماية الملكية الفردية وجعلها من الحقوق المقدسة التي لا يمكن المساس بها إلا بكل حذر، وهذا ما راعته قوانين نزع الملكية التي صدرت في ذلك الوقت. ولكن مجلس الدولة رأى أن الأشغال العمومية التي تنال الأملاك الفردية بضرر اقتصادي استثنائي، هي بمثابة نزع ملكية غير مباشر، فتستلزم التعويض بصرف النظر عن قيام الخطأ الإداري³.

غير أن مجلس الدولة اشترط في الضرر الذي يستوجب المسؤولية على أساس المخاطر شروطا خاصة - بجانب الشروط العامة في المسؤولية المتعلقة بكون الضرر منسوب إلى نشاط الإدارة وكونه محققا - أن يكون هذا الضرر ماديا ودائما وغير عادي⁴.

المبحث الثاني : نظام المسؤولية عن مخاطر الأشغال العمومية :

طرح الفقه⁵ على ضوء التطبيقات القضائية المسؤولية عن الأشغال العمومية معيارا لتحديد قواعد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنها.

ويستند هذا المعيار إلى طبيعة الضرر، و يميز فيه بين الضرر الدائم والضرر العرضي.

ففي الحالة الأولى أسس المسؤولية دون خطأ، أي على أساس المخاطر، باعتبار أن الضرر هو نتيجة حتمية ومحسوبة ضمن مخاطر تنفيذ الأشغال العمومية.

أما في الحالة الثانية؛ فاشترط لتعويضه وقوع خطأ، فهي إذن مسؤولية مشروطة لأن الضرر كان ممكنا ألا يحصل كونه ليس نتيجة حتمية للأشغال بل حادث من حوادث تنفيذها.

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 225 وما بعدها.

² - راجع الأحكام التالية:

* حكم محكمة التنازع في قضية " Conserts Sauvy " في 6 فبراير 1956، منشور في R.P.D.A سنة 1956 تحت رقم 151.

* حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20 أبريل 1956 في قضية "Min. Agriculture. Cons. Grimouard"، منشور في Dalloz سنة 1956، ص: 429، مع تقرير المفوض السيد "Long".

وتتعلق هذه الأحكام بأعمال تمتد على عقارات خاصة، مخصصة لمرافق عامة تدار بالطريق الإداري.

أحكام أوردها سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 226.

3 - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 226.

4 - للمزيد من الاستقاضة، المرجو الرجوع لسليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص: 226 وما بعدها.

⁵ - عمور سلامي: "دروس في المنازعات الإدارية"، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الموسم الجامعي 2001 - 2002، ص: 85.

جاء استعراض الفقه الإداري لهذين المفهومين وفق أسس متباينة عرفت بروز مفهومين جديدين أقرهما الاجتهاد القضائي الفرنسي أخذ يميل لهم أكثر فأكثر يستند فيهما على صفة الضحية، حيث يميز فيما بين المتفعين من الأشغال العمومية والمشاركين فيها من جهة، وبين الغير من جهة أخرى.

أما القضاء، فقد هجر المعيار الأول واستند إلى معيار الضحية، و ميز بين ثلاث مواقف، ترتبط على التوالي بما إذا كانت الضحية من الغير؛ أو المشاركين؛ أو المرتفقين، ورتب المسؤولية أحيانا على أساس الخطأ، و أحيانا أخرى بدون خطأ.

المطلب الأول : الأضرار الواقعة على المشاركين :

المشارك هو الشخص الذي ينفذ بطريقة أو بأخرى الأشغال العمومية، أي أن يشارك في إنشاء المبنى العمومي، ويندرج تحت هذا التعريف كل من المقاول وعماله الوكيل ومساعديه، كما قد يكون المشارك شخصا اعتباريا¹.

إن تعويض الأضرار التي يتحملها هؤلاء المشاركين يؤسس على الخطأ وليس على المخاطر باعتبار أن المشارك ليس غريبا عن مخاطر العملية، كونه يشارك في إنجاز المبنى. وهذا ما قضت به الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر في 16 أكتوبر 1964 بشأن حادث وقع أثناء أشغال قامت بها شركة كهرباء و غاز الجزائر بأن الشركة لا يمكن اعتبارها مسؤولة في مواجهة العمال الذين كانوا حين وقوع الحادث يشاركون في أشغال الصيانة للمنشآت المذكورة إلا إذا كان الحادث قد نتج عن خطأ ينسب لتلك المؤسسة العمومية².

¹ - ياسمينة بوراس ومن معها، مرجع سابق، ص: 66.

² - أحمد محيو: "المنازعات الإدارية"، ترجمة فانز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص: 209.

كما سار القضاء المغربي على هذا المنوال في مجموعة من الاجتهادات والنوازل القضائية، نأخذ منها نموذجاً على سبيل المثال لا الحصر قرار المحكمة الإدارية بوجدة¹ بتاريخ 7 مارس 2005 في قضية ورثة المرحوم هشام ادريسي والتي جاءت حيثياتها كما يلي:

"وحيث إنه فيما يخص مسؤولية وقوع هذه الصعقة الكهربائية فإن الأمر يتعلق بخطأ شخصي للمستخدمين المذكورين.

لكن حيث إن الخطأ الشخصي هو الذي ينفصل بقدر كاف عن المرفق العمومي الذي يشتغل به الموظف أو المستخدم بحيث يمكن تقدير وجوده دون إجراء أي تقييم لسير المرفق، في حين أن الخطأ المرفقي هو فعل الموظف المرتبط بالمرفق وأن تقييمه يتضمن حتماً تقييماً لسير المرفق.

وحيث إنه في نازلة الحال؛ فإن وقوع الصعقة الكهربائية التي أودت بحياة الهالك لا ترجع فقط إلى مد الهالك المذكور بالماء للشخصين المتواجدين فوق الشاحنة، وإنما ترجع بالأساس إلى عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة عند القيام بإصلاح الكهرباء وترك الأسلاك المحملة للتيار الكهربائي عارية، كما أن عدم قطع التيار الكهربائي عند القيام بعملية الإصلاح ومنع المارة من الاقتراب من الشاحنة المستعملة في العملية المذكورة كل ذلك يشكل خطأ مرفقياً.

وحيث إنه تبعاً لذلك تكون مسؤولية الحادثة الذي تعرض لها الهالك ترجع مسؤوليتها إلى المجلس البلدي بصفته المرفق العمومي الساهر على إنارة المدينة والقيام بعمليات إصلاح هذه الإنارة وليس إلى المكتب الوطني للكهرباء، كما جاء في دفع شركة التأمين المدخلة في الدعوى.

1 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2002/281 ش ت، — كم: 58، قضية ورثة المرحوم هشام ادريسي ضد المجلس البلدي الموحد لمدينة وجدة، حكم غير منشور.

وتعود تفاصيل هذه القضية إلى وفاة أحد مستخدمي المجلس الجماعي نتيجة إصابته بصعقة كهربائية، أثناء قيام مستخدمي المجلس الجماعي لسيدى ادريس القاضي بإصلاح المصابيح الكهربائية العمومية بواسطة الشاحنة المخصصة لهذا الغرض ذلك أن هذين المستخدمين لم يتخذا الاحتياطات اللازمة لتفادي مثل هذه الحادثة قبل إقدامهما على عمليات الإصلاح بالقيام بتوقيف تشغيل التيار الكهربائي، وكذا إيقاف أي تماس كهربائي مرتبط بالشاحنة الحاملة للعبة العازلة التي كانت إحدى زواياها ملتصقة بالخويط الكهربائية حسب الثابت من الصور المرفقة بمحضر الضابطة القضائية، مشيرين إلى أن الهالك قام ببناء على طلب سائق الشاحنة بإحضار كوب وقبينة ماء، وما إن وضع يده على الشاحنة المذكورة حتى أصيب بالصعقة الكهربائية فسقط أرضاً وهو يرتعش ليلفظ أنفاسه بعد ذلك وهو ما تؤكد تصريحات الشهود بمحضر الضابطة القضائية وأنه استناداً إلى مقتضيات المادة 79 من ق ل ع يكون المجلس البلدي مسؤولاً عن الأخطاء المصلحية المرتكبة من طرف مستخدميه المذكورين.

وحيث إن هذا الخطأ قد تسبب في حدوث ضرر معنوي للمدعين من جراء وفاة مورثهم، وبالتالي يكونون محقين في طلب التعويض عن الضرر المذكور في مواجهة المجلس البلدي المرتكب للخطأ الذي أدى إلى وفاة المورث السالف الذكر.

وحيث إنه إعمالا للسلطة التقديرية للمحكمة ترى تحديد التعويض المستحق للمدعين في مبلغ 25000.00 درهم لكل واحد من والدي الهالك وفي مبلغ 5000 درهم لكل واحد من اخوته السبعة المذكورين أعلاه أي بما مجموعه 85000.00 درهم.

إن عدم قيام المجلس البلدي باتخاذ الاحتياطات اللازمة أثناء إصلاح مصابيح الإنارة العمومية بالنظر إلى الخطورة التي يشكلها التيار الكهربائي، يعتبر خطأ مرفقيا يستوجب تحميل مسؤولية الأضرار الناتجة عنه للمجلس المذكور على اعتبار أن ذلك يشكل خطأ مرفقيا وليس خطأ شخصي لمستخدميه".

المطلب الثاني : الأضرار الواقعة على المرتفعين :

المرتفق هو الشخص الذي يستعمل فعلا المبنى العمومي المتسبب في الضرر، معنى ذلك أن العلاقة المباشرة ما بين الضحية واستعمال المبنى تعتبر معيارا أساسيا في تحديد المرفق، كوقوع شجرة على أشخاص في حديقة عمومية أو انهيار جسر أثناء عبورهم إياه.

ويعتبر مرتفقا كذلك المستفيد بمرافق الماء والغاز والكهرباء، بحيث يكون الشخص مرتفقا عندما يصيبه ضررا من القناة التي يستفيد منها، و يعتبر من الغير إن كان مصدر الضرر القناة الرئيسية.

أما عن أساس المسؤولية الإدارية في حالة الضرر الذي يلحق المرتفق، فلا تعفى الإدارة عن مسؤوليتها إلا إذا أثبتت أنها قامت بالصيانة العادية في حالة ما إذا كان الشخص مرتفقا.

أما إن لحق الضرر بالغير؛ فلا تعفى الإدارة، ولا يمكنها التذرع بقاعدة الصيانة العامة التي تعني السهر على صيانة المباني العمومية و سيرها العادي حتى يتمكن المرتفق من استعمالها دون خطر¹.

غير أن هذا النوع من الأضرار الحاصلة للمستفيدين من الأشغال يبدو أن القضاء يفضل إقامة مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ المفترض الذي هو نظام وسط بين المسؤولية بناء على الخطأ والمسؤولية بدون خطأ كما يرى بذلك الأستاذ ميشيل روسي، ابتكره القاضي اعتبارا ليس فحسب لوضعية الضحية، وللصعوبة التي يمكن أن يتعرض لها إثبات خطأ الإدارة الذي غالبا ما يكون خطأ تقنيا، ولكن كذلك اعتبارا للوضعية الواقعية للإدارة التي تكون لها في أغلب الأحيان في مادة الأشغال العمومية مهمة جد صعبة².

1 - ياسمينة بوراس، مرجع سابق، ص: 66.

2 - حسن صهيبي، "القضاء الإداري المغربي"، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، REMALD الطبعة الأولى 2008. ص: 90.

ويفترض هنا قيام خطأ ما من جانب الإدارة من حيث النقص أو الإهمال في الصيانة وفي اتخاذ الاحتياطات اللازمة بمجرد أن يثبت المتضرر بأن ما أصابه كان بسبب المرفق العام، واتخذت كافة الاحتياطات اللازمة، وذلك اعتماداً على الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود¹.

وعلى ذلك؛ نجد بأن القضاء أخذ بنظرية غياب الصيانة العادية للمبنى العمومي كأساس للمسؤولية الإدارية عن الأشغال العمومية في حالة المرتفق، حيث اعتمد على فكرة الخطأ كأساس.

مثال ذلك ما أقر به مجلس قضاء قسنطينة الجزائي في تعويض مرتفقي الطرق {وهم السواق}، بسبب انعدام الصيانة في قراره بتاريخ 2 مارس 1983، وذلك عندما عوض ذوي حقوق السيد {ب،ع} الذي توفي على إثر حادث مرور من جراء انقلاب سيارته في منعرج خطير ليس به إشارة الخطر.

ولقد اعتبر المجلس انعدام الإشارة بمثابة انعدام الصيانة مستوجبا قيام المسؤولية الإدارية².

كما حملت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 23 فبراير البلدية مسؤولية هدم مقبرة كان قد أسسها المدعون {فريق الأخضاري} لدفن موتاهم، ولقد أيدت المحكمة العليا التسيب الذي أورده قرار مجلس سطيف والذي مفاده ما يلي:

".. أن كلا من المجلس الشعبي البلدي بقنرات والسيد {ب}، قد ارتكبا خطأ يتمثل في نبش المقبرة المسماة "جبانة مسلم". وأن هذا الخطأ قد تسبب في إلحاق ضرر بفريق {ل} الذين دفنوا موتاهم في هذه المقبرة.. وبالتالي الحكم على المجلس الشعبي البلدي وعلى عونه تحت المسؤولية المدنية للمدلس بدفع الدينار الرمزي لهم إصلاحاً للضرر اللاحق بهم"³.

ولقد سار القضاء الإداري المغربي على هذا المنوال في مجموعة من الاجتهادات والنوازل القضائية، ومن قبيل:

قرار المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁴ بتاريخ 1997/10/06 حيث قضت بمسؤولية الجماعة عن الضرر الناتج عن عدم صيانة الطرق العمومية وعدم إشعار المارة بما يمكن أن يعترضهم من أخطار. حيث حملت ثلثي المسؤولية إلى الجماعة والثلث الآخر للمتضرر نفسه، ومضمون وقائع هذا الحكم أن سيارة الضحية حميد لمريم تعرضت لانقلاب براكبيها نتيجة وجود حفرة تركت مفتوحة وسط الطريق.

¹ - حسن صحيح، مرجع سابق، ص: 90.

² - قضية رقم 1070 - 1982، وزير الأشغال العمومية ووالي ولاية قسنطينة ضد فريق {ب.ح}، قرار غير منشور. أورده مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 184.

³ - قضية رقم 40108 - 1985، رئيس المجلس لبلدية قنرات / سطيف / ضد فريق {ل}، قرار غير منشور.

أورده مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 185.

⁴ - حكم رقم 253 ملف 96.34 لمرييد حميد ضد الجماعة الحضرية للمعاريف.

قرار أورده حسن صحيح، مرجع سابق، ص: 91.

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط¹ بتاريخ 2006/11/07 في قضية ورثة المرحوم المنور العيناوي والتي جاءت حيثياتها كما يلي :

"مادامت الإدارة المدعى عليها قد قامت بمد قنوات صرف مياه الأمطار، جعلتها تصب مباشرة بأرض المدعين فإنها تكون مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالأرض المذكورة وعن التعويض عنها كما تكون ملزمة باتخاذ الإجراءات الكفيلة لرفع الضرر".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة² بتاريخ 2005/11/29 في قضية السيد مولاي أحمد عياشي والتي جاءت حيثياتها كما يلي :

"ما دامت بعض الأضرار اللاحقة بمنزل المدعي كانت بسبب تسرب الماء إلى أسس جدرانها نتيجة إصلاح المجلس المدعى عليه لقنوات الواد الحار، فإن هذا الأخير يتحمل مسؤولية تلك الأضرار والتعويض عنها".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة³ بتاريخ فاتح يوليوز 2003 في قضية بنعمرو محمد مزيان والتي جاءت حيثياتها كما يلي :

"ما دامت الإدارة المدعى عليها لم تحترم التصميم لمد قنوات صرف مياه الأمطار، وجعلتها تصب في أرض المدعي خلافا لما جاء في التصميم المذكور، فإنها تكون هي المسؤولة عن كل الأضرار اللاحقة بتلك الأرض، وعن التعويض عنها".

وحسب رأي الأستاذ حسن صhib؛ فإن القضاء الإداري المغربي قضى بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأشغال العمومية وفق رؤية متباينة حسب ما إذا الأمر يتعلق بضرر دائم أو ضرر حصل بشكل عرضي، حيث يقيم المسؤولية في الحالة الأولى بناء على المخاطر، وفي الحالة الثانية بناء على الخطأ⁴.

المطلب الثالث : الأضرار الواقعة على الغير :

رغم أنه من الصعب تقديم تعريف دقيق للغير، إلا أننا يمكن أن نعتبره كل شخص لا يعتبر مرتفقا أو مشاركا، أي ذلك الشخص الذي يتحمل ضررا لا ينجم عن استعماله المبنى العمومي، أو الشخص الذي يصاب ولا يستفيد من المبنى العمومي.

ويعتبر الضرر الذي يحصل للغير من أقدم ما طبق في نظرية المسؤولية بدون خطأ في فرنسا. فهذه الأضرار قد تحدث من جراء وجود أشغال عامة أو منشآت عامة بصفة مستمرة كمد أسلاك كهربائية أو تمرير طريق سيار أو بناء سد أو

1 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 2003/668 ش.ت ، حـكم: 252، قضية ورثة المرحوم المنور العيناوي ضد وزير الأشغال العمومية ، حكم غير منشور.

2 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة ملف رقم 2003/621 ش.ت، حـكم: 2005/304، قضية السيد مولاي أحمد عياشي ضد بلدية مدينة تاوريرت ، حكم غير منشور.

3 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة ملف رقم 2002/71 ش.ت، حـكم: 2003/566، قضية السيد بنعمرو محمد مزيان ضد وزارة التجهيز في شخص وزير التجهيز، حكم غير منشور.

4 - حسن صhib، مرجع سابق، ص: 91.

تحويل أو بناء مجرى نهر.. فعند إثبات العلاقة السببية بين الضرر اللاحق بالغير والأشغال العمومية، يكون التعويض تلقائياً من قبل الشخص العمومي المسؤول عنه¹.

غير أن السؤال المطروح هنا هو: ما أساس المسؤولية الإدارية في هذه الحالة؟ وما هي طبيعة الضرر الذي يلحق بالغير؟
تؤسس المسؤولية الإدارية هنا على أساس المخاطر، وتعوض الضحية الغير دون حاجة لتقديم أي إثبات سوى العلاقة السببية بين الضرر الحاصل والأشغال العمومية.

أما بالنسبة للضرر، فيشترط فيه أن يكون من طبيعة غير عادية؛ بمعنى أنه يفوق الإزعاجات و العقبات البسيطة التي يتحملها عامة الناس. كما يجب أن يمس هذا الضرر حقاً مشروعاً بحيث لا يستفيد من التعويض الشاغل للملك عمومي.

ولقد قضى مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 8 مارس 1999 بتأييد القرار المستأنف بكون أشغال الحفر كانت تحت إشراف البلدية وإدارتها، وهي التي رخصت بها لسكان القرية، وكان يجب عليها أخذ الإجراءات السارية قانوناً لحماية الحفرة و التأكد من كونها لا تشكل خطراً، وأن إهمالها لذلك يجعل مسؤوليتها قائمة².

و يلاحظ بأن إقامة مجلس الدولة و معه الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سطيف المسؤولية على أساس خطأ غير عمدي أو إهمال في غير محله، ذلك أنه لا يشترط في مثل هذه الحالات {الأشغال العامة} ارتكاب خطأ و لو عمدي من قبل البلدية، بل يكفي أن يكون هناك ضرر استثنائي، وهو الوفاة في حالتنا هذه يكون نتيجة لوجود مشروع للعموم يتمثل في حفرة، التي تشكل خطراً سواء بالنسبة للغير أو لمستعملي المشروع العام.

كما يذهب القضاء الإداري الفرنسي بأنه يكفي للضحيا أو ذوي حقوقهم إثبات عيب الصيانة العادية للحصول على التعويض.

وفي هذه القضية، فإن عيب الصيانة العادية متوفر لعدم قيام البلدية بإحاطة الحفرة بسياج يحمي الأطفال من عدم السقوط فيها و كذا الحيوانات الأليفة، و هو ما لم تقم به البلدية و عليه فهي مسؤولة و تتحمل التعويض³.

كما سار القضاء المغربي على هذا المنوال في مجموعة من الاجتهادات والنوازل القضائية، ومن قبيل:

1 - حسن صحيب، مرجع سابق، ص: 88.

2 - ويتعلق موضوع القضية في سقوط طفل في حفرة أدى إلى وفاته، هذه الحفرة أنجزت لتخزين المياه حفرها سكان القرية الكائنة بعين أزال.

أقام ذوي حقوق الطفل دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سطيف ضد بلدية عين أزال، ففضى بتحميل البلدية مسؤولية سقوط الضحية في الحفرة الموجودة تحت حراسة البلدية مع إلزام هذه الأخيرة بالتعويض.

يتعلق الأمر هنا بالمسؤولية عن الأشغال العمومية، و بما أن البلدية هي المرخصة بتلك الأشغال فإنها تعتبر صاحبة الأشغال خاصة وأنها تمت تحت إشرافها و إدارتها، وأن الضحية يعتبر من الغير بالنسبة لتلك الأشغال، فهو ليس مستعملاً للأشغال و لا قائماً عليها فهو مجرد طفل.

و لقد استقر القضاء الإداري على اعتبار هذه المسؤولية غير قائمة على الخطأ، بل على أساس نظرية المخاطر، خاصة وأن الضحية ليس بالمشارك في تلك الأشغال العامة فعملية إحداث حفرة كبيرة يعد مشروعاً عمومياً ذو طابع خطير، وأن وجود حفرة غير مغطاة و غير محاطة بسياج يحول دون وصول الأطفال إليها لهو شروع خطير، وأن إشراف البلدية على عملية الحفر يجعل مسؤوليتها قائمة، ذلك أن عملية حفر حفرة كبيرة داخل محيط القرية يشكل خطراً يتجاوز ما يجوز أن يتحملة الخواص على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة فترك حفرة دون سياج يعد خطراً و تسأل البلدية عنه.

قرار أورده باسمينة بوراس، مرجع سابق، ص: 67 و 68.

3 - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، ص: 17.

قرار محكمة المحكمة الإدارية بوجدة 1 بتاريخ 2005/02/17 في قضية السيد امجد جلال والتي جاءت حيثياتها كما يلي:

".. وحيث إن إنشاء مثل هذه الأعمدة قرب منازل سكنية وهي تحمل أسلاكاً كهربائية من التيار العالي، وسهلة التسلق ودون جعل حواجز لعدم الوصول إليها من طرف الأطفال وفاقد التمييز الذين لا يدركون مدى خطورتها تجعل المكتب الوطني للكهرباء يتحمل جزءاً من المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحقها للغير - وأن وضع علامات الخطر غير كاف لانتفاء مسؤولية المكتب على اعتبار أن تلك العلامات قد لا يدركها الأطفال القاصرون ومنعدي التمييز.

..إن قيام المكتب الوطني للكهرباء بتثبيت أعمدة كهربائية حديدية سهلة التسلق قرب تجمع سكاني ودون إقامة حواجز للحيلولة دون تسلقها من طرف الأطفال الصغار ومنعدي التمييز يبرر تحميله جزءاً من المسؤولية عن الأضرار التي قد يصاب بها هؤلاء الأطفال من جراء إصابتهم بصعقة كهربائية".

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط 2 بتاريخ 2007/10/30 في قضية السيد صدوقي محمد والتي جاءت حيثياتها كما يلي :

"إن إنشاء مثل هذه الأعمدة قرب منازل سكنية وهي تحمل أسلاكاً كهربائية من التيار العالي، دون أن تكون مغلقة أو تحمل علامات وجود الخطر الكهربائي، وعدم إقامة حواجز لعدم الوصول إليها من طرف الأطفال وفاقد التمييز الذين لا يدركون مدى خطورتها تجعل المكتب الوطني للكهرباء يتحمل جزءاً من المسؤولية عن الأضرار التي تلحقها للغير بل إن حتى وإن كانت هناك علامات الخطر فإن ذلك غير كاف لانتفاء مسؤولية هذا الأخير مادام أن تلك العلامات قد لا يدركها الأطفال - مثل المدعي - القاصرين ومنعدي التمييز.

وحيث إنه تبعاً لذلك ارتأت المحكمة تشطير المسؤولية بين الطرفين وجعل ثلثها على المكتب المدعى عليه والثلثين الباقيين على ولي الضحية لتقصيره في مراقبة ابنه القاصر وتركه يلعب بجوار هذه الأسلاك الكهربائية ورميها بواسطة قضيب حديدي بعد رجوعه من المدرسة".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة 3 بتاريخ 2004/12/07 في قضية السيدة بن محداد حورية والتي جاءت حيثياتها كما يلي:

1 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2002/309، حـكم: 44، قضية السيد : امجد جلال ضد الوكالة التجارية للمكتب الوطني للكهرباء، حكم غير منشور.

2 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط رقم 2007/13 ش.ت ، حـكم: 321، قضية السيد : صدوقي محمد ضد المكتب الوطني للكهرباء، حكم غير منشور.

3 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2001 /133 ش.ت ، حـكم: 313، قضية السيدة بن محداد حورية ضد المكتب الوطني للكهرباء ، حكم غير منشور.

" وحيث إنه فيما يخص مسؤولية الحادثة فإنه مما لا نزاع فيه أن المكتب الوطني للكهرباء هو الذي قام بمد السلك الكهرباء قرب منزل المدعية، وعلى فرض أن هذا السلك قد سقط بفعل الرياح فإن ذلك لا يحول دون قيام مسؤوليته لا سيما وأنه لم يدل بما يفيد أن الرياح كانت جد قوية يصل مفعولها إلى درجة القوة القاهرة . لذا فمادام لم يتخذ الاحتياطات اللازمة سواء من حيث مكان تمرير السلك الكهربائي قرب منزل المدعية أو من حيث تثبيته بالشكل المطلوب للصمود ضد الرياح وتفادي أي سقوط لاسيما وأنه يحتوي على تيار كهربائي تصل قوته إلى 500 فولط.

وحيث إنه أمام هذه المعطيات ومادامت المدعية لم تساهم بأي شكل في سقوط السلك الكهربائي وإنما سقط عليها فجأة أثناء تواجدها بشرفة منزلها فإن المسؤولية تبقى بكاملها على عاتق المكتب الوطني للكهرباء".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة 1 بتاريخ 2005/02/15 في قضية ورثة المرحومة فتيحة غازي بنت لخضر والتي جاءت حيثياتها كما يلي :

" وحيث إنه فيما يخص تحميل المكتب مسؤولية وقوع الحادثة إلى الهالكة لعدم تبصرها وتهورها عند ذهابها إلى الحفرة قصد غسل يديها فإن المحكمة بعد تفحصها لهذا الدفع واضطلاعها على ما جاء بمحضر الضابطة القضائية المشار إلى مراجعه أعلاه تبين لها أن الحفرة التي وقعت بها الحادثة كانت تشكل خطرا على ساكنة المنطقة خاصة التلاميذ بحيث أن الحفرة المذكورة تم إحداثها بالقرب من مدرسة تقع بمنطقة نائية وتم تركها بدون إشارات أو علامات توضح خطورة المكان وأن ادعاء المكتب بكونه قد قام بجميع الاحتياطات اللازمة إلا أن السكان المجاورين كانوا يزيلون السياجات الموضوعة قصد التزود بالماء هو قرينة على أنه كان على علم بما يقوم به السكان وبالتالي كان عليه أخذ الاحتياطات اللازمة لتدارك الوضع والعمل على إنهاء أشغاله بالورش الحديثة به الحفرة أو وضع حارس قصد تفادي الأخطار التي تشكلها ذلك أن وقوع الحادثة التي أدت إلى هلاك مورثة المدعين تشكل قرينة أخرى تؤكد أن المكتب المدعى عليه لم يتخذ احتياطاته خاصة وأن الهالكة لايتجاوز سنها 11 سنة وأن الحفرة المائية يصل عمقها إلى مترين ونصف وتوجد بالقرب من المدرسة حسب الثابت من محضر الضابطة المذكور مما يكون معه الدفع المثار في هذا الصدد غير مبني على أساس ويتعين استبعاده.

وحيث إنه فيما يخص تحميل المسؤولية إلى وزارة التربية الوطنية لكون التلميذة الهالكة كانت إبان وقوع الحادث تحت مسؤولية وعهدة المدرسة التي كانت تدرس بها فإنه من بين القواعد المستقر عليها قانونا وقضاء وهو أن مسؤولية

1 - قرار المحكمة الإدارية بوجدة رقم 2003/886 ش. ت ، حـ كم : 29، قضية السيدة قضية ورثة المرحومة فتيحة غازي بنت لخضر ضد المكتب الوطني للكهرباء ، حكم غير منشور .

وتعود أسباب هذه القضية إلى المرحومة غازي فتيحة على إثر غرقها بحفرة مائية كائنة بالقرب من المدرسة التي كانت تدرس بها وأن هذه الحفرة التي كانت سببا في هلاك المرحومة ، قامت بحفرها مصالح المحطة الحرارية بجرادة التي تركتها مملوءة بالماء بدون أي علامة أو إشارة تنبيه إلى خطورتها كما أنه لم يتم إنشاء أي حاجز أو بناء على الحفرة من شأنه الحيلولة دون الأخطار التي قد تسببها تلك الحفرة بالنسبة لتلاميذ المدرسة القريبة منها.

المدارس بشكل عام تقوم على خطأ واجب الإثبات وذلك بإيضاح التقصير الواقع من طرف المعلم المشرف على التلميذة وأنه في نازلة الحال وإن كانت التلميذة قد غادرت المدرسة لكون مدرستها تغيب عن الحصة المبرمجة في وقت الحادث فإن المكتب لم يبين وجه التقصير فيما يخص ذلك، كما أن مكان وقوع الحادث كان خارج المدرسة وليس بداخلها وأن في المقابل مادامت مسؤولية المكتب تقوم على خطأ مفترض بصفته حارساً لشيء - الحفرة - وأنه لتفنيده هذه المسؤولية يجب عليه أن يبين أنه قام بجميع الاحتياطات اللازمة وهو ما تدحضه القرائن والمعطيات المشار إليها أعلاه أو أن الحادث قد وقع بشكل فجائي أو قوة قاهرة وأنه في نازلة الحال لا يوجد أي دليل يفيد قيامه بإثبات ذلك وهو ما يكون معه الدفع المذكور كذلك غير مبني على أساس سليم ويتعين استبعاده .

وحيث إنه باستبعاد هذين الدفعين تكون مسؤولية المكتب عن الحادث ثابتة ويكون مبدأ المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للمدعين مؤسسة".

ومن ثم؛ فإن عنصر الغير في إطار الأضرار الناتجة عن الأشغال العمومية يعتبر أساسياً، بحيث إنه يمكننا من تطبيق نظام المسؤولية الإدارية، الذي يصعب فيه قيام المسؤولية على أساس الخطأ بشكل مباشر¹.

أما طبيعة الضرر في نظام المسؤولية الإدارية عن الأشغال العمومية؛ فإن طبيعتها تتحدد إلى جانب الشروط العامة للضرر القابل للتعويض الكامنة في أن يكون الضرر شخصياً، مؤكداً أو محققاً، وأن يمس بمصلحة مشروعة، كما يجب أن يكون الضرر مادياً و غير عادي، وأن تكون العلاقة مباشرة ما بين الضرر والأشغال العمومية.

أما صور الضرر الناجم عن الأشغال العمومية فتتجسد فيما يلي :

أن يكون الضرر ناجماً عن إنجاز أشغال عمومية.

أن يكون الضرر ناجماً عن عدم تنفيذ شغل عمومي كعدم وجود إشارات متعلقة بوجود أشغال عمومية².

أن يكون الضرر ناجماً عن سوء أو عدم صيانة مبنى عمومي.

أن يكون الضرر ناجماً عن سوء سير مبنى عمومي كتدفق مياه ملوثة أو رائحة كريهة يعود مصدرها إلى شغل عمومي أو مبنى عمومي.

أما الأضرار الواردة في هذه القائمة هي على سبيل المثال لا الحصر، لأن مسألة تحديد الأضرار الناجمة عن الأشغال العمومية تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري حسب ظروف و ملابسات و طبيعة الضرر وعلاقته بالشغل العمومي كما استنتجنا من حيثيات القرارات السابقة.

1 - حسن صحيب، مرجع سابق، ص: 90.

2 - وهو ما جسد في قضية شركة التأمين "Le soleil" حيث اعتبرت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر أن عدم الإشارة لوجود الخطر على طريق عمومي {مبنى عمومي} كان سبباً في حدوث ضرر أدى إلى وفاة الضحية.

إذ نتلخص وقائع القضية في وفاة مسافر كان على متن شاحنة صغيرة مارة ببلدية ابن عكنون بسبب اصطدام سقف الشاحنة بشجرة تشرف على الطريق.

قرار أوردهتة ياسمينة بوراس ومن معها، مرجع سابق، ص: 67.

وعلى راحة هذه المعايير القائمة على الأضرار الدائمة والأعراض العرضية في زمانها، وسياق تطور الاجتهاد القضائي من خلالها، فهذا لم يمنع هذا الأخير - أي الاجتهاد القضائي - من تجاوزها ليتبنى على أنقاضها معيارا آخر - كما أشرنا سابقا - يستند فيه على صفة الضحية لحظة وقوع الحادث، حيث يميز بين المنتفعين من الأشغال العامة أو المشاركين فيها من جهة، وبين الغير من جهة ثانية، حيث أن التعويض عن الأضرار التي تصيب الفئة الأولى يرجع فقط إلى نظام الخطأ مع تخفيفه نظرا لاستفادتها. في حين أن الأحكام القضائية التي تتحدث دائما عن خطأ مفترض في انعدام الصيانة أو عيب في البناء، يفترض فيها وجود خطأ في ذمة رب الشغل، ولكي يتحلل من المسؤولية عليه أن يثبت أنه قام بما يلزم من صيانة عادية¹. أما إذا أرادت الإدارة أن تبعد عنها الخطأ، فعليها أن تثبت أن أعمال الصيانة في وضعية سليمة كما أقر بذلك المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 27 يونيو 1996 في قضية السيد أيت خرسة عبد الله².

ويبقى إخضاع هذه الفئة إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ يعود إلى انتفاعها من هذه الأشغال عكس الفئة الثانية التي يسبب عدم انتفاعها من الأشغال تستفيد من نظام المسؤولية دون خطأ، فليس من المعقول تحميلها مغارم نشاط لا تستفيد منه³.

وفي هذا الصدد، يشير الأستاذ مسعود شيهوب للقرار القضائي الذي وصفه "بالشهير" الخاص بقضية "Peuplier de Montrouge" والذي يظهر فيه التمييز بين مستعملي {منتفعي} المرافق العامة وبين الغير واضحا⁴.

فأثناء هبوب عاصفة، سقطت شجرة على كشك للموسيقى حين كان الأطفال يستمتعون بالأنغام فجرح بعضهم، ولقد اعتبر مجلس الدولة الضحايا - وهم مجموعة من الأطفال بمشابة مرتفقين، وقدمت البلدية الدليل على قيامها بالصيانة العادية، ورفض مجلس الدولة تعويض الضحايا.

¹ - Jean du Bois Gaudissons, "L'usagers du service public administratif", L.G.D.J, Paris, 1974, p 203 et ss.

² - قرار رقم 500، بتاريخ رقم 96/06/27، ملف إداري عدد: 95/1/5/865، قضية السيد أيت خرسة عبد الله، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي دجنبر 2000، العدد 51، ص: 55.

وتتلخص وقائع القضية فيما يلي:

"أصيبت السيدة زهرة بنت العياشي بصدمة كهربائية في منزلها عندما كانت تحاول فتح مجرى المياه بسطح منزلها مستعملة قضيبا حديديا طويلا، وإذا بالقضيب يلمس الخيوط الكهربائية المارة بمحاذاة المنزل مما أصابها بصدمة قاتلة. وبعد حكم المحكمة لصالح تعويض أهل الضحية، جاء حكم الاستئناف ليرفض الدعوى بعلّة أن الأسلاك الكهربائية التي تسببت في وفاة المصابة كانت ممدودة خارج سطح المنزل، ومخصصة لتزويد السكان بالتيار الكهربائي ذي القوة المتوسطة، وأن المصابة حينما كانت تستعمل قضيبا تكون هي التي تسببت في لمس الأسلاك الكهربائية الممدودة خارج سطح منزلها، وبالتالي تكون هي المسؤولة الوحيدة عن وفاتها.

لكن حيث يتبين من تنقيصات القرار المطلوب نقضه، ومن مجموع الوثائق أن لم يجر أي بحث عما إذا كانت المؤسسة العمومية المطلوبة في النقض قد اتخذت كل الاحتياطات التقنية اللازمة والكافية التي يستوجبها تمرير خيوط الكهرباء بمحاذاة المنازل لتلافي أي خطر على السكان، وأن المحكمة عندما اعتبرت أن تصرف الضحية كان هو السبب الوحيد في الحادث، دون أن تناقش حالة ووضعية الأسلاك الكهربائية مصدر الصدمة التي نتج عنها ذلك الحادث، يكون قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه.

³ - Pierre Delvolve, "Le principe d'égalité devant les charges publiques", thèse, Paris, 1966, p 289-290.

⁴ - C.E.15/02/1939, Ville de Paris, Rec 94.

هذا ولقد انتقد الكثير من الفقهاء معيار التمييز بين منتفعي الأشغال العامة وبين الغير، فوصفه البعض بأنه تمييز اصطناعي أمثال الأستاذ "Jean François Davignon". في حين أشار له البعض الآخر من أمثال " Marcel Sfez " بأنه تمييز غير صحيح، ويبقى الفقيه " André De Laubadère " الأكثر تحديدا حينما أشار لصعوبة التمييز بين الغير وبين المرتفقين، حيث أنه في مجال الأضرار الدائمة لوحظ بعض التردد، حيث اعتبر المرخص له باستغلال "الدومين العام" من "الغير" إذا كانت الأضرار الناتجة عن أشغال عامة تمت لصالح "الدومين المرخص" له باستغلاله¹.

وتعود صفة الغير {أو الشخص الثالث كما يدعوه إلى ذلك جانب من الفقه} مثلاً إلى: عاملة الهاتف التي صعبها التيار لتضطرم بطاولة التنصت التي كانت تؤمن خدماتها بالقرب منها، وللمالك الذي فاضت المياه على أرضه بسبب انهيار أحد السدود، والشخص الذي يصعبه التيار الكهربائي بفعل قطع خط التوتر العالي في خارج إحدى القرى وتركه ملقياً ومرمياً على الأرض دون التنبيه إلى ذلك.. وغير ذلك من الحالات.

إن عدم استفادة منتفعي المرافق من نظام المسؤولية دون خطأ تطبيقاً لنظرية الأشياء الخطرة يشكل أحياناً إنكاراً صارخاً للعدالة مثلما هو الحال في سقوط شجرة على الطريق العام وإصابتها لأحد من المارة، حيث ظل القضاء لمدة طويلة يربط التعويض عن هذه الحوادث بالخطأ. ذلك أن تمييزاً جديداً في نطاق المرتفقين بدأ يظهر الآن، فأحياناً يقصد بالمرتفق منتفع المرفق الحائز للأشغال العامة وليس منتفع الأشغال العامة، ولكن هذا التمييز أيضاً كثيراً ما يثير إشكالات خاصة عندما يكون المرفق العام ذو طابع اقتصادي حيث يكون الاختصاص للقضاء العادي².

لقد أدت أزمة المعيار هذه بالقضاء على إعادة النظر في الأمر بمناسبة نظره في عدة قضايا، وهكذا عوض سائقو السيارات - وهم مستعملو مرفق الطريق - على أساس نظرية المخاطر عن الأضرار اللاحقة بهم من جراء سقوط الأشجار.

كما برز في بعض الاجتهادات لمجلس الدولة الفرنسي معيار جديد خاص بالمنشآت الخطيرة خطورة استثنائية كأساس لقيام المسؤولية غير الخطئية عن الأضرار التي تصيب مرتفقي الطريق بعد أن كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض المتمثل في انعدام الصيانة.

¹ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 185 - 186.

² - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 186.

وعلى أية حال؛ فإننا بمجرد الاضطلاع على عينة من اجتهادات القضاء الإداري المغربي، فإننا نلاحظ توسعا ملحوظا لنظام المسؤولية دون خطأ في نطاق الأشغال العمومية على نظام المسؤولية الخطئية كما رأينا، وهو ما يهدم لا محالة معيار التمييز الذي كان سائدا من قبل {الغير - المرتفق} هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإننا نشهد من خلال هذا الحكم نوعا من التراجع نحو تبني مفهوم الأشياء الخطرة الذي كان القضاء العادي قد هجره، ذلك من خلال مجموعة من الاجتهادات القضائية¹.

هذا ولقد توسعت المسؤولية عن الأشغال العمومية إلى حالات لا نلاحظ فيها تدخلا للأشياء، مثلما هو الحال في المسؤولية بسبب انعدام المنشآت أو بسبب سير المرفق العام المستعمل للمنشآت، وهذا يعني أن المسؤولية عن الأشغال العامة ليست مسؤولية عن الأشياء، وأن المسؤولية عن المنشآت العامة ما هي إلا تطبيق واضح وبسيط - وبدون خصوصيات - لنظرية المسؤولية عن الأشغال العامة.

وهكذا يتضح أن المسؤولية دون خطأ عن الأشغال العامة، ترتبط بمفهوم واسع للأشغال العامة، وبوضعية الضحية، فهي لا تشمل أساسا إلا الغير دون المنتفع، ولو أن الأحكام الأخيرة بدأت تشمل هذه الفئة أيضا، وهي مسؤولية متميزة لها خصوصياتها التي تميزها عن المسؤولية عن الأشياء إلى حد معين.

ويبقى أن نعرف أخيرا ما هي الشروط اللازمة لقيام هذا النوع من المسؤولية؟ هل هي تلك الشروط العامة التي نعرفها في المسؤولية الإدارية غير الخطئية فقط؟ أم لها شروطا خاصة مطلوبة؟

للإجابة عن شروط انعقاد المسؤولية عن الأضرار العرضية اللاحقة بالأفراد نتيجة الأشغال العمومية، نجد أن هناك اختلاف راجع تبعا لصفة الضحية المتضرر جسديا أو ماديا، إذ يميز الاجتهاد الإداري حسبما إذا كانت الضحية من مستعملي الأشغال العمومية، أو من المساهمين، أو من الغير².

يمكن اعتبار الغير ضحية حادث شغل عمومي في وضعية جد مناسبة لكي يستفيد من نظام المسؤولية على أساس المخاطر، لكن على المتضرر من الغير سوى إثبات وجود الضرر، وإقامة العلاقة السببية بينه وبين الشغل العمومي، وذلك دون أن تكون هناك حاجة لإثبات وجود أي خطأ في التصميم أو التنفيذ أو حتى في التسيير أو صيانة هذه المنشآت العمومية³.

وهذا يعني أن مسؤولية السلطة العمومية في هذا المجال لا تنعقد إلا بإثبات أمرين ضروريين:

حصول ضرر غير عادي، على درجة كبيرة من الفداحة والجسامة.

¹ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد: 121، الصادر بتاريخ: 2007/03/14، ملف عدد: 4/06/11 ضد المكتب الوطني للكهرباء. قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد: 53، الصادر بتاريخ: 2007/02/12، ملف عدد: 2/06/103 ضد المكتب الوطني للماء الصالح للشرب. قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، قرار عدد: 350، الصادر بتاريخ: 2007/05/30، ملف عدد: 6/06/04 ضد بلدية "الاولاد".

قرار المجلس الأعلى رقم 500، بتاريخ رقم 96/06/27، ملف إداري عدد: 95/1/5/865، قضية السيد أيت خرصة عبد الله، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي دجنبر 2000، العدد 51، ص: 55.

² - ميشيل روسي، "المنازعات الإدارية بالمغرب"، ترجمة محمد هبري والجيلالي أمزيد، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1993، ص 197-199.

³ - ميشيل روسي، مرجع سابق، ص 199.

وجود رابطة سببية مباشرة بين الشغل أو المنشأة العامة وبين الضرر المشكو منه¹.

وإضافة إلى الشروط العامة المتعلقة بالمسؤولية الإدارية - غير الخطئية - والمتمثلة في الضرر والعلاقة السببية، فإن الفقه قد استخلص من واقع الاجتهاد القضائي شروطا خاصة بالمسؤولية غير الخطئية بسبب الأشغال العمومية.

فحسب الأستاذ عوابدي عمار² لا بد أن يكون الضرر المستوجب لقيام المسؤولية هنا ضررا دائما، وماديا لا معنويا.

في حين أن الأستاذ "R.Chapus"³ يشترط في ضرر الأشغال العمومية المستوجب للتعويض - بدون خطأ - أن يكون حقيقيا وخصا {عندما ننظر إليه من زاوية عدد الضحايا} وغير عادي عندما ننظر إليه من زاوية خطورته ومدى أهميته.

إذن؛ فشرطي "خصوصية الضرر وجسامته" لا يتعلقان سوى بالمسؤولية عن الأضرار الدائمة، أما الأضرار غير العادية فهي دائما جسيمة وخاصة، ولذلك فإن المسؤولية - الخطئية - هنا تقوم بغض النظر عن وضعية الضحية.

وفي معرض سرده لخصائص الضرر المستوجب لقيام المسؤولية غير الخطئية بسبب الأشغال العمومية، يرى الفقيه "A.De Laubadère"⁴ أن خصوصية الضرر وجسامته تتضح أكثر عندما تكون الأضرار قد وقعت بسبب القرب من الأشغال، حيث تكون الأضرار حتما غير عادية، أي تكون من تلك الأضرار التي تتجاوز بخطورتها ودرجة جسامتها الأضرار العادية التي تعتبر من الأعباء العادية للجوار.

أما الخاصية الثانية فتكمن في ضرورة التناسب بين المنافع التي تحققها المجموعة، والتي تحققها الضحية، إذ تُستبعد مسؤولية السلطة العامة أو تخفف عندما يكون فائض القيمة المحقق للمجموعة من الأشغال أقل من ذلك المحقق للضحية، ويضرب مثلا لذلك الفقيه "A De Laubadère" من واقع القضاء نفسه فيقول:

"عندما يضطر المدعي إلى تغيير مدخل ملكيته بسبب شق طريق جديد مكان سكة حديدية، فإنه يقع على عاتق البلدية مسؤولية تسديد نفقات تغيير المدخل، لأن المدعي لم يحقق من الأشغال منافع خاصة أكثر من تلك المحققة للمجموعة"⁵.

أما الخاصية الثالثة؛ فهي أن يكون الضرر قد مس حقا. وهكذا ينطبق هذا الشرط أكثر على حقوق الملكية، فيستبعد تعويض الحائزين دون سند. ويتعلق هذا الشرط في رأينا بشروط قبول الدعوى أكثر منه بشروط الضرر، فيقول هنا الأستاذ مسعود شيهوب أنه لكي تقبل دعوى الأشغال العمومية على أساس المسؤولية دون خطأ ينبغي أن تكون للمدعي مصلحة، ولا يكفي هنا أن تكون المصلحة مجرد منفعة اقتصادية - كما هو الحال في دعوى الإلغاء - وإنما لا بد أن تكون مستندة إلى حق، وهنا تتحد فكرة المصلحة في القانون الإداري مع فكرة المصلحة في القانون الخاص⁶.

¹ - يوسف سعد الله الخوري، مرجع سابق، ص 477.

² - عوابدي عمار، "الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها"، مرجع سابق، ص 227-229.

³ - R. Chapus, "Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics", in Melonges offerts a Marcel Waline, T2, L.G.D.J., Paris, 1974, p 315-319-322.

⁴ - A.De Laubadère, op.cit,

⁵ - مقتطف من قرار لمجلس الدولة 23 أبريل 1971.

⁶ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 192.

وعلى محمل هذه الشروط، نستشف قصدية حصر الإدارة ومنعها من التخلص من مسؤوليتها أثناء الأشغال العمومية، كليا أو جزئيا، إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المتضرر¹.

وعلى ضوء ما تقدم، يلاحظ على موقف المجلس الأعلى ببلادنا التشدد في إقرار المسؤولية بقصد عدم إفلات الإدارة، فقد أصدر قرارا في أحد النوازل قضى فيه بمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي لحقت ورشة أحد الأغيار، بسبب فيضانات ناتجة عن تهطل أمطار غزيرة أدت إلى تحول مجرى النهر، نتيجة وجود أكوام من الأتربة راجعة إلى القيام بأشغال عمومية، ورغم تذرع الإدارة بأن الضرر حصل نتيجة قوة القاهرة، فإن المجلس الأعلى حملها المسؤولية على أساس المخاطر، ولم يعتبر تهطل الأمطار الغزيرة من قبيل القوة القاهرة التي تعفيها من المسؤولية².

وهناك عدة نماذج من أحكام القضاء الإداري المغربي ساير فيها هذه الأطروحة التي تشدد الخناق على الإدارة وتقيم عليها أسس المسؤولية على أساس المخاطر³.

¹ - فوزت فرحات، " القانون الإداري العام"، الكتاب الثاني، القضاء الإداري، مسؤولية السلطة العامة، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2004

² - القرار عدد 62، بتاريخ 16/07/1959 "Martin" المجموعة لسنة 1957-1960، ص 189.

أورده عبد الله حداد، " تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي"، منشورات عكاظ، الرباط، 1999، ص 189.

³ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، حكم: 19، ملف رقم: 2004/121 ش- ت، بتاريخ: 2007/01/30، قضية السيد أرصافي الموفق، وكانت حيثية الحكم هي: "مادامت الأضرار اللاحقة بمنزل المدعي كانت نتيجة تسرب الماء إلى جدرانها من قنوات الماء الشروب، فإن المكتب الوطني للماء الصالح للشرب باعتباره هو المسؤول عن صيانة القنوات المذكورة يتحمل مسؤولية تلك الأضرار والتعويض المستحق عنها".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة، حكم: 163، ملف رقم: 2002/41 ش-ت، بتاريخ 2005/06/21، قضية السيد بنعمرو، وكانت حيثية الحكم هي: مادامت الإدارة المدعى عليها قد قامت بمد قنوات صرف مياه الأمطار وجعلتها تصب مباشرة في أرض المدعي، فإنها تكون مسؤولة عن الأضرار اللاحقة بالأرض المذكورة، وعن التعويض عنها كما تكون ملزمة باتخاذ الإجراءات الكفيلة لرفع الضرر.

قرار المحكمة الإدارية بوجدة، ملف رقم: 2002/13 ش ت، حكم رقم: 65، بتاريخ: 6 مايو 2003، قضية جماعة لبصارة وبني ميمون ضد بلدية النعيمة، وكانت حيثية الحكم هي:

"إن عدم قيام المجلس البلدي باتخاذ الاحتياطات اللازمة عند مده لقنوات المياه العادمة وجعلها تصب في أرض المدعيتين، يجعله مسؤولا عن كل الأضرار الناتجة عن ذلك، وملزما بإزالتها والتعويض عنها".

قرار المحكمة الإدارية بوجدة، ملف رقم: 2003/886 ش. ت، حكم رقم: 29، بتاريخ: 05/02/15، قضية ورثة المرحومة فتيحة غازي بنت لخضر ضد المكتب الوطني للكهرباء، وكانت حيثية الحكم هي:

يكون المكتب المدعى عليه مسؤولا عن الضرر اللاحق بالمدعين نتيجة وفاة مورثتهم بسبب سقوطها في الحفرة المائية المحدثة من طرفه مادام كان عالما بخطورتها ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث.

قرار المحكمة الإدارية بوجدة، ملف رقم: 03/844 ش. ت، حكم رقم: 92، بتاريخ: 12/4/2005، قضية: فاطمة الرطبي ضد المكتب الوطني للكهرباء، وكانت حيثية الحكم هي:

إبقاء السلك الكهربائي ممرا فوق منزل المدعية على علو متر واحد يشكل ضررا حالا يتعين درؤه إعمالا لقاعدة الضرر يزال.

قرار المحكمة الإدارية بوجدة، ملف رقم: 2002/309، حكم رقم: 44، بتاريخ: 2005/02/17، قضية السيد: امجد جلال ضد المكتب الوطني للكهرباء، وكانت حيثية الحكم هي:

إن قيام المكتب الوطني للكهرباء بتثبيت أعمدة كهربائية حديدية سهلة التسلق قرب تجمع سكاني ودون إقامة حواجز للحيلولة دون تسلقها من طرف الأطفال الصغار ومنعهم التمييز ببرر تحميله جزءا من المسؤولية عن الأضرار التي قد يصاب بها هؤلاء الأطفال من جراء إصابتهم بصعقة كهربائية.

قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، ملف رقم: 2007/13 ش. ت، حكم رقم: 321، بتاريخ: 2007/10/30، قضية السيد: صدوقي محمد ضد المكتب الوطني للكهرباء، وكانت حيثية الحكم هي:

وحيث إن إنشاء مثل هذه الأعمدة قرب منازل سكنية وهي تحمل أسلاكها كهربائية من التيار العالي، دون أن تكون مغلفة أو تحمل علامات وجود الخطر الكهربائي، وعدم إقامة حواجز لعدم الوصول إليها من طرف الأطفال وفاقدي التمييز الذين لا يدركون مدى خطورتها تجعل المكتب الوطني للكهرباء يتحمل جزءا من المسؤولية عن

هذا وتبقى الملاحظة التي يمكن تسجيلها في هذا الصدد هي أن الاجتهاد القضائي ويجاريه في ذلك الفقه بقدر ما توسع في المسؤولية دون الخطأ على المستوى الأفقي، بقدر ما حددها وضيقها على المستوى العمودي، من خلال الشروط الخاصة التي أرساها، إن الأمر يتعلق بقيود جديده تحد من دائرة الأشخاص المستفيدين من نظام المسؤولية دون خطأ.

إن نظام المسؤولية عن الأشغال العمومية كنظام المسؤولية دون خطأ بوجه عام يتضمن في طياته إقرار المبدأ والحد من تطبيقه في الوقت نفسه. أما التحديد فيتجلى في اشتراط القضاء شروطا خاصة - لا يعرفها في المسؤولية الإدارية - وهي بمثابة قيود أو حدود لحصر وتضييق مجال المسؤولية، ربما مراعاة لاعتبارات مالية أكثر منها قانونية.

وأما إقرار المبدأ، فيتجلى في عدم اشتراط الخطأ أولا لإقامة المسؤولية، وثانيا في تقليص أسباب الإعفاء من المسؤولية عن الأشغال العمومية إلى خطأ الضحية والقوة القاهرة فقط. وعلى العكس، فإن السبب الفجائي لا يعتبر سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية - كما هو الحال في المسؤولية الخطئية - كما لا يعتبر أيضا خطأ الغير سببا معفيا من المسؤولية، ولو أن مجلس الدولة قد اعتبره كذلك في حالة استثنائية بالنسبة لرب العمل عندما يكون هناك نص على حقه في دعوى الرجوع الغير¹.

ومجمل القول، فإنه إذا كانت المخاطر الاقتصادية في صورة الأشغال العمومية قد أثارت الكثير من المداد والسجال حول طبيعتها ونظامها وشروطها، غير أنها لا زالت تعرف تطورا متزايدا فيما يخص الاجتهاد القضائي لإرساء صفة المتضرر.

الأضرار التي تلحقها للغير بل إن حتى وإن كانت هناك علامات الخطر فإن ذلك غير كاف لانتفاء مسؤولية هذا الأخير مادام أن تلك العلامات قد لا يدركها الأطفال - مثل المدعي - القاصرين ومنعدي التمييز.

وحيث إنه تبعا لذلك ارتأت المحكمة تشطير المسؤولية بين الطرفين وجعل ثلثها على المكتب المدعي عليه والثلثين الباقيين على ولي الضحية لتقصيره في مراقبة ابنه القاصر وتركه يلعب بجوار هذه الأسلاك الكهربائية ورميها بواسطة قضيب حديدي بعد رجوعه من المدرسة.

وحيث إنه فيما يخص الأضرار التي لحقت بالضحية من جراء إصابته بالصعقة الكهربائية والتي أدت إلى بتر يديه معا. فإن المدعي قد أدلى بخبرة طبية قام بها الخبير خالد بوعباد .

وحكمت المحكمة الإدارية بأداء المكتب الوطني للكهرباء في شخص ممثله القانوني لفائدة المدعي مبلغ (300.000,00 درهم).

¹ - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص: 192.

إشكالية النقيع في مجال السياسات العمومية

بالمغرب على ضوء القانون رقم 17.08



صلاح الدين كرزابي طالب بماستر التدبير الإداري المحلي

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بسلا

تعتبر السياسات العمومية من أهم الآليات القانونية التي تتخذها الدولة في شكل أهداف و إستراتيجيات محددة قصد معالجة بعض القضايا المطروحة و ذات الأولوية داخل المجتمع، بعد دراستها و مرورها بمجموعة من المراحل الأساسية قبل أن تتم بلورتها في شكل مجموعة من القرارات المرتبطة بالشأن المحلي أو الوطني على حد السواء. غير أن المراحل التي تكتسي أهمية خاصة في مراحل إعداد السياسات العمومية هي مرحلة التدخل و مرحلة التقييم، و يتعلق الأمر بسيرورة الإعداد و التنفيذ و التقييم حيث يتأثر الإستخدام الملموس للسياسات العمومية بمجموعة من المعطيات كالتحديد الدقيق للقضايا التي يراد التدخل فيها أو تدبيرها، و الموارد المتوفرة بشكليها المادي و البشري و سيناريوهات الحلول التي يمكن توقعها. و لازال موضوع السياسات العمومية في المغرب لم يجد موقعا ثابتا و معترفا به داخل المشهد الإداري الوطني، و ذلك إعتماذا على المؤشرات الكمية و الإحصائية و مقارنة النتائج المحصل عليها بالأهداف المعلنة و ذلك من أجل قياس نجاعة السياسات العمومية التي تم إعدادها، و تجدر الإشارة إلى أنه يكمن أيضا أن تتم بلورة سياسة عمومية على المستوى المحلي و هذا ما سنبرزه من خلال توضيح بعض الإشكاليات التي تثيرها مختلف السياسات العمومية على ضوء القانون 17.08 المتعلق بالميثاق الجماعي، خاصة في المرحلة التي يتم فيها تقييم و تثمين هذه الأخيرة، وعلى هذا النحو سنقسم الموضوع محل الدراسة إلى ثلاث نقط أساسية.

أولا: مراحل إعداد السياسات العمومية.

تمر مختلف السياسات العمومية بأربع مراحل أساسية متتالية، تبتدأ بظهور المشكل العمومي و تنتهي ببلورة مجموعة من القرارات للإجابة على هذا المشكل و إحتوائه و يمكن تلخيص هذه المراحل في ما يلي:

المرحلة الأولى : تكتسي هذه المرحلة أهمية خاصة في مراحل السياسات العمومية، حيث خلالها يظهر المشكل أو وجود طلبات معينة على الصعيد الإجتماعي أو الإقتصادي تمس مراكز أفراد أو جماعات معينة، و يلجأ الفاعلون في

هذه المرحلة إلى دراسة المشاكل و الطلبات المطروحة لمعرفة المتغيرات المتحركة فيها سواء كانت هذه المتغيرات رئيسية أو تابعة، قبل الإنكباب على دراسة الحلول التي يتم إعتماؤها لتغطية المشاكل المطروحة.

المرحلة الثانية : في هذه المرحلة يتم إتخاذ الحل بعد دراسة المشكل المطروح و معرفة الأسباب المتحركة فيه، حيث يتم طرح كل الحلول الممكنة و المشروعة التي يمكن أن تجيب على المشاكل و الطلبات المطروحة، و ذلك من خلال إتخاذ الحل الأنسب و الأمثل من بين الخيارات و البدائل المطروحة.

المرحلة الثالثة : أثناء المرحلة الثالثة يتم إعتما الحل الذي تم إخاده من بين الحلول التي كانت مطروحة، و ذلك من خلال إتخاذ كافة الإجراءات و تكريس جميع الوسائل لتنفيذ الحل الذي تم إتخاذه.

المرحلة الرابعة : تعتبر هي المرحلة الأخيرة يتم فيها تقييم القرار التي تم إتخاذه من خلال قياس مدى إجابة القرار المتخذ على المشاكل و الطلبات التي كانت مطروحة، من خلال الإعتما على مجموعة من المؤشرات كمؤشر الفعالية و مؤشر الملائمة، و ذلك لمعرفة مدى نجاعة الحل الذي تم إتخاذه و مدى إستجابته للطلبات و المشاكل التي كانت مطروحة مسبقا.

هكذا نكون قد أبرزنا مختلف المراحل التي تمر منها، لننتقل بعد ذلك إلى تبيان السياسات العمومية في الميثاق الجماعي.

ثانيا : السياسات العمومية على ضوء القانون 17.08.

عمل المشرع المغربي علي تنظيم الإطار القانوني الذي ياطر العلاقة ما بين الدولة و الجماعات الترابية في مختلف المجالات التي ترتبط بتدبير الشأن المحلي في مقتضيات القانون 17.08، حيث أسند المشرع المغربي مجموعة من الإختصاصات للمنتخب المحلي المختلفة، منها يتخذ صبغة ذاتية و منها ماهو تقريرى إضافة إلى الإختصاصات الإستشارية، و بالرجوع إلى مقتضيات القانون 17.08 نجد أنه تضمن في العديد من المواد التي تبرز الدور المهم للمنتخب المحلي في مجال السياسات العمومية على المستوى الترابي، حيث نصت المادة 136 على أنه من إختصاصات رئيس المجلس الجماعي وضع مخطط التنمية الإقتصادية و الإجتماعية المحلية وفق منهج تشاركي. كما تنص نفس المادة على أن من صلاحيات المجلس الجماعي إبرام إتفاقيات للتعاون و الشراكة من أجل إنعاش التنمية الإقتصادية و الإجتماعية، سواء مع الإدارة العمومية أو الخاصة و الفاعلين الإجتماعيين. و أشارت المادة 38 من ذات القانون إلى مجموعة من الإختصاصات التي يتمتع بها رئيس المجلس الجماعي في مجال التعمير من خلال تشجيع و إحداث التعاونيات السكنية و جمعيات الأحياء، إضافة إلى أن المادة 41 تنص على إمكانية المجلس الجماعي القيام بكل عمل محلي من شأنه تعبئة المواطن قصد الوعي الجمعي من أجل المصلحة المحلية و التشجيع على الإنخراط في الجمعيات، و تنمية الشراكة مع الجمعيات القروية و كل المنظمات و الأشخاص المعنوية و الطبيعية التي تعمل في الحقل الإقتصادي و الإجتماعي و الثقافي، أما المادة 42 و التي تتعلق بالإختصاصات المرتبطة بالتعاون و الشراكة فإنها تنص على قيام المجلس الجماعي بـ " جميع أنواع أعمال التعاون و الشراكة التي من شأنها أن تنعش التنمية الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية للجماعة، و ذلك مع الإدارة و الأشخاص المعنوية الأخرى الخاضعة للقانون العام و الشركاء الإقتصاديين و الإجتماعيين الخواص أو مع جماعة أو منظمة أجنبية "2.

¹ - المادة 36 من القانون 17.08 المتعلق بالميثاق الجماعي

² - حسن طارق، السياسات العمومية في الدستور المغربي الجديد، منشورات المجلة المغربية العدد 92

ثالثا: تقييم السياسات العمومية.

تعتبر مرحلة التقييم من المرحل المهمة أثناء إعداد سياسة عمومية معينة، حيث تمكن هذه المرحلة من تقويم و تدارك الأخطاء و مختلف الإختلالات التي تشوب مختلف العمليات التي تهدف إلى تحقيق التنمية في مفهومها العام، و التقييم يفيد قياس مدى إجابة القرار المتخذ على المشاكل و الطلبات المتعددة التي كانت مطروحة بالإعتماد على مجموعة من المؤشرات و المعايير، و إذا كانت طرق تقييم السياسات العمومية و الجهة المختصة بهذه العملية تختلف من دولة للأخرى، فإنه من الصعب ضبطها و معرفة الجهة المعنية بالتقييم في المغرب و ذلك لمجموعة من الأسباب نذكر منها:

ضعف الإطار القانوني و عدم و ضوحه في هذه المسألة، ف القانون 17.08 لم يوضح الجهات المسؤولة عن تقييم السياسات العمومية و لا الطريقة المعتمدة في ذلك.

تداخل الإختصاصات بين المجلس الجماعي و سلطات الوصاية بالإضافة إلى غلبة الهاجس المصلحي على حساب التنمية.

ضعف تدخل المجتمع المدني و المواطنين كمعنيين وكفاعلين أساسيين في تقييمها من منطق كونهم الأدرى بشؤونهم المحلية، و بإعتبارهم المعني الرئيسي بمخططات التنمية الجماعية.

إشكالية تنفيذ توصيات المجلس الأعلى للحسابات بخصوص المشاكل التي تعترى مخططات التنمية الجماعية و السياسات الترابية إما لأسباب تقنية أو مادية.¹

و إذا كان الدستور الجديد قد أعطى أهمية كبرى فيما يخص تدبير الشأن المحلي و إبراز دور المنتخب الجماعي في رسم معالم السياسات العمومية ذات البعد التشاركي، من خلال إشراك ممثلي المجتمع المدني و باقي الفاعلين في تحديد أولويات و خيارات التنمية في مختلف المجالات الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية ، فإن السؤال يبقى مطروحا حول مدى تفعيل هذه الإختصاصات على أرض الواقع و ممارستها.

وأخيرا، حري بنا أن نؤكد بأن موضوع تقييم السياسات ببلادنا أصبح مطلبا مجتمعي ملح، و مدخلا حقيقيا لإرساء حكمة جيدة محليا ووطنيا، ذلك أن السلطات العمومية بحاجة للتوفر على مؤشرات حقيقة تسمح بعقلنة عملها و تدبير و سائلها بشكل أمثل و التمكن من تقييم الآثار الحقيقية لبرامجها و سياساتها التنموية.

المراجع :

القانون رقم 17.08 المتعلق بالميثاق الجماعي.

مكاوي نصير، تدبير مالية الجماعات المحلية، دار أبي رقراق للطباعة و النشر، الطبعة الأولى 2011.

حسن طارق، السياسات العمومية في الدستور المغربي الجديد، منشورات المجلة المغربية ، العدد 92.

جمال حطابي- حسن طارق الميثاق الجماعي الجديد، أي مستقبل للسياسات العمومية، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد 4، 2009.

¹ جمال حطابي- حسن طارق، الميثاق الجماعي الجديد إي مستقبل للسياسات العمومية المحلية، المجلة المغربية للسياسات العمومية، 2009، ع4، ص 53

تأديب العامل بين العقوبة و العفو



الاستاذ : بن بدرة عفيف

أستاذ بالمركز الجامعي بغليزان

سنة ثانية دكتوراه جامعة تلمسان

مقدمة :

يعتبر تأديب العامل من الموضوعات المهمة و الحساسة كونه يمس مباشرة بعلاقة العامل مع المستخدم ، كما أنه من المواضيع التي تطرح بكثرة أمام القضاء ، وهو أمر مثير للدراسة بالنظر إلى المنحنى القانوني الذي عرفه التشريع الجزائري .

فقد ذهبت القوانين العمالية المقارنة في تصنيف التأديب داخل المؤسسة إلى اتجاهين مختلفين يتمثل الاتجاه الأول في وضع قانون تأديبي *Droit disciplinaire* بواسطة نصوص قانونية وتنظيمية حددت من خلالها مختلف الجوانب الأساسية لتحديد محتوى ومضمون التأديب، والإجراءات التي يجب أن تتبع ، وهياكل وأجهزة تأديبية .

بينما يتمثل الاتجاه الثاني في وضع نظام تأديبي *règlement disciplinaire* وذلك بواسطة الأنظمة الداخلية للعمل التي يضعها المستخدم مع مراقبة من الإدارة والقضاء، بالإضافة إلى الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي يشترك في وضعها أصحاب العمل والعمال¹ وبالتالي حرية الأطراف انطلاقا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

وقد تبنى المشرع الجزائري الاتجاه الثاني المبني على حرية الأطراف ، و انسحابه من التدخل المباشر في علاقات العمل ، وهو أمر طبيعي بالنظر إلى اعتناق المذهب اللبرالي عوضا عن المذهب الاشتراكي .

و لكن بفعل ذلك لم يعد قانون العمل ينظم التأديب مثلما كان في السابق ، وعليه صارت عملية تسيير التأديب في المؤسسة تنطوي على كثير من الغموض ، وخاصة كيفية اتخاذ العقوبة في حق العامل (المبحث الأول) ثم ما مصير

¹ أحمية سليمان، تنظيم قانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء 2، ص 200.

إجراء العفو الذي بما أنه يكون بمبادرة من المستخدم يستحيل أن يكون اتفاق بشأنه ومنه مدى إمكانية التمسك به (المبحث الثاني)

المبحث الأول : تأديب العامل من خلال عقوبة مناسبة .

يرتكز تأديب العامل أساسا على العقوبة التي يقررها في حقه المستخدم ، و مدى عدالتها بالنسبة إلى العامل ، أي مدى شدتها بالنظر إلى ظروف معينة تتحكم في ذلك ، وعليه يلزمنا أن نعلم ما معنى العقوبة التأديبية ، ثم ماهية الظروف التي تتحكم في هذه العقوبة .

المعنى المقصود من العقوبة التأديبية .

لم يرد تعريف في التشريع الجزائري للعقوبة التأديبية فـقانون 11/90 لم يعرف لا الخطأ التأديبي ولا العقوبة التأديبية، رغم ذلك اشترط للعقوبة التأديبية سلما في النظام الداخلي ، ولذلك كان لابد لنا من الاتجاه إلى الفقه والقانون المقارن من أجل توضيح ذلك .

فيقصد بالعقوبة أو الجزاء التأديبي ذلك الجزاء الردعي الذي يتخذه صاحب العمل ضد العامل المخطأ سواء كان ذلك الإجراء ذو طابع معنوي أو أدبي (كالإنذار والتوبيخ وغيرها من الجزاءات المعنوية) أو كان الإجراء ذو طابع مالي في شكل عقوبة مالية توقع على العامل ، (وذلك كحرمانه من بعض التعويضات أو المكافآت أو الامتيازات المالية، أو خصم جزء من أجره وما إلى ذلك) ¹ .

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي فقد عرفها على النحو التالي "تشكل عقوبة كل إجراء ، ما عدى الملاحظات الشفهية ، المتخذة من قبل المستخدم بعد تصرف العامل الذي يعتبره هو كخطأ ، سواء كان هذا الإجراء ذو طبيعة مؤثرة سلبيا -في الحين أو فيما بعد- على حضور العامل في المؤسسة أو مهنته أو مساره المهني أو المقابل الذي يتقاضاه" ² ، هذا المفهوم القانوني للعقوبة تم تكريس في مختلف الأحكام القضائية الفرنسية .

الظروف التي تحيط بالعقوبة التأديبية :

كما سبق القول أن المشرع الجزائري لم يعرف العقوبة ولم يبادر إلى ذكر كيفية اختيار العقوبة ، وهو بديهي نوعا ما ، بل ركز فقط على الأخذ بعين الاعتبار ظروف العامل وهي الظروف المخففة ، تاركا قضية الظروف المشددة للمستخدم ، الذي في هذه الحالة لا يراقبه سوى القضاء .

¹ أحمية سليمان: مرجع السابق، ص202.

² "L.122-40" constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération" cette définition légale est reproduite par certains arrêts de jurisprudence (cass. soc 10 avr. 1991, bull. civ. V, n°174, RJS 6/1991, n°704). R.T.D ; juillet 1999, p11

I - الظروف التي تشدد من العقوبة :

لقد استقر الفقه على عدة ظروف يترتب عليها تشديد عقوبة العامل، إلا أن أهمها كان فيما يتعلق بمسؤولية العامل و صفته وهي ثلاثة : تكرار العامل للسلوك الخاطئ ، الصفة الرئاسية للعامل، علم العامل أو استطاعته العلم بفداحة الضرر المترتب على خطئه.

1- تكرار العامل للسلوك الخاطئ: (أو حالة العود) وهو إصرار العامل على ارتكاب الخطأ رغم المعاقبة عليه والرجوع إليه مرارا ويعتبر هذا دليلا على عدم تأثير العقوبة عليه وعدم نجاعتها ، وبالتالي يرفع من درجة العقوبة من أجل بلوغ النتيجة المتوخاة من النظام التأديبي.

والتشديد في العقوبة إما يكون ضمن مدى العقوبة الموجودة مسبقا في النظام الداخلي (بمعنى في درجة العقوبة نفسها) وإما يكون عن طريق تصعيد في درجة العقوبة إلى درجة أخرى .

والحالة الأولى عندما يكون عقاب الخطأ غير محدد بل بالنظر إلى حد أدنى وحد أقصى ، وذلك كالنص في النظام الداخلي على أن الخطأ يعاقب عليه بالطرد من يوم واحد إلى ثلاثة أيام فهنا أعطيت صلاحية تقدير إلى المستخدم الذي يمكن أن يوقع عليه عقوبة الطرد لمدة يوم و في حالة العود يطبق عليه ثلاثة أيام ، أما الحالة الثانية وهي أن يوقع المستخدم عقوبة درجة أولى على العامل وفي حالة العود يطبق عليه عقوبة درجة ثانية كأن يوقع عليه توبيخ وفي حالة العود يطبق درجة ثانية ألا وهي الطرد لمدة 8 أيام.

يمكن أن يؤدي تكرار الخطأ إلى تشديد العقوبة إلى درجة التسريح ، أي يعتبر خطأ جسيما رغم أنه في الأصل ليس بالخطأ الجسيم، سواء نص على ذلك في النظام الداخلي أم لا ولكن يشترط مع ذلك عدم تسامح المستخدم مع العامل عن أخطائه السابقة ¹ ، حيث أن هذا التسامح من جانب صاحب العمل يتعارض مع اعتبار خطأ العامل جسيما .

فلقد نص في تشريع سابق أنه لا يمكن إصدار العفو في حالة تكرار الخطأ نفسه أو ارتكاب أخطاء تختلف درجاتها 2 إذ المستخدم ممنوع قانونا من إصدار العفو على العامل في حالة رجوعه إلى نفس الخطأ .

ولم يشترط التشريع الجزائري أية مهلة بين ارتكاب الخطأ الأول والثاني، أي تاريخ ارتكاب الخطأ وتاريخ العودة إليه، بينما اشترط في مصر مهلة 6 أشهر ³ مابين تاريخ ارتكاب الخطأ والعود إذا تعلق الأمر بالتسريح، أي أنه لا يعتبر إعادة للخطأ إذا وقع بعد مدة 6 أشهر والمراد هنا حماية العامل ونفي شرط سوء نية العامل لأن أخطر عقوبة ألا وهي التسريح تسلط على الخطأ الأكثر جسامة ألا وهو الإضرار بالمؤسسة وليس المستخدم

فإذا كان بعد مدة طويلة فهنا قصد العامل ليس الإضرار وبالتالي يعتبر خطأ منفردا وليس ظرفا مشددا.

¹ (cass. soc 4 juin 1969, D1970-38, cass-soc26 janv. 1967) R.T.D ; juillet 1999, p12

² م. 67 ف 4 قانون 302-82 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية خاصة بعلاقات العمل الفردية. " و لا يمكن إصدار العفو في حالة تكرار الخطأ نفسه أو ارتكاب أخطاء تختلف درجاتها ."

³ م. 10 من قرار وزير العمل المصري، رقم 96 لسنة 1965 نقلا عن د. على عوض حسن ، الفصل التأديبي في قانون العمل ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للطباعة و النشر ، القاهرة 1975 ص287.

و أضاف المشرع المصري أنه يجب إبلاغ العامل بما وقع عليه من عقوبات ونوعها ومقدارها والعقوبة التي يتعرض لها في حالة العود، فشرط تطبيق العقوبة المشددة أن يكون قد حدث إبلاغ كتابي للعامل بأنه سوف يتعرض لعقوبة أشد في المرة القادمة. ¹

2- الصفة الرئاسية للعامل: إن صفة الرئاسية للعامل و بحكم المنصب تضع على عاتقه مسؤولية أكبر، كما أن درجته في سلم هرم السلطة تؤدي إلى أن الخطأ البسيط منه يكون له آثار جسيمة قد تمس مباشرة بالمؤسسة فمثلا: إذا تقاعس عن إعطاء تعليمية معينة للعامل فقد تسبب فتقاعس عشرات العمال الذين يأتون بعده في الرتبة، وبالتالي خطر حقيقي على المؤسسة، كما أن غيابه يؤدي إلى شل المؤسسة في حين أن غياب العامل لا يؤدي بالضرورة إلى ذلك.

كما أنه لرئيس العمل مهمة التسيير وهي مسؤولية تقع على عاتقه تحتاج إلى كفاءة معينة ، وعليه فإن الخطأ الذي يقع منه يعتبر دليلا لعدم المقدرة على المنصب إذ أنه يجدر برئيس العمل أن يضرب المثل الأعلى للعمال المرؤوسين، فإذا تهاون وصدرت منه الأخطاء بدون محاسبته ينعكس سلبا دون شك على العمال ويعتبر مشجعا لهم لمباشرة الأخطاء عمدا ويحيل المؤسسة حتما إلى الفوضى العارمة.

وأيضا يمكن تفسير ذلك بناء على عنصر الثقة الموجودة بين صاحب العمل ورئيس العمل، إذ أن هته الثقة هي أصل سلطة الرئيس على العمال الآخرين ، بحيث أنه في مقابل هذه السلطة هناك ظرف مشدد إذا ما استغلها لمصلحته الشخصية فهو إذا قام بأعمال تضر بالمؤسسة ليس فقط خرق إلتزاماته كعامل بسيط وإنما زاد على ذلك الثقة التي وضعها فيه المستخدم والعمال ككل، وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار خطأ العامل جسيما بناء على صفة الرئاسة ²

وقد قضى أيضا بأن إخفاء رئيس العمل الاختلاس الذي ارتكبه أحد العمال المرؤوسين وعدم الإبلاغ عليه خطأ جسيما حتى ولو استرد الأموال المختلسة من العامل وردها لصاحب العمل ³ ، كما أن خطأ رئيس العمل يعتبر جسيما إذا أدى إلى توقييع غرامات مالية كبيرة على المؤسسة ⁴

3- علم العامل أو استطاعته العلم بفداحة الضرر المترتب على خطئه: إذا صدرت مخالفة أو خطأ من العامل رغم علمه المسبق يعتبر دليلا على سوء نيته أو لا مبالاة مفرطة ولذلك تشدد له العقوبة كما أن العلم المسبق بفداحة الضرر يعتبر ظرفا مشددا ، فإذا كان العامل على علم بخطورة الأوضاع كالذي يدخن السجائر في المنشأة بالقرب من مواد سريعة اللهب ، أو أن يكون قد تم إخطاره من طرف المستخدم مسبقا شفاهة أو كتابتا أو بلافتة تدل على جسامه الضرر ورغم ذلك تجاهلها، هنا تشدد عليه العقوبة ولو لم يحدث الضرر.

كما أن صدور الخطأ من عامل متخصص في المجال أو محترف ليس كالذي لا يملك تلك المؤهلات، فالعامل المتخصص فنيا يقاس عمله ودرجة حرصه بمحترف مثله وليس رجل عادي ،

¹ م. 11 من القرار الوزاري المصري رقم 96 لسنة 1962، نقلا عن د. على عوض حسن، المرجع السابق، ص 290.

² 12, R.T.D ; juillet 1999, p) (Cass. Soc 15 nov. 1978, JCP 1979

³ 12 (Cass. Soc 17 juill-1958, JCP 1958-2-10792). R.T.D ; juillet 1999, p

ويقابل هذا نص م. 72 من التشريع الجزائري السابق 302\82: عندما تكون الأخطاء المهنية المنصوص عليها في م. 71 أعلاه منسوبة إلى عمال كيفما كانت رتبته في السلم الإشراف، تحسب على ذمة المسؤول السلمي المباشر إذا إطلع عليها و لم يستنكرها و لم يتخذ إجراءات تأديبية لمعاقبة اعوانه الذين ارتكبوا تلك الأخطاء

⁴ (cass. Soc 28 déc. 1951, gaz pal 1952, 1.166) R.T.D ; juillet 1999, p 12

وكذلك يعتبر ظرفا مشددا نظرا لأهمية عمله، إذ أن المحترف المتخصص يستقطب عادة من أجل شغل عمل حساس كالمحترف الذي لا يحترم المقاييس التي تشترط في عمله والتي تكون معروفة حتى من قبل العامل العادي فإن ارتفاع المستوى لدى العامل يقتضي منه درجة عالية في الكفاءة فمثلا: إذا قام عامل بسيط بإصابة حيوان أثناء تلقيح صناعي لا يعاقب مثل المتخصص فنيا¹، أو إذا وقعت سرقة وعلم بها الحارس فهو يعاقب أكثر من عامل آخر علم بالسرقة ولم يبلغ عليها نظرا لأن الحارس متخصص في الحراسة مقارنة مع عامل آخر .

كما أن عدم إخطار العامل بالخطأ الذي قام به يعتبر ظرفا مشددا لأنه ليس فقط قام بالخطأ بل تستر عليه، متسببا بذلك في إطالة مدة الضرر إذا وجد وزيادة درجة خطورته²

ضف إلى ذلك حالت العامل الذي ارتكب خطأين بسيطين في آن واحد فيقوم المستخدم بالتشدد في عقوبة الخطأ الثاني نظرا لأنه مداوم على الأخطاء

والفرق بين هذه الحالة وحالة العود أن الثاني يكون بالعودة إلى نفس الخطأ بينما هذه الحالة تفترض ارتكاب خطأ ثاني من جنس مختلف ولكن من نفس الدرجة.

II - الظروف التي تخفف من العقوبة :

نجد أن المادة 73 أثناء نصها على الإجراءات، فرضت على المستخدم احترام ظروف العامل وأيضا سيرة العامل، حمايتها له ، بالتالي فإن القاضي يراقبها عندما يراقب عملية تكييف الخطأ .

والظروف المخففة هي التي يراعيها المستخدم أثناء تقديره لجسامة الخطأ، مكيفا إياه إلى درجة أقل من المعتادة، أو يقوم بتسليط العقوبة أدنى حد إذا كانت له سلطة اختيار بين حد أدنى وحد أقصى، وذلك من أجل تحقيق العدالة من جهة والحفاظ على العامل والمؤسسة من جهة أخرى، وهي كالتالي : الظروف الشخصية الخاصة بالعامل ، درجة الكفاءة المحدودة للعامل ، أقدمية العامل في المنشأة ، حسن نية العامل

1- الظروف الشخصية الخاصة بالعامل: إن العامل ملزم ببذل عناية الرجل العادي أثناء عمله³، إذ أن العامل لا يلتزم بتحقيق نتيجة كتحقيق الربح للمؤسسة مثلا ، فإذا قام العامل بما عليه من عناية انتفت عنه المسؤولية

وبالمقابل إذا ارتكب العامل خطأ فإن المستخدم يرى الظروف التي كانت تحيط بالعامل⁴ والتي يمكن أن تؤثر سلبا على مردوده، وهته الظروف إما تكون ظروف مادية أو معنوية

مادية هي التي تتعلق بوسائل الإنتاج كنوعية المواد الأولية، قدم الآلات المستخدمة، ونظام الإنتاج، أو معنوية مثل العامل الذي يمر بفترة صعبة ك وفاة أحد الأقرباء أو مشاكل عائلية، أو أنه يعاني من مرض مثلا، كما يمكن أن ترجع إلى ظروف تحيط بالمؤسسة نفسها كحالة السوق، والظروف الاقتصادية السائدة أو المنافسة القوية من طرف مؤسسات أخرى

¹ (cass. Soc 9 déc. 1964, bull. civ.4, p684, Dalloz, code travail 1974, p54, n7).

² (cass. Soc 12 mai 1970, sous 171) R.T.D ; juillet 1999, p12

³ نص م. 7 من ق. 11/90 سابق الذكر "أن يؤديوا بأقصى ما لديهم من قدرات الواجبات المرتبطة بمنصب عملهم ويعملوا بعناية ومواظبة في إطار تنظيم العمل الذي يضعه المستخدم.."

⁴ م. 1.73 من ق. 11/90 "يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص ...الظروف التي ارتكب فيها الخطأ"

لذلك فإن نقص مبيعات الممثل التجاري لا يؤخذ به مرجعا وحيدا في تقدير الخطأ الجسيم للعامل ¹ ويمكن التعبير عن ذلك بالقوة القاهرة ²

وهنا يرى إذا لم يكن بالإمكان تفادي هته الظروف كالعامل الذي سهر طوال الليل يؤدي في عمله ونظرا لحاجة الإنسان للنوم فإنه نام في مكان العمل الذي يعتبر خطأ في القانون الداخلي للمؤسسة، فهنا يعتبر ظرفا خففا ³

2- موافقة صاحب العمل على درجة الكفاءة المحدودة للعامل: إن تقدير مدى جسامه خطأ العامل يؤخذ بعين الاعتبار علم المستخدم بالصفات الخاصة بالمدين التي تقل عن مستوى الشخص العادي ، كضعف العامل طبيعيا وتكوينه الفيزيولوجي ⁴ مثل النساء، الأحداث، والمعوقين

وعلى ذلك فإن الغلط الذي يرتكبه العامل والذي يرجع إلى عدم كفايته يعتبر ظرفا خففا بالنظر إلى أن حالته كانت معلومة مسبقا و مقبولة لدى المستخدم عند تعاقدته معه

فلا يعتبر خطأ جسيما من قام بتوجيه ألفاظ نابية إلى صاحب العمل لعلم هذا الأخير بالتخلف الذهني للعامل، أو المعوق الذي يقدم على خطأ لأن إعاقته تدفعه لذلك، أو كون العامل أجنبيا لا يفهم اللغة الوطنية ⁵

وبالمثل فإن اتفاق المستخدم مع عامل ضعيف الخبرة مقابل أجر منخفض يوجب محاسبة العامل بصورة أخف من العامل العادي، ولكن التخفيف في العقوبة يركز إلى قلة الخبرة أكثر منه إلى قلة الأجر ، ولذلك فإن العامل لا يمكنه المطالبة بتخفيف العقوبة متحججا بقلة الأجر فقط، إذ أن الأجر الذي اتفق عليه الطرفان في العقد يلزم العامل به

3- أقدمية العامل في المؤسسة: إن أقدمية العامل تعتبر عنصرا مهما في تقدير مدى جسامه الخطأ ⁶ ، إذ أنها تعبر عن التجربة المحترمة له ، فيقوم المستخدم احتراماً وتقديراً للسنوات التي أمضاها في خدمة المؤسسة باعتبار الخطأ الجسيم خطأ عاديا أو يسرح العامل بدون حرمانه من بعض الحقوق القانونية كالمهلة والعلاوات رغم جسامه الخطأ و يشترط لذلك أن يسلك العامل طوال مدة خدمته سلوكا حسنا، بحيث يثبت أنه عامل حسن السلوك والسيرة مما يشفع له، وبالعكس إذا كانت له سيرة سيئة ومسار مهني مليء بالأخطاء وأنه عامل مشاغب، انعكس ذلك عليه سلبا وأدى إلى التشديد العقوبة ⁷

¹ (Cass. Soc 25 oct. 1965, JCP 4, 151). R.T.D ; juillet 1999, p12

² م. 6 من ق. 11/90 سالف الذكر "...احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامتهم..."

³ (Cass. Soc 26 cot. 1964, JCP 1965, 2, 14257 notes manier).

أيضا أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ص106

⁴ (Cass. Soc 18 mars 1960, bull.civ.4, p224, Dalloz, code travail 1974, p53 n4)

⁵ (Cass. Soc 11 Jan 1978, gaz -pal 1978, 1 son 187). R.T.D ; juillet 1999, p12

⁶ م. 1-73 من ق. 11/90 "يجب أن يراعي المستخدم على الخصوص...كذلك السيرة التي كان يسلكها حتى تاريخ ارتكاب الخطأ نحو عمله ونحو ممتلكات الهيئة المستخدمة".

⁷ ومنه اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر بقرار رقم 101931 المؤرخ في 26\10\1993 " حيث تبين انه فعلا من القرار المطعون فيه انه تأكد من ارتكاب العامل لخطاء من الدرجة الثالثة و هو استعمال وسائل المؤسسة لإغراض شخصية لكنه أخذ الطاعة على تطبيق العقوبة القصوى ... وهي الطرد طالما أن للعامل سوابق تأديبية ..."

4- حسن نية العامل: رغم أن النية يصعب إثباتها إلا أنه في حالة ما إذا اقتنع المستخدم بحسن نية العامل جاز له تخفيف العقوبة والتي قد ترجع إلى قلة خبرته أو حداثة سنه، وذلك كالعامل الذي يمزج مادة تفسد الخليط في عجين الحلويات ظنا عن حسن نية أنها تضيف نكهة جيدة لحلويات

و قد يقترن حسن النية بسمعة المؤسسة ، فالخطأ المهني الذي لا يقصد العامل من وراءه الإضرار بسمعة المؤسسة يعتبر ذو نية حسنة

كما تعتبر أخطاء الرعونة وعدم المبالاة بالنظر إلى حسن نية العامل أخطاء خفيفة ، كقيام العامل بحسن نية التدخل في اختصاص عامل غيره أو أدى عملا لشركة أخرى ضانا أن شركته تتعاون معها.

المبحث الثاني : إمكانية العفو عن العامل .

إن النظام التأديبي لا ينتهي دائما بتوقيع العقاب ، بحيث أن حسن تسيير التأديب يهدف إلى تحقيق مصلحة المؤسسة و الذي لا يكون بالضرورة بعقاب العامل .

بل إن مصلحة المؤسسة قد تكون في التجاوز عن ذلك ، فيعفو المستخدم عن العامل رغم إقدامه على ما يوجب العقاب عليه .

التطور الذي عرفه العفو التأديبي مثلما عرف تشريع العمل منحني خاصا متأثرا بمختلف فترات التغيير السياسي و الاقتصادي ، كان لابد من أن ينعكس ذلك على تأديب العمال ، و من خلال ذلك العفو فيما يخص هذا المجال ، و عليه عرف العفو عدة مراحل سواء بالنسبة للقانون الجزائري أو القانون المقارن .

1 - العفو في القانون الجزائري :

في مجال العفو سجل التشريع الجزائري تغيرا ملفت للانتباه ، بحيث أنه كما أسلفنا قد اتبع في ظل الاشتراكية أسلوب القانون التأديبي ، بحيث نظم جميع الأمور المتعلقة بالتأديب قانونا ، من بينها حالة العفو بكل وضوح ، و وفقا لعدة شروط و إجراءات يجب أن يحترمها الأطراف و بالخصوص المستخدم ¹ .

بينما بعد التوجه نحو الاقتصاد الحر و تبني أسلوب النظام التأديبي صار العفو من بين النقاط التي قد يتفاوض عليها المستخدم مع العمال ، و يطرح هنا سؤال مهم هل يمكن فعلا للعامل المطالبة بالعفو كحق له ؟

وهو أمر يستعصى فهمه إذا ما علمنا أن العفو في حد ذاته يكون بمبادرة فردية من المستخدم ، ثم إنه في الماضي كان العفو منظم قانونا بحيث كان بالإمكان الرجوع إليه في حالة التنازع عليه ، بينما لا يمكن مطالبة المستخدم بالعفو إلا في إطار ما اتفق عليه ، إن لم نقل ما وضعه المستخدم لنفسه .

لذلك فإن العفو في ظل قانون 11/90 تقريبا خاضع كليا لإرادة المستخدم ومن دون قواعد قانونية تنظمه .

¹ م. 67 من ق. 302/02 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية

و بفعل أن معظم الأنظمة الداخلية لم تنص على العفو إلا شكلا نجد بعضها لا تزال تعمل بما كان منصوص عليه وفق التشريع القديم ¹ ، والذي قد أورد مادة واحدة تتكون من أربعة فقرات تعتبر الإطار القانوني للعفو .

وقد نصت الفقرة الأولى 2 على أن الهيئة المستخدمة هي التي تتخذ قرار العفو بحيث أنه يكون غير قانوني إذا اتخذ مثل هذا القرار من طرف جهة أخرى ، على أن يكون ذلك بناء على رأي لجنة التأديب إذا كانت المؤسسة تحوى عليها .

لكن قد يتبادر إلى الذهن هنا السؤال التالي ، هل رأي اللجنة التأديبية استشاري أم إجباري؟ خاصة وأن إجراء مثل العفو هو مهم كثيرا إذا ما تعلق بالتسريح التأديبي .

هنا يعتبر رأي اللجنة إجباري ويمكنها الرفض إذا لم يتوفر الشرط المذكور و الذي هو حسن السلوك و مردوده خلال السنة المالية لتطبيق الإجراء التأديبي ، وتوفر شرط ثاني ذكر في الفقرة الأخيرة وهو حالة تكرار الخطأ نفسه .

لذلك يمكن الاستنتاج بأن رأي اللجنة التأديبية إجراء شكلي جوهري في ظل هذا القانون ، و لابد أن رأي اللجنة مهم لأنه بعد الإطلاع عليه والموافقة عليه لا يمكن للمستخدم أن يتراجع في قراره، ثم أنه يصبح للعامل قوة إثبات أكبر .

ويشترط في نفس الفقرة أن يقدم العامل على السلوك الحسن و المردود الجيد للمؤسسة ، وأضاف المشرع " خلال السنة المالية لتطبيق الإجراء التأديبي " وعليه يفهم من المادة أن العفو لا يكون إلا بعد سنة من العقاب .

وتضيف الفقرة ما قبل الأخيرة إلى أن هذه المدة تكون إذا كان الخطأ من الدرجة الأولى بينما إذا كان يتعلق الأمر بالدرجة الثانية و الثالثة فإن المدة هي ثلاثة سنوات ³ ، يبدأ عد هذه المدة ابتداء من تاريخ تنفيذ القرار و ليس تاريخ اتخاذ قرار العقوبة .

واحتفظ المشرع للعامل بحق الشكوى ⁴ في حالة ما إذا ألغي قرار العفو ، بحيث يرفع هذا الأخير شكوى إلى إدارة الهيئة المستخدمة أي الجهة التي أصدرت القرار . وقد اشترط أن يكون ذلك بناء على عناصر مبررة ، على أن الإدارة يجب عليها أن ترد على الشكوى بعد الاطلاع على رأي الهيئة المختصة .

¹ فمثلا ن.د. لمؤسسة سونا لغاز تكلم عن العفو عن العقوبة التأديبية بصورة طبق الأصل عن القانون الملغى ، بينما نجد ن.د. لمؤسسة اتصالات الجزائر ، تكلم عن شطب العقوبة

² م. 67 فقرة 1 من قانون 302/02 : "يمكن للهيئة المستخدمة بعد الاطلاع على رأي الهيئة المختصة في مجال التأديب أن تصدر العفو عن العامل إذا برر ذلك سلوكه و مردوده خلال سنة المالية لتطبيق الإجراء التأديبي عليه..."

³ م. 67 فقرة 3 من ق. 302/02 : "وفي حالة ارتكاب العامل خطأ من الدرجة الثانية أو الثالثة ، تكون المادة الدنيا الواجب انقضائها على تنفيذ الإجراء التأديبي قبل حصول العفو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ تنفيذ هذا الإجراء التأديبي"

⁴ م. 67 فقرة 2 من ق. 302/02. السابق ذكر . " ... يمكن للعامل أن يرفع شكوى إلى إدارة الهيئة المستخدمة ، قصد أي إلغاء محتمل للإجراء المذكور في حالة ما إذا كان الخطأ المرتكب من الدرجة الاولى ، وأن يفعل ذلك بعد مرور سنة على تطبيق الإجراء التأديبي و على أساس عناصر مبررة و يتعين على إدارة الهيئة المستخدمة أن تجيب على شكوى العامل بعد دراستها و الاطلاع على رأي الهيئة المختصة في مجال التأديب ... "

إلا أنه لم يذكر مدة معينة لذلك ، فحين أنه ذكر أن مدة رفع الشكوى هي سنة في حالة الخطأ الدرجة الأولى، ويستنتج أن تكون بثلاثة سنوات بالنسبة لبقية الأخطاء¹ .

و منع المشرع أن يصدر العفو إذا ما تكرر الخطأ نفسه أو ارتكبت أخطاء تختلف درجتها ما يؤدي بنا إلى القول أن حالة الظروف المشددة يتنافى معها العفو² .

2 - العفو في القانون الفرنسي :

فإنه لا بد من التكلم عن تقادم العقوبة و اقترابه من العفو فقد نصت المادة 122-44 : "أي عقوبة تعدت 3 سنوات من يوم المتابعة التأديبية لا يمكن إثارتها كدعم أو كدليل مساند لعقوبة جديدة" .

إذا فإن 3 سنوات تلعب دورا يحوي العقوبة effacement حتى ولو تم تنفيذها ، لكن هته المادة تتقادم بالنسبة لعقوبة ثانية جديدة ولكنها لا تتقادم بالنسبة للمستخدم، فهو لا يقوم بمحوها من ملف العامل على عكس حالة العفو.³

هذا وقد كانت قوانين العفو تطبق في الماضي - في القانون الفرنسي - على المخالفات الجزائية والعقوبات التأديبية التي تتخذ في منشآت ذات طابع عمومي institution ayant un caractère public .

ولكن منذ 1982 صار بالإمكان تطبيق إجراء العفو على المخالفات الجزائية والعقوبات التأديبية في المؤسسات الخاصة au sein d'entreprises privées، هذا الاتساع أدى إلى ظهور صعوبات حمة نتجت عن مشكلة التفرقة بين النظام التأديبي وعلاقات العقد المدنية بين المستخدم والعامل.⁴

أما بالنسبة للعفو الشامل فقد صدر بهذا الشأن القانون رقم 81-736 في 4 أوت 1981 الذي وسع دائرة إجراء العفو .

هذا الأخير تمخض عنه المنشور الوزاري 20 أوت 1981 و بعد إعادة انتخاب السيد فرانسوا ميتران (F. Mitterrand) لرئاسة الجمهورية، صدر قانون 88-828 في 20 جويلية 1988 الخاص بقانون العفو، و الذي حوى على أحكام خاصة في المادة 15 منه وقد تمت ترجمة هذه الأحكام بمقتضى منشور 20 جويلية 1988 5 .

إن التطابق الموجود في قرار توسيع مدى قانون العفو أثار حوله نقاش وجدل واسع، بحيث انتقد على أساس أنه يخالف مبادئ الجمهورية وإدارة الدستور الفرنسي، هذه النقاشات تم الفصل فيها بقرار من المجلس الدستوري الفرنسي ، قرار رقم 88-244 بتاريخ 20 جويلية 1988⁶ والذي أقر من خلاله بتوسيع قانون العفو .

¹ م. 67 فقرة 3 من ق. 302/02. السابق ذكر . "وفي حالة ارتكاب العامل خطأ من الدرجة الثانية أو الثالثة ، تكون المادة الدنيا الواجب انقضائها على تنفيذ الإجراء التأديبي قبل حصول العفو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ تنفيذ هذا الإجراء التأديبي " ² م. 67 فقرة 4 من ق. 302/02. المذكور أنفا . " ... و لا يمكن اصدار العفو في حالة تكرار الخطأ نفسه أو ارتكاب أخطاء تختلف درجاتها " ...

³ (cass. Soc 10 nov 1992, Bull. civ. n° 67). R.T.D ; janv. 2004, p29

⁴ (V.J. saratier. L'administre des sanctions disciplinaires dans les entreprises, Dc. Soc 1981. 609). R.T.D ; janv. 2004, p29

⁵ (V.O. Godard-Gonnar- Amnistie L. 20 juillet 88, dcp1988). R.T.D ; janv. 2004, p30

⁶ - (D 1989-269. note F. luchaire. Dcp ed. E,1989-11-15530, note M.). R.T.D ; janv. 2004, p30

وعند انتخاب السيد جاك شيراك (J. Chirac) كرئيس للجمهورية قام البرلمان بتبني من جديد قانون 95-884 المؤرخ 3 أوت 1995 الخاص بقانون العفو، وتلاه مرسوم 3 أوت 1995 الذي قام بتفسير والتعليق على ما ورد في قانون 95-884 في أحكامه العامة وفي الأحكام المرتبطة بالعقوبات التأديبية في المؤسسات.

وقد أوضحت م.15 من قانون 20 جويلية 1988 معنى العفو " هو كل عمل سحب أو قابلية للسحب ، لجميع ما اعتبره المستخدم سببا للعقوبة " 1 .

إلى جانب ذلك اشترط التشريع و الاجتهاد القضائي الفرنسي بعض الشروط ، فقد ورد بأن الأحداث المعفى عنها يجب أن تكون قد ارتكبت قبل تاريخ معين يحدده في النظام الداخلي كما أن هذا التاريخ يكون بالنظر إلى الخطأ وليس تاريخ توقيع العقوبة .

بالإضافة إلى أنه إذا كانت الأحداث التي تستحق العقاب التأديبي سبق وأن كانت موضوع اتهام جنائي هنا العفو التأديبي يرتبط بالعفو الجنائي.

و أن العفو لا يشمل سوى العقوبات التأديبية دون التعويض الذي يطالب به المستخدم المتضرر من الخطأ التأديبي أي بناء على المسؤولية المدنية، أيضا بإمكان العامل الذي له مصلحة في معرفة طابع غير قانوني للعقوبة المطالبة ببطلان العقوبة المشمولة بالعفو 2 .

كما أن قانون العفو la loi d'amnistie ليس له أثر رجعي على العلاقات بين الأطراف (المستخدم والعامل)، بحيث لا يحو الحقوق والنتائج المالية التي سببتها العقوبة على الأحداث المشمولة بالعفو وبخصوص حرمان العامل الذي يتعلق بأيام عقوبة الطرد 3 mise a pied بمعنى أن العامل لا يمكنه المطالبة بها بعد الاستفادة من العفو .

معنى العفو التأديبي من محو العقوبة إلى العفو القانوني

يتم اتخاذ العفو في حق العامل إما بمبادرة من المستخدم ، وهو ما يصطلح عليه بمحو العقوبة 4 ، أو أن يكون بفرض بفرض من طرف القانون ، وهو ما يصطلح عليه بالعفو القانوني .

1 - محو العقوبة التأديبية (Effacement de sanction disciplinaire)

و يكون بقرار إيقاف تنفيذ العقوبة رغم أن مدة توقيعها لم تنتهي ، ونميز هنا بين التنازل على العقوبة بعد مدة من تطبيقها (وهو ما يقابل إجراء رد الاعتبار للمتهم في القانون الجنائي) ، و العفو بالتنازل الذي يأتي قبل تنفيذ العقوبة (وهو ما يشبه السحب في القانون الإداري)، إضافة إلى التنازل إبان إجراءات الصلح قبل التوجه إلى العدالة .

¹ "Sont amnisties les faits retenus on susceptibles d'être retenus comme cutis de sanction prononcées par un employeur ". R.T.D ; op, p30

² (CA Douai, 18 mars 1982, Jurys - soc-UIMM1982-267 note G- Azibert). R.T.D ; janv. 2004, p30

³ (Cass. Soc 29mai 1985, Jurys - soc-UIMM1988-369). R.T.D ; op, p30

⁴ بينما يوجد في القانون الإداري بما يصطلح عليه بسحب العقوبة التأديبية Le retrait des actes administratifs disciplinaires وهو قرار إداري من جانب الإدارة التي تدرك بأنها تسرعت في اتخاذ قرار التأديب فتعود و تتراجع عن هذا القرار من خلال قرار ثاني يتبع يسمى بقرار السحب ، كما يمكن لها أن تتخذ قرار الإلغاء.

و التنازل أو العفو يأتي بعد ارتكاب الخطأ ، فلا يقوم المستخدم بتنفيذ العقوبة التي تقابل ذلك الخطأ كليا) وهو الفرق بين العفو والظرف المخفف) إذ أن العفو تنازل كلي وتجرد تام لممارسة العقاب¹ ، بينما التخفيف تطبق فيه العقوبة ولكن بدرجة أقل ولو بالتوبيخ التي هي أدنى درجة عقوبة .

وبهذا فإن العفو هو إجراء استثنائي يسحب بطريقة رجعية (rétroactivement) صفة التجريم لبعض الأحداث أو كلها ، الشيء الذي يؤدي إلى إلغاء متابعة العامل وعقابه² .

ويستند المستخدم لاتخاذ قرار العفو إلى السلوك الجيد والمردود الطيب على المؤسسة من طرف العامل ما يبرر عدم معاقبته وتشجيعه على العمل أكثر، وهذا تأكيد على فلسفة العمل التي تهدف إلى تحقيق فائدة المؤسسة وليس الانتقام من العامل .

2 - العفو بمقتضى القانون .

و يكون في حالة ما إذا أقدم العامل على الفعل يمثل خطأ تأديبيا يعاقب عليه النظام الداخلي للمؤسسة و في نفس الوقت جنائية يعاقب عليها القانون الجنائي ، خاصتا الجرائم السياسية³ .

بحيث أن المستخدم يعفوا عن العامل المخطئ بما أن القانون أمر بذلك ، والذي في حالة التسريح يأمر بإعادة إدماجه . وعليه يتميز العفو بمخصلتين أن يصدر من التشريع وأن يترتب عليه محو الصفة الإجرامية بأثر رجعي .

وإجراء العفو نوعان العفو الجزئي (la Grace) ، و العفو الشامل (Amnistie) .

1- العفو الجزئي⁴ : و هو عبارة عن تخفيف للعقوبة بالنسبة للمتهمين⁵ ، دون أثر رجعي ودون أن ينتج آثار تلزم الغير والذي من بينهم المستخدم⁶ .

و يجب أن نلفت الانتباه هنا على أن العفو الجزئي لا يمكن أن يؤثر على التأديب في المؤسسة بصفة آلية ، بل إن المستخدم مستقل عنه ، إلا إذا صدر في التشريع ما يلزم المستخدم.

2- العفو الشامل : و هو الذي يشمل العفو عن مرتكبي جريمة معينة ، عادتا الجرائم السياسية، و بأثر رجعي⁷ .

¹ بالإضافة إلى أثر مهم ينتج عن العفو وهو نزع الملاحظة أو قرار التأديب من ملف العامل

² ويمكن في هذا الصدد أن يقوم المستخدم بمحو العقوبة كليا أو جزئيا و ذلك ما ورد في م. 196 من د. لمؤسسة الجزائرية للمياه ADE " إن العمل بمحو العقوبة التأديبية لا يؤدي بالضرورة الى إلغاء الآثار التي تنجمها العقوبة " مثال العامل الذي عوقب بالإنزال في الدرجة مع تسجيل ذلك في ملفه ثم بعد عام عفي عنه و أعيد إلى منصبه لا يمكنه المطالبة بمحو ذلك أيضا من ملفه .

³ ميثاق المصالحة الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي 278-05 مؤرخ في 14 أوت 2005 .

⁴ م. 77-7 من دستور الجزائر 1996 : " يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي يخولها إياه صراحة أحكام أخرى بمقتضى الدستور ، بالسلطات و الصلاحيات التالية : 7 . له الحق في إصدار العفو وحتى تخفيض العقوبات أو استبدالها .

⁵ على سبيل المثال المرسوم الرئاسي رقم 107-06 مؤرخ في 07 مارس 2006 ج.ر. عدد 14 والذي ينص على إجراءات عفو بمناسبة عيد المرأة

⁶ العفو الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 106-06 مؤرخ في 07 مارس 2006 ج.ر. عدد 14

⁷ على سبيل المثال قانون الرحمة الصادر سنة 1995 مؤرخ في 01 مارس 1995 ج.ر. عدد 11 ، وقانون الوثام المدني الصادر ضمن ق.

رقم 08/99 مؤرخ 13 يوليو 1999 ج.ر. عدد 4

ولذلك قد ينص العفو الشامل على إعادة العامل المسرح أو المعاقب بعقوبة تأديبية أخرى بأن تمحى عنه تلك العقوبة وتعاد على العامل جميع حقوقه التي كان يتمتع بها قبل عقابه¹ ، و حتى تعويض المستخدم المتضرر يكون من طرف الدولة² .

هذا بالإضافة إلى وقف التعقب أو جميع الإجراءات الشكلية إذا كان المستخدم لا يزال في هته المرحلة ، وأن لا يستند المستخدم إلى نفس الخطأ من أجل توقيع عقوبة جديد .

قائمة المراجع :

أهمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجزائرية، طبعة 1998

د. على عوض حسن ، الفصل التأديبي في قانون العمل ،دراسة مقارنة ،دار الثقافة للطباعة و النشر ، القاهرة 1975

المرسوم رقم 302/82 المؤرخ 1982/09/11 المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر سنة 1982 ع 37

القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل ج ر سنة 1990 ع 17 ، المعدل بالأمر 29/91 المؤرخ 1991/12/21 ج ر سنة 1991 ع 68 و بالامر

21/96 المؤرخ 1996/07/09، ج ر سنة 1996 ع 43

دستور الجزائر 1996

المرسوم الرئاسي رقم 06-107 مؤرخ في 07 مارس 2006 ج.ر. عدد 14 والذي ينص على إجراءات عفو بمناسبة عيد المرأة

العفو الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 06-106 مؤرخ في 07 مارس 2006 ج.ر. عدد 14

قانون الرحمة الصادر سنة 1995 مؤرخ في 01 مارس 1995 ج.ر. عدد 11 ، وقانون الوثام المدني الصادر ضمن ق. رقم 08/99 مؤرخ 13 يوليو 1999 ج.ر. عدد 4

أ. رقم 01/06 مؤرخ في 27 فيفري 2006 ج.ر. عدد 11 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية

ميثاق المصالحة الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي 05-278 مؤرخ في 14 أوت 2005

R.T.D : réparatoire travaille Dalloz

ن.د المؤسسة سونا غاز

ن.د المؤسسة اتصالات الجزائر / المؤسسة الجزائرية للمياه ADE

¹ المادة الأولى من م.ر. الرئاسي رقم 124/06 مؤرخ في 27 مارس 2006 ج.ر. عدد 19 والذي يحدد كيفية إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع تسريح من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، والذي نص في نفس المادة الفقرة الثانية على أن هذا المرسوم يشمل المؤسسات و الإدارات العمومية وكذا على أجراء كل مستخدم عمومي أو خاص .

² م. 25 من أ. رقم 01/06 مؤرخ في 27 فيفري 2006 ج.ر. عدد 11 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية

La détermination de la valeur en douane



Docteur EL MENOUALI Fathallah

Doctorat en Droit Privé (droit des affaires)

Université de Perpignan – France

La plupart des droits de douane représentent un pourcentage de la valeur des marchandises déclarées au dédouanement. Il est dès lors nécessaire de déposer d'un ensemble type de règles pour l'établissement de la valeur des marchandises, qui servira alors au calcul du droit de douane. Sans doute il est primordial de déterminer précisément la valeur des marchandises en douane, aux fins de l'analyse des politiques économiques et commerciales, du recouvrement correct des droits et taxes à l'importation, et de l'établissement de statistique des échanges extérieurs.

Ces objectifs sont réalisés à l'aide d'un seul instrument- les règles d'évaluation en douane. Qu'elles sont ces règles offertes par le code des douanes et impôts indirects marocain à l'administration douanière pour évaluer les marchandises ?

1- Evaluation fondée sur la valeur transactionnelle :

L'établissement de la valeur en douane repose sur un régime déclaratif¹. A l'issu du contrôle, ou la valeur déclarée est acceptée par le service, auquel cas elle est considérée comme valeur en douane ou au contraire elle fait l'objet d'un redressement et elle subit une modification compte tenu des résultats de la vérification. La nouvelle valeur est seule prise en considération dans ce cas pour le calcul des droits et taxes.

¹ La déclaration en détail présentée par le déclarant est sujette à un contrôle qui s'exerce sur la facture, les documents relatifs à la transaction et même sur les colis. L'administration peut également procéder à des expertises sur les registres comptables de l'acquéreur des marchandises déclarés. Cf. BOUDAHRAIN (Abdellah), *le droit douanier*, p. 160.

Sous l'ancien système, la valeur à déclarer était le prix normal de la marchandise¹. L'assimilation de la valeur en douane au prix normal de la marchandise a été dénoncée par la doctrine comparée en raison des difficultés de détermination du prix normal et aux acceptions théoriques auxquelles il renvoi². L'article 20 du code des douanes semble opter pour une notion plutôt positive, concrète et proche de la volonté des parties. La valeur en douane est désormais « la valeur transactionnelle, c'est-à-dire le prix effectivement payé ou à payer pour les marchandises lorsqu'elles sont vendues pour l'exportation à destination du territoire assujetti³ après ajustement conformément aux dispositions de l'article 20 ter du code des douanes ». La valeur transactionnelle est la prestation due réglée ou à régler en contrepartie d'une vente des marchandises pour l'exportation à destination du Maroc.

De la sorte, il faut qu'il y ait une exclusion des opérations de non vente internationales et un règlement pécuniaire à la charge de l'acheteur. La notion de vente internationale n'a pas été définie par l'article 20 du code des douanes qui est limité à écarter la valeur transactionnelle dans des opérations de vente non représentatives. En règle générale, une vente internationale des marchandises est une opération passée entre des parties ayant leur établissement dans des États différents impliquant un mouvement transfrontalier de marchandises et/ou de moyens de paiement à la traversée des frontières⁴. Sous un angle économique, un contrat de vente international entraîne « un double mouvement de flux et de reflux »⁵. Ce critère économique est retenu par l'article 20 du code des douanes.

Pour l'administration douanière, chargée de l'établissement des droits de douane requis, l'élément à retenir en considération est exclusivement le franchissement du territoire douanier. Ce fait constitue le générateur de l'opération de dédouanement dont notamment la détermination du montant de droit de douane exigible. Le souci principal de l'administration douanière, porte sur la valeur transactionnelle insérée dans le contrat de vente. Etant l'élément de base dans la taxation douanière, elle doit être suffisamment

¹ C'est-à-dire le prix réputé pouvoir être fait pour ces marchandises, au moment et dans les lieux fixés ci-après lors d'une vente effectuée dans des conditions de plein concurrence, entre un acheteur et un vendeur indépendant. EL ALAOUI (Moulay Larbi), *le droit douanier marocain*, p. 147.

² BERR (J C) et TREMAU (H), *le droit douanier*, édition economica, 2007, p. 131.

³ « Territoire assujetti » : la partie terrestre du territoire douanier, y compris les ports, les rades, les plat formes ainsi que les dragues et équipements similaires circulant ou opérant dans les eaux territoriales et définit par décret, à l'exclusion des zones franches.

⁴ La convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises conclue sous les auspices des nations unies du 11/04/1980 n'a retenu que les critères de l'établissement dans des États différents dans son article premier relatif à la définition de la notion de vente internationale des marchandises. DAOUDI (Taher), *réussir à l'exportation*, p. 120.

⁵ PEYARD (J) et GOURION (P A), *droit du commerce internationale*, L.G.D.J, Paris, 1994, 96.

représentative, fiable et objective. Tout en faisant foi à la volonté des parties, le législateur a énuméré certaines situations non qualifiées comme vente (article 20/1°).

Il est quasiment certain que l'existence des liens d'affaires entre le vendeur et l'acheteur est une source de doute sur la sincérité des valeurs déclarées pour l'administration des douanes, mais il ne doit pas être une raison pour exclure systématiquement la valeur transactionnelle. Conscient des enjeux que peuvent causer l'existence des liens, le législateur marocain a préféré dresser une liste dans 6° de l'article 20 nonies du code des douanes¹.

En ce qui concerne le prix qui devrait être la prestation due de l'acheteur envers le vendeur, le code des douanes a adopté une acceptation large en matière de détermination du prix «...c'est-à-dire le prix effectivement payé ou à payer pour les marchandises... »².

Quant aux paiements, il n'a retenu que le paiement total et non partiel « le prix effectivement payé ou à payer est le paiement total effectué ou à effectuer par l'acheteur au vendeur... »³. Les formules auxquelles les parties procéderont au règlement financier ne sont pas limitées. Les modes des paiements acceptés prennent plusieurs formes dont, notamment, le paiement par lettre de crédit ou par des instruments négociables. Le paiement peut être également soit au comptant, différé ou anticipé. L'essentiel est que le paiement ait lieu en proportion avec la valeur réelle de la marchandise⁴.

L'élément prix a une importance particulière, il constitue la base pour déterminer la valeur de la marchandise, sa détermination peut être arrêtée lors de la conclusion du contrat de vente ou subordonnée à une prestation à la charge de l'acquéreur. La validité de prix est tributaire également de sa véracité en ce sens qu'il ne devrait pas être fictif ou simulé. Il arrive que les parties à un contrat de vente procèdent à une dissimulation du prix réel pour frauder. Un prix dérisoire ou non sérieux devrait être, à juste titre, écarté et

¹ Les personnes sont réputées être liées :

- si l'une fait partie de la direction, du conseil de l'administration ou du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise de l'autre, réciproquement ;
- si elles ont juridiquement la qualité d'associés ;
- si l'une est l'employeur de l'autre ;
- si une personne quelconque possède, contrôle ou détient directement ou indirectement 5% ou plus des actions ou parts émises avec droits de vote, de l'une au de l'autre.
- Si l'une d'elles contrôle l'autre directement ou indirectement ;
- Si toutes deux sont directement ou indirectement contrôlées par une tierce personne ;
- Si ensemble, elles contrôlent directement ou indirectement une tierce personne ; ou
- Si elles sont membres de la même famille. (art. 20 nonies CD).

² Article 20 /1° du code des douanes.

³ Article 20/3°/b du code des douanes.

⁴ GATSI (Jean), *les contrats spéciaux*, édition Armand colin, Paris, 1998, p. 15.

il ouvre à l'administration douanière la voie pour mettre en œuvre les méthodes subsidiaires d'évaluation.

Au terme de l'article 20 du code des douanes, si le prix n'a pas été effectivement payé, le prix à payer pour le règlement au moment considéré est pris comme base pour l'évaluation en douane. Guidé par des exigences d'équité et de neutralité, le législateur marocain a fait preuve d'une certaine flexibilité en privilégiant un traitement casuistique, alors qu'il a accordé, sous l'ancienne législation, un large pouvoir discrétionnaire à l'administration douanière incompatible avec la recherche de l'essor des activités du commerce extérieur.

Il faut reconnaître par ailleurs que la valeur transactionnelle insérée dans le contrat de vente peut contenir certains frais et charges additionnelles, qu'il faut retrancher dans l'établissement de la valeur en douane. En d'autres circonstances, si la valeur transactionnelle ne comporte pas certains frais et charges essentielles, il faut les ajouter avant l'établissement de la valeur en douane. Cette diversité nécessite parfois certains ajustements correctifs de la valeur transactionnelle. Le code des douanes énonce dans son article 20/1° le principe d'ajustement, Une charge n'est susceptible de soustraction que si elle répond à certaines conditions. D'abord il faut que la charge soit déjà incluse dans le prix payé ou à payer, ensuite qu'elle soit quantifiable, c'est-à-dire reprise d'une manière distincte sur la facture et enfin qu'elle ne fasse pas partie des éléments constitutifs de la valeur tel qu'ils sont prévus par l'article 20/1°/b du code des douanes. L'hypothèse selon laquelle il peut être procédé à l'ajout de certains éléments à la valeur transactionnelle figure dans l'article 20 ter. L'ajustement à faire ne doit pas se fonder sur des bases arbitraires et subjectives. Toute correction devrait être objective et quantifiable. L'élément à ajouter au prix payé ou à payer doit réunir au moins deux conditions essentielles. En premier lieu, il doit être un élément constitutif de la valeur en douane, en second lieu, il ne doit pas être déjà incorporé dans le prix payé ou à payer. Ces éléments à ajouter sont énumérés dans le code des douanes¹ à titre limitatif, en ce sens qu'il n'est pas autorisé à ajouter d'autres éléments.

L'inexactitude de la valeur transactionnelle ou le non respect de certaines conditions relatives à la commercialisation des marchandises tel qu'ils sont prévus par l'article 20-

¹ Article 20 ter du code des douanes.

1° du code des douanes¹ ouvre la voie au législateur douanier d'écarter la valeur transactionnelle et recourir aux autres méthodes subsidiaires.

2- Les méthodes de substitution :

En plus de l'introduction de la notion de la valeur transactionnelle qui rompt avec la notion du prix normal dont son acceptation est fortement contestée, le code des douanes marocain a systématisé certaines méthodes accessoires auxquelles l'administration douanière pourrait recourir en vue d'établir la valeur transactionnelle². Le recours à ces méthodes de secours est strictement conditionné par l'impossibilité de déterminer la valeur en douane sur la base de l'article 20 du code des douanes. L'administration doit prouver l'inexactitude ou la non représentativité de la valeur transactionnelle de la marchandise³ pour passer successivement aux différentes méthodes décrites par l'article 20 quater du code (article 3 de la loi de finance pour l'année budgétaire 1998-1999 n°1298 du 12/08/1998). Ces méthodes sont généralement classées suivant des critères alternatifs et construites et elles doivent être utilisées dans un ordre bien précis.

- Les méthodes de la valeur comparatives.

Les méthodes comparatives sont des méthodes de réserve qui ne sont mis en œuvre que s'il s'avère impossible de retenir la valeur transactionnelle prévue dans le contrat de vente de la marchandise⁴. En effet, il peut arriver qu'il n'existe pas sur le marché local de marchandise de même nature que celle objet de l'évaluation, celle si est faite à ce moment là sur la base de produits identiques⁵ ou similaires⁶ soit des points de vue de leurs compositions soit sur la base de leur utilisation.

¹ Ces conditions sont énumérées comme suit :

- l'absence de restriction concernant la cession ou l'utilisation des marchandises par l'acheteur, autre que les restrictions qui :

* sont imposées ou exigées par la loi ou par la réglementation en vigueur ;

* limitent la zone géographique dans laquelle les marchandises peuvent être revendues, ou

* n'affectent pas substantiellement la valeur des marchandises ;

- la vente ou le prix ne soit pas subordonné à des conditions ou à des prestations dont la valeur n'est pas déterminable pour ce qui se rapporte aux marchandises à évaluer ;

- Aucune partie de produit de toute revente, cession ou utilisation ultérieure des marchandises par l'acheteur ne revienne directement ou indirectement au vendeur, sauf si un ajustement approprié peut être opéré en vertu des dispositions de l'article 20 ter ;

- que l'acheteur et le vendeur ne soient pas liés au sens de l'article 20 nonies-6° du code ou, s'ils le sont que la valeur transactionnelle soit acceptable à des fins douanières. A cet effet, il importe de s'assurer, conformément aux dispositions de l'article 20 paragraphes 2°a du code, qu'au cas où l'acheteur et le vendeur seraient liés, ces liens n'ont pas influencé le prix facturé et que dès lors, la valeur transactionnelle est acceptable, (art. 20, CD).

² TAJ (Kacem), *le dédouanement des marchandises au Maroc*, p. 189.

³ BERR (Jean Claude) a nuancé le fait que le choix d'une méthode d'évaluation est strictement tributaire des dispositions juridiques. Il n'exclut pas que ce choix peut être dicté en fonction de la force économique de l'opérateur international. Voir son article : les règles nouvelles de l'évaluation en douane, précité p. 150.

⁴ BERR (J C) et THREMEAU (H), considèrent deux méthodes comme méthodes d'évaluation par référence (voir leur ouvrage : droit douanier communautaire et national, précité, pp. 146, 147).

⁵ On entend par marchandise identique, une marchandise produite dans le même pays que celui de la marchandise à évaluer. Ayant les mêmes caractéristiques physique de même qualité commerciale et réputation (article 20 septies du code des douanes).

⁶ On entend par marchandise similaire des marchandises produites dans le même pays qui sans être identiques, portent des caractéristiques semblables ou sont composés de matières semblables et qui remplissent les mêmes fonctions et de ce fait sont commercialement interchangeables (article 20 septies du code des douanes).

En outre, cette évaluation doit porter sur les mêmes quantités de marchandise, importées dans les mêmes conditions au même moment ou à peu près au même moment. Ces deux méthodes présentent des similarités et une différence. L'assimilation à entreprendre devra se situer au même stade commercial, en ce sens que lorsque la marchandise objet de l'évaluation est importée sous forme d'un produit fini, on doit se référer également à un produit fini identique ou similaire, ainsi que pour le produit semi fini. Il faut ainsi que la marchandise identique ou similaire à laquelle on s'est référé soit importée au Maroc dans la même quantité que celle objet d'évaluation, c'est-à-dire de la marchandise importée. Le prix alloué à une marchandise importée à une grande quantité diffère du prix de celle importée en petite quantité. A défaut d'une comparabilité quantitative, l'administration douanière peut se référer à un prix détail si elle estime qu'il est suffisamment représentatif à un prix de gros¹.

En outre, l'importation de la marchandise identique ou celle similaire devra intervenir au moment ou à peu près au même moment que les marchandises à évaluer. A cet égard, le problème se pose aux différences qui peuvent exister entre les coûts et les frais compris dans la valeur transactionnelle de la marchandise importée et de la marchandise identique ou similaire. En pratique, l'administration douanière accepte de remonter à une vente faite dans un délai maximum de 90 jours². L'inexistence d'une opération d'importation d'une marchandise identique ou similaire faite au même stade commercial et à une même quantité et au même moment autorise l'administration douanière à se référer à une valeur transactionnelle identique ou similaire d'une marchandise vendue à des niveaux commerciaux différents sous réserve de procéder à des ajustements nécessaires qu'en résultent de ces différences. Et sans doute, la marchandise identique ou similaire devait en principe être produite par l'exportateur lui-même. Toutefois, on peut se référer à une valeur transactionnelle d'une marchandise identique ou similaire mais produite par d'autres exportateurs si aucune valeur transactionnelle de marchandise n'a évolué.

Dans plusieurs cas, les marchandises similaires ne sont pas identiques à tous égards mais présentent uniquement des caractères semblables et composés de matières semblables, ce qui leur permet de remplir les mêmes fonctions et d'être commercialement interchangeables.

A cet égard, à une pièce d'origine, on ne peut se référer qu'une pièce adaptable, qui lui est

¹ EL ALAOUI (Moulay Larbi), ouvr. Cité, p, 194.

² Article 20 septies 1°-b du code des douanes.

similaire, composée de matières semblables mais ne bénéficient pas d'une même réputation. Par contre une marchandise identique à une pièce d'origine ne peut être qu'une autre de la même valeur et réputation.

En effet, entre l'identité et la similarité, les différences sont notables¹ et il ne s'agit pas d'une distinction oiseuse² dépourvue d'effet pratique. La complexité technique de certains produits peut être une source de confusion dans la détermination de leur rapport avec la marchandise importée. Une bonne qualification technique des agents de la douane est exigée afin de ne pas commettre des fausses assimilations. Le problème se pose cependant lorsque dans certains cas, très rares, le service ne peut trouver sur le marché local des produits similaires ou identiques. Le service ne peut dans ce cas se référer qu'à la méthode constructive³.

- Méthodes déductives et méthodes de la valeur calculée.

La règle générale dans l'application de ces deux méthodes est prévue dans l'article 20 quater du code des douanes qui dispose que lorsque la valeur en douane ne peut être déterminée selon les modalités de l'article 20 il y'a lieu de passer successivement aux articles 20 quinquies, 20 sexies, 20 septies et 20 octies jusqu'au premier de cet article qui permettra de la détermination. Toutefois, ledit article admet un ordre inversé dans l'application de ces deux méthodes constructives sous condition d'être sollicité par l'importateur.

L'appréhension de la valeur déductive exige une distinction entre deux hypothèses : soit que les marchandises importées ou les marchandises identiques ou similaire importées sont vendues au Maroc en l'état où elles sont importées, c'est-à-dire sans transformation ni ouvraison, soit elles ne sont pas vendues au Maroc dans l'état où elles sont importées c'est-à-dire qu'elles avaient subies des modifications et des transformations.

Dans la première hypothèse, la valeur en douane des marchandises importées est fondée sur le prix unitaire correspondant aux ventes des marchandises identiques ou similaires importées totalisant la quantité la plus élevée⁴ avec la condition qu'elles soient faites à des personnes indépendantes, au même moment et avec les déductions afférentes.

¹ BERKETI (C.H), *la valeur en douane*, édition C.L.E, Paris, 1998, P. 91.

² BERR (J C) et TREMAU (H), *ouvr. Cité*, p. 138.

³ TAJ (Kacem), *ouvr. Cité*, p. 190.

⁴ L'article 20 septies du codes des douanes.

Dans la deuxième hypothèse, lors de la vente sur le marché local, les marchandises en question perdent leur identité sous l'effet de la valeur ajoutée par l'ouvraison ou la transformation.

L'administration douanière ne peut appliquer la méthode déductive que si elle tient compte de la valeur ajoutée par l'ouvraison et après déduction de certaines charges qui auraient modifié la valeur produit.

Et sans doute s'il n'y a pas de vente au moment ou à peu près au même moment. Il y a lieu de prendre en consécration le prix unitaire auquel le produit importé ou les produits identiques ou similaires importés sont vendus dans le territoire assujetti, dans l'état où ils sont importés, à la date la plus proche (90 jours à compter de l'importation) qui suit l'importation des marchandises à évaluer. Si aucune vente se rapportant à la marchandise à évaluer ou à des marchandises identiques ou similaires n'a été constatée dans ce délai, la méthode déductive ne peut être utilisée et il y a lieu de passer à la méthode de la valeur calculée¹. La détermination de la valeur en douane conformément à cette méthode est basée sur le renseignement immédiatement disponible². Aux fins de déterminer le montant des coûts et des valeurs requises, l'administration devra se baser sur des données comptables tenues en conformité avec les principes de comptabilités admis.

En effet, cette méthode n'est envisageable que si le producteur est disposé à fournir les données concernant les coûts et à faciliter les vérifications sur place qui seraient nécessaires. Cette nouvelle disposition rompt avec une ancienne pratique de l'administration qui consistait à calculer la valeur de la marchandise suivant ces propres méthodes, généralement opaques. Les opérateurs économiques se plaignaient longtemps d'une casuistique précaire de l'appréciation en douane des marchandises. Cette méthode est applicable surtout dans l'hypothèse où l'acheteur et le vendeur sont liés par des liens d'affaires, d'où la difficulté d'établir les coûts de la façon la plus objective possible.

Le code des douanes³ a reconnu à l'administration des douanes un pouvoir d'appréciation de la compatibilité des données présentées avec des opérations similaires. La similitude est limitée à cet égard aux dimensions physiques de la marchandise touchant à son espèce et à sa nature. Bien que certaines marchandises revêtent une telle similitude, il

¹ L'article 20 septies du code des douanes.

² Dans la conquête des renseignements, l'administration peut affronter certaines difficultés du fait que les fournisseurs étrangers refusent de communiquer des informations sur les niveaux de coût de fabrication, par exemple. BOUDAHRAIN (Abdelah), ouvr. Cité, p. 163.

³ L'article 20 septies du code des douanes.

n'en demeure pas moins vrai que leurs valeurs soient différentes à l'égard d'intervention de certains travaux de perfectionnement.

De même, il faut que l'administration douanière tienne compte de certaines circonstances commerciales particulières qui modifient artificiellement la valeur de marchandise. Un programme de lancement d'un produit exige la réalisation d'un bénéfice faible ou nul en vue d'attirer la clientèle¹, en pareil cas le prix risque d'être dévalué. Ces circonstances excluent la possibilité de fixer ces prix sur la base des renseignements fournis par le producteur, l'autorité chargée de l'enquête sera en mesure de le faire selon des renseignements pertinents autres que ceux qui auront été fournis par le producteur ou en son nom. Mais en tout état de cause, l'impossibilité de déterminer la valeur calculée oblige l'administration douanière à mettre en œuvre la valeur en douanes sur des bases raisonnables.

- Méthode dite de « dernier recours ».

Dans l'hypothèse où l'ensemble de ces méthodes ont été épuisées sans résultat ou se sont révélées inapplicables pour un motif quelconque, la possibilité est offerte par l'article 20 octies du code des douanes de recourir à la méthode de dernier recours. Cet article stipule dans son paragraphe 1^{er} que la valeur en douane doit, dans ces conditions « être déterminée par des moyens raisonnables compatibles avec les dispositions des articles 20 à 20 septies du code des douanes et les dispositions générales de l'article VII du GATT de 1994 et sur la base des données disponibles au Maroc.

Il ne s'agit pas là d'une valeur transactionnelle ni d'une valeur déductive, mais d'une valeur arrêtée par l'administration douanière dans les limites des principes généraux et des dispositions de l'accord sur l'évaluation en douane. Le code des douanes renvoie à des principes mais sans avoir à les déterminer, ce qui pose des problèmes pour l'administration douanière dans l'application de ces principes pour déterminer la valeur en douane des marchandises. La note relative à l'article 7 de l'accord en question apporte quelques détails. La préférence est dans le recours, dans la plus grande mesure du possible, aux valeurs de douane antérieurement déterminées. Le recours aux méthodes précédentes avec une souplesse raisonnable serait conforme aux

¹ Il arrive également dans d'autre cas où on se contente d'un bénéfice faible : lorsque des producteurs sont contraints d'abaisser temporairement leur prix en raison d'une diminution imprévisible de la demande ou lorsque les opérations de vente viennent pour compléter une gamme de marchandises produits ou lorsque la production suit une politique d'abaissement des prix en vue de maintenir sa compétitivité. KARRY (Bassem), *l'évaluation en douane*, p. 134.

objectifs et aux dispositions de l'article 20 octies du code¹ afin que cette option d'établir la valeur en douane sur des bases raisonnables ne soit pas un prétexte pour l'institution de valeurs inexacte.

Les méthodes de l'évaluation utilisées par les douanes marocaines peuvent, certes paraître différentes de celles en vigueur actuellement dans plusieurs pays. Et cette situation pose assurément problème chaque fois que la détermination de la valeur en douane ne peut se faire dans le cadre de l'article 20 du code des douanes. Dans les faits, les autorités compétentes ont fixé des prix de référence pour certains produits dont l'importation à des prix défiants. Mais cette méthode ne concerne, cependant, qu'une liste limitée des marchandises établie par le ministère du commerce extérieur, ainsi elle n'a aucune base légale².

En effet en l'absence de normes techniques et industrielles de production et devant le vide législatif et réglementaire de la lutte contre les insuffisances sur le plan de la qualité des produits, certains importateurs avaient pris l'habitude de s'approvisionner dans certains pays où la faiblesse des prix était justifiée par la médiocrité de la qualité au lieu du commerce avec les pays qui sont liés au Maroc par des accords commerciaux. Même si pour toutes ces raisons le recours à la notion de prix de référence est amplement justifié. Cette méthode pose assurément problème pour la détermination de la valeur en douane, ainsi que pour la phase comptable de l'opération de dédouanement.

¹ A titre d'exemple, les notions de marchandises identiques ou similaires peuvent être interprétées avec une souplesse raisonnable. Le délai de 90 jours prévu dans la méthode déductive peut à cet égard être modulé avec souplesse. EL ALAOUI (Moulay Larbi), ouvr. Cité, p. 194.

² KARRY (Bassem), ouvr. Cité, p. 138.

LA SAISIE CONTREFAÇON EN MATIERE DE BREVET D'INVENTION



Moulay Abdellah CHABBOUBA

Docteur en Droit Privé et Science Criminelles

m_chabbouba@yahoo.fr

La saisie contrefaçon est régie par l'article 211, alinéa 2, de la loi n°17-97 modifié et complété par la loi n° 31-05 relative à la propriété industrielle, qui dispose au profit du demandeur à l'action en contrefaçon de brevet : *« Il est... en droit de faire procéder, sur ordonnance du président du tribunal du lieu de la contrefaçon, par un huissier de justice ou par un greffier, à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits ou procédés prétendus contrefaits. Il peut être procédé à ladite description avec l'assistance d'un expert qualifié. L'exécution de ladite ordonnance peut être subordonnée à une consignation par le requérant. Dans la même ordonnance, le président du tribunal peut autoriser un greffier, assisté d'un expert qualifié, qui sera chargé de toute constatation utile en vue d'établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon. »*.

En effet, la saisie contrefaçon a pour objet de rapporter la preuve d'un acte ou d'un fait argué de contrefaçon et de préciser la consistance, l'étendue et l'origine de la contrefaçon. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a précisé que *« la saisie-contrefaçon est une procédure exceptionnelle permettant au breveté avant tout procès contradictoire de pénétrer chez autrui sans son assentiment afin d'y procéder à des investigations, des constatations, voire des saisies réelles tendant à apporter la preuve d'une*

contrefaçon alléguée sans que le saisissant ait la faculté de s'opposer au déroulement des opérations de saisie »¹.

A ce titre, la saisie contrefaçon ne peut être exécutée, d'après l'article 211 de la loi n°17-97 modifié et complété par la loi n° 31-05 relative à la propriété industrielle, que suite à une ordonnance du président du tribunal de commerce du lieu de la contrefaçon. L'huissier de justice ou le greffier chargé de l'exécution doit respecter scrupuleusement les règles de procédure et les termes de l'ordonnance afin d'éviter la nullité de la saisie. A cet égard, une décision rendue, le 5 avril 2006, par la Cour d'appel de Paris précise que « *la saisie contrefaçon, procédure exceptionnelle, devait être exécutée dans le respect le plus strict des dispositions légales et des termes de l'ordonnance sur requête qui l'autorise. En application de cette règle générale, les juges ont annulé l'irrégularité des opérations de saisie contrefaçon diligentées* »².

Ce faisant, l'ordonnance peut prescrire soit une description détaillée, soit une saisie réelle des produits ou procédés prétendus contrefaisants : Une saisie-contrefaçon est descriptive lorsqu'elle se limite à décrire les actes ou les faits argués de contrefaçon³. Une saisie-contrefaçon est réelle lorsque l'huissier de justice ou le greffier saisit réellement des objets ou documents lors des opérations. La saisie réelle doit toujours être accompagnée d'une description des pièces saisies⁴ et être autorisée par l'ordonnance de saisie-contrefaçon.

Aussi, l'article 211, alinéa 3, de la loi n°17-97 modifié et complété par la loi n° 31-05 relative à la propriété industrielle, prévoit que l'exécution de l'ordonnance peut être subordonner à une consignation par le requérant, elle peut être imposée pour une saisie descriptive avec ou sans saisie réelle. Les garanties sont destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur si l'action en contrefaçon s'avère ultérieurement non fondée.

Cette ordonnance peut enfin autoriser le greffier assisté d'un expert qualifié à procéder, outre la saisie-description et la saisie réelle, à toute constatation utile en vue d'établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon.

¹CA Paris, 4 nov. 1992 : Gaz. Pal. 1993, 2, somm. p. 354.

² CA Paris, 4e ch., 5 avr. 2006 : PIBD 2006, n° 832, III, p. 420 ; D. 2007, p. 342, J. Raynard.

³ En matière de marque, il est permis de prélever, sur autorisation de l'ordonnance, des échantillons article 222 de la loi n°17-97 modifié et complété par la loi n°31-05 relative à la propriété industrielle.

⁴ CA Lyon, 20 mars 1972 : Ann. propr. ind. 1/1972, p. 148.

A ce titre, l'huissier de justice ou le greffier, même assistés d'un expert, ne peuvent pas jouer le rôle du juge, leur mission est de décrire. S'ils se livrent à formuler des appréciations ou à faire des comparaisons, le juge ne retiendra du rapport que la partie descriptive. C'est ce que confirme par un arrêt rendu par la Cour de Cassation¹ en date du 05 Avril 2000 qui a tenu à préciser que « *l'huissier de justice n'est habilité qu'à faire une description et non une comparaison entre l'objet saisi et l'objet prétendu contrefait, ce qui est de la seule compétence des juges dans le cadre de la procédure de constat ou des experts s'agissant d'une question technique* »².

Enfin, ces opérations de saisie sont nulles de plein droit si le requérant n'intente pas une action au fond dans le délai maximum de trente jours à compter de l'exécution de l'ordonnance.

Pour de plus amples explications, nous étudieront successivement les caractéristiques de la saisie contrefaçon en matière de brevet d'invention (**Section 1**), puis l'exécution de la saisie-contrefaçon (**Section 2**) et le déroulement des opérations (**Section 3**), ainsi que les conséquences d'une saisie-contrefaçon (**Section 4**).

Section 1 - Les caractéristiques de la saisie contrefaçon en matière de brevet d'invention :

La saisie-contrefaçon en matière de brevet a trois caractéristiques, qui sont d'être un acte exorbitant du droit commun, facultatif et uniquement probatoire. Elle partage ces trois caractères avec la saisie-contrefaçon en matière de dessins et modèles. Elle diffère toutefois en ce qui concerne le dernier caractère de la saisie-contrefaçon en matière de marque et de droit d'auteur et droits voisins.

Ceci étant, il convient d'examiner de prime abord le caractère dérogatoire (**Paragraphe 1**), avant de s'arrêter sur le caractère facultatif (**Paragraphe 2**) ainsi que sur le caractère probatoire (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1- Un caractère dérogatoire :

La saisie-contrefaçon a, dans tous les domaines où elle est prévue par la loi, un caractère dérogatoire du droit commun. Cela consiste à faire pénétrer l'huissier ou le greffier et d'autres personnes, par la force au besoin, au domicile ou dans les locaux privés du concurrent, pour s'y livrer à une perquisition en règle. En l'absence du texte légal l'autorisant, cela serait une violation de domicile. L'huissier ou le greffier peut partir avec des objets ou des documents qu'il choisit à sa discrétion.

¹ Le 3 octobre 2011, la Cour suprême porte une dénomination plus explicite: la Cour de cassation.

² Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation., Mai-Juin., 4^{ème} partie. p 53 et 54.

De plus, l'intrusion a lieu par surprise, puisque l'autorisation est accordée par une procédure gracieuse, à l'insu du principal intéressé, par exception au principe du contradictoire. Il a été jugé à cet égard en matière de marques qu'il n'y avait pas lieu à rétractation de l'ordonnance de saisie au motif qu'elle a été rendue non contradictoirement¹. La possibilité de déroger de la sorte au principe de la contradiction a été admise par les Accords ADPIC².

C'est en raison de ce caractère exorbitant de la mesure que les dispositions légales qui réglementent la matière et l'autorisation donnée par le président dans l'ordonnance doivent être strictement interprétées.

Paragraphe 2 – Un caractère facultatif

S'il est vrai qu'elle précède le plus souvent l'action en contrefaçon, elle n'est qu'un mode de preuve de la contrefaçon, qui est un fait pouvant être prouvé par tous moyens³. Il faut retenir, parmi les autres moyens de preuve, les présomptions de la loi⁴, l'aveu⁵. Ainsi, un constat d'achat peut être fait

¹ CA Paris, 26 mars 1986 : Ann. propr. ind. 1988, p. 89.

² Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle afférents au Commerce., 15 décembre. 1993., article. 50, § 1°-b et § 2°.

³ L'article 211, al. 1er. De la loi 17-97 relative à la propriété industrielle ; - Cass. req., 30 mai 1927 : Ann. propr. ind. 1928, p. 33. - CA Paris, 29 janv. 1965 : Ann. propr. ind. 1966, p. 19. - CA Paris, 26 nov. 1969 : Ann. propr. ind. 1969, p. 116.

⁴ Accords ADPIC, l'article. 34., en matière de brevets de procédé: charge de la preuve., dispose que « 1. Aux fins de la procédure civile concernant l'atteinte aux droits du titulaire visés au paragraphe 1 b) de l'article 28, si l'objet du brevet est un procédé d'obtention d'un produit, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au défendeur de prouver que le procédé utilisé pour obtenir un produit identique est différent du procédé breveté. En conséquence, les Membres disposeront, dans au moins une des situations ci-après, que tout produit identique fabriqué sans le consentement du titulaire du brevet sera, jusqu'à preuve du contraire, considéré comme ayant été obtenu par le procédé breveté:

a) le produit obtenu par le procédé breveté est nouveau;

b) la probabilité est grande que le produit identique a été obtenu par le procédé et le titulaire du brevet n'a pas pu, en dépit d'efforts raisonnables, déterminer quel procédé a été en fait utilisé.

2. Tout Membre sera libre de disposer que la charge de la preuve indiquée au paragraphe 1 incombera au prétendu contrevenant uniquement si la condition visée à l'alinéa a) est remplie ou uniquement si la condition visée à l'alinéa b) est remplie.

3. Lors de la présentation de la preuve du contraire, les intérêts légitimes des défendeurs pour la protection de leurs secrets de fabrication et de commerce seront pris en compte ».

⁵ CA Paris, 20 nov. 1971 : PIBD 1972, n° 80, III, p. 102.

licitement depuis la voie publique¹ ou sur le lieu d'une manifestation ouverte au public² pourvu que la personne envoyée par l'huissier pour acheter l'objet litigieux ne se livre à aucune investigation et ne pose aucune question et que l'huissier se borne à constater de l'extérieur l'achat de l'objet.

Un autre moyen de preuve peut être constitué par la production de l'objet litigieux lui-même, s'il porte mention de son origine et de ses dates et lieu de vente ou de fabrication. Ce peut être aussi la production d'une documentation décrivant l'objet et contenant les mêmes renseignements. Il en résulte que si la saisie-contrefaçon est obligatoirement suivie d'une action en contrefaçon, l'action peut ne pas être précédée d'une saisie. Il a ainsi été jugé que le demandeur qui a négligé de faire sa preuve par une saisie-contrefaçon n'a pas en cela commis un abus de procédure puisque aucun texte ne l'obligeait à recourir à ce moyen de preuve particulier³. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt rendu le 30 mars 1988, que « *si l'article 133 du dahir de 1916 prévoyait la possibilité de procéder à une saisie descriptive, cette procédure n'est pas obligatoire, la cour pouvant prendre toute autre mesure d'instruction notamment l'expertise conformément aux règles générales* »⁴.

Il en résulte aussi naturellement que la nullité de la saisie-contrefaçon est sans incidence sur la recevabilité de l'action en contrefaçon qui lui fait suite.

De même le fait que l'une des caractéristiques de la machine incriminée ne soit pas décrite dans le procès-verbal de saisie-contrefaçon ne prive pas le demandeur de prouver autrement la contrefaçon de cette caractéristique⁵.

Paragraphe 3 – Un caractère probatoire

La saisie-contrefaçon a enfin la nature d'une mesure strictement probatoire. On ne peut donc en user que dans le but de faire la preuve de la contrefaçon⁶. C'est le sens de l'article 211, alinéa 2, de la

¹ TGI Paris, 23 févr. 1996 : PIBD 1996, n° 614, III, p. 378 et 379.

² TGI Paris, 8 mai 1973 : PIBD 1973, n° 109, III, p. 238 et 239. - TGI Paris, 11 juin 1987 : RD propr. ind. 1988, n° 15, p. 102.

³ TGI Strasbourg, 5 févr. 1991 : Dossiers brevets 1991, I, 7 ; PIBD 1991, n° 501, III, p. 342.

⁴ M. JAOUHAR., « Perspectives de l'enseignement et de la recherche en droit pénal de la propriété industrielle », la revue de droit et d'économie de développement, N° 44, Casablanca 2001. p. 190.

⁵ CA Paris, 3 févr. 1972 : PIBD 1972, n° 87, III, p. 209 et 210.

⁶ L'article. 50-1°-b, de l'accords ADPIC .

loi n°17-97 relative à la propriété industrielle qui prévoit *"la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits ou procédés prétendus contrefaits"*.

Il en résulte plusieurs conséquences, la saisie réelle ne peut porter sur l'ensemble des stocks des objets incriminés¹. Même quand elle n'a porté que sur quelques exemplaires d'un appareil incriminé, le juge des référés peut par voie de rétractation cantonner la saisie réelle à un seul appareil, dès lors que cela ne rend pas la preuve plus difficile². La partie saisissante ne peut pas, sans commettre de faute, lorsque la saisie-contrefaçon lui a procuré la preuve de la contrefaçon qu'elle allègue, procéder inutilement à de nouvelles saisies³. Une décision a même interdit à un breveté de pratiquer toute nouvelle saisie-contrefaçon, dès lors que de multiples saisies déjà faites lui permettaient de fonder éventuellement son action en contrefaçon⁴.

Contrairement aux autres caractères de la saisie-contrefaçon, cette limitation à une fonction de preuve, n'est pas commune à toutes les saisies-contrefaçon dans les autres domaines de la propriété intellectuelle. En matière de marques (*l'art.222 de la loi 17-97*) et de droit d'auteur et droit voisin (*l'art 61,b de la loi 2-00 modifiée et complétée par la loi n°34-05 relative aux droits d'auteurs et droits voisins*), la saisie réelle peut ne pas être restreinte au prélèvement de quelques exemplaires ou échantillons des objets incriminés pour servir de preuve, mais peut porter sur la totalité des stocks et constituer ainsi une sanction par anticipation⁵.

Section 2 - L'exécution de la saisie-contrefaçon

Le caractère dérogatoire du droit commun de la saisie-contrefaçon impose un strict respect des règles posées par la loi et l'ordonnance⁶. Son caractère facultatif a pour conséquence que, ni le bénéficiaire de l'ordonnance, ni l'huissier de justice ni le greffier requis par lui n'ont l'obligation de

¹ Cass. com., 4 janv. 1985 : Ann. propr. ind. 1985, p. 237, note P. Mathély ; Dossiers brevets 1985, IV, 5 ; PIBD 1985, n° 373, III, p. 214 ; Bull. civ. IV, n° 9.

² CA Rouen, 9 juill. 1931 : Ann. propr. ind. 1933, p. 38.

³ CA Paris, 13 mars 1996 : Ann. propr. ind. 1997, p. 27, 39 à 41 ; RD propr. intell. 1996, n° 65, p. 34, 40 et 41 ; PIBD 1996, n° 612, III, p. 299 et 304 ; Dossiers brevets 1996, III, 3.

⁴ T. com. Lille, Ord. réf., 17 oct. 1996 : PIBD 1997, n° 625, III, p. 60 et 62.

⁵ En ce sens, en matière de marques, CA Rouen, 27 févr. 1997 : Ann. propr. ind. 1997, p. 167 et 172 ; PIBD 1997, n° 631, III, p. 246 et 249 ; RD propr. intell. 1997, n° 74, p. 36 et 41 ; RIPIA 1997, p. 44 et 52. - En matière de logiciels et de droits d'auteur, CA Paris, 23 avr. 1990 : PIBD 1990, n° 482, III, p. 441 et 442.

⁶ Cour de cassation., Ch Commerciale., arrêt n°674., dossier n°08-18.598., rendu en date du 7 juillet 2009.

l'exécuter¹ et que l'un et l'autre peuvent en interrompre l'exécution, même après remise de la copie de l'ordonnance et même après une tentative d'exécution².

Une fois en possession de l'ordonnance, le saisissant doit donner mandat de l'exécuter à un huissier de justice ou un greffier qui à son tour pourra faire appel à certaines personnes pour l'aider dans cette tâche. Il faut ensuite que l'huissier et éventuellement ces autres personnes sachent d'avance jusqu'où aller dans la nécessaire recherche de la preuve, tout en se conformant aux règles protégeant les intérêts légitimes du saisi.

Dans l'événement qui va avoir lieu, il peut n'y avoir que deux acteurs, l'huissier ou le greffier et le détenteur des objets saisis. Mais le plus souvent l'huissier est aidé par d'autres personnes désignées dans l'ordonnance. Enfin, la présence de certaines personnes est interdite.

Cela étant, existe-t-il, à notre égard, deux catégories d'acteurs : Acteurs principaux (**Paragraphe 1**), et acteurs facultatifs (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Les acteurs principaux

La pièce peut se jouer à deux acteurs, mais pas moins l'huissier ou le greffier (**A**) et le détenteur des objets saisis (**B**).

A) - Le huissier de justice ou le greffier.

Selon l'article 211, alinéa 2, de la loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 portant sur la propriété industrielle, la saisie-contrefaçon ne peut être opérée que par un huissier de justice ou par un greffier. Bien que les règles relatives au statut des huissiers³ ne permet à ceux-ci d'instrumenter que dans les limites de leur compétence territoriale. Leur statut leur interdit aussi d'instrumenter à l'égard de leurs parents et alliés.

¹ TGI Paris, 13 juill. 1988 : PIBD 446/1988, III, p. 583, exécution pour partie seulement. - TGI Paris, 18 mai 1999 : PIBD 690/2000, III, p. 31, saisie réelle pour partie seulement.

² TGI Lyon, 31 mai 1999 : RD propr. intell. 108/2000, p. 21 à 23 ; PIBD 685/1999, III, p. 439 ; Dossiers brevets 1999, II, p. 5.

³ Voir Dahir n° 1-06-23 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 81-03 portant organisation de la profession d'huissier de justice.

En effet, le bénéficiaire de l'ordonnance choisit librement l'huissier qui procédera à la saisie. En droit, celui-ci reçoit mandat du saisissant d'exécuter l'ordonnance, ce qu'il fera sous sa propre responsabilité et en engageant celle de son mandant. C'est sous la même responsabilité de l'huissier et du saisissant qu'agiront éventuellement les personnes que l'huissier commettra pour l'aider matériellement dans sa tâche¹.

L'article 211, de la loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 portant sur la propriété industrielle, prévoit que le breveté peut procéder à la saisie par un huissier de justice ou par un greffier. Dans la pratique le nombre d'huissiers pouvant faire la saisie ne limite pas, deux huissiers peuvent instrumenter successivement, par exemple s'ils sont associés d'une même société civile professionnelle (SCP). Un seul procès-verbal est dressé, mentionnant cela. C'est le dernier à intervenir qui le clôturera.

B) - Le détenteur de l'objet saisi

Même quand l'ordonnance ne désigne que le lieu de la saisie ou ne désigne qu'indirectement le détenteur des objets saisis, l'identification de celui-ci est nécessaire, pour que la saisie puisse débuter. Cela n'exclut pas d'ailleurs que les deux acteurs se confondent quand l'huissier (ou le greffier) fait la saisie-contrefaçon entre ses propres mains.

Paragraphe 2– Les acteurs facultatifs

En dehors du cas d'une technique simple et de la prévision d'une saisie sans obstruction, le saisissant a intérêt à user de son droit de faire assister l'huissier ou le greffier par un expert qualifié.

De son côté, l'huissier ou le greffier, peut souhaiter commettre pour l'aider dans sa tâche une ou plusieurs personnes ayant des compétences techniques que l'huissier ou le greffier n'a pas lui-même. L'huissier ou le greffier peut aussi requérir l'aide de la force publique.

On examinera successivement l'expert assistant l'huissier **(A)** le commis de l'huissier **(B)** et enfin la force publique **(C)**.

A- L'expert assistant l'huissier

Selon l'art.211, al. 2, de la loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 portant sur la propriété industrielle, l'accompagnement de l'huissier ou le greffier par un expert doit avoir été autorisé

¹ Nabila BEN ALI., op., cit., p 55.

par l'ordonnance¹. Bien que cette autorisation ne puisse être refusée, elle reste nécessaire et peut être accompagnée d'une restriction.

En effet, le choix de l'expert qualifié, comme celui de l'huissier ou du greffier, étant ordonné par le président du tribunal de commerce du lieu de la contrefaçon, son nom doit figurer dans l'ordonnance. L'ordonnance prévoit donc généralement que l'expert sera choisi par le juge. Elle peut ajouter à la demande de celui-ci que ce pourra être telle personne nommément désignée ou un ingénieur de tel cabinet de conseils en propriété industrielle.

A cet égard, le mot "expert" employé à l'article L. 211, alinéa 2, ne doit pas être pris au sens d'expert judiciaire, Il suffit donc que ce soit quelqu'un qui a les connaissances techniques et l'indépendance d'esprit nécessaire pour guider l'huissier ou le greffier dans la recherche de la preuve. Il est souvent appelé, dans les ordonnances et les décisions judiciaires, homme de l'art ou technicien assistant l'expert. Ce n'est donc pas l'expert technique dont la désignation doit être précédée par la consultation prévue par l'article 211 de la loi 17-97.

Selon la loi de la loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 portant sur la propriété industrielle, l'expert a pour mission, d'assister l'huissier ou le greffier. Sans pouvoir procéder lui-même à des perquisitions, il peut expliquer à l'huissier ou le greffier quels sont les objets ou les documents pertinents et orienter les pas de l'huissier ou son regard vers ceux-ci. Il explique à l'huissier quels sont les moyens techniques incriminés et leur fonctionnement afin que celui-ci puisse de lui-même les voir et les décrire. Mais il arrive que l'huissier, cédant à la facilité ou ne pouvant décrire lui-même une technique qu'il ne peut comprendre, transcrive purement et simplement les déclarations de l'expert sans faire aucune constatation directement par lui-même. Cette façon de procéder a été jugée regrettable² mais n'a pour effet que de diminuer la force probante de la saisie-contrefaçon sans en entraîner la nullité.

Aussi, l'expert peut assister l'huissier pour lui signaler les objets ou documents qui peuvent constituer des secrets de fabrique ou de commerce appartenant au détenteur des objets saisis. L'huissier peut alors, soit s'abstenir de décrire ou d'appréhender ces éléments s'ils ne sont pas utiles à la preuve de la contrefaçon alléguée, soit dans le cas contraire mettre les objets ou documents au secret sous enveloppe scellée et conserver celle-ci ou la déposer au greffe en attendant que la difficulté soit réglée par un juge.

¹ TGI Paris, 28 mai 1980 : PIBD 268/1980, III, p. 209.

² TGI Toulouse, 31 oct. 1996 : PIBD 626/1997, III, p. 90.

B) – Le commis de l'huissier :

L'ordonnance peut prévoir que l'huissier pourra se faire aider de personnes ayant des compétences techniques qu'il n'a pas lui-même. Ce peut être un photographe ou un dessinateur pour l'aider dans la description. Ce peut être un serrurier pour ouvrir une porte ou un tiroir, un mécanicien pour démonter et remonter un appareil, un informaticien pour mettre en oeuvre un logiciel, etc. Même quand cela n'est pas prévu dans l'ordonnance, il entre dans la compétence de l'huissier ou de greffier, en cas de nécessité, de se faire aider par des commis ayant des compétences particulières, comme d'ailleurs par un clerc ou une secrétaire de son étude. Ces personnes devront, elles aussi, être choisies en dehors des subordonnés du saisissant¹.

C)- La force publique :

Les ordonnances autorisent en général l'huissier ou le greffier à requérir l'aide de la force publique. Mais même dans le silence de l'ordonnance, celle-ci constitue une décision judiciaire exécutoire, de sorte que l'huissier peut requérir la force publique².

A cet égard, ce sera le commissaire de police territorialement compétent ou en zone rurale la brigade de la gendarmerie royale dans le ressort desquels la saisie doit avoir lieu. La seule présence d'un représentant de la force publique suffit généralement à ouvrir les portes devant l'huissier ou le greffier. En cas d'obstruction de la part du saisi ou de son personnel, des renforts de police ou de gendarmerie peuvent être appelés. Mais le déploiement injustifié d'importantes forces de police peut constituer un abus de droit et engager la responsabilité de la partie saisissante.

Section 3 - Le déroulement des opérations de la saisie contrefaçon

¹ L'article 41 portant organisation de la profession d'huissier de justice prévoit que «L'huissier de justice peut attacher à son bureau, sous sa responsabilité, un ou plusieurs clercs assermentés pour le suppléer dans les procédures relatives à la notification. Cet attachement s'effectue en vertu d'un contrat dont le modèle est fixé par arrêté du ministre de la justice.

Le clerc assermenté prête devant le tribunal de première instance, dans le ressort duquel se trouve le bureau de l'huissier de justice, le serment légal prévu à l'article 10 ci-dessus, et ce après que le président du tribunal se soit assuré qu'il remplit les conditions prévues par la loi et recueilli l'avis du procureur du Roi à ce sujet.

Le président dudit tribunal informe ensuite le ministre de la justice ainsi que l'Ordre de l'attachement du clerc assermenté au bureau de l'huissier de justice.».

² TGI Paris, 29 mai 1987 : RIPIA 150/1987, p. 180, § 182, marque.

Avant de procéder à la saisie, l'huissier de justice ou le greffier doit donner copie de l'ordonnance au saisi ainsi que de l'acte constatant le dépôt du cautionnement, lorsqu'il a été ordonné.

En effet, l'huissier de justice (ou le greffier) doit, pour procéder à l'exécution de la saisie, respecter scrupuleusement les termes de l'ordonnance du président du tribunal de commerce¹. Sa mission consiste notamment à décrire dans le procès-verbal de saisie-contrefaçon les objets, produits, actes ou faits argués de contrefaçon, à enregistrer les explications techniques données par l'expert qualifié, à poser des questions afin de connaître l'origine, l'étendue, la consistance de la contrefaçon, à enregistrer les protestations du saisi, à se faire remettre ou photocopier des documents², à prendre des photographies, à viser et parapher des documents, s'il y est autorisé.

Aussi, l'huissier de justice (ou le greffier) procède ensuite à la saisie réelle contre paiement du prix des objets saisis conformément aux termes de l'ordonnance. En principe, un exemplaire de chaque pièce saisie est déposé au secrétariat-greffe et l'autre exemplaire remis au saisissant. Il a l'obligation de décrire les caractéristiques des objets saisis dans le procès-verbal.

Pendant le déroulement de la saisie-contrefaçon, le saisi ne peut sous le couvert de la confidentialité, s'opposer aux opérations de saisie ou à remettre des documents demandés par l'huissier³. Pour une saisie-contrefaçon de brevet, une copie du procès-verbal de saisie-contrefaçon doit être laissée au saisi. La copie peut être remise soit à la fin de la saisie, soit ultérieurement⁴.

Une saisie-contrefaçon exécutée sur plusieurs jours dont les procès-verbaux successifs mentionnent qu'il s'agit de la continuation de la première saisie est considérée comme valide⁵. Dans ce cas, une nouvelle ordonnance n'est pas nécessaire.

¹ F.D. VISSCHER., « la saisie description en Belgique : Etat des lieux et quelques réflexions pour l'avenir », Contribution à la publication du Centre de Recherche en propriété intellectuelle sous le titre : combattre les atteintes à la propriété intellectuelle. Ed., Bruylant - Bruxelles., année 2004., p 39.

² Cour d'appel de commerce de Casablanca., arrêt n° 601/2001., n° du dossier auprès du tribunal de commerce de Casablanca 19/89/5., n° du dossier auprès de la Cour d'appel de commerce de Casablanca 2960/2000/11., rendu en date du 02/04/2001., inédit.

³ TGI Paris, réf., 22 déc. 1989 : PIBD 1990, III, p. 134 "le saisissant doit avoir accès à tous les documents susceptibles de contribuer à la preuve de la contrefaçon mais à ceux-là seulement, le saisi ne peut interdire l'accès de certains documents sous prétexte de confidentialité".

⁴ TGI Paris, 25 oct. 1990 : PIBD 1991, III, p. 79, "devant le silence de la loi, il convient de dire que l'assignation en contrefaçon vaut signification régulière du procès-verbal de saisie". - CA Paris, 14 mars 1991, préc. n° 26.

⁵ CA Paris, 9 juin 1993 : PIBD 553/1993, III, p. 627. - TGI Paris, 25 juin 2002 : PIBD 761/2003, III, p. 179, mention dans le procès-verbal de l'interruption des opérations. - Contra TGI Paris, 1er juin 1988 : PIBD, 443/1988, III, p. 479, absence de mention de continuation.

Section 4 - Les conséquences de la saisie contrefaçon

Aux termes de l'article 211 alinéa 6, de la loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 portant sur la propriété industrielle, le requérant doit s'être pourvu devant le tribunal dans un délai de trente jours. Faute de quoi, en matière de brevet, la saisie réelle est nulle de plein droit¹.

Le jour même de la saisie-contrefaçon n'est pas compté pour le délai de trente jours. Si le délai expire un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au jour ouvrable suivant². Des dommages-intérêts peuvent être réclamés si la saisie n'est pas suivie d'une assignation³.

En effet, les causes de nullité peuvent être d'ordre législatif (non-signification préalable de l'ordonnance, non-respect du délai pour poursuivre en contrefaçon...) ou d'ordre jurisprudentiel⁴. La jurisprudence française exige, pour les nullités de forme, la preuve d'un préjudice causé par le non-respect de la forme. La nullité d'une saisie-contrefaçon doit être demandée avant tout moyen de défense au fond, afin d'éviter qu'elle soit couverte par les conclusions prises sur le fond⁵. La nullité d'une saisie-contrefaçon peut être totale ou partielle⁶.

Si la saisie est abusive, la responsabilité du saisissant peut être engagée et des dommages-intérêts peuvent lui être réclamés⁷.

¹ TGI Paris, 12 mars 1993 : PIBD 1993, III, p. 450, "une saisie descriptive ne saurait être déclarée nulle au motif qu'elle n'a pas été suivie d'assignation dans les délais". - V. aussi TGI Paris, 25 mars 1988 : PIBD 440/1988, III, p. 385, nullité de la saisie au motif de la saisine d'un tribunal incompétent. - Et aussi, CA Paris, 14 janv. 1985 : Ann. propr. ind. 1986, p. 75, nullité de la saisie au motif d'une assignation nulle. - Contra, Cass. crim., 29 févr. 2000 : Juris-Data n° 2000-001421, validité de l'assignation malgré saisine dans le délai de quinzaine du juge d'instruction incompétent. - Cass. com., 8 févr. 2000 : PIBD 701/2000, III, p. 338, nullité de la saisie réelle pour défaut d'assignation. - CA Paris, 13 oct. 2000 : Juris-Data n° 2000-129011 ; PIBD 717/2001, III, p. 166, assignation au-delà du délai légal, nullité de la saisie réelle mais validité de la saisie descriptive.

² CA Paris, 28 nov. 1978 : Ann. propr. ind. 1978, p. 60.

³ T. com. Limoges, 23 sept. 1985 : PIBD 1986, III, p. 70.

⁴ Non-respect par l'huissier des termes de l'ordonnance, V. CA Paris, 4 nov. 1992 : PIBD 1993, III, p. 111, l'huissier outrepassa sa mission, utilisation par l'huissier d'un document non autorisé par l'ordonnance. - V. aussi TGI Paris, 28 mai 1980 : PIBD 268/1980, III, p. 209, expert non autorisé. - TGI Paris, 29 oct. 1984 : PIBD 375/1985, III, p. 256, saisie dans des locaux non autorisés. - TGI Paris, 25 juin 2002 : PIBD 761/2003, III, p. 179, demande rejetée pour prononcer la nullité du procès-verbal de saisie-contrefaçon au motif que sa rédaction rend impossible la distinction entre les constatations personnelles de l'huissier et celles qui lui ont été dictées par l'expert qui l'assistait.

⁵ CA Paris, 4 avr. 1991 : PIBD 1991, III, p. 521, irrecevabilité à soulever une nullité pour la première fois en appel.

⁶ Nullité de la saisie réelle mais non de la saisie descriptive : les articles 211 et 222 de la loi n°17-97 modifiée et complétée par la loi n°31-05 relative à la propriété industrielle..

⁷ Cass. com., 3 mai 1978 : Ann. propr. ind. 1979, p. 268, intention de nuire. - TGI Paris, 28 nov. 1986 : PIBD 1987, III, p. 132, existence d'un préjudice commercial. - CA Paris, 19 juin 1990 : RD propr. intell. 1991, n° 32, p. 49, atteinte à la

En revanche, il est jugé de manière constante qu'en envoyant des courriers dénigrant un prétendu contrefacteur, alors qu'aucune action judiciaire n'était en cours, ces faits caractérisent suffisamment des actes de concurrence déloyale et de dénigrement imputables à la société qui a adressé ces courriers.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st