

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 24 : أكتوبر 2014

➤ من مواضيع العدد 24 : أكتوبر 2014 :

- كتب النوازل مصدراً للدراسات القانونية .
- الحماية القانونية للمصنفات الرقمية .
- التحكيم الإلكتروني : ماهيته وإجراءاته .
- العقوبات التأديبية لنزلاء مراكز الإصلاح .
- مدارس المذهب المالكي وأهم رجالاته .
- التكوين المستمر- نحو مقاربة جديدة .
- مقرر الفصل التأديبي للأجير .
- الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ .
- الطرق الودية لتسوية النزاعات .



العدد الرابع والعشرون : أكتوبر 2014

❖ 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).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- 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.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة 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 السوسي بالرباط.
- الدكتور الميلاود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع والعشرون : لشهر أكتوبر 2014

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد الرابع والعشرين لشهر أكتوبر 2014 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور
صلاح الدين دكدك.....04

دراسات وأبحاث بالعربية :

2. التحكيم الالكتروني : فضيلة الأستاذ الدكتور نبيل زيد مقابلة أستاذ مساعد في القانون الدولي الخاص كلية
الشريعة والقانون - قسم القانون جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.....06
3. كتب النوازل مصدراً للدراسات التاريخية والقانونية في المغرب والأندلس : : فضيلة الأستاذ الدكتور أنور
محمود زناتي - جامعة عين شمس دكتوراه في التاريخ الإسلامي - كلية الآداب جامعة عين شمس - جمهورية
مصر العربية.....29
4. الحماية القانونية للمصنفات الرقمية - (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن) : فضيلة الأستاذ الدكتور عبد
الرحمان خلفي أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر الشقيقة.....45
5. العقوبات التأديبية الإدارية لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل : إعداد عبد الله سليمان أبوزيد ، ضابط في الشرطة
الأردنية بمهنة محاضر ومدرّب في مركز تدريب وتطوير مراكز الإصلاح والتأهيل.....55
6. مدارس المذهب المالكي وأهم رجالاته : الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي مدير معهد الحقوق و العلوم
السياسية المركز الجامعي النعامة : الجزائر الشقيقة.....73
7. استثناء مدونة الأسرة شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة : خلفياته وآثاره : الأستاذ محمد صوالحي - حاصل
على شهادة الدكتوراه من كلية الآداب فاس سايس - وحدة التاريخ و التراث.....82
8. علاقة التنافر بين قانوني الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية المغربيين على مستوى الإثبات بالقرائن وآفاق
تحسينها : أنوار بوهلال حاصل على ماستر الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام التعاقدية و العقار - كلية
الحقوق فاس.....93
9. التكوين المستمر - نحو مقاربة جديدة : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد دده أكاديمي وباحث بجامعة نواكشوط -
موريتانيا.....105
10. مقرر الفصل التأديبي للأجير في ضوء مدونة الشغل و العمل القضائي : من إعداد كريم أبو طالب حاصل
على دبلوم الماستر تخصص القانون و المقاولات من كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بجامعة المولى
إسماعيل مكناس.....124

- 11.الافراغ للاحتلال في اطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي : محمد رياض ، طالب
بحث في القانون الخاص بكلية الحقوق مراكش جامعة القاضي عياض.....132
- 12.الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ والتعرضات : العقاوي عبد العالي بلحث في القانون
العقاري إطار بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية.....147
- 13.الطرق الودية لتسوية النزاعات في الميدان التجاري بالنسبة للتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة : إعداد
الاستاذ نبهي محمد , ماجستير قانون خاص تخصص قانون الاعمال , كلية الحقوق , جامعة الجزائر.....167

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 14.La répression pénale de la soustraction frauduleuse a l'impôt : Laouer rim rafiaa Doctorante
en droit des affaires comparé Professeur contractuel a la faculté de droit de Mostaganem –
Algerie.....181

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الرابع والعشرين لشهر أكتوبر 2014



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين ، وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الرابع والعشرين لشهر أكتوبر 2014 من مجلة الفقه والقانون ، وقد تناول هذا العدد الجديد بالبحث والتحليل بعض القضايا الإلكترونية والرقمية الهامة مثل التحكيم الإلكتروني و الحماية القانونية للمصنفات الرقمية .

أما في ما يخص العقوبات والمنازعات فقد شمل العدد قضية العقوبات التأديبية الإدارية لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل ، ومقرر الفصل التأديبي للأجير في ضوء مدونة الشغل و العمل القضائي ، و الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ والتعرضات ، بالإضافة إلى الطرق الودية لتسوية النزاعات في الميدان التجاري ، ثم الافراغ للاحتلال في اطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي.

وفي مجال العقود والالتزامات والأحوال الشخصية ، ناقش العدد علاقة التنافر بين قانوني الالتزامات والعقود والمسطرة المدنية المغربيين على مستوى الإثبات بالقرائن وآفاق تحسينها ، كما بين خلفية وآثار استثناء مدونة الأسرة لشرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة .

هذا من جهة ومن جهة ثانية شمل العدد عدة مواضيع أخرى هامة عن كتب النوازل كمصدر للدراسات التاريخية والقانونية في المغرب والأندلس ، وعن مدارس المذهب المالكي وأهم رجالاته ، وعن المقاربة الجديدة للتكوين المستمر بالإضافة إلى بحث باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية :

دراسة بعنوان : التحكيم الإلكتروني



فضيلة الأستاذ الدكتور : نبيل زيد مقابلة
أستاذ مساعد في القانون الدولي الخاص
كلية الشريعة والقانون - قسم القانون
جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية

تقديم :

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت ، اتجه التفكير إلى استخدام نفس هذه التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات ، بمعنى أن إجراءاتها تجري عبر شبكات الوسائل الإلكترونية .

ويلاقي التحكيم ازدهاراً ملحوظاً في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدولية أمام ما يمكن أن نقول عنه عودة النزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الإرادة ؛ حيث يعد اللجوء إليه ادعى بالنسبة للتجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة في الإبرام والتنفيذ ولا تتمشى مع بطء وغموض إجراءات القضاء العادي .

فعندما يثار إشكالات في مثل هذه العقود التي تبرم وتنفذ في العالم الافتراضي ، يرغب الأفراد في حلها بذات الطريقة ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف ، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئاً ومكلفاً ، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان ، وما قد يؤدي إليه ذلك البطء والتكاليف من تقاعس الأفراد والمستهلكين وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم ، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفع من الأطراف والاستماع للشهود وغير ذلك من الأمور .

وعليه سوف يتم إيضاح بعض المواضيع المتعلقة بهذه الوسيلة بنوع من الإيجاز على النحو الآتي :

المطلب الأول : ماهية التحكيم الإلكتروني .

المطلب الثاني : إجراءات التحكيم الإلكتروني .

المطلب الأول : ماهية التحكيم الالكتروني : أولاً : مفهوم التحكيم :

تباينت وتعددت التعريفات الخاصة بالتحكيم وذلك وفقاً للزاوية التي يتناول كل فقيه منها التحكيم .

فيعرفه البعض بأنه : نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم ، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم ، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم⁽¹⁾.

وهناك من يعرف التحكيم بأنه : الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشاركة⁽²⁾.

وعلى ذلك فالتحكيم يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى انه يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه ، بحيث إذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيمياً وإنما هو قضاء دولة ، إلا أن هذه الإرادة لا تكفي دائماً ، بل لابد أن يقر المشرع اتفاق الخصوم ، بمعنى أن يميز المشرع للخصوم اللجوء التي التحكيم ، وإرادة الخصوم مع إقرار المشرع لهذه الإرادة الجوهر القانوني للعملية التحكيمية ، ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم ويلتزمون بحكمه، وتنتهي اثر إراداتهم عند هذا الحد .

ولكن يثور التساؤل التالي وهو هل التحكيم الالكتروني يشكل تطوراً للتحكيم التقليدي أم هو بديل عنه ؟

ذهبت بعض الآراء إلى التقرير بان التطور التكنولوجي تبعه تطور في كل شيء مثل الرسائل التي أصبحت الكترونية ولا تحتاج إلى أوراق أو استخدام الفاكس أو البريد .

بينما يرى البعض الآخر بأنه لا يمكن تصور التحكيم بلا المتطلبات التقليدية مثل الكتابة على الورق، الاجتماعات المادية أي الحضور الشخصي لجلسات التحكيم لكل الأطراف والهيئة والتي هي من المظاهر اليومية للتحكيم .

في حين يقرر اتجاه ثالث بأن التحكيم التقليدي لا يجب أن يأخذ قالباً الكترونياً، كما أن البيئة الالكترونية لا يجب أن تستخدم التحكيم التقليدي⁽³⁾.

ويرى البعض⁽⁴⁾ أنه لا يمكن إنكار دور قواعد ومبادئ التحكيم التقليدي في المساهمة في بزوغ التحكيم الالكتروني، إلا انه في نفس الوقت لا يجب إغفال وجود قواعد وأعراف جديدة شكلت نوعاً من الاستقلالية للنوع الجديد من التحكيم ، وينبغي دراستها كنوع مستقل من أنواع الحلول البديلة للمنازعات، فقد نشأ التعاقد عبر

(1) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 19 .

(2) انظر : د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . دار النهضة العربية القاهرة ، 2000 ، ص 21 .

(3) انظر : أ. معتمد سويلم نصير: ((مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني)) . بحث منشور بموقع : www.arablawninfo.com

(4) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 41 .

الانترنت على التحكيم قبل صدور قوانين المنظمة للتحكيم الالكتروني ، وقد رتب آثارا لا يمكن تجاوزها رغم عدم المرجعية إلى أي من الاتفاقيات ، ورغم إمكانية أبطال القرار التحكيمي ككل إذا ما طبقنا عليه قواعد الاتفاقيات الدولية (السابقة على نشؤ التحكيم الالكتروني) والتي مازالت سارية بهذه الخصوص كاتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية .

وفي نفس الوقت فإن إمكانية عقد إجراءات ولقاءات التحكيم قد جاء نتيجة تطور التكنولوجيا، ففي بعض الحالات يتم انعقاد كامل المؤتمر أو الندوة إلكترونياً عبر الانترنت دون التقييد بشكليات قانونية، ولا شك أن آثار هذه المؤتمرات والندوات لا يمكن إنكارها .

وعليه فليس صحيحاً قصر تعريف التحكيم الالكتروني على انه التحكيم عبر تبادل الوثائق فقط ، حيث أن التحكيم الالكتروني قد يتم إجراؤه بشكل كامل أو جزئي عبر الانترنت أو وسائل الاتصال الالكترونية الأخرى مثل :

أولاً : الاتفاق الالكتروني على إجراء التحكيم سواء فيما بين الأطراف أنفسهم أو فيما بينهم وبين هيئة أو مركز التحكيم وذلك عبر تبادل الرسائل الالكترونية بين الأطراف ابتداءً ، وما بينهم وبين مركز التحكيم الالكتروني أو تعبئة نموذج خاص ببعض مراكز التحكيم التي تمارس أعمالهم من خلال الانترنت .

ثانياً : أن تتم إجراءات التحكيم عبر وسائل الكترونية ، كانعقاد الجلسات عن طريق الانترنت بواسطة استخدام الوسائل المرئية أو السمعية، أو حتى بواسطة تبادل الرسائل الالكترونية فيما بين أعضاء هيئة التحكيم ، وفي مراحل متقدمة أكثر فإنه من الممكن سماع شهادة الشهود وإصدار القرار التحكيمي إلكترونياً .

ومن ثم يقرر البعض⁽¹⁾ بأن المفهوم التحكيم الالكتروني لا يختلف عن المفهوم المتعارف عليه للتحكيم كإجراء خاص بحسم منازعات التجارة الدولية وإن تميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته إلى نهايته باستخدام الانترنت وغيره من وسائل الاتصال الحديثة كالكمبيوتر والفاكس وغيرها .

وبعبارة أخرى فإن الإجراء كله يتم الكترونياً بدءاً من الاتفاق على التحكيم بملء النموذج الذي يرسل بعد ذلك إلى الطرف الآخر ، فيكون بذلك قد تمت دعوته إلى التحكيم إذا قبل المشاركة فيه بقبول الدعوى التي رفعت ضده مروراً بتبادل المستندات وسماع الشهود والخبراء وانتهاء بصدر حكم يتعهد الأطراف باحترامه أيضاً كانت القوانين والمعاهدات الواجبة التطبيق وللمحكوم لصالحه الحصول على القوة التنفيذية لهذا الحكم .

وعلى ذلك يمكن تعريف التحكيم الالكتروني بأنه « التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت ، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين »⁽²⁾.

وقد عُنيت التشريعات الدولية بهذا النوع من التحكيم وأشارت إليه في العديد من النصوص والتوصيات ؛ حيث أن الهدف من التحكيم الالكتروني هو تقنية وتأمين بيئة العمل الالكتروني ، وما يتصل بها من خلال تسوية

(1) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ص 15 ، 16 .

www.kenanaonline.com

(2) انظر : د. خالد ممدوح بحث منشور بموقع :

أو حل المنازعات الالكترونية القائمة وتقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات من اجل مجتمع رقمي معافى .

ثانياً : الطبيعة القانونية للتحكيم الالكتروني :

إن ارتكاز التحكيم على الاتفاق (العقد) في مصدره وانتهائه بقرار يشبه إلى حد كبير الحكم القضائي أدى إلى اختلاف الفقه حول طبيعته القانونية ⁽¹⁾ وتفصيل ذلك على النحو التالي :

أ - الطبيعة التعاقدية للتحكيم :

اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة ، فاعتبر البعض التحكيم عقداً رضائياً ملزماً للجانبين من عقود المعاوضة .

وقد استند هذا الاتجاه إلى أنه طالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ، فإن له طابع تعاقدى فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة واقل رسمية من إجراءات المحاكم .

هذا بالإضافة إلى أن الصفة التعاقدية يحتملها أيضاً اعتبار التحكيم من أدوات المعاملات الدولية ، ولاشك أن التجارة الدولية أو المعاملات الدولية تعترضها التشريعات والقضاء في مختلف الدول ، ولا يمكن تحرير المبادلات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي ومن ثم فلن تقم للتحكيم قائمة بدون جوهره التعاقدى ⁽²⁾ .

فاتفاق التحكيم هو الذي يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى محكم خاص ، ويعين في ذات الوقت القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه ، ولذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية ⁽³⁾ .

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن كل مراحل التحكيم تدل بوضوح على أنه ذو طبيعة تعاقدية ويتضح ذلك من خلال الآتي : 1 . إن الغاية أو الهدف من التحكيم هو رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق إخراج النزاع من سلطان القضاء ، وإسناده إلى محكم خاص وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدره المحكم ⁽⁴⁾ . 2 . إن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم ، وذلك عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة هي إقامة العدالة ⁽⁵⁾ . 3 . إن مصدر سلطة المحكم في حل النزاع بين الطرفين هو اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم وعلى ذلك فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف ، وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه السلطة قضائية ⁽⁶⁾ .

(1) انظر : د. احمد عمر بوزقية : أوراق في التحكيم . منشورات جامعة قاريونس ، الطبعة الأولى ، 2003 ص 30 .

(2) انظر : د. مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1995 ، ص 7 .

(3) انظر : د. احمد عمر بوزقية : مرجع سابق ، ص 32 .

(4) انظر : د. احمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري . منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، 1979 ، ص 152 .

(5) انظر : د. جورجى شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية . دار النهضة العربية القاهرة ، 1999 ، ص 36 .

(6) انظر : د. احمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات . رسالة دكتوراه ، جامعة بني سويف ، 1998 ، ص 30 .

4. إن المحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً عكس القاضي ، الذي لا بد أن يكون وطنياً بالإضافة إلى أن المحكم إذا لم يقيم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة ، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة ولا يلزم أن تتوافر في المحكم الشروط الواجب توافرها في القاضي .

5. إن عمل المحكم لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية .

فمن الناحية الشكلية لا يلزم المحكمون بإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها ، ومن الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي ، فهو لا يستطيع مثلاً إلزام شاهد بالحضور أمامه وتوقيع غرامة عليه في حالة عدم حضوره ، ولا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده ليكون منتجاً في الدعوى .

وفي إطار تقييم هذا الاتجاه ذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأن هذا الاتجاه له فضل إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم ، غير أنه يتجاهل مع ذلك حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم .

فالمحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي ، وهو ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي ، ولعل مرجع هذا التجاهل هو الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية واحتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها إذ الاستسلام لواقع هذه الهيمنة وهذا الاحتكار من شأنه أن يحول دون الاعتراف لمحكم يختاره طرفا النزاع ويحددان صلاحياته بوظيفة قضائية ويؤدي من ثم إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم لا يتصادم مع الحقائق الواقعة .

وهذا ما تقدمه بالفعل فكرة العقد التي تدور في فلك آخر غير فلك القضاء ، هو فلك سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقود ، لكن النظر إلى هيمنة الدولة على الوظيفة القضائية واحتكارها لإقامة العدل بين الناس من خلال السياق التاريخي للأمر ، من شأنه أن يفتح الباب أمام البعض بالدور القضائي الذي يؤديه المحكم ، فاحتكار الدولة للقضاء ولتنظيم السلطة القضائية إن هو إلا مرحلة من مراحل تطور الوظيفة القضائية سبقته مرحلة كان التحكيم يستقل فيها بهذه الوظيفة أو يكاد ، وتلوح في الأفق ملامح مرحلة أخرى تتوزع فيها الوظيفة القضائية بين قضاء الدولة وبين التحكيم⁽²⁾ .

ب - الطبيعة القضائية للتحكيم :

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه إسباغ الطابع القضائي على التحكيم ، وذلك على اعتبار أن التحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو اتفقوا عليه ، وإن التملص منه لا يجدي وإنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري وإن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم ، كما أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ، هذا بالإضافة إلى أن كل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه⁽³⁾ .

(1) انظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية . الإسكندرية ، 1998 ، ص 20 .

(2) انظر : د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي . دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 26 .

(3) انظر : د. إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 31 .

وقد ذهب البعض في سبيل استظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء ، فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادة من طرفيه ، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما ، ومتى تم هذا العمل تعلق به حق الآخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة خصمه ، وقد يتفق أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلاً أو إلى محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها .

وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها ، وهذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ليس له من اثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة.⁽¹⁾

وقد استند هذا الاتجاه في تقرير الصفة القضائية للتحكيم إلى المبررات الآتية :

1 . أن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية ، وإن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالاً قضائية سواء كانت صادرة طبقاً لقواعد القانون أو وفقاً لقواعد العدالة ، هذا فضلاً على المحكم يملك تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تشوبها وإن كان ذلك مقيد بتوافر الشرطين الآتين :

الأول : ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى ، لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته .

الثاني : ألا يكون قد تم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم .

2 . إن الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم ذات طبيعة قضائية ، وبالتالي يكون حكم المحكم بمثابة حكم قضائي على اعتبار أن المحكم يحل محل القاضي فتكون له وظيفته القضائية ، فأحكام المحكمين تعتبر أحكاماً قضائية سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون أو الموضوع .

3 . إن حكم التحكيم يعتبر قد صدر من تاريخ كتابته والتوقيع عليه ، والأمر الصادر بتنفيذه لا يتدخل في مضمون الحكم ، وإنما هو مجرد إجراء شكلي الغرض منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ حكم التحكيم ، فالأمر الصادر من القاضي لتنفيذ حكم التحكيم يتمثل مع الأمر الصادر منه لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية .

ج - الطبيعة المختلطة للتحكيم :

يرى هذا الاتجاه إن التحكيم ليس إلّا قالباً قانونياً يحتوي عملياً ، الفاعل في أحدهما غير الفاعل في الآخر ، وهما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم ، فالأول يحدثه المتنازعان ، والثاني يحدثه المحكم .

فاتفاق التحكيم ، فهو وإن كان عقداً له كل الخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه في آن واحد ، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتداه بين الطرفين مالية كانت أو شخصية كما هو الحال في غيره من العقود ، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة بالفعل وأما موضوعه فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع ، وإنما إقامة كيان عضوي - فرداً كان أو هيئة - ترفع إليه ادعاءات الطرفين ويتولى الفصل فيها استقلالاً عنهما .

(1) انظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : مرجع سابق ، ص 42 .

أما عمل المحكم فهو يتمثل في حسم المنازعة ، وهو يتولى بالضرورة هذا العمل وفقاً للضوابط العامة التي يضعها النظام القانوني لحسم المنازعات والتي تجد مكانها في التنظيم التشريعي لقضاء الدولة بحسبانه التنظيم العام الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصلة القضائية - وأهمها إلى جانب قضاء الدولة - الهيئات واللجان ذات الطابع القضائي وجهات التحكيم¹.

وصفوة القول فيما يتعلق بمدى انطباق أي من النظريات الثلاثة على التحكيم الإلكتروني نجد أن النظرية الثالثة ويعني بها النظرية المختلطة والتي تقرر عدم خضوع التحكيم لأي قانون وطني بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بحكم التحكيم هي أنسب وأفضل النظريات الملائمة للتحكيم الإلكتروني وذلك وفقاً لطبيعة إجراءاته حيث يتم رفع الدعوى ، وتوجيه الإخطارات بالمرحلات اللاحقة على الدعوى عبر البريد الإلكتروني ، كما أن القرارات والاطلاعات والاتصالات الأخرى تتم بنفس الطريقة ويسبق هذه الإجراءات اتفاق الأطراف على قبول عولمة حلول المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي دون اكتفاء بما تقرره الاتفاقات الدولية والتشريعات المقارنة النافذة في الوقت الحالي².

ثالثاً: مزايا التحكيم الإلكتروني ومعوقاته :

أ- مزايا التحكيم الإلكتروني :

إذا كان الواقع يقول بأن نشأة التحكيم الإلكتروني كان مصدرها الفضاء التخليقي والانترنت ، إلا أنه لا زال بالإمكان استعمال الوسائل الإلكترونية وتقنية المعلومات حل عديد من العقبات التي تواجه الحلول البديلة للنزاعات التجارية الناشئة في العالم الواقعي ، وإذا كان التحكيم يتصف بأهمية خاصة في حل المنازعات الدولية ، وذلك بالنظر إلى سهولة إجراءاته والسرعة في الفصل في المنازعات مقارنة بالإجراءات القضائية العادية ؛ ذلك أن هيئة التحكيم عادة ما تضم محكماً متخصص فنياً في مجال موضوع التحكيم ليتمكن من إيجاد الحلول الملائمة للنزاعات بطريقة أسرع وأفضل مما يجدها القضاة العاديين لأنه يعيش المهنة أو العمل مما يجعله أقدر على حل النزاع بطريقة عملية وواقعية³.

كما يتميز التحكيم بالسرية ، ويجنب الأطراف سلبات طرح نزاعهم أمام الجمهور على عكس المحاكم العادية التي تخضع لمبدأ علانية المحاكمة .

فإنه بالإضافة إلى الميزات السابقة فإن التحكيم الإلكتروني يتميز بدوره بمزايا إضافية أهمها ، عدم التزام الأطراف بالانتقال من بلد إلى آخر من أجل حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات ، ويتم تبادل المستندات في التحكيم إلكترونياً بطريقة فورية وآنية على شبكة المعلومات أو الفاكس الأمر الذي يتلاءم مع كون الوقت عنصراً جوهرياً في المعاملات الاقتصادية .

أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني ، ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت ، ويلاحظ أن المميزات العديدة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني أسهمت في فعالية الحقوق الذاتية للمستخدمين في العالم الافتراضي .

¹ انظر : د. علاء محي الدين مصطفى : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ص 25 .

² انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 20 .

³ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : مرجع سابق ، ص 53 .

ويضيف البعض¹ أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الالكترونية سواء قانونياً أو قضائياً، حيث يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقاً للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه.

كما يتميز التحكيم الإلكتروني بقلّة التكلفة وذلك بما يتناسب مع حجم العقود الالكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة، وتستخدم أحياناً نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال.

هذا فضلاً عن وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وهي اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام 1958، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد حتى الآن اتفاقية تحكيم بشأن الاعتراف والتنفيذ الدولي مثل اتفاقية نيويورك المذكورة آنفاً مع إن هناك اتفاقيات إقليمية وثنائية لتنفيذها.

ويلاحظ أن المحكم في التحكيم الإلكتروني قد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي نص عليها التشريع الوطني، تكون موجودة في قانون الطرف الآخر أو من طبيعة الأعراف التجارية وفقاً لطائفة معينة من طوائف التجارة، كما أن المحكم يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي والوسائل التي يمكن له استعمالها لاحترام وحماية مصالح الطرف الضعيف أو المستهلكين تكون أكثر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني؛ حيث يمكن للمحكم أن يختار ضمن عدة قوانين ليحدد القانون الذي يحقق الأهداف التي تحمي الطرف الضعيف أو المستهلك².

ب- معوقات التحكيم الإلكتروني :

على الرغم من المزايا المتعددة للتحكيم الإلكتروني، إلا أنه توجد بعض المشكلات والمعوقات التي تعترض التحكيم الإلكتروني تتمثل في الآتي :

1. الأهلية :

اشتراط سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريق النزاع والمحكمين. وبالطبع فإن مسألة بحث الأهلية بالنسبة للمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عموماً عن طريق الانترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع، وحيث أنه على فرض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع فإننا نكون بصدد اتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية أحد أطراف النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان لحكم التحكيم الصادر في المنازعة التجارية³.

www.f.law.net/Law

¹ انظر : د. نبيل زيد مقابلة : ((التحكيم الإلكتروني)) . بحث منشور بموقع :

² انظر لمزيد التفصيل عن مزايا التحكيم الإلكتروني : د. هيثم عبد الرحمن البقلي : ((التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)) . بحث منشور بموقع :

www.kenanaonline.com

³ انظر لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بأهلية اتفاق التحكيم : د. احمد أبو زقية : مرجع سابق ، ص 43 - 47 .

ويمكن التغلب على هذه المشكلة بعمل تصميم بذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة نزاعه لإحدى مراكز التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره ، على أنه إذا اغفل تحديد ذلك لا يسمح له بالمضي أو استكمال اتفاهه مما يضفي نوع من المصادقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان¹ .

2 . ضمان سرية العملية التحكيمية :

حيث تعد صيانة وحفظ سرية التحكيم - وفقاً لما أُشير إليه سلفاً- احد الشروط الجوهرية لنجاح عملية التحكيم الإلكتروني والإقبال عليها ، وقد عملت مراكز التحكيم الإلكترونية على صيانة ذلك بتضمينها نصوصاً تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه وخصوصاً من الشهود والخبراء ، ولكن المشكلة تكمن في فرض تحدياً آخر ألا وهو الاختراق القادم من الخارج عن طريق المتطفلين ؛ وهم من يقتحمون خصوصيات الغير لمجرد إشباع الفضول ، وكذلك المخربين ممن يبحثون عن ضحايا يوقعون بهم مثل سرقة أرقام بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع الإلكتروني واستغلالها ، والحل المطروح حالياً يكمن في تشفير البيانات المحفوظة والمتبادلة بصورة وتمنع من قراءتها إلا من قبل المرسل إليه².

رابعاً : مخاطر اللجوء للتحكيم الإلكتروني :

حيث أنه مع الأهمية المتزايدة للتحكيم الإلكتروني باعتباره احد المفاهيم المرنة والأنظمة القانونية المتطورة التي تواكب التطور المتلاحق في مجال التجارة الإلكترونية والتي تفي بمتطلباتها التي تميز بالسرعة ، إلا أنه قد توجد بعض المخاطر التي تصاحبه وتشكك في مدى جدواه وفعاليتها ، وتتمثل هذه الإخطار فيما يلي :

1 . عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية :

حيث يلاحظ أن النظم القانونية لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها ، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراءات التحكيم بوسائل الكترونية ، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الإلكترونية ، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني ؟

كذلك فإن المسألة هامة تتعلق بتحديد مكان التحكيم ، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة ، فما هو المكان الذي يعتبر انه مكان التحكيم ، هل هو مكان الحكم الفرد أم مكان المورد ؟ أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ؟ هذا إذا كان الحكم فرداً ؟ ولاشك أن هذه المسائل جميعها تتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية .

2 . عدم قبول المستخدم لشرط التحكيم قبلاً ووضوحاً :

ويحقيق هذا الخطر بالمستهلك ، حيث يخشى من أن يكون قبول المستهلك لشرط التحكيم ناتجاً عن عدم خبرة وجهل بحقوقه ، لاسيما إذا كان اختيار هذا الشرط قبل حدوث النزاع ، لأنه لا يؤدي إلى حرمان المستهلك من اللجوء

¹ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : مرجع سابق ، ص 56 .

² انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية . دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2000 ، ص 300 .

إلى القاضي الوطني قبل نشأة النزاع ، ويرجع ذلك إلى أن المستهلك لا يمكنه التفاوض على هذه الشروط حيث يقوم المورد بعرض شروطه على موقع Web ويمكن لكل من يرغب الوصول إليها .

هذا فضلاً عن أن سرعة وتعدد العقود التي تبرم في هذا المجال لا تعطي الفرصة لحدوث تفاوض حول هذه الشروط ، كما أنه لا يمكن تعديل الشروط العامة الموجودة بشكل الكتروني لحظة إبرام العقد ، علاوة على أنه من الصعوبة بمكان البحث عن بديل آخر بسبب انتشار العقود النموذجية بشكل واسع على الانترنت¹.

3 . الخشية من عدم المساواة الحقيقية بين الأطراف والنزاهة النسبية للمحكمين :

ويعود ذلك إلى وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين ومؤسسات التحكيم تجعل المحكمين يميلون لصالح المهنيين مراعاة لحجم الأعمال التي يخضعها هؤلاء المهنيون لمراكز التحكيم ، أما العملاء فيكون أول تعامل لهم أمام مركز التحكيم وقد يكون الأخير ، فلا توجد علاقة سابقة مع مركز التحكيم .

4 . عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة :

يخشى الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الالكتروني بصفة خاصة ، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والمنصوص عليها في القانون الوطني الخاص به ، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع².

5 . خطر إنكار العدالة :

وأساس هذا الخطر هو الخشية والخوف من أن يؤدي اتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة ، وذلك خاصة وأنه يتم حرمان الشخص أو الطرف الآخر في الاتفاق من اللجوء إلى القضاء الوطني دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرق غير القضائية³.

6 . الإخلال بحقوق الدفاع :

ويقوم هذا الخطر على سند من أن التقاضي أو التحكيم الالكتروني يلغي روح القانون ، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليص فرص المطلوبة في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة ، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي بطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة⁴.

¹ انظر : د. عادل أبو هشيمة : مرجع سابق ، ص 296 .

² انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 60 .

³ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 61 .

⁴ المرجع نفسه ، ص 62 .

المطلب الثاني : إجراءات التحكيم الالكتروني :

لا تجري خصومة التحكيم في فراغ زمني أو مكاني ، فهي لابد منطلقاً من مرتكز وموقع جغرافي محدد تنعقد فيه هيئة التحكيم وتباشر مهمتها ، ويطلق على هذا المرتكز النطاق المكاني للتحكيم .

ولما كان تحديد المكان بذاته غير كاف لضبط بدء وسير إجراءات التحكيم ، بل لابد من التعرف على الخطة التي منها تلك الإجراءات ، بحيث تكون هي نقطة الأساس التي تحسب منها المدة الاتفاقية أو القانونية التي يعبر عنه بالنطاق الزمني للتحكيم .

وحيث إن الإجراءات التحكيمية يمر بمرحلتين هما مرحلة نشوء النزاع وبدء الخصومة ، ومرحلة إصدار حكم في النزاع ، ومن ثم فإنه يجب التعرض لهاتين المرحلتين باعتبارهما جوهر عملية التحكيم من الفقرات الآتية :

أولاً : النطاق المكاني والزمني لإجراءات التحكيم :

يمثل النطاق المكاني والزمني لإجراءات التحكيم أهمية كبرى تؤثر على التحكيم ذاته وذلك على النحو التالي :

أ- النطاق المكاني لإجراءات التحكيم :

باستقراء نصوص وتشريعات التحكيم الوطنية والدولية نستخلص أن المشرع قد ترك لطرفي النزاع الحرية الكاملة في اختيار مكان التحكيم ،⁽¹⁾ دون تمييز بين العلاقات التي تتركز عناصرها في الداخل ، والعلاقات التي يتركز عنصر أو أكثر من عناصرها في الخارج ، وإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على مكان التحكيم بطريق مباشر أو غير مباشر تولت هيئة التحكيم ذاتها تعيين المكان على أن تراعي في هذا التعيين ظروف الدعوى وملائمة المكان الذي تختاره لأطرافها .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ما تم التحكيم في مكان غير المكان المتفق عليه ، فلا يترتب البطلان على المخالفة ، ما لم تؤد إلى إخلال بحق الدفاع ، كما إذا اتفق مثلاً على إتمام التحقيق في مكان الواقعة المسيبة للمسؤولية ، ضماناً لمعاينته ، وتم التحكيم في مكان آخر دون إتمام المعاينة .⁽²⁾

وفيما يتعلق بالتحكيم الالكتروني يقرر البعض أن هناك صعوبة في توطين مثل هذا النوع من التحكيم ، ولذا فقد تم طرح العديد من الحلول لتحديد مكان التحكيم :

منها أن المسألة يتم حلها بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم وهو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم بيد أن ذلك الحل يبدو أقل إقناعاً عندما نكون بصدد تحكيم الكتروني ، حيث يثور التساؤل التالي وهو هل يجب الامتداد بمكان وجود المحكم في بداية الإجراء أو الامتداد بقانون موطنه أو محل إقامته ، وتتعدد الأمور عندما نكون أمام هيئة تحكيم ثلاثية ولسنا أمام محكم وحيد .

(1) انظر : المادة (14) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس C . C . I . 1998 .

(2) انظر : د. احمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، مرجع سابق ، ص 226 .

وقد يقال لحل المسألة بالرجوع إلى قانون مكان مقدم الخدمة ، وهذا الحل يتركز على التوطين الجغرافي لمقدم الخدمة ، ولا يمكن قبول هذا الحل أيضا في حالة تعدد مقدمو خدمة الانتفاع بالإجراء التحكيمي إذا كان كل منهم مقيماً في دولة مختلفة .

وقد يطرح البعض حلاً آخر للمشكلة يتمثل في نظرية التحكيم غير التوطيني التي توجب الاعتراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير التوطيني وغير الوطني وهو ما يعني عدم إسناد هذا النوع من التحكيم إلى قانون مكان التحكيم ، غير أنه يصعب قبول هذا الرأي بالنسبة للمحاكم الوطنية ، كما أنه لا يتوافق مع أحكام اتفاقية نيويورك.

ويرى اتجاه فقهي آخر أنه بالنظر إلى أن التحكيم الإلكتروني هو ذلك النظام الذي بدأ يظهر مع تزايد وتنوع استخدامات شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) حيث تخصصت بعض محاكم التحكيم الافتراضية في فض منازعات عقود التجارة الدولية ، لاسيما ما يبدو منها عبر شبكة الانترنت ، حيث لا يلزم أمامها حضور الأطراف بل يكفي تبادل المستندات ومذكرات الدفاع والطلبات الأخرى إلكترونياً ، ويجري تداول القضية ودراساتها وإصدار الحكم وإبلاغه الأطراف عبر شبكة الانترنت .

ومن ثم فإن تحديد مكان هذا النوع من التحكيم ليس بذى أهمية كبيرة ، بالنظر أن مختلف جوانبه تتم عبر مجتمع افتراضي يعلو مجتمع الدول ، وله قواعده وأحكامه الخاصة ولا تحده حدود جغرافية ولا يلزم لتمام عملياته تأشيرة مرور ، ومجال مخالفة القواعد الإجرائية للخصومة لحضور الخصوم وإعلانهم واستجوابهم وتبادل المستندات والمذكرات ، وتمكين كل طرف من الدفاع عن نفسه يبدو محدود الغاية .⁽¹⁾

ب- النطاق الزمني لإجراءات التحكيم :

يعد تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم أمراً مهماً سواءً من ناحية بدايات التحكيم أو من ناحية سير ونهاية إجراءات التحكيم .

. فمن حيث بدايات التحكيم ، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يعني تحديد الوقت الذي تعتبر قد رفعت فيه الدعوى بالنزاع أمام هيئة التحكيم ، وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة ، وهنا يتعين على هذه الأخيرة أخطار المطلوب التحكيم ضده في غضون مدة زمنية محددة من ذلك الوقت ، كما يتعين على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرد على طلب الطرف الأول خلال مدة معينة .

. ومن ناحية إجراءات التحكيم ، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو مهماً في ضرورة اتخاذ إجراء معين ، أو إتمامه خلال سير خصومة التحكيم ، ويبدو حساب مدته من تاريخ بدء إجراءات التحكيم لتسليم المستندات وتبادل المذكرات أو غلق باب المرافعة أو إبداء دفع من الدفوع .

. ومن ناحية نهاية إجراءات التحكيم ، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو حاسماً في حساب المدة التي يتعين في غضوننها إصدار حكم التحكيم ، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم .

وفي التحكيم الإلكتروني فإنه وفقاً لبرامج تحكيم المحكمة الافتراضية ، فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اللحظة التي يتم فيها تعيين محكم متخصص لنظر النزاع ، حيث يقوم المحكم مباشرة مهامه وذلك بالاتصال لطلب أي

(1) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : مرجع سابق ، ص 332 .

معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع ، ويجب على هيئة التحكيم سواء كانت محكم واحد أو ثلاثة محكمين - في حالات خاصة - أن تفصل في موضوع النزاع خلال 72 ساعة أي ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقي المركز لرد المدعي عليه وادعاء المدعي ، ويجوز للمحكم تمديد هذه المدة في حالة الأعطال في الشبكة لمدة أخرى ، أو بناءً على طلب الأطراف .

ثانياً : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني :

الأصل أن مسائل الإجراءات تخضع لقانون القاضي ، أي قواعد المرافعات والإجراءات في قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ، ولما كان المحكم ليس له قانون خاص ؛ حيث أن المحكمين لا يعملون باسم أو لحساب دولة معين ، وإنما يتم اختيارهم عن طريق الخصوم أنفسهم ، ويستمدون سلطتهم من اتفاقهم على تنصيب حكماً بينهم ، ويفصلون في منازعة تحقيقاً للسلام الخاص بين هؤلاء الخصوم ، ومن ثم فإذا كان القانون قد اعترف بحق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى قضاء التحكيم ، واستبعاد قضاء الدولة فإنه يكون قد اعترف في ذات الوقت بحق التنظيم الاتفاقي لمسائل التحكيم ، غير أن الأطراف المتنازعة قد لا تقوم بتحديد القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم ، وبالتالي القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أما يتم تحديده باتفاق الطرفين ، وفي حالة غياب إرادة هذين الطرفين يتم الاحتكام إلى معايير أخرى لتحديد ماهية هذا القانون وهذه المعايير هي :

- المعيار الأول : يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم .

- المعيار الثاني : يستند إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع .

- المعيار الثالث : يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم المنتظم .⁽¹⁾

وقد تواترت نصوص المواثيق المنظمة لهذه الهيئات على تأكيد هذا الحق ، منها لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (م 1/15) والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري لعام 1961 (م 4) ، وهكذا يتعين على الأطراف الراغبين في إجراء التحكيم الالكتروني مراعاة أن القانون أو لائحة التحكيم التي تم اختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم ، ومن ثم لم تعد هناك صعوبات في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على اتباع إجراءات الكترونية من ذلك لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية ، ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية ، ونظامها لحل المنازعات الخاصة بالأسماء والعناوين أو المواقع الالكترونية .⁽²⁾

ثالثاً : سير إجراءات التحكيم الالكتروني :

تبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم ، ثم توالى بعد ذلك إجراءات التحكيم من إعلانات وتبليغات ومرافعات وتقديم أوجه الدفاع المختلفة وتبادل المستندات والمذكرات وذلك على النحو التالي :

أ . تقديم طلب التحكيم :

يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه احد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم ، ويطلب منه اتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم واستكمالها ، ويحتوي هذا الطلب عادة عدة شروط منها :

الشرط الأول : أن يكون مكتوباً .

الشرط الثاني : يتمثل في تقديم الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين .

الشرط الثالث : يتعلق بالبيانات الواجب توافرها في الطلب ، حيث يتضمن الطلب نوعين من البيانات ، الأولى تتعلق بطرفي الدعوى من حيث الاسم والعنوان للمدعى والمدعى عليه ، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى وتشمل وقائعها والمسائل المختلف عليها الطرفين¹ .

وفيما يتعلق بالتحكيم الالكتروني فقد أوضح برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية كيفية تقديم الطلب وبياناته كالآتي :

1 . عندما ينشأ نزاع يتعلق بمعاملة أو بنشاط ناشئ عن استخدام شبكة الانترنت ، يقوم المتضرر بزيارة موقع البرنامج على العنوان التالي (www.Vmag.org) لتقديم ادعاء عن طريق الضغط على العبارة (fill a comp laint) والتي ستوصل المدعي إلى نموذج ليملاً الفراغات الموجودة فيه والتي تشمل :

أ . المعلومات المتعلقة بالمدعي من ناحية اسمه كاملاً ، وعنوانه الالكتروني واسم الشركة التي يمثلها - إن وجدت - وعنوان الشركة كاملاً .

ب . المعلومات المتعلقة بالمدعي عليه من ناحية اسمه كاملاً ، وعنوانه الالكتروني واسم الشركة التي يمثلها - إن وجدت - وعنوانها كاملاً .

ج . المعلومات المتعلقة بالنزاع ، وظروف نشأته (وقائع النزاع) بالتفصيل الممكن وحسب التاريخ ، وسبب الدعوى ، وفيما إذا كانت تتعلق بحقوق الملكية الفكرية أو بالأسرار التجارية أو أي سبب آخر يؤسس عليه دعواه .

د . الطلبات المتعلقة بحسم النزاع ، ويمكن أن يطلب المدعي أن تكون المعلومات المتعلقة بادعائه سرية .

2 . يقوم المدعي عليه بعد ملء النموذج بالضغط على عبارة عرض النزاع في نهاية النموذج .

3 . بعد أن يستلم مركز التحكيم هذا الطلب ، يبدأ في استكمال إجراءات التحكيم والاتصال بالمدعي عليه² .

¹ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 439 .

² انظر : د. مصلح الطراونة ، د. نور حمد : ((التحكيم الالكتروني)) مجلة الحقوق ، مشار إليه لدى : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 441 .

ب- الإعلانات والتبليغات والإخطارات :

لا تخضع إجراءات التحكيم للقواعد النظامية المعروفة في نظم التقاضي الداخلية ، حيث تلعب إرادة الأطراف في التحكيم دور كبير في تنظيم تلك الإجراءات وتتابعها ، ومن ثم فللأطراف الحرية الكاملة في تحديد كيفية الإعلان أو الأخطار أو الوسيلة التي يتم بها تبليغ الطرف الآخر بطلب التحكيم ، وكذلك التبليغ لأي أوراق أو مستندات يقدمها أحد الطرفين إلى علم الطرف الآخر .

ج- خصوصيات جلسات التحكيم :

في إطار التحكيم العادي تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة¹ ، وفي هذا الصدد يثور التساؤل هل من المقبول إدارة الجلسات في الشكل الإلكتروني ؟

ذهب البعض² إلى أنه عملاً بمبدأ سلطان الإرادة ، فإن للأطراف الكلمة الأولى والأخيرة في تحديد لزوم عقد جلسات مرافعة شفوية من عدمه ، فإن اتفقوا على الاكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات الشارحة والمدعمة لادعاءاتهم وطلباتهم وأوجه دفعهم ، التزمت هيئة التحكيم بذلك وإن هذا أمر متصور وقائم على الأقل في التحكيم الإلكتروني ، وهناك اتجاه آخر يرى أنه بالنظر إلى أن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال حيث ظهرت من خلال الانترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف ومن ثم فلا غضاضة في إدارة الجلسات إلكترونياً³.

رابعاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني :

عقب تقديم المدعي والمدعى عليه لأوجه دفاعهم وتقديم كافة المستندات اللازمة في هذا الشأن ، تقوم هيئة التحكيم بالاطلاع عليها ، ثم تقرر الفصل في الدعوى ، ولكن يثور التساؤل عن ماهية القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني ؟

في هذا الصدد يقرر البعض⁴ أن أطراف اتفاق التحكيم يتمتعون بالحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم ، ويضيف بأنه في حالة انتفاء اختيار الأطراف للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع يرجع إلى المحكم لتحديد تلك القواعد ويتعين على المحكم والحال كذلك أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بمقتضاه .

ويرى جانب فقهي آخر⁵ أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الانترنت هي القواعد الواجبة التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني ، ويبدأ هذا الاتجاه عرض رأيه بتعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بأنه : كيان قانون موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت ، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة إلى نشأت واستقرت في

¹ انظر : المادة (130 ، 131) قانون المرافعات الليبي .

² انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : مرجع سابق ، ص 504 .

³ انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 55 .

⁴ انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 39 .

⁵ انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : مرجع سابق ، ص 48 .

المجتمع الافتراضي للانترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات . فهو قانون تلقائي النشأة ، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل ، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحاسوب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات .

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد وتمثلت أوجه الاعتراض عليه فيما يلي :

1 . أن قواعد ذلك القانون لا تشكل بوضعها المشار إليه نظاماً قانونياً متكاملًا لا يوجد فيه أي قصور ؛ حيث أن هناك بعض المسائل التي سوف تظل خاضعة لأحكام القانون الداخلي خاصة ما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الانترنت وعلى التراضي والتقدم المسقط ومقدار التعويض المستحق للمضرور .

2 . عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الالكتروني حيث تفتقد هذه القواعد عنصر الجزاء الذي يكفل احترامها .

3 . أنه لا يمكن قبول الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول له أحكامه وقواعده المتميزة عن القواعد القانونية السائدة في تلك الدول ؛ حيث أن الأفراد المتعاملين عبر شبكة الانترنت سواء كانوا مقدمين للخدمة أو منتفعين بها لهم موطن معلوم ، كما أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة محددة ، وبالتالي أن تخضع العمليات التي تتم عبر الانترنت لقوانين تلك الأقاليم¹ .

وفي إطار لائحة المحكمة القضائية وبخصوص القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع تنص المادة (15) من هذه اللائحة على الآتي :

1 . يكون لأطراف النزاع الحرية في اختيار قواعد القانون التي تطبقها المحكمة على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون ستطبقه المحكمة على موضوع النزاع ، القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالموضوع .

2 . وعلى المحكمة في كل الأحوال الالتزام بأحكام العقد والأعراف التجارية المتصلة بموضوع النزاع .

3 . ويجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع باعتبارها وسيط حسن ، أو تفصل فيه بتطبيق قواعد العدل والإنصاف إذا ما اتفق الأطراف على إعطائها هذه الصلاحية فقط .

وقد أكدت على المعنى السابق المادة (1/17) من لائحة المحكمة الالكترونية التي توجب تطبيق القانون الوطني الذي يرتبط به النزاع بالروابط الأكثر وثوقاً² .

ويستفاد مما سبق أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني وإن كان يتحدد وفقاً للإدارة المشتركة لأطراف التحكيم إلا أنه يجب أن يأخذ في الاعتبار أو يتعين عليه مراعاة عادات التجارة الدولية والأعراف التجارية ، والعادات الجارية في مجال الانترنت وقواعد العدالة والإنصاف .

¹ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 450 .

² يقرر جانب من الفقه أن هذا الحل يتفق مع ما قرره اتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية وفقاً للمادة (1/4) منها ، انظر في هذا : د. حسام الدين فتحي ناصف : عقود الوسطاء في التجارة الدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة 2002 ، ص 107 .

خامساً : سرية جلسات التحكيم :

في إطار التحكيم الالكتروني يظل مبدأ سرية الجلسات هو الأصل حيث لم تشذ أو تخرج قواعد التحكيم الالكتروني عن القواعد العامة للتحكيم في هذا الصدد ، فوفقاً للمادة (3/7) من لائحة محكمة التحكيم الالكتروني فإنها تعطى الأمانة العامة (السكرتارية) لكل محكم دليل للدخول وكلمة سر للدخول إلى موقع القضية ، وتقرر المادة (2/19) من ذات اللائحة أن على الأطراف الالتزام بدخول موقع القضية بطريقة شرعية وبالموافقة فقط .

وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن البيانات المنشورة على موقع القضية تعتبر سرية ولا يمكن مراجعتها إلا من خلال الأمانة العامة ومحكمة التحكيم والأطراف أو ممثليهم ، كما أنه وفقاً لإجراءات التحكيم أمام محكمة التحكيم الخاصة بنظام القاضي الافتراضي فإنه تتم إجراءات التحكيم بإنشاء موقع خاص على شبكات الانترنت يخصص لنظر كل قضية معروضة ، ولا يتاح الدخول إلى هذا الموقع إلا للأطراف في القضية ، وهيئة التحكيم فقط من خلال مفتاح شكري خاص بهم بحيث يمتنع على أي شخص آخر الدخول إلى هذا الموقع¹.

هذا بالإضافة إلى أن تتابع إجراءات التحكيم الالكتروني المتعلقة بعناوين المواقع الالكترونية يشير إلى احترام مبدأ السرية ، حيث تسير إجراءات التحكيم بين الطرفين والمحكم أو هيئة التحكيم عن طريق تبادل المعلومات عبر شبكات الانترنت دون جلسات تحكيمية ، وبعد أن ينتهي المحكم أو هيئة التحكيم من تسلم جميع البيانات التي يقدمها الخصوم أو يطلبها منهم يتخذ قراراً في الدعوى على أساس البيانات المقدمة إليه وفقاً لشروط النظام الموحد لتسوية المنازعات ، ويجب عليه أن يرسل قراره في الدعوى وعلى المركز خلال أربعة أيام من تعيينه وبعد أن يتسلم المركز قرار التحكيم يقوم أيضاً بتبليغه للطرفين ولمسجل الموقع الالكتروني ، لمؤسسة الانترنت (ICANN) .

سادساً : التحكيم الالكتروني واحترام المبادئ الأساسية للتحكيم :

لما كان أطراف الاتفاق التحكيم الالكتروني أو وكلاءهم ليسوا بحاجة إلى الانتقال إلى مكان بعيد لحضور جلسات تحكيمية تعقدها هيئة التحكيم في بلد أجنبي وإنما يمكنهم المشاركة في الإجراءات التحكيمية كل منهم في بلده ، ولما كانت إجراءات التحكيم الالكتروني تسير بشكل أسرع من إجراءات التحكيم التقليدي وذلك لأن بإمكان الانترنت أن يوفر خدمة الاتصال وتبادل المستندات والمذكرات بالوسائل الالكترونية المباشرة ، ومن ثم فإنه يشور التساؤل عما إذا كان إتمام إجراءات التحكيم كلها في الشكل الالكتروني لا يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم ومنها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة باعتبار أن واقعة عدم حضور أحد الأطراف بشخصية في مواجهة الآخر منها تبعه حرمانه من الرؤية الواضحة للنزاع ، وكذلك حرمانه من إمكانية تقدير ملائمة حجج الخصم ؟ وباستقراء الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية نجد أنها قد تضمنت عدداً من المبادئ يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها في أدائها لمهمتها ما يلي :

¹ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 457 .

1 . مبدأ احترام حق الدفاع :

ليس من السهل وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم حقوق الدفاع ، ولكن المفهوم التقليدي لها ينصرف إلى حق الخصم في أن يسمع القاضي أو المحكم وجهة نظره ، بحيث إذا صدر الحكم دون سماعه كان الحكم مشوباً بالإخلال بحق الدفاع⁽¹⁾ ولقد تطور هذا المفهوم وصار يعني حق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة ، ولقد حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية⁽²⁾ وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم على النص على وجوب احترام هذا المبدأ⁽³⁾ ومن ثم يجب على التحكيم احتراماً لهذا المبدأ إتاحة فرصة الدفاع كاملة أمام الأطراف أما استخدام الأطراف لهذه الوسائل فأمر رهين بإرادتهم .

2 . مبدأ المواجهة :

ينصرف مدلول هذا المبدأ إلى أنه لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه ووجهة نظره ، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات بحيث يكون الحكم نتيجة تفاعل وجهات النظر بين الخصوم .

وتحقيق هذا المبدأ لا يكن فقط في علاقة الخصوم بعضهم البعض أثناء سير الخصومة التحكيمية ، وإنما يتعين على المحكم أيضاً الالتزام به ، ومن ثم فلا يسوغ لهيئة التحكيم أن تستند في حكمها إلى وقائع وأدلة إثبات ومذكرات ومستندات قدمها أحد الأطراف ولم تكن محلاً للاطلاع والحوار والمناقشة من الطرف الآخر فإذا خالفت هيئة التحكيم مبدأ المواجهة كان حكمها باطلاً لمخالفته النظام العام الإجرائي⁽⁴⁾ .

3 . مبدأ المساواة :

يعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في خصومة التحكيم من الركائز الأساسية لضمان العدالة ، وترسيخ ثقة هؤلاء في قضاة التحكيم ، ويكون المحكم قد اخل بهذا المبدأ إذا إذن لأحد الخصوم بالحضور أمامه في غيبة الخصم الآخر ، وإذا أجرى مع أحدهما اتصالات شخصية في ظروف يمكن أن يظن معها إنها تتم بشأن موضوع النزاع في غيبة الطرف الآخر .

وفيما يتعلق باحترام التحكيم الإلكتروني لهذه المبادئ الأساسية للتحكيم فقد أُشير إلى أنه بشأن إدارة الجلسات في الشكل الإلكتروني فإن الوسائل الفنية متاحة في هذا المجال ؛ حيث ظهرت من خلال الانترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف ، كما أن البريد الإلكتروني يسمح بنقل النصوص وكذلك المستندات المسموعة والمرئية المقدمة من طرفي الخصومة⁽⁵⁾ .

هذا فضلاً عن المؤتمرات الافتراضية المرئية تسمح بنقل الصوت والصورة والفيديو بطريقة فورية وكفي لاستخدامها أن يكون الكمبيوتر مزوداً بميكروفون وكاميرا فيديو ، وقد استخدمت تلك التقنية في الولايات المتحدة الأمريكية في إطار الخصومات القضائية ، وهكذا نلاحظ أن المداولة المرئية تلبي مقتضى احترام حقوق الدفاع واحترام مبدأي المواجهة والمساواة بين أطراف الخصومة .

(1) انظر : د. عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الإلكتروني . مطبوعات جامعة الكويت ، 1990 ، ص 260 .

(2) انظر : المادة (1/5 . ب) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 .

(3) انظر : المادة (2/15) من لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 .

(4) انظر : د. محمد نور شحاته : سلطة التكييف في القانون الإجرائي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ص 211 .

(5) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 59 .

سابعاً : إصدار حكم التحكيم الالكتروني :

يصدر قرار التحكيم بعد فض المحاكمة وإنهاء الإجراءات ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون ذلك مع توضيحها للإفراد إن وجدت ، ويشترط أن يصدر القرار كتابة وتكفي الأغلبية لصدوره مع التوقيع عليه من الرئيس والأعضاء مع ذكر رأي العضو المخالف إن لم يكن الحكم بالإجماع ، وملخص أقوال المتهم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره ⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بإصدار حكم التحكيم الالكتروني يرى البعض ⁽²⁾ أن هناك بعض الصعوبات التي تواجهها منها ما يتعلق بشكل الحكم ومنها ما يتعلق بوجوب توقيع الحكم .

ففيما يتعلق بشكل الحكم فإنه يثور التساؤل عن مدى استلزام أن يكون الحكم ثابتاً بالكتابة على دعامة ورقية ؟ ففي هذا الشأن نجد أن بعض النصوص تستلزم صراحة أن يكون الحكم مكتوباً .

وفيما يتعلق بوجوب توقيع الحكم، فقد تواترت الوثائق الدولية والوطنية التي تستلزم توقيع الحكم منها المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أن « يصدر الحكم كتابه ويوقعه المحكم أو المحكمون » .

ووفقاً لنظام القاضي الافتراضي فإنه بعد تعيين المحكم يبدأ في الاتصال بالأطراف لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع ، ويجب عليه أن يفصل في موضع النزاع خلال 72 ساعة أي ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقي المركز لرد المدعى عليه على ادعاءات المدعي ، ويقوم المحكم بإصدار حكم في النزاع بعد دراسته ، ويصدر هذا الحكم وفقاً لظروف الدعوى وما يراه عادلاً وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف ، وتتم هذه الإجراءات جميعها إلكترونياً بداية من ملء النموذج الخاص بالتحكيم وحتى صدور حكم التحكيم الممهور بالتوقيع الالكتروني للمحكم هيئة التحكيم ⁽³⁾ وفي هذا المعنى نصت المادة (4/25) من لائحة المحكمة الالكترونية على أن « يتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية ، وتبليغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة » وباعتبار أن النص جاء مطلقاً في شكل وسيلة إبلاغ الحكم للأطراف فمن المتصور أن يتم ذلك الإبلاغ بإرسال بريد الكتروني مع الحصول على إفادة بالاستلام عند الاقتضاء ⁽⁴⁾.

- تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني :

إن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل إليه المحكمون ، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه ، وتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات ⁽⁵⁾.

وفي إطار التحكيم الالكتروني يرى البعض أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم وكذلك رجال التنفيذ من محضرين وشرطة لن يقبلوا بسهولة مسؤولية تنفيذ حكم

(1) انظر : المادة (760) قانون المرافعات الليبي .

(2) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 60 .

(3) انظر : د. هيثم عبد الرحمن البقلي : مرجع سابق ،

(4) انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 484 .

(5) انظر : المادة (763) قانون المرافعات الليبي .

التحكيم الالكتروني إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الالكترونية.⁽¹⁾

ويذهب اتجاه ثاني إلى أنه إذا كان طالب تنفيذ الحكم التحكيم التقليدي أو العادي يلزم أن يقدم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الأصل ، وإذا كان ذلك المقتضى لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي فالأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الالكتروني وذلك لسببين هما :

الأول : يرجع إلى نظام المعلوماتية التي لا تميز بين الأصل والصورة .

الثاني : يرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الالكتروني .

ويضيف بأنه يمكن أن تماثل الوثيقة الالكترونية الأصل ، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توافر شرطاً هما :

أولاً : يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة .

ثانياً : يتعين أن تكون المعلومة يمكن الكشف عنها للشخص المقدمة إليه .

كما يقرر أن اقتضاء كمال المعلومة يتم استيفاؤه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون إتلاف أو تشويه . وأن مستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة.⁽²⁾

ويرى اتجاه ثالث⁽³⁾ أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الالكتروني أمر مرغوب فيه ، إذا أن أهم أهداف التحكيم الالكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الالكترونية ، وبالأخص ثقة المستهلك فالطرف القوي الذي يصدر حكم التحكيم ضده ولصالح المستهلك قد يقوم بتنفيذ الحكم على الرغم من عدم رضائه ، وذلك لأنه يسعى أن يبقى شخصاً موثقاً به في سوق التجارة الالكترونية ، ولكن في حالة عدم التنفيذ الطوعي يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الالكتروني أن يوفر للمتحكمين آلية إجبار على التنفيذ تقوم مقام سلطات التنفيذ في الدولة ، أو أن يوفر حوافز خاصة للمحكوم عليه تدفعه نحو التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم ، وعليه فإن هناك فائدة كبيرة سوف تعود على التجار الذين يقومون طواعية بتنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني ، وذلك حتى لا يفقدون المنافع الاقتصادية العديدة التي يحصلون عليها من جراء تواجدهم في السوق الالكتروني .

- آليات تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني :

تتعد آليات التنفيذ الجبري التي يمكن لمجتمع التجارة الالكترونية أن يوفرها لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني ، وتشمل هذه الآليات على سبيل المثال لا الحصر : خدمات التعهد بالتنفيذ ، وصناديق تمويل الأحكام وربط مراكز التحكيم الالكتروني بمصدر بطاقات الائتمان ويُعرض فيما يلي لهذه الآليات بشيء من الإيجاز :

(1) انظر : د. حازم حسن جمعة : اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة . مؤتمر دبي ، سنة 2003 مشار إليه لدى : د. عصام عبد الفتاح مطر : مرجع سابق ، 484 .

(2) انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : مرجع سابق ، ص 68 .

(3) انظر : د. مصلح الطراونة ، د. نور حمد : مرجع سابق ، ص 239 .

1 . خدمات التعهد بالتنفيذ :

تفترض هذه الآلية وجود عقد بين طرفي العقد الالكتروني وهما البائع والمشتري ، وبين متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع ، ويجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ التحكيم الالكتروني تحت مظلة احد مراكز التحكيم الالكتروني¹.

2 . صندوق تمويل الأحكام :

من خلال هذه الآلية يتم إنشاء صندوق لتمويل الأحكام يساهم فيه تجار السوق الالكتروني ، ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم ، ويضمن هذا الصندوق للمستهلكين حصولهم على أموالهم التي يقضي بها المحكم مباشرة ؛ ذلك لأن المركز يملك تنفيذ الحكم الصادر عنه من خلال الأموال المودعة في الصندوق .

3 . ربط مراكز التحكيم الالكتروني بمصدر بطاقات الائتمان :

وتفترض هذه الآلية قيام مركز التحكيم الالكتروني بإبرام عقد مع احد مصدري بطاقات الائتمان ، كشركة فيزا أو شركة ماستر كارد ، والذي بدوره يبرم عقد مع التاجر الذي يريد أن يستفيد من خدمة الائتمان ، ويتضمن كل عقد من هذين العقدین شرطاً يخول مصدر بطاقات الائتمان ويلزمه برد الثمن إلى حساب المشتري (المستهلك) إذا تلقى قراراً تحكيمياً من المركز المتفق عليه يفيد ذلك .

- رسوم التحكيم الالكتروني :

أوضحت لائحة مركز تحكيم ووساطة الويبو التي يلتزم بها المحكمون بداية من تقديم طلب التحكيم ونهاية بالحصول على حكم التحكيم الالكتروني رسوم التحكيم ، وتتنوع هذه الرسوم بين رسوم التسجيل ، والرسوم الإدارية ، ورسوم المحكمين ، ففي ما يتعلق برسوم التسجيل يتم تقديرها بحسب المبلغ المتنازع عليه ، فإذا لم يكن المبلغ غير محدد يتعين دفع 1000 دولار مع طلب التحكيم ، ويتم دفع نفس المبلغ إذا كان موضوع النزاع ليس مالياً² وفيما يتعلق بالرسوم الإدارية فيلتزم بها المدعي ، وتستحق هذه الرسوم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال طلب التحكيم ، ويتم احتساب هذه الرسوم وفق جدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم ، وفي حالة التأخير عن أداء الرسوم الإدارية يمنح من تأخر عن أدائها مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الأخطار الكتابي لأدائها ، وإلا اعتبر راجعاً عن ادعائه أو ادعائه المقابل أو عن الزيادة فيها ، وفيما يتعلق برسوم المحكمين فإنها تحتسب على أساس مجموع مبلغ النزاع ، وإذا كان هناك ادعاء مقابلاً فإنه يضاف لمجموع مبلغ النزاع ، وتشمل تلك الرسوم الأتعاب والنفقات التي تطلبها فض النزاع ، ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم سواء أكانت الهيئة مكونة من ثلاثة أعضاء أو من عضو واحد بعد استشارته للمحكمين وأطراف النزاع إذا لم يكن موضوع النزاع مالياً .

ويقدر مركز التحكيم رسوم الهيئة في حالتين : الأولى : إذا لم تكن الهيئة مكونة من محكم فرد ولا ثلاثة حيث تقدير الرسوم في هذه الحالة وفقاً للجهد الذي تحملته الهيئة ومقدار المسؤوليات التي كانت على عاتقها .

¹ انظر : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 492 .

² انظر : المادة (67) من لائحة مركز تحكيم ووساطة الويبو .

والحالة الثانية : إذا لم يكن مبلغ النزاع محدد عند إحالته للتحكيم ، أو لم يكن أصل النزاع مالياً فيلتزم الأطراف بدفع ألف دولار عند إحالة النزاع ليقوم المركز بعدها بتقدير الرسوم للمحكّمين بعد دارسته لموضوع النزاع والوسائل الملائمة لحاله وفي حالة فشل النزاع كونه لا يدخل ضمن اختصاص المركز فانه يستحق رسماً مقداره ألف دولار ، وتجدر الإشارة إلى أن مراكز التحكيم تستوفي بداية وبعد إخطارها للمحكّمين مبلغ التأمين يدفع خلال 30 يوماً من إحالة النزاع إليها¹.

الخاتمة :

اتضح من خلال هذا البحث أن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية أو العادية إلا من حيث توظيف الوسائل التي هيأتها ثورة المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم ، بدءاً من الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته وانتهاءً بصدور حكم فيه .

فالتحكيم الالكتروني إذا هو وسيلة لحسم المنازعات الناشئة من التجارة الالكترونية ، والعناوين الالكترونية وغيرها عن طريق اختيار محكم أو محكمين يقومون بالفصل في تلك المنازعات من خلال وبواسطة الانترنت بقرار ملزم للخصوم .

ولعل من أهم المزايا التي يحققها التحكيم الالكتروني هي المزيد من السرعة في الفصل في النزاع ، والاقتصاد في النفقات ، بالإضافة إلى ميزة الخبرة في مجالات التجارة الالكترونية ، والملكية الفكرية والتي تتوافر في المحكمين .

وأخيراً فإننا نوصي بعقد المؤتمرات الدولية والندوات - وما هذه الندوة إلا إحداها - لبيان مفهوم التحكيم الالكتروني وإبراز أهمية وتعظيم دوره في حسم المنازعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية .

كما يجب العمل على توفير الأمن القانوني للمعاملات التي تتم عبر الانترنت والارتقاء به وتطويره ويتعين استخدام تقنيات حديثة ومتطورة للحفاظ على الوجود المادي للمحركات الالكترونية والتوقيع الالكتروني كما يجب على الجهات المختصة والمهتمة بشؤون التحكيم الالكتروني القيام بإعداد الدراسات والبحوث حول التجارة الالكترونية والمعاملات والعقود الرقمية وعلاقتها بالتحكيم الالكتروني ، هذا بالإضافة إلى تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الالكتروني .

هذا وما كان من صواب فمن الله ، وما كان من تقصير أو إهمال فمني ومن الشيطان ،،، والله ولي التوفيق.

• أهم المراجع :

أولاً : الكتب :

- د. إبراهيم احمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي . دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1999 .
- د. احمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري . منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، 1979 .
- د. احمد عبد الكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة .

¹ انظر في تفصيل ذلك : د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 495 - 497 .

- د. احمد عمر بوزقية : أوراق في التحكيم . منشورات جامعة قاريونس ، الطبعة الأولى ، 2003 .
- د. حسام الدين فتحي ناصف : عقود الوسيط في التجارة الدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة 2002 .
- د. حسام الدين فتحي ناصف : التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- د. حسام الدين فتحي ناصف : تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- د. جورج شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية . دار النهضة العربية القاهرة ، 1999 .
- د. عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الالكتروني . مطبوعات جامعة الكويت ، 1990 .
- د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . دار النهضة العربية القاهرة ، 2000 .
- د. علاء محي الدين مصطفى : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 .
- د. عصام عبد الفتاح مطر : التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية . دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2000 .
- د. عصام عبد الفتاح مطر : التحكيم الالكتروني . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 .
- د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية . الإسكندرية ، 1998 .
- د. مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 .
- د. محمد نور شحاته : سلطة التكييف في القانون الإجرائي . دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .
- ثانياً : الرسائل العلمية :
- د. احمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات . رسالة دكتوراه ، جامعة بني سويف ، 1998 .
- ثالثاً : شبكة المعلومات الدولية :

- د. نبيل زيد مقابلة : ((التحكيم الالكتروني)) . بحث منشور بموقع : www.f.law.net/Law
- د. خالد ممدوح : ((التحكيم الالكتروني)) بحث منشور بموقع : www.kenanaonline.com
- أ. معتصم سويلم نصير : ((مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني)) . بحث منشور بموقع : www.arablawnfo.com
- د. هيثم عبد الرحمن البقلي : ((التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات)) . بحث منشور بموقع : www.kenanaonline.com

كتب النوازل مصدراً للدراسات التاريخية والقانونية في المغرب والأندلس



دراسة من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور

أنور محمود زناتي - جامعة عين شمس

دكتوراه في التاريخ الإسلامي - كلية الآداب

جامعة عين شمس - جمهورية مصر العربية

تزخر كتب النوازل⁽¹⁾ بمادة تاريخية وفقهية وقانونية غاية في الأهمية ، وتعد سجلاً حافلاً لجوانب كثيرة من حياة الأفراد والجماعات ، وتعمل على كشف العديد من القضايا الفكرية والاجتماعية والتشريعية ؛ فالنوازل تعني ما يعرض لأفراد المجتمع من قضايا ومنازعات قضائية تطرح على القضاة ، ولهذا الأمر قيمة عظيمة بلا شك لا من الناحية الدينية فقط ؛ بل لأنها كذلك تلقي الضوء على كثير من دقائق الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، كما تطلعننا على مدى الأصالة في التشريع المغربي والأندلسي ، ومدى آثار البيئات الإقليمية في هذا التشريع كما تعمل على التعرف على النظم القضائية ، ودور المفتين والمشاورين في إرشاد المتقاضين ومناصرة المظلومين وتنوير رأي الحاكمين ، والتعرف على منشآت المجتمع الحسبية ، وما قدمت من دعم دائم للمؤسسات الدينية والتعليمية والجهادية⁽²⁾ .

النوازل هي الوقائع والمسائل المستجلة التي تنزل بالعالم الفقيه؛ فيستخرج لها حكماً شرعياً. ويطلق عليها «النوازل» و«الفتاوى» و«الأجوبة» و«الأحكام» و«المسائل»، وكلها مصطلحات تعكس مفاهيم متقاربة راجع ، إبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية وكتب المناقب والعقود العدلية مصادر هامة لدراسة تاريخ الفئات العامة بالغرب الإسلامي (ق 5 - 6 هـ / 12 - 13 م) ، مجلة التاريخ العربي ، عدد 22 ، ربيع 2003 م ، ومحمد بن شريفة ، «وقائع أندلسية في نوازل القاضي عياض» ، مجلة دعوة الحق ، عدد 264 ، أبريل - مايو 1987 ، ص 94 ، مبارك جزاء

(1) النوازل هي: الوقائع والمسائل المستجلة التي تنزل بالعالم الفقيه؛ فيستخرج لها حكماً شرعياً. ويطلق عليها «النوازل» و«الفتاوى» و«الأجوبة» و«الأحكام» و«المسائل»، وكلها مصطلحات تعكس مفاهيم متقاربة راجع ، إبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية وكتب المناقب والعقود العدلية مصادر هامة لدراسة تاريخ الفئات العامة بالغرب الإسلامي (ق 5 - 6 هـ / 12 - 13 م) ، مجلة التاريخ العربي ، عدد 22 ، ربيع 2003 م ، ومحمد بن شريفة ، «وقائع أندلسية في نوازل القاضي عياض» ، مجلة دعوة الحق ، عدد 264 ، أبريل - مايو 1987 ، ص 94 ، مبارك جزاء الحربي : جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الرابع والستون - السنة الحادية والعشرون - مارس 2006

(2) للمزيد راجع ، بوتشيش : النوازل الفقهية ، مرجع سابق .

الحربي : جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الرابع والستون - السنة الحادية والعشرون - مارس 2006 .

ومن أبرز مميزات كتب النوازل ؛ الواقعية والتجدد وتنوع التأليف ، كما أنها ذات " طابع محلي " (1) فلا تبقى ساجدة في المطلق كما هو شأن كتب الفقه العامة ، وإنما تتحدد مسائلها في المكان والزمان والموضوع بحسب ما تأتي به الأسئلة التي تنبني عليها، وما تطرحه من مشاكل دينية واجتماعية وقانونية ومن ثم تكون كتب النوازل منجماً غنياً بمعلومات موازية يستفيد منها المؤرخ والقانوني والاجتماعي (2) . ولذا يري جوزيف شاخت أن " فهم المجتمع الإسلامي سيظل رهيناً بمدى فهم ودراسة هذه النوازل والاستفادة من مادتها الخام(3) .

وتقول المستعربة الفرنسية رايل آريه : " تشكل هذه الفتاوى أهمية عظمى ليس فقط في مجال الفقه الإسلامي في الأندلس فحسب ، وإنما أيضاً في غزارة المعلومات التي تقدمها لنا حول الحياة الاقتصادية والاجتماعية فيه ، هذه المعلومات تكاد تلو منها تقريباً كتب المؤرخين " (4) .

ويؤلف التراث الفقهي(5) قسماً كبيراً في التراث الثقافي بالغرب الإسلامي، ويشغل حيزاً مهماً في المكتبة المغربية ، وإن كثرة هذا التراث، وتداوله الشائع، وانتشاره الواسع، لدليل على عناية الأندلسيين والمغاربة بالفقه، واهتمامهم الخاص به(6) ، والفقه - سواء في العبادات أو المعاملات - كان شديد الارتباط بوقائع أهل المغرب والأندلس الجارية، ومشكلاتهم الناشئة، وأقضيتهم الطارئة، وباختصار فقد كان الفقه مدار حياتهم اليومية(7).

والنازلة الفقهية تعكس صورة المجتمع الإسلامي في خصوصياته وفي مشاكله وتعقيداته. كما أن غنى مادتها يمكن من كشف ما عجزت الحوليات التاريخية عن كشفه(8). فالفقه الإسلامي ليس مجرد نظريات ميتة في الكتب فقط بل هو فقه للحياة أو كما يقول ابن سهل " التجربة أصل كل فن " (9).

(1) محمد حجي : نظرات في النوازل الفقهية ، منشورات الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر ، ط1 ، 1999 م ، ص 55 - 59 .

(2) مبارك جزاء الحربي : جهود فقهاء المالكية ، مرجع سابق .

(3) J. SCHACHT, Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman, paris, Bessson, 1953, (Traduction Francaise).p.67

(4) R. ARIÉ: España musulmana (siglos VIII - XV): Historia de España dirigida por Manuel Tuñón de Lara, III, Barcelona 1989, p.100.

(5) الفقه في اللغة : بمعنى العلم بالشئ والفهم له، ومدار الفقه في لغة العرب على الفهم، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين، أي: فهماً فيه ، أما الفقه اصطلاحاً فهو : العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، راجع ، سيف الله صرامي : الفقه والقانون مقاربات في خطابي الحق والواجب ، ترجمة، تحقيق: زين العابدين شمس الدين ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي ، 2009 م .

(6) محمد بن شريفة، وقائع أندلسية في نوازل القاضي عياض، «مجلة دعوة الحق، عدد 264، أبريل - مايو 1987 .

(7) نفسه .

(8) للمزيد راجع ، إبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية ، مرجع سابق .

(9) ابن سهل : ديوان الأحكام الكبرى ، تحقيق : يحيى مراد ، دار الحديث ، القاهرة 2007 م ، ص 26 .

ويؤكد خوان مارتوس كيصادا Juan Martos Quesada على أن أية دراسة تاريخية ينبغي أن تهتم بالعلاقة القائمة بين القانون والمجتمع والدولة " سعيًا إلى تحديد الخصوصية التي طبعت المجتمعات الإسلامية وجعلتها مجتمعات لها قوانين ذات ميزة وطابع خاصين " (1).

ويوضح كيصادا أيضاً أن "الأدب القانوني الأندلسي" يُعد بدرجة أولى " أدبا تطبيقيا وبرجماتيا يروم حل مشاكل معينة وإيجاد حلول ملموسة ودقيقة .." (2) ، وهو ما عكسته " كتب النوازل" وفي مقدمتها كتاب " النوازل لابن سهل الأندلسي و" كتاب المعيار " للونشريسسي ، بالإضافة إلى رسائل " الحسبة " ، التي تعد بمثابة أعمال تطبيقية يتخذها نظار السوق كدليل لمساعدتهم في القيام بمهمتهم " (3) ، من منطلق أن " القانون الإسلامي الإسلامي هو فقه وشريعة ، وبذلك فهو لصيق بالخاصية الدينية(4) .

والنوازل الفقهية تبرز سعة الفقه الإسلامي وبيان عموم الرسالة الإسلامية لقضايا الحياة وتؤكد حقيقة ضرورية لازمة وهي التفاعل بين الفقهاء والشعب بعضهم وبعض للمصلحة العامة وتأكيدها ، وسوف نحاول في هذا المبحث ، أن نقف على مدى أهمية كتب النوازل كمصدر هام يثري الدراسات التاريخية والقانونية ، وكيف أن دراسة تلك النوازل تكشف لنا حُجُب كثير مما نجهله في فترة العصور الوسطى الإسلامية بصفة عامة والمغرب والأندلس بصفة خاصة .

المبحث الأول : (نوازل ابن سهل - نوازل ابن رشد الجد - نوازل القاضي عياض) :

• نوازل ابن سهل (5) (ت 486هـ / 1093م) :

يعتبر كتاب الأحكام الكبرى لابن سهل من أجَل الكتب التي تنتمي إلى هذا اللون من المؤلفات(6) ، وترجع أهمية نوازله إلى الدور الذي لعبه ابن سهل كقاض وفقيه مشاور وكاتب لدى قاضي قرطبة . وقد أهله تلك المناصب للاطلاع على أرشيف القضاء بهذه المدينة ، وتوفير مادة كتبه ، ومن هذا المنطلق فإنه يمكن القول أن فتاوى ابن سهل هي أبعد ما يكون عن النوازل الافتراضية (7) ؛ حيث يقدم لنا وبشكل عملي تطبيقي ما كان يجري في المجتمع من منازعات تمثل حياة الناس خير تمثيل (8) . وتأتي أهمية نوازله في أنه كان شاهد عيان على تلك القضايا

(1) خوان مارتوس كيصادا : الفقه والقانون الإسلامي في الأندلس ، منشورات ما بعد الحداثة ، فاس ، 2008 م ، ص 9 - 10 .

(2) نفسه ، ص 117 .

(3) نفسه ، ص 120 - 125 .

(4) نفسه ، ص 10 .

(5) هو عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي يكنى أبا الأصبح ، ولد بيجيان سنة 413 هـ / 1022م ، والده ، يتولى الصلاة والخطبة بحصن القعلة وبها سكنه ، وكان معدودا في أهل العلم ، مع الصلاح والخير ، راجع ، ابن بشكوال : الصلاة ، ترجمة رقم 942 ، الباهي : المرقبة العليا ، ص 96 ، ابن فرحون : الديباج المذهب ج 1 ، ص 70 ، ترجمة رقم 3 .

(6) راجع يحيى مراد : مقدمة نشرته لديوان الأحكام الكبرى لابن سهل ، دار الحديث ، القاهرة 2007 م ، ص 19 .

(7) محمد فتحة : النوازل الفقهية والمجتمع : أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي (من القرن 6 إلى 9 هـ / 12 - 15 م) ، ص 12 .

(8) محمد عبد الوهاب خلاف : وثائق في شئون الحسبة في الأندلس ، ط 1 ، المركز العربي ، القاهرة 1985 م ، ص 6 .

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 عليه (1) .

وتضمنت نوازله أيضاً تحقيق جرائم مثل : القتل العمد ببواعثه المختلفة (2) والاغتصاب (3) والضرب والجرح المفضي الى الموت (4) ، أو القتل الخطأ في عرف القوانين الوضعية الراهنة ، وجرائم السب والقذف والتهديد ، وجرائم أخرى مثل تعكير الأمن والعبث به ، وتهديد سلامة الأرواح (5) ، والاعتداء على حرمة الملكية الخاصة (6) . وقد استفاد من هذه النوازل ليفي بروفنسال حيث رجع اليه في كثير من المواضع التي كتبت عن نظم الحكم في الأندلس ، وعن حياة المجتمع الأندلسي وأوضاعه الاقتصادية والاجتماعية (7) .

كما أورد عدة قضايا ذات طابع مدني مثل الحلف بالأيمان والحنث فيها ، ومسائل اليمين مع الشاهد ، ومسائل العتق وادعاء الحرية وقضايا أرى متعلقة بالأحوال الشخصية مثل : الوصايا بالأيتام والأموال الخ (8) .

(1) خلاف : وثائق ومخطوطات وتراجم أندلسية ، القاهرة ، د ت ، ص 63.

(2) ابن سهل : وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق : محمد عبد الوهاب خلاف ، المركز العربي ، القاهرة 1980 م ، ص 43 ، 47 ، 59 ، 63 .

(3) ابن سهل : وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق : محمد عبد الوهاب خلاف ، المركز العربي ، القاهرة 1980 م ، ص 47.

(4) ابن سهل : وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق : محمد عبد الوهاب خلاف ، المركز العربي ، القاهرة 1980 م ، ص 101.

(5) ابن سهل : وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس تحقيق : محمد عبد الوهاب خلاف ، المركز العربي ، القاهرة 1980 م ، ص 88 .

(6) نفسه ، ص 64.

(7) راجع ، ليفي بروفنسال : تاريخ أسبانيا الإسلامية ، القاهرة ، المجلس الأعلى للثقافة ، 2000 ، 2002 م

(8) عبد الوهاب خلاف : وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس ، المركز العربي ، القاهرة 1980 م ، ص 15 - 16.

كما وجدنا وثائق تتعلق بقضايا عدة ومنها قضايا خاصة بالسوق مثل البيع بالإكراه⁽¹⁾ ، ورقابة المحتسب على أعمال الصناع والتجار ، ومنها : أن بعض الخرازين⁽²⁾ تألبوا على المحتسب وأرادوا إخراجه من السوق ومنعه من أعمال رقابته عليهم ، وادعوا عليه بإلحاق الأذى بهم والتسلط عليهم ، لأنه كشف غشهم ونبههم إلى سوء عملهم وردهم ابن عتاب⁽³⁾ ، وأكد على أنه لا يباح لهم ذلك ، والأولى بالإخراج المعارض لا المحتسب⁽⁴⁾ .

ونجد وثيقة أخرى توضح استيلاء ابن السقاء - مدبر الحكم الجمهوري - على أموال المسلمين فأصبح ذا ثروة طائلة وابتنى القصور والضياع وكانت وقائع القضية والحكم فيها محل تشاور بين صاحب أحكام قضاء الجماعة بقرطبة سراج بن عبد الله ، وبين المشاورين محمد بن عتاب ، أحمد بن محمد وموسى بن هذيل من فقهاء قرطبة ، وتؤكد الوثيقة على أن ابن السقاء قبل تولي المنصب لم يكن يملك من حطام الدنيا شيئاً ، وعندما توفي 455 هـ خلف تركة واسعة وتبين أنها من أموال لمسلمين وتم التوصل إلى أنه متى ثبت أن جميع ما تركه هو للمسلمين إلا ما صح ملكيته له⁽⁵⁾ .

كما أفادت نوازله في قضايا كثيرة منها قضايا الجوارى والإماء، ورفع بيع النصارى والمعاملات اليومية بين المسلمين واليهود في الأندلس في بداية عصر المرابطين. وكشفت نوازله عما كان يحدث في الأندلس من " تدليس في الشهادة على الخط " ⁽⁶⁾ من خلال ما ذكره لأحد أعلام المذهب المالكي ، وهو الفقيه محمد بن عبد الحكم ، الذي قال عن هذه الشهادة : " لا أرى أن يُقضى في دهرنا بالشهادة على الخط لما أحدث الناس من الفجور والضرب على الخط " ⁽⁷⁾ ، وكانت الشهادة على الخط ترتبط في حالات كثيرة بالتدليس⁽⁸⁾ .

(1) خلاف : وثائق ومخطوطات وتراجم أندلسية ، القاهرة ، د ت ، ص 13.

(2) الخرازون : هم محترفو الخرازة ، وهي صناعة الجلد والأحذية ، راجع ، محمد عبد الوهاب خلاف : وثائق ومخطوطات ، مرجع سابق ، ص 51.

(3) ابن عتاب (ت 462 هـ / 1069 م) : هو محمد بن عتاب بن محسن ، مولى عبد الملك بن سليمان بن أبي عتاب الجذامي ، من آل قرطبة ، وهو كبير المفتين بها ، يكنى : أبا عبد الله ، دعي إلى القضاء مراراً فأبى ، راجع ، الصلة : ترجمة رقم 1194 ، المغرب في حلى المغرب ، ج 1 ، ص 165 ، ترجمة رقم 111 .

(4) محمد عبد الوهاب خلاف : وثائق في شئون الحسبة في الأندلس ، ط 1 ، المركز العربي ، القاهرة 1985 م ، ص 21.

(5) خلاف : وثائق ومخطوطات ، مرجع سابق ، ص 44.

(6) محمد عبد الوهاب خلاف : تاريخ القضاء في الأندلس ، ص 255 ، 256 .

(7) ابن سهل : السفر الأول والثاني ، تحقيق : نورة التويجري ، ورقة 132 ، 133 .

(8) عادل يحيى عبد المنعم : النقد الاجتماعي عند المؤرخين والكتاب الأندلسيين ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الآداب ، جامعة الزقازيق ، ص 118 .

• نوازل ابن رشد الجلد (1) (ت 520 هـ / 1126 م) :

عرف الغرب الإسلامي إلى حدود بداية القرن السادس الهجري مجموعة لا بأس بها من كتب الفتاوى والنوازل تتفاوت في قيمتها التاريخية لكن يمكن اعتبار فتاوى ابن رشد من بين أهمها ؛ ليس فقط بما تضمنته من أجوبة واجتهادات ؛ بل بالنظر إلى موقع صاحبها.

كان ابن رشد (2) رئيس الإفتاء وزعيم الفقهاء بقرطبة ، وبجانب كونه يمثل مرحلة مهمة في تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي وتعميق أسسه النظرية والتطبيقية ؛ فإنه كان أحد الذين أكدوا تلازم المذهب المالكي والعقيدة الأشعرية.

ونوازله ذات أهمية كبرى ، ومكانتها العلمية أشار إليها علماء الفقه وأصحاب النوازل القدماء والحديثين ، وفيها نرى الأسئلة ترد عليه من مختلف جهات الأندلس والمغرب ، من إشبيلية ، وجيان ، ومالقة ، وباغه ، ولوشة ، وبياس ، وغرناطة ، والأشبونة وبلنسية ، وبطليوس ، وشلب ، وألمرية ، وسبتة ، وفاس ، ومراكش ، وقد كان يستفتى من أمير المسلمين فما دونه ، ومن القضاة والفقهاء الذين نجدهم يستفتونه ، عدا القاضي عياض أبو المطرف الشعبي المالقي صاحب النوازل ، وأبو مروان ابن مسرة ، وأبو القاسم ابن الإمام الأشبيلي - وهذا من كبار المفتين في ذلك العصر - وأبو بحر سفيان بن خلف الأسدي الذي استفتاه في نازلة أخيه المقتول بمرينوطر ، وموسى بن حماد قاضي الجماعة بمراكش وغيرهم (3) ، ولما توفي ابن رشد عام 502 هـ خلفه ابن الحاج الشهيد فصرف إليه علي بن يوسف يوسف قضايا الأندلس الكبار "واعتمد على فتواه بعد وفاة ابن رشد صاحبه" (4) .

وتجمع فتاويه عدداً مهماً من الفتاوى يصل إلى 660 فتوى ، تثير قضايا تهتم مجالات الحياة بكل حيوياتها وتنوعها وتشابكها ، وكانت كذلك إجابات عن أسئلة في أحداث تتصل بحياة الناس ، وكانت تلك الأمثلة مدعاة إلى إثارة علم ابن رشد ، واستجلاء رأيه ، والتعرف على مذهبه واختياره ، والاستهداء بهديه (5) . والكتاب الذي عاش صاحبه فترة من الزمان في عهدي الطوائف والمرابطين يعطينا بما فيه من نصوص صورة عن الحياة السياسية

(1) بدأ جمعها تلميذه ابن الوزان وكتب عنها الأهواني وبرانشفيق وإحسان عباس والمستشرق الأسباني مارينو، وهي مطبوعة ومحققة مرتين؛ التحقيق الأول قام به الباحث محمد الحبيب التجكاني وطبعت عام 1993م، ونوقشت كرسالة دبلوم الدراسات العليا في 11 جمادى الثانية 1398هـ / 29 ماي عام 1978م، ثم حققها الباحث المختار بن الطاهر التليلي، وطبعت عام 1987م، راجع مقدمة نوازل ابن رشد ، نشر : احسان عباس ، مجلة الأبحاث ، ج3 ، ص 4 ، 1969 م ، ص 5 ، بلغيت :

(2) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، ولد بقرطبة سنة 450هـ وبها تلقى علومه الشرعية وتخصص في دراسة الفقه وأصوله حتى صار من المجتهدين في المذهب المالكي وفاق أقرانه وجميع أهل عصره في الفقه والفتوى وعلم الفرائض والأصول، هذا مع الهلي والسمت الصالح، والوقار والحلم، والدين والفضل ، وقد ألف ابن رشد الجدل الكثير من المصنفات النافعة في الفقه مثل كتاب «المقدمات» لأوائل كتب المدونة، وكتاب «البيان والتحصيل» لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل و«اختصار مشكل الآثار للطحاوي»، و«شرح العتبية» وكلها كتب في فقه الإمام مالك، كما تولى منصب القضاء فقام به خير القيام وسار في الناس سيرة حسنة، ثم استعفى من المنصب وتفرغ للتأليف والتدريس وكان حسن الخلق سهل اللقاء فانتفع الناس به أتم الانتفاع ، راجع ، المقري : أزهار الرياض ، ج3 ، ص 59 ، عياض : الغنية ، ص 122.

(3) محمد بن شريفة، وقائع أندلسية ، مرجع سابق .

(4) نفسه .

(5) مقدمة فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، السفر الأول ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1987 م ، ص 69 .

والاجتماعية والاقتصادية في الأندلس والمغرب في هذين العهدين، ومن ثم فإنه يعد وثيقة تاريخية مفيدة يلزم أن ينكب عليها المؤرخون(1).

كما تثير فتاواه مسائل في شتى شؤون الحياة. وليست قيمتها الكبرى في الجوابات، إذ أن مثلها قد يعثر به الباحث في كتب ابن رشد الأخرى، وإنما قيمتها في الأسئلة نفسها وفي مقدار ما تصوره من حياة الواقع الأندلسي لشمولها أولا، ولأنها في معظم الأحيان مقترنة بأحداث واقعية، وقل منها ما هو نظري محض أو تعليمي في غايته، وتمتاز نوازلها بالإضافة إلى تنوع قضاياها، بكونها تأتي بتفاصيل مهمة تيسر عمل الباحث بالتأكيد على مصدر النازلة، فتتعرف منها على أسماء بعض الملوك والأمراء وعامة الناس الذين استفتوه في مسألة. وعلى أسماء القضاة الذين استشاروه بشأن قضايا كانت معروضة عليهم، وعلى الأماكن التي صدرت منها النوازل(2). وهي في هذا تعد مصدرا لا غنى عنه بالنسبة لدارس المجتمع الأندلسي(3) ولهذا السبب كانت نوازلها مصدرا لدراسة التاريخ، وخامة لدراسة النواحي الاجتماعية في عصر المرابطين. وقد قدم نماذج متنوعة تتصل بحياة الناس وشؤونهم اليومية وتعرض القضايا التي كانت تهمهم في معاملاتهم(4).

وترجع أهمية نوازلها إلى أن الإجابات التي ساقها تمثل الحلول العملية لنظر الدين في تلك الحالات الحادثة، والأحكام التعليقية في تلك القضايا الناجعة. فالمناسبة يناسبها الجواب المطلوب والحل المنشود. وفرق بين حكم عملي راعى الظرف وأحاط بمعطيات القضية، وحكم نظري يساق في كتاب فقهي، وينساق مع غيره من أحكام في وضع تقليدي يضمها ديوان(5).

وهذه الإجابات تعطي للفقه حركة من طراز لا نجده في التآلف التي تتشابه في العرفى والتنظيم أو تختلف، ولكنها في النهاية تتلاقى في بسط الأحكام وطرق المعلومات، وآية ذلك ما نلمسه في هذه الأجوبة من ربط المسائل بأصولها، ومقارنة بين الروايات وتصويبها وفقه وتوجيهه، وتشريع وتعليقه. فهي من هذه الناحية السياسية والاجتماعية تكشف عن ظواهر في البيئة الأندلسية والمغربية المتأثرتين بما يجري فيهما من أحداث، وتصور حالات نجعت في الحياة خالفت المعتاد وشوشت العباد، وحركت الجدل، وأظهرت بوادر البعد عن رأي جمهور العلماء، وعامة الفقهاء، وهي تسجل تجاوزات من رجال السلطة وأعوان الحكومة، وأخطاء من القضاة وتثبت بعض الانحرافات في المعاملات كالغش والتدليس والتحليل، وتعدي الناس بعضهم على بعض، وتبرز استغلال بعض الوجوه وظائفهم، أو وظائف أقاربهم ليحتموا بهم من أجل الإثراء، وتعطيل الحقوق والانتصاف منهم. وهي تتحدث عن ظهور المنتزعين(6) على السلطة الثائرين الغاصبين لأموال الرعية، وعن ظهور البدع والمخالفات، وعن العلاقات العائلية

(1) نفسه، ص 70.

(2) محمد فتحة: النوازل الفقهية والمجتمع: أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي (من القرن 6 إلى 9 هـ / 12 - 15 م)، ص 12.

(3) محمد فتحة: النوازل الفقهية والمجتمع: أبحاث في تاريخ الغرب الإسلامي (من القرن 6 إلى 9 هـ / 12 - 15 م)، ص 12.

(4) مقدمة فتاوى ابن رشد، مرجع سابق، ص 71.

(5) مقدمة فتاوى ابن رشد، مرجع سابق، ص 73.

(6) المنتزي: الثائر الخارج على السلطة.

والزوجية في حالات الهدوء والغضب، وحالات الحياة والموت. وهي تتكلم عن العلاقات بين المسلمين وأعدائهم في السلم والحرب، والتعامل التجاري بينهم في أوقات الهدنة وحالات نقضها، وعن افتداء الأسرى وعن أفضلية الجهاد أو الحج لأهل الأندلس والمغرب في تلك العهود(1).

ومن الناحية الاقتصادية تظهر الحياة المعيشية في جوانب الغلاء والرخص وتبدي طريقة انتقال الممتلكات والمكتسبات والمنافع وما ينشأ فيها من صحة وفساد وجواز وبطلان، وحل وحرمة، وموافقة للشرع ومخالفة، وتكشف عن تغير قيم الدنانير والدرهم في مجال التعامل والتبايع وفي مجال خلاص الديون وإبراء الذمم، وفي مجال الصرف ومبادلة الذهب بالفضة(2)، وعن تغير وزنها فالل الدنانير المرابطية خالصة، والمثقال المرابطي زنته مثقال غير ثمن ومرابطته الذهب المرابطية بالباءية أو بالشرقية ممنوعة، وكذلك مرابطة العبادية بالشرقية غير جائزة العيار وأقل في الوزن من المرابطية(3).

وهناك أكثر من واقعة في نوازل ابن رشد تشير إلى انتشار وسائل الغش والتدليس، مثل: "الغش الذي يفعله أهل إقامة الحاشي في الأسواق"(4)، و"ما يفعله القطنون في هذه الحاشي من غش، وما يفعله أيضا أهل مهنة الرفو والخياطون"(5).

وتعرض ابن رشد الجدل لصور من علاقات الاستغلال نتيجة التسلط والتحلال مظاهر الملكية الجماعية التي حلت محلها الملكية الفردية(6)؛ فقد أورد في إحدى نوازله مسألة "الذي يريد أن يحول مله الذي يمر في أرض رجل إلى موضع آخر منه هو أقرب إليه لأنه يريد أن يتحكم عليه في أرضه"(7).

وفي نوازله أيضا يتضح أن الهدايا شكلت موردا آخر من ثراء الأغنياء(8) فقد جاء في إحدى النوازل أن قوما من قبائل الصحراء أهدوا بعض الحكام والشيخوخ إبلا وأموالا(9). وتعرضت نوازله لمشاكل تخص المعاملات بين

(1) نفسه، ص 74.

(2) ابن رشد: فتاوى ابن رشد: تحقيق: المختار بن الطاهر التليلي، السفر الأول، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1987 م، ص 207.

(3) مقدمة فتاوى ابن رشد: مرجع سابق، ص 74 - 75.

(4) ابن رشد: نوازل، نشر: احسان عباس، مجلة الأبحاث، ج3، ج4، 1969 م، ص 45.

(5) نفسه، ص 46.

(6) إبراهيم القادري بوتشيش: تاريخ الغرب الإسلامي، دار الطليعة، بيروت، 1994 م، ص 23.

(7) ابن رشد: نوازل ابن رشد، ص 272.

(8) بوتشيش: تاريخ الغرب الإسلامي، مرجع سابق، ص 25.

(9) ابن رشد: نوازل ابن رشد، ص 105.

بين الباعة والمشتريين في أسواق مراكش وبعض التجاوزات مثل مشكلة الغش في صرف الدينار إلى دراهم (1) كما كما سجل مشاكل التجارة بين قشتالة والأندلس (2) .

كما أبرز مسائل تخص العملة منها تعدد العملات في الأندلس (3) حيث وردت إشارات عديدة إلى وجود الدينار المرابطي بجانب نقود دول الطوائف المنقرضة كالدينار العبادي (4) والدينار الشرقي (5) ، وقد أفرز تعدد العملات عدة مشاكل في التعامل المالي بين الناس ، وذلك بسبب تفضيلها ؛ فالدينار المرابطي كان أعلى قيمة من الدينار العبادي في العيار وفي الوزن (6) ، وكان الأخير بدوره أفضل من الدينار الشرقي الذي كان مشوباً بالنحاس (7) . وهذه من الظواهر النقدية التي عرفها عصر الطوائف ؛ إذ كان خلط الذهب والفضة بمعدن أقل قيمة قيمة نظراً لقلة الذهب في الأندلس ، وبسبب الجزية التي كانت دول الطوائف تدفعها للنصارى ولذا أفتى ابن رشد بعدم جواز مراطة الدينار المرابطي بغيرها من النقود الأندلسية وفي فتوى أخرى عبر عن مبررات موقفه من هذه النقود وذلك حينما سئل عن النصاب في زكاة النقود الأندلسية فأجاب بأنه " لا تجب الزكاة من الذهب إلا في عشرين مثقالاً من الذهب الخالصة المرابطية وشبهها " ، وأن هذه النقود الأندلسية لا تجب فيها الزكاة إلا إذا بلغت هذه القيمة في ذهبها الخالص ، وليس فقط في وزنها . إن هذه الفتاوى تنطوي على اعتراف شرعي وسياسي بالمرابطين ؛ إذ تعتبر دينارهم معياراً للنصاب أي " ديناراً شرعياً " الأمر الذي كانت كل الدول الإسلامية تطمح إليه.

ويبدو من خلال بعض فتاويه أن مشكلة تعدد أنواع العملات قد حسمت بعد مدة لفائدة النقود المرابطية ، حيث يوجد سؤال ورد عليه يستفسر حول كيفية حسم النزاعات المالية في حال إبدال سكة بأخرى ومنع السابقة بأمر السلطان (8) ، خاصة وأن مثاقيل رديئة كانت تروج مقابل المثاقيل الطرية المرابطية (9) ؛ مما دفع بعض العيارين إلى تحديد الفرق بين الدينار الرديء والدينار الجيد في أقل من ربع دينار وهو فرق واضح.

ونوازلته توضح استفحال الاضطرابات في أواخر العصر المرابطي وتجزأ الأندلس إلى إمارات متناحرة أصبح كل من استحوذ على السلطة في جزء أو إقليم لا يتورع عن فرض ضرائب متشددة لدعم إمارته ومحاربة الإمارات

(1) نفسه ، ص 272 .

(2) عبد العزيز الأهواني : مسائل ابن رشد ، بحث في مجلة معهد المخطوطات العربية ، المجلد الرابع ، الجزء الأول ، ص 74 .

(3) ابن رشد : فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، السفر الأول ، دار الغرب الإسلامي ، ط 1 ، 1987 م ، ص 570 - 572 ، و السفر الثاني : ص 932 - 933 والسفر الثالث : ص 1640 .

(4) نسبة إلى بني عباد بإشبيلية .

(5) نسبة إلى شرق الأندلس .

(6) ابن رشد : فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، ج 2 ، ص 1030 .

(7) ابن رشد : فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، السفر الأول ، ص 273 ، 571 ، وج 2 ، ص 933 .

(8) ابن رشد : فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، ج 1 ، ص 540 - 541 .

(9) ابن رشد : فتاوى ابن رشد : تحقيق : المختار بن الطاهر التليلي ، ج 1 ، ص 540 - 541 .

الأخرى ومن بين هؤلاء أحمد بن زيفل الذي استقل بحصن شقورة ، واستولى عليه وعلى جميع جهاته أعواماً كثيرة يجني فوائد ذلك البلد ويضرب الضرائب على الرعايا(1) .

كما تعرضت نوازلهُ أيضاً لانهلال السلطة المرابطية في الأندلس من خلال نازلة أوردها وأوضحت عجز الأمير أبي طاهر تميم بن يوسف بن تاشفين وضعف سلطته التنفيذية وجهازه الحكومي ؛ فالنازلة كانت عبارة عن قضية إجرامية اهتزت لها المدينة ، والضحية كان رجل من الأعيان يدعى محمد العاصي وكان يقرض المحتاج حتى استداع صيته ، وكان هناك فتى يتردد عليه فأتمر به هو وجماعة من الأشرار فقتلوه وكسروا خزانته ، واستولوا على ما فيها وفروا لتوهم فلما أصبح الصبح وجده الناس مكتفاً مخنوقاً عريانا مرمياً من سدته في الأرض(2) ، وما كانت الفاجعة لتحدث لو كانت السلطة حازمة والعسس يقظاً قائماً بمهامه(3) .

وتكشف نوازلهُ أيضاً عن أشكال من علاقات الإنتاج مثل المربعة والمثالثة. فقد جاء في إحدى النوازل عن «رجل يحرث الأرض بالربع أو الثلث من غير أن يجعل رب الأرض نصيباً من الزريعة(4)» .

ويفهم من هذا النص أن مالك الأرض كان يدفع في حالة المربعة والمثالثة الأرض والماشية والآلة للمزارع، ويتكلف هذا الأخير بنفقات الزريعة والجهد العضلي فيكون له من المحصول الربع أو الثلث، بينما يكون لصاحب الأرض ثلاثة أرباع أو الثلثين حسبما ينص عليه العقد. لكن يجب أن نضع في الاعتبار أن هذه الحالة قد تكون استثنائية، وهذا ما يفسر ورودها بصفتها نازلة تقتضي حلاً. وفي كل الأحوال، كان ميزان القوى في صالح رب الأرض(5) .

ومن الناحية الاجتماعية كشفت لنا نوازلهُ أنه على الرغم من تحذيرات بعض الفقهاء من التعامل مع النصاري ، فإنهم لم يجدوا آذاناً صاغية في ميدان حساس كالتجارة . حيث تعاملوا معاً بيعاً وشراءً(6) .

كما اشتملت نوازلهُ على أزيد من خمس وعشرين فتوى تتناول قضايا سياسية وفكرية مختلفة من أهمها استفتاءات لعلي بن يوسف بن تاشفين حول علم الكلام ، والمذهب الظاهري ، وفتاوى عن إجلاء المعاهدين من الأندلس ، واستفتاءات أحد ولاة المرابطين عن كيفية التوبة من ظلم الرعية ، وأخرى عن تفشي الغضب عند أهل

(1) نفسه ، ص 73 – 74 .

(2) فتاوى ابن رشد : ج 2 ، ص 865 .

(3) محمد حجي : نظرات في النوازل الفقهية ، منشورات الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر ، ط 1 ، 1999 م ، ص 65 .

(4) ابن رشد، نوازل ابن رشد (مخ.خ.ع.و.م.ر)، رقم ك 731، ص. 206، وإبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية وكتب المناقب والعقود العدلية مصادر هامة لدراسة تاريخ الفئات العامة بالغرب الإسلامي (ق 5 - 6 هـ/ 12 - 13 م) ، مجلة التاريخ العربي ، عدد 22 ، ربيع 2003 م .

(5) للمزيد راجع ، بوتشيش : النوازل الفقهية ، مرجع سابق .

(6) نوازل ابن رشد : ص 142.

الصحراء ، وفتوى مهم عن أسبقية الجهاد على فريضة الحج ، ، وفتاوى أخرى عديدة طرحها بعض أفراد الأسرة المرابطة (1) .

وقد علجت فتاواه قضايا عقيدية ومذهبية ، تتضح خلفياتها السياسية والاجتماعية لأول وهلة أمام القارئ ، وذلك بدءاً بفتوى ابن رشد الشهيرة حول " شهادة أهل الظاهر " ومروراً بأسئلة وردت عليه من المغرب حول " صفة المفتي " وانتهاء بمجموعة أخرى مطولة من الفتاوى حول العقيدة الأشعرية وموقف الناس منها خلال بداية القرن الخامس الهجري (2) .

• ابن الحاج (ت 529هـ/1134م) (3) :

وابن الحاج الشهيد (4) ، شخصية علمية عاصرت المرحلة المرابطة حتى (529هـ/1134م) ، وتميزت فتاواه فتاواه بالتنوع ، فضلاً عن معاصرته لكبار العلماء كابن رشد الجد 520 - 450هـ / 1058 - 1126 م ، وابن عتاب ، والقاضي ابن حمدين ، وتتجلى قيمة النوازل الواردة في الكتاب ، في اعتماد مؤلفه على أمهات مصنفات الفقه المالكي إلى جانب فتاوى أبيه ، فضلاً عن استناده إلى فتاوى فطاحلة فقهاء عصره كابن رشد الذي شكل مرجعيته الخاصة ، إذ ورد في العديد من نوازله ما يلي: «ثم تجاوزت المسألة مع القاضي أبي الوليد بن رشد فرأى ذلك " (5) .

وقد أورد نصوص عبرت عن مظهر هام من مظاهر التحولات الكبرى ، في كيفية تعامل السياسي والفقيه مع ميراث ملوك الطوائف المالي والعقاري ، وهي من المسائل الخطيرة أثناء قيام أنظمة سلطانية جديدة تتجدد معها العقود والوثائق والأحكام بحسب ظروف العصر ، فقد كان ابن الحاج واضحاً مع حق بيت مال المسلمين في أموال الحكام المتغلبين "أموال الظلمة" ، وقد أدت جرأة ابن رشد الجد الذي استفتي في هذا الأمر إلى محنة كبرى ، انتصر فيها السياسي الظرفي على الحكم الشرعي ، وهذا من خلال تدخل ابن حمدين قاضي الجماعة بقرطبة وواحد من أشهر وجوه العصر أيضاً (6) .

(1) راجع ، عمر بنميرة : الثقافة والفقه والمجتمع ، جذور للنشر ، ط1 ، الرباط ، 2006 م ، ص 32.

(2) راجع ، رضوان مبارك : حول بعض القضايا المذهبية والعقيدية في العصر المرابطي من خلال فتاوى ابن رشد ، من كتاب التاريخ وأدب النوازل ، ط1 ، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، الرباط ، 1995 م ، ص 71.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خلف بن إبراهيم التجيبي ، فقيهاً فاضلاً ، حسن الضبط جيد الكتب ... مطبوعاً في الفتيا ، مقدماً في الشورى ، راجع ، مؤلف مجهول ، كتاب طبقات المالكية (مخ. خ. ع. و. م. ر.) ، رقم د 3928 ، صص. 299 - 300 ، وعياض : الغنية ، تحقيق : ماهر زهير جرار ، دار الغرب الاسلامي بيروت ، 1982 م ، ص 47.

(4) للمزيد راجع ، أحمد اليوسفي شعيب : أهمية الفتاوى الفقهية في كشف وقائع التجربة الأندلسية (نوازل ابن الحاج نموذجاً) ، ندوة الأندلس قرون من التقلبات والعطاءات ، القسم الأول ، التاريخ وفلسفته ، مكتبة الملك عبد العزيز العامة ، 1996 م .

(5) نوازل ابن الحاج : صص. 53 - 61 وللتفاصيل راجع ، إبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية وكتب المناقب والعقود العدلية مصادر هامة لدراسة تاريخ الفئات العامة بالغرب الإسلامي (ق 5 - 6 هـ / 12 - 13 م) ، مجلة التاريخ العربي ، عدد 22 ، ربيع 2003 م .

(6) للمزيد راجع ، محمد الأمين بلغيث : الحياة الفكرية بالأندلس في عصر المرابطين أطروحة دكتوراه الدولة ، (مجلدان) ، قسم التاريخ 2003م .

ومن بين النصوص النادرة نص هام يتحدث عن قضايا الجوّاري والإماء والعبيد ومحاكم العصر في حواضر المرابطين، حيث أظهر ابن الحاج "حسّ الفتوى" الذي اكتسبه من خلال تعامله مع واقعه المجتمعي كما أفاد ابن الحاج من خلال فتاويه الخاصة بالملكية العقارية ووضعيتها البساتين والمنايا والنزاعات القائمة بين الأقارب ومسائل المياه، خاصة في عنصر الفلاحة، وتنهض حصيلة النصوص الكثيرة حجة قائمة على أهمية المصادر الدفينة وكتب النوازل خاصة في إعادة كتابة تاريخ الغرب الإسلامي الديني والثقافي والاقتصادي (1).

وكان لاكتشاف نوازل ابن الحاج، وطبع نوازل ابن رشد والشعبي المالقي والبُرزلي أن قدمت خدمة معرفية لا مثيل لها. فقد كشفت وثائق ابن الحاج زيف ادعاءات المدرسة الاستعمارية حول مسائل القبيلة والتراتب الاجتماعي، كما كشفت الملكيات العقارية والنزاعات في الريف الأندلسي والمغربي أهمية إعادة النظر في نظرية علماء الأثروبولوجيا من أساسها، وأدعاء نهضة الأندلس القائمة على الميراث الروماني حول تقنيات السقي وتوزيع المياه في الأجنة والبساتين والمنايا (2).

وتقدم نوازل معلومات دقيقة عن طبيعة الملكيات الزراعية وظروف استغلالها (3)، والملكية الجماعية للأرض، وأراضي الأحباس (4)، والملكية العمومية، فضلا عن الملكية الخاصة (5) وكيف كان البعض يمتلكون ضياع وقرى وقرى بأكملها (6). كما أورد معلومات جد هامة عن كيفية استغلال المزارعين للمياه بطريقة جماعية، وذلك بواسطة الساقية التي تمر عبر مزارعهم وتقسيم حصص تلك المياه المحمّولة حسب احتياجات كل مزارع. والسؤال الذي يطرح: كيف كان يتم تقسيم المياه؟ ذلك ما تجيب عنه النازلة التالية: الجواب - رضي الله عنك - في أهل ساقية يسوقون الماء عليها لسقي أرضهم وثمارهم وجناتهم، ولكل واحد منهم حصة في الماء المذكور معلومة كل يوم (7).

وتفصح نوازل أخرى عن بعض النزاعات التي كانت تشجر بين المزارعين بسبب مشكل الماء. من ذلك على سبيل المثال ما توضحه نازلة حول مزارعين كانوا يسكنون موضعاً عالياً وآخرين يقيمون أسفلهم، فغرس الأوائل خضراً وبقولاً وسقوها، لكنهم قطعوا بذلك المياه عن القاطنين أسفلهم، مما تخض عنه نزاع بين الجانبين أفتى فيه ابن الحاج بضرورة احترام كل طرف لحصصه المعلومة من المياه (8). كما تبين نوازل أخرى صورة من صور النزاعات

(1) نفسه.

(2) نفسه.

(3) للمزيد راجع، أحمد اليوسفي شعيب: أهمية الفتاوى الفقهية في كشف وقائع التجربة الأندلسية (نوازل ابن الحاج نموذجاً)، ندوة الأندلس قرون من التقلبات والعطاءات، القسم الأول، التاريخ وفلسفته، مكتبة الملك عبد العزيز العامة، 1996 م، ص 391.

(4) الفقهاء يعبرون بعضهم بالحبس، وبعضهم يعبر بالوقف، وهو مصدر إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطية ولو تقديراً، فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى، واسم ما أعطيت منفعتها مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً (راجع، الرصاص، شرح حدود بن عرفة، مطبعة فضالة، المحمدية، 1992، ص 581).

(5) نوازل ابن الحاج، ص 4، 120، 215، 280.

(6) نوازل ابن الحاج، ص 4، 120، 215، 280.

(7) نوازل ابن الحاج، ص 147.

(8) نوازل ابن الحاج، ص 392.

النزاعات والمشاكل التي كانت تسود العالم القروي، وتتجلى في مشكل تجاوز بعض المزارعين حدود أراضيهم إلى أراضي غيرهم والقيام بحرثها. وما يؤكد ذلك النازلة التالية: «جوابك - رضي الله عنك - في رجل زارع أقواماً في قرية له فتجاوز المزارعون حدود القرية التي زورعوا فيها إلى أرض قرية أخرى تجاوزها وحرثوها، فشكا رب القرية المتجاوز إليها أولئك المزارعين(1) .

وقدمت لنا نوازل مدي التفاوت في الملكيات والتي عكست تفاوت الناس في مراتبهم وطبقاتهم ونجد في ثانيا نوازل معلومات قيمة ، كما عرض لنا أسباب الخصومات على المياه والتي مردها في الغالب إلى خرق الأفراد والجماعات والقوانين والأعراف وقدم لنا معلومات قيمة عن مظاهر النشاط الفلاحي⁽²⁾ في الأندلس وكيف كانت بعض المناطق الريفية تسعى إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي للقمح⁽³⁾ فضلا عن الشعير والكتان⁽⁴⁾ ، كما وردت في نوازل نوازل إشارات عديدة عن منتجات غذائية كالخضر والفاكهة والتمور وأنواعها مع ذكر المدن والأسواق التي تصرف فيها⁽⁵⁾

وفي نوازل نجد نصوصاً حول وسائل غير شرعية ساهمت في تكوين الملكيات الفردية كالبيع بالغبن والمحسوبية الذي ساد خلال المرحلة المضطربة من العصر المرابطي الأخير⁽⁶⁾ ، وكذلك عمليات الاغتصاب والسطو والاستحواذ بالقوة على بعضها . وفي هذا الصدد وردت نازلة حول زعيم منطقة قروية استحوذ على أرض رجل⁽⁷⁾ رجل⁽⁷⁾ ، فضلا عن نازلة أخرى تكشف عن استغلال مقدم القرية لنفوذه بقصد الحفاظ على أرض حصل عليها بوسيلة غير شرعية⁽⁸⁾ .

ونصوصه تكشف بما لا يدع مجالا للشك عن وجود ملكيات غير شرعية في بواحي المغرب والأندلس خلال الحقبة المرابطية⁽⁹⁾ وذلك من خلال نازلة حول شخص دفعه قوم عن أرضه وشجره وهو نص غني عن كل بيان إذ إذ كما أن غياب بعض الأشخاص عن أراضيهم لسبب من الأسباب قد يؤدي حسبما تبينه النصوص لابن الحاج إلى هضم حقوقهم وفي هذا السياق وردت نازلة حول رجل ترك ابنين وترك لهما قرية يعمرونها فغاب أحدهما غيبة

(1) نوازل ابن الحاج ، ص 121 - 122 .

(2) نوازل ابن الحاج ، ص 281 .

(3) نوازل ابن الحاج ، ص 8 ، 95 .

(4) نوازل ابن الحاج ، ص 48 .

(5) نوازل ابن الحاج ، ص 128 .

(6) إبراهيم القادري بوتشيش : إضاءات حول تراث الغرب الإسلامي ، دار الطليعة ، بيروت ، 2002 م ، ص 37.

(7) نوازل ابن الحاج : ص 116 - 117 ، إبراهيم القادري بوتشيش : إضاءات حول تراث الغرب الإسلامي ، دار الطليعة ، بيروت ، 2002 م ، ص 37.

(8) نوازل ابن الحاج : ص 280 ، إبراهيم القادري بوتشيش : إضاءات حول تراث الغرب الإسلامي ، دار الطليعة ، بيروت ، 2002 م ، ص 37.

(9) إبراهيم القادري بوتشيش : إضاءات ، مرجع سابق ، ص 38.

متصلة ثم قدم فوجد الأخ قد توفي وترك ابنا له يعتمر القرية فقال له العم : يا بن أخي هذه القرية حصتي فيها ، فقال له الصبي : يا عم ليس فيها شيء⁽¹⁾ .

وبديهي أن تسفر عمليات الاستحواذ عن نشوب نزاعات شملت سكان القرية أحيانا لتطال الأقرباء أنفسهم بل امتدت لتشمل الأخوة داخل العائلة الواحدة وفي هذا المنحى ورد في إحدى نوازل أن رجلا توفي عن قرية كان له فيها ملك وفي غيرها فاستغل بنه المملكين جميعا مدة ثلاثين عاما بعد وفاة أبيه، ثم قامت عليه أخته تطلب حظا فيها كان لأبيه في القرية التي توفي فيها⁽²⁾ .

ومن نوازل ابن الحاج يمكن للبحث التاريخي الإفادة منها في رصد شكل من أشكال العلاقة بين المزارع ورب الأرض، وهو ما يعرف بالمغراسة الذي يقتضي أن يستأجر المالك زارعا يتقن غراسة الأشجار لمدة يتفق عليها الجانبان قد تصل إلى عشر سنوات. وبمقتضى العقد يسلم صاحب الأرض المساحة المغروسة وما يستلزمها من سقي وزريعة، بينما يقدم المزارع عمله فيتعهد الأشجار بالغراسة والسقي، على أن يتقاسم الطرفان المحصول مناصفة⁽³⁾. غير أنه في بعض الأحيان كان يترتب على ذلك مشاكل بينهما، خاصة عند حدوث كوارث طبيعية أو حريق يأتي على الأشجار. وهذا ما يتضح من خلال النازلة الآتية⁽⁴⁾ : «وسئل ابن الحاج عمن غارس رجلا إلى الإطعام مغراسة صحيحة؛ فإذا بلغته، كان بينهما بنصفين يقتسمانه. فلما بلغ ذلك، احترق، فامتنع رب الأرض من إعطائه نصفها»⁽⁵⁾ .

وفي نوازل أيضا يتضح لنا وجود علاقة وطيدة بين أصحاب النفوذ والنظام المرابطي الذي منحهم الجاه وحظوا برعايته رغبة أو رهبة منها ما ورد في إحدى نوازل من أن رجلا عاوض فانا بكرم كان بحوزة مقدم القرية ، وكان للرجل أخت لها نصيب في الفدان ، فلما علمت بذلك أرادت أن تطالب مقدم القرية بحقها ، فلم تجرأ عليه حتى زال من خطته⁽⁶⁾ . وأبرزت نوازل الكثير من صلاحيات المحتسب وحدود سلطته⁽⁷⁾ .

وفي ميدان الصناعة تحتزن نوازل ابن الحاج معلومات متنوعة⁽⁸⁾ ، فبالنسبة للتعدين تحدثنا نازلة عن حجة الأندلسيين إلى المعادن ، وتؤكد " ضرورتهم إلى التحرف فيها " ⁽⁹⁾ ، وكان الفقهاء " يفتون في الحديد الذي يساق

(1) نوازل ابن الحاج ، ص 215 .

(2) إبراهيم القادري بوتشيش : إضاءات ، مرجع سابق ، ص 37.

(3) للمزيد راجع ، إبراهيم القادري بوتشيش : النوازل الفقهية ، مرجع سابق .

(4) نفسه.

(5) نوازل ابن الحاج : ص 31.

(6) نوازل ابن الحاج : ص 113 – 114.

(7) نوازل ابن الحاج ، ص 279 – 280 .

(8) للمزيد راجع ، أحمد اليوسفي شعيب : أهمية الفتاوى الفقهية في كشف وقائع التجربة الأندلسية (نوازل ابن الحاج نموذجاً) ، ندوة الأندلس قرون من التقلبات والعطاءات ، القسم الأول ، التاريخ وفلسفته ، مكتبة الملك عبد العزيز العامة ، 1996 م ، ص 394.

(9) نوازل ابن الحاج : ص 177.

يساق من المعادن ويبيع في سوق الحدادين ثم يشتري من التجار... لعمل الآلات منه " (1)، وتعرضت نوازلها لمشاكل خاصة بسبب سوء جودة بعض المعادن " (2) وتشير نوازلها أيضا إلى ازدهار صناعات عديدة في مختلف أنحاء الأندلس حيث تخصصت كل ناحية في إنتاج صناعة معينة، فكان عصر الزيوت في قرطبة والأنسجة لحريرية في جيان (3).

وفي ميدان التجارة تعرض لمسائل متعددة تخص العقارات المثمرة (4) والبيوع والاستدانة (5)، ومسائل القروض (6)، والتسعين على أهل الأسواق (7)، وما حدث للعملة من تقلبات، مثل تعرضه لانقراض عملة عملة ابن جهور في قرطبة ومنافسة سكة ابن عباد لها " (8).

وترد في نوازلها كثير من الصور المعبرة عن مختلف مظاهر النشاط التجاري في الأندلس على عهد الطوائف والمرابطين (9)، فسوق الصرافين في قرطبة كان يعرف حركة دؤوبة بين التجار والمتعاملين (10)، وتبر نوازلها أشكال لتعامل وتنوعها، فمنهم من اتخذ المعاصر والأرحاء فجى منها أرباحا طائلة (11)، في حين فضل بعضهم استثمار بعض ما يملكه من مال أذهب بدفعه إلى من يتجر به على حصة من الربح معلومة (12).

أما من الناحية الاجتماعية فقد رصد لنا ابن الحاج ما وصل إليه عدد كبير من النصارى من مكانة اجتماعية مرموقة فنجد يصف أحد النصارى بأنه " ذو جاه ومقدرة " (13)، وكيف أن بعضهم كسب ثروات طائلة بطرق غير شرعية في عصر ملوك الطوائف، وتمكن من الاحتفاظ بها لنفسه عن طريق الاحتماء وراء " أصحاب النفوذ

(1) نوازل ابن الحاج : ص 19 - 20.

(2) نوازل ابن الحاج : ص 20.

(3) نوازل ابن الحاج : ص 36، 80، 81، 197.

(4) نوازل ابن الحاج : ص 36.

(5) نوازل ابن الحاج : ص 7، 32.

(6) نوازل ابن الحاج : ص 279 - 280.

(7) نوازل ابن الحاج : ص 289 - 290.

(8) نوازل ابن الحاج : ص 295.

(9) للمزيد راجع، أحمد اليوسفي شعيب : أهمية الفتاوى الفقهية في كشف وقائع التجربة الأندلسية (نوازل ابن الحاج نموذجاً)، ندوة الأندلس قرون من التقلبات والعطاءات، القسم الأول، التاريخ وفلسفته، مكتبة الملك عبد العزيز العامة، 1996 م، ص 395.

(10) نوازل ابن الحاج : ص 277.

(11) نوازل ابن الحاج : ص 53.

(12) نوازل ابن الحاج : ص 273.

(13) نوازل ابن الحاج : ص 119.

والجاء " (1) ، وكيف حظوا أيضاً برعاية الدولة خاصة في عهد علي بن يوسف بن تاشفين الذي كان يشملهم بعطفه ورعايته ، حتى إن إحدى الوثائق المسيحية أكدت أن تعلقه بالنصارى فاق تعلقه برعايته ، وأنه أنعم عليهم بالذهب والفضة وأسكنهم القصور (2) . كما تضمنت نوازلُه أخباراً عن اليهود وإشارات عن دورهم في الحياة الأندلسية (3) .

كما طرحت نوازلُه بعض المشاكل التي تؤدي بها الجزية (4) ، فقد رأى بعض النصارى أن يدفعوها جماعياً بدلاً من أدائها حسب الرؤوس وفي حالة حالة ما إذا بلغ أحد من أبنائهم الحلم ، لا يلزمه شيء لكن إذا مات أحد من رجالهم البالغين ، فإن قدر الجزية الجماعية يبقى على ما هو عليه (5) .

وفي نوازل ابن الحاج نراه يبرز التدرج الطبقي في الأندلس حيث قسم الناس إلى ثلاث طبقات : الأغنياء ، ومتوسطو الحال ، والمقلون (6) ؛ ما يخص طبقة الحكام والأعيان يشير إلى تفشي ظاهرة استغلال النفوذ والشطط في استعمال السلطة (7) ، فأورد قصة رجل عرف بابتزازه واختلاسه الأموال حين كان جابياً للخراج في عصر الطوائف ، فلما دخل المرابطون الأندلس " لاذ بأحد أبناء النيا واحتمى به " كما أن بعضهم كان يرغب الناس على بيع ممتلكاتهم (8) كما أن بعضهم أيضاً تمكن من تنمية ثرواته عن طريق التسليف بالفوائد (9) .

وهكذا يتضح لنا أن كتب النوازل اشتملت على أحداث تاريخية وفقهية واقتصادية واجتماعية قد لا تتوافر في كتب التاريخ أحياناً؛ وذلك لأن النوازل تعتبر انعكاساً صادقاً لأحداث المنطقة وظروفها .

(1) نوازل ابن الحاج : ص 252.

(2) بوتشيش : مباحث في التاريخ الاجتماعي للمغرب والأندلس ، دار الطليعة ، بيروت 2002 م ، ص 74 .

(3) راجع على سبيل المثال ، نوازل ابن الحاج : ص 293.

(4) نوازل ابن الحاج ، ص 295 .

(5) بوتشيش : المرابطون وسياسة التسامح مع نصارى الأندلس ، ندوة الأندلس قرون من التقلبات والعطاءات ، القسم الأول ، التاريخ وفلسفته ، مكتبة الملك عبد العزيز العامة ، 1996 م ، ص 234.

(6) ابن الحاج : نوازل ابن الحاج ، مخطوط ، الخزانة العامة للوثائق والمخطوطات بالرباط ، قم ج 55 ، ص 90 - 91 .

(7) نوازل ابن الحاج ، ص 252 - 253 .

(8) نوازل ابن الحاج ، ص 16 ، 35 .

(9) نوازل ابن الحاج ، ص 277 .

الحماية القانونية للمصنفات الرقمية : (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)



دراسة من إعداد فضيلة الأستاذ : الدكتور عبد الرحمان خلفي

أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر الشقيقة

Email : khelfiabderrahmane@yahoo.fr

مقدمة :

كان من المستقر عليه في زمن ليس ببعيد أن موضوعات حقوق المؤلف كانت تعنى بحماية المصنفات الموثقة ماديا مثل الكتب و المجلات و الرسوم... ، أو الملموسة حسيا مثل المحاضرات و الألحان الموسيقية و المسرحيات ... أما المنتجات الرقمية فهي نمط جديد من أوعية المعرفة لها خصوصياتها، و أهم ما يميزها سهولة تداولها واستنساخها(1)، و هو ما جاء به عصر الثورة المعلوماتية إذ طرحت لأول مرة مشكلة التعامل مع شكل جديد من أشكال الملكيات يعرف بالملكية الرقمية(2)، وهي تشمل البرمجيات الحاسوبية، البيانات المنطقية، الكتب و المقالات الإلكترونية، صفحات الواب ... و غيرها.

و لقد كانت المكونات البرمجية بالذات محل جدل في فترة السبعينات و حتى منتصف الثمانينات حول تحديد النظام الذي يجب أن يحمى بموجبه، فهل تَحْمَى بموجب قانون حق المؤلف أم تَحْمَى بموجب قانون براءات الاختراع ؟ أم أن طبيعة برامج الحاسب الآلي تفرض علينا الاعتراف بنوع جديد و فريد من أنظمة الحماية. و استمر الجدل في ذلك حتى انعقاد لجنة الخبراء المشتركة المكونة من المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) و منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلوم الثقافية (UNESCO) في شهر فيفري و مارس سنة 1985 و التي خلصت بشكل قاطع إلى اعتبار برامج الحاسب الآلي ضربا من المصنفات الأدبية التي تُحْمَى بموجب حق المؤلف⁽³⁾.

وفي وطننا هذا كان المشرع الجزائري إلى سنوات قريبة يجهل هذا النوع الجديد من أوعية المعرفة الفكرية ، و ما إن تكاثرت و طرحت مشاكلها حتى سارع إلى إيجاد مخرج قانوني يحمى به هذه الملكيات، فظهر إلى الوجود الأمر 10/97 الصادر بتاريخ 1997/03/06 و المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ثم تلاه القانون 17/03 الصادر بتاريخ 2003/11/04 و الملغى للقانون السالف الذكر و الصادر بتاريخ 2003/11/04 و المتعلق بحقوق المؤلف

و الحقوق المجاورة كذلك⁽⁴⁾، وأخيرا القانون 15/04 و الصادر بتاريخ 2004/11/10 المتضمن تعديل قانون العقوبات 66 - 156 .

فإلى أي حد يمكن تصور حماية كافية لحماية الممتلكات الرقمية في ظل النصوص الحالية ؟

بمعنى أكثر دقة هل أجاب المشرع طموحات دعاة الرقمنة حول ضرورة إيجاد حماية تشريعية لممتلكاتهم الرقمية؟

و قبل الحديث عن ضرورة الحماية القانونية للمصنفات الرقمية لابد من دراسة واقع حقوق المصنفات في الجزائر ثم كيفية ظهور فكرة الحماية و شروطها و أخيرا صورها.

1/ مفهوم المصنف الرقمي :

لم يعرف المشرع الجزائري المصنف في قانون 17/03⁽⁵⁾ كما فعلت بعض التشريعات، إلا أن الفقه و كعاداته لم يتخلف عن هذا الأمر، فيعرفه المنشاوي⁽⁶⁾ بأنه "ابتكار الذهن البشري" و يعرفه إبراهيم الوالي⁽⁷⁾ بأنه "... الإنتاج الذهني المبتكر الذي يصدر عن المؤلف في المجالات المختلفة وهو الوعاء الذي يحتوى ابتكار المؤلف".

من خلال هذين التعريفين على الأقل، نستنتج بأنه ليس كل عمل تألفي يتمتع بالحماية، فلا بد من توافر العمل الذهني من جهة، و من جهة أخرى أن يحمل هذا العمل الطابع الابتكاري.

والمصنف الرقمي لا يختلف عن باقي المصنفات فهو كذلك مجهود فكري، ولكن في شكل رقمي إنما يشترط فيه أن يكون نتاج عمل ذهني، وأن يحمل الطابع الابتكاري، و يسمى صاحب المنتج الرقمي بالمؤلف مهما كان مضمون أو محتوى المصنف الرقمي، ويتمتع بعد ذلك بحقوق تسمى حقوق المؤلف، و كل ما يترتب على ذلك من امتيازات.

2/ واقع حقوق المصنفات الرقمية في الجزائر :

رغم التطور المذهل الحاصل في مجال المعلوماتية و الذي أكتسح جميع بلدان العالم، يكاد لا يخلو بيت من وبر و لا مدر في هذه المعمورة إلا و فيه حاسب آلي أو أكثر، يتم من خلاله التفاعل مع معطيات رقمية سواء بالسلب أو بالإيجاب⁽⁸⁾.

و بالرجوع إلى مجتمعنا نجد تناقضا صارخا بين قيمنا و تعاملاتنا اليومية مع المنتج الرقمي، بحيث نجد الكثير من المشتغلين في المجال المعلوماتي سواء كمهنيين أو كهواة يستبيحون انتهاك حقوق الغير في جهودهم و عملهم الفكري عن طريق قرصنة أعمالهم، بل نجد هذا التصرفات للأسف الشديد صادرة من طبقة مثقفة في المجتمع أو نحسبها كذلك⁽⁹⁾.

و يرجع هذا الأمر - في رأبي - إلى نقص الوعي و عدم قابلية فكرة كون مجرد الاطلاع على مصنف إلكتروني أو تثبيته على دعامة أو طبعه على الورق أو توزيعه أو نشره أو إرساله إلى الغير دون إذن صاحبه يعد من قبيل الاعتداء على حقوق الغير على مصنفاتهم، شأنه شأن السرقة و النهب و الخطف وما إلى ذلك.

و الأخطر من هذا أن عملية الانتهاكات في تزايد مستمر مع تزايد الوسائط الإلكترونية و ضخامة استيعابها و سهولة التفاعل معها، و العيب لا يرجع سببه إلى عدم فعالية القوانين - و إن كان للدولة نصيب في حالة التردي هذه التي نعيشها - ولكن العيب هو في عدم الالتزام بالآداب و الأخلاق التي تحكم البيئة الإلكترونية⁽¹⁰⁾، وكما يقول أحدهم " إن حماية الحق الفكري مسألة أخلاقية لا يمكن لأكثر القوانين تشددا أن تفرضها على مجتمع لا يؤمن بها، و لم ترسخ في ضميره وتستقر في وجدانه بوصفها حقا طبيعيا من حقوق الإنسان" (11).

وإن تجاهل المستهلك الفكري هذه الأمور و إصراره على قرصنته يعتبر عدوانا على هذه الحقوق، و عملا غير مشروع يدرج في عداد السرقة و أكل مال الحرام.

أما و إن قام بها و حاكه في نفسه شعور بالإثم و الحزي و عار الجريمة، و بأن يشعر كذلك عندما تمتد يده إلى منتج رقمي مقلد و كأنها امتدت إلى سرقة سلعة أو حلي لا يملكها سواء بسواء، عند ذلك يصبح للقانون معنى و يصبح قابلا للتطبيق.

و أمام هذا الوضع لا نجد أنفسنا إلا مطالبين بنشر آداب المعاملات الإلكترونية من خلال الملتقيات و الندوات و المحاضرات في الوسط الطلابي و كذا المساهمة في بعض الحصص الإذاعية و التلفزيونية عساها تجد صدى عند السامع.

3/ فكرة الحماية القانونية للمنتوج الرقمي :

لم تكن حماية المنتوج الرقمي بالفكرة السهلة المثال، بل كانت نتيجة مخاض عسير بين فقهاء متشبثين بالفكر التقليدي وأثاره وآخرين ينادون بضرورة تحديث النصوص القانونية لتتماشى و النظرة الجديدة للواقع الافتراضي، الذي فرض نفسه من خلال أداة تعرف بالحاسب الآلي⁽¹²⁾، هذا الأخير الذي يعد نتاج ثمره تطور صناعي كبير وصل إليه العقل الإنساني في القرن الماضي.

وفي سبيل حماية المنتجات الرقمية تم ابتكار طريقتين في العالم كانتا ولا تزالان لحد الآن معتمدة من أجل الحماية القانونية و التقنية.

أ/ الحماية القانونية المنطقية :

وهذه الطريقة منتشرة بشكل واسع في الدول الأنجلوسكسونية خاصة بالولايات المتحدة الأمريكية، بحيث تعتمد هذه الأخيرة على تحذير المستخدم المعلوماتي قبل الاستخدام، ثم المعاقبة بعد إساءة الاستخدام دون وضع عقبات تقنية، وهذه الطريقة تكاد لا تعطي ثمارها بطريقة جيدة.

ب/ الحماية التقنية الفيزيائية :

أما هذه الطريقة فهي منتشرة في معظم دول أوروبا و كثير من دول العالم الثالث، بحيث تعتمد على وضع عقبات تقنية تمنع أو تعيق إساءة الاستخدام و ذلك عبر مفاتيح إلكترونية أو وضع كلمات سر، و تبقى هذه الطريقة الأنجع إلى حد الآن خاصة في غياب نظام أخلاقي معلوماتي.

أما في المجال التشريعي، فقد اختلفت الخطط في تحديد موضع النص في الحماية القانونية للمنتوج الرقمي، فمنها من يرى ضرورة إصدار قانون خاص يتناول كل جوانب الكمبيوتر و كذا المنتجات الرقمية بصورها، و يضع المخطورات و يحدد العقوبات المتعلقة بجرائم الكمبيوتر.

و اتجاه آخر يرى إدخال تعديلات فقط على النصوص التشريعية الحالية على نحو يؤدي إلى استيعابها الصور المستحدثة من القوانين الإلكترونية، من بينها صور الاعتداء على المنتجات الرقمية.

و اتجاه ثالث تقليدي لازال لم يضع نصوص خاصة بالمستخدمات الجديدة في العالم الإلكتروني، بل يكفي بالنصوص الحالية ويراها لازالت كافية وتستوعب المنتجات الرقمية⁽¹³⁾.

أما المشرع الجزائري، فلم يضع قانونا خاصا بحماية المنتجات الرقمية بل أدمجها مع قانون حقوق المؤلف و اعتبرها جزء لا يتجزأ منها، و نجدها في نص المادة 04 من القانون السالف الذكر تحت عنوان المصنفات المحمية " تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية ... ما يلي :

- المصنفات الأدبية المكتوبة مثل ... برامج الحاسوب ... وباقي المصنفات التي تماثلها ..."

كما تنص المادة 05 " تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال الآتية: المجموعات و الاختارات من المصنفات ... وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى و التي تتأتى أصالتها من انتفاء موادها أو ترتيبها ".

إذن لو التزمنا بالتفسير الحرفي للنص نجد أن المشرع الجزائري لم يأت على حماية المصنفات الرقمية إلا ما تعلق منها ببرامج الحاسوب و قواعد البيانات، وما عدا ذلك فلا توجد مصنفات رقمية أخرى مشمولة بالحماية.

و لكن تبقى هذه النظرة سطحية، لأنه - حسب نظري - مادام أن نص المادة 04 جاء في ذكر المصنفات المحمية على سبيل المثال فحسب، وذلك بالنص في آخر الفقرة " ... وباقي المصنفات التي تماثلها " وأن ما يماثل المصنفات المذكورة تلك الكتب و المقالات الرقمية وغيرها مما لم يأت النص صراحة على ذكرها.

و رغم ذلك إنه لا يوجد ما يمنع المشرع الجزائري من ذكر باقي المصنفات صراحة حتى يرفع اللبس، خاصة إذا تعلق الأمر بتطبيق نصوص جزائية أين يجب على القاضي الجزائري أن يدقق و يتشدد مع كلمات النص⁽¹⁴⁾.

4/ شروط حماية المصنفات الرقمية :

تعد المصنفات الرقمية مثلها مثل المصنفات المكتوبة في عداد المنتجات الفكرية التي تُحمى بموجب نصوص قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، الذي يحمل رقم 17/03 المؤرخ في 2003/11/04 و المصادق على الأمر 05/03 الصادر بتاريخ 2003/07/19.

لكن ليست كل المصنفات الرقمية مشمولة بالحماية، بل لابد من توافر شروط محددة بالنص السالف الذكر حتى يبسط القانون حماية عليها، و نحاول أن نوردها على التوضيح التالي :

أ/ الشروط الشكلية :

حتى يصل المنتج الفكري - و بصفة عامة - إلى علم الجمهور و ينتفع به، يجب أن يفرغ في صورة مادية يبرز من خلالها إلى الوجود، و يكون معدا للنشر لا أن يكون مجرد فكرة دون إطار تتجسم فيه، و لا يهم بعد ذلك نوع المصنف و نمط تعبيره و درجة استحقاقه ووجهته، حسب تعبير نص المادة 03 من القانون 17/03، لأن من هذه المصنفات ما يتم التعبير عنه بالكتابة مثل المصنفات الأدبية و العلمية و منها ما يكون مظهر التعبير عنها هو الصوت مثل المصنفات الموسيقية و المصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات و الخطب و المواعظ.

و المصنفات الرقمية بالذات و نظرا لخصوصيتها، فإنه يشترط أن تشغل حيزا معينا في العالم الرقمي سواء كانت على مستوى البيئة الافتراضية في عالم الإنترنت⁽¹⁵⁾ أو في حيز محدود كالأقراص المضغوطة أو اللينة أو داخل القرص الصلب أو بأي صورة من الوسائط التي تظهر في كل يوم في شكل متميز و مختلف عن الذي سبقه، لا أن تبقى مجرد فكرة داخل ذهن صاحبها مهما كانت عبقريتها، فالأفكار لوحدها لا تشملها الحماية، ولا تخضع لأي تقدير من القاضي بالنظر إلى مضمون حقوق المؤلف، وهذا تنص عليه المادة 07 من القانون 17/03 " لا تكفل الحماية للأفكار ... "

ب/ الشروط الموضوعية :

و نقصد بذلك أن يضفي صاحب المصنف على مصنفه شيئا من الابتكار، وهو ما يعرف بالطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنفه، أي أن يخلع عليه شيئا من شخصيته، و هو الأساس الذي تقوم عليه حماية حقوق المؤلف و الشيء الذي تشتري به⁽¹⁶⁾.

كما أنه لا يجب البحث في العناصر الجمالية في المصنف لتحديد معيار الابتكار، وألا نقع في خطأ التقدير وفقا للمزايا الفردية و الأذواق الشخصية مما يعرض المتقاضين للمخاطرة، فالقاضي في تقديره لشروط الابتكار ليس له تقدير القيمة العلمية و الفنية للمصنف⁽¹⁷⁾.

كما لا يشترط فقط حماية الإبداع المتفوق، لأن الأمر لو كان كذلك لكان قانون حقوق المؤلف موضوعا لحماية الأقليات المتميزة، في حين أنه قانون وجد لحماية الكل دون استثناء⁽¹⁸⁾.

كما لا يجب رفض حقه بالابتكار على أساس أن العمل تافه و سخي، فالقانون يحمي المصنف مهما كانت قيمته و أهميته⁽¹⁹⁾.

و المشرع الجزائري عند منحه الحماية لم يشترط أن يحمل المصنف هدفا معينا أو وجهة معينة لأنه لا يهم مضمون الأعمال المقدمة و أهدافها، بل يكفي أن تتوافق مع الشروط المطلوبة للحماية ودون مخالفة النظام العام و الآداب العامة، حتى و إن لم ينص على ذلك المشرع صراحة.

و أخيرا إن الابتكار لا يعني الجدة أو الإتيان بالجديد، لأنه قد يتوافق الابتكار مع العمل الجديد وقد لا يتوافق معه، فقد يضع المؤلف عملا مميزا ومبتكرا جديدا و قد يضع مؤلف آخر عملا قديما، ولكن في قالب يضفي عليه شخصيته فكلاهما عمل مبتكر.

5/ صور حماية المصنف الرقمي :

لقد وضع المشرع الجزائري طبقا لقانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة صنفين من الحماية، الحماية المدنية و التي تقام بموجب دعوى مدنية، و الحماية الجزائية التي تقام بموجب دعوى جزائية، كما أنه لم يكتف بوحدة دون الأخرى بل ترك المجال أمام صاحب المنتوجات الرقمية، و الذي يرى أن أحد حقوقه قد تم انتهاكه بأن يسلك الطريق الذي يراه أنجع و أيسر و أحسن و أضمن لما يرغب في الوصول إليه.

و نحاول أن نشرح هذين الصنفين من الحماية و نذكر أهم ما يميزهما :

أ/ الحماية المدنية :

كلما تعرض منتج رقمي لاستغلال غير مرخص به كلما جاز لصاحبه أن يرفع دعوى قضائية أمام القسم المدني يكون موضوعها التعويض عن الضرر الناتج عن الاستغلال غير المشروع، وهذا ما حددته نص المادة 143 من القانون السالف الذكر، و دون أن يحدد المشرع الاختصاص المحلي للمحكمة، مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة الواردة بقانون الإجراءات المدنية و هي موطن المدعى عليه.

و يتم تقدير التعويضات من طرف الجهة القضائية طبقا لقواعد القانون المدني، أي ما فات المتضرر من كسب و ما لحقه من خسارة، هذا ناهيك عن التعويض عن المساس بالحقوق الأدبية التي تخضع لتقدير جزافي من طرف القاضي.

و تتم معاناة المخالفات الماسة بحقوق أصحاب المصنفات الرقمية من طرف ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.

كما يمكنهم القيام بإجراءات تحفظية تتمثل في حجز نسخ من دعائم المصنفات ووضعها تحت حراسة الديوان إلى غاية الفصل في الدعوى المدنية، إلا أنه يجب تبليغ رئيس المحكمة بذلك فورا بناء على محضر مؤرخ و موقع قانونا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة، و يمكن بعد ذلك لصاحب الحقوق أن يطلب الحجز التحفظي على النسخ المقلدة خلال 03 أيام على الأكثر من تاريخ إخطاره من الديوان، و لرئيس المحكمة أن يأمر بذلك، كما يمكنه أن يأمر بإيقاف كل عملية نسخ جارية ترمي إلى الاستنساخ غير مشروع أو حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة.

إلا أنه و في المقابل و عندما يأمر رئيس المحكمة بهذه الإجراءات التحفظية و بناء على طلب المتضرر صاحب المصنفات الرقمية فعلى هذا الأخير أن يعلم الجهة القضائية التي تفصل في المواد المدنية (دعوى الموضوع) و إلا جاز لرئيس المحكمة أن يرفع يد المؤلف إذا طلب ذلك صاحب الشأن.

ب/ الحماية الجزائية :

لم يكتف المشرع الجزائري في حماية المصنفات الرقمية بالطريق المدني، الذي قد ينتهي و قد لا ينته بصدور حكم يقضي بدفع التعويضات المدنية، و هذه الأخيرة قد تسدد في حالة يسر المحكوم عليه و قد لا تسدد لعسر هذا الأخير أو لتعثره بأي حيلة من الحيل القانونية، وحتى أن المبالغ المحكوم بها تكون زهيدة بالمقارنة مع الأرباح الطائلة

التي يجنيها المقلد خاصة في أنظمة الكمبيوتر⁽²⁰⁾، فالكثيرين منهم لا يأنهون بالتعويضات المدنية، و هذا ناهيك على كون الطريق المدني طريق طويل و شاق و مملوء بكثرة المصاريف و الذي يسلكه الطرف المضرور في نطاق المسؤولية المدنية⁽²¹⁾.

لأجل هذا كله و لأسباب أخرى تكون قد فرضتها الاقتصادية و السياسية و ضرورات العولة لجأ المشرع الجزائري إلى طريق آخر هو الطريق الجنائي، و الذي يبدو من خلال نصوصه العقابية رادعا بحق، و نجد هذه النصوص مغروسة في متن قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة و كذا التعديلات الأخيرة الواردة على قانون العقوبات.

ب/1 أما بالنسبة للنصوص الواردة في قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة :

لقد شملتها المواد من 151 إلى 160 تحت اسم جنحة التقليد، و يقصد بالتقليد حسب الفقه الفرنسي " بأنه عبارة عن عملية نقل لمصنف لم يسقط في الملك العام من غير إذن صاحبه " ⁽²²⁾ و يعرفها آخرون بما يلي " تكون جريمة التقليد بالاعتداء على قوق المؤلف عن طريق القيام بنشر أو استغلال المصنف دون إذن المؤلف أو خلفه ... و تكون كذلك بعرض المصنف المقلد للبيع مع العلم بأمره أو إدخال أو إخراج المصنفات إلى بلده " ⁽²³⁾. و في مجال المصنفات الرقمية فيعد من التقليد نسخ كل منتج فكري في شكل رقمي دون إذن صاحبه، و المشرع الجزائري حدد جنح التقليد في نص المادة 151 - 152 و ذكرها كما يلي :

- (1) الكشف غير المشروع للمصنف (الرقمي).
 - (2) المساس بسلامة المصنف (الرقمي).
 - (3) استنساخ مصنف (رقمي) بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلده .
 - (4) استيراد أو تصدير نسخ من مصنف (رقمي).
 - (5) بيع نسخ مقلدة لمصنف (رقمي).
 - (6) تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف (رقمي).
 - (7) تبليغ المصنف (الرقمي) بأي منظومة معالجة معلوماتية.
- و بالنظر إلى هذه التصرفات غير المشروعة نجد أن المشرع الجزائري قد جمعها و مثلها في صورتين :
- الصورة الأولى : وهي الصورة المثلى لجنحة التقليد و المتمثلة في الكشف غير المشروع و المساس بسلامة المصنف الرقمي و استنساخه و تبليغه بأي طريقة من الطرق.

- أما الصورة الثانية : فهي مجموعة من الأفعال التي اعتبرها المشرع الجزائري مماثلة للتقليد و هي استيراد أو تصدير النسخ المقلدة من مصنف رقمي و كذلك بيعها أو تأجيرها أو وضعها رهن التداول.

و قد وضع المشرع لمرتكب جنحة التقليد عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000) سواء كان الفعل قد حصل في الجزائر أو في الخارج.

و كل من شارك بعمله أو بالوسائل التي يجوزها لارتكاب الأفعال المذكورة أعلاه يعد مرتكبا كذلك جنحة التقليد و يستحق نفس العقوبة.

و إذا كان المقلد في حالة عود فتضاعف العقوبة مرتين، وهذا يتحقق بتحقيق شروط العود و هي سبق الحكم بالإدانة بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه في جريمة تقليد المصنف الرقمي و إعادة متابعة الشخص بنفس الجرم خلال مدة خمس سنوات⁽²⁴⁾.

ب/2 أما بالنسبة لتعديل 15/04 المتعلق بقانون العقوبات :

فقد جاء في نص المادتين 394 مكرر و 394 مكرر 1 تحت قسم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات :

- جريمة الدخول أو البقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات.

- جريمة إدخال بطريق الغش معطيات في نظام.

- جريمة إزالة بعض المعطيات في نظام.

- جريمة تعديل بعض المعطيات في نظام.

- جريمة تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الإيجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم (و يقصد به قسم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات) .

وقد جعل المشرع لهذه الجرائم وصف الجنحة وعاقب حتى على الشروع فيها، مما يؤكد حرص المشرع في تعاطيه مع هذه الجرائم بشيء من الشدة و الحزم.

خاتمة :

لا نخفي على المشرع حرصه الشديد على حماية المصنفات الرقمية بجميع أشكالها، كما لا نجهل تعاطي بعض النخب داخل المجتمع مع العالم الرقمي بشكل يستحق التقدير، إلا أنه لنا بعض الملاحظات نسجلها على كليهما، و هو وجوب قيام كل واحد منهما بدوره كما يلي؛
- على المشرع أفراد باب خاص صلب قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة يتعلق بالمساس بالمصنفات الرقمية لا أن يدمجها ضمن المصنفات الأدبية.

- و أكثر من ذلك على المشرع أن يحدد أو يعدد على الأقل المصنفات الرقمية المنتشرة داخل ساحة المعلوماتيين
- إن صح هذا التعبير - و يترك بعده المجال لاستعمال تقنية التشريع على بياض التي تترك للسلطة التنفيذية في إمكانية إضافة أي مصنف رقمي يطرأ في ظل التطور العلمي.

- على النخبة من رجالات الجامعة و الشريعة الإسلامية من أساتذة ومفكرين و فقهاء و باحثين و إعلاميين المساهمة في زرع أخلاق التعامل مع المصنفات الرقمية و كذا الانترنت، و بضرورة احترام كل الأداءات الفكرية، وهذا من خلال تكثيف الملتقيات و الندوات داخل الجامعة و خارجها و بالحرص الإذاعية و التلفزيونية و كتابة بعض النشرات ... و غيرها من الوسائل المتاحة من أجل توعية النشء حتى لا يتربى على استباحة المعلومة الرقمية مهما كان مصدرها.

الهوامش :

- (1) عارف الطرابيشي، مستجدات حقوق الملكية الفكرية في تقانات المعلومات وصناعة البرمجيات الحاسوبية، مقال إلكتروني على الموقع : www.Arabpip.Org.
- (2) عبد الرحمان خلفي، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، سنة 2007، ص 31.
- (3) عبد العزيز العساف، حماية برامج الحاسب الآلي دوليا (حماية أسباب التطور والابتكار) مقال إلكتروني على الموقع : www.hayet.net
- (4) الجريدة رسمية عدد 44 من سنة 2003 .
- (5) هذا بخلاف الأمر الحامل لرقم 14/73 الصادر بتاريخ 1973/04/04 و المتعلق بحقوق المؤلف، الملغى بالأمر 10/97 الصادر بتاريخ 1997/03/06 و الذي يعرف المصنف و بالضبط في نص المادة الأولى منه بأنه " ... كل إنتاج فكري مهما كان نوعه و صوره و تعبيره و مهما كانت قيمته و مقصده و أن يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف " .
- (6) عبد الحميد المنشاوي، حماية الملكية الفكرية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، ص 18.
- (7) محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1983، ص 144.
- (8) عبد الرحمان خلفي، الأنترنت و القانون، مقال بنشرة الحامي الصادرة عن المنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، عدد 00 ، ماي 2005.
- (9) و لا نستغرب أن مجتمعا مثل المجتمع الفرنسي لديهم هذا المشكل و بحلة، بحيث نجد أكثر من ثمانية مليون فرنسي يتعاملون مع المنتج الرقمي باستباحة تامة و هذا ما وجدناه في مقال إلكتروني بعنوان: ثمانية ملايين جانح (مجرم) هل توجد ثقافة دون مقابل في الأنترنت? 8 millions de délinquants ? WWW.INTERNETACTU.NET على الموقع 1- Y a-t-il une « culture du gratuit » sur l'interne ? كتابة المؤلف DANIEL KAPLAN بتاريخ 2004/01/28 ، زيارة الموقع 2007/05/09 .
- (10) كمال بطوش، الجريمة الإلكترونية (بيئة متطورة للاعتداء على الخصوصية) مقال منشور بنشرة الحامي للمنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، عدد 05 مارس 2007 ، ص 73.
- (11) محمد عدنان سالم، سلبيات استباحة حقوق المؤلف، ندوة وزارة الإعلام في الرياض بتاريخ 16-17 أفريل 2003، مقال إلكتروني على الموقع : www.Arabpip.Org.
- (12) الحاسب الآلي عبارة عن آلة حاسبة إلكترونية و ليس عقلا إلكترونيا كما يظن البعض، حيث أن من سمات العقل القدرة على التفكير و الابتكار، و هذه الملكات لا يمكن للحاسب الآلي القيام بها، فلحاسب يستقبل البيانات أو المعطيات و يخزنها في ذاكرته إلى حين الحاجة إليها، كما يقوم بمعالجتها على النحو المطلوب بغية الوصول إلى نتائج محددة (جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي و التكنولوجيا الحديثة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 4 ، نقلا عن السيد محمد خشبة، مقدمة في الحاسبات الإلكترونية، دون ذكر الدار، و البلد، سنة 1984، ص 21.
- (13) أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 9 ، 10.
- (14) عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق ، ص 46.
- (15) عبد الرحمان خلفي، حماية الملكية الرقمية، مقال منشور على نشرة الحامي الصادرة عن المنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، العدد 01، ديسمبر 2005.

17/16) عبد الرزاق أحمد السنهوري (رحمه الله) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية) الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الجزء الثامن، سنة 1998، ص 291 إلى 293.

19/18) نعيم مغيب، الملكية الأدبية و الفنية والحقوق المجاورة (دراسة في القانون المقارن) طبعة أولى، دون ذكر دار النشر، لبنان، سنة 2000، ص 23-24.

20) محمد ناجي، كيف نواجه تحديات الجريمة الإلكترونية، مجلة الشرطة، الإمارات، العدد 342، جويلية 1999، ص 30.

21) حازم عبد لسلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، دون طبعة، مطبوعات وزارة الثقافة، عمان، سنة 1999، ص 198.

Claude COLOMBET, Propriété Littéraire Et Artistique, Précis Dalloz, P288.22

23) حازم عبد السلام المجالي، المرجع السابق، ص 199.

24) محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985، ص 106.

العقوبات التأديبية لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل



إعداد: عبدالله سليمان أبوزيد : ماجستير في القانون العام من جامعة جرش / كلية الحقوق / الأردن

ضابط في الشرطة الأردنية بمهنة محاضر ومدرّب في مركز تدريب وتطوير مراكز الإصلاح والتأهيل

متخصص في برامج الإصلاح والتأهيل، والقوانين والمعايير الدولية ذات العلاقة بعمل (السجون)

Email : Abdullah.Abuza'id@hotmail.com

ملخص البحث :

بما أن موضوع العقوبات التأديبية بالنسبة لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل بحاجة إلى الإحاطة بكافة جوانبه القانونية وضمانات توقيعه، فقد جاء هذا البحث الذي يجمع ما بين القواعد الدولية لمعاملة السجناء، والمبادئ المستقرة في القانون الإداري، وعلم الإجرام والعقاب للتعريف بمفهوم مراكز الإصلاح والتأهيل، وتوضيح النظام الداخلي لها، وبيان أهداف العقوبات التأديبية الإدارية المقررة في قانونها، والأسس التي تستند إليها صلاحية مدراء هذه المراكز في إصدار العقوبات التأديبية بحق المخالفين من نزلائها، وكذلك البحث في مشروعية هذه العقوبات، والضمانات التي تحول دون تعسف الإدارة في توقيعها بحق النزلاء، ومناقشة إمكانية إلغاء أو تعديل العقوبة التأديبية بعد توقيعها، ووسيلة الطعن فيها حال توافر أحد الأسباب القانونية للطعن فيها من صاحب المصلحة.

وقد عمل الباحث من خلال ما توفر من مراجع ومصادر علمية، وما توفر له من خبرة عملية في سنوات مهنته الوظيفية في مراكز الإصلاح والتأهيل على إعداد هذا البحث، لتوضيح ما أمكن حول العقوبات التأديبية الواردة في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م، ومقارنتها بالمبادئ التي تحكم العقوبات التأديبية في القانون الإداري، والمعايير الدولية التي تضمنتها قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء التي أوصيَ باعتمادها في مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين.

وقد تم تقسيم هذا البحث بما يضمن وصول المعلومة بشكل سهل ومترابط يمكن القارئ من فهمها والإلمام بموضوعها، حيث تضمن المبحث الأول مفهوم مركز الإصلاح والتأهيل، والسند القانوني لإدارته، ونظامه، وأهداف

العقوبات التأديبية، ودور الحراسة والرقابة في كفالة النظام، وتضمن المبحث الثاني المخالفات والعقوبات التأديبية وسلطة إلغائها أو تعديلها، والضمانات القانونية التي تحول دون تعسف السلطة الإدارية في إصدار قراراتها. الكلمات المفتاحية : النزول ، مراكز الإصلاح والتأهيل، مدير المركز، مدير الإدارة، العقوبات التأديبية الإدارية، القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

Research Summary :

Since the subject of disciplinary sanctions for guests reform and rehabilitation centers need to study in order to take in all aspects of legal guarantees signed , came this study that combines international rules for treatment of prisoners , and established principles of administrative law , and criminology and punishment for the definition of the concept of reform and rehabilitation centers , and to clarify the rules of procedure to her, and the statement of the objectives of the disciplinary action to be in the law , and the basis for the validity of the managers of these centers in the issuance of disciplinary sanctions against violators of the guests , as well as research into the legality of the disciplinary sanctions and administrative safeguards that prevent abuse administration in signing the right guests, and discuss the possibility of repeal or amend the disciplinary punishment after the signing , and a means to challenge the availability of a case where legal grounds to challenge the interests of the owner .

The work of the researcher through the availability of references and scientific sources , and provide him with practical experience in the years of his career career in correctional and rehabilitation centers in the preparation of this study , to clarify as much as possible about the disciplinary sanctions contained in the law reform and rehabilitation centers No. 9 of the year 2004 , and compared to the principles governing disciplinary action in administrative law , and international standards contained in the Minimum Rules for the Treatment of prisoners , which I would recommend for adoption at the first United Nations Conference for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders .

Has adopted this study on the analytical method in the research and evaluation of the legal texts governing the legality of disciplinary sanctions relating to inmates reform and rehabilitation centers , as well as the introduction of the curriculum Comparative in some places ; that theme combines the rules of Jordanian law and international rules for treatment of prisoners , and established principles of law administrative and criminology and punishment.

Has been divided this study to ensure the arrival of the information in an easy and coherent can the reader to understand and knowledge of subject matter , which included the first research center concept of reform and rehabilitation , and the legal basis for his administration , and his

regime , and the objectives of the disciplinary action , and the role of the guard and supervision to ensure that the system, and ensure that the second section of violations and sanctions the disciplinary authority canceled or modified , and the legal safeguards that prevent abuse of administrative authority in issuing decisions.

المقدمة :

تقوم الدولة بتقديم الخدمات المختلفة و رعاية المصالح العليا لمواطنيها، وتعتبر المرافق العامة من أهم الشخصيات المعنوية التي تقدم الخدمات العامة في الدولة، ومنها الأمن العام وما يقدمه من خدمات مختلفة في شتى المجالات، وخصوصاً في إدارة وتسيير مراكز الإصلاح والتأهيل، التي تعتبر من المرافق العامة الإدارية، فقد جاء بنص المادة (4) من قانون الأمن العام أن من واجبات القوة الرئيسية إدارة السجون وحراسة السجناء، وأن مثل هذه المرافق بحاجة إلى تنظيم قانوني وإداري يسمح باستمرار سيرها بانتظام واضطراد لتحقيق الغاية والأهداف التي أنشئت من أجلها.

وقد تميزت مراكز الإصلاح والتأهيل بطبيعة خاصة من حيث نوعية وحساسية الخدمة التي تقدمها، فهي تعمل على إيواء الأشخاص المحكومين أو الموقوفين إثر ارتكابهم جرائم مختلفة، وتقرر وضعهم في هذه المراكز لحماية المجتمع من أفعالهم الجرمية، وقد حدد المشرع الأردني كافة الإجراءات المتعلقة بنظام عمل مراكز الإصلاح والتأهيل ضمن قانونها رقم 9 لسنة 2004م، وذلك لضمان السيطرة على هذه الفئة من الأشخاص، وتحقيق الأهداف المتمثلة بتقويم سلوكياتهم المنحرفة ودحض شريعة الغاب بعدم السماح لأي منهم بالاعتداء على الآخر، عن طريق إلزامهم بإطاعة الأوامر المشروعة التي تهدف إلى إصلاحهم وتأهيلهم تمهيداً للإفراج عنهم وإعادة دمجهم في المجتمع كأفراد صالحين، وفقاً للسياسات العقابية الحديثة.

وفي سبيل تلك الأهداف فقد كان في غاية الأهمية وجود نظام إداري تأديبي يضمن المحافظة على النظام الداخلي لهذه المراكز ويكفل حسن سيرها، وأن يتضمن هذا النظام واجبات السلوك المقررة على النزلاء ضمن نصوص قانونية تتيح للسلطة الإدارية لكل مركز صلاحية محاسبة من يخرج عن السلوك الصحيح، لتتمكن من أداء رسالتها، والحفاظ على التوازن القائم على الحزم في إدارة هذه المراكز من جانب، وعدم تعسف السلطة الإدارية في استخدام صلاحياتها من جانب آخر، فبالرغم من أن مراكز الإصلاح والتأهيل تحوي بداخلها أشخاص قيدت حريتهم نتيجة ارتكابهم جرائم مختلفة، ومنهم الشخص العادي ومنهم الخطير، إلا أن لهؤلاء الأشخاص حقوق لصيقة بصفاتهم وكرامتهم الإنسانية، ولا يجوز المساس بها أو انتهاكها، وهذه الحقوق يقابلها واجبات تترتب على كل نزير تجاه المركز وتجاه النزلاء الآخرين، ويجب الالتزام بها، وهذا ما سنعينا نحو توضيحه بالرجوع إلى قانون مراكز الإصلاح والتأهيل وأسس علم الإجرام والمبادئ المستقرة في القانون الإداري والقواعد الدولية لمعاملة السجناء.

أهمية البحث :

تبرز أهمية هذا البحث من أهمية الموضوع الذي تناوله، ومن ندرة الكتب والأبحاث التي تتعامل مع مثل هذا الموضوع، ذلك أن العقوبات التأديبية بالنسبة للوظيفة العامة قد تضمنها العديد من المؤلفات وجرى عليها العديد من الأبحاث وخلصت نتائجها إلى أراء مستقرة ، ولذلك فقد كان لا بد من أن يتم البحث بموضوع العقوبات التأديبية الإدارية المتعلقة بنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل.

إشكالية البحث :

تعد العقوبات التأديبية الإدارية لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل من إحدى الصلاحيات الهامة لمدراء هذه المراكز، وتهدف إلى ضمان التزام النزلاء بقواعد الانضباط المقررة داخل المراكز، وأن إجراءات تطبيق هذه العقوبات والصلاحيات الممنوحة في ذلك يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، وبما يحترم حقوق الدفاع كاملة قبل إيقاع العقوبات، ولذلك فقد كان لابد من وضع الأسس التي تضمن التطبيق الصحيح للقواعد القانونية التي أقرت العقوبات الإدارية، وبما يراعي التوازن فيما بين صلاحية مدراء مراكز الإصلاح والتأهيل في إيقاع هذه العقوبات من جهة، وضمان حقوق النزلاء في عدم التعسف في إيقاع العقوبات بحقهم من جهة أخرى.

أهداف البحث :

نظراً لأهمية الموضوع والإشكالية التي تواجه تطبيقاته، وعدم وجود دراسات سابقة لهذا الموضوع، فإن الهدف الذي يسعى إليه البحث هو توضيح الإجراءات والضمانات القانونية الخاصة بالعقوبات التأديبية الإدارية الواردة في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م، وبيان المبادئ التي تحكمها في القانون الإداري، والمعايير الدولية ذات العلاقة، للوصول إلى التطبيق القانوني السليم.

منهجية البحث :

اعتمدت هذا البحث على المنهج التحليلي في البحث والتقييم للنصوص القانونية والمعايير الدولية التي تحكم مشروعية العقوبات التأديبية المتعلقة بنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل؛ ذلك أن موضوعها يجمع ما بين قواعد القانون الأردني والقواعد الدولية لمعاملة السجناء، والمبادئ المستقرة في القانون الإداري وعلم الإجرام والعقاب.

المبحث الأول : مفهوم مركز الإصلاح والتأهيل وأهداف العقوبات التأديبية الإدارية :

قبل الدخول في ماهية العقوبات التأديبية المقررة في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل والإجراءات القانونية المتعلقة بها، كان لا بد لنا من التعريف بمركز الإصلاح والتأهيل ونظامه الداخلي، و توضيح الأهداف القانونية للعقوبات التأديبية الإدارية في المؤسسات العقابية ودور الحراسة والرقابة الأمنية في حفظ النظام داخلها.

المطلب الأول : مفهوم مركز الإصلاح والتأهيل ونظامه الداخلي :

الفرع الأول : التعريف بمركز الإصلاح والتأهيل والسند القانوني الذي يحكم إدارته :

يعتبر مركز الإصلاح والتأهيل مؤسسة لتنفيذ العقوبات القضائية الصادرة بحق الأشخاص المخالفين للقانون، وتصنف من الناحية القانونية بأنها مرفقاً عاماً إدارياً⁽¹⁾، والدور الأساسي لمركز الإصلاح هو دور تنفيذي للعقوبة بهدف حماية المجتمع وضمان أمنه وسلامة أفراد، وقد كان في الماضي مكاناً مخصصاً لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية لا أكثر، بحيث تكون وظيفته وقائية لمنع ارتكاب جرائم جديدة، إلا أنه في ضوء الاتجاهات الإنسانية الحديثة في تنفيذ العقوبات القضائية أصبحت مراكز الإصلاح أداة لتقويم سلوك النزلاء⁽²⁾، وتهيئتهم عن طريق برامج تعمل على

⁽¹⁾ شطناوي، علي خطر، (2009)، القانون الإداري الأردني - الكتاب الأول، ط1، دار وائل للنشر: عمان، ص 217. وللمؤلف نفسه، (2008)، مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، ط1، دار وائل للنشر: عمان، ص 221.

⁽²⁾ النزول : هو الشخص، أذكراً كان أم أنثى، الذي يودع في مركز الإصلاح والتأهيل لتنفيذاً لقرار صادر عن جهة قضائية أو أي جهة مختصة ، وذلك وفقاً لما عرفتته المادة الثانية من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004 م .

إصلاحهم وتهذيبهم وتهيئتهم بما يحفظ كرامتهم الإنسانية للعودة والاندماج في المجتمع بعد الإفراج عنهم⁽¹⁾، فزيادة الاهتمام بحقوق الإنسان، وتطور النظريات والأفكار العقابية المعاصرة قد جعلت الجرم أقرب ما يكون إلى المريض، الذي يحتاج إلى العلاج بالعقاب والتأهيل لإعادة إدماجه في المجتمع كفرد صالح وسوي، وليس الانتقام منه لمجرد الإيلاام⁽²⁾.

ووفقاً لخطة المشرع الأردني، فقد تم تنظيم كافة الموضوعات المتعلقة بمراكز الإصلاح والتأهيل بشكل مفصل بموجب قانون خاص بها، سُمي قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م، وقد كانت جميع نصوص هذا القانون متوافقة مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالجوانب الإدارية فقد بينت الفقرة(أ) من المادة الخامسة من هذا القانون الناحية الإدارية للمراكز، حيث جاء فيها: "تتم إدارة المراكز وحراسة النزلاء فيها وفقاً لتعليمات يصدرها الوزير"، والوزير المعني بأحكام هذه المادة القانونية هو وزير الداخلية، وبذلك فإن الشخص المخول بإصدار التعليمات المتعلقة بالإجراءات الإدارية لمراكز الإصلاح والتأهيل هو وزير الداخلية.

ومن خلال بحثنا نجد أن التعليمات التي صدرت من قبل وزير الداخلية في هذا الخصوص قد أناطت المسؤولية المباشرة للإدارة والإشراف على مركز الإصلاح والتأهيل إلى مدير المركز⁽⁴⁾، على أن يقوم بمهامه وفق أحكام القوانين والتعليمات النافذة، وهذا ما جسده الفقرة (ج) من المادة الثانية من تلك التعليمات، وأكدت ذلك المادة (3/و) من ذات التعليمات حيث جاء فيها: "يتولى مدير مركز الإصلاح مهام إدارة المركز وإيواء النزلاء وإطعامهم ورعايتهم وتأهيلهم وفق البرامج المعدلة لذلك والحفاظة عليهم وعلى أشيائهم الخاصة".

كما حددت التعليمات تبعية كافة مدراء مراكز الإصلاح والتأهيل إلى مدير إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل، الذي أنيط به مسؤولية الإدارة والإشراف على كافة مراكز الإصلاح والتأهيل، والذي يرتبط بدوره بمدير الأمن العام من خلال مساعده للشرطة القضائية⁽⁵⁾.

وكون مراكز الإصلاح والتأهيل تعتبر من المرافق العامة الإدارية، التي يتم إدارتها بأسلوب الإدارة المباشرة، وأسلوب القانون العام بأن تتولى الدولة إدارتها بنفسها، ولحسابها، بحيث تتولى تنظيمها وتشغيلها وتعيين موظفيها وتمويلها، وتحمل مخاطر تشغيلها والمسؤولية التي قد تترتب عن ذلك⁽⁶⁾، وبما أن هذه المراكز تأوي الأشخاص المحكومين أو الموقوفين على خلفية ارتكابهم جرائم مختلفة، فقد كان لا بد من اتخاذ كافة الإجراءات التنظيمية والإدارية في سبيل

⁽¹⁾ المادة (4) من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م: (تناط بالمركز مهمة الاحتفاظ بالنزلاء وتأمين الرعاية اللازمة لهم وتنفيذ برامج إصلاحية تساعد على العودة إلى المجتمع وأخرى تأهيلية تمكنهم من العيش الكريم).

⁽²⁾ سعد، بشرى رضا، (2013)، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، ط1، دار وائل: عمان، ص 21.

⁽³⁾ القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955 وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره رقم 2076 (د-62) المؤرخ في 13 أيار 1977م.

⁽⁴⁾ الجريدة الرسمية الأردنية، تعليمات إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل وحراسة النزلاء وحقوقهم، العدد(4524)، تاريخ 2001/12/31م.

⁽⁵⁾ المادة الثانية من تعليمات إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل وحراسة النزلاء وحقوقهم الصادرة من قبل وزير الداخلية وزير الداخلية :

"أ- يتولى مدير إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل مهمة الإدارة والإشراف على مراكز الإصلاح والتأهيل ويرتبط بالمدير من خلال مساعده للشرطة القضائية.

ب- يرتبط مدراء مراكز الإصلاح والتأهيل مباشرة مع مدير إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل.

ج- يعتبر مدير مركز الإصلاح والتأهيل هو المسؤول المباشر عن الإدارة والإشراف على المركز الذي يرأسه وفق أحكام القوانين والتعليمات السارية المفعول."

⁽⁶⁾ شطناوي، علي خطار، المصدر السابق، ص 263-266.

حفظ النظام بداخلها، وتقديم الرعاية لهذه الفئة من الأشخاص بقصد تأهيلهم، وبذات الوقت المحافظة عليهم وعلى كرامتهم الإنسانية؛ فالرعاية المقدمة لهم تمتد إلى جميع أنواع الرعاية اللازمة للمحافظة عليهم وعلى سلامتهم الصحية والنفسية والبدنية، بالإضافة إلى ضرورة ضمان أمن وسلامة الموظفين العاملين في هذه المراكز من خلال فرض سيادة القانون والنظام داخل كل مركز من هذه المراكز .

الفرع الثاني : النظام داخل مراكز الإصلاح والتأهيل :

لمفهوم النظام في مركز الإصلاح والتأهيل مدلولان : مدلول متسع، ومدلول ضيق. فللمدلول الأول يشمل القواعد العامة التي تحدد السلوك على نحو يقود النزيل نحو هدف الإصلاح والتأهيل؛ وتفرض هذه القواعد إطاعة الأوامر، والمواظبة على البرامج التأهيلية المفروضة داخل مراكز الإصلاح، بما فيها المشاركة بالمواعظ والدروس والنشاطات، التي هدفها حمل النزيل على الاستفادة من النظم التهذيبية والتأهيلية المقررة لضمان تقويم سلوكه، تمهيداً للهدف المنتظر عقب الإفراج عنه، وهو إعادة إدماجه في المجتمع كفرد صالح وسوي دون العودة للانحراف وارتكاب الجرائم⁽¹⁾.

أما النظام في مدلوله الضيق، فهي القواعد التي تحول دون عموم الفوضى داخل مراكز الإصلاح والتأهيل، بحيث تفرض السكينة والهدوء، وتسير العمل في المركز وفق ما تحدده القوانين واللوائح، وبما يضمن ضبط سلوك النزلاء للحيلولة دون ارتكابهم المخالفات بهدف دحض شريعة الغاب، وبذات الوقت المحافظة على حقوق النزلاء القانونية والمساواة فيما بينهم، وعدم السماح لأي منهم بالاعتداء على الآخر.

وهكذا فقد كان لا بد من وجود نظام تأديبي، له أهداف وغاياته التي من أهمها ضمان حسن سير مركز الإصلاح والتأهيل، من أجل تحقيق الغايات التي أنشئ من أجلها⁽²⁾.

المطلب الثاني : أهداف العقوبات التأديبية الإدارية ودور الحراسة في حفظ النظام :

الفرع الأول : أهداف العقوبات التأديبية الإدارية :

إن الغرض أو الغاية من العقوبات التأديبية الإدارية قانوناً هي النتيجة النهائية التي تسعى إلى تحقيقها السلطة التأديبية من وراء اتخاذ حكمها أو قرارها التأديبي، ويمكن تصنيف هذه الأهداف ضمن ثلاثة محاور⁽³⁾ :

أولاً - الإصلاح التنظيمي للمركز :

أي أن هدف العقوبة التأديبية بهذا الشأن هو حماية المرفق العام (مركز الإصلاح والتأهيل)، والحفاظ على نظامه وحسن سيره بتناسق مستمر، وبما يمنع ارتكاب المخالفات وانتشار الفوضى، وذلك لتحقيق الغاية التي أنشئ من أجلها المركز، وليتمكن من تحقيق رسالته؛ ذلك أن العقوبة تكفل استقرار قواعد النظام العام، وبالتالي تحقيق أهداف المصلحة العامة.

⁽¹⁾ حسني، محمود نجيب، 1973، علم العقاب، ط2، دار النهضة العربية: القاهرة، ص 445 .

⁽²⁾ شطناوي، علي خطار، (2003)، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر: عمان، ص 659 - 662 .

⁽³⁾ الشخيلي، عبدالقادر، (1983)، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع: عمان، ص 221 .

ثانياً - الإصلاح الشخصي للنزير :

أي انه ينبغي أن ترمي الوسائل الانضباطية داخل المراكز إلى إصلاح النزلاء وتوجيههم، وذلك بثني مرتكبي المخالفات لكي لا يعودوا إلى ارتكابها مرة أخرى، وإلزامهم باحترام قواعد السلوك القويم، مع مراعاة عدم التشهير بهم أو الانتقام منهم، وأن يتم توقيع العقوبات وفق اعتبارات العدالة وظروف المخالفة، للمساهمة في تكوين ضمير إنساني وأخلاقي لكافة النزلاء في المركز .

ثالثاً - الدور الوقائي :

والوقاية ترتبط بالإصلاح الشخصي للنزير، حيث أن العقوبة التأديبية من شأنها أن تعمل على ردع من توقع بحقه، وتحمل لديه إحساساً بأن المخالفة يترتب عليها جزاء، وأن الصواب عدم عودته لتكرارها.

كما أن العقوبة التأديبية تحقق نوعاً من الردع العام لباقي النزلاء في مراكز الإصلاح والتأهيل، فالوقاية العامة تنبع من مفهوم الرهبة من العقاب الفعّال، إذ تجعل النزلاء الآخرين في حالة تردد وتفكير بالعاقبة في حال ارتكابهم للمخالفات.

ولتحقق الوظيفة الوقائية بشكل فعّال، فإنه يجب أن تحرص إدارة مركز الإصلاح على تعريف النزلاء الموجودين لديها بقواعد السلوك المفروضة عليهم؛ لما لذلك من أهمية في دفعهم على الحرص على النظام داخل المركز⁽¹⁾، وقد أقر هذا الاتجاه في المادة (35) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء⁽²⁾.

ونرى هنا، أن توفير الخدمات والمزايا التي يتمتع بها النزلاء داخل مركز الإصلاح والتأهيل كالزيارات العائلية، والاتصالات الهاتفية والبرامج الترفيهية والثقافية، في ظل الاتجاهات الإنسانية الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية، تجعل من أثر العقوبة أشد وقعاً في نفوسهم، كون العقوبات التأديبية التي تقع بحق المخالف منهم تؤدي إلى خسارته لهذه المزايا إضافة إلى الزجر الذي تسببه العقوبة أساساً، وخصوصاً عقوبة الحجز الانفرادي أو حرمان الزيارة.

الفرع الثاني : دور الحراسة والرقابة في حفظ النظام :

تعتبر الحراسة والرقابة إجراءً ضرورياً لكفالة سيادة النظام سواء في حدوده الخارجية أم الداخلية، فهو الوسيلة لمنع هرب أي نزير لخارج المركز وخرق النظام العام ابتداءً؛ فالهرب رغبة طبيعية للإنسان نحو الحرية، وللحراسة والرقابة الداخلية دوراً كبيراً في كفالة النظام وسيادته داخل مراكز الإصلاح والتأهيل⁽³⁾، كما أن تفعيل الفحص الدقيق لشخصية كل نزير داخل المركز وتصنيفه ضمن الفئة التي تلائم شخصية له أيضاً نتيجة في تحديد المعاملة الملائمة له وضبط سلوكه داخل المركز⁽⁴⁾، وهذه الإجراءات تعد من الأمور الضرورية في متطلبات الأنظمة العقابية،

⁽¹⁾ حسني، محمود نجيب، المصدر السابق، ص 453 .

⁽²⁾ المادة (35) من القواعد النموذجية الدنيا:

1- يزود كل سجين، لدى دخوله السجن، بمعلومات مكتوبة حول الأنظمة المطبقة على فئته من السجناء، وحول قواعد الانضباط في السجن، والطرق المرخص بها

لطلب المعلومات وتقديم الشكاوى، وحول أية مسائل أخرى تكون ضرورية لتمكينه من معرفة حقوقه وواجباته على السواء ومن تكييف نفسه وفقاً لحياة السجن.

2- إذا كان السجين أمياً وجب أن تقدم له هذه المعلومات بصورة شفوية.

⁽³⁾ حسني، محمود نجيب، المصدر السابق، ص 446.

⁽⁴⁾ حسني، محمود نجيب، المصدر نفسه، ص 216.

فقد أكدت القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء على ضرورة تصنيف النزلاء ضمن فئات تضمن الحد من التأثيرات السيئة على بعضهم البعض⁽¹⁾.

وبرأينا يجب أن لا ننسى الدور الحديث لمراكز الإصلاح والتأهيل، وذلك بضرورة العمل على توفير البرامج الثقافية والإرشادية والمهنية المتعددة والمتنوعة، التي من شأنها إشغال أوقات النزلاء، فقد أثبتت التجارب العملية أنه كلما تم إشغال أوقات النزلاء في البرامج التأهيلية المفيدة، كلما قل ارتكابهم للمخالفات، وأنه لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه البرامج، لا بد من توفير الكوادر اللازمة من الموظفين المتخصصين والمؤهلين الذين يعملون على تقديمها، والإشراف على تنفيذها بما يفيد تقويم سلوك النزلاء وتحقيق الغاية المرجوة في إصلاح سلوكياتهم الخاطئة⁽²⁾، تمهيداً لإعادة إدماجهم في المجتمع كأفراد صالحين، مع مراعاة حفظ التوازن ما بين الدور الاجتماعي التأهيلي، والدور الأمني الرقابي اللازم والملائم لحفظ النظام في المركز وتنفيذ البرامج المقدمة فيه، وخصوصاً أن بعض النزلاء قد يكون على مستوى عالي من الخطورة التي تدفعه للاستمرار في ارتكاب الجرائم داخل مراكز الإصلاح حتى أثناء تنفيذه لعقوبته على جرائمه الأساسية.

المبحث الثاني : العقوبات التأديبية الإدارية وضمانات توقيعها :

أخذ المشرع الأردني في تنظيمه لقانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م بالمعايير الدولية في معاملة النزلاء كما بينا سابقاً، ومن ذلك ما ورد ضمن باب الانضباط والعقاب في القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء⁽³⁾، فقد نُظِمَ في نصوص هذا القانون آلية التعامل مع المخالفات التي قد يرتكبها النزلاء أثناء وجودهم قيد مراكز الإصلاح والتأهيل من خلال وضع نظام جزاء تأديبي يضمن حفظ النظام داخل المراكز، فقد بينت المادة 37 منه الأفعال أو الامتناعات التي تعد مخالفات، وحددت المادة 38 العقوبات التي أعطيت كصلاحية يمكن إيقاعها من قبل مدير المركز، وتضمنت المادة 39 الشروط الواجب إتباعها قبل إيقاع العقوبة على النزيل، والمادة 40 أوجبت إحالة النزيل إلى المحكمة المختصة في حال إتيانه لأي فعل مخالف للقوانين والتشريعات الأخرى المعمول بها، وهذا ما سنعمل على توضيحه.

⁽¹⁾ المادة (67) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء:

1. يفصل عن الآخرين أولئك المسجونون الذين يرجح، بسبب ماضيهم الجنائي أو شراسة طباعهم، أن يكونوا ذوي تأثير سيئ عليهم.

2. أن يصنف المسجونون في فئات، بغية تيسير علاجهم على هدف إعادة تأهيلهم الاجتماعي.

⁽²⁾ المادة (66) من القواعد ذاتها : " يجب أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة، ولا سيما الرعاية الدينية في البلدان التي يستطاع فيها ذلك، والتعليم، والتوجيه والتكوين على الصعيد المهني، وأساليب المساعدة الاجتماعية الإفرادية، والنصح في مجال العمالة، والرياضة البدنية وتنمية الشخصية، تبعاً للاحتياجات الفردية لكل سجين، مع مراعاة تاريخه الاجتماعي والجنائي، وقدراته ومواهبه الجسدية والذهنية، ومزاجه الشخصي، ومدة عقوبته، ومستقبله بعد إطلاق سراحه".

⁽³⁾ المادة 29 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء:

" تحدد النقاط التالية، دائماً، إما بالقانون وإما بنظام تضعه السلطة الإدارية المختصة:

(أ) السلوك الذي يشكل مخالفة تأديبية،

(ب) أنواع ومدة العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها،

(ج) السلطة المختصة بتقرير إنزال هذه العقوبات. "

المطلب الأول : المخالفات والعقوبات التأديبية الإدارية :

الفرع الأول : المخالفات التأديبية :

وردت الأفعال التي تعتبر مخالفة لأحكام قانون مراكز الإصلاح في المادة 37 من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، وأوجب القانون على النزلاء عدم مخالفتها تحت طائلة العقوبة الإدارية من مدير المركز، وجاء النص على النحو التالي : "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات وأي قانون آخر نافذ المفعول يعتبر ارتكاب النزيل لأي من الأفعال التالية مخالفة لأحكام قانون مراكز الإصلاح والتأهيل : -

- أ- التمرد أو العصيان أو العنف أو الشروع بأي منها أو التحريض عليها .
- ب- إلحاق الأضرار المادية بأبنية المركز أو ملحقاته أو معداته أو مرافقه.
- ج- حيازة أي مادة محظورة قانوناً أو تم منع حيازتها بموجب تعليمات صادرة من جهة ذات صلاحية.
- د- عدم المحافظة على الصحة العامة أو البيئة أو نظافة أبنية المركز أو ملحقاته.
- هـ- إلحاق مرض أو عاهة أو أذى بنفسه أو بالآخرين عن قصد.
- و- عدم الاعتناء بما يسلم إليه من أدوات أو لوازم.
- ز- عدم القيام بما يعهد إليه من أعمال أو التباطؤ في تنفيذها.
- ح- تقديم الشكاوى الكيدية أو الإدلاء بمعلومات كاذبة أو إلصاق تهم بالآخرين.
- ط- عدم تنفيذ التعليمات المتعلقة بترتيب أو تنظيم شؤونه بما في ذلك نظافة جسمه وملابسه وطعامه وشرابه.
- ي- عدم ارتداء ما يسلم له من ملابس أو إتلافها أو إضاعتها أو التخلي عنها أو بيعها أو رهنها أو إزالة ما عليها من علامات وأرقام .
- ك- الظهور بمظهر مناف للحياة.
- ل- ترك المكان أو الموقع المحدد له دون موافقة إدارة المركز.
- م- إقلاق الراحة العامة في المركز نتيجة إهمال أو سلوك يؤدي إلى ذلك.
- ن- إساءة التصرف مع أي شخص في المركز.
- س- ارتكاب أي مخالفة لتعليمات المركز."

وهكذا نجد أن المشرع الأردني قد حدد الأفعال التي تعد مخالفات للنظام المعمول به داخل مراكز الإصلاح، ولكنه لم يحدد هذه المخالفات على سبيل الحصر، إذ جاء في الفقرة (س) من المادة (37) : "ارتكاب أي مخالفة لتعليمات المركز"، ورأينا بذلك أن المشرع قد فعل حسناً في صياغته لهذه الفقرة، فقد أتاح ملاحقة كل فعل يأتي به النزلاء ويكون من شأنه الإخلال بنظام المركز ولم يرد في قائمة الأفعال التي اعتبرت مخالفة للقانون؛ فالواقع العملي لمراكز الإصلاح يقتضي وجود مثل هذا النص.

كما ونلاحظ بأن المشرع قد أعطى الأولوية لتطبيق أحكام قانون العقوبات، وأي قانون آخر نافذ الصلاحية على أي من المخالفات التي قد يرتكبها النزلاء أثناء وجودهم في المركز، وكان هذا الفعل من شأنه تشكيل مخالفة غير بسيطة ورد النص عليها في تلك القوانين.

فعلى سبيل المثال: إذا ما تم ضبط أي مواد مخدرة بحوزة أحد النزلاء داخل المركز ، فالإجراء القانوني في هذه الحالة هو إحالة النزيل المتهم إلى المحكمة المختصة، لمحاكمته استناداً لقانون المخدرات والمؤثرات العقلية لوجود نص يجرم هذا الفعل في أحكام هذا القانون، وذلك بالرغم من وجود نص المادة 37/ج من قانون المراكز وهو "حيازة أي مادة محظورة قانوناً..."; ذلك أن بداية النص القانوني للمادة 37 قد أوجبت مراعاة أحكام قانون العقوبات والقوانين النافذة الأخرى كأولوية لدى ارتكاب النزيل لأي مخالفة، وباعتقادنا أن ذلك فيه نوع من الحزم في العقاب على المخالفات غير البسيطة، وذلك ما أكدته أيضاً المادة (40) من ذات القانون والتي جاء فيها: "على مدير المركز إحالة أي نزيل إلى المحكمة المختصة لمحاكمته عن أي جريمة يرتكبها خلافاً لأحكام أي تشريع معمول به".

الفرع الثاني : العقوبات التأديبية الإدارية، وسلطة إلغائها، أو تعديلها :

أولاً - العقوبات التأديبية الإدارية :

بعد استعراض الأفعال المحظورة التي عُدَّت مخالفات لأحكام قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، نجد أن هنالك تساؤلاً يثور حول الصلاحيات الممنوحة لمدير المركز في إيقاعه العقوبات التأديبية بحق النزلاء المخالفين للنظام الداخلي للمركز.

والإجابة على هذا السؤال تكمن في نص المادة 38 من ذات القانون ، والتي يستمد منها مدير المركز صلاحياته في إيقاع العقوبة ، فقد جاء في هذه المادة : "إذا ارتكب النزيل أي مخالفة من المخالفات الواردة في المادة (37) من هذا القانون فلمدير المركز أن يوقع عليه وحسب جسامة المخالفة أيًا من العقوبات المسلكية التالية : -

- أ- التنبيه أو الإنذار.
- ب- الحرمان من زيارته مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً شريطة عدم إيقاع هذه العقوبة مرة أخرى قبل مضي أسبوع على انتهاء مدة العقوبة الأولى.
- ج- الحرمان من جزء من المدة المنزلة من المدة المحكوم بها وفقاً لنص المادة (34) من هذا القانون على أن لا تزيد مدة الحرمان على أربعة عشر يوماً في كل مرة.
- د- الوضع في الحجز الانفرادي مدة لا تزيد على سبعة أيام في كل مرة ومنع زيارته خلال هذه المدة.

وهذا النص يبين لنا قائمة العقوبات الممنوحة كصلاحية لمدير مركز الإصلاح والتأهيل، فلا يجوز فرض أي عقوبة غير منصوص عليها صراحة في قائمة العقوبات التأديبية⁽¹⁾، فعلى سبيل المثال : لو تم نقل نزيل ما من مركز لآخر كعقوبة تأديبية بسبب ارتكابه إحدى المخالفات، فإن ذلك يعد نوعاً من العقوبات الإدارية المقنعة⁽²⁾، كما يعد تعسفاً في استخدام السلطة، ولا يتفق مع أحكام قانون مراكز الإصلاح والتأهيل ولا مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

⁽¹⁾ شطناوي، علي خطار، القانون الإداري الأردني، المصدر السابق، ص 255 .

⁽²⁾ شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 537 .

ولمدير مركز الإصلاح والتأهيل وفق القانون حق في توقيع العقوبة التأديبية التي يراها مناسبة وفقاً لتقديره الشخصي، وبما يتناسب وجسامة المخالفة المرتكبة، على أن يراعي في ذلك الشروط الشكلية لإيقاع العقوبة، وقد وردت الشروط الشكلية الواجب إتباعها قبل إصدار عقوبة تأديبية بحق أي نزير في نص المادة 39 ذات القانون، وهي ما يمكن اعتباره ضمانات للنزلاء للحيلولة دون التعسف في استخدام هذه الصلاحيات في مواجهتهم، وهذا ما سيتم بيانه لاحقاً.

ونرى بأن السلطة التقديرية لمدير المركز يجب أن تخضع لقواعد واعتبارات تحقق أهداف العقوبة التي سبق توضيحها، لتكون العقوبة مناسبة ومؤثرة، وتراعي الظروف التي ارتكبت فيها المخالفة، وتراعي حالة النزير فيما إذا كان معتاداً على ارتكاب المخالفات لتشديد العقوبة التأديبية بحقه أو تخفيفها، فقد نجد منهم من يستحق منحه فرصة لعدم تكرار المخالفات، ولذلك نجد أن المشرع قد راعى في تحديده للعقوبات تفريدها، فقد عمل على تنويعها، ووضع حد أعلى وأدنى يفهم ضمناً في كل منها.

وللعقوبات التأديبية مبادئ تحكم اختيارها وتوقيعها، وهذه المبادئ تعتبر كما ذكرنا ضمانات قانونية في مصلحة النزلاء، فهي تحول دون تعسف السلطة الإدارية في استخدام صلاحياتها في مواجهتهم، وتتلخص هذه المبادئ في ثلاثة محاور⁽¹⁾، هي : -

أ- مبدأ مشروعية العقوبة التأديبية :

وهذا المبدأ يقضي بعدم توقيع عقوبات تأديبية لم ترد ضمن قائمة العقوبات التأديبية المنصوص عليها صراحة وعلى سبيل الحصر، كما ويقضي ها المبدأ بعدم مشروعية أي قرار تأديبي لا يصدر من السلطة المختصة التي أناط بها المشرع حق توقيع العقوبة التأديبية، فلا يجوز لسلطة التأديب تفويض غيرها في ممارسة اختصاصها التأديبي⁽²⁾، وبالتالي لا يجوز لغير مدير المركز ممارسة هذه السلطة؛ إذ أنها من اختصاصه حصراً وفق أحكام قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الذي لم يرد في نصوصه ما يسمح بتفويض هذه الصلاحية لغير المدير، ويستثنى من ذلك حالات الإنابة، ففي حالة تغيب المدير الأصيل في بعثة أو دورة أو إجازة رسمية أو أي ظرف غير ذلك، فإن النائب يحل تلقائياً محل صاحب الاختصاص الأصيل ويباشر اختصاصاته وصلاحياته⁽³⁾.

ب- مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة :

ويعني هذا المبدأ أن تراعي سلطة التأديب عند توقيع العقاب تحديد مدى تناسبها مع درجة المخالفة المرتكبة، أخذة في عين الاعتبار السوابق والظروف المشددة والظروف المخففة والملازمة لهذه المخالفة، وهكذا يقوم مبدأ التناسب بين المخالفة والعقوبة على أساس وجوب أن يكون الجزاء قدر الذنب، أي متناسباً مع الذنب، وبذات الوقت مراعاة عدم المغالاة أو التساهل في العقوبة التأديبية المتخذة بحق النزير المخالف، ويستفاد من بعض أحكام محكمة العدل العليا قياساً على ذلك، أنها أكدت على التزام السلطات التأديبية بإعمال مبدأ التناسب وقررت حقها في الرقابة على ملائمة العقوبة مع المخالفة وأن الهدف من التأديب هو تأمين انتظام سير المرافق العامة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ كنعان، نواف، (2012)، القانون الإداري الأردني - الكتاب الثاني، ط4، دار الآفاق المشرقة: الشارقة، ص 169 .

⁽²⁾ كنعان، نواف، المصدر نفسه، ص 170 .

⁽³⁾ شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 488 - 493.

⁽⁴⁾ محكمة العدل العليا الأردنية، القرار رقم 89/85، مجلة نقابة المحامين، عدد عام 1980، ص 608 .

ج- مبدأ عدم جواز تعدد العقوبات التأديبية :

ويعني هذا المبدأ عدم جواز المعاقبة عن مخالفة واحدة بعقوبتين تأديبيتين أصليتين ما لم يرد نص يسمح بذلك، وقد أكدت محكمة العدل العليا على الأخذ بهذا المبدأ فقضت في بعض أحكامها (بعدم جواز توقيع عقوبتين تأديبيتين عن الخطأ الواحد)⁽¹⁾.

ومع كل ما سبق من عقوبات و ضمانات، فقد كنا نتمنى لو أن المشرع نظم وسيلة مبسطة ضمن قانون مراكز الإصلاح، لتحصيل قيمة الأضرار التي قد تلحق في الأموال العامة نتيجة مخالفات النزلاء، كالمخالفات التي تلحق ضرراً بأبنية المركز أو إتلاف ما يسلم للنزير من عهدة، وذلك بدلاً من ترك آلية التحصيل للقواعد العامة في القانون المدني التي لا تتماشى مع طبيعة الضرر الناتج عن بعض المخالفات المرتكبة من قبل نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، بسبب بساطة القيمة المادية لمعظم الأضرار التي تلحق، ومثال ذلك كسر أحد أنوار الإضاءة، فالمبلغ الذي يمكن تقديره تعويضاً لهذا الضرر لا يتناسب والجهد المبذول في تحريك دعوى مدنية ضده للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق، بينما تراكم مثل هذه الخسائر يؤدي إلى تراكم المبالغ التي تنفق في أغراض الصيانة، مما يحمل خزينة الدولة مبالغ إضافية هي بغنى عنها فيما لو تم تنظيم طريقة مبسطة لتحصيلها من خلال الحساب الخاص للنزير المتسبب، أضف إلى ذلك أن نتيجة تحمل النزير المتسبب بالضرر لقيمة ما ألحقه تؤدي ولو نسبياً إلى شعوره بالمسؤولية مما قد يحول دون تكراره لفعله.

ثانياً - إيقاف تنفيذ العقوبات التأديبية الإدارية أو إلغائها أو تعديلها :

تعد قرارات إيقاف العقوبة قرارات إدارية، تخضع للنظام القانوني الذي تحكمه قواعد القانون الإداري⁽²⁾، ولدى دراسة نصوص التأديب الإداري لنزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، وبالبحث الدقيق فيما سبق، نلاحظ بأن قانون مراكز الإصلاح والتأهيل قد حدد السلطة المختصة بإيقاع العقوبات التأديبية بحق النزلاء، وهي السلطة الإدارية محددة بمدير المركز، ولكن لم يرد في هذا القانون أي ذكر للسلطة المختصة بإصدار قرار لتعديل، أو إلغاء، أو سحب قرار إيقاف العقوبة عند تقدير السلطة الإدارية لذلك، وبالتالي من يملك هذه الصلاحية؟ ... وماذا لو كان قرار إيقاف العقوبة معيباً؟

للإجابة على ذلك فإننا نجد أن مبادئ القانون الإداري تتضمن قاعدة "توازي الاختصاص" والتي يمكن إعمالها في هذه الحالة، فهذه القاعدة استقر الأخذ بها كمصدر من مصادر الاختصاص في القرارات الإدارية، وتقضي بأن: (تتمتع السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار إداري معين بصلاحية إصدار قرار بإلغاء القرار السابق أو تعديله، وذلك عندما يحدد المشرع جهة إصدار القرار ولا يحدد الجهة المختصة بإلغائه وتعديله)⁽³⁾، وقد طبقت محكمة العدل العليا هذه القاعدة في بعض أحكامها كمصدر من مصادر الاختصاص في القرار الإداري⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بتعديل القرارات التأديبية، فإننا ومن خلال البحث نجد أن الأصل في قواعد القانون الإداري لا تجيز إلغاء أو تعديل القرارات الإدارية الفردية المشروعة، ولكن استثناءً من هذا الأصل، يجوز للإدارة تعديل القرار

⁽¹⁾ محكمة العدل العليا الأردنية، القرار رقم 76/76، مجلة نقابة المحامين، سنة 1977، ص: 632.

⁽²⁾ شطناوي، علي خمار، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 660.

⁽³⁾ كنعان، نواف، المصدر السابق، ص 239.

⁽⁴⁾ محكمة العدل العليا الأردنية، القرار رقم 2010/277، والقرار رقم 5/22، مجلة نقابة المحامين، عدد سنة 1980، ص 1489.

الإداري الفردي المشروع أو إلغائه إذا وجدت المبررات القانونية لذلك⁽¹⁾، وهذا ينطبق على العقوبات التأديبية الواقعة بحق نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل.

أما إذا كان قرار إيقاع العقوبة معيماً بأحد عيوب القرار الإداري، كعيب الشكل مثلاً، بأن صدر قرار العقوبة دون التقيد بالإجراءات الشكلية الواجبة الإلتباع، فإنه في هذه الحالة يجوز للجهة مصدرة القرار سحب قرارها نهائياً أو تعديله وتصحيحه، فالقرارات الإدارية المعيبة يجوز سحبها سواء خلال تنفيذها أو بعد انقضائها⁽²⁾.

وبما يتعلق في هذا الجانب ، فإننا نُلخِّص قول الدكتور محمود نجيب حسني فيما ورد في علم العقاب : (بأن قواعد السجون الفرنسية والإنجليزية أجازت لمن يملك صلاحية إيقاع الجزاء التأديبي بحق السجناء سلطة الإعفاء من الجزاء كله أو جزءاً منه، أو إبداله بآخر أخف منه، وأنه لا نزاع في جدوى تطبيق هذه النظم على الجزاءات التأديبية إذا تحققت أهدافها)⁽³⁾، ونظراً لما توفر لنا من مشاهدات واقعية في بيئة العمل الميداني فإننا نؤيد هذا الرأي.

أما فيما يتعلق بالسلطة الرقابية اللاحقة على قرارات إيقاع العقوبة من قبل مدير المركز، فإن مدير الإدارة بموجب سلطته الرئاسية على كافة مدرء مراكز الإصلاح والتأهيل⁽⁴⁾، يملك سلطة رقابية لاحقة تتمثل في سلطة سحب قرار مدير المركز، أو إلغائه، أو تعديله، ويستطيع مدير الإدارة ممارسة سلطته الرقابية اللاحقة من تلقاء نفسه أو بناءً على تظلم يقدم إليه من قبل صاحب المصلحة، إذ يستمد مدير الإدارة حقه في مباشرة هذه الرقابة من موقعه في الهرم الإداري، وهذا ما استقرت عليه قواعد القانون الإداري بهذا الخصوص⁽⁵⁾.

كما ويمكن الطعن في قرارات التأديب الصادرة بحق النزلاء، من خلال القضاء الإداري ممثلاً بمحكمة العدل العليا، ويحق لأي متضرر من هذه العقوبات أن يطلب الطعن فيها وفقاً لأحكام المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا النافذ حالياً؛ ذلك أن القرارات التي تصدر من مدير مركز الإصلاح والتأهيل بخصوص العقوبات التأديبية هي قرارات إدارية، وتخضع للقواعد والمبادئ العامة في القانون الإداري⁽⁶⁾، ويمكن مخاصمة مشروعيتها بدعوى تجاوز حدود السلطة لدى القضاء الإداري⁽⁷⁾.

المطلب الثاني : ضمانات توقيع العقوبات التأديبية الإدارية وتدابير التحفظ.

الفرع الأول : ضمانات النزلاء من عدم التعسف في توقيع العقوبات التأديبية بحقهم.

يتوجب على السلطة الإدارية لدى إصدارها لقراراتها أن تراعي فيها جانب الشكل - أي أن تصدر القرارات وفق الإجراءات الشكلية التي حددها القانون - ، وخصوصاً فيما يتعلق بالعقوبات التأديبية التي يحرص فيها المشرع على تحقيق العدالة، ويهدف من خلالها إلى ضبط النظام من جهة، وضمان عدم تعسف السلطة في استخدام صلاحياتها من جهة أخرى، وهذا يتحقق من خلال التقيد بالإجراءات الشكلية التي تفرض التقيد بإجراءات معينة

⁽¹⁾ كنعان، نواف، المصدر السابق، ص 284 .

⁽²⁾ كنعان، نواف، المصدر السابق، ص 287 .

⁽³⁾ حسني، محمود نجيب، المصدر السابق، ص 462 .

⁽⁴⁾ المادة الثانية من تعليمات إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل وحراسة النزلاء وحقوقهم، مصدر سابق.

⁽⁵⁾ شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق ، ص 158 .

⁽⁶⁾ شطناوي، علي خطار، مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، المرجع السابق، ص 221،

⁽⁷⁾ شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 660 .

كالتحقيق المحايد والنزيه الذي يكفل للنزيل حق الدفاع والذي يعتبر من أهم الضمانات التي يجب إتاحتها لمن يتهم بارتكاب أي فعل مخالف.

ووفقاً لما جاء به المشرع الأردني في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، نجد أن المادة (39) قد وضعت عدة شروط أوجبت على الإدارة إتباعها قبل توقيع أي من العقوبات التأديبية بحق النزلاء، وهذه الشروط تعد قيداً على صلاحية الإدارة في إيقاع العقوبة؛ إذ يجب عليها الالتزام بها، وإلا كان قرارها معيباً، وهذا بمجمله يشكل ضماناً هامة للنزلاء تحول دون تعسف السلطة أثناء ممارسة صلاحياتها في مواجهتهم، والشروط التي يمكن استخلاصها وفق القانون⁽¹⁾، هي :

أولاً : أن يتم إجراء تحقيق بالواقعة من قبل لجنة تحقيق تشكل لهذه الغاية، إلا إذا كانت العقوبة تنبيهاً أو إنذاراً فيجوز التحقيق فيها شفاهاً، وعلى سلطة التحقيق أن تستهدف الكشف عن الحقيقة، فعليها جمع الأدلة والمؤشرات الضرورية لتكوين قناعة وعقيدة تؤدي في نهايتها إلى كشف الحقيقة بما في ذلك التأكد من الوجود المادي للوقائع التي شكلت المخالفة، وهي في سبيل ذلك تملك كافة وسائل الإثبات، بما فيها سماع الشهود وتحليفهم القسم القانوني، أو الاستعانة بالخبرات الفنية اللازمة، وتجدر الإشارة هنا أن مبادئ القانون الإداري مستقرة على أنه إذا تم تشكيل لجنة تحقيق بعدد معين توجب أن يتم التحقيق بحضورهم جميعاً، وأن إجراء التحقيق في غياب أحدهم يجعل إجراءات التحقيق باطلة⁽²⁾.

ثانياً : أن يتم تشكيل لجنة التحقيق واعتمادها من قبل مدير إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل، وليس من قبل مدير مركز الإصلاح، وذلك وفقاً لما ورد بالفقرة (ج) من المادة 37 التي جاء فيها: "... فيجري التحقيق كتابةً بواسطة لجنة يشكلها مدير الإدارة لهذه الغاية"، ونرى هنا أن مدير مركز الإصلاح والتأهيل يملك التنسيب لمدير الإدارة بتشكيل لجنة التحقيق وذكر أسماء موظفيه المنسبين لهذه الغاية. ولا بد من مراعاة الحيطة والنزاهة في أعضاء لجنة التحقيق والإجراءات التي يقومون بها⁽³⁾.

ثالثاً : سماع أقوال النزيل المتهم بارتكابه المخالفة، واستجوابه، وبيدأ الاستجواب عادة بإطلاع النزيل المتهم بالتهمة المنسوبة إليه وسؤاله حولها أو حول ظروف ارتكابها، وإتاحة الفرصة له في حرية إبداء رأيه وتقديم دفاعه عن التهمة المسندة إليه، بما في ذلك استدعاء شهود للدفاع عنه وإثبات ما يدعيه، ذلك أن احترام حقوق الدفاع تعد أساساً جوهرياً في المبادئ التي تحكم الإجراءات التأديبية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المادة 39 من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004 م :

أ- لا يجوز إيقاع أي من العقوبات المسليكة المنصوص عليها في المادة (38) من هذا القانون إلا بعد إجراء تحقيق لمواجهة النزيل بالفعل المنسوب إليه وسماع أقواله ودفاعه على أن يكون قرار إيقاع العقوبة مسبباً.

ب- إذا كانت العقوبة تنبيهاً أو إنذاراً يقوم بالتحقيق شفاهاً من ينتدبه مدير المركز لهذه الغاية على أن يدون مضمونه في محضر يوقع عليه من قام بالتحقيق.

ج- إذا كانت العقوبة غير التنبيه أو الإنذار فيجري التحقيق كتابةً بواسطة لجنة يشكلها مدير الإدارة لهذه الغاية.

⁽²⁾ شطناوي، علي خطر، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 568 .

⁽³⁾ شطناوي، علي خطر، المصدر نفسه، ص 583 .

⁽⁴⁾ شطناوي، علي خطر، المصدر نفسه، ص 579 .

رابعاً : أن يكون قرار إيقاع العقوبة من قبل مدير المركز مسبباً، فلتسبب القرارات التأديبية أهمية بالغة تسمح بالتحقق من صحة التكييف القانوني للوقائع ووجودها المادي والتثبت من عدم المغالاة في تقديرها، ويتعين أن يكون التسبب كافياً ويتضمن كافة التهم المنسوبة للنزيل المخالف⁽¹⁾.

خامساً : أن صلاحية إيقاع أي من هذه العقوبات يختص بها مدير مركز الإصلاح والتأهيل أو النائب عند غياب المدير الأصلي كما بينا سابقاً، وأنه لا يجوز تفويض الصلاحية في هذه الغاية لغيرهما لعدم وجود نص في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل يجيز التفويض بهذا الخصوص⁽²⁾.

ويتبين لنا من خلال الشروط السابقة بأن المشرع قد كفل من الضمانات ما يتماشى مع المعايير الدولية في معاملة السجناء⁽³⁾، وكذلك راعى مبدأ كفالة حق الدفاع الذي استقرت عليه قواعد القانون الإداري وقضاء محكمة العدل العليا للإبقاء على تيار العدالة مستقراً ونقياً، وذلك بإتاحة الفرصة للنزيل بتقديم بينته ودفاعه عن فحوى الشكوى المقدمة ضده، أو المخالفة المسندة إليه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : تدابير التحفظ :

بالرغم من تنظيم قانون مراكز الإصلاح والتأهيل للمخالفات والعقوبات التأديبية بما يضمن الكرامة الإنسانية للنزلاء، وضمان عدم تعسف السلطة في استخدام صلاحياتها تجاههم، إلا أن مراكز الإصلاح والتأهيل قد تحوي بعض الأشخاص الذين يميلون إلى التمرد ولا يتقبلون الخضوع للنظام داخلها بسهولة، وقد يكون لديهم الاستعداد لارتكاب المخالفات الخطيرة، مما يجعل ذلك من إحدى المعوقات التي تواجه إدارة هذه المراكز، ولذلك تبرز أهمية حفظ النظام من خلال ما يسمى بـ "تدابير التحفظ"، وفكرة تدابير التحفظ تستمد معالمها من نظام التدابير الاحترازية، ذلك أن السلطة الإدارية الواسعة والمستمدة من مبادئ القانون الإداري التي تتمتع بها إدارة كل مركز من هذه المراكز تتيح لها اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة لضمان النظام ومكافحة الفوضى وتحقيق المصلحة العامة.

فإذا تحققت الأسباب التي تحمل على الاعتقاد باحتمال الإخلال بأمن المركز أو نظامه ولو لم تقم بهذه الأسباب مخالفة تأديبية، كأن تتوفر دلائل على نية أحدهم بالتخطيط للفرار أو وجود نية الاعتداء على الآخرين أو نية الانتحار، فإنه من السائع اتخاذ تدابير تحفظية للحيلولة دون ذلك⁽⁵⁾؛ وإدارة المركز تملك هذه الصلاحية وفقاً لمبادئ القانون الإداري على أن يكون الاختصاص بتوقيع هذه التدابير للشخص المختص بإنزال العقوبات التأديبية وهو المدير⁽⁶⁾، وأن لا تتخذ هذه التدابير شكلاً من أشكال المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ شطناوي، علي خطر، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 584.

⁽²⁾ كنعان، نواف، المصدر السابق، ص 237.

⁽³⁾ المادة (30) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء:

1- لا يعاقب أي سجين إلا وفقاً لأحكام القانون أو النظام المذكورين، ولا يجوز أبداً أن يعاقب مرتين على المخالفة الواحدة.

2- لا يعاقب أي سجين إلا بعد إعلامه بالمخالفة وإعطائه فرصة فعلية لعرض دفاعه. وعلى السلطة المختصة أن تقوم بدراسة مستفيضة للحالة.

3- يسمح للسجين، حين يكون ذلك ضرورياً وممكنًا، بعرض دفاعه عن طريق مترجم.

⁽⁴⁾ الشوبكي، عمر، (1996)، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة: عمان، ص: 62.

⁽⁵⁾ حسني، محمود نجيب، المصدر السابق، ص 466.

⁽⁶⁾ شطناوي، علي خطر، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 261.

⁽⁷⁾ أبو زيد، علي عليان وآخرون، (2010)، دليل الرصد والتوثيق الأردني للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المركز الوطني لحقوق الإنسان، ص 14.

الخلاصة :

إن رعاية الدولة لحقوق نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل، والتزامها بكفالة هذه الحقوق يعد شرطاً ضرورياً لضمان نجاح السياسة العقابية المتفقة مع الفلسفة الحديثة لحقوق الإنسان، وهذا ما تبناه قانون مراكز الإصلاح والتأهيل في تماشيه مع المعايير الدولية في معاملة السجناء.

ولما كان النظام التأديبي داخل مراكز الإصلاح والتأهيل يترتب عليه المساس بحقوق النزلاء، وحرياتهم، ومراكزهم القانونية داخل هذه المؤسسة، فإنه كان لا بد من توضيح المعايير القانونية العادلة في توقيع العقوبات التأديبية بحق المخالفين من النزلاء، وأتمنى بأن أكون بهذه الدراسة البسيطة قد أوجزت وأوصلت المعلومة المفيدة للإحاطة بهذا الجانب ضمن أكبر قدر من الدقة والاختصار بما توفر لنا من مصادر علمية وبعض الخبرة العملية من خلال مهنتنا الوظيفية، وفيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي برزت من خلال هذا البحث :

أولاً - النتائج :

1. عدم وجود نص صريح في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل يسمح للسلطة الإدارية بتعديل قرار العقوبة التأديبية، أو سحبه أو إلغائه في حال أن تبين عدم ملاءمته للمخالفة المرتكبة لاحقاً، وأنه بالرغم من جواز ذلك لمدير المركز من خلال الأخذ بقاعدة توازي الاختصاص التي استقر العمل بها في مبادئ القانون الإداري، إلا أن هذا الأمر يتعذر استنتاجه إلا بدراسة معمقة في قواعد القانون الإداري.
2. يُستنتج من دراسة نصوص قانون مراكز الإصلاح والتأهيل وتعليمات إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل وحراسة النزلاء وحقوقهم الصادرة من قبل وزير الداخلية ومقارنتها بقواعد القانون الإداري، أنها تضمنت وجود سلطة لها صلاحية أعلى من مدير مركز الإصلاح والتأهيل، وهي مدير الإدارة، وأنه يختص بمراقبة القرارات التأديبية الصادرة بحق النزلاء استناداً إلى ما استقر من مبادئ في القانون الإداري، وأنه بالرغم من أن قرار إيقاع العقوبة من قبل مدير المركز هو قراراً فردياً ونهائياً، إلا أنه بذات الوقت يخضع لرقابة مدير الإدارة.
3. يُستنتج بأنه يحق للنزيل الذي يرتكب أي مخالفة الاعتراض على قرار العقوبة إذا كان مخالفاً لقواعد القانون، وذلك من خلال تقديم تظلم لمدير إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل، كما يستطيع الطعن بمثل هذه القرارات أمام محكمة العدل العليا.
4. غفل قانون مراكز الإصلاح والتأهيل عن إيجاد نص يضمن إصلاح الضرر أو التعويض عنه حال إرتكاب النزيل أي أعمال من شأنها إلحاق الضرر بأبنية المركز واقتصر على العقوبات التأديبية بنص الفقرة ب من المادة 37 من القانون وإنما ترك ذلك للقواعد العامة في القانون المدني وهذا لا يتماشى مع طبيعة الضرر الناتج عن بعض المخالفات المرتكبة من قبل نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل نظراً لعدم جسامه الأضرار اللاحقة في معظم الأحيان وبساطة المبلغ الذي يمكن تقديره مقابلها، فقيمة الضرر الفعلية لا تتناسب والجهد المبذول في تحريك دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عنه.
5. توفير البرامج الثقافية والإرشادية والتأهيلية والمهنية المقدمة في مراكز الإصلاح له دور كبير في الحد من المخالفات المرتكبة داخل المراكز.
6. إجراءات فحص النزلاء اجتماعياً وعقلياً ونفسياً وتصنيفهم وتوزيعهم ضمن فئات تتناسب وشخصياتهم، يضمن السيطرة عليهم وتحقيق الغاية المرجوة من الجهود المبذولة لتحقيق أهداف السياسة العقابية الحديثة في الإصلاح والتأهيل.

ثانياً - التوصيات :

1. ضرورة تعديل قانون مراكز الإصلاح والتأهيل بإدخال نص صريح يسمح للسلطة الإدارية بتعديل أو سحب أو إلغاء قرار العقوبة التأديبية في حال أن تبين عدم ملاءمتها للمخالفة المرتكبة لاحقاً .
2. يمكن تشكيل لجنة دائمة في كل مركز إصلاح تختص بدراسة الاعتراضات المقدمة من النزلاء على العقوبات التأديبية التي تقع بحق أي منهم وأن تعمل هذه اللجنة على دراستها ورفع التوصيات المناسبة إلى مدير الإدارة لاتخاذ القرار المناسب، ذلك أن التنسيب بحد ذاته لا يعتبر قراراً إدارياً، وأن هذا من شأنه تخفيف العبء الذي قد يقع على مدير الإدارة جراء كثرة الاعتراضات، وإن مثل هذا الإجراء يعطي انطباعاً إيجابياً عن مدى حرص إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل على حماية حقوق النزلاء وبما يتماشى مع المعايير الدولية.
3. ضرورة تعديل قانون مراكز الإصلاح والتأهيل بتضمينه قواعد تضمن إصلاح الضرر وتسهيل إجراءات التعويض عنه حال ارتكاب النزير أي أعمال من شأنها إلحاق الضرر بأبنية المركز وعدم اقتصار ذلك للقواعد العامة في القانون المدني.
4. توفير البرامج الثقافية والإرشادية والتأهيلية والمهنية المقدمة في مراكز الإصلاح والتأهيل بما يضمن إصلاح النزلاء وتأهيلهم وإشغال أوقاتهم لما لذلك من دور في الحد من المخالفات.
5. التأكيد على تفعيل إجراءات فحص النزلاء اجتماعياً وعقلياً ونفسياً وتصنيفهم ضمن فئات تتناسب وشخصياتهم وتوزيعهم داخل مراكز الإصلاح بما يتيح تقديم البرامج التأهيلية التي تتلاءم واحتياجاتهم.
6. دراسة حالات المكررين في ارتكاب المخالفات المسلكية من قبل المرشدين النفسيين ومحاولة معالجة أسباب تكرارهم للمخالفات.
7. المراجع والمصادر العلمية :

- مجلة نقابة المحامين للأعوام (1980 و 1977) .
- الشوبكي، عمر، (1996)، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة: عمان.
- الشبخلي، عبدالقادر، (1983)، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع: عمان.
- حسني، محمود نجيب، 1973، علم العقاب، ط2، دار النهضة العربية: القاهرة .
- سعد، بشرى رضا، (2013)، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، دار وائل: عمان.
- شطناوي، علي خطار، (2009)، القانون الإداري الأردني - الكتاب الأول، ط1، دار وائل للنشر: عمان.
- شطناوي، علي خطار، (2008)، مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، ط1، دار وائل للنشر: عمان.
- شطناوي، علي خطار، (2003)، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر: عمان .
- كنعان، نواف، (2012)، القانون الإداري الأردني - الكتاب الثاني، ط4، دار الآفاق المشرقة: الشارقة.
- المركز الوطني لحقوق الإنسان، دليل الرصد والتوثيق الأردني للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، إعداد القاضي علي أبوزيد والحامي صدام أبوعزام والحامي طه المغازين والإشراف العام الحامية نسرين زريقات.
- منشورات مركز القسطاس للقانون .

- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955 وأقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراريه 663 جيم (د-24) المؤرخ في 31 تموز/يوليو 1957 و 2076 (د-62) المؤرخ في 13 أيار/مايو 1977م.
- قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004م .
- الجريدة الرسمية الأردنية ، العدد 4524، الصفحة 6117 تاريخ 2001/12/31م.
- تعليمات إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل وحراسة النزلاء وحقوقهم الصادرة بموجب المادة 43 من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 9 لسنة 2004 م .

مدارس المذهب المالكي وأهم رجاله



إعداد الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي

مدير معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي النعامة : الجزائر الشقيقة

لقد كتب للمذهب المالكي أن ينتشر في أصقاع كثيرة من المعمورة، تفاوت وجوده فيها بنسب مختلفة حيث شاع في بعضها حتى لم يكن له منافس، وانتشر في بعض الأقطار مع بقية المذاهب يتقاسم معهم البلاد والعباد.

فما إن بلغ علم مالك الأذان حتى طارت إليه القلوب قبل الأبدان، وهرع الناس إليه من كل زاوية ومكان ينهلون من علمه ويقتبسون من أنوار فهمه وفقهه.

فقد رحل إليه طلبة العلم من كل أطراف جزيرة العرب والشام واليمن وإفريقيا والمغرب والأندلس والعراق وما وراءها من بلاد فارس كخرسان وسمرقند ونيسابور وغيرها⁽¹⁾.

ولازمه هذا الكم الهائل من الطلبة مدة طويلة بلغت عند بعضهم أكثر من عشرين سنة كما هو الشأن بالنسبة لابن القاسم ينهلون من علمه ويقتبسون من أنوار فهمه ويستقون من معين فقهه، أهلهم هذا الالتزام بمجالس مالك ليكونوا سفراء عالم المدينة لبلدانهم ينشرون علمه ويبلغون رسالته، فشكّلوا خلايا مالكية وظيفتها نشر المذهب المالكي وتفقيه الناس به ولم الناس على منهجه.

و سرعان ما تحوّلت هذه الخلايا إلى مدارس قائمة بذاتها، تتميز كل مدرسة بنشاطها العلمي ومنهجها الاستنباطي وكتبها المعتمدة. وقد تجمع بين هذه المدارس من نقاط الاشتراك ما يجعلها تبدو وكأنّها مدرسة واحدة، إلّا إنّ هناك من العوامل ما جعلها تختلف في كثير من القضايا زادت المذهب المالكي أكثر رصانة وقوة.

و يمكن حصر هذه المدارس في خمس مجموعات أساسية على أنّها ستتحول إلى أربع مدارس بعد انصهار المدرسة الأندلسية في المدرسة المغربية بما سيشكل مدرسة الغرب الإسلامي، وهذه المدارس هي :

(1) انظر ترتيب المدارك ج 31/1

- # المدرسة المدنية .
- # المدرسة المصرية .
- # المدرسة العراقية .
- # المدرسة المغربية .
- # المدرسة الأندلسية.
- 1. المدرسة المدنية :

و هي المدرسة الأم، والأصل الذي تفرعت عنه المدارس، والنبع الذي انبثقت منه كل روافد المذهب، فإليها ضربت أكباد الإبل في حياة الإمام وبعد وفاته⁽¹⁾، فقد نشأت هذه المدرسة وتطورت على يد فئة من جهابذة تلاميذ مالك ممن برز في العلم في حياته وقادوا حلقات المذهب في المسجد النبوي بعد وفاته، وهم كثر يصعب حصرهم إلا أن أكثرهم لمعانا وأبرزهم صيتا عثمان بن كنانة المتوفى سنة 185هـ والذي كان من أهم المقربين لمالك في حياته وقعد في مجلسه بعد وفاته، وعبد الله بن نافع الصائغ المتوفى سنة 186هـ الذي جلس مجلس ابن كنانة بعد وفاته، وهو الذي أشار إليه مالك بالخلافة بعده عندما سأله ابن غانم "من لهذا الأمر من بعدك قال ابن نافع"⁽²⁾، والمغيرة بن عبد الرحمان المتوفى سنة 186هـ ومحمد بن دينار المتوفى سنة 182هـ ومحمد بن مسلمة المتوفى سنة 206هـ⁽³⁾، وكذلك عبد الملك بن الماجشون المتوفى سنة 214هـ ومطرف بن عبد الله المتوفى سنة 220هـ اللذين كان لهما الأثر الأكبر في نشر المذهب وتطوره، وكانت آراؤهما وتخريجاتهما من الاتفاق مما جعلهما يستحقا لقب الأخوين لكثرة ما يتفقان عليه من الأحكام وتلازمهما⁽⁴⁾، وقد حملا لواء المذهب ردحا من الزمن، قال عنهما صاحب الفكر السامي "الإمامان الجليلان أشهر من نشر علم مالك بالمدينة ورحل الناس إليهما فيه"⁽⁵⁾.

و قد مثلت مدرسة المدينة الحجار كله⁽⁶⁾ بآرائها وتخريجاتها، فقد التزمت منهج الاعتماد على الحديث النبوي الشريف بعد القرآن الكريم دون النظر إلى كون العمل موافقا له أو غير موافق مادام ذلك الحديث ثابتا عن رسول الله ﷺ⁽⁷⁾، وقد برز هذا المنهج عند الأخوين عبد الملك بن الماجشون ومطرف، وسار معهما على هذا النهج من المصريين عبد الله بن وهب المتوفى سنة 197هـ، ومن الأندلس عبد الملك بن حبيب وإن كان متأخرا، وهو الذي دون آراء ابن الماجشون ومطرف.

(1) انظر اصطلاح المذهب عند المالكية صفحة 62

(2) الديباج المذهب صفحة 213

(3) انظر منهج كتابة الفقه المالكي صفحة 141

(4) انظر اصطلاح المذهب عند المالكية صفحة 64

(5) الفكر السامي ج2/96

(6) انظر: التفاهم بين المذاهب صفحة 406، اصطلاح المذهب صفحة 64

(7) انظر: المذهب المالكي صفحة 29، اصطلاح المذهب صفحة 64

و يبرر هذا المنهج تأثر هؤلاء بشخصية الإمام مالك رحمه الله الذي كان يكره الرأي ويذمه كما كان يكره التنظير وكثرة افتراض المسائل ويحث على التمسك بالدليل متى صحَّ، حيث حمل تلاميذه المدنيون هذا الموقف على إطلاقه ورأوا أنَّ عرض السنة المرفوعة على السنة الأثرية بعد أن تصحَّ هو نوع من الرأي الذي ذمَّه شيخهم⁽¹⁾.

و نشطت هذه المدرسة نشاطا باهرا وكانت مرجعا هاما بالنسبة لكلِّ البلاد التي انتشر بها مذهب مالك، فقد كانت الرحلة إليها من الأندلس وإفريقية ومصر والعراق وغيرها، مما نتج عنه انتقال روايات وآراء أئمتها إلى تلك البلاد⁽²⁾.

ففقه ابن الماجشون ومطرف وصل إلى مصر والأندلس بواسطة ابن حبيب الذي دوَّن آراءهما في كتاب الواضحة الذي نال شهرة عظيمة وأصبح من أهم الكتب المعتمدة في المذهب.

و انتشر فقه ابن نافع في إفريقية والمغرب بواسطة تلميذه سحنون صاحب المدونة والتي احتوت الكثير من آرائه ورواياته.

و أمَّا فقه المغيرة بن عبد الرحمن وابن كنانة ومحمد بن دينار فقد انتشرت كتبهم بإفريقيا بواسطة محمد بن بسطام المتوفى سنة 313 هـ.

كما انتشرت آراء محمد بن مسلمة وابن الماجشون وغيرهما في العراق بواسطة ابن المعدل وإسماعيل بن إسحاق وغيرهما.

و هكذا يتضح فعلا أنَّ المدينة كانت مصدر شعاع ومنبع التلقي الذي ارتوت منه كلُّ البلاد المجاورة والبعيدة. و لكن لم يستمر هذا النشاط إلاَّ مدة قليلة لا تزيد عن ستين سنة⁽³⁾ ثم بدأ يقل عطاؤها ويأفل نجمها بموت بموت صغار أصحاب مالك أمثال أبو مصعب الزهري وأحمد بن أبي بكر بن الحارث المتوفى سنة 244 هـ ويعقوب بن حميد بن كاسب المتوفى سنة 241 هـ وغيرهم.

و لعلَّ السبب المباشر في هذا الأمر هو عدم الاستقرار السياسي الذي تسبَّب فيه الشيعة عند سيطرتهم على المدينة المنورة⁽⁴⁾، الذين كانوا يعملون على نشر المذهب الإسماعيلية على حساب المذاهب السنية الأخرى⁽⁵⁾.

ولم يسترجع المذهب المالكي عافيته في هذه البلاد إلاَّ بعد تولي القاضي ابن فرحون منصب القضاء الذي عمل على نشر هذا المذهب وتكثير أنصاره فيه⁽⁶⁾.

(1) انظر المذهب المالكي صفحة 30

(2) انظر نفس المرجع صفحة 27

(3) انظر نفس المرجع صفحة 25

(4) انظر اصطلاح المذهب صفحة 65

(5) انظر الفكر السامي ج 14/2

(6) انظر اصطلاح المذهب صفحة 65

2. المدرسة المصرية :

و هي ثاني مدرسة تأسست بعد مدرسة المدينة المنورة⁽¹⁾، وقد احتلت مركز القيادة بين المدارس المالكية برئاسة ابن القاسم الذي بسماعاته وحفظه لأراء مالك التي ضمّنها المدونة، وبآرائه العلمية اعتمدت المدارس المالكية كلها⁽²⁾ بعامة ومدرسة افريقية والأندلس بخاصة، بالإضافة إلى جهود كبار تلاميذ مالك الذين كانوا أكثر عددا وأسمى قدرا⁽³⁾.

فقد مكث الجيل الأول منهم مدة طويلة ينهلون من علم مالك ثم رحلوا إلى مصر ليعلموه الناس ومن أهم هؤلاء عثمان بن الحكم الجذامي المتوفى سنة 163هـ عبد الرحيم بن خالد الجمحي الذين قال عنهما الدارقطني " هما أول من قدم مصر بمسائل مالك"⁽⁴⁾، وسعد بن عبد الله بن سعد المعافري المتوفى سنة 173هـ وزين بن شعيب بن كريب المعافري المتوفى سنة 180هـ وطليب بن كامل اللّخمي المتوفى سنة 173هـ وغيرهم كثير ممن يرجع له فضل نشر مذهب مالك في مصر.

و عن هؤلاء أخذ مؤسسوا المدرسة المالكية الحقيقيون كابن قاسم المتوفى سنة 191هـ وابن وهب الذين سئل عنهما مالك فقال "ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه"⁽⁵⁾، وأشهب المتوفى سنة 203هـ وعبد الله بن الحكم المتوفى سنة 214هـ وغيرهم..

وهؤلاء جميعا لم يرحلوا إلى مالك حتى تفقهوا عن كبار تلاميذه ولعلّ السبب في ذلك هو التوثق مما اخذوا عن شيوخهم من تلاميذ مالك أو نيل شرف علو الإسناد⁽⁶⁾، فقد قال ابن القاسم " ما خرجت لمالك إلّا وأنا عالم بقوله"⁽⁷⁾.

فلما عادوا إلى مصر عادوا بمذهب مالك أصولا وفروعا وأخذوا ينشرونه بين المريدين من طلبة العلوم والمعارف عبر حلقات التدريس، وبين العامة من الناس في المساجد والمجالس، وانتدبوا لحركة التأليف فجمعوا أقوال مالك وفتاويه وآرائه في كتب صارت من الأمهات التي عليها الاعتماد.

ثم حمل لواء المذهب بعد هؤلاء أصبغ بن الفرّج المتوفى سنة 225هـ والحارث بن مسكين المتوفى سنة 250هـ، وأبو زيد بن أبي الغمر المتوفى سنة 234هـ والوقار المتوفى سنة 254هـ وغيرهم كثير..

(1) انظر التفاهم بين المدارس الإسلامية صفحة 406

(2) انظر اصطلاح المذهب صفحة 70

(3) انظر المحاضرات المغربية صفحة 76

(4) ترتيب المدارك ج1/175

(5) نفس المصدر ج1/251

(6) انظر المذهب المالكي صفحة 38

(7) ترتيب المدارك ج1/252

و قد عانت المدرسة المالكية في عهد هؤلاء من البلاء والفتن ما عانت بسبب فتنة القرآن فقد أصاب أوار هذه الفتنة كبار تلاميذ مالك، حيث طورد أصبغ بن الفرج فاختفى حتى مات⁽¹⁾، وامتحن الحارث بن مسكين فرحل من مصر إلى العراق⁽²⁾ وفرضت عليه فيها الإقامة الجبرية مدة ست عشرة سنة لم يفرج عنه إلا بعد موت المأمون والمعتصم⁽³⁾، وغيرهما كثير.

و ما إن انتهت هذه الفتنة حتى عادت لهذه المدرسة أيامها الزواهر تؤتي ثمارها يانعة وتقدم خيراتها للبلاد والعباد بتلاميذ أفذاذ أمثال أبو بكر أحمد بن موسى بن صدقة المتوفى سنة 306هـ، وأحمد بن خالد بن ميسر المتوفى سنة 309هـ، ومن بعدهما ابن شعبان المتوفى سنة 355هـ، وأبو بكر النعالي المتوفى سنة 380هـ وغيرهم..

و استمرت على هذا العطاء والنشاط إلى نهاية القرن الرابع عندما أصابها وباء الحكم العبيدي لمصر الذي أفنى من كان بها من الأئمة قتلا ونفيا وتشريدا مقابل إقامة مذهب الرفض والشيعة⁽⁴⁾، وبسط هؤلاء نفوذهم لمدة قرنين من الزمان انقطع معها نشاط المدرسة انقطاعا كلياً، ليتراجع بعد ذلك ويذاع أتم ذيعان وينتشر ثانية ويستمر على ذلك حتى الآن⁽⁵⁾.

و قد كانت هذه المدرسة تبعث بظلالها على بقية المدارس نظرا للنشاط المتميز الذي عرف به أصحابها، حيث أن سماعات ابن عبد الحكم ومروياته عن مالك وأشهب وابن القاسم كانت لها الخطوة الأولى عند المدرسة العراقية⁽⁶⁾ العراقية⁽⁶⁾ وبقية المدارس الأخرى.

أما المنهج الذي كان غالبا على هذه المدرسة هو اعتماد أئمتها لاسيما ابن القاسم ومن سار على دربه كابن المواز وغيره على العمل بالسنة الأثرية جنبا إلى جنب مع الحديث، أو بعبارة أخرى اعتماد العمل بالسنة التي وافقها عمل سلف أهل المدينة، وهو ما كان يعبر عنه مالك رحمه الله بإجماع أهل المدينة⁽⁷⁾، وهو المنهج الذي ساد المذهب المالكي وتبنته أكثر مدارس المذهب.

3. المدرسة العراقية :

وصل المذهب المالكي إلى العراق في وقت مبكر بواسطة ثلة من تلاميذ مالك العراقيين الذين لازموا من أول وهلة ليعودوا إلى العراق لاسيما البصرة وبغداد معلمين وناشرين لأصول مالك وفتاويه، ومن أهمهم عبد الرحمان بن مهدي المتوفى سنة 198هـ، وعبد الله بن مسلمة المتوفى سنة 220هـ.

(1) انظر ترتيب المدارك ج1/327

(2) انظر نفس المصدر ج1/334

(3) انظر نفس المصدر ج1/334

(4) انظر شجرة النور الزكية ج1/450

(5) انظر نفس المصدر ج1/449

(6) انظر اصطلاح المذهب صفحة 71

(7) انظر: المذهب المالكي صفحة 41، اصطلاح المذهب صفحة 72

ثم انتشر على يد من درسوا على كبار تلاميذ مالك أمثال أحمد بن المعذل، وإسحاق بن إسماعيل المتوفى سنة 230هـ وأخوه يعقوب بن إسماعيل المتوفى سنة 246هـ، إلا أن المذهب في عهد آل حماد بن الزيد كان أكثر نشاطاً وأوسع مجالا وأقوى تأثيراً⁽¹⁾، منهم إسماعيل بن إسحاق القاضي المتوفى سنة 282هـ الذي لمح إليه صاحب الترتيب بقوله " ونشر من مذهب مالك وفضله مالم يكن بالعراق في وقت من الأوقات، وصنف في الاحتجاج له والشرح ما صار لأهل هذا المذهب معالم يحتدون وطريقا يسلكونه"⁽²⁾، وأخوه حماد بن إسحاق المتوفى سنة 267هـ وابنه محمد ابن حماد المتوفى سنة 276هـ، ثم انتشر أكثر بمن جاء بعد آل حماد كالأبهري المتوفى سنة 375هـ وكبار أتباعه كالبالقاني المتوفى سنة 403هـ وابن الجلاب المتوفى سنة 378هـ وابن القصار المتوفى سنة 398هـ والقاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المتوفى سنة 422هـ.

و استطاعت المدرسة العراقية أن تنشر ظلها مدة من الزمن ساعدها على ذلك تولي آل حماد القضاء مدة طويلة من الزمن، بالإضافة إلى حلقات العلم التي كان علماء المالكية يخصصونها بعناية متميزة يرونها أهم سبل تبليغ مذهب مالك ونشره.

فهذا الشيخ أبو بكر الأبهري يقول " ولم يكن لي قط شغل إلا العلم ولي في هذا الجامع - يعني جامع المنصور ببغداد - ستون سنة أدرس الناس وأفيتهم وأعلمهم سنن نبيهم رسول الله ×"⁽³⁾.

و لم يكن العلماء المالكيين متعصبين لمذهب مالك بل كانوا أكثر علماء المذاهب تفتحاً، لا يعرف التعصب إليهم سبيلاً، مما قرب الناس إليهم فنالوا بذلك الحظوة والاحترام لديهم، فهذا الأبهري يعرض عليه منصب قضاء بغداد فيمتنع ويشير بأبي بكر الرازي وهو حنفي المذهبي⁽⁴⁾، " وقد كان أصحاب الشافعي وأبي حنيفة إذ اختلفوا في أقوال أئمتهم يسألونه فيرجعون إلى قوله، وكان يحفظ قول الفقهاء حفظاً مشبعاً"⁽⁵⁾.

و رغم أن المدرسة العراقية هي وليدة مدرسة المدينة إلا أن منهجها الفقهي تأثر كثيراً بالبيئة الفقهية في العراق والذي كان يغلب عليه الرأي وكثرة الافتراضات والتحليل المنطقي للصور الفقهية⁽⁶⁾، والذي يظهر جلياً في كتاب التفريع لابن جلاب، وكتب القاضي عبد الوهاب كالمعونة والتلقين والإشراف، وكذا في مؤلفات القاضي إسماعيل وابن القصار وأبو بكر الأبهري والقاضي أبو الفرج وغيرهم من جهابذة المذهب المالكي.

(1) انظر: اصطلاح المذهب صفحة 67، المذهب المالكي صفحة 46

(2) ترتيب المدارك ج1/465

(3) نفس المصدر ج2/126

(4) انظر ترتيب المدارك ج2/127

(5) نفس المصدر ج2/126

(6) انظر: اصطلاح المذهب صفحة 67، المذهب المالكي صفحة 53

إلا أنّ جذوة المذهب المالكي بدأت في الخمود، ودائرتة بدأت في الانحسار في منتصف القرن الخامس الهجري لاسيما بعد وفاة الأبهري وتلاحق كبار أصحابه الذين لم يعملوا على توريث هذا المذهب لعلماء أقحاح لهم قدرة أسلافهم⁽¹⁾.

و ساهم في ذلك أيضا هجرة القاضي عبد الوهاب بن نصر إلى مصر في وقت كانت العراق في أمس الحاجة إليه، أيضا تسبب في هذا الانحسار رجوع بعض أئمة المذهب عنه، فقد ذكرو أنّ القاضي أبا نصر يوسف بن القاضي عمر المتوفى سنة 356هـ آخر قضاة آل الحماد في العراق رجع عن مذهب مالك إلى المذهب الظاهري، وتم كتاب الإيجاز لمحمد بن داود⁽²⁾.

4. المدرسة الأندلسية :

كان أهل الأندلس منذ فتحت على مذهب الإمام عبد الرحمان الأوزاعي المتوفى سنة 157هـ⁽³⁾ إلى أن رحل إلى مالك بن أنس زياد بن عبد الرحمان الملقب بشبطون المتوفى سنة 193هـ والذي به وبالغازي بن قيس المتوفى سنة 230هـ دخل موطأ مالك الأندلس⁽⁴⁾، وإليهما يرجع فضل تأسيس المدرسة الأندلسية، وساهم معهما في هذا العمل الجبار سعيد بن عبدوس المتوفى سنة 180هـ وسعيد بن أبي هند الذي توفي قبل مالك بكثير⁽⁵⁾، وغيرهما.

كلهم وضعوا اللبّات الأولى لهذه المدرسة العريقة التي ظلت لقرون تنشر خيراتها وتبعث أشعة فضائلها، ساعدهم على ذلك المكانة المرموقة التي كان يحتلها زياد بن عبد الرحمان عند الأمير هشام بن عبد الرحمان الداخل حيث كان يؤثّر ويستشير في جميع أموره ويسأله عمّا يعرض له من أمور دينه فيأخذ برأيه، إلى درجة أنّه ألزم الناس الالتزام بمذهب مالك، وصير القضاء والفتيا عليه⁽⁶⁾.

و على نهج شبطون سار يحيى بن يحيى الليثي الذي يرجع له فضل تثبيت مذهب مالك في الأندلس حيث كان من أهم المقرّين للأمير عبد الرحمان بن الحكم الذي كان يعظم قدره ويحلّ ذكره ويبجله ولا يرجع عن قوله ويستشير في جميع أمره⁽⁷⁾.

(1) انظر المذهب المالكي صفحة 50

(2) انظر ترتيب المدارك ج2/7

(3) انظر: التفاهم بين المذاهب الإسلامية صفحة 407، المذهب المالكي بالمغرب والأندلس نظرات في النشأة والإستقرار، محمد الكتاني، بحوث الملتقى الإسباني المغربي الثاني للعلوم التاريخية، صفحة 120.

(4) انظر ترتيب المدارك ج1/199-200

(5) انظر نفس المصدر ج1/204

(6) انظر: التفاهم بين المذاهب الإسلامية صفحة 408، المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص صفحة 44

(7) انظر: ترتيب المدارك ج1/311، اصطلاح المذهب صفحة 80

و التزم الناس منذ ذلك التاريخ مذهب الإمام مالك وحموه بألسنتهم وسيوفهم ولم يستطع أحد أن يُدخل غير المذهب المالكي، اللهم إلا ما حاوله بعض الرّحالة ممن ينتمي إلى المذهب الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وداود، فلم يُمكنوا من نشر ذلك وباءت محاولاتهم بالفشل⁽¹⁾.

واستمر أهل الأندلس على مذهب مالك حتى نهاية القرن التاسع الهجري⁽²⁾ لم يصيبها ما أصاب المدارس الأخرى من الجزر والانحسار نتيجة التقلبات السياسية ومكائد الشيعة بل ظلت نشطة حيوية يقوي شعلتها ويزيد في أوارها مساندة الحكام لها، فهذا المستنصر بن عبد الرحمان المتوفى سنة 366هـ يعلنها مدوية حيث يقول "من خالف مذهب مالك بن أنس رحمه الله بالفتوى أو غيره وبلغني خبره أنزلت به من النكال ما يستحق، وجعلته شرادا، وقد أخبرت فيما رأيت من الكتب أنّ مذهب مالك وأصحابه أفضل المذاهب، ولم نر في أصحابه ولا فيمن تقلد مذهبه غير السنة والجماعة فليتمسك بهذا ففيه النجاة إن شاء الله"⁽³⁾.

و ظلت هذه المدرسة تنافح وتجتهد حتى خروج المسلمين من الأندلس فبدأت تغيب تدريجيا، فهاجر علماؤها إلى شمال إفريقيا وتركزت إقامتهم في المغرب بفاس وفي تونس بالقيروان⁽⁴⁾.

لذلك ندرك سر التقارب بين المدرسة الأندلسية والمغربية من حيث النشاط العلمي والآراء الفقهية حتى أنّ المتأخرين لا يفرقون بينهما ويعتبرون المدرسة الأندلسية امتدادا للمدرسة المغربية.

5.المدرسة المغربية :

نقصد بالمدرسة المغربية "القيروان تونس وفاس" والتي وصلها المذهب المالكي عن طريق تلاميذ مالك الوافدين إليه، والذين ربا عددهم على الثلاثين⁽⁵⁾، ومن أبرزهم عبد الله بن غانم المتوفى سنة 190هـ وعلى بن زياد زياد التونسي المتوفى سنة 183هـ الذي "يعتبر أول من أدخل الموطأ وجامع سفيان المغرب"⁽⁶⁾، وهو صاحب العبقريّة العبقريّة الفلّة التي استطاع بها أن يستكشف الإمام مالك رحمه الله عن أصوله ليدرك أنّ الأصول محدودة بينما الفروع لا تنتهي لاتصالها بتجدد الظروف وتقلب الأحوال⁽⁷⁾، وعبد الرحيم بن أشرس، والبهلول بن راشد المتوفى سنة 183هـ وهو "وتد من أوتاد المغرب"⁽⁸⁾.

كما انتشر المذهب بالتلميذين الجليلين أسد بن الفرات المتوفى سنة 213هـ والإمام سحنون المتوفى سنة 240هـ الذين تربيا على عين علي بن زياد، واللذان كان لتعاونهما أكبر الأثر في إخراج ذلك الأثر الفقهي المالكي

(1) انظر التفاهم بين المذاهب الإسلامية صفحة 408

(2) انظر المرجع السابق صفحة 408

(3) المعيار العرب ج 333/2

(4) انظر: اصطلاح المذهب صفحة 379، شجرة النور الزكية ج 451/1

(5) انظر المذهب المالكي صفحة 59

(6) ترتيب المدارك ج 186/1

(7) انظر المذهب المالكي صفحة 60

(8) ترتيب المدارك ج 188/1

الخالد المتمثل في المدونة التي تعتبر أهم مرجع في الفقه المالكي والتي بها انتشر المذهب في أقطار المغرب العربي والأندلس.

ثم خلف من بعد هؤلاء فئة من خيرة العلماء منهم درّاس بن إسماعيل المتوفى سنة 358هـ الذي "يعتبر أول من أدخل مدونة سحنون مدينة فاس"⁽¹⁾، وقيل هو "أول من أدخل المذهب المغرب"⁽²⁾، وأبو بكر بن اللباد المتوفى سنة 333هـ وابن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة 386هـ الذي لعب دورا فعّالا في جمع ما تناثر من روايات وأراء المذهب في المدونات المالكية في كتابه العظيم النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، وكان منافحا عن المذهب قائما بالحجة عليه، قال صاحب الترتيب "و هو الذي لخص المذهب وضم كسره وذّب عنه وملأت البلاد تواليه"⁽³⁾.

ثم خلف هؤلاء أجيال من العلماء ظلت تناضل وتجتهد في نشر العلم والتأليف في مختلف قضايا الفقه.

و لأنّ هذه المدرسة كانت آخر المدارس المالكية انشاء فقد استفادت منها كثيرا حتى صارت زبدة المدارس الثلاث (المدنية، المصرية والعراقية)، لذلك حاولت جمع مميزات تلك المدارس، حيث نجد منهج المدرسة المغربية والأندلسية هو مزيج مناهج المدارس الأخرى .

فعلى بن زياد كان يتبنى الفقه التنظيري الفرضي، وأسد بن الفرات كان متأثرا بفقه مدرسة الرأي التي أثرت فرضيات الأسدية، وسحنون الذي ربط فقه الأسدية بالأثر على طريقة أهل المدينة دون أن يهمل ما عليه العمل من ذلك الأثر على سنن أهل مصر⁽⁴⁾.

و إنّ قراءة متأنية لمدونة سحنون ندرك من خلالها هذا المنهج جليا حيث نجده يعرض المسألة ثم يقلبها على جميع وجوهها ثم يعرض ما ورد فيها من أحاديث وآثار دون إهمال ما عليه العمل إن كان في المسألة أراء متعارضة غالبا⁽⁵⁾.

تعرضت هذه المدرسة أيضا ما تعرض إليه بقية المدارس من محاولات إجهاض وتقويض لاسيما من طرف العبيدين الذين اضطهدوا العلماء قتلا ونفيا، وأحرقوا أمهات الكتب ومنعوا من بقي منهم الإفتاء بالمذهب المالكي⁽⁶⁾، كما أصيب بهزات عنيفة في أواخر الدولة الصنهاجية وفي أوائل دولة بني حفص وفي أوائل دولة الترك⁽⁷⁾، إلا أنّ هذه الهزات لم تزده إلا قوة وثباتا في نفوس المغاربة الذين تمسكوا به وفضلوه ولا يزالون على عهدهم عهدهم به إلى يوم الناس هذا .

(1) اصطلاح المذهب صفحة 75

(2) شجرة النور الزكية ج4/1 451

(3) ترتيب المدارك ج2/142

(4) المذهب المالكي صفحة 76

(5) نفس المرجع صفحة 77

(6) انظر: اصطلاح المذهب صفحة 76، المذهب المالكي صفحة 70، تحرير المقالة في شرح نظائر الرسالة صفحة 9

(7) شجرة النور الزكية ج4/1 456

استثناء مدونة الأسرة شرط عدم النعدي من إمكانية المراجعة : خلفياته وأثاره



الأستاذ محمد صوالحي - حاصل على شهادة الدكتوراه

من كلية الآداب فاس سايس - وحدة التاريخ والتراث

توطئة :

تباينت مواقف الفقهاء بشأن الشروط المقترنة بعقد الزواج ما بين موسع ومضيق¹، وهو خلاف فقهي متفرع عن خلافهم حول مسألة الاشتراط في العقود عامة، وهل الأصل في الشروط الإباحة حتى يقوم الدليل على البطلان؟¹ أم أن الأصل فيها الحظر ما لم يرد النص على خلافه؟²

¹ — ذهب الحنفية إلى أن الشروط التي لا تخالف مقصود العقد ومقتضاه وفيها منفعة للزوجة هي شروط صحيحة، لكنها غير ملزمة للزوج. وإذا اقترن العقد بشرط فاسد، بطل الشرط وبقي العقد صحيحا. (المبسوط، 88/5-89. وبدائع الصنائع، 4/ 492. وشرح فتح القدير، 333/3 - 335).

بينما ذهب المالكية إلى القول بكرامة الاشتراط في عقد النكاح، والشروط المقترنة به عندهم ثلاثة أقسام: **القسم الأول** : ما يقتضيه العقد ولا ينافيه، كأن تشترط الزوجة أن ينفق عليها زوجها، وأن يحسن عشتها، وألا يؤثر عليها ضررها، فمثل هذه الشروط يلزم الزوج الوفاء بها، ولو لم يتم اشتراطها لأنها من آثار العقد. **القسم الثاني**: ما ينافي مقتضى العقد ويناقض آثاره، كأن يشترط الزوج ألا ينفق على زوجته، أو أن لا يبيت عندها. فمثل هذه الشروط غير صحيحة ولا يلزم الوفاء بها، وأما العقد فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل على المشهور. **القسم الثالث**: شروط لا تعلق لها بالعقد، فلا تنافيه هي، ولا يقتضيها هو، لكن فيها مصلحة لمن اشتراطها، مثل اشتراط الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها، أو أن لا يخرجها من بلدتها، أو أن لا يغيب عنها، ومثل هذه الشروط لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب، ما لم يعلق عليها الزوج طلاقا، أو تمليكاً، أما إذا قال الزوج: إن تزوجت عليها فطلاقها بيدها؛ فحينئذ تصير هذه الشروط ملزمة له.

وجدير بالإشارة أن ما يشترط من شروط بعد عقد النكاح، يسمى عند المالكية "تطوعا" أو "طوعا"، وهو صحيح ولازم لمن تطوع به، ولو كان منافيا لمقتضى العقد. (المقدمات الممهدة، 482/1-483. والقوانين الفقهية، ص 189-191. وشرح الزرقاني على مختصر خليل، 337/3-338. والبهجة في شرح التحفة، 435/1-436. والتدريب على تحرير الوثائق العدلية، 80/1-81).

وذهب الشافعية إلى أن جميع الشروط فاسدة وغير ملزمة، إلا ما كان منها من مقتضيات العقد وأثاره كالنفقة على الزوجة، والقسم لها. وعليه، إذا خالف الشرط مقتضى العقد ولم يخل بمقصوده الأصلي وهو الوطاء، صح العقد، وفسد الشرط. وأما إذا خالف الشرط المقصود...

واستند بعض الفقهاء المضيقين لهامش حرية الاشتراط - فيما استندوا إليه - إلى كون عقدة النكاح تعقد على التأييد، وقد تطرأ أحداث ووقائع، وتستجد ظروف غير متوقعة، يصبح معها الوفاء بالشرط معسورا أو مرهقا لأحد الزوجين، بحيث يعجز تماما عن الإيفاء به، أو يلحقه حرج ومشقة شديدة من جراء ذلك، فتضطرب الحياة الزوجية³، وتذب إليها المنغصات، ممهلة الطريق لاستحكام النفرة والشقاق بين الزوجين.

ولم تغب مثل هذه المآخذ عن المشرع المغربي وهو بصدد صياغته للمقتضيات المنظمة لمسألة الاشتراط في عقد الزواج. وتأثرا من مدونة الأسرة بالمقترحات التي كان يناقشها بعض الفقهاء⁴؛ فقد خولت المادة 48 منها للطرف المتضرر من الاستمرار في الوفاء بالشرط، أن يلجأ إلى المحكمة طالبا إعفائه منه أو تعديله، إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا.

غير أن المادة 48 نفسها نصت في فقرتها الثانية على استثناء شرط عدم التعدد من أية مراجعة، مهما طرأ من ظروف واستجد من أحوال. فما هي إذن خلفيات هذا الاستثناء؟ وما الآثار المترتبة عليه؟

...الأصلي للنكاح بطل الشرط والعقد معا. (الأم، 187/6. الحاوي الكبير، 508-505/9. وروضة الطالبين، 588/5-589. ومغني المحتاج، 3/299-300).

وأما الحنابلة، فقد توسعوا في الشروط، واعتبروها صحيحة ولازمة، ما لم تبطل النكاح من أصله، كنكاح الشغار ونكاح المحلل ونكاح المتعة، وما لم تخالف المقصود من النكاح، كاشتراط الزوج أن لا مهر لها ولا نفقة، أو اشتراط أحدهما عدم الوطء. (المغني، 483/9 - 488. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 8/154 - 185. الروض المربع، 6/313-333).
وبرأي الحنابلة أخذت مدونة الأسرة؛ إذ نصت المادة 47 منها على أن "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد العامة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا".

وأما الظاهرية فقد عدوا الشروط "كلها باطلة سواء عقدها بعنق أو طلاق أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخيار كل ذلك باطل". فلا يصح عندهم إذن "نكاح على شرط أصلا حاش الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها". وكل شرط فهو "تحريم حلال وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء في أن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل". (المحلى، 9/516 - 518). وعليه فإن ما يجيزه الظاهرية من شروط هو في الحقيقة آثار مترتبة على العقد تلزم بموجبه، لذلك كان اشتراطها وعدم اشتراطها سييين، كما أن إطلاق اسم الشروط عليها ينطوي على قدر من التجاوز.

¹ - يقول الشيخ ابن تيمية: "وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه". (مجموع الفتاوى، 29/132-133).

² - يقول الشيخ ابن تيمية: "فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تتبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد". (المرجع نفسه، 29/126-127).

³ - في هذا الصدد يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "لو جعلنا باب الشروط مفتوحا والوفاء به لازما لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب"، ومثل لذلك بالحالة التي تشترط فيها الزوجة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، ثم تضطره ظروف عمله إلى الإقامة في بلدة أخرى. (الأحوال الشخصية، ص159).

⁴ - يقول الأستاذ الخليلي معلقا على ما ذهب إليه الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بخصوص اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها: "صحيح أن صفة التأييد التي يتسم بها الزواج، قد يصبح معها الشرط ضارا فادحا بالزوج، لكن لتفادي ذلك كان ينبغي إلزام الزوج بالالتجاء إلى المحكمة لاستصدار الحكم بالإعفاء من الالتزام بالشرط مع ما يمكن أن يرافق ذلك من إجراءات لصالح الزوجة صاحبة الشرط". (التعليق على قانون الأحوال الشخصية، 1/116).

لمقاربة هذا الموضوع ارتأيت تناوله في مبحثين اثنين :

المبحث الأول : إقرار مدونة الأسرة إمكانية مراجعة الشروط.

المبحث الثاني : استثناء شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة.

المبحث الأول : إقرار مدونة الأسرة إمكانية مراجعة الشروط.

اختارت مدونة الأسرة - كما سلفت الإشارة إلى ذلك - الأخذ بالمذهب الحنبلي في مسألة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج ولزوم الوفاء بها، فاسحة بذلك المجال أمام الأزواج لتضمين عقود زواجهم ما شأؤوا من الشروط التي لا تخالف أحكام العقد ومقاصده، وكذا القواعد الأمرة للقانون¹. لكن وفي مقابل هذا التوسع في الاشتراط؛ حملت مدونة الأسرة مقتضى جديدا يتعلق بإقرار إمكانية مراجعة الشروط حال طرؤ ظروف غير متوقعة، وهو ما من شأنه أن يحد من آثار الشروط، ويجعلها أكثر مرونة وقدرة على التكيف مع المستجدات والوقائع الطارئة على امتداد المسار الذي تسلكه العلاقة الزوجية.

ولتجلية موضوع مراجعة الشروط قسمت هذا المبحث إلى مطلبين اثنين :

المطلب الأول : مراجعة الشروط في الفقه المالكي.

المطلب الثاني : مراجعة الشروط في مدونة الأسرة.

المطلب الأول : مراجعة الشروط في الفقه المالكي :

تجدر الإشارة بداية إلى أن عددا لا يستهان به من المصادر الفقهية المالكية لم يتعرض لمسألة مراجعة الشروط المضمنة في أصل عقد النكاح، أو المتوافق عليها بعد إبرام العقد أي ما يصطلح عليه بالتطوعات. غير أن هذه المسألة لم تكن غائبة كلية عن دائرة اهتمام فقهاء المالكية، وخاصة النوازيلين والموثقين منهم، على ما بينهم من تباين في المواقف بشأنها.

فقد نقل ابن رشد أن ابن القاسم سئل "عن رجل تزوج امرأة واشترط عليه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها فتجن و يذهب عقلها فيريد زوجها أن يتزوج عليها، قال: لا يتزوج عليها أبدا".

قال محمد بن رشد : "ولابن القاسم في كتاب ابن المواز خلافه أنه إذا استونى في أمرها فلم تفق كان له أن يتزوج عليها، فإن أفاقت يوما ما كان ذلك بيدها"، وأنكر ذلك أصبغ وقال: "فإن تزوجها منع من وطئها حتى تفيق امرأته، متى أفاقت فتقضي أو تترك". بينما ذهب ابن رشد إلى القول بفسخ النكاح إن تزوج عليها².

¹ - المادة 47.

² - البيان والتحصيل، 4/ 436 - 437.

وقريبا من هذه المسألة نقل الونشريسي في معياره نازلة ملخصها أن ابن مرزوق سئل عمن طاع لزوجته أن لا يتزوج عليها، فإن فعل فالداخلة عليها بنكاح طالق بنفس العقد عليها طلقة واحدة. ثم إن زوجته المذكورة مرضت بعد بنائه بها مدة من عشرين شهرا مرضا آل بها إلى حالة لا ينتفع بها زوجها بالجماع، وخاف زوجها لأجل ذلك على نفسه العنت والوقوع في الزنى، وأراد أن يتزوج غيرها يحصن بها دينه، فهل يباح له ذلك ويسقط عنه ما التزمه من الطوع المذكور للمشقة اللاحقة له في بقائه عزبا أم لا؟

فأجاب : أما الإباحة فلا نزاع فيها إلا من ناحية إضاعة المال في التزويج. وأضاف: وأما سقوط ما التزم للعذر المذكور فلا، ويلزمه ما التزم مهما فعل بغير رضاها¹.

وهكذا فقد أفتى الشيخ ابن مرزوق بلزوم الشرط، ولم يترك للسائل أية فرصة للفكاك منه، رغم ما أدلى به من عذر ومشقة لاحقة به نتيجة مرض أصاب الزوجة، وما كان له أن يتوقعه. والمخرج الوحيد الذي التمس به للسائل هو طلاق زوجته الأولى²؛ إذ يقول: "وصاحب السؤال يمكنه دفع الحذور بطلاق الأولى ويتزوج"³.

وفي نازلة تتعلق بشرط السكن بالزوجة في مدينة معينة، سئل المواق "عن امرأة تزوجت على شرط أن يسكن بها زوجها مدينة بلش، وأن هذا الرجل تنقام معيشته بصياظن أكثر منها ببلش. فأجاب: لهذا الرجل أن ينتقل بزوجه حيث تنهيا له معيشته ولا مقال لزوجه إذا كان غير شديد"⁴.

وهكذا فقد راعى الشيخ المواق في فتواه هذه ما يلحق الزوج من حرج ومشقة نتيجة وفائه بشرط يكبل حركته، ويمنعه من الخروج بزوجه إلى حيث تتوافر له ظروف عيش أفضل.

وحتى لا يتذرع بعض الأزواج بحالة الضرورة أو الإكراه للتملص مما التزموا به من شروط؛ فإن بعض الموثقين كانوا يوردون - مثلا - في شرط عدم المغيب عن الزوجة ما يلي: "طاع الزوج المذكور لزوجه المذكورة أن لا يغيب عنها غيبة قريبة أو بعيدة طائعا أو مكرها"⁵.

¹ - المعيار المعرب، 3/ 17 - 18.

² - وممن يتبنى هذا الحل من العلماء المعاصرين الأستاذ محمد التاويل؛ إذ يقول: "الزوجة إذا أصبحت في حال لا يمكن الاستمتاع بها وخاف الزوج على نفسه العنت وتضرر من هذا الشرط، فإنه ليس أمامه إلا أحد حلين: إما طلاقها ليتزوج غيرها، وإما استرضاؤها بمال أو غيره لإسقاط شرطها، وليس للمحكمة الحق في إبطال شرطها وإلغائه دون رضاها". (شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب، ص 136).

³ - المعيار المعرب، 3/ 18.

⁴ - المرجع نفسه، 3/ 236.

⁵ - التدريب على تحرير الوثائق العدلية، 1/ 79. والصيغة عينها كان يتم التتصيص عليها في بعض الوثائق بالأندلس. (ينظر المعيار المعرب، 3/ 418).

يقول أبو الشتاء الغازي الحسيني : "التنصيب على هذا واجب إذا سقط من الوثيقة وغاب الزوج بعدم اختياره فالمشهور أن الزوجة لا تأخذ بالتزامه ولا سبيل لها إلى تطليق نفسها بسبب هذه الغيبة المكره عليها الزوج"¹.

فهل يفهم من هذا أن الأصل هو اعتبار حالة الإكراه أو الضرورة التي قد تلجئ أحد الزوجين إلى المطالبة بالتحلل مما التزم به من شروط، ما لم يتم التنصيب على خلاف ذلك؟

إن بعض أجوبة فقهاء ونوازل الغرب الإسلامي لا تسعفنا في الركون إلى هذا القول؛ ففي نازلة حواها المعيار العرب سئل فقهاء قرطبة عن مسألة محمد بن يوسف الغاسل؛ ذلك أنه تزوج بطليطلة امرأة اسمها عزيزة، وشرط لها في صداقها أن بيدها أمر الداخلة عليها بنكاح تطلقها إن شاءت، وكان ينظر في أحباس بقلعة رباح، فكان يقيم بها مدة ثم ينصرف إلى طليطلة، فبارى عزيزة، وكتب بذلك عقدا كتمها إياه، ثم نكح امرأة بقلعة رباح اسمها شمس، فبلغ ذلك إلى التي بطليطلة فقامت عند قاضيها وأثبتت عنده صداقها بالشرط المذكور، ثم طلقت على زوجها التي بقلعة رباح ثلاثا. ففرق القاضي بينهما بعد أن أعذر إليه، فاعترض الزوج عليه بمباراته التي بارى بها القائمة بشرطها، ثم أتى طليطلة وأثبت المباراة عند قاضيها، وحلف الزوج أنه ما راجع تلك المرأة بعد مباراته إياها. وبقي بعد يمينه بطليطلة نحو شهرين، فقامت شمس بقلعة رباح عند قاضيها بعقد استرعاء أنه شرط لزوجته أنه متى غاب عنها طائعا أو مكرها أكثر من ستة أشهر، فأمرها بيدها تطلق نفسها بأي الطلاق شاءت، وطلقت نفسها ثلاثا، وخاطب بذلك قاضي قلعة رباح قاضي طليطلة وأعذر إلى الزوج، فقال إنه لم يلتزم لها الشرط المذكور على هذه الصفة الواقعة في عقد الاسترعاء، ولا فيه طائعا ولا مكرها، ولا أن تطلق نفسها بأي الطلاق شاءت، وزعم أن مغيبه عنها لم يكن إلا لمنع قاضي قلعة رباح إياه منها بتطليق الطليطلة إياها عليه إلى أن أثبت المباراة، فكلفه القاضي إثبات مغيبه عنها إنما كان للفرار المذكور ومدة الخصام في ذلك، فكتب الزوج استرعاء بصورة الحال الموصوف شهد فيه شاهد، ثم لم يأت بشاهد آخر حتى انصرفت الآجال المضروبة عليه في ذلك وعجز، ثم ألقى شاهدا آخر بعد التعجيز، وشهد بعد الاسترعاء فقهاء طليطلة وقرطبة.

فأجاب أبو المطرف بن سلمة بالسماع من هذا الشاهد بعد التعجيز، ويبطل ما أخذت به شمس من شرطها في المغيب.

وأجاب ابن عتاب بعد أن ناقش استحلاف القاضي محمد بن الغسال في شأن مباراته لعزيزة، وشهادة الشهود في عقد الاسترعاء الذي قامت به شمس، ليخلص إلى أن اليمين كانت واجبة على شمس، وأنه إذا ثبت ذلك فقد بانت بالثلاث التي أوقعها، إلى أن يقول: "ولا دخول للإكراه فيها ولا مكره"، مشيرا إلى أن شهادة الشهود في شأن ظروف غيبة الزوج وأسبابها لا عبرة بها، ولا يلتفت إليها.

وأجاب أبو عمران بن القطان بأن الطلاق نافذ ولازم للزوج، وأن تكليف القاضي إياه بإثبات سبب مغيبه لم يكن فيه منتفع، سواء كان في الشرط ذكر إكراه أو لم يكن².

¹ — التدريب على تحرير الوثائق العدلية، 79/1.

² — المعيار العرب، 417/3 — 419.

ويستفاد من هذه النازلة أننا أمام رأيين فقهيين لكل واحد منهما مقاربته لمسألة مراجعة الشروط في ضوء ما يستجد من ظروف طارئة يضطر معها الملتزم بالشرط إلى عدم الإيفاء به.

فأما الرأي الأول : فيعتد بظروف الزوج التي ألجأته إلى الغيبة عن زوجته، ومخالفة ما التزم به، ويظهر هذا الرأي جليا في تكليف القاضي لابن الغاسل بإثبات أن غيابه عن زوجته الثانية إنما كان بسبب انشغاله بأمر الفراق والخصام مع زوجته الأولى. كما يجسد هذا الرأي ما أجاب به أبو المطرف بن سلمة من بطلان ما أخذت به شمس من شرطها، إذا أثبت ابن الغاسل أن غيابه إنما كان للسبب آنف الذكر.

وأما الرأي الثاني : فيرى أن الشرط لازم ولا سبيل للتخلص منه، ويجسد هذا الرأي جواب ابن العتاب، وأبي عمر بن القطان؛ إذ ذهبوا معا إلى نفاذ طلاق شمس، وأنه لا عبرة بإثبات أن الزوج كان مكرها في غيبته أو لم يكن.

وإذا كانت مواقف فقهاء المالكية متباينة بشأن مراجعة الشروط؛ فماذا عن موقف مدونة الأسرة.

المطلب الثاني : مراجعة الشروط في مدونة الأسرة :

أقرت المادة 48 من مدونة الأسرة إمكانية مراجعة الشروط بإلغائها أو تعديلها، إذا استجدت ظروف وطرأت وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به. والإعفاء الكلي أو الجزئي من الشرط يقتضي تقديم طلب بشأنه إلى المحكمة المختصة، والاستجابة لهذا الطلب متوقفة على توافر شرطين أساسيين¹:

الأول : حدوث ظروف أو وقائع غير متوقعة وقت الالتزام بالشرط، مثل فقدان الدخل، فهو ظرف طارئ يمنع الزوج من الوفاء بالتزامه تجاه زوجته القاضي بالنفقة على ولدها أو أبويها. ومثل مرض الزوجة فهو ظرف يمنعها من الوفاء بالتزامها تجاه زوجها القاضي برعاية أولاده أو أصوله.

الثاني : أن يكون الاستمرار في تنفيذ الشرط مرهقا للملتزم به، فيجعله عاجزا تماما عن الوفاء بالشرط، أو غير مطبق ذلك إلا بضئق شديد. وفي هذا الصدد قضى حكم ابتدائي بأن الزوجة التي التزمت بالسكن مع أهل الزوج إذا ادعت حصول الضرر من ذلك؛ فإنها تعفى مما التزمت به، ومما جاء في حيثيات هذا الحكم: "حيث إن المدعية وإن كانت قد التزمت بالسكن مع والد المدعى عليه حسب رسم النكاح أعلاه، لكن هذا الشرط وطبقا للمادة 48 من مدونة الأسرة قابل للمراجعة ومراقبة القضاء.

وحيث إن الزوجة إن ادعت الضرر من السكن مع أهله فإنها لا تجبر على السكن معهم، كما ذهبت إلى ذلك الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي الذي أحالت عليه المادة 400 من مدونة الأسرة ولا تكلف بالإثبات لقول الإمام مالك: (وليس له أن يسكن امرأته مع أبيه وأمه وأهله إذا شكت الضرر بذلك ولا تكلف إثبات الضرر الذي تدعيه في هذا الموضوع)".

¹ — من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، أحمد الخمليشي، 342 / 1 — 343.

وقررت المحكمة "الاستجابة لطلب المدعية وذلك بإفراد سكنها بعيدا عن أهله وذويه"¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا حصل الإعفاء من الشرط نتيجة وجود ظروف طارئة؛ فإنه متى انتفت هذه الظروف، وعاد الوضع إلى مجراه الطبيعي المعتاد، زال الإعفاء، وعاد الشرط ليعمل ويرتب آثاره. فإذا أعفي الزوج مثلا من الإنفاق على ولد زوجته نتيجة طرده من عمله وفقدانه لدخله؛ فإنه إذا استرجع عمله السابق أو حصل على عمل آخر، أصبح ملزما بالوفاء بما التزم به. وهذا ما يستفاد من المادة 48؛ إذ جاء فيها: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة". فالإعفاء من الالتزام متوقف على كون الظروف الطارئة ما زالت قائمة، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه متى زالت هذه الظروف فلا إعفاء. فالإعفاء يرتبط بالظروف الطارئة وجودا وعدما، فيلزم من وجودها وجوده، ومن عدمها عدمه، كارتباط السبب بالمسبب.

وإذا كانت مدونة الأسرة قد أقرت إمكانية مراجعة الشروط؛ فإنها - كما سلفت الإشارة إلى ذلك - استثنت شرط عدم التعدد من ذلك، وهو ما سأحاول معالجته في المبحث الموالي.

المبحث الثاني : استثناء شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة :

بعد أن نصت المادة 48 من مدونة الأسرة على إمكانية مراجعة الشروط؛ أحالت على المادة 40 والتي تنص على منع التعدد حال وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها. وهو ما يعني أن شرط عدم التعدد لا يمكن أن يكون موضوع طلب للإعفاء منه مهما استجد من ظروف الزوجين، وتبدل من أحوالهما، اللهم إذا تنازلت عنه الزوجة بمحض إرادتها.

واستثناء شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة يبقى - في تقديري المتواضع - محل نظر، فالزوج قد يقبل بهذا الشرط تطييبا لخاطر زوجته واسترضاء لها، فتطراً ظروف ما كان له أن يتوقعها، فيجد نفسه مكبلاً بالشرط. وهو ما يطرح في الواقع عدة إشكالات: فماذا لو اكتشف الزوج فيما بعد أن زوجته غير قادرة على الإنجاب، أو أصيبت بمرض عضال أو عاهة مستديمة مانعة من المعاشرة الزوجية؟ أليست هذه الحالات ومثيلاتها ظروف طارئة يصبح معها الوفاء بالشرط مرهقا؟ بل ألا يعتبر شرط عدم التعدد حال حصول هذه الظروف مخالفا لمقتضى عقد الزواج ومقاصده، ومنها المساكنة الشرعية بين الزوجين؟

يجيبنا الأستاذ الخمليشي على هذا الإشكال مبررا موقف المدونة بقوله: "ويبرر هذا الحكم أن التزام الزوج بالشرط كان استجابة لرغبة الزوجة التي ترفض التعايش مع "ضرة" وليس من العدل مصادرة إرادتها وما يمكن

¹ — حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأبي الجعد بتاريخ 2007/03/08، ملف عدد 07/10، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، 61/1—62.

أن يطرأ من ظروف تؤثر على المعاشرة الزوجية مع إصرار الزوجة على شرطها يكون الخيار معها للزوج بتحملها أو بطلب الإذن بالطلاق¹.

إذن فالمخرج الوحيد المتاح أمام الزوج هو اللجوء إلى الطلاق مع ما يترتب عليه من آثار وخيمة خاصة على الأطفال، ثم إن طرح الطلاق كحل أو مخرج للزوج ينبغي أن يستحضر جميع مقتضياته المنصوص عليها في مدونة الأسرة، وهنا يثور السؤال التالي: هل سيعتبر القضاء مبادرة الزوج إلى طلب الإذن بالطلاق لعدم تنازل الزوجة عن شرطها، تعسفا في استعمال حق الطلاق مع ما يوجبه ذلك من تعويض للطرف الآخر؟ ثم ما ذنب هذا الزوج حتى يتحمل تبعات الطلاق المادية؟ والحال أنه إنما قبل بشرط زوجته تطمينا لها وتعبيرا عن عزمه على حسن عشرتها، وقد استجدت ظروف طارئة ما كان له أن يتوقعها.

وبالعودة إلى التبرير الذي ساقه الأستاذ أحمد الخمليشي من أن مراجعة شرط التعدد تشكل "مصادرة لإرادة المرأة"، أليست مراجعة الشروط جميعها فيها "مصادرة" لإرادة أحد الطرفين؟ فمراجعة شرط النفقة على الولد مثلا، ألا تصدر إرادة الزوجة التي ربما ما قبلت الزواج بشخص لا يماثلها سنا مثلا إلا "طمعا" في إنفاقه على ولدها؟ فلماذا إذن تم استثناء شرط عدم التعدد من إمكانية المراجعة دون غيره من الشروط؟

لعل الجواب واضح، فعلى امتداد المسار الذي قطعه التقنين المغربي في مجال الأحوال الشخصية كان دائما ينظر إلى شرط عدم التعدد كآلية لتقييد تعدد الزوجات والحد منه. وفي هذا السياق يقول الأستاذ علال الفاسي معلقا على ما جاء في مدونة 1957 في شأن شرطي الخيار² وعدم التعدد³: "ويرمي التشريع أكثر من هذا إلى محاولة نشر فكرة الخيار عند العقد، إلى أن يصبح شرطا عرفيا فيحد من مبدأ إباحة التعدد"⁴. ويقول أيضا: "رغبة المدونة واضحة في العمل على التقليل من حالات التعدد وإتاحة الفرصة للمرأة لتقرر مصيرها في حالة تزوج زوجها عليها"⁵.

ففي هذا الإطار إذن يمكن أن نفهم لماذا أحاطت مدونة الأسرة شرط عدم التعدد بضوابط صارمة، دون أن تترك أية فرصة لإمكانية المطالبة بالإعفاء منه، مهما استجدت من ظروف وطرأ من وقائع؛ كل ذلك في انسجام تام مع توجهها العام القائم على جعل التعدد شبه مستحيل⁶.

¹ — من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، 344/1. ويمكن مقارنة هذا الموقف مع ما ذهب إليه الأستاذ الخمليشي سابقا من خلال كتابه التعليق على قانون الأحوال الشخصية، وقد سلفت الإشارة إليه في التوطئة.

² — انظر الفصل 30.

³ — انظر الفصل 31.

⁴ — التقريب، ص 180.

⁵ — المرجع نفسه، ص 182.

⁶ — يظهر هذا التوجه خاصة من خلال ما جاء في ديباجة المدونة، ومن خلال ما نصت عليه المواد من 40 إلى 46.

خاتمة :

حاولت من خلال هذا المقال تجلية بعض الجوانب المرتبطة بموضوع مراجعة الشروط المقترنة بعقد الزواج مركزا على استثناء مدونة الأسرة شرط عدم التعدد من كل إمكانية لتعديله أو الإعفاء منه، حال استجداد ظروف ووقائع يصير معها الوفاء به مرهقا للزوج .

ولعل من أهم النتائج التي يمكن تسجيلها في هذا الصدد ما يلي :

1- تضارب مواقف المالكية بشأن مراجعة الشروط الإرادية بين الزوجين، ولعل الاتجاه الفقهي الغالب هو ذاك الذي يقول بلزوم الشروط خاصة وأن هذه الأخيرة عادة ما كانت تعلق على طلاق أو تمليك. لكن وبالرغم من ذلك، لم تعدم الآراء والفتاوى الفقهية التي كانت تأخذ بعين الاعتبار ما يلحق الملتزم بالشروط من حرج وضيق نتيجة ما يطرأ من ظروف غير متوقعة.

2- اختيار مدونة الأسرة العمل بمذهب الحنابلة، وتوسيعها من هامش الاشتراط بين الزوجين؛ قابله إقرار إمكانية تعديل الشروط أو الإعفاء منها. وفيما ذهبت إليه المدونة رعاية لمصلحة الأسرة، وصون لتماماتها، وحفظ لتوازنها واستقرارها.

3- استثناء شرط عدم التعدد من المراجعة يجد خلفيته في رغبة المشرع في جعل التعدد شبه ممتنع وتقييده بشروط تعجيزية ومساطر معقدة تنغيا للتقليل من حالاته إلى أبعد الحدود. لكن ذلك لا يفرز - في واقع الحال - إلا أشكالاً من التحايل والالتفاف على المدونة، وإفراغها - بالتالي - من كل محتوى.

4- استثناء شرط عدم التعدد من المراجعة مهما استجد من ظروف وتبدل من أحوال، قد يلحق بالزوج ضرراً، ويجعله في حرج وعنت لا يطاق، مما ينعكس سلباً على العلاقة الزوجية، وما ينبغي أن يسمها من مودة ورحمة ومعاشرة بالمعروف.

5- وعليه، وما دام المشرع المغربي قد أقر إمكانية طلب تعديل الشروط أو الإعفاء منها؛ فقد كان حرياً به أن لا يستثني شرط عدم التعدد، وأن يجعله كغيره من الشروط قابلاً للمراجعة، شريطة أن يدلي الزوج بما يثبت قيام حالة الضرورة، وما يدعيه من ضرر، وأن كل ذلك طارئ غير متوقع.

• لائحة المصادر والمراجع :

- الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
- الإنصاف، الشيخ المرادوي، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، 1374هـ - 1955م.
- الأم، الإمام الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، 2001.
- بدائع الصنائع، الكاساني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2003.

- البهجة في شرح التحفة ، علي بن عبد السلام التسولي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م.
- البيان والتحصيل، ابن رشد الجد، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال (الجزء 4) ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م.
- التدريب على تحرير الوثائق العدلية، أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، علق عليه أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمانة، الرباط، الطبعة الثانية، 1995.
- التعليق على قانون الأحوال الشخصية، أحمد الخمليشي، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة.
- التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية، علال الفاسي، مطبعة الرسالة، 2000.
- الحاوي الكبير، أبو حسن علي الماوردي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
- روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة 2003.
- الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثامنة.
- شذرات الذهب فيما جد من قضايا النكاح والطلاق والنسب، محمد التاويل، مكتبة السنة، هولاندا، الطبعة الأولى، 1431هـ - 2010م.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل، طبعه وصححه عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2002م.
- شرح فتح القدير، ابن همام الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م.
- القوانين الفقهية، ابن جزي، دار الفكر، بيروت، 2009.
- المبسوط، الإمام السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن حمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1425هـ - 2004م.
- الحلبي، ابن حزم، تحقيق محمد منير الدمشقي، الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.
- المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجته جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1401هـ - 1981م.
- المغني، ابن قدامة الحنبلي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، 1417هـ - 1997م.

- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ — 1997م.
- المقدمات الممهدات، ابن رشد الجد، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1988.
- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 17، فبراير 2009.
- من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، أحمد الخمليشي، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2012.

علاقة النافر بين قانوني الإلتزامات والعقود والمسطرة المدنية المغربيين على مستوى الإثبات بالقرائن وأفاق تحسينها



أنوار بوهلال : حاصل على ماستر الدراسة المبتدئية

لقانون الإلتزام التعاقدية والعقار - كلية الحقوق فاس

• لائحة الرموز :

- ق.ل.ع : قانون الإلتزامات والعقود.
- ق.م.م : قانون المسطرة المدنية.
- مح.ن.م : محكمة النقض المغربية.
- ق.ع : قرار عدد.
- م.س : مرجع سابق.
- ع : عدد.
- ص : صفحة.

تأثر المشرع المغربي في تنظيمه لقواعد الإثبات في المادة المدنية من زاوية فحوى القاعدة وطبيعة الموضوع الذي تنظمه بالنزعة اللاتينية المتمثلة فلسفتها في التفريق بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي من هذه القواعد، إذ تلحق الشق الموضوعي منها بقانون الموضوع وهو في التنظيم التشريعي المغربي قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أما الشق الإجرائي فتترك أمر تنظيمها لقانون الإجراءات وهو قانون المسطرة المدنية.

والفصول المنظمة لقواعد الإثبات الموضوعية في ق.ل.ع هي الفصول 399 إلى 460، أما إجراءات الإثبات أو كما سماها ق.م.م إجراءات التحقيق فقد خصص لها هذا الفصول 55 إلى 102 بالإضافة إلى فصلين آخرين هما 334 و 336 منها.

وأمام هذا التنظيم المزدوج لقواعد ذات أهمية قصوى كالإثبات في المادة المدنية فإن الباحث لا يملك إلا أن يتساءل هل يحقق (أي هذا التنظيم الثنائي لقواعد الإثبات) الاتساق والانسجام المطلوب بين القانونين على هذا المستوى أم أنه لا يحقق إلا التنافر وعدم التكامل؟

إننا من خلال هذه الدراسة المتواضعة نحاول الإجابة عن هذا السؤال من خلال تسليط الضوء على وسيلة إثبات واحدة لا يتحقق فيها التكامل بين القانونين المذكورين بالنظر للتأثر بالنزعة اللاتينية، ويتعلق الأمر بالقرائن بنوعيتها القانونية والقضائية، ولن نكتفي بإبراز هذا التنافر بل وفي نفس الوقت نحاول تقديم مقترحات من شأنها المساهمة في تجاوز هذه العلاقة التنافرية إلى علاقة أكثر توافقاً بها يتحقق تحسين التنظيم القانوني لهذه الوسيلة. فلقد انفرد قانون الالتزامات والعقود بتنظيم كل من القرائن نوعيتها القانونية والقضائية في الفصول 449 إلى 459، وفي هذا الإستثمار بالتنظيم تتضح علاقة التنافر بين هذا القانون وقانون المسطرة المدنية، وعلى عكس أغلب التشريعات التي تتحاشى إيراد تعاريف للمؤسسات القانونية وتترك مهمة القيام بذلك للفقه، عرفها ق.ل.ع في الفصل 449 الذي نقل عن الفصل 1349 من القانون المدني الفرنسي على أنها دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة.

هذا التعريف القانوني تعريف مختصر ومقتضب جداً ولا يبيّن بوضوح المقصود من القرائن؛ لذلك نلجأ لتوضيح المقصود من القرائن إلى بعض التعريفات الفقهية والتي نختار منها تعريف الأستاذ عباس العبودي¹ الذي عرفها: بأنها دليل استنتاجي لا يرد الإثبات به على الواقعة المراد إثباتها مباشرة، بل ينصب على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً، وإذا ثبتت أمكن استنباط الواقعة المطلوب إثباتها.

¹ العبودي، عباس: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبعة 2005 دار الثقافة عمان الأردن ص 274.

إذن ففي القرينة لا يكون إثبات الواقعة المتنازع عليها إثباتاً مباشراً بإقامة الدليل على هذه الواقعة ذاتها، وإنما بطريق غير مباشر بإقامة الدليل على واقعة أخرى محلها في الإثبات و تعد قرينة عليها، لأن إقامة الدليل على الواقعة الأخرى البديلة يغني عن إثبات الواقعة الأصلية. وبذلك نكون بصدد تغيير محل الإثبات وهذا التغيير يستند إلى أساسين :

الأساس الأول: أن الوقائع السلبية ليس لها مظهر خارجي بحيث يتعذر إثباتها إثباتاً مباشراً إلا بالإقرار أو اليمين، ولهذا فإنه لا يجب إثبات مثل هذه الوقائع بذاتها إثباتاً مباشراً، وإنما يجوز إثباتها بطريق غير مباشر بإثبات واقعة أخرى هي الواقعة العكسية المضادة لها، فانتفاء العلاقة السببية مثلاً واقعة سلبية لا يجب إثباتها بالذات إثباتاً مباشراً وإنما يجوز إثباتها بطريق غير مباشر بإثبات واقعة أخرى مضادة لها هي وجود سبب أجنبي.

الأساس الثاني: أن الإثبات يخضع لمبدأ الرجحان الكافي، بحيث يكفي إثبات ما يرجح وجود أو انتفاء الواقعة المتنازع عليها تبعاً للغالب والمألوف، ومن ثم لا يجب دائماً إثبات ذات الواقعة المتنازع عليها إثباتاً مباشراً بل يكفي إثبات واقعة أخرى تعد قرينة عليها تبعاً للغالب والمألوف، وإذا كان من المسلم به أن الأنظمة الوضعية ومنها ق.ل.ع نصت صراحة على العمل بالقرائن والحكم بمقتضاها واعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات القانونية. فإن مذاهب الأئمة الأربعة المالكية والأحناف والحنابلة والشافعية أجازوا العمل بالقرائن والحكم بمقتضاها، وإن كانوا قد استعملوا القرينة في معان كثيرة وألفاظ مترادفة مثل العلامة أو الأمانة، فابن فرحون في تبصرته عرض لخمسين مسألة من المسائل التي يجوز إثباتها بالقرائن باتفاق الأئمة الأربعة وبعضها بقول المالكية وحدهم.

هذه الأفكار مأخوذة من المؤلفات التالية:

- ابن فرحون، اليعمري المالكي: تبصرة الحكام ج2، ط. 2003 دار عالم الكتب الرياض المملكة العربية السعودية م.س ص 111.
- العدوي، جلال علي: م.س ص 280.
- أبو غابة، خالد عبد العظيم: حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية م.س ص 64.

والقرائن حسب ما يستفاد من الفصل 449 من ق.ل.ع على نوعين:

نوع يستنبطه قاضي الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه، ويعتبر استنتاجات فردية في حالات خاصة؛ أي هي نتائج يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة، بأن يبحث في ظروف الدعوى عن عناصر يستقي منها هذه القرينة¹.

ونوع يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه في طائفة معينة من الحالات، فيبني عليه قاعدة عامة ينص عليها بصيغة مجردة².

وكما سبقت الإشارة المشرع المغربي نظم القرائن بنوعيهما باعتبارهما وسيلتي إثبات في ق.ل.ع دون ق.م.م، وعلى أساس هذا الإنفراد في التنظيم قلنا بوجود علاقة عدم التكامل، لكن غايتنا هي محاولة خلق الانسجام المفقود بين القانونين السالفي الذكر لذلك ففيما يلي نتطرق التنظيم القانوني للقرائن القانونية في ق.ل.ع ولآفاق التحسين (المطلب الأول)، وللتنظيم القانوني للقرائن القضائية في ق.ل.ع ولآفاق التحسين (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التنظيم القانوني للقرائن القانونية في قانون الالتزامات والعقود وآفاق تحسين العلاقة بينه وبين قانون المسطرة المدنية على هذا المستوى :

نبدأ التحليل بالتنظيم القانوني للقرائن القانونية (الفقرة الأولى)، ثم بعده لآفاق التحسين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التنظيم القانوني للقرائن القانونية :

ينص الفصل 450 من ق.ل.ع على أن :

"القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي :

1) التصرفات التي يقضي القانون بطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه.

2) الحالات التي ينص القانون فيها على أن الإلتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم.

3) الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي".

يظهر من هذا الفصل أنه حدّد على سبيل الحصر الحالات التي اعتبرها قرائن قانونية قاطعة، استنبطها المشرع من وقائع معلومة للدلالة على أمر مجهول ينص عليه، وهي تقوم على فكرة الإحتمال والترجيح.

ونعتقد أن المشرع المغربي أحسن صنعا حينما حدّد القرائن القانونية القاطعة على سبيل الحصر، نظرا لما تنطوي عليه هذه القرائن من خطورة كبيرة ذلك أن المشرع هو الذي يقوم بالاستنباط، فينص على ما استنبطه في صيغة قاعدة أمرة عامة ومجردة تنطبق بحكم ذلك على جميع الحالات المماثلة حتى ولو بدت مغايرة لحقيقة الواقع في بعض الحالات، ومن هنا فالمشرع عليه أن يقتصد في تقريرها، لذلك -كما سبقت الإشارة- المشرع المغربي أحسن صنعا بهذا التحديد الحصري للقرائن القانونية القاطعة.

¹ شهبون ، عبد الكريم: الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي الكتاب الأول ج.3 طبعة 1990 ص452.

² العلوي العبدلاوي ، ادريس: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي القواعد العامة لوسائل الإثبات الكتابة-الشهادة-القرائن-الإقرار-اليمين، طبعة 1981 منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش ص 129.

وتقوم القرينة القانونية بنقل محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى واقعة أخرى متصلة بها حددها المشرع، من قبيل ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 3/450 "التقادم" إذ ينتج عنه التحلل من الالتزام، فإذا ثبتت واقعة التقادم إنجر عن ثبوتها التحلل من الالتزام، فالواقعة المتمثلة في التقادم هي أساس القرينة التي يشترط القانون قيامها لانطباق حكمها.

ولما كانت القرينة القانونية تنقل محل الإثبات من الواقعة الواجب إثباتها طبقاً للقواعد العامة إلى واقعة أخرى متصلة بها، فهي بهذا تورد استثناء على القاعدة العامة في الإثبات؛ وعليه فإن القاضي يتعين عليه عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء أو القياس عليه، فلا يصح له إجراء حكم القرينة القانونية على حالة لم ينص عليها القانون. وهذا ما يمكن استخلاصه من أحد قرارات مح. ن. م. الذي ورد فيه "توصيل تصفية الحساب ينظمه الفصل 745 مكرر من قانون الالتزامات والعقود وليس الفصل 253 منه، ولا يعتبر من بين القرائن القانونية موضوع الفصل 450 من نفس القانون"¹.

يتضح من خلال ما سبق أن دور القاضي في الإثبات بشأن القرائن القانونية يتضاءل إلى الحد الأدنى؛ بحيث يقتصر على تطبيق قاعدة الإثبات القانونية على النزاع المكلف بحسمه؛ فالمشرع هو من تدخل وحدد القوة الإثباتية لوقائع معينة.

وبيعني ذلك أن الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القانونية تكون ذات مصدر تشريعي مفروضة من هذا المصدر على القاضي والخصوم معاً، ونتيجة لذلك قد تكون بعيدة عن الحقيقة الواقعية، خاصة -إذا علمنا- أن المشرع عندما ينص على قرينة قانونية فهو يؤسسها على الراجح والغالب لا اليقين المطلق.

هذا، وإن قل.ع. عندما أنشأ القرينة القانونية وبنائها على الغالب من الأحوال، فاته احتمال عدم مطابقتها لكل حالة على حدة، فلم يسمح للخصم المتمسك ضده بالقرينة أن يثبت عكس ما استنبطه المشرع وكرسه بصيغة عامة ومجردة -راجع الفصل 453 من ق.ل.ع.² -.

وإثبات عكس القرينة القانونية حسب الفقه هو أن الخصم يقيم الدليل على أن الاحتمال الذي تقول به القرينة لا يطابق الواقع في الحالة المعروضة.³

يتعين على المشرع المغربي إذن أن يتدارك هذا الفراغ، ويتيح إمكانية إثبات عكس القرينة القانونية للخصم؛ إذ من الممكن أن يكون الحل الذي نص عليه المشرع في صيغة قرينة قانونية لا يطابق الحقيقة، وفي هذا السياق يقول الأستاذ جيني المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس، فالقرينة القانونية دليل يقوم على الراجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق، فيجب إفساح المجال لمن قامت ضده القرينة لكي يثبت بأن حالته لا تندرج تحت هذا الراجح الغالب الوقوع. فإذا أراد المشرع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات

¹ ق.ع. 1440 في الم.ع. 89/238، صاد. بتا. 1989/6/14 منشور بمج.اش.ع. 2 ص 71 وما يليها.

² ومضمون هذا الفصل هو: "القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته من كل إثبات. ولا يقبل أي إثبات يخالف القرينة القانونية".

³ الصلة، عبد المنعم فرج: الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية القاهرة مصر ص 303.

العكس فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدعوه إلى إقفال الباب دون نقض القرينة وقلب الراجح الغالب الوقوع إلى التأكيد المطلق، ثم ينبغي أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل إثبات العكس¹.

ونستثني في هذا السياق القرينة المتمثلة في حجية الشيء المقضي على اعتبار أن الغاية من التنصيص على هذه القرينة إنما هي مراعاة المصلحة العامة، فهذه الأخيرة تقضي باعتبار الحكم النهائي قرينة على صحة ما قضي به إنهاءً للخصومة ومنعاً لتجدد النزاع بلا حد ولا نهاية، كما أن المصلحة العامة تقضي باحترام الأحكام القضائية النهائية.

وبعد أن عرضنا للتنظيم القانوني للقرينة القانونية وكيف أن انفراد ق.ل.ع بهذا التنظيم يحقق تنافراً بين هذا القانون وق.م.م. ننتقل لإقتراح ما قد يساعد على خلق التكامل المفقود.

الفقرة الثانية : آفاق تحسين العلاقة بين قانوني الإلتزامات والعقود والمسطرة المدنية على مستوى القرائن القانونية :

إذا تمعنا في الفصل 450 من قانون الإلتزامات والعقود فإننا نجد أنه نص على ثلاث حالات، تمثل ما يسمى عند الفقه بالقرائن القانونية القاطعة وهي :

الحالة الأولى : حالة التصرفات التي يقضي القانون بطلانها لكونها مخالفة لأحكامه.

الحالة الثانية : الحالات التي ينص القانون على أن الإلتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم.
الحالة الثالثة : حجية الشيء المقضي التي يعطيها القانون للأحكام القضائية، هذه الحالات الثلاثة يمكن أن نصنفها إلى صنفين :

الصنف الأول وهو صنف القاعدة الموضوعية التي تم تكريسها على أساس أنها قرينة قانونية قاطعة.

الصنف الثاني وهو صنف الآثار الناتجة عن الأحكام القضائية، والتي يجب أن تنظم من حيث الأصل في القانون الذي يعنى بسير الدعوى والأحكام وهو قانون المسطرة المدنية، وقد كرس في ق.ل.ع على أنها قرينة قانونية قاطعة كذلك.

إذا ثبت هذا، فإنه بالنسبة للقواعد الموضوعية التي يتم تحويلها إلى قرائن قانونية قاطعة؛ يقول بعض الفقه بصدها أن المشرع حينما يحول قاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية فمرد ذلك هو رغبته في الإنقاص من قيمتها، على اعتبار أن القرينة القانونية يمكن دحضها حتى ولو كانت قاطعة².

¹النداوي آدم ، وهيب: دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2001 الدار العلمية الدولية ودار الثقافة عمان الأردن ص305.

وهذا الشرط أي شرط التنصيص على عدم قابلية القرينة لإثبات العكس موجود في ق.ل.ع في الفصل 453.

²السنهوري ، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات -آثار الإلتزام ج.2، طبعة 1973 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ص 620 و 621.

إلا أنه ما ينبغي الالتفات إليه هو أن هذا الكلام قيل بصدد الحديث عن قانون يجيز إقامة الدليل لإثبات عكس القرينة القانونية حتى ولو كانت قاطعة¹. أما بالنسبة لـ ق.ل.ع.م فنص في الفصل 453 على أنه "لا يقبل إثبات ما يخالف القرينة القانونية" : وهذا يعني أن المشرع المغربي في هذا القانون حينما حول القاعدة الموضوعية المتعلقة بالبطلان وكذلك القاعدة القانونية المتعلقة بالحالات التي ينص فيها القانون على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة؛ إنما قصد تأكيد تلك القاعدة الموضوعية وتحسينها من أي إثبات عكسي.

وبما أن ق.ل.ع.م هو قانون موضوعي؛ فتحويل قاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية قاطعة أمر يمكن استساغته بل وتحبيذه، خاصة إذا كان تحويل هذه القواعد إلى قرينة قانونية من شأنه أن يساهم في استقرار الحقوق.

أما القرينة القانونية المتمثلة في حجية الأمر المقضي فهي تتأسس على فكرة احترام عمل القاضي وما يصدره من أحكام، سواء من جانب الخصوم أو من جانب القضاء نفسه². فلا يجوز على هذا الأساس إعادة مناقشة ما فصل فيه القضاء، كما لا يسوغ قبول دليل ينقض هذه الحجية. بل المتعين هو إحاطة ما يصدره القاضي من أحكام بالاحترام الواجب.

والحكمة من ذلك حسب أحد قرارات مح. ن. م. "الحكمة من الدفع بسبق الفصل في الموضوع هي منع الخصوم من إثارة المنازعة موضوعا من جديد إما بالمطالبة بحق سبق رفضه أو المنازعة في حق سبق استحقاقه"³، والحكمة منه أيضا استقرار الحقوق ومنع تضارب الأحكام⁴.

وما يلاحظ على المشرع المغربي هو تفصيله في القرينة القانونية المتمثلة في حجية الأمر المقضي في فصله 451؛ إذ حدد بوضوح الشروط الواجب توافرها ليكون الدفع بسبق الفصل في الدعوى صحيحا وقد أكد على هذه الشروط أحد قرارات مح. ن. م. الذي جاء فيه "الفصل 451 حدد ثلاثة شروط لقيام قوة الشيء المقضي به وهي إعادة نفس الطلب من أجل نفس السبب وبين نفس الأطراف في الدعوى"⁵، ونوضح هذه الشروط على الشكل الآتي :

الشرط الأول وحدة الموضوع: ويعني ذلك أن محل الدعوى الجديدة هو نفس محل الدعوى السابق الفصل فيها؛ بحيث إذا فصل فيها مجددا فإن هذا لن يؤدي إلا إلى تكرار لا جدوى منه، أو إلى تناقض مع الحكم السابق.

¹ والقانون الذي نقصده هنا هو القانون المدني المصري الذي عكف السنهوري على شرحه في مؤلفه.

² Vicent , Jean : Procédure civil p.88 édition 1978.

³ ق.ع. 1588 في الم. المدني ع. 84/3272، صاد. بتا. 89/7/5 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى م. 42 و 43 ص 54 وما يليها.

⁴ منصور ، محمد حسين : قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، طبعة 2007 دار الجامعة الجديدة للنشر مصر ص 172. /الروبي ، أسامة: الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، طبعة 2009 مطابع شتات مصر ص 257.

⁵ ق.ع. 1007 في الم. المدني ع. 86/1538، صاد. بتا. 87/4/27 منشور بمجلة المحامي ع. 11 ص 87 وما يليها.

الشرط الثاني وحدة السبب: ومفاده أن تكون الدعوى الجديدة مستندة إلى ذات الأساس القانوني الذي بنيت عليه الدعوى السابقة أي مصدر الطلب الذي يعتبر محلا للدعوى .

الشرط الثالث وحدة الخصوم: ويعني ذلك أن تكون الدعوى الحالية قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

ونعتقد أن هذه القاعدة التي حولت من طرف المشرع إلى قرينة قانونية قاطعة؛ هي من قواعد القضاء التي يجب أن تنظم في قانون المسطرة المدنية، وقد أراد بها المشرع أن يضع حدا للمنازعة في أمر معين سبق الفصل فيه. وما يركي أكثر هذا التوجه ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري "بأن حجية الشيء المقضي به تتصل بآثار الأحكام ويدخل تنظيمها من هذا الوجه في قانون المرافعات"¹.

ومن جهة أخرى يظهر الفرق بين حجية الشيء المقضي والقواعد موضوعية التي تم تحويلها إلى قرائن قانونية²؛ في أن دور هذه الأخيرة يتمثل في قيام الدليل المساعد على حل النزاع. بينما القرينة المتمثلة في حجية الشيء المقضي تعني أن هناك نزاعا تم الفصل فيه ولا جدوى من تقديم دليل في شأنه، فدورها ينحصر في الحيلولة دون معاودة المنازعة في أمر فصل فيه³.

لما سبق بيانه نعتقد أن حجية الشيء المقضي المكان الأمثل لتنظيمها ليس هو قانون الموضوع بل هو قانون المسطرة المدنية، خاصة وأن هذا الدفع سبق الفصل في الدعوى هو دفع بعدم القبول؛ والدفع يتعلق بسير الدعوى، وكل ما يتعلق بسير الدعوى مكانه الأصلي هو قانون المسطرة المدنية وليس قانون الإلتزامات والعقود.

في الفقرة الموالية نتناول للتنظيم القانوني للقرائن القضائية حسب ما هو منصوص عليه في ق.ل.ع ولآفاق تحسين علاقة هذا القانون بقانون المسطرة المدنية على هذا المستوى.

المطلب الثاني : التنظيم القانوني للقرائن القضائية في قانون الإلتزامات والعقود وآفاق تحسين العلاقة بينه وبين قانون المسطرة المدنية على هذا المستوى :

نبدأ بالتنظيم القانوني للقرائن القضائية في ق.ل.ع (الفقرة الأولى) والذي يظهر من خلاله التنافر الحاصل بين هذا الظهير وقانون المسطرة المدنية في هذا الإطار بالنظر لاستقلال الأول دون الثاني بهذا التنظيم، ثم سنقدم مقترحات من شأنها أن تساعد على تجاوز هذا الانفصال في العلاقة إلى رابطة أكثر تكاملا (الفقرة الثانية).

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مشار إليه في مؤلف الأستاذ عبد الكريم شهبون: م.س ص 442.

² ونقصد هنا ما نص عليه الفصل 450 من ق.ل.ع من الحالة الأولى : التصرفات التي يقضي القانون بطلانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه. والحالة الثانية : الحالات التي ينص القانون فيها على أن الإلتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالترادم.

³ الفكهاني ، حسن والفكهاني ، سعيد: التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي ج.3، طبعة 1992-1993 الدار العربية للموسوعات القاهرة مصر ص 85.

الفقرة الأولى : التنظيم القانوني للقرائن القضائية :

نظم المشرع المغربي القرائن القضائية أو ما يصطلح عليها بـ "القرائن التي لم يقررها القانون" في الفصول 454 إلى 459 من ق.ل.ع.

حيث يمكن اعتبار الفصلين 454 و 455 من هذا القانون بمثابة الأحكام العامة للقرينة القضائية، أما الفصول المتبقية وهي من 456 إلى 459 فهي عبارة عن أحكام لبعض القرائن القضائية التي تدور حول فكرة حيابة المنقول¹، لكننا سنركز في هذه الدراسة على ما هو منصوص عليه في الفصلين 454 و 455 لأنها تمثل الأحكام العامة للقرينة القضائية، ويجدر الذكر أن هذا القانون لم يتعرض لتعريف القرينة القضائية كما فعل مع القرينة القانونية؛ وقد آثرنا تعريف محكمة التمييز الأردنية حيث عرفت في قرار لها بأنها "كل استنباط لواقعة مجهولة من واقعة معلومة بحيث يكون الاستنتاج ضروريا وبحكم اللزوم العقلي والمنطقي ويترك أمر تقدير القرينة القضائية للقاضي بحيث يستنتج منها ما يطابق عقله ويريح ضميره فهو الذي يقدر الظروف ودرجة تأثيرها في الدعوى"².

وتمثل القرينة القضائية ما يصطلح عليه بالطريقة المنطقية لتحويل الإثبات؛ لأنه قد يحدث أن تجد المحكمة نفسها أمام واقعة محل النزاع صعبة الإثبات يتعذر إثباتها مباشرة، فيلجأ القاضي إلى واقعة أخرى ليست محلا للنزاع وهي سهلة الإثبات، بحيث إذا ثبتت فإن الواقعة الأولى تثبت بصورة غير مباشرة³.

وحسب ما يستفاد من نص الفصل 454 من ق.ل.ع، فهذه القرينة يستنبطها القاضي بلجته وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها، وهذا ما أكدته مح. ن. م في أحد قراراتها حينما ذهبت إلى اعتبار أن " القرائن التي لم يقررها القانون طبقا للفصل 454 من ق.ل.ع يبقى تقديرها موكولا لحكمة القاضي"⁴.

ومن خلال هذا القرار تتبدى السلطة الكبيرة التي يتمتع بها القاضي بخصوص القرينة القضائية؛ فالخصم يعرض على القاضي الوقائع الثابتة التي يريد جعلها أساسا لاستنباط ما يدعي، ويكون للقاضي مطلق الحرية في أن

¹ شهبون، ع. الكريم: م.س ص 481.

الفكهاني، حسن والفكهاني، سعيد: ج.3 م.س ص 117.

² قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 2003/1406 صادر بتاريخ 2004/2/9 مشار إليه في: رسالة رائد صابر الازيرجاوي: القرينة ودورها في الإثبات، رسالة ماجستير برسم السنة الجامعية 2010/2011 عن كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط الأردنية، هذه الرسالة متوفرة على الرابط الآتي : <http://www.meu.edu.jo/ar/images/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86/%D8>

³ الندوي، آدم وهيب: م.س ص 340؛

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الأنكلوأمريكي يقول أيضا بفكرة تحويل الإثبات عن طريق القرائن من الواقعة محل النزاع وهي التي يتعذر إثباتها مباشرة أمام المحكمة، إلى واقعة أخرى ليست محلا للنزاع، وإذا تم إثباتها فإن الواقعة الأولى تعتبر ثابتة بصورة غير مباشرة. عن نفس المرجع السابق

⁴ ق.ع. 2043 في الم. المدني ع. 01/455، صاد. بتا. 2004/6/23 منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع. 106 ص 131 وما بعدها.

يختار منها ما يشاء، وفي أن يستنبط مما يختاره الخصم ما يرى الخصم استنباطه، أو عكس ما يراه الخصم طبقاً لإقتناعه بسلامة الاستنباط أو بعدم سلامته، أو أن لا يأخذ بها بالمرّة.

وفي هذا السياق يقول الأستاذ مازو إذا تمسك أحد الخصوم بقرينة ورأى القاضي ألا يأخذ بها فيجب عليه أن يبرر رفضه لهذه القرينة¹، والقاضي بخصوص سلطته هذه لا يخضع لرقابة محكمة النقض وهذا ما أكدته هذه المحكمة نفسها: " استنباط القرائن القضائية ... يعد من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قضية الموضوع ويعتمدون عليها في تكوين قناعاتهم ولا رقابة عليهم في ذلك من المجلس الأعلى"²، وعدم رقابة محكمة النقض على القاضي في عملية الاستنباط؛ تعني أن المفروض في هذا الأخير استعمال منتهى الحيلة والحذر؛ بحيث يكون استخلاصه للقرائن استخلاصاً سائغاً مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها في حكمه.

وما يجب التأكيد عليه هو أن الاستنباط الذي يقوم به القاضي هو عمل ذهني لا يتأسس على فراغ؛ بل يكون من وقائع ثابتة ومن هنا يظهر بأن للقرينة القضائية عنصران:

عنصر مادي: ويتمثل في الواقعة الثابتة التي يستند إليها في الاستدلال على الواقعة المجهولة التي تمثل الحل الأصلي للإثبات بصرف النظر عن مصدر ثبوتها، وقد يتحقق هذا الثبوت من خلال إجراء تحقيق يباشره القاضي بنفسه كإجرائه للمعاينة أو مناقشته للخصوم أو استماعه للشهود واستفسارهم، أو من خلال ما يعرض عليه من أوراق ومستندات الدعوى، وقد يتحقق أيضاً من خلال إجراء لم يقوم به القاضي كما هو الحال بالنسبة لتقرير الخير أو الأحكام الصادرة في دعوى أخرى³.

عنصر معنوي: إن الاستنباط الذي يقوم به القاضي في تفسير الوقائع الثابتة لكي يصل إلى الواقعة الأخرى المجهولة عملية شاقة تتطلب منه بذل مجهود فكري في تكوين اعتقاده، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية رحبة وهذا ما أكدته مح. ن. م في أحد قراراتها-الذي سبقت الإشارة إليه آنفاً- " استنباط القرائن القضائية الموكولة لحكمة القاضي وتقدير تأثيرها على مسار النزاع يعد من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قضية الموضوع ويعتمدون عليها في تكوين قناعاتهم ولا رقابة عليهم في ذلك من المجلس الأعلى"⁴.

ومن التطبيقات العملية لهذه العملية المكونة من العنصرين المادي والمعنوي ما ذهب إليه المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها " حيث أن الطالب يرمي إلى إلغاء نتائج مكتب المجلس الجماعي لجماعة ...

¹مشار إليه في مؤلف: الندوي ، آدم وهيب م.س ص 344.

²ق.ع. 490 مكرر في الم. التجاري ع. 04/1059، صاد. بتا. 2005/4/27 مشار إليه في مؤلف محمد بفقير : قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي ص 292.

³زهرا ن همام محمد ، محمود: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، طبعة 2002 دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر ص 581. /العدوي ، جلال علي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، طبعة 1997 منشأة المعارف الإسكندرية مصر ص 288.

⁴ق.ع. 490 مكرر في الم. التجاري ع. 4/1059، صاد. بتا. 2005/4/27 مشار إليه في مؤلف الأستاذ محمد بفقير قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي ص 292.

وحيث أن المحكمة بعد اطلاعها على الإقرار بالدين المستدل به اتضح لها بأنه يشكل في ظاهره دينا عاديا، إلا أن ظروف تلقي الإشهاد العدلي سواء من حيث تاريخ تلقيه الذي جاء قبيل انعقاد عملية انتخاب مجلس الجماعة بأيام قليلة أو من حيث الأطراف الدائنة لرئيسه المنتخب التي هي نفسها المكونة لمكتب المجلس أو من حيث أجل استرداد القرض الذي حدد خلال ثلاث سنوات وهي في الحقيقة المدة المتبقية لانتهاء انتخاب المجلس هذا فضلا على أن المطلوب في الطعن لم يدلي للمحكمة بما يثبت شراءه للقطعة الأرضية التي زعم أثناء جلسة البحث الذي جرى بواسطة السيد القاضي المقرر بأنه اشتراها بمبلغ القرض وحيث إن المحكمة بعد إحاطتها بظروف القضية وملاساتها وانطلاقا من القرائن المشار إليها أعلاه اقتنعت بأن الأمر يتعلق فعلا برشوة لا بقرض مما يجعل عملية الانتخاب قد شابها مناورات تدليسية أثرت بشكل واضح ومباشر في السير العادي للعملية الانتخابية وفي نتائجها"¹.

فالمحكمة في هذا الحكم انطلقت من واقعة معلومة وهي اعتراف رئيس المجلس البلدي قبيل انتخابه بالدين لفائدة أعضاء مكتب المجلس، لتستنبط أن الوثيقة ظاهرها قرض وباطنها رشوة وهي الواقعة المدعى بها التي كانت في أصلها مجهولة.

ومن التطبيقات القضائية لهذه العملية أيضا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بمكناس في حكم لها ورد فيه "حيث دفع نائب المدعى عليها بسداد واجبات الكراء بانتظام للوسيط (ج.) الذي استمعت إليه المحكمة كشاهد فأكد أنه كلف بقبض الواجبات الكرائية من طرف المكري وأن المدعى عليها كانت تسدد واجبات الكراء شهرا بشهر وأن بحوزته واجب 06 أشهر من شهر 2012/11 الى شهر ابريل 2013.

وحيث نفى المكري على لسان دفاعه في مذكرة المدلى بها في جلسة 2014/01/02 بالعارة التالية : "لم يسبق أن كلف شخصا للنيابة عنه في قبض واجبات الكراء" وفي المذكرة المدلى بها اثناء تأمل 2014/05/22 جاء فيها بالحرف "الشاهد المستمع إليه لا علاقة له بالمرة بعلاقة الكراء الرابطة بين العارض والمدعى عليها وذلك لغياب ما يفيد تكليفه باستخلاص واجب الكراء من طرف المدعى عليها لفائدة العارض خاصة وأن عقد الكراء المبرم بين الطرفين لا دليل به يفيد تكليف السيد (ج.) باستخلاص واجبات الكراء" وحيث إن العبارات السالفة لا يوجد بها نفي صريح وواضح من طرف المدعي لتكليفه للسمسار (ج.) بقبض الواجبات الكرائية من المدعى عليها وإنما العبارات جاءت عامة وغير واضحة إذ أنه لو لم يكلف السمسار لكتب بالحرف "لم اكلف السمسار (ج.) بقبض الواجبات الكرائية من المدعى عليها".

وحيث تبعا لكل ماسلف تستخلص المحكمة ان المدعي يقر ضمنا بتكليف السمسار (ج.) بقبض الكراء."².
فمن خلال هذا الحكم :

انطلاقا من دفع نائب المدعى عليها بسداد واجبات الكراء بانتظام لهذا السمسار الذي استمعت إليه المحكمة كشاهد فأكد أنه كلف بقبض الواجبات الكرائية من طرف المكري.

¹م.ع. 95/170، صاد. بتا. 96/4/11، مشار إليه في مؤلف الأستاذ المعطي الجبوجي : م.س ص 107 و 108.

²ح. صاد. عن المح. إبت. بمكناس بتا. 2014/5/22 في الم. المدني المتنوع ع. 2013/1303/631 غير منشور.

وانطلاقاً من عدم استعمال المدعي لعبارات صريحة وواضحة يوجد بها نفي صريح لتكليفه السمسار بقبض الواجبات الكرائية .

استنبطت المحكمة أن المدعي يقر ضمناً بتكليفه السمسار بقبض الكراء.

وما يجب الالتفات إليه هو أن القرائن القضائية تقوم على التقدير الشخصي للقاضي، وهو قد يختلف من قاضٍ لآخر، فما يراه قاضٍ قرينة منتجة في الإثبات قد يراه الآخر غير ذلك. لهذا عملية الاستنباط إذن لا يؤمن فيها الزلل، ومن أجل هذا لابد من التقليل من قيمتها في الإثبات، وقد ذهبت بعض التشريعات المقارنة إلى التنصيص صراحة على هذا كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي اعتبر عدم جوازية الإثبات بالقرينة القضائية إلا حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود¹، وذلك تقليلاً من قيمتها.

وانتبه المشرع المغربي أيضاً إلى هذه المسألة، وقدّر احتمال خطأ القاضي في الاستنباط؛ فحدّد من خطر هذا الاحتمال باشتراط أن تكون القرائن القضائية خالية من اللبس، وأجاز -المشرع المغربي- إمكانية اثبات عكس القرائن القضائية بكافة وسائل الإثبات²؛ ومن هنا يتضح أن حجية القرائن القضائية غير قاطعة، فما يستنبط عن طريقها يكون بإمكان الخصم دائماً أن يدحضه بكافة وسائل الإثبات.

بل إن المشرع المغربي أساغ للقاضي أن يعضد هذه القرينة باليمين وذلك في الأحوال التي يرى فيها وجهها لذلك من أجل تكوين قناعته في القضية محل النزاع³، وهذا ما أكدته مح. ن. م في أحد قراراتها "على المحكمة التحقق من السومة الحقيقية للمحل استناداً إلى وسائل الإثبات المتاحة لها من خلال معطيات النازلة بما فيها القرائن القضائية التي يكمن استخلاصها من أي إجراء من إجراءات التحقيق والتي تعزز بيمين من طرف من أسفرت تلك القرينة لصالحه طبقاً للفصل 455 من ق.ل.ع"⁴.

ورغم ما قيل عن هذه القرائن القضائية إلا أن أهميتها العملية تبقى كبيرة، وهذا يرجع إلى تعذر الإثبات المباشر في أغلب الحالات، وقد استطاعت المحاكم من هذا الطريق وبما لها من سلطة في هذا المجال أن تخفف عبء الإثبات حين يصعب على المدعي إقامة دليل قاطع على دعواه⁵، وحسب الأستاذ بلانيول فإن القرينة القضائية تكون من أسلم الأدلة وأخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته إذا كان القاضي منطقياً وواقعياً في هذه العملية⁶.

من خلال الجزء الثاني من هذه الفقرة نقترح ما يمكن أن يساعد في إيجاد التكامل في علاقة قانون الالتزامات والعقود بقانون المسطرة المدنية على مستوى الإثبات بالقرينة القضائية.

¹ المادة 100 من ق.إث.مصري.

² راجع مضمون الفصل 454 من ق.ل.ع.

³ راجع مضمون الفصل 455 من ق.ل.ع.

⁴ ق.ع. 723 في الم. التجاري ع. 03/740، صاد. بتا. 2004/6/16 منشور بمجلة رسالة المحاماة، ع. 22 ص 166 وما يليها.

⁵ العلوي العبدلاوي، ادريس: م.س ص 185. / الفكاهاني، حسن و الفكاهاني، سعيد: ج. 3 م.س ص 109.

⁶ النداوي، آدم وهيب: م.س ص 357.

الفقرة الثانية : آفاق تحسين العلاقة بين القانونين على مستوى القرائن القضائية :

إن للإثبات بالقرائن القضائية أهمية بالغة-كما مر معنا- من الناحية العملية كونها تعتبر طريقا غير مباشر للإثبات، تخفف من مشقة الإثبات المباشر عند عدم توفر وسائله.

فالقريفة القضائية إذن نموذج عن الإثبات غير المباشر الذي يقوم على تحويل محل الإثبات إلى واقعة ليست محلا للنزاع، وهي سهلة الإثبات ليستخلص منها القاضي ثبوت الواقعة الأصلية محل النزاع.

وهي بذلك تدعيم للدور الإيجابي للقاضي المدني في الإثبات لأنها تخفف من حدة تنظيمه القانوني -أي التنظيم القانوني للإثبات-.

فقانون الإلتزامات والعقود يتقارب على هذا المستوى مع قانون المسطرة المدنية في فصله 55؛ فكما أن هذا الفصل يعطي للقاضي الصلاحية للتحري عن الحقيقة، فإن الفصلين 454 و455 من ق.ل.ع تعطي للقاضي الحق في استنباط الحقيقة من ظروف القضية وملابساتها بذكائه وحكمته.

لذلك فإننا نعتقد أن مثل هذا المقتضى في جانب قانون الإلتزامات والعقود هو مقتضى إيجابي، لأنه حاول تكسير مذهب الإثبات المقيد الذي تأثر به هذا القانون، لأن هذا المذهب لا يؤدي إلا إلى توسيع الهوة بين الحقيقتين الواقعية والقضائية.

إن هذا في الواقع يدفعنا إلى دعوة المشرع المسطري إلى استيعاب ولو بشكل مقتضب في الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية القريفة القضائية المنصوص عليها في ق.ل.ع باعتبارها من الصلاحيات المخولة للقاضي لإستخلاص الحقيقة من وقائع وظروف الدعوى وملابساتها، كأن يتم التنصيص الصريح في هذا الفصل على إمكانية استخلاص القرائن القضائية من أي إجراء من إجراءات التحقيق.

إن منظومة الإثبات المدنية في ظل التشريع المغربي تتسم بالازدواجية في التنظيم فهي موزعة بين قانون الإلتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية وهذا قد يؤدي إلى حصول تنافر بينهما على بعض المستويات لكن هذا لا يعني بأن عدم الإنسجام حاصل على جميع وسائل الإثبات فهناك طرق إثباتية يوجد فيها هذا التكامل كما هو الحال بالنسبة للدليل الكتابي الورقي وشهادة الشهود مثلا، وإننا في هذه الدراسة المتواضعة سلطنا الضوء على وسيلة إثبات لا يتحقق فيها التكامل بين القانونين السالفي الذكر واقترحنا بعض الأفكار التي قد تساهم في خلق التكامل المفقود.

النكوين المستمر: نحو مقارنة جديدة



من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور محمد دده

أكاديمي وباحث بجامعة نواكشوط-موريتانيا

مقدمة :

لقد أصبحت الإدارة في ظل تعاظم دور الدولة واتساع ميادين تدخلها، مخاطبة أكثر من غيرها بمواكبة التطورات المتلاحقة لحيطها، سواء تعلق الأمر بالمتغيرات الداخلية، أو المؤثرات الخارجية، أو تعلق بالتطورات التكنولوجية والسوسيواقتصادية التي يعيشها المجتمع، فهي - أي الإدارة - عبارة عن نظام مفتوح لا يستطيع عزل نفسه عن المحيط ضمنا لنموه وبقائه، الأمر الذي جعل الفكر والممارسة الإداريين يبحثان عن المداخل الكفيلة بجعلها في مستوى التحديات .

وهكذا كانت النتيجة الاتجاه إلى القول بضرورة تجاوز المقاربات القائمة على مبدأ تسيير الموظفين، المرتكز على مدى التزام العناصر بالوقت، عوض الاهتمام بأدائها لصالح البعد التديري للموارد البشرية المرتكز على مبدأ قياس الأداء، والسعي الدائم إلى تطويره .

ذلك أنه مهما كانت مقدرات ومؤهلات العناصر عالية، فإن تركها دون تمرين لفترات طويلة سيؤدي لا محالة إلى تراجع في أدائها، وانحسار مستوى الإبداع لديها، مما يعني حاجتها المستمرة إلى التكوين، وهذا ما جعل هذا الأخير يحتل مكانة متميزة وهامة في المنظومة الجديدة لتدبير الموارد البشرية باعتباره وسيلة الإدارة للتأقلم مع المتطلبات التنموية، ولكن ما المقصود بالتكوين المستمر؟

بداية وقبل تحديد مفهوم التكوين المستمر لابد من التمييز بين مختلف مستوياته، فمن خلال ما قرأنا من المؤلفات والدراسات المتعلقة بالموضوع، وما أتيح لنا الاطلاع عليه من ملفات لدى مصلحة التكوين المستمر التابعة لقسم تثمين الموارد البشرية، بوزارة تحديث القطاعات العامة بالمملكة المغربية¹ - فقد لاحظنا وجود مستويين من التكوين :

- المستوى العمودي : الذي يهتم بالتسيير الميداني لعمليات التكوين المستمر.

- والمستوى الأفقي : الذي سنخصص له هذه الدراسة، والذي يهتم أساسا بوضع معايير وأسس عامة توجه وتؤطر عمليات التكوين المستمر على المستوى الأفقي، فما المقصود بهذا الأخير؟

يعتبر الاهتمام بالمستوى الأفقي للتكوين المستمر حديث نسبيا، حيث بدأ بالتوازي مع الاهتمام بالنظريات الجديدة في المجال الإداري، وخاصة نظريتي: التدبير التوقعي للموارد البشرية، والإدارة بالأهداف، ألتان - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - تركزان على المردودية والإنتاجية، أكثر من الالتزام بالوقت .

إضافة إلى قيامهما على فلسفة مفادها أن التطورات الجديدة و المتلاحقة في الميادين الإدارية والتقنية، تفرض على المنظومة الإدارية تعديل نظرتها إلى التكوين المستمر ومفهومه، فتتعامل معه على أنه ضرورة مؤكدة، بل وثقافة تلتزم بتنميتها، وذلك لجعل موظفيها على دراية تامة بالمستجدات الإدارية والتقنية، وطرق التخطيط والتدبير الحديثة المتعلقة بوظائفهم، ليصدق عليهم الوصف " الموظف المناسب في الوظيفة المناسبة " .

لقد شكلت حادثة الاهتمام بالمستوى الأفقي للتكوين المستمر على المستويين الفقهي والممارساتي التي تحدثنا عنها أعلاه، بالإضافة إلى ندرة المادة العلمية المكتوبة حول الموضوع - إذا ماستثنينا بعض التقارير والوثائق الصادرة عن وزارة تحديث القطاعات العامة - أهم الصعوبات التي واجهتنا ونحن بصدد إعداد هذا البحث .

صحيح أن هذه المعطيات كانت الدافع لدراسة الموضوع، لكنها كانت أيضا مصدر صعوبة قصوى بالنسبة لنا، ولعلها هي أيضا ما يفسر عدم وقوفنا على تعريف فقهي لهذا المستوى من التكوين في المراجع التي اعتمدنا .

وهكذا ومحاولة منا للمساهمة في التعريف بهذا المستوى من التكوين المستمر، فإننا نقترح المقاربة التالية غير مدعين كمالها، أو أنها جامعة مانعة، بل حسبنا أن يحسن السكوت عليها، وقد استقيناه هذه المقاربة من خلال تفاعلنا مع مصلحة التكوين المستمر، حيث يمكن القول انطلاقا مما تقوم به هذه المصلحة ، بأن مدلول التكوين المستمر على المستوى الأفقي ينصرف إلى :

"مجموع العمليات الرامية إلى وضع قواعد معيارية ، ومبادئ عامة تشكل الأرضية والأساس المرجعي والموجه الرئيس لعمليات التكوين المستمر القطاعي، مع مراعاة خصوصيات هذا الأخير".

¹ - تعتبر مصلحة التكوين المستمر التابعة لقسم التثمين الموارد البشرية تحديث الإدارة بوزارة تحديث القطاعات العامة هي الجهة المكلفة بمسألة التكوين المستمر الأفقي فهي التي تقوم بتحضير النصوص المعيارية المتعلقة بهذا المجال كمرسوم وإستراتيجية التكوين المستمر، وتعتبر هذه المصلحة هي الجهة الوحيدة ضمن النسيج الإداري المغربي المختصة في مجال ما يعرف بالمستوى الأفقي للتكوين المستمر حيث تتولى إدارة عملية توحيد المفاهيم والرؤى فيما يخص هذا الأخير .

قد لا يكون من السهل في ظل الصعوبات التي ذكرنا تحديد الإشكال الذي سنقوم من خلاله بدراسة هذا الموضوع، إلا أننا ومن خلال تحليلنا للمقاربة التي اقترحنا وجدنا أن أكثر الأسئلة إلحاحا في هذا المضمار تتمحور أساسا حول طبيعة وماهية الأسس التي يقوم عليها التكوين المستمر على المستوى الأفقي، بحيث سيتم في هذا المجال البحث في حقيقة وضعه لقواعد عامة تحكم عملية التكوين المستمر بالمغرب بصورة موحدة، هذا من جهة .

والجديد الذي يضيفه لجال التكوين المستمر، حيث من المفترض أن يتم وضع آليات جديدة كليا لم تكن معروفة في هذا المجال .

فما هي إذا الأسس المرجعية للتكوين المستمر على المستوى الأفقي ؟ وما هو الجديد الذي يضيفه لجال التكوين المستمر عموما ؟

هذا ما سنحاول دراسته انطلاقا من منهج تحليلي¹ وفق مقارنة قانونية تبحث في ماهية الأسس المرجعية لهذا التكوين (الفصل الأول)، ثم نحاول بعد ذلك رصد الآليات الجديدة التي استحدثتها للرفع من كفاءة منظومة التكوين المستمر (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الأسس المرجعية للتكوين المستمر :

لقد كان للحراك السياسي والسوسيواقتصادي الذي وجدت الإدارة المغربية نفسها أمامه، نتيجة تفاعلها مع المحيطين الدولي والمحلي - مع ما يعنيه ذلك من التزامات وواجبات - أثرا بالغا في وضعها أمام جملة من التحديات، خاصة فيما يتعلق بمقاربتها في تدبير الشأن العام .

ويزداد الأمر حدة إذا ما تعلق بالنشاط الإداري، الشيء الذي فرض بشكل أو بآخر، ضرورة إعادة النظر في كيفية التعاطي مع الشؤون الإدارية، بما يتلاءم والتوجه الجديد للفكر والممارسة الإداريين الذين أصبح تركيزهما ينصب على البعدين الاجتماعي والتنموي.

إن ضعف الأداء الفعلي للموارد البشرية، وعجزها عن مواكبة المستجدات، وحاجة الإدارة للرفع من كفاءتها لتكون في مستوى إدارة التنمية²، كل هذه العوامل وغيرها هي التي شكلت الدافع لدى الفكر الإداري الجديد للبحث في الوسائل الكفيلة بتجاوزها، وكانت النتيجة، الاهتمام بالتكوين المستمر، باعتباره الدعامة الأساسية، والمدخل الرئيسي لتجاوز هذا الاختلال القائم بين أداء الموارد البشرية وما يجب أن تكون عليه³، حتى تكون قادرة على تحقيق الأهداف التكتيكية والإستراتيجية للدولة .

¹ - لقد استبعدت المنهج المقارن عن قصد من هذه الدراسة، وذلك لأن استعماله يتطلب كما هو معروف وجود تشابه، أو اختلاف وهو ما لا يمكن الجزم به لن التجربة المغربية في مجال المستوى الأفقي للتكوين المستمر لم تكتمل بعد، ولا زال العديد من وسائلها مجرد مشاريع.

² - د. علي السلمي ود ل نهري - سياسات واستراتيجيات الإدارة في الدول النامية - مكتبة غريب - ص 46.

³ - د. محمد باهي - تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية - مطبعة النجاح الجديدة - البيضاء - الطبعة الأولى - 2002 - ص: 117.
- انظر كذلك في هذا الموضوع: نسرين بوخيرو - التكوين المستمر وتنمية الموارد البشرية - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة عبد الملك السعدي - طنجة - 2005-2006 ص: 1.

غير أن هذا التكوين ورغم أهميته في سلم الأولويات يبقى مرهون بمدى قوة ووضوح الأسس التي يقوم عليها، والمرجعيات التي يستقي منها مقومات استمراريته، ذلك أن ضعف أو غموض الأسس المرجعية لأية عملية سيؤدي بالضرورة إلى ضعف وهشاشة نتائجها، فكما هو معروف فإن تصحيح البدايات شرط لتحقيق النهايات، لذلك فإننا سنحاول أن نرصد في هذا الفصل بشيء من التحليل، مدى القوة والضعف في الأسس التي بنت عليها الإدارة المغربية نظريتها في التكوين المستمر، وذلك من خلال دراسة المرجعيات القانونية (مبحث أول)، والتقنية لهذا التكوين (مبحث ثاني).

المبحث الأول : الأساس القانوني :

يعد المرسوم 2.05.1366، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2005 النص القانوني الوحيد الذي ينظم التكوين المستمر بالمغرب، وبالتالي فهو الذي يمثل الأساس القانوني لهذا الأخير¹.

وهكذا وانطلاقاً من استحضارنا للأهمية المتميزة للأساس القانوني لأي عملية، باعتباره جوهرها وقوامها، بحيث يرسم لها المسار، ويحدد الأهداف، والوسائل الضرورية لتحقيقها، فإننا سنحاول ضمن هذا المبحث تفسير محتوى المفاهيم والقواعد النظرية التي جاء بها هذا المرسوم، وتحليلها انطلاقاً من الخلفيات والأهداف التي دفعت الإدارة إلى إعداده، فأي فعل - كما هو معروف - إنما يتحدد بالقواعد التي يؤسس لها، والمقاصد التي يهدف إلى تحقيقها، والتي تعكس حقيقة الدافع الذي حفز الفاعل للقيام به.

فما هي المقاصد التي دفعت الإدارة إلى وضع هذا المرسوم ؟ وما هي طبيعة القواعد التي تؤسس لها ؟

المطلب الأول : المقاصد والأهداف :

تحيلنا القراءة المتأنية لمواد المرسوم 2.05.1366 المتعلق بالتكوين المستمر إلى ملاحظة قيامه على هدفين رئيسيين : يتعلق الأول بمحاولة وضع رؤية موحدة في مجال التكوين المستمر على مستوى المفهوم، وآليات العمل. بينما يتعلق الثاني بتحديد وسائل تقييم نتائجه، سواء من حيث المردودية، أو من حيث البرامج، ففيما يتعلق بالمفهوم، فقد نص المرسوم على أن المقصود بالتكوين المستمر هو :

(أ) - تأهيل الموظفين والأعوان بتلقينهم تكويناً نظرياً وتطبيقياً، قصد إعدادهم لمزاولة المهام المطابقة لهذا التكوين.

(ب) - استكمال خبرة الموظفين، والأعوان استجابة للتطورات التقنية، والتحول التي تعرفها الإدارة العمومية.

(ج) - تحسين كفاءات وخبرات الموظفين والأعوان، قصد تمكينهم في إطار إعادة الانتشار، أو الحركية، من ولوج مناصب تتطلب مؤهلات جيدة، أو لمزاولة أنشطة مهنية مختلفة.

¹ - قبل صدور هذا المرسوم كانت عملية التكوين المستمر تخضع لمقتضيات المرسوم 2.571841 الصادر جمادى الأول 1377 (16 ديسمبر 1957) المتعلق بتحديد الأجور المنفذة للموظفين والأعوان والطلبة الذين يتابعون دورات أو دروس استكمال الخبرة .

(د) - إعداد الأطر العليا لتولي مهام التصور، والتأطير، والتدبير والتوجيه، بالإدارة العمومية.¹

إلا أننا من خلال إعادة قراءة هذه المادة، وفق التعريف الذي اتفق عليه الفقه بما يشبه الإجماع، والقائم على اعتبار التكوين المستمر:

"مجموعة العمليات الهادفة إلى وضع الموظف في ظرفية تسمح له بمواكبة التسارع الحاصل في مجال المعرفة عموماً، حتى يكون على علم بمختلف المستجدات النظرية، والعملية التي تخص عمله، بما يسمح له بالرفع من قدراته الفكرية والمهنية، ويزيد من مردوديته، ويجعل عمله ملائماً للمتطلبات والحاجيات الجديدة"².

يمكننا أن نلاحظ وجود خلط لدى المشرع، بين التكوين المستمر، والتكوين الأساسي، خاصة من خلال الفقرة الأولى من المادة الأولى، من المرسوم³، وهو ما يعني برأينا، ضعفاً في الصياغة، يحسن تلافيه، إما بتعديل النص، أو تغيير اسمه، ليصبح المرسوم المتعلق بالتكوين والتكوين المستمر.

وإضافة إلى هذا الغموض على مستوى المفهوم، يمكننا أن نلاحظ كذلك قصوراً آخر فيما يتعلق بالتعويضات، والتي تمثل الحافز على التكوين المستمر، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة، من المرسوم على اقتصرها على الحالات التي لا تزيد فيها مدة التكوين عن ثلاثة أشهر⁴، مما يعني حرمان بعض الموظفين الخاضعين للتكوين من هذه التعويضات، وهو ما قد يؤدي إلى عزوفهم عن التكوين، خاصة في ظل عدم اقتران هذا التكوين بالاستفادة من الترقية كالتكوين القصير الأمد⁵، وهو ما يضرب في الصميم مقاصد الدولة من وراء الاهتمام بعملية التكوين المستمر، هذا فيما يتعلق بالمفهوم.

أما فيما يخص آليات العمل، فقد نص المرسوم على نوعين من هذه الآليات :

(أ) - لجنة تنسيق التكوين المستمر : وهي عبارة عن هيئة عليا للتكوين تتولى تقديم الاقتراح فيما يتعلق بإستراتيجية التكوين المستمر، وكيفية ملائمة المخططات القطاعية لهذا الأخير معها، إضافة إلى تقييم نتائج التكوين المستمر، وتقديم المقترحات الكفيلة بتحسين منظومته والرفع من كفاءة المكونين التابعين للإدارة⁶.

ومن أجل وضع هذه اللجنة في صورة الإمكانيات المادية، والتقنية المؤثرة في عملية التكوين المستمر، رغبة من المشرع في ترشيد عملها، فقد أكدت المادة الرابعة من المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر على ضرورة أن تضم

¹ - المادة الأولى من المرسوم 2.05.1366 - الجريدة الرسمية المغربية - عدد 5386 11 ذو الحجة 1426 (12 يناير 2006) - ص : 174
² - عبدالعالي السبيبي - التكوين المستمر للموظفين العموميين بالمغرب - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام - جامعة محمد الخامس - أكادال - 2003/2002 - ص : 6 ، وانظر قريباً من هذا المعنى : غيثة الحاتمي - التكوين في الإدارة العمومية "نموذج وزارة الاقتصاد والمالية" - أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام - كلية العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة محمد الخامس أكادال 2001-2002 ص : 148 ، وانظر كذلك - نسرين بوخيزو - التكوين المستمر وتنمية الموارد البشرية - مرجع سابق - ص : 66
³ - إن الإشكال الذي تثيره هذه المادة يثيره كذلك منطوق المادة 10، أنظر هذه المادة في المرسوم 2.05.1366 المتعلق بالتكوين المستمر في الملحق .

⁴ - المادة 8 من المرسوم 2.05.1366 - الجريدة الرسمية المغربية - مرجع سابق - ص : 175.

⁵ - غيثة الحاتمي - مرجع سابق : 67.

⁶ - المادة 5 من المرسوم 2.051366 - الجريدة الرسمية المغربية - مرجع سابق - ص : 175.

وتتجلى أهمية هذا المخطط من خلال دوره في ضبط وتوجيه عملية التكوين المستمر وفق الإستراتيجية التي سيتم وضعها من قبل السلطة المكلفة بتحديث القطاعات العامة، كما تتجلى هذه الأهمية كذلك من خلال تحديده لعدد المستفيدين من التكوين ومجالاته والمبادرات المتخذة من قبل القطاع كإسهام في تطوير برامج هذا التكوين³.

للتكوين المستمر من خلال وضع قاعدة بيانات مستاعدها على تحديد المشاكل والمعوقات التي تواجه هذا التكوين، ومسبباتها مما سيسمح لها بتجاوزها مستقبلا الأمر الذي سينعكس على جودة التكوين المستمر.

لقد جاء مفهوم التكوين المستمر الأفقي - كما سبق التأسيس لذلك - من أجل بناء منظومة نموذجية للتكوين المستمر تنطلق من رصد الواقع، وتحديد الاحتياجات، حتى يتسنى للإدارة وضع الإستراتيجيات اللازمة للرفع من كفاءة عناصرها، وتعزيز قدرتهم على التعاطي مع ظروف العمل برؤية استراتيجية، قائمة على منطق التدبير الجماعي لا التسيير الانفرادي.

110

هكذا وانطلاقاً من هذه المقاربة فقد حاول المرسوم 2.05.1366 ترجمة هذه المقاصد ضمن قواعد اعتبرها القائمون على صياغته قفزة في هذا المجال، ويمكن تقسيمها إلى نوعين :

قواعد تتعلق بالتحكم في إدارة عملية التكوين، وقواعد تهتم بتأديب وامتيازات الموظفين أثناء التكوين .

ففيما يتعلق بالفئة الأولى يمكن أن نلاحظ اتجاه المشرع إلى محاولة التأسيس لإعداد قاعدة بيانات في مجال التكوين المستمر، سيكون من شأنها فتح المجال للتحكم في إدارة هذه العملية وفق المقاربة التوقعية في التدبير¹، وذلك انطلاقاً من دراسة وتحليل تقارير الحصيلة السنوية للتكوين المستمر، حيث سيتم حصر المشاكل والمعوقات التي تعترض هذا التكوين، وتحديد كيفية ووسائل تجاوزها².

هذا إضافة إلى الاحتفاظ بسجل عن فترات تكوين كل موظف، ومعرفة نوعية التداريب التي حصل عليها، والتي ستساعد الإدارة على التحليل الدقيق لكفاءاته³، وسيساهم كذلك ليس فقط في وضع الموظف المناسب في المكان المناسب، بل وكذلك من الحيلولة دون تكرار نفس التكوين لنفس الموظف ما لم تدعو الحاجة إلى ذلك .

وزيادة على ما تقدم، فقد حاول المرسوم تكريس قاعدة التوافق، أو التوجه الإستراتيجي في التحضير، لاتخاذ القرارات، وتحديد الأهداف المتعلقة بالتكوين، وذلك من خلال إشراك جميع الأطراف المعنية بالعملية في التحضير لها، سواء عن طريق لجنة التنسيق، أو الاقتراح ضمن المخطط القطاعي .

كان هذا فيما يتعلق بالتحكم في إدارة عملية التكوين ، أما فيما يخص التأديب والحوافز، فخلافاً لما كان عليه العمل في ظل سريان المرسوم 2.57.1841⁴، الذي أهمل الجانب التأديبي في حين حصر الحوافز في التعويضات اليومية⁵، مما أثر بشكل سلبي على عملية التكوين المستمر، التي أصبحت تحتل المرتبة الأخيرة في سلم أولويات الموظفين، ولا يواظب عليها إلا المهتمشون منهم⁶، فقد اهتم المرسوم الجديد بالحوافز، وقسم التكوين المستمر على أساسها إلى نوعين :

التكوين القصير الأمد ، والذي ربطه بالتعويض دون الترقية في الدرجة، والتكوين المختتم بالحصول على شهادة، والذي يخول صاحبه الترقية في الدرجة .

¹ - تعتبر نظرية التدبير التوقعي للموارد البشرية إحدى أهم وأحدث النظريات التي تهتم بالموارد البشرية ، وترتكز هذه النظرية على البعد الإستراتيجي القائم على وضوح الهدف من خلال رصد متغيرات المستقبل ، فهذه النظرية تهتم بتوصيف الوظائف، وتحديد مواصفات من من المفترض أن يشغلها مع محاولة التنبؤ انطلاقاً من دراسة تطور المؤشرات الداخلية والخارجية، ومتابعة مسار الموظف باحتياجات الإدارة المستقبلية في مجال، التوظيف والتكوين المستمر .

² - آيت مولي مصطفى - قياس الأداء الإداري في الإدارة العمومية - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام - كلية العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة محمد الخامس - أكادال 2002-2003 - ص: 20 .

³ - ذ - محمد باهي - مرجع سابق ص: 123 - بتصرف .

⁴ - كان هذا المرسوم ينظم وضعية الموظفين أثناء مشاركتهم في التكوين المستمر قبل صدور مرسوم 2005 وقد صدر 23 جمادى الأول 1377 (16 دجنبر 1957) بالعدد 326 من الجريدة الرسمية المغربية في 17 يناير 1958 .

⁵ - محمد البوخاري ومحمد الخلفي - الوظيفة العمومية المغربية - دار قرطبة للطباعة والنشر - الدار البيضاء - الطبعة الثانية - 1993 - ص: 244

⁶ - انظر في هذا المعنى - محمد باهي - مرجع سابق - ص: 58-59-60.

غير أن المرسوم الجديد ، وبالموازاة مع هذه الحوافز ، نص على ضرورة إعداد الموظف وجوبا عند نهاية التكوين تقريراً يرفعه إلى الإدارة، موجبا كذلك تحت طائلة التأديب على الموظف حضور جميع دورات التكوين ما لم يكن لديه مبرر مقبول¹ .

أما النوع الثاني : وهو المختتم بالحصول على شهادة، فقد أوجب المرسوم على المستفيدين منه - تحت طائلة إرجاع المبالغ التي استفادوا منها - التوقيع على تعهد يخدمون بموجبه الإدارة لمدة لا تقل عن ثمان سنوات، إلا أنه ترك السلطة التقديرية واسعة للإدارة عندما ربط هذا الوفاء بعدم وجود ظروف خارجة عن إرادة الموظف²، دون تحديد مقصوده بذلك.

هكذا إذا يمكننا أن نلاحظ من خلال ما سبق، أنه رغم المآخذ المسجلة على هذا المرسوم، كعدم تحديد الحد الأدنى للمخصصات المالية لعملية التكوين المستمر، وخلطه بين مفهومي التكوين الأساسي والمستمر، وعدم حصره للسلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بالوفاء بمصاريف التكوين المختتم بالحصول على شهادة في حالة ترك الإدارة قبل انقضاء المدة التي يحددها القانون، إلا أنه يبقى برأينا من الناحية العامة نواة قد تساهم في الرفع من مستوى عملية التكوين المستمر إذا ما طبقت مقتضياته بشكل صحيح.

المبحث الثاني : الأساس التقني :

بعدما تطرقنا في المبحث الأول للأساس القانوني، سنحاول التطرق هنا للأساس التقني للتكوين المستمر، والذي يمثل الدليل المرجعي للوظائف والكفاءات، فما هي المداخل التي يساعد من خلالها هذا الدليل في الرفع من مستوى التكوين المستمر؟ (مطلب ثاني) ولكن قبل ذلك لا بد من التعرف على ماهية هذا الدليل (مطلب أول)

المطلب الأول : ماهية الدليل المرجعي للوظائف والكفاءات :

بتأمل اسمه يمكن أن نلاحظ قيام الدليل المرجعي على وظيفتين أساسيتين هما: توصيف الوظائف، وتوصيف الكفاءات، حيث يتولى إعداد وصف تحليلي لكل ما تتضمنه الوظيفة، وتحديد مواصفات شاغلها وذلك من خلال تعريفها، وتحديد مستواها التنظيمي، والواجبات الأساسية، والمسؤوليات، والصلاحيات التي يجب توفرها في شاغلها .

على أن يتم بعد ذلك ،وضع بطاقة لهذه الوظيفة تتضمن أسمها إضافة إلى التفاصيل المذكورة أعلاه³، وباختصار يقصد بتوصيف الوظيفة تلخيص الملامح الأساسية لها .

وهكذا يتم بعد هذا التوصيف بلورة إطار مرجعي للكفاءات يمكن من ضبط الوظائف الموجودة، والبيانات المكونة لها، مع جرد المعايير التي تتطلبها كل وظيفة، بحيث يصبح الدليل عبارة عن وثيقة معيارية الهدف منها تحقيق

¹ - المادة 9 من المرسوم 2.051366 - الجريدة الرسمية المغربية - مرجع سابق - ص: 176.

² - المادة 11 من المرسوم 2.05.1366 الجريدة الرسمية - مرجع سابق - ص: 176

³ - محمد باهي - مرجع سابق - ص : 99-100

الاستثمار الأمثل للموارد البشرية، سواء تعلق الأمر بالتوظيف، أو الترقية، أو تقويم الأداء، أو التأديب، أو التكوين المستمر، أو تطوير الهياكل التنظيمية، وبالتالي الانتقال من تسير الموظفين إلى التدبير التوقعي للموارد البشرية¹.

فالدليل المرجعي للوظائف والكفاءات، يعتبر أداة أساسية في غاية الأهمية لتدبير الموارد البشرية، بحيث يعد إعداداته وتنفيذه حدا فاصلا بين الأسلوب التلقائي، وهذا لأسلوب الإستراتيجي للتدبير، علاوة على أنه يؤسس لنمط من الضبط المتجانس للنشاط الإداري من خلال إدراج معادلة إنسان/وظيفة، واعتماد نظام إعلامي فعال في مجال تدبير الموارد البشرية²، ولا يعتبر هذا الدليل جامدا بل يتطور باستمرار، وبالنظر لفلسفة وممارسات تدبير الموارد البشرية وتطور المهن، والتكنولوجيا، وثقافة الإدارة، فهو يؤسس للعلاقات بين الفاعلين والإدارة، في الزمان والمكان وبالتالي يجب تحيينه كل ثلاثة سنوات بناء على التدقيق الذي يشمل الوضعية المؤسسية للقطاع، ومهامه وتدخلاته ومساره، وموارده البشرية .

ويمر إعداد الدليل المرجعي للوظائف والكفاءات ب 5 مراحل هي :

- (1) - إعداد محفظة لتجميع أنشطة الإدارة³.
- (2) - تحديد الوظائف المعلمية وإعداد مصنف للوظائف النموذجية⁴.
- (3) - تحليل الوظائف المعلمية⁵.
- (4) - توصيف وتخصيص الوظائف النموذجية .

هكذا إذا، وبعد الانتهاء من توصيف الوظائف والكفاءات، تكون الإدارة قد حددت قدرات مواردها البشرية من جهة، وفي نفس الوقت حددت المؤهلات الضرورية لأداء الوظائف، وهو ما سيفتح المجال أمامها لتحديد مدى الانسجام بين المحددين، وبالتالي تحديد احتياجاتها من التكوين أو التوظيف .

غير أنه وبرغم الأهمية التي يحتلها موضوع توصيف الوظائف والكفاءات كمحدد أولي لنجاح التخطيط في مجالي التكوين المستمر والتوظيف، فإننا نجد في حالات كثيرة نقصا حادا في هذا التوصيف، حتى أنه يصعب على المرء أن يفهم السبب في ذلك، وخاصة أن تصنيف وتوصيف الوظائف والكفاءات ليس مهمة شاقة، وأنه بممارسة قليلة تصبح التقنيات الأساسية للتوصيف في متناول وتحت سيطرة المسؤولين عن هذه العملية .

¹ - انظر قريبا من هذا : آيت مولي مصطفى - مرجع سابق - ص: 48.

² - مذكرة توضيحية حول الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات - وزارة تحديث القطاعات العامة

³ - يتجلى إعداد محفظة الأنشطة في التشخيص التنظيمي السريع بهدف تحديد البنيات التنظيمية للإدارة وطريق تدبيرها وعلاقاتها المؤسسية والاجتماعية والتنظيم الفعال لتدخلاتها ومجال أنشطتها ونقط قوتها وضعفها ونظامها الإعلامي

⁴ - تعبر المناصب ذات نفس النوعية والتي تغطي نفس النشاط بحيث يمكن اعتبارها متطابقة والتي تعطي تسمية تعكس وضعية معينة للعمل "وظيفة معلمية"

⁵ - يتم تحليل الوظائف عن طريق تفتيتها إلى مكوناتها الأساسية وإبراز جميع العناصر التي تتصل بواجباتها ومسؤولياتها وتقدير اثر كل عنصر على درجة الصعوبة ومستوى المسؤولية فيها ثم تقدير أثر هذه العناصر مجتمعة على الدرجة الإجمالية لصعوبة واجبات الوظيفة وعلى مستوى الكلفة لمسؤولياتها بالشكل الذي يمكن معه التعرف على متطلباتها الكلية والمؤهلات والمهارات والقدرات التي يجب توفرها فيمن يشغلها

هذا فيما يخص ماهية الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات ولكن ماذا عن دوره في ترشيد عملية التكوين المستمر؟

المطلب الثاني : الدليل المرجعي والتكوين المستمر :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك يعتبر الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات أداة أساسية في قياس مدى التجانس بين مؤهلات الموظفين والاحتياجات الفعلية للوظيفة، وهذا ما يجعل منه مؤشرا لقياس حجم الفجوة بين ما هو كائن، وما كان يجب أن يكون عليه الموظف، مما سيعطي الإدارة صورة واضحة عن مواطن ضعف وقوة مواردها البشرية، واحتياجاتهم التدريبية، وهذا ما جعل غالبية استشاريي الإدارة ينظرون إليه ليس فقط باعتباره أداة الإدارة بامتياز في اعتماد التدبير التوقعي، بل ووسيلتها كذلك إلى التحديد الدقيق لاحتياجاتها في مجال التكوين المستمر، خاصة وأنه - وكما سبق ورأينا - غير جامد، وإنما يتغير بتغير الظروف¹.

فالغاية الرئيسية من هذا الدليل المرجعي هي البحث في واقع الموارد البشرية، والتحديات التي تواجهها في مسارها العملي، وطبيعة النشاط المنتظر منها، وبالتالي فتحليل المعطيات الواردة فيه يمثل مرجعية لا غنى عنها لتقييم وضعية الموظفين، وفهم مشاكلهم، حتى تكون الإجراءات المعتمدة لحلها ذات أبعاد علمية وليست ارتجالية.

إن هذه المقاربة التي أسسنا لها أعلاه، والتي تعبر عن رأي جل المختصين في تدبير الموارد البشرية، كالاستاذ محمد باهي وغيره، بالإضافة لما لمسناه من خلال فترة التدريب التي قضيناها في وزارة تحديث القطاعات العامة، هي التي جعلتنا ننظر إلى الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات على أنه أساس مرجعي في أي عملية للتكوين المستمر تتخذ من البعد العلمي منطلقا لها.

ذلك أنه ولكي تستجيب مخططات التكوين المستمر وإستراتيجيته إن وجدت للمشاكل الحقيقية للموظفين في مجال استكمال التكوين، فإنها لا بد وأن تنطلق من إعادة النظر في المردودية، والتجربة العملية للموظفين، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا في ظل توفر قاعدة بيانات صحيحة، وواضحة عن إمكانات هؤلاء الموظفين، وطبيعة الأدوار المنتظر منهم أداءها، وهذا ما سيوفره الدليل المرجعي إذا ما تم وضعه بشكل صحيح².

غير أنه ورغم هذه المكانة المتميزة التي يحتلها الدليل المرجعي، ولو من الناحية النظرية، ضمن نسق عملية التكوين المستمر، ورغم تأثيره الواضح في عملية التكوين بحيث يمكن أن يساهم في إفشال التخطيط للتكوين بنفس الدرجة التي قد يساهم بها في إنجاحه، وبرغم كونه يمثل أداة تقييمه فعالة لمستوى تناسب الكفاءات مع المتطلبات³، إلا أن هذا الدليل لازال غائبا في بعض القطاعات، حيث لم تنتهي لحد الآن من وضعه، وهو ما قد يضرب في الصميم واحدا من أهم الأسس التقنية للتكوين المستمر، ويبطئ كذلك من عملية التحول إلى مقاربة المستوى الأفقي للتكوين المستمر.

¹ - مذكرة توضيحية حول الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات - وزارة القطاعات العامة.

² - انظر في هذا المعنى - قراءة نقدية أولية في الوثيقة الحكومية حول - الحوار الاجتماعي - بالمغرب - منشورة في الموقع الإلكتروني www.ahexar.org

³ - انظر في هذا المعنى - رشيد الكنبور - المقاربة بالكفايات مسوغة للتكوين المستمر - منشورة في المدونة الإلكترونية - http://edublog.tarbiya.ma/blogs/education_oujda

خلاصة الفصل الأول :

هكذا إذا يمكننا أن نلاحظ من خلال ما سبق التعرض له في هذا الفصل ، أنه رغم المآخذ التي سجلناها على مرسوم التكوين المستمر ، كعدم تحديد الحد الأدنى للمخصصات المالية لعملية التكوين المستمر ، وتعاطيه السلبي مع مسألة التعويضات ، وخلطه بين مفهوم التكوين الأساسي والمستمر ، وكذلك رغم المآخذ المسجلة على الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات ، إلا أنهما قد يشكلان في نظرنا من الناحية العامة نواة جيدة للرفع من مردودية التكوين المستمر ، إذا ما تم تعميم الدليل المرجعي على جميع الإدارات ، وطبقت مقتضيات المرسوم المتعلق بالتكوين بشكل صحيح .

الفصل الثاني : الآليات المساعدة للرفع من كفاءة التكوين المستمر :

لقد جاء التفكير في توحيد أسس وآليات التكوين المستمر كاستجابة لما بات يعرف بالتدبير المندمج للموارد البشرية ، الذي أصبح ينظر إلى موظفي الدولة باعتبارهم كتلة واحدة فيما يخص التدبير والتأهيل .

ولعل هذا ما جعل الدولة المغربية تتجه في إطار مقاربتها للتكوين المستمر إلى إدارة مستوى أفقي ، عمدت من خلاله - كما لاحظنا في الفصل الأول - إلى محاولة توحيد أسسه ومرجعياته ، غير أن هذه الأسس والمرجعيات تبقى بحاجة إلى آليات عملية ، تساعد على وضع رؤية الدولة في التكوين موضع التنفيذ .

وهكذا نص المرسوم المتعلق بالتكوين المستمر على وضع إستراتيجية لهذا الأخير ، تساعد على الرفع من مردوديته - مبحث أول - إلا أن هذه الإستراتيجية تبقى بحاجة إلى آلية أخرى تساعد على بلورة توجه الدولة في مجال توحيد مرجعياتها في التكوين المستمر ، وهو ما تم تداركه من خلال التفكير في وضع دليل منهجي لإعداد المخططات القطاعية للتكوين المستمر - مبحث ثاني - يعمل على توحيد الخطوط العريضة لهذا التكوين ، مع الاحتفاظ لكل قطاع بخصوصية .

سنحاول في هذا الفصل أن نتعرض بشيء من التحليل لمضامين هذه الإستراتيجية ، ومدى تأثيرها على عملية التكوين المستمر ، لكن دون أن ننسى كذلك رصد طرق وكيفيات إعداد الدليل المنهجي للمخططات القطاعية ، ومدى تأثيره هو الآخر على عملية التكوين المستمر .

المبحث الأول : إستراتيجية التكوين المستمر :

تعتبر الإستراتيجية في مفهومها العام ، عن مقارنة كلية شاملة ، تقوم على أساس فهم السياق العام ، والخطوط العريضة للمجال الذي سيتم فيه وضعها ، فهي تحاول رصد مواطن القوة ، والضعف ، لتقوم بوضع تصور لحل المشكل المطروح ، من خلال رؤية شمولية تسطر الأهداف ، وتقارب الوسائل ، وذلك دون النص على أنشطة محددة ، فهي تبحث بتحليل للوضع أو السياق - الاجتماعي والسياسي والاقتصادي - الذي تشتغل ضمنه عن أنجع السياسات والخطط الكفيلة بتحقيق الأهداف¹ .

¹ - انظر في هذا المجال : جانيت شابيرو - الدليل الإرشادي للتخطيط - منشور في الموقع :

هكذا واستحضارا لهذه الأهمية ، واستجابة لمطالب الكثير من الفعاليات النقابية التي ترى في هذه الإستراتيجية اللبنة الأساسية لأي تصور جديد لعملية التكوين المستمر¹ ، ومحاولة لتعزيز سياسات هذا التكوين ، جاء النص ضمن المرسوم 2.051366 على أنه " تحدد بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بتحديث القطاعات العامة، إستراتيجية التكوين المستمر على ضوء اقتراحات لجنة تنسيق التكوين المستمر، بعد استشارة المجلس الأعلى للوظيفة العمومية"²، وهو ما تم فعلا، حيث وضعت هذه الإستراتيجية، وتمت إحالتها إلى المجلس الأعلى للوظيفة العمومية، غير أن هذا الأخير لم يجتمع حتى الآن للبت فيها .

وتتوخى هذه الإستراتيجية تعبئة وتوجيه الموارد والطاقات البشرية، والمادية، المتاحة لتحقيق أفضل وأمثل للأهداف المسطرة الموضوعة من طرف الإدارة، مركزة على توضيح الأهداف، وتحديد الحاجيات الكمية، والنوعية، للإدارة من خلال جرد، وتصنيف الوظائف المشتركة بين الوزارات³ .

ذلك أن الإدارة لم تعد كما كانت في القديم مجموعة من القرارات الرامية إلى معالجة مشكلة، أو تسيير حاجات عامة حالة، بل أصبحت فعل إستراتيجي وقائعي يعمل على وضع الرؤى، ليس فقط لتحسين الأداء وإنما للحد من المفاجآت، والأزمات .

وهذا يصدق على التكوين المستمر، باعتباره أحد الأعمال الإدارية التي لم يعد الارتجال مقبولا فيها، وسنحاول تتبع مدى حضوره في إستراتيجية التكوين المستمر، لقياس درجة تأثيرها على جودة وكفاءة عملية التكوين المستمر، من خلال البحث في مضمونها - مطلب أول - وما يفترض أن تحيل إليه من شفافية لترشيد تدبير عملية التكوين المستمر - مطلب ثاني - .

المطلب الأول : مضمون الإستراتيجية :

لا يمثل وضع إستراتيجية التكوين المستمر مجرد وضعها، أو لأن الإدارة العليا تطالب بها، سببا مقنعا في حد ذاته، بل يجب أن يكون وضع هذه الإستراتيجية ناتج عن قناعة جادة من الإدارة على مختلف مستوياتها - عليها، متوسطة، دنيا - بضرورتها، كوسيلة ناجعة لتحسين طرق التعااطي مع مسألة التكوين المستمر .

ذلك أن وضع الإستراتيجيات، عادة ما ينطلق - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - من محاولة توصيف الواقع، وتحديد متطلبات تجاوزه إن كان سيئا، أو رفع مستوى كفاءته إذا كان مقبولا، أو جيدا .

وهذا ما حاولت الإدارة المغربية تمثله من خلال إستراتيجيتها في التكوين المستمر، حسب واضعي هذه الإستراتيجية التي جاءت - كما هو وارد في ورقة العمل التي أصدرتها حولها وزارة تحديث القطاعات العامة - لتعبئة وتوجيه الموارد والطاقات البشرية، والمادية، المتاحة لتحقيق أفضل وأمثل للأهداف المسطرة الموضوعة من طرف الإدارة في مجال التكوين المستمر⁴ .

¹ - انظر في هذا المعنى : محمد غالم - إستراتيجية التكوين المستمر - منشور في الموقع : <http://men.gov.ma/examan/strategie.htm>

² - المادة 2 من المرسوم 2.05.1366 الجريدة الرسمية المغربية - مرجع سابق - ص : 174

³ - ورقة عمل حول إستراتيجية التكوين المستمر - وزارة تحديث القطاعات العامة

⁴ - ورقة عمل حول إستراتيجية التكوين المستمر - وزارة تحديث القطاعات العامة

وهكذا واستجابة لهذه المقاصد، فقد ركزت الإستراتيجية على ضرورة وضوح الأهداف المتوخاة من عملية التكوين المستمر، وتحديد انطلاقتها من الحاجيات الكمية، والنوعية، للإدارات العمومية، وفق نتائج تحليل الدليل المرجعي لتوصيف الوظائف والكفاءات، وخاصة فيما يتعلق بالوظائف المشتركة بين الوزارات، وذلك بهدف التحديد الدقيق للموارد البشرية المستهدفة بالتكوين، وتحديد نوعه¹، واقتراح برامجه انطلاقة من الاحتياجات الفعلية لهذه الموارد، حتى لا يكون هنالك عدم انسجام بين برامج التكوين المقترحة والحاجات الحقيقية للإدارة².

إلا أن هذا الوضوح في الرؤية والأهداف التي تحاول الإستراتيجية المذكورة التأسيس له، سيبقى غير ذي بال ما لم ترصد له الوسائل، والإمكانات اللازمة لوضعه موضع التنفيذ، وهذا ما أكد عليه القرار الذي صدر عن وزارة تحديث القطاعات العامة، الذي نص على وجوب تخصيص نسبة 1% من كتلة الأجور داخل كل وزارة كاعتماد مالي لتمويل نشاطات التكوين المستمر، الأمر الذي يأخذ عليها الكثيرون، حيث لا تكفي بنظرهم هذه النسبة³ لتمويل عملية التكوين المستمر الذي يشكل واحدا من أهم المداخل لتنمية الموارد البشرية، مما يجعلهم يطالبون بالرفع من المخصصات المالية المرصودة له.

كان هذا فيما يتعلق بتحديد أهداف واحتياجات التكوين المستمر، أما فيما يخص عملية التتبع، والتقييم، والتي تمثل هي الأخرى أحد أهم المداخل لتطوير التكوين المستمر من خلال المقارنة بين النتائج المتحققة، والأهداف المسطرة⁴ من جهة، ومراقبة مدى تطبيق المكونين لما حصلوا عليه من عمليات التكوين من جهة أخرى.

فقد أكتفت الإستراتيجية بالنص على وجوب القيام بالعملية دون أن تضع معايير، وقواعد عامة لقياس جودة عملية التكوين، وهو ما يشكل برأينا قصورا لا بد من تلافيه بصياغة هذه المعايير، والقواعد، وإلحاقها بمشروع الإستراتيجية، وذلك للرفع من مستوى عملية التتبع والتقييم، سواء تعلق الأمر بالتقييم القبلي⁵، أو المواكب⁶، أو البعدي⁷، فأي عملية لا تقوم برأينا على التخطيط المحكم، والتنفيذ الجيد، والتقييم الفعال، تبقى مجرد ارتجال قد ينجح وقد يفشل، ولكن من المؤكد أنها لا يمكن أن تصمد في وجه الأزمات.

¹ — لازالت هذه الإستراتيجية تنتظر المصادقة من طرف المجلس الأعلى للوظيفة العمومية الذي أحييت إليه منذ سنتين، وهو ما يثير التساؤل حول الإرادة الحقيقية وراء تأخر المصادقة عليها وإن كان البعض يعزو ذلك للروتين، وعدم الانضباط في دورات المجلس الذي لم يجتمع منذ أكثر من سنتين.

² — انظر: أ د — سالم مرزوق الطحيط — استراتيجيات التدريب الناجحة للمنظمات — منشور في الموقع : [Hptt:// www.kettabonline.com/ttmra/index.php?option=com_content&task=view&id=30&Itemid=4](http://www.kettabonline.com/ttmra/index.php?option=com_content&task=view&id=30&Itemid=4)

³ — حسب إحصائيات 2005 بلغت كتلة الأجور 62 مليار، وهو ما يعني أن الاعتماد المالي المقترح لعملية التكوين المستمر والبالغ نسبة 1% سيكون 62 مليون درهم.

⁴ — ذ محمد باهي — مرجع سابق — ص : 124 - 125

⁵ — ويتمثل في التأكد من ملائمة البرامج التكوينية للاحتياجات الفعلية للمستهدفين بالتكوين

⁶ — ويتمثل في تتبع مدى التنفيذ الفعلي لأهداف التكوين وسير عملياته.

⁷ — ويتمثل في اختبار قدرات الموظف لمعرفة القيمة المضافة التي حصل عليها خلال فترة التدريب

المطلب الثاني : دور الإستراتيجية في تفعيل سياسات التكوين المستمر :

كما هو معروف ،لا مثل التكوين المستمر هدفا في حد ذاته ، وإنما هو وسيلة لتجاوز سلبيات الأداء الإداري التي تعرقل تنمية الإدارة ، وإصلاحها ، ولذلك كان لابد من البحث عن وسائل فعالة للرفع من كفاءته ، لتحقيق غاية وجوده .

وربما يكون هذا هو ما جعل الإدارة المغربية - حسب تصورنا - بعد أن أدركت فشل السياسات القطاعية للتكوين المستمر تفكر في وضع إستراتيجية لهذا الأخير ، هدفها توحيد المعايير التي يتم على أساسها وضع خططه ، وتحديد طرق وكيفيات إعداده ، أو هذا على الأقل ما كان يتوخاه واضعوها.

يعتبر جميع المهتمين بمجال العلوم الإدارية ، وخاصة مجال تدبير الموارد البشرية ، أن الاتجاه إلى وضع إستراتيجية للتكوين المستمر ، يشكل منعطفا غاية في الأهمية ، سيكون له ولا ريب أثرا ايجابيا على هذه العملية ، وذلك استحضارا لطريقة وضع الإستراتيجيات ، التي يعتمد في صياغتها ، على الحصر الدقيق للمشاكل ، والاحتياجات ، والدراسة المعمقة لبيئة الإدارة ، بهدف تصور رؤية مستقبلية تقوم على المفاضلة بين الحلول المتاحة ، وفق مبدأ ترتيب الأولويات.

وهكذا لا يخفى على أحد ما سيكون لهذه العملية من انعكاس على جودة النتائج إذا ما تم احترام هذه النتائج.

وبالعودة إلى المغرب ، يمكننا أن نلاحظ انطلاقا من الجمع بين ما ورد في ورقة العمل التي أعدتها وزارة تحديث القطاعات العامة ، حول إستراتيجية التكوين المستمر ، وما نص عليه المرسوم المتعلق بهذا التكوين ، ومقارنتهما بما تم التأسيس له أعلاه ، غياب رؤية واضحة بشأن موضوع التكوين المستمر ، حيث لازالت المقاربة التدريبية القائمة على التلقين النظري أكثر حضورا من مقاربة التكوين بالمفهوم الحديث القائم على الإعداد الفكري للموظف ، من خلال المزاوجة بين المعارف النظرية ، والتطبيقية بهدف خلق الموظف المبادر والمبدع .

هذا إضافة إلى غياب أية إشارة إلى ربط اجتياز فترات التكوين بالتحسين من الوضعية الإدارية للموظف ، وهو ما قد يؤثر على دور هذه الإستراتيجية في الرفع من كفاءة عملية التكوين المستمر .

هكذا إذا يتضح لنا من خلال ما سبق ، وجود بعض نقاط الضعف في مشروع الإستراتيجية ، حسب ما تم الإعلان عنه من خلال الورقة التي نشرتها وزارة تحديث القطاعات العامة ، وهو ما يستدعي إعادة النظر في صياغة بعض بنودها .

ذلك أن أية إستراتيجية للتكوين المستمر ، تتوخى التحسين من مستوى هذه العملية - حسب رأي غالبية خبراء تدبير الموارد البشرية - لابد من أن تنطلق من قاعدتين أساسيتين :

- تصنيف عمليات التكوين المستمر إلى أنواع¹، وربط كل نوع بما يمنح من امتياز، سواء كان تعويضا، أو مسؤولية، أو رفعا من الدرجة، وذلك لسد الباب أمام السلطة التقديرية المبالغ فيها للرؤساء الإداريين في هذا المجال .
- تحديد معايير واضحة وشفافة لاختيار المكونين، والمكونين، حتى لا تفرغ العملية من محتواها عن طريق الزبونية والمحاباة .

ذلك أن إستراتيجية التكوين المستمر تهدف بالدرجة الأولى، إلى الإجابة عن السؤال: لماذا التكوين؟ والذي لا بد أن يتم على ضوء الإجابة عليه تحديد نوعية التكوين المطلوب، ومن يعطيه، ومن يتلقاه .

المبحث الثاني : الدليل المنهجي لإعداد المخططات القطاعية للتكوين المستمر :

بداية لابد من معرفة المقصود بالتخطيط الذي يمثل أساس الدليل المنهجي الذي نحن بصدده .

عرف معجم "le robert" التخطيط أنه "تنظيم بحسب تصميم معين"، وقد وردت لفظة **خطط** بمعنى نظام وتوقع في ضوء تصميم أو خطة .

وهكذا وحسب هذين المعنيين، يمكن القول أن مفهوم التخطيط يتضمن دلالة التنظيم، والتوقع، وهما دالتان عامتان لأية عملية تخطيط .

فهو يعبر من ناحية عن وضع تصور لما سيحدث في المستقبل، وتنظيم جملة من العناصر والمكونات، وفق نظام معين، كما أنه من جهة أخرى، ضبط لوتيرة العمل وفق نهج معد سلفا .

وقريب من هذا المعنى ما أورده لوجوندر في معجمه، حيث اعتبر التخطيط "إستراتيجية عامة يعدها المخطط طبقا لبرنامج وحسب وضعية معينة"، ويضيف موضحا عناصر هذه الإستراتيجية قائلا: " تقدم الخطة مقتضيات الانجاز والتكيفات الضرورية لما تستلزمه خصائص الأفراد، وكذلك الوسائل المتوفرة، والشروط الخاصة بالعملية قيد التحقيق" .

ويمكن أن نلاحظ من خلال ما سبق أن التخطيط هو وجه من وجوه الإستراتيجية المتخصصة، حيث أن عملية التخطيط ستجعل من التكوين المستمر عملية منظمة، ومخططة، وهادفة، وبذلك توجه الإدارة إلى خط السير الذي يجب أن تلزمه، وحصر مجهودها في تحقيق الأهداف المتوخاة من مخطط التكوين .

وهكذا وتأسيسا على ما سبق، يمكننا أن نحدد أهم المبادئ التي يقوم عليها الدليل المنهجي للمخططات القطاعية فيما يلي:

- وضع مجموعة من الإجراءات المنهجية، التي تحدد المعايير العامة للتكوين المستمر .
- اقتراح نظام، تصمم وفقه عناصر برنامج التكوين المستمر، ومكوناته ومراحله .
- وضع مؤشرات، وتوقع نتائج مستقبلية لعملية التكوين المستمر .

¹ - يعتبر تحديث نوع التكوين عاملا مساعدا على نجاحه في تحقيق أهدافه، وهكذا ولكي يكون التكوين مجديا، لابد من تحديد أنواعه قبل البدء في خطته، ويمكن هنا أن نميز بين نوعين رئيسيين : التكوين الرامي إلى تعليم الأفراد مهارات معينة ومحددة، والتكوين الرامي إلى إمداد الأفراد بالمعرفة الفكرية المرتبطة بالنظريات الحديثة في الإدارة ومساعدتهم على تطبيقها مستقبلا.

وهكذا يمكن أن نستخلص من هذه المبادئ أن الدليل المنهجي لإعداد المخططات القطاعية للتكوين المستمر هو: مجموعة من الإجراءات المنهجية التي تنتقى ، ترتب ، تهيكّل ، وتنظم وفقها عناصر التكوين المستمر ومكوناته، في ضوء أهداف ونتائج تتوقعها .

فهو إذا عبارة عن مجموعة من المعارف ، والإيضاحات ، والمناهج ، والأدوات ، والاستشارات ، والمعالم ، ترمي إلى تمكين المشرفين على عملية التكوين المستمر على مستوى القطاع العمومي ، من التقنيات ، والأساليب الضرورية لوضع الخطط القطاعية لهذا الأخير .

ولا شك أن هذا التعريف يحتوي على المبادئ الثلاثة التي تعتبر الدليل المنهجي ، صيرورة ، وتنظيما ، وتوقعا ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الدليل لم يتم وضعه حتى الآن ، وهو ما جعلنا نعتمد على المقاربة النظرية لتحديد مفهومه ، وبالتالي سنقتصر هنا على محاولة البحث في كيفية إعداد (مطلب أول) ، ثم نحاول أن نرصد ولو بشكل نظري أثره المحتمل على التكوين المستمر (مطلب ثان).

المطلب الأول : إعداد الدليل المنهجي للمخططات القطاعية للتكوين المستمر :

تدخل مهمة إعداد هذا المخطط في اختصاصات مصلحة التكوين المستمر التابعة لإدارة تحديث الإدارة التابعة لوزارة تحديث القطاعات العامة، وقد عهدت هذه الأخيرة إلى مكتب خبرة أجنبي بمهمات صياغة هذا الدليل ، تمهيدا ل عرضه على الجهات المختصة لإبداء الرأي ، إلا أنه وحتى لحظة الإنتهاء من إنجاز هذا البحث لم يتم وضع هذا الدليل.

يعتبر الدليل المنهجي - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - الوثيقة المعيارية التي ستحدد كيفية وضع المخططات القطاعية للتكوين المستمر ، بحيث سيشكل المرجع الأساسي لهذا المجال ، ولذلك يجب أن يتضمن الصيغ العامة المشتركة ، كتصنيف عملية التكوين المستمر ، سواء من حيث النوع ، أو البرامج ، بحيث تحدد أنواع ، ومراحل التكوين ، وكيفية الاستفادة منها ، وهل ترمي الإدارة من خلاله إلى تعميق القدرة على حل المشكلات ، أو إلى تهيئة الموظفين للإبداع والابتكار .

إضافة إلى ما سبق يفترض أن يتضمن الدليل المنهجي كيفية التحديد الدقيق لمراحل التكوين المستمر ، وإجراءاته ابتداء من حصر كيفية تحديد الاحتياجات ، عن طريق تحليل النظم ، والعمليات الإدارية " الأنشطة " ، وشاغل الوظيفة لمعرفة مدى الانسجام بين التنظيم ، والمتطلبات العامة من جهة ، وبينه وبين قدرة الموظفين من جهة أخرى ، وحتى مرحلة تسمية المستهدفين انطلاقا من نتائج هذه العملية ، والتي تمثل البداية الأساسية لسلسلة الحلقات المترابطة التي تكون في مجموعها عملية التكوين¹ .

وهكذا يمكننا تأسيسا على ما سبق القول بضرورة اشتغال الدليل المنهجي المذكور على ست نقاط أساسية :

- ❖ تحديد كيفية حصر احتياجات الإدارة من التكوين .
- ❖ تحديد مسار إعداد ، وتنفيذ ، وتتبع عملية التكوين .

¹ - ذ. محمد باهي - مرجع سابق - ص: 118 وما بعدها

- ❖ تحديد غاية التكوين .
- ❖ ضبط وتحديد طرق وكيفيات اللجوء إلى مؤسسات التكوين ، سواء العامة ، أو الخاصة ، وطنية كانت ، أم أجنبية .
- ❖ وضع استمارة لتقييم النتائج التي يتم عن طريقها رصد مسار الموظف بعد التكوين ، ومقارنته بمساره قبل التكوين ، الوارد في تقرير تحليل شاغل الوظيفة بهدف قياس مؤشر النجاح والفشل لعملية التكوين ، وتحليله من اجل الرفع المستمر من مستوى هذه العملية .
- ❖ تحديد مآل الموظف بعد التكوين ، وذلك من اجل إضفاء نوع من الشفافية على عملية التكوين ، وما تمنح من مزايا ، والحد من السلطة التقديرية للإدارة ، في مجال إسناد المسؤوليات الناتجة عن قضاء فترة التكوين المستمر .

المطلب الثاني : أثر الدليل المنهجي للمخططات القطاعية على جودة التكوين المستمر :

يعتبر الخوض في الآثار الناتجة عن تطبيق الدلائل المنهجية للمخططات القطاعية في مجال التكوين المستمر أمرا سابقا لأوانه ، وذلك لأنه - وكما رأينا - لم يتم إعداد هذه المخططات بعد ، إلا أننا يمكن أن نلاحظ ولو من الناحية النظرية ، أن هنالك بعض الأمور الإيجابية ، التي قد يسفر عنها وضع وتطبيق هذه الدلائل ، من قبيل تحسين نوعية ومستوى التكوين المستمر ، من خلال الإدارة المتكاملة لمختلف مراحل العملية ، بدأ بتحديد الاحتياجات ، مروراً بالتخطيط ، ووصولاً للتنفيذ ، هذا إضافة إلى الحد من الأخطاء التي عادة ما يسببها الارتجال .

كما سيسهل تقييم وتتبع مدى نجاعة إستراتيجية التكوين ، حيث يمكن جمع الدلائل القطاعية من إعطاء صورة شمولية عن سير عملية التكوين المستمر داخل الوظيفة العامة ، ومدى استفادة الموظفين منها ، وبالتالي تحديد نقاط القوة لتنميتها ، ومعرفة نقاط الضعف لإصلاحها .

هكذا إذا يمكن أن نلاحظ أن هذا الدليل هو عبارة عن إستراتيجية ، ولكن ذات رؤى محددة ، وليست عامة ، كما هو شأن الإستراتيجية بمفهومها العام .

وهو ما يعني أن الأثر الذي سيخلفه على عملية التكوين المستمر ، يقترب كثيرا من أثر إستراتيجية التكوين المستمر على هذا الأخير ، وذلك لما سيضيفه - إذا تم وضعه وفق المعايير العلمية وتم الالتزام به فيما يتعلق بوضع الدلائل القطاعية - من شفافية على عملية التكوين المستمر ، والتي ستخضع في ظل هذا الدليل وإستراتيجية التكوين المستمر لقواعد توجيهية ، من شأنها الرفع من مستوى العملية ككل ، إذا ما احترمت المقتضيات التي جاءت بها الوثيقتين .

فالدليل هو إطار لتنفيذ عملية التكوين المستمر بطريقة منظمة ومنهجية ، وأداة للتخطيط و متابعة التنفيذ و التقييم .

خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تم التطرق له في هذا الفصل، يمكننا أن نلاحظ أنه رغم أهمية إستراتيجية التكوين المستمر بوصفها المحدد الرئيسي لسياسة الدولة في مجال التكوين المستمر، وأهم الآليات المساعدة على الرفع من كفاءته، وكذلك رغم محورية الدليل المنهجي لإعداد المخططات القطاعية للتكوين المستمر، رغم كل هذه الأهمية، ورغم أولوية التكوين المستمر في برامج العمل الحكومي، فإن هاتين الوثيقتين لم تريا النور بعد، وهو ما يمكن أن يعني بنظرنا تهاونا يجب أن لا يستمر.

الخلاصة :

لقد أصبح الاعتماد على العنصر البشري، وإشراكه في عملية التنمية، أحد أهم ضرورات العصر، وذلك بعد أن أكدت النتائج التي خرجت بها معظم، إن لم نقل كل التجارب في الإدارة، على محورية دور الموارد البشرية في صنع التنمية، حتى في ظل ندرة الموارد الطبيعية، والمالية .

ذلك أنه وكما بات معلوما فإن نجاح أي مشروع تنموي، رهين بكفاءة العنصر البشري، ومكانته ضمن أولويات التحديث والتطوير ، ولعل هذا ما فرض على الفكر الإداري الحديث الاتجاه إلى القول بمحورية التكوين المستمر، كمدخل لإنضاج التجربة العملية، والنظرية للموظفين، والذي كان محط هذه الدراسة .

إن محورية التكوين المستمر، والمكانة المتميزة التي بات يحتلها ضمن المنظومة الإدارية الحديثة، كانت إذن الدافع وراء الاهتمام به من طرف الإدارة المغربية .

غير أن ما لاحظناه من خلال تجربة هذه الأخيرة في مجال تحديث منظومة التكوين المستمر، هو طغيان جانب التنظيم المعياري، على المقاربة التي تعاملت وفقها الإدارة المغربية مع مسألة التكوين المستمر على حساب العمل التطبيقي .

حيث تعاملت مع المسألة من منطلق معياري، بينما المسألة أعمق من ذلك ، فهي ذات أبعاد سوسيولوجية، خاصة فيما يتعلق بالخلفية الثقافية للموظفين، الذين مازالوا ينظرون إلى التكوين المستمر باعتباره فرصة للهروب من روتين الدوام بالنسبة للموظفين الهامشين، أو أنه هدر للوقت وأن الموظف لا يحتاج إليه، بل أكثر من ذلك يرى فيه البعض انتقاصا من شأنه، وخصوصا إذا تعلق الأمر بالموظفين السامين .

وهكذا وانطلاقا مما سبق، لا تخفى - حسب رأينا - التحديات التي ستواجه هذه العملية، والتي قد تصل إلى حد إفشالها، وذلك لعدم التجانس بينها والواقع السوسيوثقافي للإدارة على الأقل الآن، الذي تسيطر عليه الزبونية والخابأة .

وبالتالي إذا لم تواكب هذه العملية المعيارية (وضع المرسوم، والإستراتيجية) إرادة صارمة للتنفيذ، مشفوعة بالتأديب الصارم أيضا - في حال عدم احترام مقتضيات الجديدة مهما كان المخالف - فإن هذه النتيجة التي خلصنا إليها انطلاقا من الأسس، والآليات المساعدة لعملية التكوين المستمر والقاضية بإمكانية فشل العملية برمتها، ستكون حتمية.

إذا وتأسيسا على كل ما سبق، يمكن أن نخرج بالتوصيات التالية :

- ضرورة الإسراع بإخراج إستراتيجية التكوين المستمر، ووضع الدليل المنهجي لإعداد المخططات القطاعية لهذا التكوين .
- التحديد الدقيق لمفهوم التكوين المستمر، والتمييز بينه وبين التكوين الأساسي.
- ربط التكوين المستمر، بالتحسين من المستوى المادي، أو الإداري للموظف.
- تفعيل البنود المتعلقة بالتأديب، واعتماد العقوبة، والمكافأة إزاء الموظف الذي يحضر، أو يتغيب عن فترات التكوين.

مقرر الفصل التأديبي للأجير في ضوء مدونة الشغل و العمل القضائي



من إعداد كريم أبو طالب : حاصل على دبلوم الماستر تخصص القانون والمقابلة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة المولى إسماعيل مكناس

Email : kiaboutaleb@gmail.com

شكلت مسطرة الفصل التأديبي¹ المستوحاة من المشرع الفرنسي²، مؤسسة جديدة كل الجدة في مدونة الشغل مقارنة بتشريع الشغل السابق، حيث وضعت حدودا مهمة لممارسة المشغل حقه في الفصل بسبب خطأ يرجع للأجير، وذلك في اتجاه تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة الشغلية.

ومعلوم أن هذه المسطرة تبدأ بجلسة استماع³ وتنتهي بقرار إما بالفصل أو عدمه، و أثناء سريانها ثمة مجموعة من الإجراءات لابد من المشغل إثبات مدى احترامها وإلا اعتبرت المسطرة مختلة شكلا ومضمونا. وتجدر الإشارة أننا لسنا بصدد الحديث والتفصيل في مجريات مسطرة الفصل ومراحلها، اعتبارا إلى أن المقام هنا لا يتسع لذلك، بل ما يهمنا هو ذلك القرار الذي بإعلانه يكون الأجير مفصولا⁴، لذلك لابد التمييز بين مضمون قرار الفصل، والشكل

¹ - مسطرة الفصل التأديبي منظمة في المواد من 62 إلى 65 من م ش . وإلى جانبها هناك مسطرة الفصل لأسباب اقتصادية أو تكنولوجية أو هيكلية و إغلاق المقاولات ، المنظمة في المواد من 66 إلى 71 من م ش.

² - L'article L.1232-2 du Code du travail prévoit que « l'employeur ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, en lui indiquant l'objet de la convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et recueillir les explication du salarié. en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en mains propres ... »

³ - تنص المادة 62 " يجب قبل فصل الأجير، أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي الذي يختاره الأجير بنفسه يجرى محضر في الموضوع من قبل إدارة المقابلة ، يوقعه الطرفان، و تسلم نسخة منه إلى الأجير".

⁴ - المادة 36 من مدونة الشغل تنص " يسلم قرار العقوبات التأديبية الواردة في المادة 37 أعلاه أو مقرر الفصل إلى الأجير المهني بالأمر يدا بيد مقابل و صل، أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل داخل أجل ثماني و أربعين ساعة من تاريخ اتخاذ المقرر المذكور"

الذي يأتي فيه ذلك القرار، فالمضمون والذي يتضمن الأسباب المبررة للفصل يمكن إثباته بجميع الوسائل، أما فيما يتعلق بشكل ذلك القرار - الذي يثبت مدى احترام المشغل للمسطرة - فهو الذي يطرح الإشكال، و يؤثر على إثبات النزاع المثار حول صحة إجراءات الفصل أمام القضاء¹.

هذا وقد أثارت مسطرة الفصل في تطبيقها مجموعة من الإشكالات القانونية، خاصة فيما يتعلق بالقوة الإلزامية لمقرر الفصل، وهل هو وسيلة إثبات أم شرط صحة ؟ وهو ما يفسر أن الإجراءات الشكلية للفصل عرفت انقساماً فقهيّاً بل واضطراباً في تطبيقها على مستوى محاكم الموضوع من منطلق التأويلات المختلفة لتلك المقتضيات القانونية.

ولعل المواقف المتباينة بشأن طبيعة المقرر و آثاره القانونية ، اتخذت مصدرها من قراءتين مختلفتين؛ تراوحت بين التوجه الحمائي الذي تكرسه مدونة الشغل و بين واقع المقاولات خاصة منها الصغيرة و المتوسطة التي أصبح جلها مهووساً بإثبات مدى استنفاد تلك المسطرة تفادياً لعواقب إغفالها.

وعلى هذا الأساس، فإن الإشكالية المنتصبة في هذا الموضوع تتخذ جوهرها كإشكال نابع من بطبيعة مقرر الفصل التأديبي، ومدى تأثير تخلفه على صحة الفصل الذي تعرض له الأجير؟ بمعنى آخر هل المشغل أثناء تصريحه بالفصل ملزم بالاختصار في التعبير عنه بطريقة كتابية فقط ؟ أم يمكن أن يكون ذلك بطريقة شفوية كذلك ؟ .

وللإجابة عن التساؤلات السابقة و غيرها، ارتأينا تناول الموضوع من خلال المحاور الأربعة التالية :

المحور الأول : التأطير التشريعي لمقرر الفصل التأديبي.

المحور الثاني : اختلاف الفقه حول مدى إلزامية مقرر الفصل التأديبي.

المحور الثالث : اضطراب القضاء حول مدى إلزامية مقرر الفصل التأديبي.

المحور الرابع : نحو تنظيم جديد لمقرر الفصل التأديبي.

المحور الأول : التأطير التشريعي لمقرر الفصل التأديبي :

بالرجوع إلى تشريع الشغل السابق، لم تكن هناك مسطرة خاصة بالفصل، باستثناء احترام أجل الإخطار، إلى أن تم تعديل الفصل 754 من ق ل ع بظهير 1938، حيث أصبح يفرض على المشغل ضرورة تبرير أسباب الفصل، ومع ذلك قد بقيت مسطرة تبليغ إرادة المشغل بالفصل خاضعة للقواعد العامة، إذ يمكن للمشغل أن يبلغ رسالة الطرد بكافة الوسائل، إلا أن التغيير قد وقع منذ صدور النظام النموذجي بتاريخ 23 أكتوبر 1948 المنسوخ، إذ نص هذا الأخير في الفصل السادس منه على ضرورة ذكر أسباب وتاريخ الفصل في رسالة مضمونة توجه إلى الأجير

¹ - خاصة و أن الفقرة الأخيرة من المادة 64 أكدت أنه "لا يمكن للمحكمة أن تنظر إلا في الأسباب الواردة في مقرر الفصل و ظروفه".

وذلك داخل أجل 48 ساعة من ارتكاب الخطأ، بالإضافة إلى تسليمه نسخة من الرسالة بصفة مباشرة، وتسليم نسخة من الرسالة المضمونة إلى مفتش الشغل¹.

هكذا ومع هذا التطور التشريعي، فإن توصل الأجير برسالة الفصل، يشكل بما لا يدع مجالا للشك تعبيراً صريحاً من المشغل بوضع حد للعلاقة الشغلية، ومع صدور مدونة الشغل نجدها تكرر نفس التوجه - مع نوع من التغيير يتمثل في منح الخيار للمشغل بين تبليغ المقرر إما يدا بيد أو بواسطة رسالة مضمونة - حيث تنص في المادتين 63² و 64³ بضرورة تبليغ مقرر الفصل كتابة .

إلا أن الواقع العملي، أثبت أن كثيراً من المشغلين يقدمون على الفصل التأديبي للأجراء، دون التبليغ بمقرر الفصل سواء للأجير المفصول أو المفتش الشغل، وذلك يحصل خصوصاً عندما ينتج مقرر الفصل عن نزاع حاد بين الأجير ومشغله، ففي مثل هذه الحالة يصعب على المشغل الإدلاء بمقرر الفصل للمحكمة⁴، وهو ما يطرح سؤالاً حول آثار عدم التعبير عن الفصل كتابة ؟ فهل يعتبر ذلك بمثابة انعدام للفصل ؟ و في ظل غموض موقف المشرع حول هذه الإشكالات المعلقة، رافقه اختلاف فقهي و اضطراب قضائي.

المحور الثاني : اختلاف الفقه حول مدى إلزامية مقرر الفصل التأديبي :

لقد طرحت مسألة مقرر الفصل أو رسالة الطرد كما كانت تعرف في تشريع الشغل السابق، جدلاً فقهيًا وخلافًا قضائيًا كبيراً على مستوى التطبيق بين من اعتبر (مقرر الفصل) شرط صحة هذا الأخير، ومن اعتبره وسيلة إثبات تاريخه فحسب، فرغم وضوح المادة 63 من م ش و التي تفيد مقتضياته وعباراته إلزامية مسطرة الفصل بما في ذلك طبعاً قرار الفصل، فإن الفقه الاجتماعي انقسم إلى اتجاهين حول أهمية مقرر الفصل.

¹ - محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة يناير 2007، ص 871.

ولمزيد من التفصيل حول إجراءات الفصل التأديبي في تشريع الشغل السابق راجع، بشرى العلوي، إجراءات إنهاء عقد الشغل من طرف المشغل، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي، سلسلة الندوات و الأيام و اللقاءات الدراسية، مطبعة دار السلام ، مارس 2004، ص 56 وبعدها. راجع كذلك محمد الشرقاني، علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل، الطبعة الأولى، دار القلم ، الرباط 2012 - 2011، ص 170 وبعدها.

² - تنص المادة 63 " يسلم مقرر العقوبات التأديبية الواردة في المادة 37 أعلاه أو مقرر الفصل إلى الأجير المعني بالأمر يدا بيد مقابل وصل، أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل داخل أجل ثنائي وأربعين ساعة من تاريخ اتخاذ المقرر المذكور... "

³ - تنص المادة 64 " توجه نسخة من مقرر الفصل أو رسالة الاستقالة إلى العون المكلف بتفتيش الشغل "

⁴ - لمزيد من التفصيل، راجع محمد سعيد بناني، قانون الشغل المغربي، على ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، م ش، 872.

أولاً : الاتجاه القائل بعدم إلزامية مقرر الفصل :

يمثله الأستاذ "محمد سعيد بناني"¹ و الذي اعتبر بأن الفصل بصفته تعبيراً عن إرادة منفردة، يجعل الأجير في جهل من القرار المتخذ في حقه إلا بعلمه به، والعلم بالفصل لا يقتضي الموافقة من جانبه، كما أن التعبير عن الفصل قد يثم بصفة شفوية أثناء مناقشة حادة مثلاً بين الأجير والمشغل، أو بصفة كتابية بعد الاستماع إليه وفق مسطرة الفصل، أو بعد اتخاذ رأي نهائي من طرف المشغل وتحرير رسالة في الموضوع، وكيفما كان الحال فإن بداية الإشعار يجب أن يبتدئ بوصول ما يفيد الفصل إلى علم الأجير²، وهكذا فقد يصل مقرر الفصل إلى علم الأجير، من خلال الوقائع التي تحدث، كمنعه من الدخول مقر العمل³.

ويقول أنصار هذا الاتجاه للدفاع عن موقفهم، أن صيغة الوجوب التي جاءت بها المادة 62 من مدونة الشغل، لم يخلو منها كذلك الفصل السادس من النظام النموذجي، ومع ذلك استقر المجلس الأعلى في اجتهاداته ولمرحلة معينة على اعتبار رسالة الطرد وسيلة إثبات وليست شرط صحة، وذلك في ضوء توجيهات الندوات التي عقدت من طرف وزارة العدل حول القضاء الاجتماعي، أضف إلى ذلك أن المشرع لم يبرر الطرف الذي عليه عبئ اتخاذ مبادرة إثارة هذه المسطرة⁴.

إن أصحاب هذا الاتجاه، حاولوا خلق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة الشغلية، وتعاملوا بنوع من المرونة مع مقرر الفصل التأديبي، واستقروا على أن مقرر الفصل إنما هو وسيلة إثبات وليس شرط صحة، خصوصاً وقد تبين من الناحية العملية صعوبة تطبيق مقتضيات مسطرة الفصل التأديبي في حالات شاذة كالحالة التي يضرب فيها الأجير مشغله أو الحالة التي يقوم فيها الأجير بجنحة أو جناية داخل مقر العمل، وبالتالي فإن التشدد في الإدلاء بمقرر الفصل يجعل في حالة انعدامه اعتبار الفصل فصلاً تعسفياً بصفة آلية و مباشرة وهو ما يضر بمصالح المشغل حسن النية .

ثانياً : الاتجاه القائل بإلزامية مقرر الفصل :

يمثله الأستاذ " إدريس فجر"⁵، ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن رسالة الفصل المنصوص عليها في الفصل 6 من النظام النموذجي المنسوخ بالمادة 63 و 64 من مدونة الشغل، إجراءات لا يمكن التغاضي عنها، لأن

¹ - يمكن أن ندرج ضمن هذا الاتجاه كذلك كل من الأستاذ محمد القوري اليوسفي والأستاذ محمد الشرقاني، الفصل التأديبي للأجير وفق مدونة الشغل الجديدة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 17-18 يناير - يونيو 2011، ص 39.

² - محمد سعيد بناني، قانون الشغل المغربي، على ضوء مدونة الشغل، علاقات المشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، م س، ص 870.

³ - قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 21 دجنبر 1972 في الملف عدد 39529 أشار إليه محمد سعيد بناني، قانون الشغل المغربي، على ضوء مدونة الشغل، علاقات المشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، م س، ص 872.

⁴ - محمد القوري اليوسفي و محمد الشرقاني، م س، ص 39.

⁵ - يمكن أن ندرج ضمن هذا الاتجاه كل من : الأستاذ فيصل لعموم، والذي اعتبر مسطرة الفصل التأديبي من النظام العام، وأن للمحكمة أن تشير للاختلالات الشكلية من تلقاء نفسها، فصل الأجير من عمله بين السلطة التأديبية والرقابة القضائية (قرعة في التشريع و القضاء) مجلة المعيار العدد 42 سنة 2009، ص 33. كذلك الأستاذ محمد بنحاسين، الفصل من العمل ومسطرة الاستماع إلى الأجير، من خلال مدونة الشغل والعمل القضائي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات العدد 14-15 ماي - شنب 2008، ص 14.

هذه المقتضيات لم توضع عبتا بل نص عليها المشرع بصيغة الوجوب والإجبار، لأنه إذا لم يكن مقرر الفصل من العمل بالمرّة، فإنه تبعاً لذلك لن تكون هناك وقائع محددة ولا أسباب دقيقة لهذا الفصل، وبالتالي سيظل المجال مفتوحاً أمام المشغل ليقول أو يضيف ويختلق ما شاء من الأسباب التي تبرر في نظره فصل الأجير من الشغل، بينما لو توافر المقرر فإنه يتضمن أسباب الفصل¹. والتي تكون موضوع مناقشة أمام محكمة الموضوع، إذ لا يمكن أن يثير المشغل وقائع أخرى غير تلك التي تضمنها المقرر، وهذا وجه من أوجه الحماية التشريعية للأجير.

إذن فمقرر الفصل حسب هذا الاتجاه، هو شرط صحة وليس فقط أداة للإثبات، وهو إجراء جوهري يترتب عن تخلفه اعتبار الفصل فصلاً تعسفياً، وبالتالي فلا مجال أمام المشغل أن يقوم بتبليغ مقرر الفصل بالطريقة الشفاهية، أو عن طريق أحد عماله مثلاً فهذا غير مفترض بمنطوق المادة 63 التي تقضي بوجوب تبليغ مقرر الفصل إما يدا بيد مقابل وصل أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

المحور الثالث : اضطراب القضاء حول مدى إلزامية مقرر الفصل :

على ضوء الاتجاهين أعلاه فإن العمل القضائي بدوره انقسم على نفسه وعرف نوعاً من التضارب في التعامل مع مقرر الفصل²، هكذا جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1971/4/21 أن المؤجر غير ملزم باحترام إجراءات الفصل المنصوص عليها قانوناً³. كما اعتبر المجلس الأعلى بأن المشرع المغربي لم يشترط أية طريقة خاصة لإشعار الطرف الآخر بوقوع الفصل⁴.

¹ - إدريس فجر، دور القضاء في حماية الأجير، ندوة القانون الاجتماعي حسيلا و آفاق، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 22 سنة 1990، ص31.

² - إن محاكم الموضوع كذلك عرفت اختلافاً حول التعامل مع مقرر الفصل، وهو ما اتضح بشكل واضح من خلال ندوة نونبر 2006 المنظمة بالمعهد العالي للقضاء والتي كان موضوعها " مدونة الشغل بعد سنتين مع التطبيق " حيث لوحظ تباين في الاتجاهات بخصوص مسطرة الفصل: بين قائل بأن الإلزامية تنسحب على المشغل فقط باعتباره الحرك للمسطرة، وبالتالي هو من يتعين عليه إثبات توجيه مقرر الفصل للأجير، مرفقاً بمحضر الاستماع، وهذا ما تمثله محكمة الاستئناف بالرباط. و بينما اتجه آخر تمثله محكمة الاستئناف بالدار البيضاء مفاده أن الأجير كذلك ملزم باحترام مقتضيات مسطرة الفصل، حيث يتوجب عليه إذا أراد أن يتمسك بمسطرة إثبات احترام المقتضيات التي هو ملزم بها، وهي التوجه إلى مفتش الشغل و إلا سقط حقه في التثبيت بعدم سلامة مقتضيات مسطرة الفصل أمام المحكمة. لمزيد من التفصيل، راجع، عبد الحكيم صباح، رقابة المجلس الأعلى على مسطرة الفصل التأديبي ومدى إلزاميتها، ندوة عقود العمل و المنازعات الاجتماعية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية الرباط، 2007، ص 408. و لمزيد من التفصيل حول هذا الاختلاف الفقهي راجع كذلك، هشام بحار، ضوابط ممارسة السلطة التأديبية للمشغل في ضوء مدونة الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث قانون الشغل و التحولات الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الثاني - عين الشق - كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007/2008، ص 93 وبعدها

³ - قرار عدد 141 بتاريخ 1971/04/21 - دون ذكر رقم الملف - أشار إليه عبد العزيز العتيقي، مدونة الشغل و إشكالات التطبيق و مواقف الفرقاء الاجتماعيين، ابريل 2011، ص 87 www.justicemaroc.org.

⁴ - قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 39529 بتاريخ 21 دجنبر 1972، أشار إليه محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب على ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، م س، ص 873.

ففي هذا القرار لم يعتد القضاء بالكتابة لإشعار الفصل و إنما أقر بإمكانية إثبات التبليغ بجميع الوسائل، وهو ما يعني أن هذا القرار يتجه نحو اعتبار الكتابة أداة للإثبات فقط وليس ركنا لصحة الإشعار بالطرد¹.

إلا أن المجلس الأعلى لم يبق على هذا الموقف، بل تراجع عنه ليركن في مجموعة من القرارات الموالية إلى اعتبار رسالة الطرد ركنا لصحة إجراءات الفصل، تحت طائلة اعتباره فصلا تعسفيا. وفي هذا الإطار قضى بتاريخ 1984/11/12 " يتعين لإنهاء عقد العمل، أن يوجه المشغل إنذار للأجير وإشعارا بالفصل طبق ما يقره القانون وإلا اعتبر الفصل تعسفيا، وانه حتى على فرض أن الأجير هو الذي غادر العمل من تلقاء نفسه، فإن قرار 1948/10/23 لا يعفيه من ذلك الإشعار"².

وفي ظل مدونة الشغل، فإن المجلس الأعلى بمناسبة تطبيق مقتضيات (المواد 62 وما يليها) أكد في قرار له بتاريخ 2006/11/02 " لكن حيث إن الثابت من وثائق الملف أن طرد الأجير من العمل كان بتاريخ 04/12/05 وبالتالي فإنه طبقا للمادة 63 من م ش ... فإنه يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه ... و أنه طبقا للمادة 63 من نفس المدونة فإنه يسلم مقرر الفصل إلى الأجير المعني بالأمر يدا بيد مقابل وصل أو بواسطة المقرر المذكور إلا أنه بالرجوع إلى الوثائق المضمنة بالملف فإنه لا دليل على سلوك تلك الإجراءات الشكلية ... و لا دليل على ما يفيد توصل الأجير بمقرر الفصل ... مما يجعل الطرد الذي تعرض له الأجير غير مبرر "³.

وهذا ما كرسته محكمة الاستئناف بالرباط⁴ و التي اعتبرت أن عدم توجيه مقرر الفصل للأجير ونسخة منه لمفتش الشغل مرفقا بمحضر الاستماع المشار إليه في المادة 62 يعتبر خرقا لمقتضيات المواد 63 و 64 م ش.

إن مقرر الفصل ليس إجراءً شكليا فحسب، بل يلعب دورا مهما في الإثبات، خاصة و أن المشرع نص في الفقرة الأخيرة من المادة 64 من مدونة الشغل، أنه لا يمكن للمحكمة أن تنظر إلا في الأسباب الواردة في مقرر الفصل وظروفه، وهو ما يعني استبعاد كل الأخطاء الأخرى التي يمكن أن يختلقها المشغل ويدفع بها أمام المحكمة خارج

¹ - راجع بهذا الخصوص، محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب على ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، م س، ص 873.

² - قرار عدد 707 صادر بتاريخ 1984/11/12 في الملف رقم 5112، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، العدد 39، دجنبر 2000، ص 112. وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 460 بتاريخ 36 أبريل 1983 - دون ذكر عدد الملف - جاء فيه أنه " يجب على رب العمل أن يوجه الإنذار بالفسخ إلى الأجير الذي لا يسري أثره في حقه إلا إذا توصل به بصفة قانونية و لا يعفى رب العمل من توجيه هذا الإنذار في حالة استمرار في تغيبه عن العمل، يعتبر فصلا تعسفيا فصل العامل من العمل قبل إنذاره بذلك " قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، العدد 33-34، دجنبر 2000، ص 108.

³ - قرار عدد 938، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 05-11-2006 في ملف عدد 948. أشار إليه فيصل لعموم، م س، ص 40. وقد علق الأستاذ فيصل لعموم على هذا القرار قائلا بأن المجلس الأعلى: ذكر بتفصيل كل مراحل الإجراءات الشكلية لمسطرة الفصل ... وكأنه يريد أن يثبت قضية الموضوع على التمسك الشديد والكامل بأحكامه، وهو ما ينم عن رغبة قضائية أكيدة نحو توحيد الاجتهاد القضائي حول تطبيق مسطرة الفصل " م س، ص 41.

⁴ - قرار عدد 1226 في الملف الاجتماعي رقم 05/2006/251-202 صادر بتاريخ 2006/10/17، أشار إليه محمد الكوهن، الإشكالات المثارة بخصوص الفصل التأديبي، ندوة مدونة الشغل بعد سنتين من التطبيق، المعهد العالي للقضاء الرباط، العدد 9 سنة 2007 ص 137.

مضمون مقرر الفصل¹. وفي هذا السياق قضت استئنافية مكناس في قرار لها بتاريخ 9-2-2010 أنه "حقا لقد ثبت صحة ما عابه الأجير ذلك أن ما زعمته المستأنفة من أن المستأنف عليه ارتكب عدة أخطاء جسيمة لا يمكن أن يعفيها بأي حال من الأحوال من احترام مقتضيات الفصلين 62 و 63 من مدونة الشغل ... و حيث طالما أن المستأنفة لم تدلي بما يفيد سلوكها تلك الإجراءات المسطرية بإتاحة الفرصة للأجير من أجل الدفاع عن مصالحه و الاستماع إليه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي ، كما لم تدل بأي محضر في الموضوع، فإن فصلها للأجير يكون متسما بالتعسف و لا حاجة لمناقشة ارتكاب الأجير للأخطاء المنسوبة إليه من عدمه و مدى جسامتها و هو ما يجعله محقا في الحصول على التعويضات التي خولها له المشرع بمقتضى مدونة الشغل"².

المحور الرابع : نحو تنظيم جديد لمقرر الفصل التأديبي :

إذا كان لا بد الانتصار لاتجاه معين، فإننا نميل إلى الموقف الثاني - مقرر الفصل شرط صحة - وبنوع من التحفظ ، فلا نحن نريده أن يكون أداة للإثبات فقط فيتضرر الأجير حسن النية بهذا الاختيار، ولا نحن نريده أن يكون شرط صحة يترتب عن تخلفه اعتبار الفصل تعسفيا بشكل تلقائي، لما يحمله هذا الاختيار بدوره من تهديد لاستمرارية المقابلة، لذلك لا بد البحث على خلق توازن ومساواة بين الطرفين، خاصة و أن هناك حالات شاذة³ يصعب فيها الحديث عن إلزامية مسطرة الفصل التأديبي، أضف إلى ذلك أن المسؤول عن إثارة مسطرة الفصل التأديبي لم يتم تحديده بشكل صريح، فالمادة 62 من م ش تنص " يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه ... إذا رفض أحد الطرفين إجراء أو إتمام المسطرة، يتم اللجوء إلى مفتش الشغل ". بقراءة متأنية لهذه المقتضيات نستنتج بأن إثارة المسطرة أمر يهم الطرفين معا الأجير والمشغل، فقد يتهاون المشغل عن دعوة الأجير لجلسة الاستماع و قد يمتنع هذا الأخير بالاستجابة لدعوة مفتش الشغل، هذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي تجنب هذه التعقيدات و كان صارما في التعامل مع الطرفين معا ، لأنه لم يقم بإحالتهم على مفتش الشغل، وهو ما يعني أن تغيب الأجير لأي سبب كان عن حضور جلسة الاستماع لا يحول دون سريان المسطرة و اصدر قرار الفصل في حقه⁴.

¹ - Nadège Meyer ; Jean-Pierre Willems, Droit Social, Dunod, paris, 2009, p 263.

² - قرار ملف عدد 1874 - 2009 - 5 بتاريخ 9-2-2010، صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس، (قرار غير منشور).

- جاء في حكم ابتدائية إنزاكان عدد 872 بتاريخ 20/06/2013 ملف رقم 2013/195 أنه : " و حيث تخلفت المدعى عليها عن الحضور .. و لم تبين سند إنهاء للعلاقة الشغلية التي كانت تربطها بالمدعي، مما يكون معه عقد الشغل الغير المحدد المدة الرابط بين الطرفين قد تم إنهائه بشكل انفرادي و مشوبا بطابع التعسف من قبل المدعي عليها ما دامت لم تدل بما يفيد احترامها لمسطرة الفصل ... " (حكم غير منشور).

- حكم آخر لابتدائية إنزكان، عدد 876 بتاريخ 20/06/2013 ملف رقم 2013/199 (غير منشور).

³ - هناك حالات على المستوى العملي يصعب فيها تطبيق مسطرة الفصل، كالحالة التي يتعرض فيها المشغل للضرب و السب و الشتم من طرف أجيده أو الحالة التي يحكم فيها على الأجير بحكم نهائي وسالب للحرية، إثر ارتكابه جنائية أو جنحة، و يكون بالتالي داخل المؤسسة السجنية. الخ من الحالات.

⁴ - Bernard Teyssié, droit du travail – relation individuelles de travail, deuxième édition, éditions litec 1992p 652 .

حتى وإن كان ذلك بسبب مرضه¹. وإن كان هذا لا يعني أننا نعامل الأجير والمشغل على قدم المساواة في تطبيق هذه التوجه التشريعي، بل لابد أن نستحضر طبيعة علاقات الشغل التي تجمع بين طرفين غير متكافئين، أضف إلى ذلك أن المشغل هو صاحب السلطة التأديبية داخل المقولة، وهو الذي له مصلحة في الاستماع إلى الأجير داخل الأجل القانوني، وبهذا يكون المشغل هو الذي خالف الأصل ووجب عليه الإثبات، وهكذا نصل إلى نتيجة مفادها أن إثارة المسطرة أساسا يكون من طرف المشغل و احتياطيا من طرف الأجير.

حقا، إن الإبقاء على مسطرة الفصل في شكلها الحالي، وإن في ظل التوجه الحمائي الذي كرسه القضاء، أمر يجب إعادة النظر فيه و ذلك باستحضار واقع المقاولات المغربية و التي ليست كلها مهيكلية وقابلة لتطبيق هذه المساطر الشكلية المعقدة، علما أن المشرع عندما يضع نصوص القانون الاجتماعي إلا ويتوخى منها غالبا حماية الطبقة الشغيلة، ولكنه لا يرمي قطعا إلى حماية تلك الفئة على حساب استمرارية المقولة خاصة إذا كان الأجير قد ارتكب فعلا خطأ جسيما يبرر فصله.

لذلك نرى مع من يرى²، أن يظل مقرر الفصل شرط صحة لازما قبل اتخاذه، كما كرس ذلك المجلس الأعلى في عديد من قراراته لكن على أساس ألا يترتب عن إغفاله اعتبار الفصل تعسفيا، بل ينحصر الجزاء في تعويض جزافي يؤديه المشغل للأجير قد يتراوح مابين شهر إلى ثلاثة أشهر، تجري المحكمة بحثا حول مدى توافر الخطأ الجسيم، حتى إذا لم يثبت ذلك الخطأ قضت باعتبار الفصل فصلا تعسفيا وقضت بالتعويض الثلاثي (عن الأخطار و الفصل والضرر) مضافا إليها التعويض على عدم إثبات استيفاء مسطرة الفصل أما إذا تبث الخطأ الجسيم، قضت باعتبار الفصل مبررا لا يستحق معه الأجير سوى مستحقاته، دون التعويض الرباعي المذكور.

¹ - Soc,29 juin 1977, Bull, v, n 433 " L' absence du salarié malade le jour de l'entretien ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure de licenciement " cité par Gérard Lyon-Caen ; Jean Pélissier, Droit du travail, 16^{eme} édition, Dalloz, 1992, p 261.

² - محمد القوري اليوسفي، محمد الشرقاني، م س، ص 24 .

الإفراغ للاحتلال في إطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي



محمد رياض ، طالب باحث في القانون الخاص

بكلية الحقوق مراكش جامعة القاضي عياض

Email : Mohammed.riad@edu.uca.ma

مقدمة :

إن تعقد أسلوب الحياة و تعدد المشاكل التي تعترض الفرد في حياته فتدفعه أحيانا الى الاحتلال أو الترامي على ملك الغير لأسباب متعددة، أدى بالمشرع الى التدخل - شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات - من أجل وضع حد لكل معتد على ملكية الغير عن طريق رفع دعوى طرد المحتل بدون سند و لا قانون.

و حيث أن المشرع المغربي لم يسند بنص خاص لقاضي المستعجلات حق النظر في طلبات طرد المحتل للعقار بدون سند قانوني إلا أنه لما تغلغت الرغبة الأكيدة في ضمان استقرار المعاملات العقارية و تأمين الملاكين و ذوي الحقوق على العقارات من التشويش و تكريس حماية حق الملكية و سد الفراغ في الموضوع ، كان من الواجب هذه المرة على رجال القضاء التدخل بإقرار مبادئ من خلال الاجتهاد القضائي تضمن حقيقة و فعلا هذه الحماية.

و اذا كانت هذه الدعوة من الأهمية بمكان فإن تحديد ماهيتها و نطاقها يعد أكثر إلحاحا و أجدر بالبسط و التحليل نظرا لكون هذه الدعوى لها مجموعة من الصور و التطبيقات أمام القضاء ، و من هنا كان ضروريا لدراسة هذا الموضوع الوقوف عند القواعد العامة المؤطرة للقضاء الاستعجالي ، ثم تحديد العلاقة التي تربط دعوى الطرد للاحتلال بدون سند بالقضاء الاستعجالي ، و أخيرا الوقوف عند أهم تطبيقات هذه الدعوى و طرح أهم الاشكاليات التي تثيرها على المستوى الميداني.

ارتباطا بموضوعنا نطرح الاشكال التالي :

الى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق الحماية القانونية و القضائية على الملكية العقارية من خلال دعوى طرد المحتل بدون سند ؟

و يتفرع عن هذا الاشكال مجموعة من الأسئلة من قبيل :

- ما هي الجهة المختصة للبت في هذه الدعوى ؟
- ما هي طبيعة الحماية التي توفرها هذه الدعوى للمعتدي على الملكية؟
- و هل النصوص القانونية كفيلة و فعالة للحماية حقوق المتقاضين و بالتالي لا تحتاج الى تغيير ؟

المبحث الأول : القضاء الاستعجالي و دعوى الافراغ للاحتلال :

لقد كان الاجتهاد القضائي سباقا الى إسناد حق النظر في طلبات الطرد للاحتلال بدون سند قانوني الى القضاء الاستعجالي ، و يرجع ذلك الى الاقتناع بمبدأ حماية حق الملكية كحق دستوري ، لكن نظرا لكون هذه الدعوى تتميز بعنصر الاستعجال ، فقد تدارك المشرع هذا الفراغ عندما أسند حق النظر في دعوى الافراغ للاحتلال للقضاء الاستعجالي بنصوص خاصة .

و يتطلب منا معالجة هذا الموضوع الوقوف عند القواعد المؤطرة للقضاء الاستعجالي (المطلب الأول) ثم تحديد علاقة هذا الأخير بدعوى الطرد للاحتلال بدون سند أو قانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القواعد المؤطرة للقضاء الاستعجالي :

يستدعي قضاء الأمور المستعجلة كموضوع لهذا المطلب دراسة شروطه الموضوعية و الشكلية (الفقرة الأولى) ثم الوقوف على الجهة المختصة للبت في القضايا الاستعجالية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شروط القضاء الاستعجالي :

لقد نص المشرع المغربي -شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المقارنة- على ضرورة توافر مجموعة من الشروط التي يقوم عليها القضاء الاستعجالي ، و التي يمكن تقسيمها الى شروط موضوعية ، و أخرى شكلية .

أولاً: الشروط الموضوعية :

من خلال قراءة الفصلين 149 و 152 من قانون المسطرة المدنية ، نلاحظ بأن المشرع المغربي نص على ضرورة توفر عنصري الاستعجال و عدم المساس بالجوهر كشرطين موضوعين للدعوى مهما كانت طبيعة هذه الدعوى سواء ، أكانت مدنية أم ادارية .

و الملاحظ أن المشرع المغربي لم يعرف لنا عنصر الاستعجال ، بل أشار اليه بصيغة عامة في المادة 149 من ق م م "كلما توفر عنصر الاستعجال .." تاركا أمر تعريفه للفقه و القضاء على حد سواء .

و يقصد بعنصر الاستعجال حسب البعض "الخطر الحقيقي الخلق بالحق المراد المحافظة عليه و الذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي و لو قصرت مواعيله"¹. و يراد به حسب البعض الآخر "قيام

¹تعريف أشار اليه أستاذنا عبد الكريم الطالب في معرض حديثه على عنصر الاستعجال في كتابه "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية" ط 2013 أحال بخصوصه على : محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، نشر عالم الكتب القاهرة ، الطبعة السادسة ف14 ، ص30.

خطر حقيقي يخشى فوات الوقت و حدوث ضرر لا يمكن تلافيه إذ رجع المدعي لدرئه الى القضاء العادي ، و طبقت لذلك المسطرة العادية من استدعاء الخصوم أمام المحكمة ، و التحقيق و اصدار الأحكام و سلوك طرق الطعن العادية بشأنها"¹.

عموما يمكن القول بأن عنصر الاستعجال يلعب دروا هاما على مستوى تمييز القضايا الاستعجالية عن القضايا العادية أو على مستوى تحديد اختصاصات قاضي المستعجلات ، و هكذا جاء في منشور لوزارة العدل رقم 283 بتاريخ 02 مارس 1966 ما يلي : "قاضي المستعجلات يكون مختصا بصفة عامة كلما اكتسبت القضية صفة الاستعجال ، و معنى هذا أنه لا يكون مختصا في حالة عدم قيام الاستعجال..²".

لكن و بالرغم من أهمية عنصر الاستعجال فإن قبول الدعوى المستعجلة يلتزم توفر عنصر موضوعي ثان ، و هو شرط عدم المساس بالجوهر أو الموضوع الذي لم يحظ هو الآخر بتعريف تشريعي . لذلك حاول بعض الفقه تحديد تعريف لهذا المبدأ ؛ فهو في نظر البعض³ "ما يمس بالمركز القانوني للخصوم ، كأن يقضي في أصل الحقوق و الالتزامات و الاتفاقات التي تتم بين الأطراف" . كما أنه في نظر البعض الآخر⁴ "كل ما من شأنه أن يمس بالسبب القانوني المحدد لحقوق و التزامات الأطراف بعضهم تجاه بعض".

الملاحظ اذا أن "شرط عدم المساس بالموضوع في اقترانه بشرط الاستعجال، يكون الحد الذي يرسم نطاق تدخل قاضي المستعجلات، والذي يظل المطلوب منه هو إجراء مؤقت لا الفصل في أصل الحق الذي يعد من صميم اختصاص محكمة الموضوع، فقاضي الأمور المستعجلة يكتفي بالنظر إلى جوهر الدعوى بشكل عرضي حتى تكون قناعته دون تعمق من شأنه حسم النزاع"⁵.

و هكذا جاء في قرار لمحكمة النقض "إن الأوامر الاستعجالية تكون دائما موصوفة بالوقائية ، فالقرار الاستعجالي يبين مراكز الخصوم مؤقتا دون المساس بأصل الحق ، كما أنه لا يجوز إلا حجية مؤقتة في حدود الوقائع و الأسباب التي كانت معروضة على أنظار قاضي المستعجلات باعتبار هذا القرار يبت في الاجراءات الوقائية و لا يمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر"⁶.

¹الأستاذ عبد اللطيف هداية الله ، مرجع سابق ص 79.

²أشار الى هذا المنشور الأستاذ هداية الله في المرجع السابق .

³محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، نشر عالم الكتب القاهرة ، الطبعة السادسة ف 14 ، ص 40-41.

⁴ عبد الواحد الجراري ، تعقيب على رد اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي للرئيس الأول ، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي ، العدد 16 أبريل 1986 ص 37 وما يليها.

⁵ رسالة للطالب عبد الله الفال ، "القضاء الاستعجالي الإداري بين القواعد العامة و النصوص الخاصة" السنة الجامعية 2010/2011 ، ص 35.

⁶قراري المجلس الأعلى رقم 224 بتاريخ 1984/11/28 ملف مدني عدد 954 و رقم 622 بتاريخ 1987/03/18 في الملف المدني عدد 2690.

ثانيا : الشروط الشكلية :

ينص الفصل 150 من ق م م على أنه :

"يمكن أن يقدم الطلب في غير الأيام و الساعات المعينة للقضاء المستعجل في حالة الاستعجال القصوى سواء الى قاضي المستعجلات أو الى مقر المحكمة و قبل التقييد في سجل كتابة الضبط و لو بموطنه ، و يعين القاضي فورا اليوم و الساعة التي ينظر فيها الطلب.

يمكن له أن يبت حتى في أيام الأحاد و أيام العطل".

و ينص الفصل 151 من نفس القانون بأنه :

"يأمر القاضي باستدعاء الطرف المدعى عليه طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصول 37،38،39 عدا إذا كانت هناك حالة الاستعجال القصوى".

يتبين اذا من قراءة هذين الفصلين أنه لا يمكن أن يعهد للقضاء الاستعجالي إلا بعد احترام الشكليات المنصوص عليها في الفصول 31 الى 129 من قانون المسطرة المدنية. هذا الى جانب الأخذ بعين الاعتبار للقواعد العامة للترافع. فلا يقبل أي طلب استعجالي اذا كان خاليا من البيانات و الشروط الشكلية التي يفرضها قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية : الجهة المختصة للبت في القضايا الاستعجالية :

أولا : في المرحلة الابتدائية :

الملاحظ أن المشرع المغربي قد أسند الاختصاص في المادة 149 من ق م م الى رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت في القضايا الاستعجالية ، أما اذا علق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات الى أقدم القضاة.

اذن فالمبدأ هو اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية في النظر في هذه القضايا ، و استثناء عليه يختص أقدم القضاة بالمحكمة اذا كان هناك مانع حال دون مباشرة رئيس المحكمة ذلك .

ثانيا : في المرحلة الاستئنافية :

تنص الفقرة الثالثة من الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية على أنه :

"اذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول".

ينتقل انطلاقا من هذه الفقرة الاختصاص في قضايا الأمور المستعجلة الى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف¹.

المطلب الثاني : علاقة القضاء الاستعجالي بدعوى الطرد للاحتلال :

¹يسجل بعض الفقه عدة ملاحظات حول مقتضيات المادة المذكورة ، و التي لا يتسع الحديث لها على اعتبار أن موضوعنا في هذا المطلب هو الوقوف عند المبادئ و القواعد العامة التي تؤطر القضاء الاستعجالي . و للتوسع أكثر انظر الأستاذ هداية الله م س و الاستاذ عبد الكريم الطالب م س .

الجدير بالذكر أن حالات الاستعجال لا تدخل تحت حصر و لا يجمعها عدد خصوصا إذا علمنا أن كل هذه الحالات منها ما تولى المشرع تحديده بنصوص خاصة و تعرف بالحالات التي يفترض فيها توفر الاستعجال ، و منها ما لم يتولى تحديده بنص خاص ، بل ترك أمر استخلاصه من خلال القواعد العامة التي تحكم الاستعجال.

سنحاول الوقوف عند مفهوم دعوى الطرد للاحتلال بدون سند و لا قانون (الفقرة الأولى) ، ثم تحديد طبيعة هذه الدعوى و علاقتها بالقضاء الاستعجالي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم دعوى الطرد للاحتلال أو طرد المحتل بدون سند :

لم يعمد المشرع المغربي الى تعريف دعوى طرد المحتل بدون سند أو قانون و هو أمر مستحسن حيث أن مسألة التعريف متروكة للفقه و القضاء كما سبقت الاشارة .

و هكذا عرفها بعض الفقه كما يلي : "تعتبر دعوى الافراغ للاحتلال بدون حق و لا سند من المساطر المألوفة أمام القضاء سواء أمام قضاء الموضوع أو القضاء الاستعجالي"¹.

فيما ذهب رأي آخر² الى اعتبار المحتل بدون سند "هو كل من حاز عقار غيره حيازة نشأ عنها إثراؤه و افتقار مقابل لهذا الغير ، ثم كل من حاز عقار غيره بالغصب أو التعدي أو الاختلاس أو التدليس أو بكل عمل غير مشروع".

من جانب آخر يرى الأستاذ الوافي الفاطمي أن دعوى الطرد للاحتلال لا تعدو كونها "صورة من صور الاعتداء على الحقوق المترتبة لشخص ما على هذا العقار و التي تحظى بجانب من الحماية في مختلف التشريعات.

و يشترط لتحديد معنى الاعتداء على هذه الحقوق بسبب الاحتلال أن تكون الحقوق المشار اليها ثابتة لمدعيها و أن يكون المدعى ضده الاعتداء قد استولى و تطاول عليها بدون رضی صاحبها لما سيحدث من ضرر لصاحب الحق المذكور.

و يعتبر المحتل لعقار في حكم المعتدي و الغاصب لحق من حقوق صاحب هذا العقار"³.

من خلال هذه التعريفات يمكننا القول بأن دعوى طرد المحتل بدون سند و لا قانون هي نوع من أنواع الحماية المدنية التي خصها المشرع للعقار و تبتدئ برفع دعوى سواء عرضت هذه الأخيرة أمام القضاء العادي أو أمام القضاء الاستعجالي بهدف طرد المحتل الذي استولى على عقار ليس له عليه حق يبرر بقاؤه فيه.

¹ عمر الأبييض : دعوى الافراغ بدون حق أو سند أمام القضاء الاستعجالي ، نشرة محكمة الاستئناف بالرباط ، عدد خاص طبعة 2003-2004 ص 59 . منشور كذلك بمجلة القضاء و القانون عدد 145 ص 80 و ما يليها .

² شعيب علباقي ، طرد محتل العقار بغير سبب مشروع بالطريقة الاستعجالية ، منشور بمجلة الميادين . اصدار كلية الحقوق بوجدة ، عدد 7 ص 71.

³ الوافي الفاطمي ، الطرد للاحتلال بدون حق أو سند . مقال منشور على مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، العدد 3 ، 2013

الفقرة الثانية : دعوى طرد المحتل بدون سند ذات طبيعة استعجالية :

أولاً : موقف الفقه :

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة الحقيقية لدعوى الطرد للاحتلال ؛ فقد اعتبرها البعض¹ من الدعاوى الاستعجالية ، و بالتالي فهي تدخل في ولاية قاضي المستعجلات الذي يجعل حدا لكل استيلاء غير مشروع يقع على ملكية الغير.

فيما ذهب البعض الآخر² الى أن هذه الدعوى لا يمكن اعتبارها من صميم اختصاص قاضي المستعجلات إلا اذا ثبت قيام عنصر الاستعجال طبقا للقواعد العامة الواردة في الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية.

فحسب هذا الرأي تعتبر دعوى الطرد للاحتلال ، أو دعوى استرداد الحيازة شكلا واحدا أو دعوى واحدة ما دام الأمر يتعلق بالاعتداء على ملكية العقار . و يعلل هذا الاتجاه موقفه بأمر استعجالي يقضي بما يلي : " و حيث إنه وإن كان من المتفق عليه فقها أن وجود نصوص خاصة تتعلق ببعض الدعاوى كالفصل 166 و ما بعده من قانون المسطرة المدنية لا يمنع إقامة دعاوى استعجالية لحماية الحقوق مؤقتا فإن ذلك مشروط بوجود حالة الاستعجال و عدم المساس بأصل الحق"³.

ثانيا : موقف الاجتهاد القضائي :

أمام هذا الاختلاف الحاصل حول تحديد طبيعة دعوى الطرد للاحتلال ، استقرت محكمة النقض على اعتبار دعوى الطرد للاحتلال بدون سند لعقار محفظ تحمل في طياتها عنصر الاستعجال و لا تنصب على أصل الحق و لا تمس بالجوهر .

"من حق المالك الذي ثبت ملكه لرسم عاري أن يرفع أمره الى قاضي المستعجلات ليجعل حدا لكل تعد يس بحقه و أن ذلك تدبير مؤقت مستعجل تحميه الميزة الخاصة للرسم العقاري الذي يلزم الجميع مضمونه"⁴.

"كل شخص يقيم بعقار محفظ و يستعمره دون أن يكون مسجلا بالرسم العقاري يعتبر كمغتصب بدون حق و لا سند و يحق في هذه الحالة لصاحب الرسم العقاري أن يلتمس من قاضي المستعجلات إخلاء"⁵.

و نتساءل هنا اذا كانت محكمة النقض قد اعتبرت دعوى الطرد للاحتلال بدون سند الوقعة على عقار محفظ تحمل في طياتها عنصر الاستعجال و بالتالي تدخل في صميم اختصاص قاضي المستعجلات ، فما مصير العقارات الغير المحفظة و العقارات في طور التحفيظ ؟ هل تدخل هي الأخرى في صميم اختصاص قاضي المستعجلات أم أن لها خصوصية معينة ؟

¹ عبد اللطيف هداية الله ، م س ص 155 .

² محمد النجاري ، تساؤلات حول تأثير أجل السنة في دعاوى استرداد الحيازة المستعجلة . مقال منشور بمجلة المعيار ، عدد 11 ص 38.

³ أمر استعجالي عدد 87/86 بتاريخ 29/5/1986 في الملف المستعجل عدد 86/50 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتازة و منشور بمجلة المعيار عدد 11 ص 87.

⁴ قرار صادر بتاريخ 21/04/1971 ملف مدني عدد 140 المجلة عدد 21.

⁵ قرار عدد 424 منشور بمجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، عدد 3 ص 109.

نعتقد في رأينا البسيط أن مقتضيات الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية هي مقتضيات عامة و لا يمكن الاستناد اليها الى بعد تمييز كل نازلة على حدة ؛ فإذا ثبت توفر عنصر الاستعجال في دعوى الطرد للاحتلال الوقعة على العقار الغير المحفظ يكون قاضي المستعجلات مختصا للبت فيها شريطة ألا يكون هذا العقار متنازعا فيه ، أما اذا لم يثبت توفر عنصر الاستعجال و كان هذا العقار متنازعا حوله فالاختصاص يعود لقضاء الموضوع ، هذا بخصوص العقار غير المحفظ أما بخصوص العقار في طور التحفيظ فالأمر لا يخلو كذلك من صورتين بحيث أنه اذا حفظ كان في حكم المحفظ و يكون الاختصاص لقاضي المستعجلات ، و اذا لم يحفظ كان في حكم غير المحفظ و نطبق بالتالي المقتضيات أعلاه.

المبحث الثاني : بعض تطبيقات دعوى طرد المحتل بدون سند :

لقد حاولنا الوقوف -بعيدين كل البعد عن الغرق في التفاصيل- على الآراء الفقهية التي حاولت تحديد مفهوم دعوى طرد المحتل بدون سند ، و بالرغم من هذه الاختلافات فإن الاتفاق الحاصل هو كون هذه الدعوى تروم حماية ملكية العقار، و ذلك بطرد كل شخص لا يتوفر على أي سند .

و أحدا بعين الاعتبار لتعدد تطبيقات دعوى الطرد للاحتلال و تشعب مسالكها، فإننا سنحاول الوقوف فقط على أهم القضايا التي تعرض بشدة على القضاء الاستعجالي في إطار دعوى الاحتلال بدون سند .

المطلب الأول : تطبيقات دعوى طرد المحتل بدون سند في المادتين المدنية و الاجتماعية :

لا تقف دعوى طرد المحتل بدون سند عند حدود المادتين المدنية و الاجتماعية بل تتعادهما لتشمل ميادين أخرى عمل المشرع على تنظيمها بنصوص خاصة . و سنحاول في موضوعنا هذا الوقوف عند اهم القضايا التي تعرض على القضاء الاستعجالي في اطار هذه الدعوى .

الفقرة الأولى : تطبيقات طرد المحتل بدون سند في المادة المدنية :

سننتقل الى تطبيق دعوى طرد المحتل بدون سند في مجال الأسرة ، ثم الكراء السكني أو المهني.

أولا : في مجال الأسرة :

تنص المادة 25 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على "أن لكل فرد الحق في مستوى كاف من العيش لضمان صحته و رفايته ، و كذا صحة و سعادة أسرته و خصوصا بالنسبة للمسكن".

فالسكن يكتسي أهمية بالغة بوصفه من مقومات العيش المستقر.

و الملاحظ أن المشرع قد عمل على جعل هذا الحق من بين التزامات الزوج تجاه زوجته. لكن الاشكال الذي يطرح في هذا السياق هو هل انحلال الرابطة الزوجية يمنح للزوج طرد زوجته المطلقة لكونها أصبحت في وضعية محتلة بدون سند ؟

يذهب بعض الفقه¹ الى كون المشرع المغرب في مدونة الأسرة لم يجد الحل القانوني لهذه المسألة رغم حدة المشاكل الناجمة عن ذلك و المطروحة أمام القضاء.

و الملاحظ من جهة ثانية أن القضاء المغربي غير مستقر في الموضوع ؛ فقد ذهب الى عدم قبول طلب الزوج الذي يرمي من خلال دعواه الى طرد زوجته من بيت الزوجية قبل انتهاء فترة العدة و قبل انتهاء الحكم بالمستحقات².

و نفس الاتجاه ذهب فيه المحكمة الابتدائية بالجديدة في أمر استعجالي³ جاء فيه : " و حيث أن المدعية قد أدلت بما يفيد استئنافيا هذا الحكم في شقه المتعلق بالمستحقات ، و حيث أن الحكم القاضي بتحديد مستحقات الزوجة لم يصبح نهائيا و بالتالي فإن الاعتماد عليه بالقول بأن المدعية لم تعد محقة في الاستمرار بالسكن في الحل الذي كان مقرا للزوجية لا يستقيم".

و قد تتذرع الزوجة بعد انتهاء عدتها بأن سكنها تابع للمحضون طبقا لمقتضيات المواد 171 و 168 من مدونة الأسرة . فهل العبرة بانتهاء العدة أم بانصرام مدة الحضانة أو سقوطها ؟

ذهبت محكمة الاستئناف بالجديدة⁴ الى جعل سكنى الرضيع المحضون في مدة الرضاع هو حجر أمه ، لا يحق للحاضنة سواء كانت أما أو غيرا في تكاليف سكنى الرضيع المحضون .

أما محكمة النقض فهي غير مستقرة على اتجاه واحد في هذه النقطة ، فتارة تذهب في اتجاه اعتبار الحاضنة ما دامت متصلة بالمحضون فإنها تسكن معه بصفة متصلة به⁵ ، ثم إن الحاضنة لا يمكن افراغها من المسكن لأنه من مشمولات النفقة⁶ ، أما اذا حدد القاضي بناء على حكم النفقة مبلغا خاصا بأجرة المسكن للمحضون و هيأ لهم سكن سكن خاص بهم فإن بقاء الأم في بيت الزوجية يجعلها محتلة بدون سند⁷ ، فلا يحق للمطلقة المطالبة بسكن معين بدعوى أنها حاضنة لأن المسؤول عن نفقة الأولاد هو الأب ، و له كامل الحرية في اختيار السكن الذي يناسب أبناؤه ، و أن بقاء الزوجة المطلقة في منزل الزوجية يجعلها في وضعية محتل⁸.

و لعل الأمثلة التي أوردناها تكون في الحالة التي يكون فيها المنزل مملوكا للزوج ، أما اذا كان المنزل مملوكا للمكري فإن هذا يجعل الحاضنة في وضعية محتل بدون سند في مواجهة المكري⁹ ، و نفس الحالة اذا كان المنزل مملوكا لوالدي المطلق.

¹ عبد المجيد غميحة ، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون الو الفقه في مسائل الأحوال الشخصية ، سلسلة الدراسات و الأبحاث ، الجزء الأول العدد 1 ص 304.

² حكم ابتدائية مراكش رقم 1593 بتاريخ 31/12/2009 في الملف رقم 2009/9/657 .

³ أكر استعجالي صادر بتاريخ 17/1/2007 في ملف استعجالي رقم 4/492/2006 صادر عن رئيس المحكمة التجارية.

⁴ قرار محكمة الاستئناف بالجديدة صاد بتاريخ 18/1/2005 في الملف الشرعي عدد 04/394 منشور بمجلة الملف ، عدد 6 ص 286.

⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 539 بتاريخ 23/1/1984 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 136/135 ص 194.

⁶ قرار المجلس الأعلى عدد 539 صادر بتاريخ 1991/7/29 في ملف اجتماعي عدد 5258 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 33 ص 38.

⁷ قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 18/3/1991 في ملف 90/1747 منشور بمجلة الاشعاع عدد 6 ص 101 .

⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 144 بتاريخ 6/2/1986 في ملف 84/1380 أورده عبد المجيد غميحة في م س ص 308 .

⁹ قرار المجلس الأعلى عدد 539 في 23/7/1984 في ملف اجتماعي عدد 5258 منشور بالمجلة العربية للفقه و القضاء عدد 12 ص 123 .

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بوضعية المطلقة التي تبنت نظام تدبير الأموال المشتركة بين الزوجين في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة ، هل يمكن اعتبارها بعد انصرام عدتها وسقوط حقها في الحضانة أو انتهاء مدتها محتلة بدون سند و لا قانون ؟

ثانيا : في مجال الكراء السكني أو المهني :

إذا كان الفقه و الاجتهاد القضائي قد أجمع على أن حق المكثري لا يترتب عنه إلا حق شخصي ، و إذا كان عقد الكراء مبنيا على مبدأ الاعتبار الشخصي للمكثري ، فإنه تطرأ بعض الحالات يعتبر فيها الشخص محتلا في المحل نورد أهمها :

الحالة الأولى : و هي التي يكون فيها الشخص محتلا و غاصبا نتيجة انعدام العلاقة الكرائية فيعتبر محتلا للعقار أو الأمكنة بصفة عامة كل من يتواجد به على وجه الاستيلاء غير المشروع أو التعدي أو أحيانا بسبب فقدان الحق أو السند الذي كان له من قبل¹.

الحالة الثانية : و تتعلق بحالة تولية الكراء و التخلي عنه ، و قد تناول المشرع المغربي تولية الكراء و التخلي عنه في الباب السادس من القانون 67.12 المواد من 39 الى 40 . و عرفها كما يلي : "يعتبر تولية للكراء و تخليا عنه كليا أو جزئيا شغل الغير للمحلات المكثرة أكثر من ثلاثة أشهر".

و منع صراحة كل شكل من أشكال التخلي أو التولية باستثناء ما نص عليه في المادة 41 من القانون 67.12 :

"لا يمكن تولية الكراء أو التخلي عنه جزئيا بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني ، ما لم يوافق المكثري على ذلك في محرر كتابي ثابت التاريخ يتضمن كل البيانات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 39 أعلاه ، و تقع باطلة بقوة القانون كل تولية جزئية للكراء و كل تخلي جزء عنه".

و هكذا جعل المشرع المتخلى له أو المكثري من الباطن في وضعية المحتل بدون سند أو حق، يمكن للمكثري أن يطالب بإفراغه. و الاختصاص في ذلك يرجع الى قاضي المستعجلات².

الفقرة الثانية : تطبيقات طرد المحتل بدون سند في المادة الاجتماعية :

إذا كان الدستور المغربي الجديد قد عمل على إقرار حق الاضراب و حمايته و الاعتراف به في الفقرة الأولى من الفصل 29 ، فإن الفقرة الثانية منه ظلت تفعيل حيث لم يصدر لحد الآن النص التنظيمي الذي سيحدد اجراءات الوصول الى هذا الحق.

¹ عمر الأبيض ، دعوى الافراغ للاحتلال بدون حق أو سند أمام القضاء الاستعجالي ، منشور بنشرة محكمة الاستئناف بالرباط عدد خاص 2004/2003، ص60.

² هذا ما ذهب اليه المجلس الأعلى في قرار عدد 1973 بتاريخ 10/12/1986 في ملف عدد 94/243 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 48 ص 67 "يجوز تقديم دعوى الافراغ استنادا الى الفصل 149 من ق م م لقاضي المستعجلات قصد افراغ الشخص المحتل الذي وقع التنازل عن الكراء دون موافقة المكثري".

و نظرا لكون الحقوق التي قد يطالب بها العمال تجعلهم يقومون بمجموعة من أنواع الاضراب من أجل تحسين شروط العمل و ظروفه ، فإن ذلك يؤدي الى احتلال أماكن العمل على اعتبار أنه يكون بمقرات الشغل ، و الذي قد يتخذ شكل احتلال كلي أو جزئي للأماكن دون تمييز بين أوقات العمل عن غيرها ، الأمر الذي يعيق الأجراء غير المضربين عن أداء عملهم مما يثير العديد من المشاكل بين الصنفين¹.

هكذا فإن القضاء المغربي بمختلف أصنافه الاستعجالي و الموضوعي يعتبر الاضراب مع احتلال أماكن العمل غير مشروع في الحالة التي يتخذ فيها شكل اعتصام مستمر لمقرات العمل و عليه يقتضي الأمر تدخل القضاء لإخلاء أماكن العمل مع امكانية استعمال القوة العمومية².

و قد جاء في أمر استعجالي " و حيث ان ما ورد من كون المعمل لا يتوفر على التجهيزات الضرورية و وقوع حوادث كلها لها مساطر خاصة للمطالبة بها و الحق في التقدم بها أما الجهات المختصة ... و حيث ان ما اقدم عليه المدعي عليهم و من معهم من عمال يعد عملا غير مشروع و تعتبر تعد على حقوق الغير ، و حيث أن من أهم اختصاصات قاضي المستعجلات في هذه الحالة ضروريا لطرده كل محتل بدون حق و لا سند مع الاشارة الى أن هذا الأمر يتعلق بالبت في وضعية احتلال مقر المدعية من بعض العمال دون الآخرين"³.

المطلب الثاني : تطبيقات دعوى طرد المحتل بدون سند في المادتين التجارية والإدارية :

إذا كان الهدف من دعوى الطرد للاحتلال هو معرفة مدى أحقية الشخص المحتل للأرض أو العقار بمشروعيته بالتواجد بناء على سند مشروع ، أو بعد أحقيته لكونه لا يستند على مبرر مشروع يتيح له البقاء في العقار فإن هذه الدعوى تتنوع مجالاتها كما أشرنا سابقا ، و من بين أهم مجالاتها هناك المادة التجارية و المادة الادارية .

الفقرة الأولى : في المادة التجارية :

ان ارتفاع الطلب على الكراء من جهة و انخفاض الخلات المخصصة له من جهة ثانية ، فرض على المشرع المغربي ضرورة التدخل عن طريق سن مجموعة من القوانين كان أهمها ظهير 24 ماي 1955 الذي ينظم العلاقة الكرائية بين المكري و المكثري في مجال كراء الخلات التجارية و الصناعية و الحرفية . من أجل حماية طرفي العلاقة التجارية ، فهل يعد انتهاء مدة العقد أو فسخه من طرف المكري يجعل المكثري محتلا بدون سند يمنح امكانية اللجوء الى القضاء لطرده ؟

لا شك أن العلاقة الكرائية التي يخضع لها هذا الظهير هو العقد الذي ينشأ بين مالك الرقبة و المكثري التاجر الذي استمر في الانتفاع بالحل و استغلاله لمدة سنتين اذا كان العقد بين الطرفين كتابيا ، و أربع سنوات اذا

¹ حسناء ايت بابا ، الاضراب بين التقييد و الاطلاق ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الاجتماعي بكلية الحقوق مراكش ، السنة الجامعية 2010/2009 ص 34.

² أسناذنا عبد اللطيف خالفي ، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية رصد لمبادئ و لقرارات المجلس الأعلى و محاكم الاستئناف (1968-1998) المطبعة و ورقة الوطنية مراكش الطبعة الاولى ص 318.

³ أمر استعجالي رقم 57/552 صادر بتاريخ 4/7/1996 في ملف اجتماعي رقم 96/368 عن المحكمة الابتدائية بعين الشق الحي الحسني ، و منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 79/78 ص 179.

كان العق شفوياً ، لأن هذا الظهير يقرر حق البقاء للمكثري في محل كرائه رغم انتهاء مدة العقد مع اجبار المكري على الاستمرار في العلاقات التعاقدية بقوة القانون أو بإلزامه بتعويض المكثري على عدم تجديد عقد الكراء¹.

و لقد خص التشريع المغربي، من خلال ظهير 24 ماي 1955، إنهاء عقود كراء المحلات التجارية بمسطرة خاصة تبتدئ بإنذار يوجهه المكري مالك العقار للمكثري مالك الأصل التجاري، يعبر له فيه عن رغبته في وضع حد لعقد الكراء. لتتعلق بعد ذلك المرحلة القضائية للمسطرة، من خلال دعوى الصلح التي يقيمها المكثري تعبيراً عن رغبته في تجديد عقد الكراء، و التي تنتهي في الغالب الأعم من الحالات بصدور مقرر عدم نجاح الصلح. فتستمرسل المسطرة بدعوى الفصل 32 من الظهير التي يجب على المكثري، للحفاظ على حقوقه، إقامتها داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بمقرر عدم نجاح الصلح، قصد المنازعة في صحة أسباب الإنذار².

و هكذا أصبح المكري ملزماً في حالة اخلائه للمكثري بتتبع مسطرة التنبيه بالإخلاء و ذلك قبل انقضاء العقد بستة أشهر على الأقل اذا كان محدد المدة³ ، أما اذا كان غير محدد المدة فإن التنبيه يكون في أي وقت مع اعطاء المكثري مهلة ستة أشهر، و ذلك إما برسالة مضمونة مع الاشعار بالتوصل. و يتعين أن يتضمن هذا التنبيه الأسباب التي يتمسك بها المكري لإخلاء المكثري ، ثم تضمين التنبيه الفصل 27 من الظهير الذي يمنح الحق للمكثري باللجوء الى قاضي الصلح خلال أمد 30 يوماً من تاريخ توصل المكثري بجواب المكري على طلب التجديد . و اذا رفض المكري تجديد العقد، فإن للمكثري أن يقيم دعوى في إطار الفصل 32 من الظهير و المطالبة بالتعويض مقابل الافراغ فإذا لم يقيم المكثري بهذا الاجراء ، أو تراخى فيه أو قدم الدعوى الى جهة غير مختصة فإنه في هذه الحالة يصبح محتلاً بدون سند و يحق للمكري افراغه عن طريق القضاء الاستعجالي نظراً لانتهاء العلاقة الكرائية.

و هذا ما قضت به محكمة النقض في كثير من قراراتها نذكر على سبيل المثال قراراً قضت فيه بأن " الوسيلة تكون غير مقبولة اذا انصبت على مقال الدعوى بدون أن يشمل القرار المطعون فيه . اذا لم يقيم المكثري بمسطرة الصلح بعد توصله بالإشعار يسقط حقه في التمسك بمقتضيات فصل 32 من ظهير 25 ماي 1955 لكونه أصبح محتلاً بدون سند للمحل المكثري"⁴.

الفقرة الثانية : في المادة الادارية :

تضطر الادارة في الغالب الى العمل على توفير السكن لموظفيها من أجل ضمان حسن سير المرفق العمومي و الأسباب التي تدعو الى ذلك كثيرة و مختلفة⁵ ، هنا تهتم بالأساس تشجيع الموظفين على تفانيهم في خدمة الصالح العام من جهة ، ثم العمل على تقريب السكن الى مقر عملهم من جهة أخرى. من أجل ذلك تم العمل على وضع

¹ أستاذنا محمد بن أحمد بونبات ، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955 و مدونة التجارة ، طبعة المعرفة مراكش 1999 ص4.

² جهاد أكرم ، زمان تقديم دعوى افراغ محل تجاري للاحتلال بدون سند ولا قانون بين الفصلين 32 و 33 من ظهير 24 ماي 1955 من خلال التعليق على قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2006/2732 بتاريخ 2006/5/18 في الملف عدد 15/05/4602.

³ الفصل 6 من ظهير 25 ماي 1955.

⁴ قرار عدد 1544 بتاريخ 18/12/2002 في ملف تجاري عدد 02/13/639 أورده عبد العزيز توفيق في قضايا المجلس الأعلى في الكراء التجاري 2004/1957 ص 118.

⁵ محمد الزياني ، اشكالية افراغ المحلات الادارية بين القانون و الاجتهاد ، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد 39/38 2001 ص 99.

مجموعة من القواعد القانونية التي يخضع لها السكن الوظيفي ، و هي عبارة عن قرارات و مراسيم لرئيس الحكومة¹ ، و الجدير بالذكر أن هذه القواعد لم تحدد لنا تعريفا دقيقا للسكن الوظيفي ، بل اكتفت بتعداد فئات الموظفين.

و الملاحظ كذلك أن استفادة الموظفين من السكن الاداري أو الوظيفي مشروطة في استمرار العلاقة التي تربطهم مع الادارة ، غير أن هذه العلاقة قد لا تستمر لأسباب عدة مما يجعل تواجدهم في السكن ينفي عنهم الامتياز الذي بموجبه منحوا السكن.

من أجل تفادي هذه الوضعية التي تعترض الادارة و المتمثلة في بقاء الموظفين في المسكن رغم انقطاعهم عن العمل أو انتهاء مهامهم ، لجأ رئيس الحكومة الى إصدار مرسوم و توجيهه الى جميع الوزراء يحثهم على اتخاذ مجموعة من الاجراءات ، المتمثلة في مطالبة كل موظف يشغل سكنه في ملك الدولة بأن يتقدم بالتزام مع التصريح بالشرف و يقر فيه عدم توفره على مسكن شخصي بنفس المدينة التي يزاول بها مهامه ، و ذلك بالإدلاء بشهادة من مصلحة الضرائب ثم التزامه بإفراغ السكن الممنوح له في أجل شهرين ابتداء من تاريخ الكف عن مزاوله مهامه الناتجة عن أحد الأسباب التالية :

الاستقالة ، الاعفاء ، العزل ، التوقف عن العمل ، الالتحاق أو الانتقال للعمل بمدينة أخرى ، الاحالة على التقاعد .

كما يلتزم بأداء سومة كرائية حقيقية للمسكن تحددها اللجنة الادارية للتقويم، أما اذا كان الموظف غير مسكن بالفعل فإن ذلك يبرر إفراغه فورا مع متابعته بإجراءات تأديبة .

و هكذا فإن استمرار الموظف في السكن رغم انتهاء عمله لسبب من الأسباب فإن ذلك يبرر اتباع الادارة للمسطرة القضائية لإفراغه من محل السكن الوظيفي ، فالقضاء على مستوى محكمة النقض أصبح مستقرا بشأن اختصاص القضاء الاستعجالي في مادة إفراغ السكن و ذلك لأسباب تبرر الطرد.

و نورد في معرض حديثنا لبعض حالات التي تقوم معها دعوى الطرد للاحتلال بدن سند :

أولا : في حالة التقاعد :

ذهبت المحكمة الابتدائية بالجديدة في أمر استعجالي لها الى ما يلي : "حيث انه بإحالة المدعى عليها على المعاش تكون ملزمة بإفراغ السكن الاداري الذي سلم لها بصفته موظفة و ان استمرار احتلالها له يبرر اللجوء الى قاضي المستعجلات من أجل طردها نظرا لوجود حالة الاستعجال المتمثلة في الضرر الحال للإدارة من جراء هذه الاحتلال و الذي لا يمكن تداركه باللجوء الى القضاء العادي"².

نفس الاتجاه ذهبت فيه محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها جاء فيه "وحيث أن المحل موضوع الدعوى لم يعد مخصصا لإدارة الدفاع الوطني بعد أن اشتراه المستأنف عليه صندوق الايداع و التدبير، لذلك فإن بقاء الطاعن بمحل

¹ عبد الواحد بن مسعود ، الاشكاليات التي يطرحها موضوع افراغ السكن الاداري ، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 16 ص 16-17.

² أمر استعجالي رقم 415 بتاريخ 12/20/2006 في ملف رقم 4/459/06 .

الدعوى و حتى على فرض أنه مازال يمارس عمله لدى إدارة الدفاع الوطني يعتبر من قبيل الاحتلال غير المشروع علما بأن السكن الوظيفي يرتبط بالمرافق الاداري المخصص له هذا السكن"¹.

ثانيا : في حالة موت الموظف أو انتقاله من مكان لآخر :

بخصوص موت الموظف ذهبت محكمة النقض في قرار لها الى القول "أنه من الثابت أن الحل موضوع النزاع ملك تابع للمكتب الوطني للسكك الحديدية و أن المرحوم...موروث المدعى عليها كان يتمتع بحق السكنى فيه بمقتضى علاقة العمل التي تربطه بالمكتب الموماً إليه أعلاه و أن العلاقة قد انتهت قانونا بموته و أن المكتب المذكور وجه الى أرملة الهالك لإفراغها من الحل الذي أصبحت تحتله بدون سند موجب بعد انتهاء رابطة العمل"².

أما بخصوص حالة الانتقال الى مكان عمل آخر فقد قضت محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرار جاء فيه "و حيث انتقل المستأنف من مركزية تيفلت التي كان يشغل بها منصب نائب وكيل الملك الى ابتدائية الخميسات التي عين فيها قاضيا جالسا...لكن حيث تمنح السكنى الادارية للموظف لضمان استقراره بالقرب من مقر عمله كنائب لوكيل الملك في المحكمة المركزية المذكورة و يستوي في ذلك أن تكون المحكمة المركزية بتيفلت تابعة لابتدائية الخميسات أم لا"³.

خاتمة :

إن دعوى طرد المحتل بدون سند أو قانون تعد من أكثر المواضيع التي تثير اشكاليات عدة في الواقع اليومي لأفراد ؛ و هي بالتالي تستحق وقفة حقيقية من المشرع و القضاء و الفقه على حد سواء من أجل توضيح معالم الغموض و النقص الذي يعترى النصوص المنظمة لهذه الدعوى بغية تحقيق عدالة سليمة للمتقاضين.

فبعدما لاحظنا الدور الذي يحظى به قاضي المستعجلات في حماية مراكز الأطراف الثابتة من كل غصب أو اعتداء أو تشويش على حقوقهم ، نرى في الختام أن نقترح بعض الملاحظات و الخلاصات الهامة حول الموضوع على الشكل التالي :

- ندعو المشرع الى سن قوانين و نصوص تشجع مالكي العقارات على كراء محلاتهم بما يضمن حماية حقوق أطراف العلاقة الكرائية و يحقق استقرارهم النفسي و المادي.
- ندعو المشرع الى تعديل القانون 67.12 المتعلق بكراء المحلات المعدة لغرض سكني أو مهني بما يحقق التوازن بين أطراف العلاقة الكرائية ، و عدم ترجيح كفة طرف على أخرى.
- ندعو المشرع الى رفع الغموض و التضارب بين الفقه و القضاء حول اختصاص قاضي المستعجلات في دعاوى الافراغ للاحتلال بدون سند أو قانون.
- ندعو المشرع الى سن قانون موحد ينظم الافراغ في المساكن الوظيفية ، حتى يحسم النزاع في مشاكل الاختصاص و الدفوعات بين الأطراف أثناء النزاع.

¹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم الملف 343-2007-7.

² قرار محكمة النقض عدد 213 صادر بتاريخ 1979/6/22 منشور بقرارات المجلس الأعلى في المادة الادارية 1987-1958 ص122.

³ قرار رقم 672 صادر بتاريخ 26/2/1999 في ملف عدد 91/1772 ص 122.

عموما تبقى دعوى الطرد للاحتلال من المواضيع الشائكة التي تحتم على القضاء ضرورة مساهمة ركب الحياة من جهة و تتبع العمل المتواصل للمشرع فيما يتعلق بحماية و صون الحقوق من الضياع من جهة ثانية ، و ذلك من أجل إعطاء صورة أكثر وضوحا و تفاؤلا لهذا الصنف من القضاء في هذا الاتجاه.

• لائحة المراجع :

- الكتب :

■ محمد بن أحمد بونبات ، الكراء التجاري بين ظهير 24 ماي 1955 و مدونة التجارة ، طبعة المعرفة مراكش 1999 ص4.

■ عبد اللطيف هداية الله ، القضاء المستعجل في القانون المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، طبعة 1998.

■ عبد الكريم الطالب ، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية ، طبعة أبريل 2013 ، مطبوعات

المعرفة-مراكش.

■ عبد العالي حفيظ ، العمل القضائي في الحجز التنفيذي العقاري ، الطبعة الأولى 2010.

■ عبد العزيز توفيق في قضايا المجلس الأعلى في الكراء التجاري 2004/1957.

■ عبد الحق الصافي ، بيع العقار في طور الانجاز ، الطبعة الأولى 2001.

■ حسين صhib ، القضاء الاداري المغربي ، الطبعة الأولى 2008 ، منشورات المجلة المغربية للإدارة

المحلية و التنمية.

■ عبد الباسط جميعي ، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد و تعديلاته ، دار الفكر العربي ،

القاهرة .

■ محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، نشر عالم

الكتب القاهرة ، الطبعة السادسة.

■ عبد اللطيف خالفي ، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية رصد لمبادئ و لقرارات المجلس الأعلى و

محاكم الاستئناف (1968-1998) المطبعة و ورقة الوطنية مراكش الطبعة الاولى .

- المجلات و الأبحاث :

■ عبد المجيد غميحة ، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون الو الفقه في مسائل الأحوال الشخصية ،

سلسلة الدراسات و الأبحاث ، الجزء الأول العدد 1

■ مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء العدد 3 ، 2013 .

■ مجلة المحاكم المغربية الأعداد 144/79/78 /48

■ مجلة الملحق القضائي ، العدد 16 ابريل 1986.

■ مجلة الميادين . اصدار كلية الحقوق بوجدة ، عدد 7 .

■ مجلة المعيار ، عدد 11 .

■ مجلة الملف ، عدد 6 .

■ مجلة الاشعاع عدد 6 .

■ المجلة العربية للفقه و القضاء عدد 12.

- نشرة محكمة الاستئناف بالرباط عدد خاص 2004/2003.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد 39/38
- مجلة رسالة المحاماة عدد 16.

- الرسائل :

- عبد الله الفال ،رسالة تحت عنوان "القضاء الاستعجالي الاداري بين القواعد العامة و النصوص الخاصة" السنة الجامعية 2011/2010.
- عبد اللطيف النجاري ، دعوى طرد المحتل بدون سند ،رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص - الاجراءات المدنية - بكلية الحقوق مراكش. السنة الجامعية 2011/2010.
- حسناء ايت بابا ، الاضراب بين التقييد و الاطلاق ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الاجتماعي بكلية الحقوق مراكش ، السنة الجامعية 2010/2009.

الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ والتعرضات



العقاوي عبد العالي باحث في القانون العقاري

إطار بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية

Email : ali_ilyass@hotmail.fr

يمارس المحافظ على الأملاك العقارية مجموعة من المهام والإختصاصات المخولة له قانونا بناء على مجموعة من النصوص القانونية والتي تبقى أهمها ظهير التحفيظ العقاري، وهو ما يجعله يتمتع بصلاحيات جد مهمة سواء على مستوى مسطرة التحفيظ أو فيما يخص مسطرة التقييدات أو التشطيبات.

وجدير بالذكر أن المحافظ على الأملاك العقارية يمارس هذه الإختصاصات والصلاحيات عبر إتخاذ مجموعة من القرارات التي تتأرجح بين السلبية والإيجابية، والتي تتنوع بالنظر لطبيعة الملف أو الإجراء المتعلق بها.

وتحقيقا لمبدأ المشروعية، وباعتبار قرارات المحافظ قرارات إدارية، فإن المنطق يفرض أن تكون كلها معللة وخاضعة للرقابة القضائية، وذلك تحقيقا لمبادئ العدالة التي تفيد إمكانية الطعن في هذه القرارات من طرف الشخص المتضرر وجبر الضرر الحاصل له سواء عن طريق رد الحالة إلى ما كانت عليه (إن كان الأمر ممكن) أو عن طريق التعويض.

إلا أننا نصادف المشرع أحيانا وفي مجموعة من الفصول ينص صراحة على عدم إمكانية الطعن في بعض القرارات المعينة ما يفيد أنها غير خاضعة للرقابة القضائية.

وبشكل عام فإن القرارات التي يتخذها المحافظ على الأملاك العقارية والمتعلقة بحق الملكية¹ يمكن تقسيمها إلى نوعين :

- قرارات تتعلق بمطالب التحفيظ أو مرحلة ما قبل التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري وهي القرارات المتعلقة بالتحفيظ والتعرضات.

¹ إذا أن المحافظ قد يتخذ قرارات أخرى خارجة عن حق الملكية كما لو تعلق الأمر بقرارات التأديب الصادرة في حق أطر ومستخدمي الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية بإعتباره الرئيس التسلسلي لهؤلاء الأطر والمستخدمين وهو ما يجد تبريره في إعتبار المحافظ رئيس مصلحة .

- قرارات تتعلق بالرسوم العقارية مرحلة ما بعد التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري وهي القرارات المتعلقة بالتقييدات والتشطيبات.¹

تتنوع وتختلف قرارات المحافظ بتنوع وإختلاف المهام المسندة إليه، حيث يصدر قرارات متعددة منها ما هو متعلق بشأن التحفيظ (إما قبولاً أو رفضاً) ومنها ما هو بشأن التعرضات .

وهذه القرارات بعضها يخضع للطعن المنصوص عليه في الفصل 96 ظ ت ع و الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 03 يونيو 1915 المتعلق بتفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري، وبعضها غير قابل للطعن نهائياً .

وفي محاولة للإحاطة بهذه القرارات وطرق الطعن فيها ومختلف الآثار الناتجة فإننا سنحاول معالجة القرارات المرتبطة بالتحفيظ (المبحث الأول) ثم بعد ذلك القرارات المتعلقة بالتعرضات (المبحث الثاني).

المبحث الأول : قرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ :

إن المحافظ على الأملاك العقارية وبعد إستيفاء مطلب التحفيظ جميع مراحلها يكون مطالباً بإتخاذ قرار محدد في مصير مطلب التحفيظ، هذا القرار الذي قد يختلف من ملف لآخر حسب الحالات والأسباب، فهو يكون بطبيعته إما قراراً سلبياً (المطلب الأول) يتمثل في الرفض أو الإلغاء وإما قراراً إيجابياً (المطلب الثاني) يتمثل في التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري²

المطلب الأول : قرارات المحافظ السلبية والمتعلقة بالتحفيظ :

كما سبق وأشرنا فإن القرارات السلبية الصادرة عن المحافظ هي على نوعين، فإما أن تكون قرار برفض مطلب التحفيظ (أولاً) أو تكون قرار بإلغاء مطلب التحفيظ (ثانياً) وكلا الحالتين وإن كانتا تجسيدا لقرار سلبي للمحافظ، فإنهما تختلفان من حيث الدوافع والأسباب التي تدفع المحافظ لسلوك هذا القرار دون الآخر.

وقلما يتم الفصل بين رفض التحفيظ وإلغاء المطالب في مادة مسطرة التحفيظ، ولعل من أسباب عدم الفصل بين النظامين حسب أحد الباحثين³ أن المشرع نفسه لم يميز بشكل واضح بينهما، بحيث تناول آثار رفض مطلب التحفيظ دون الحديث عن آثار إلغاء المطلب، وحدد حالات إلغاء مطالب التحفيظ دون حالات الرفض، وغير ذلك من المقتضيات القانونية التي لا تساعد على التمييز بين نظامي الإلغاء والرفض.

¹ تجدر الإشارة إلى أن التشطيب كقرار لا يكون فقط في الرسوم العقارية بل قد يرد أن يتخذ المحافظ قرار التشطيب على الإيداعات الواردة على مطلب التحفيظ والمودعة طبقاً للفصل 84 ظ.ت.ع. إلا أننا نلاحظ أن المشرع المغربي قد نظم التشطيب كقرار من خلال الباب الثالث من القسم الثاني المتعلق بإشهار الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة وتقييدها في السجل العقاري ما قد يوحي بأن التشطيب قد لا يكون إلا في الرسوم العقارية وهو إعتقاد خاطئ كما سبق وأكدنا. وإن كنا قد اعتبرنا التشطيب كقرار يكون في مرحلة ما بعد تأسيس الرسم العقاري من خلال التقسيم أعلاه فإن هذا الإختيار نابع من إعتقادنا أن التشطيب الذي يرد على الإيداعات لا يكون بنفس القوة والتأثير الذي يكون في التشطيب على التقييدات خاصة إذا اعتبرنا أن الإيداعات الواردة في مطالب التحفيظ هي حقوق مستقبلية تبقى معلقة بين الوجود والعدم بقرار التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري على عكس الحقوق الواردة على الرسوم العقارية والتي تأخذ قوتها الثبوتية مباشرة بعد التقييد.

² هنا تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين مصطلح تحفيظ *immatriculation* ومصطلح تأسيس الرسم العقاري *établissement de titre foncière* فإذا كان التحفيظ هو القرار الذي يتخذه المحافظ في مطلب تحفيظ مر بالمسطرة العادية من نشر خلاصة مطلب التحفيظ ثم التحديد ثم نشر الإعلان عن إنتهاء التحديد فإن تأسيس الرسم العقاري هو قرار يتخذه المحافظ في مطالب التحفيظ ذات المساطر الخاصة كضم الأراضي. التحفيظ الجماعي. نزع الملكية... هذا إضافة إلى البيوعات الجزئية. المقتطعة من رسوم عقارية حيث أن هذه الأخيرة لا تخضع لمسطرة الإشهار المنصوص عليه في الفصول 17 إلى 23 من ظ ت ع بل تكون لها مساطر إشهار منصوص عليها في نصوص خاصة. وهو ما يجعل المحافظ يتخذ في حقها قرار تأسيس الرسم العقاري وليس قرار التحفيظ.

³ عبد الإله المرابط "التمييز بين رفض التحفيظ وإلغاء المطالب في ظ ت ع مقال منشور في "سلسلة الانظمة والمنازعات العقارية" عدد 5 ص 74

ورغم ذلك فإن الفلسفة العامة التي سار على هديها المشرع، تدلنا على أن الإلغاء يعتبر وسيلة للضغط على طالب التحفيظ وحته على إيلاء العناية والجدية لطلبه الرامي إلى التحفيظ، لذلك تتعدد حالات الإلغاء بتعدد إلتزامات طالب التحفيظ، أما رفض التحفيظ فلا يعدو كونه آلية قانونية للتخلص من مطالب التحفيظ الفاقدة للصحة والمشروعية أو المفتقرة للحجج الكافية والمثبتة للملكية الحق العيني لطالب التحفيظ¹.

وهو ما سيدفعنا في محاولة للبحث والفصل بين أحكام إلغاء مطلب التحفيظ والرفض في ظ.ت.ع الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 مع ما أدخل عليه من تعديلات بموجب قانون 07-14 من خلال هذه النقطة.

أولاً : قرار رفض مطلب التحفيظ :

إن خطورة المهام الموكولة للمحافظ تتجسد في أن المشرع قد منح له إلى جانب إمكانية قبول مطلب التحفيظ إمكانية رفضه أو إلغائه.

فكما يمكن أن يقبل طلب التحفيظ يمكن أن يكون قابلاً للرفض، لأنه في جميع الحالات فإن مطلب التحفيظ لن يبقى معلقاً بل لابد من البث فيه، وهكذا فأحياناً ورغم إستكمال وإستيفاء كافة الإجراءات المسطرية، فقد يتبين للمحافظ أن الوثائق المدلى بها لتأييد المطلب غير كافية، فيعمد إلى رفض التحفيظ فيصدر بذلك قرار مع الإحتفاظ بحق الطعن لطالب التحفيظ.

وبشكل عام فإذا كان رفض مطلب التحفيظ من إختصاص المحافظ بقوة القانون، فإن الأمر يطرح تساؤلات من قبيل : ما هي الدوافع المؤدية لرفض مطلب التحفيظ؟ هل الأمر يرجع لعيب في المسطرة أم أن الطلب لم تراعى فيه الشكليات المطلوبة قانوناً؟ وكيف تكون مسطرة الطعن في قرار رفض التحفيظ ؟

بالرجوع للفصل 37 مكرر² من ظ.ت.ع كما عدل بقانون 07-14 نجد أن هذا الفصل يقتصر على إلزام المحافظ بتعليل قراره وتبليغه لطالب التحفيظ في جميع الحالات التي يرفض فيها التحفيظ دون أن يحدد لنا هذه الحالات أو على الأقل أسباب الرفض كما كان معمول به في ف96 من ظ.ت.ع قبل تعديل 07-14³

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفصل كان يخصه المشرع لقرارات الرفض التي يصدرها المحافظ سواء في مسطرة التحفيظ أو التقييدات بالرسوم العقارية، لكنه تدارك هذا العيب المنهجي وقام بتشطير مقتضيات هذا الفصل إلى قسمين قسم خصه لقرارات رفض التحفيظ وأضافه إلى القسم الأول وأسند له رقم 37 مكرر، أما القسم الثاني الخاص برفض التقييد أو التشطيب بالرسوم العقارية فأبقاه في القسم الثاني المتعلق بإشهار الحقوق الواردة على العقارات المحفظة وإحتفظ برقمه وهو ف96 من ظ.ت.ع⁴

وبشكل عام فإن إستقراء الفصل 30 من القانون الحالي يستفاد منه أن المحافظ يقوم بتحفيظ العقار بعد التحقق من إنجاز جميع إجراءات مسطرة التحفيظ ومن شرعية طلب التحفيظ وكفاية الحجج، وبمفهوم المخالفة فإن هذا الفصل

¹ كما نضيف أن الإلغاء كقرار يكون في مواجهة المطالب المختلفة من حيث الشكل "إختلال شكلي" في حين أن الرفض كقرار صادر عن المحافظ يكون في مواجهة مطالب التحفيظ المختلفة من حيث موضوع مطلب التحفيظ أو الحق المنصب عليه "إختلال موضوعي"

² ينص ف37 مكرر من قانون 07-14 "يجب على المحافظ في جميع الحالات التي يرفض فيها طالباً للتحفيظ ان يعلن قراره ويبلغه لطالب التحفيظ"

³ كان ف96 قبل التعديل كالتالي : "في حالة ما اذا رفض المحافظ تحفيظ العقار او تسجيل حق عيني او التشطيب عليه بسبب عدم صحة الطلب او عدم كفاية الرسوم فان قراره يكون قابلاً للطعن امام المحكمة الابتدائية التي تبث فيه مع الحق في الاستئناف"

⁴ هامش مقال عبدالاله المرابط (المرجع السابق) ص84

يفيد أن حالات رفض التحفيظ لا تعدو أن تكون ناتجة عن أحد السببين، إما عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الحجج¹، أما في حالة وجود تعرض فمصير الملف هو الإحالة على المحكمة.

وما تجدر الإشارة إليه أن هناك خلاف فقهي بين مجموعة من الباحثين حول قرار رفض التحفيظ، هل هو قرار نهائي يأتي بعد نهاية مسطرة التحفيظ ؟ أم أنه يمكن تصور صدور هذا القرار عن المحافظ بمجرد محاولة إيداع مطلب التحفيظ؟

في هذا الصدد نجد إتجاه² يذهب لإعتبار أن قرار رفض التحفيظ قد يصدره المحافظ قبل بداية المسطرة وبعد نهايتها، ويكون المطلب غير صحيح متى إنعدمت فيه الشروط والبيانات الشكلية والجوهرية المطلوبة قانونا، في حين يذهب إتجاه³ آخر للقول بأن قرار رفض التحفيظ لا يصدره المحافظ إلا بعد المضي في مسطرة التطهير والإشهار والتحديد....

حيث يذهب الأستاذ عبدالإله المرابط إلى أن رفض التحفيظ بهذا المفهوم الخاص، يختلف عن رفض تسجيل طلب تحفيظ تحت رقم ترتبي معين عند تقديمه لأول مرة للمحافظة، لأن قرار رفض التحفيظ كجواب عن الطلب الرامي لإخضاع العقار لمسطرة نظام التحفيظ العقاري، لا يمكن تصور صدوره مبدئيا إلا بعد إخضاع العقار لمسطرة التطهير والإشهار والتحديد . والدليل حسب نفس الباحث، أن المشرع لم يتحدث عن رفض التحفيظ إلا ابتداء من ف37 مكرر من قانون 07-14، ومن المعلوم أن ترتيب هذا الفصل في القسم الأول من القانون المذكور والذي يقع بعد المرحلة الإدارية للتحفيظ والمرحلة القضائية للبث في التعرضات وإحالة الملف على المحافظ، ثم إن الترتيب العددي للفصل المذكور ليس من باب الصدفة بل له مدلوله الخاص ويزكي ما قلناه سابقا .

والقول فيما نعتقد أن قرار رفض التحفيظ قد يصدره المحافظ قبل قبول إيداع مطلب التحفيظ أو بعد إنهاء مسطرة التحفيظ، وسندنا في ذلك مقتضيات م14 من ظ ت ع كما تم تعديلها بقانون 07-14 والذي يلزم طالب التحفيظ بتقديم وثائق تثبت حق الملكية أو الحقوق العينية المترتبة على الملك، والفقرة 8 من ف13 من نفس القانون والتي تلزم طالب التحفيظ ببيان أصل التملك، إذ أن المحافظ وقبل قبوله ملف أو مطلب التحفيظ فهو يتأكد من صحة الوثائق المدلى بها تدعيما للمطلب وذلك تحت مسؤوليته الشخصية، ما يجعله قد يصدر قرار برفض التحفيظ في حالة عدم كفاية الحجج أو عدم شرعية الطلب أو قد يصدره بعد المضي في إجراءات مسطرة التحفيظ وإنهاءها، وذلك بعد أن يتضح له عدم كفاية الحجج أو عدم شرعية الطلب أو أي سبب آخر، خاصة وأن تعديل قانون 07-14 جاء بجديد يتعلق بقرار رفض التحفيظ والذي قد يتخذه المحافظ لأي سبب غير الأسباب المذكورة أعلاه وإن كان الواقع العملي والتطبيق لم يفرزا حالة أخرى تفيد رفض التحفيظ خارج الحالات التي سبق وأشرنا لها.

وخلاصة القول، أن المحافظ عند إتخاذ قرار رفض مطلب التحفيظ يكون ملزما أن يعلل قراره تعليلا كافيا حتى يتمكن ذوي المصلحة من الطعن فيه، وهو ما جاء في حكم⁴ صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة "من المتفق عليه فقها وقضاء أن

¹ للإطلاع أكثر على حالات رفض مطلب التحفيظ أنظر :

- كريمة بوعلا "قرارات المحافظ في حماية الملكية العقارية" رسالة لنيل دبلوم الماستر كلية الحقوق وجدة 2008 ص8 إلى ص13

- خالد بلباش "الطعن في قرارات المحافظ" رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة كلية الحقوق البيضاء 1999 ص13 إلى ص21

² كريمة بوعلا "م.س" ص9

³ - عبدالإله المرابط "م.س" ص85

- خالد بلباش "م.س" ص15

⁴ حكم رقم 200-2002 مؤرخ في 27 نونبر 2002 ملف رقم 97-2001 قرار غير منشور على حد علمنا.

أي قرار إداري يجب أن يقوم على سبب مبرر ومن المتفق عليه فقها وقضلاء أن الرقابة القضائية تمتد الى صحة الوقائع التي تكون ركن السبب في أي قرار إداري".

وما دام التعليل الكافي ضروري عند إتخاذ قرار رفض التحفيظ كما جاء في ف37 مكرر من ظ ت ع، فإن هذا وبمعنى آخر يفيد أن قرار رفض التحفيظ هو قرار خاضع للرقابة القضائية.

وضرورة التعليل ما هي إلا تجسيد لقانون 01-03¹ المتعلق بإلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية.

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه، هل هذا القانون ينطبق على جميع قرارات المحافظ بإعتبارها قرارات إدارية ؟

بطبيعة الحال فإن الإشكال لا يطرح بخصوص القرارات التي نص صراحة ظ ت ع على وجوب تعليلها كما هو الشأن في قرار رفض التحفيظ، لكن الإشكال يطرح بخصوص باقي القرارات غير الخاضعة للرقابة القضائية والتي لم يلزم ظ ت ع المحافظ بتعليلها مثل قرار التحفيظ؟

هنا فإننا نذهب مع إحدى الباحثين² إلا أنه رغم سكوت ظ ت ع بخصوص ذلك، فإن المنطق ومبدأ العدالة يقتضي ويفرض على المحافظ أن يعلل قراراته كلها سواء الإيجابية منها أو السلبية كانت خاضعة للرقابة أم محصنة، ولعل غاية ومقاصد إصدار قانون رقم 01-03 المذكور يعزز هذا الطرح.

وبشكل عام فإن ف 49 من قرار 3 يونيو 1915 ينص على أنه في حالة رفض طلب التحفيظ كيفما كان السبب، يستدعي المحافظ الأطراف لسحب الوثائق المودعة من طرفهم مقابل وصل، أما الفصل 10 من نفس القرار فقد تضمن في حالة رفض المحافظ تحفيظ العقار كلا أو بعضا أو أن يسجل حقا عينيا أو يشطب عليه بالسجلات العقارية فإن قراره يجب أن يكون معللا وأن يبلغ للطالب دون تأخير.

ويكون هذا القرار قابلا للطعن القضائي المنصوص عليه في ف37 مكرر وداخل أجل شهر واحد من تبليغه³، ويكون هذا الطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبث فيه مع الحق في الاستئناف، وتكون القرارات الإستئنافية قابلة للطعن بالنقض.

وتجدر الإشارة إلى أن أحد الباحثين⁴ ذهب لإعتبار أن الطعن القضائي بسبب رفض مطلب التحفيظ يأتي بعد الطعن الولائي، حيث لا يكون اللجوء للطعن القضائي إلا بعد أن يؤيد المحافظ العام قرار المحافظ المتخذ برفض مطلب التحفيظ.

وهو ما نعتبره مجانباً للصواب، ذلك أن الأمر يتعلق بطعن قضائي بسبب رفض مطلب التحفيظ يأتي بعد الطعن الولائي، حيث لا يكون اللجوء للطعن القضائي إلا بعد أن يؤيد المحافظ العام قرار المحافظ المتخذ برفض مطلب التحفيظ.

وهو ما نعتبره مجانباً للصواب، ذلك أن الأمر يتعلق بطعن قضائي يكون البث فيه من طرف المحكمة الابتدائية بصريح النص، فربما يمكن تصور الحالة المنصوص عليها أعلاه لو كان الأمر يتعلق بقرار تم الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية، حيث هنا القواعد العامة للمنازعات الإدارية تفرض اللجوء لوسائل الطعن الداخلية والإدارية .

¹ وذلك بمقتضى ظهير شريف رقم 1-02-2002 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 12 غشت 2002 ص 2282

² سعاد ايت بلخير "قرار المحافظ على الملكية العقارية بين امكانية الطعن وحق التعويض" هامش ص 9

³ محمد محروك "اعمال المحافظ العقاري بين العمل الاداري والقضائي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش سنة

2001-2002 ص 150

⁴ خالد بلباش (مرجع سابق) ص 28

وبعد إستنفادها ودون جدوى، يتم اللجوء للطعن القضائي لدى المحكمة الإدارية كما هو الحال عليه في منازعات الوعاء الضريبي.

أما الحالة هاته - الطعن في قرار رفض التحفيظ - فلا يمكن تصور عدم إمكانية الطعن القضائي إلا بعد الطعن الولائي لدى المحافظ العام، اللهم إن تعلق الأمر برغبة نابعة عن طالب التحفيظ في الابتعاد عن متاهات المحاكم وسراذيبها، حيث يوجه هنا طلب في شكل تظلم إستعطائي أمام المحافظ العام من قرار المحافظ الإقليمي، وهنا يكتفي الأول كما ذهب لذلك الأستاذ بول دو كرو¹ إما بتأكيد نفس القرار الذي إتخذ من طرف المحافظ الإقليمي، أو توجيه أمر إليه يقضي بالتراجع عن قراره، دون أن يتخذ هو بنفسه القرار لأن هذا من إختصاص المحافظ الإقليمي.

ثانيا : قرار إلغاء مطلب التحفيظ:

يتخذ المحافظ قرار إلغاء مطلب التحفيظ بعد أن يكون قد قبل هذا الأخير، ومضى في إجراء مسطرة التحفيظ على عكس قرار رفض مطلب التحفيظ والذي قد يتخذ المحافظ في بعض الأحيان قبل ايداع المطلب وقبوله كما سبق وذكرنا.

وتجدر الإشارة إلى أن الأسباب التي تدفع المحافظ إلى إتخاذ قرار بإلغاء مطلب التحفيظ وردت على سبيل الحصر، حيث نجد ف 50 ط ع ينص على "إن الطلب الرامي التحفيظ والعمليات المتعلقة به يعتبر لاغيا وكأن لم يكن إذ لم يتم طالب التحفيظ بأي إجراء لمتابعة المسطرة وذلك داخل ثلاثة أشهر من يوم تبليغه إنذارا من المحافظ بواسطة عون من المحافظة العقارية أو بالبريد المضمون أو عن طريق السلطة المحلية أو بأي وسيلة أخرى للتبليغ".

كما نجد ف 23 من ط ع "دون المساس بأحكام ف 6 من هذا القانون إذ نص المحضر على تغيب طالب التحفيظ أو من ينوب عنه أو على عدم قيامه بما يلزم لإجراء عملية التحديد فإن مطلب التحفيظ يعتبر لاغيا وكأن لم يكن إذ لم يدل بعذر مقبول داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإنداز. ويعتبر مطلب التحفيظ كذلك كأن لم يكن إذ تعذر على المحافظ أو نائبه إنجاز عملية التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك..."

إنطلاقا من الفصلين أعلاه، نجد أن إتخاذ المحافظ لقرار إلغاء المطلب يكون لأحد سببين، إما تراخي طالب التحفيظ عن حضور عملية التحديد، وإما تخلفه عن متابعة إجراءات مسطرة التحفيظ بعد إنذاره وإنقضاء مدة ثلاثة أشهر².

وبشكل عام إذا أراد المحافظ إضفاء الشرعية على قراره بإلغاء مطلب التحفيظ، فعليه أن يرسل إنذار إلى طالب التحفيظ، وينتظر إدلاء هذا الأخير بعذر مقبول يبرر به عدم إنجاز عملية التحديد داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإنداز، فإذا مر أجل الشهر دون أن يستجيب طالب التحفيظ لمضمون الإنذار ألغى المحافظ مطلب التحفيظ، وذلك بعد التأكد من خلال الوسيلة المختارة لتبليغ الإنذار المعززة بشهادة الإشعار بالتوصل، أن طالب التحفيظ قد توصل فعلا بالإنداز ولم يقوم بما هو مطلوب منه، ويكون قراره والحالة هذه معللا ومؤرخا وموقعا من طرفه ليتسنى لطالب التحفيظ إتخاذ ما يراه مناسبا داخل أجل شهر من تاريخ التبليغ.

¹ بول دو كرو (القانون العقاري المغربي) مطبعة دار المعارف الجديدة الرباط طبعة 2002 ص 63
² - والتي كانت ستة أشهر طبقا للفصل 50 قبل تعديل 07_14

وبالتالي فإن توصل طالب التحفيظ بقرار إلغاء المطلب يعطيه خيارين، إما عدم الطعن في قرار المحافظ والحالة هذه يكون لقرار المحافظ بإلغاء مطلب التحفيظ إنعكاس سلبي على المسطرة.
وإما الطعن¹ داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالقرار².

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية الممنوحة للمحافظ في تحديد وتقرير حالات الإلغاء ليست مطلقة، ذلك أنه مقيد بضرورة احترام مقتضيات الفصل 50 من ظ ت ع كما ذهبت إلى ذلك إحدى الباحثات³ خاصة فيما يتعلق بضرورة تبليغ القرار لطالب التحفيظ وإعطائه أجل شهر لإتخاذ ما يراه مناسباً، وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى⁴ في أحد قراراته⁵ والتي جاء فيها: "... لا يجوز للمحافظ أن يصدر مقررًا باعتبار عمليات التحفيظ كأن لم تكن إلا إذا وجه لطالب التحفيظ إنذارًا بالقيام بإجراءات متابعة مسطرة التحفيظ "

وتجدر الإشارة إلى أن هناك إتجاه فقهي⁶ يعتبر أنه لا مجال للطعن في قرار المحافظ بإلغاء مطلب التحفيظ لتغيب طالبه مادام المحافظ قد أحترم شكلية ف50 ظ ت ع .

وبمعنى آخر فإن إلغاء المحافظ مطلب التحفيظ دون أن يحترم ملجاء به الفصل 50 ظ ت ع من شكلية، أي دون أن يوجه الإنذار إلى طالب التحفيظ داخل الأجل القانوني المقرر يمكن وفي هذه الحالة فقط الطعن في قرار المحافظ بإلغاء مطلب التحفيظ، أي أن قراره وفي هذه الحالة فقط يكون خاضعاً للطعن القضائي أما قراره بإلغاء مطلب التحفيظ وفقاً لشكليات الفصل السابق فلا مجال للطعن فيه.

وبشكل عام فإن الطعن في قرار المحافظ بإلغاء مطلب التحفيظ الأصل فيه أن يكون أمام القضاء الإداري

باعتباره صادراً عن سلطة إدارية تجاوزت السلطات والصلاحيات المخولة له بمقتضى ظ ت ع، حيث يمكن لطالب التحفيظ الطعن في قرار المحافظ بإلغاء مطلب التحفيظ بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية بسبب الشطط في استعمال السلطة ومن بين هذه الحالات نجد :

- إلغاء مطلب تحفيظ دون تعليل القرار وهو ما أكدته حكم⁷ صادر عن إدارية وجدة جاء فيه: "... إن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية يهدف إلى حماية الشرعية ولا يفلت عنه أي مقرر إداري... مادام مبدأ مراقبة الشرعية يعتبر مبدأ دستورياً ".
يعتبر مبدأ دستورياً .

وبشكل عام فإن الطعن في قرار المحافظ برفض مطلب التحفيظ أو الإلغاء المهدف منه عرض النزاع أمام القضاء (العادي أو الإداري) للفصل فيه⁸، هذا الأخير إما أن يقضي بعدم صحة قرار الرفض أو الإلغاء، وفي هذه الحالة

¹ وإن كان ظ ت ع لم ينص صراحة على إمكانية الطعن في قرار المحافظ بإلغاء المطلب إلا أن الأصل هو قابلية جميع قرارات المحافظ للطعن إلا ما استبعد بنص صريح وبالتالي قابلية قرار إلغاء المطلب للطعن القضائي

² - محمد الحداد "قرار إلغاء مطلب التحفيظ..." سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية العدد 5 ماي 2012 ص 129

³ - كريمة بوعلا (م.س) ص 16

⁴ وهو الذي تحول بمقتضى التعديل الدستوري الجديد في 2011 إلى محكمة النقض لكننا وفي معرض إستعراضنا لأراء هذه المحكمة فإننا سنحترم الكرونولوجية التاريخية وبالتالي فإننا سننسب القرارات الصادرة قبل التحول للمجلس الأعلى في حين القرارات الصادرة بعد التغيير ستكون بإسم محكمة النقض.

⁵ - قرار رقم 1411 مؤرخ في 18 يوليو 1984 ملف مدني عدد 614 أورده عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة مطبعة النجاح الجديدة 1999 ص 142 و 143 .

⁶ - سعاد آيت بلخير (م.س) ص 14

⁷ حكم صادر بتاريخ 8 مارس 2000 رقم 2000/45 أورده محمد الحداد (م.س) ص 133.

⁸ - الأستاذ محمد الحداد (م.س) ص 134

ينبغي على المحافظ أن يتراجع عن قراره ويتابع مسطرة التحفيظ، أو يقضي بصحة قرار الإلغاء أو الرفض ما ينتج عنه أثرين إثنيين هامين هما :

- إرجاع الأوضاع القانونية إلى الوضع السابق على تقديم مطلب التحفيظ.

- إلغاء الإجراءات المنجزة أثناء مسطرة التحفيظ وبالأخص العمليات التقنية المنجزة أثناء عملية التحديد كتثبيت الأنصاب المبينة لحدود العقار¹.

المطلب الثاني : القرارات الإيجابية الصادرة عن المحافظ والمتعلقة بالتحفيظ :

بعد أن يتأكد المحافظ من توفر جميع الشروط المطلوبة ومن سلامة إجراءات مسطرة التحفيظ وعدم وجود تعرض إضافية إلى كفاية الحجج ومشروعية الطلب يقوم بإتخاذ قرار التحفيظ (أولا)

وبذلك ينتقل العقار من وضعية يكتنفها الغموض، إلى الوضوح والشفافية ليولد بصيغة أخرى وبرقم ترتيبي جديد وهو رسم عقاري، بعد أن كان مجرد مطلب تحفيظ.

هنا يحق لنا أن نتساءل عن مدى وإمكانية الطعن في هذا القرار - قرار التحفيظ - خاصة مع التعديلات الجديدة التي عرفتتها الترسانة القانونية المغربية (ثانيا) والكل على ضوء القانون والفقه والقضاء.

أولا : قرار التحفيظ :

يعتبر إتخاذ قرار التحفيظ أحد أخطر المهام الموكولة للسيد المحافظ على الأملاك العقارية، ذلك أن الأخير بعد إتخاذ قرار التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري²، فإن رسم الملك يكتسب الصفة النهائية، ويتطهر العقار من جميع الحقوق السابقة الغير المعلن عنها أثناء جريان مسطرة التحفيظ وهو ما يؤكده الفصل 62 من ظ ت ع³.

وما إستقر عليه القضاء⁴ أيضا، حيث تم تكريس مبدأ عام مؤداه عدم قابلية قرار التحفيظ لأي إمكانية للطعن لكونه قرارا نهائيا⁵

بل ان بعض الفقه⁶ ذهب لحد تشبيه قرار التحفيظ الصادر عن المحافظ إلى سلطات جلالة الملك في حالة الإستثناء بما بما تتميز به من إطلاقية، إذ أنه يتخذ قرار التحفيظ دون أن يكون ملزما بتعليل قراره وهو ما لا تستطيع القيام به حتى محكمة النقض .

وحسب الباحثة إبتسام حرار⁷ فإن إضفاء الحجية المطلقة على قرار التحفيظ أو تأسيس الرسم العقاري له وجهان :

¹ - انظر في هذا الصدد الفصل "38 من ظهير الهفيظ العقاري

² - وقد سبق وأشرنا الى الفرق بين كلا المصلحتين.

³ - جاء في ف62 ظ ت ع ما يلي "ان الرسم العقاري نهائي ولا يقبل ال طعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق الغير مقيدة"

⁴ - في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط ما يلي "ان التحفيظ يطهر العقار من جميع النزاعات المتعلقة باستحقاق الحق موضوع التحفيظ ويجعل المسجل على الرسم العقاري المالك للحق بدون منازع..." قرار عدد8837 بتاريخ30/12/1998ملف مدني عدد11/95

⁵ - سعاد ايت بلخير (م.س)ص15و16

⁶ - بول دوكر (م.س)ص94

⁷ - إبتسام حرار "الرقابة القضائية على مشروعية أعمال المحافظ" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق البيضاء سنة2000ص10وما بعدها.

الأول سلمي : وهو يتمثل في كون الرسم العقاري يطهر العقار من جميع الحقوق السابقة والتي لم تظهر خلال مسطرة التحفيظ، حيث لا يمكن المطالبة بها بعد إتخاذ القرار أيا كان السبب في عدم ظهورها، سواء كانت قبل تقديم مطلب التحفيظ أم اكتسبها أصحابها خلال جريان المسطرة وأهملوا إتباع إجراءات الفصول 83 و 84 ظ ت ع .

الثاني إيجابي : ويتمثل في كون الرسم العقاري نهائي وغير قابل للرقابة القضائية، ويعتبر نقطة الإنطلاق الوحيدة لجميع الحقوق المنصوص عليها كما أنه يمنح حجية مطلقة إزاء الكافة.

وهو ما يوفر الاستقرار والثقة على مستوى المعاملات.

وبشكل عام فإنه بعد قيام المحافظ بإصدار قرار التحفيظ وقيده في السجلات العقارية، يقوم بتأسيس سند يسلم لصاحب الشأن لإثبات حقوقه التي تم قيدها، ويجب أن يكون السند صورة مطابقة للأصل من الصفحة المخصصة للعقار في السجل العقاري، وهذه الوثيقة أطلق عليها المشرع المغربي إسم نظير الرسم العقاري *duplicata de titre foncier* والمنصوص عليها في ف58 ظ ت ع، أما المشرع الليبي - وعلى عكس المشرع المغربي - فقد أوجب على المحافظ أن يصدر سندا مؤقتا تمهيدا لإعطائه الصفة النهائية بعد سنة إذ لم يطعن في الإجراءات السابقة، والسند المؤقت الذي يمنح لصاحب الشأن يكون صورة طبق الأصل من الصفحة المخصصة للعقار بالسجل العقاري حسب ف32 من قانون التسجيل العقاري الليبي¹.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه في الأونة الأخيرة بدأت تطالنا مجموعة من النصوص القانونية كمدونة الاوقاف هذا إضافة إلى مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الموضوع بمختلف درجاتها بل وحتى المجلس الأعلى تؤسس لمجموعة من الإستثناءات الواردة على مبدأ التطهير، نذكر منها قرار صادر² عن المجلس الأعلى جاء فيه "... لكن حيث إنه خلافا لما يدعيه الطاعنون فإن رسم الملك الذي تكون له صفة نهائية ولا يقبل الطعن ويظهر الملك من جميع الحقوق السالفة الغير مسجلة بالصك العقاري طبقا لمقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظ ت ع إنما هو الرسم الذي يترتب عن مسطرة التحفيظ وإعتبار لذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل: "بأن الرسم العقاري المستخرج عن طريق التجزئة لا يتمتع بالحصانة المنصوص عليها في الفصلين 2 و 62 من ظ ت ع اللذان يضيفان الصفة النهائية والقطعية على رسوم التملك بل يكون قابلا للتغيير وخاضعا لمقتضيات الفصلين 69 و 91 من نفس الظهير كسائر التقييدات اللاحقة لإنشاء الرسم العقاري" يكون نتيجة لذلك معللا تعليلا سليما وغير خارق للفصلين المحتج بخرقهما والوسيلة بالتالي غير مرتكزة على اساس ..."

وبشكل عام فإن قاعدة التطهير ورغم كل ما قيل فيها، فهي كانت ولا زالت محط نقاش فقهي عسير خاصة فيما يتعلق بمدى تطبيقها؟ وبصيغة أخرى هل تطبيق قاعدة التطهير يكون في مواجهة الغير فقط؟ أم أن تطبيقها يمتد حتى لخلف طالب التحفيظ سواء العام منه أو الخاص؟

¹ - محمود الزريقي "دور المحافظ العقاري في تحقيق الملكية" دراسة مقارنة بين النظام العقاري في المغرب وليبيا أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق الدار البيضاء سنة 1993 ص 206 و 207

² - قرار عدد 285 مؤرخ في 22 يناير 2002 ملف مدني عدد 2001/1/1/590 قرار غير منشور على حد علمنا.

هنا يرى الأستاذ محمد الكشور¹ أن قاعدة التطهير تطبق على الغير الذي يدعي بحق إستمده من شخص غير طالب التحفيظ ولم يطالب به أثناء جريان مسطرة التحفيظ، أما الخلف الخاص لطالب التحفيظ فيجب أن لا نطبق بحقه قاعدة التطهير. كما ذهب لذلك القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بالرباط² والذي جاء فيه "...إن التطهير لا يطبق على حق الملكية الذي كان تعاقد عليه صاحب العقار قبل التحفيظ وأن المشتري محق في المطالبة بملكية هذا العقار حتى بعد التحفيظ لأن أثر التطهير يتناول فقط الحقوق التي يدعيها أشخاص من الغير لا تربطهم أية رابطة بطالب التحفيظ..."

وعلى الرغم من أن المنطق السليم ومبادئ العدل والإنصاف تساند هذا الموقف الأخير، إلا أن محكمة الإستئناف بالرباط قد تراجعت عنه سنة 1935، عندما قررت أن قاعدة التطهير قاعدة مطلقة تهم الكافة، بحيث تجعل الرسم العقاري نهائيا وغير قابل لأي طعن كيفما كان نوعه ولو تعلق الأمر بخلف عام أو خاص أو بقاصرين ضاعت حقوقهم نتيجة قرار التحفيظ³.

ولقد بقيت محاكم الموضوع منقسمة على نفسها حول مدى شمول مبدأ التطهير، حيث ذهب البعض لجعله عاما ومطبقا على الكل دون إستثناء في حين ذهبت محاكم أخرى لجعل مبدأ التطهير قاصرا على الغير الذي لا رابطة له بطالب التحفيظ.

وبقى الوضع على ما هو عليه حين صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بعد تردد طويل حسب الأستاذ بول دو كرو⁴، والذي حسم الموقف بتأييد القرار والموقف الأخير لمحكمة الإستئناف.

والظاهر أن محاكم الموضوع لم تكن دائما مقتنعة بموقف المجلس الأعلى ومن قبله محكمة النقض الفرنسية ومحكمة الإستئناف بالرباط من تفسير مبدأ التطهير.

وهو ما جعل المجلس الأعلى يعدل عن قراره هذا في عدة مناسبات ويؤسس لتوجه جديد في عدة قرارات، نذكر منها قرار⁵ صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999 جاء فيه "...حيث ثبت صحة ما عاب به الطاعن القرار المذكور ذلك أن الطالب بصفته مشتريا (أي خلف خاص) من نفس طالب التحفيظ المطلوب الذي تحول مطلبه للتحفيظ إلى رسم عقاري لا يواجه كخلف العام (الورثة) بمقتضيات ف62 ظ.ت.ع، ولذلك فإن القرار المطعون فيه عندما واجهه بالفصل المذكور يكون غير مرتكز على أساس سليم ومعرضا بالتالي للنقض والإبطال..."

وتجدر الإشارة أن التوجه الأخير الذي سار عليه المجلس الأعلى وقضاة الموضوع هو الأجدر للتطبيق، لما له من مزايا تتجلى أهمها في تخفيف العبء عن القضاء للنظر في مثل هذه الدعاوى، وإن كان بعض الباحثين⁶ ذهبوا إلى أن ف62 ظ.ت.ع لا يتسع للتمييز بين الغير والخلف الخاص لما للفظه من عمومية، وأن الخلف الخاص الذي بقي ساكتا أقل ما يقال فيه أنه مهممل، وأن عليه أن يتحمل وزر إهماله في حالة فقدانه حقه بالمطالبة بالحق العيني.

¹ - محمد الكشور "بيع العقار بين الرضائية والشكلية" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة ص109 وما بعدها

² - أورده محمد محروك "أعمال المحافظ العقاري بين العمل الإداري والقضائي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق مراكش سنة 2002 ص54

³ - محمد الكشور (م.س) ص110

⁴ - بول دو كرو (م.س) ص108

⁵ - قرار عدد5925 الصادر بتاريخ 29 دجنبر 1999 الملف المدني عدد94/1151 قرار غير منشور على حد علمنا.

⁶ - محمد محروك (م.س) ص56

وهنا نستغل الفرصة لنشير وننبه لضرورة إعادة النظر في مبدأ التطهير عبر خلق مجموعة من الإستثناءات التي ترد عليه وذلك بمقتضى نصوص قانونية، حيث أننا نتفق مع الأستاذ محمد الكشور¹ عندما ذهب لإعتبار ان مقتضيات ف62 ظ ت ع هي مقتضيات ظلمة، وأنه قد كان وراء إقرارها السياسة الإستيطانية للحماية الفرنسية بالمغرب، وعليه فلا بد من إعادة النظر فيها بكيفية تكفل مبادئ العدل والإنصاف.

وإذا كان لقرار التحفيظ كل هذه الحصانة والأهمية، فلنا الحق أن نتساءل عن مدى قدرة قرار المحافظ من الإفلات من الطعن خاصة مع التعديلات التي عرفتها الترسنة القانونية بالمغرب ونخص بالذكر ف 118 من دستور 2011 ؟

ثانيا : مدى قدرة قرار التحفيظ على الإفلات من الطعن ؟

إن قرار التحفيظ وإن كانت له كل هذه الحصانة والمناعة فإنه يجب أن لا نهمل أنه يعتبر قرارا إداريا صادر عن سلطة إدارية، لذلك نتسأل عما إذا كان قابلا للطعن بالإلغاء بسبب الشطط في إستعمال السلطة أمام القضاء الإداري؟ وعن موقف القضاء العادي من إمكانية الطعن فيه ؟.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي ومن خلال تعديل 07-14 لم يدخل أي تعديل جوهري على الفصل 62 من ظ ت ع إذا ما إستثنينا بعض التعديلات الشكلية على مستوى اللغة والمصطلحات، فقد حفظ المشرع للرسم العقاري على آثاره الثلاثة وهي النهائية وعدم القابلية للطعن والتطهير²، ويبدو أن المجلس الأعلى من خلال قراراته تشبث في أكثر من مناسبة بحرفية النص القانوني ولا يحيد عنه، حيث جاء في أحد قراراته³ والتي جاء فيها "...يقرر الفصلان 62 و 64 ظ ت ع قاعدة أن التحفيظ يطهر العقار المحفظ من الحقوق السابقة عليه هي قاعدة تسري على الجميع لا فرق بين المشتري وغيره ولا بين حسن النية وسيئها ولا تقبل أية دعوى عينية لحق تضرر من جراء التحفيظ وإنما ترفع دعوى التعويض..."

وحتى ولو تجرأت بعض المحاكم الابتدائية والإستئنافية، وخرجت عن حرفية الفصل 62 وفسرته تفسيرا يسمح لها بالتشبيب على الرسم وإلغائه وإعادة الحالة لما كانت عليها، فإن المجلس الأعلى كان دائما ما يتشبث بحرفية الفصل السابق ويقف موقفا معارضا في مواجهة كل تفسير يسمح بإلغاء الرسم العقاري، مهما شاب إنشاؤه من أخطاء⁴.

أما المحاكم الإدارية وباعتبارها صاحبة الإختصاص في مراقبة شرعية القرارات الإدارية من خلال البث في الطعون بالإلغاء، فقد ذهبت في حكم صادر عنها ومؤيد بقرار⁵ الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى جاء فيه "...إذا كان المشرع لم ينظم طريقة الطعن في مقرر الإعلان عن إنتهاء التحديد لفسح المجال أمام الشروع في المرحلة اللاحقة فإنه بالرجوع للقواعد العامة وعلى إعتبار أن الأمر يتعلق بقرار يدخل في إختصاص المحافظ وبالتالي فإنه قرار إداري يكون قابلا للطعن بالإلغاء الشيء الذي يعني أن المحكمة الإدارية كانت مختصة للنظر في طلب الإلغاء..."

¹ - محمد الكشور (م.س) ص 115 و 116

² - ع. الرزاق عريش "مستجدات الطعون القضائية ضد قرارات المحافظ في ضوء القانون 07-14 ومقتضيات الدستور" مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.maroc.droit.com بتاريخ 14 غشت 2012 ص 30

³ - قرار عدد 2605 مؤرخ في 28 أكتوبر 1992 أورده سعاد أيت بلخير (م.س) هامش ص 17

⁴ - سعاد أيت بلخير (م.س) ص 17 و 18

⁵ - قرار عدد 736 صادر بتاريخ 16 يوليوز 1998 ملف إداري عدد 98/1/5/44 قرار غير منشور على حد علمنا.

كما سبق للمحكمة الإدارية بوجدة في حكم صادر¹ عنها -في ظل الدستور السابق- في معرض إجابتها على الدفع المتعلق بعدم قابلية قرار التحفيظ للطعن إستنادا للفصل 62، أن فسرت أن عدم القابلية للطعن لا تشمل الطعن بالإلغاء، وقررت مبدأ عاما يسري على أي قرار إداري تم تحصينه تشريعيا ضد الطعن جاء فيه "...الطعن بالإلغاء ضد المقررات الإدارية يهدف لحماية المشروعية ولا يمكن أن يفلت منه أي مقرر إداري ولو تعلق الأمر بمقرر إداري صدر في إطار قانون ينص على عدم قابليته للطعن مادام أن مبدأ مراقبة الشرعية يعتبر مبدأ دستوريا..."

وبقدر ما إجتهدت المحكمة الإدارية في قرارها هذا ورفعت من قيمة مبدأ مراقبة الشرعية. كمبدأ دستوري، إلا أننا وبمراجعة نصوص الدستور الملغى لا نجد من بين الضمانات الدستورية المنصوص عليها مبدأ مراقبة الشرعية أو حق التقاضي أو منع تحصين القرارات الإدارية، على عكس بعض الدساتير العربية التي دسرت هذا المبدأ من قبيل الدستور المصري الذي نص في مادته 68 "التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهة القضاء من المتقاضين... ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء" كما نجد الدستور الأردني ينص في المادة 102 على ما يلي "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها..."²

وتبعاً لما سبق ظهرت في المغرب مجموعة من الأصوات المنادية بضرورة دسترة مبدأ مراقبة الشرعية ومنع تحصين أي قرار إداري من الرقابة القضائية، وهو ما تم تبنيه من خلال التعديل الدستوري الأخير في الفصل 118 من دستور 29 يوليوز 2011 والذي جاء فيه "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون. كل قرار يتخذ في المجال الإداري سواء كان تنظيمياً أو فردياً يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

وحسب أحد الباحثين³ فإن هذا النص الدستوري ستكون له آثار إيجابية في إتجاه تطوير الفكر القانوني والإجتهد القضائي بإعتبار أنه لا يكون في إمكان أي قرار إداري كيفما كانت الجهة المصدرة له الإفلات من رقابة الشرعية أمام الهيئة القضائية المختصة، وهذا ما ينطبق على قرار التحفيظ وحتى على قرار رفض التعرض الخارج عن الأجل، هذا إضافة إلى أن هذا النص الدستوري سيفتح الباب مستقبلاً لبروز إجتهدات قضائية تنحو بإتجاه جعل قرار التحفيظ قابلاً للطعن القضائي وكذا توحيد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ.

وعلى كل حال فإذا كانت بعض الآراء تبرر عدم خضوع قرار التحفيظ للرقابة القضائية⁴، فإن أغلبية الفقه والباحثين⁵ ذهبوا لتأكيد ضرورة وجوب إخضاع قرار التحفيظ لرقابة المشروعية من طرف القضاء.

وإذ كنا نلاحظ بواد التغير قد بدت تلوح في الأفق، خاصة مع التعديل الدستوري الجديد إذ أنه بدأت تطالعنا أحكام وإجتهدات قضائية تتجه لتكريس مبدأ مراقبة المشروعية، من قبيل الحكم⁶ الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط والذي جاء فيه "...لئن كان الطعن قد حصل في إطار قانون يخول الحق في الطعن بقرار رفض التعرض فإن صدور

¹ - حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة أورده عبد الرزاق عريش صادر بتاريخ 8 مارس 2000 (م.س) ص 31

² - ع. الرزاق عريش (م.س) ص 31 و 32

³ - ع. الرزاق عريش (م.س) ص 33 و 34

⁴ - انظر بهذا الصدد: جمعة محمود الزريقي (م.س) ص 238 وما بعدها.

⁵ - ابتسام حرار (م.س) ص 13

⁶ - صادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 21 مارس 2013 ملف رقم 197/5/2010 دون ذكر الرقم منشور في الموقع الإلكتروني: www.maroc droit :com

قانون جديد يحظر مثل هذا الطعن لا تأثير له على الدعوى الحالية في جميع الأحوال لكون الخضر المستهدف يظل قاصراً في جميع الأحوال على الطعن العادي أمام المحاكم العادية ولا يشمل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري الغير قابل للتحسين مطلقاً طبقاً للفصل 118 من الدستور...." وهو القرار الذي سنتناوله بالتحليل والنقاش في الفقرة القادمة من نفس البحث. والذي يؤسس للفكرة التي سبق وأشرنا لها وهي ضرورة حماية مبدأ مراقبة مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن أي سلطة، ومن ضمنها قرار التحفيظ .

وفي اعتقادنا أن التلطيف من مبدأ التطهير والحجية المطلقة، هو الحل الأنسب للحد من ضياع وإهدار العديد من الحقوق، سواء إقترن ذلك بحسن أو سوء النية وما في ذلك من إغراق للمحاكم بقضايا قد تطول لسنوات، خاصة وأن الواقع العملي أبان عن وجود حالات عديدة تضع فيها الحقوق ويصعب على القضاء الوصول إلى إمكانية رد هذه الحقوق إلى أصحابها أمام مبدأ التطهير، بل ولنا في هذا المقام مثال لأحد المحافظين السابقين والذي قام وعن طريق الخطأ بتحفيظ عقار مثقل بتعرض مقدم وفق الشروط و الضوابط المسطرية المطلوبة¹. إذ والحالة هذه ما عسى المتعرض يفعل للوصول لرد حقه العيني؟

كان هذا بخصوص القرارات الصادرة عن المحافظ والمتعلقة بالتحفيظ . فماذا عن قراراته المتعلقة بالتعرضات؟

المبحث الثاني : قرارات المحافظ والمتعلقة بالتعرضات.

يعتبر التعرض إدعاء يتقدم به أحد من الغير ضد طالب التحفيظ، بمقتضاه ينازع المتعرض في أصل حق ملكية طالب التحفيظ، أو في مدى هذا الحق أو في الحدود، أو يطالب بحق عيني مترتب له على هذا العقار وينكره عليه طالب التحفيظ الذي لم يشير إليه في مطلبه².

وكما ذهب لذلك أستاذنا عبد الخالق أحمدون³ فإنه من اللازم الإشارة بهذا الخصوص إلى أن كل تعرض يعتبر بمثابة دعوى مستقلة في مواجهة مطلب التحفيظ ، وبالتالي إذ تعددت التعرضات على نفس مطلب التحفيظ، فإن الإجتهد القضائي إستقر على إعتبار كل متعرض بمثابة مدعي في مواجهة طالب التحفيظ، ولا يمكن للمحكمة أبداً أن تنظر في التعرضات في مواجهة بعضها البعض، وبالتالي تتعدد الدعاوى بتعدد المتعرضين.

وبشكل عام فإننا وفي إطار الحديث عن الطعن في قرارات المحافظ الصادرة في إطار التعرض، يمكننا التمييز بين نوعين من القرارات، وهي قرارات تصدر بمناسبة محاولة إيداع تعرض وهي قرارات الرفض (المطلب الأول) وقرارات تصدر بعد إيداع التعرض لوجود عيب شكلي أو خلل مسطري وهي قرارات إلغاء التعرض (المطلب الثاني)

المطلب الأول : قرار رفض التعرض :

يعتبر التعرض من أهم الضمانات التي تبرر مبدأ الحجية المطلقة للرسم العقاري، وقد نظم المشرع المغربي التعرض من خلال الفرع الرابع من الباب الثاني من القسم الأول من ظ.ت.ع أي الفصول من 24 إلى 29، هذا إضافة لفصول أخرى من القرار الوزيري 3 يونيو 1913.

¹ - انظر في هذا الصدد الرسم العقاري عدد 395/ر المؤسس عقب مطلب التحفيظ عدد 33815 (محافظة الروماني)

² - ادريس الفاخوري "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب" دار النشر الجسور 40 الطبعة 2000 ص 25

³ - الدكتور ع. الخالق أحمدون "التحفيظ العقاري بالمغرب" طبعة 2010 بريس الرباط ص 109.

وتجدر الإشارة أنه وبموجب قانون 07-14 تم توسيع الحالات التي تستوجب التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق التعرض بعدما كانت محصورة من خلال المادة 24 (قبل التعديل) في الحالات التالية :

- 1- حالة النزاع بشأن وجود حق الملكية
 - 2- حالة النزاع بشأن مدى حق الملكية
 - 3- حالة النزاع بشأن حدود العقار
 - 4- حالة الإدعاء بإستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع إنشاؤه.
- توسعت هذه الحالات لتشمل حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84، من قانون التحفيظ العقاري¹ وهو ما يعرف بالتقييدات المصاحبة للعقار في طور التحفيظ.

وبشكل عام فإن قرار رفض التعرض يصعب تصور صدوره من المحافظ إلا في حالة التعرض المقدم خارج الأجل². وبالرجوع لمقتضيات ف24 من ظ ت ع يتضح أن آخر أجل لتقديم التعرض هو شهرين ابتداء من يوم نشر الإعلان عن إنتهاء التحديد بالجريدة الرسمية، ويمكن أن يقدم التعرض خارج الأجل المذكور إذا تعذر على صاحبه تقديمه في الأجل القانوني، ويتحقق ذلك كما يتضح من منطوق ف29 من الظهير المذكور وذلك بقرار من المحافظ مادام الملف لم يوجه لكتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية³.

غير أن القانون 07-14 جاء بخصوص هذا الموضوع بتغيير هام وجوهري يتمثل في إلغاء أي دور لوكيل الملك في تلقي التعرضات خارج الأجل القانوني بعد إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة الابتدائية المختصة، وأبقى هذا الإختصاص حكرا على المحافظ لوحده.

لكن السؤال المطروح هو متى يتم توجيه الملف للمحكمة؟ وهل المحافظ يملك بهذا الخصوص سلطة مطلقة أم مقيدة في الزمان؟؟؟

بالرجوع للفقرة الأخيرة من الفصل 32 التي حددت للمحافظ أجلا أقصاه ثلاثة أشهر يبتدئ من تاريخ إنتهاء أجل التعرض القانوني من أجل توجيه مطلب التحفيظ والتعرضات المسجلة عليه على المحكمة المختصة، وبذلك يمكن

¹ - وهكذا فإن المتدخل في مسطرة التحفيظ من خلال ف84 لن يسلم من المنازعة مالم يتم تأسيس رسم عقاري مثبت لتلك الحقوق وهذا المقتضى من شأنه وضع حد للحالات التي كان يتوارى فيها المستفيد من الإيداع المذكور حيث لا يتم إشهار حقوقه خصوصا في الحالة التي يعمد فيها لاقتناء جميع العقار موضوع مطلب التحفيظ ومع ذلك تستمر المسطرة في اسم طالب التحفيظ البائع.

ففي السابق لم يكن المستفيد من الإيداع المذكور يعتبر طرفا من أطراف دعوى التعرض لأنه لا يكتسب لا صفة طالب التحفيظ ولا صفة المتعرض. ورغم أن بعض المحافظين كانوا يعتمدون إلى قبول تعرضات موضوعها المنازعة في حقوق وقع الإعلان عنها طبقا للفصل 84 حتى وإن لم تكن النصوص القانونية تسعهم في ذلك فإن قضاء التحفيظ لم يكن يتردد في عدم قبول النظر فيها بدعوى أنها تندرج في اختصاص القضاء المدني وهو ما أكدته المجلس الأعلى في احد قراراته عندما قضى بما يلي "...إذ أن صلاحيات هذه المحكمة محددة حسب الفصول 37 و45 من ظ ت ع وهي البث في التعرضات على مطلب التحفيظ وليس التعرضات على الإيداع" للتعلم أكثر انظر :

- أحمد أجعون "المقتضيات الجديدة المختلفة بالتعرض على مسطرة التحفيظ" مقال منشور في سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية "العدد 5 ماي 2012 ص45 وما بعدها

- عمر أزوكار "التعرض على مسطرة الإيداع" أعمال ندوة تزيت منشورات المنبر القانوني ماي 2012 ص31 وما بعدها

² - ذلك أن قرار رفض التعرض المقدم داخل الأجل هو قرار يصعب تصوره من الناحية الواقعية إذ أن المحافظ دائما ما يقبل التعرض حتى ولو لم يكن مدعم بالحجج ذلك ان المحافظ ومخافة تفويت الفرصة على المتعرض في المطالبة بحقه العيني يعمد في جميع الاحوال لقبول التعرض تاركا الكرة في ملعب القضاء ليقتضي بصحة التعرض من عدمه وربما قد يتضح منذ الوهلة أن هناك مغالاة في حماية المتعرض على حساب طالب التحفيظ التي تكون هذه المقتضيات تعسفا في حقه لكننا نذكر هنا بأحكام المادة 48 من ظ ت ع التي تؤكد على ضرورة تعويض طالب التحفيظ المتضرر من هذا التعرض في حالة ثبوت أن هذا التعرض قدم بشكل كيدي أو تعسفي . هنا نستشف أن المشرع حاول أن يخلق نوعا من التوازن في إطار حمايته لكل من طالب التحفيظ والمتضرر.

³ - جمال النعمي "رقابة القضاء لقرارات المحافظ العقاري" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة كلية الحقوق البيضاء ص57

القول بأن المحافظ في حالة عدم إلغائه للتعرضات المقدمة إليه، فهو يملك تحت يده زمن 3 أشهر من تاريخ إنتهاء أجل التعرض يصبح بعد إنصرامها ملزماً بإحالة الملف على القضاء¹.

ومعنى هذا، كما ذهب لذلك بعض الباحثين² أن المحافظ وبعد إنتهاء أجل التعرض القانوني دون تسجيل أي تعرض، يملك زمن ثلاثة أشهر لتلقي التعرضات الإستثنائية، فإذا إنصرم هذا الأجل أصبح ملزماً بتحفيظ العقار أو رفضه أو إلغاء مطلب التحفيظ، ولا يحق له تلقي التعرضات الإستثنائية بعد هذا الأجل.

وإن كنا لا نتفق وهذا التفسير خاصة وأن التطبيق الواقعي لهذا الفصل ينحو بإتجاه جعل سلطة المحافظ في قبول التعرضات خارج الأجل غير مقيدة بأجل محدد ذلك أن المحافظ له حق قبول التعرض في أي وقت شريطة ألا يكون الملف قد أحيل على أنظار القضاء.

ومن خلال ما سبق فإن المحافظ يحق له رفض التعرض - كما يحق له قبوله - إذ تقدم به صاحبه خارج الأجل القانوني، مع مراعاة الإستثناء الذي أوجده المشرع لفائدة من تعذر عليه تقديم تعرضه داخل الأجل لضرورة إقتضت ذلك، وبالطبع فإن قرار المحافظ بقبول أو رفض التعرض المقدم خارج الأجل لا يحتاج إلى أي تعليل مادام يستند على مقتضيات ف 29 ظ.ت.ع³

وما تجدر الإشارة إليه أن ف 29 ظ.ت.ع قبل التعديل⁴ لم يكن ينص على أية شروط موضوعية لقبول التعرض الخارج عن الأجل القانوني، وهو ما كان يوحي بأن المحافظ يملك سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض التعرض المقدم خارج الأجل، ولما هذا الفراغ التشريعي أصدر المحافظ العام مذكرة⁵ يهدف من ورائها ضبط شروط تطبيق ف 29، إذ أكد من خلالها على الطابع الإستثنائي لمقتضياته، وحث المحافظين على عدم التوسع في إستعماله إلا بعد التأكد من توفر شرطين أساسيين وهما :

1- وجوب سبب معقول يبرر عدم إمكانية المتعرض تقديم تعرضه داخل الأجل القانوني.

2- توفر المتعرض على حجج ووثائق قوية متعلقة بالعقار وكافية لإقناع المحافظ بأن طلبه جدي.

وقد ذهب الإجتهد القضائي إلى إضافة شرط ثالث إضافة للشرطين أعلاه، وهو ضرورة وجود تعرضات سابقة، وهو ما نجده مكرس في عدة قراراتها من ضمنها قرار⁶ صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه "...قراءة متأنية ومعمقة للفصل 29 ظ ت ع توضح أن إمكانية قبول التعرض خارج الأجل المحدد قانوناً لوضع التعرضات على مطلب التحفيظ والمخولة للمحافظ رهينة بوجود تعرضات قدمت داخل الأجل القانونية...."

ويبدو أن القانون 07-14 قد وضع حداً للإجتهد القضائي السائد من قبل والذي كان يشترط وجود تعرض سابق أو أكثر لقبول التعرض الإستثنائي خارج الأجل القانوني، حيث نص الفصل 29 بشكل صريح لا لبس فيه ولا غموض على إمكانية قبول هذا التعرض "...ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق"⁷

¹ - ع. الرزاق عريش (م.س) ص 13

² - ع. الرزاق عريش (م.س) ص 14

³ - خالد بلبلش (م.س) ص 53

⁴ - تعديل 14-07 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011

⁵ - المذكرة عدد 5829 الصادرة بتاريخ 25 أكتوبر 2001

⁶ - قرار عدد 1145 صادر بتاريخ 21 نونبر 2002 ملف إداري رقم 2002/1/4/1580 قرار غير منشور على حد علمنا.

⁷ - عبد الرزاق عريش (م.س) ص 16

وتجب الإشارة أن الشرطين السابق ذكرهما موضوع مذكرة المحافظ العام، قد تحولاً مع تعديل 07-14 إلى شروط قانونية بعد أن كانت منظمة في إطار منشور، وحسناً فعل المشرع خاصة وأن القضاء في إطار تطبيقه للقانون أو مراقبته لتطبيق القانون يكون ملزماً بالنصوص القانونية وغير ملزم بالمناشير والمذكرات، وقد كان ف29 في صياغته القديمة يلتزم الصمت بشأن إمكانية الطعن في قرار رفض أو قبول التعرض خارج الأجل، ما جعل مجموعة من الباحثين¹ يذهبون لإعتبار أن قرار رفض أو قبول التعرض خارج الأجل هو قرار غير خاضع للرقابة القضائية، وبالتالي لا يقبل الطعن.

غير أن هذا لم يمنع المحكمة الابتدائية بالعرائش من قبول الطعن ضد قرار المحافظ برفض التعرض خارج الأجل، حيث أصدرت حكماً² في الموضوع برفض الطلب بعلّة أن المدعين لا يتوفرون على أسباب موضوعية تبرر لهم حق الاستفادة من الأجل الاستثنائي، وبهذا تكون المحكمة الابتدائية بالعرائش قد منحت لنفسها الإختصاص للبت في طلب الطعن ضد قرار رفض التعرض خارج الأجل.

غير أن المشرع المغربي وبموجب قانون 07-14 تدخل ليضع حداً لكل الاجتهادات القضائية والأراء الفقهية، ليخرج صراحة قرار المحافظ والمتعلق بالتعرض خارج الأجل من دائرة الرقابة القضائية، عندما نص صراحة في الفقرة الأخيرة من ف29 "....يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي"

وتجدر الإشارة إلى أن ما قلناه في قرار التحفيظ (فيما يتعلق بتحسينه من الطعن) ينطبق هو الآخر على قرار المحافظ في التعرض خارج الأجل، بل إن هذا المقتضى يكتسي خطورة بالغة أكثر من مقتضيات ف62 بالنظر لما يتضمنه من منع صريح لأي طعن قضائي، في مقابل مرونة الصيغة التي وردت في ف62، ذلك أن الصياغة الأخيرة قد يلتف عليها القضاء ليفسرها تفسيراً ضيقاً بحيث يجعلها مقتصرة على الطعن الإداري ولا تشمل الطعن القضائي، في حين أن الصيغة الواردة في ف29 جاءت جامدة بحيث لا تحتمل أي تأويل أو تفسير.

كما أن هذا التحسين التشريعي لهذا القرار يعد مخالفة دستورية بليغة للفصل 118 من الدستور في فقرته الثانية، بما يدفعنا للقول بعدم دستورية ف29 ظ ت ع وبالتالي فليس هناك أي طريق أمام أي شخص متضرر من قرار رفض أو قبول التعرض خارج الأجل، سوى اللجوء لتقنية الدفع بعدم دستورية الفصل المذكور طبقاً لمقتضيات ف113 من الدستور، والتي سيحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيقها.

وتجدر الإشارة أن الواقع العملي وتطبيق مقتضيات ظ ت ع أفرزاً عدة حالات شاذة لا نجد لها تفسير ولا أجوبة من خلال نصوص القانون، خاصة فيما يتعلق بالتعرض خارج الأجل، وهنا نورد حالة من هذه الحالة.

على فرض أننا أمام مطلب تحفيظ خاضع لقانون الإستثمارات الفلاحية، أي أنه خاضع لمسطرة الضم، وأن هذا المطلب قد مر على تاريخ المصادقة على منطقة الضم سنة كاملة ما يعني أن أجل التعرض، قد إنتهى إذ أن المادة 20 من المرسوم عدد 240.62.2 بشأن تطبيق الظهير الشريف الصادر بضم الأراضي الفلاحية المؤرخ في 30 يونيو

¹ - سعاد أيت بلخير (م.س) ص26 و27

- خالد بلباش (م.س) ص54

- كريمة يوعلا (م.س) ص33

- جمال النعيمي (م.س) ص57 وما بعدها.

² - حكم عدد 418 الصادر بتاريخ 17 نونبر 2003 الملف رقم 6/03/189 أورده عبدالرزاق عريش (م.س) ص 18

1962، تحدد أنه لا يقبل أي تعرض بعد إنصرام مدة ستة أشهر تبتدأ من يوم نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على تصميم الضم.

وعلى فرض أن مطلب التحفيظ هذا يملكه شريكان على الشياح بنسبة النصف لكل منهما، فقام أحد الشريكين ببيع واجبه المشاع لفائدة أجنبي، فأراد الشريك الثاني أن يمارس حق الشفعة، وكما هو معلوم فإن المطالبة بأي حق عيني متعلق بعقار في طور التحفيظ، لا تتم إلا عن طريق التعرض¹.

وهو ما أكدته المادة 306 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: "إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به "

والحالة هذه فإن الأجل القانوني للتعرض قد إنتهى، كما أن التعرض الخارج عن الأجل غير ممكن لصراحة م20 من ظهير الضم، فكيف سيتعامل المحافظ والحالة هذه؟ وماهي الطرق الكفيلة لحماية حق الشفيع في ممارسة الشفعة؟ خاصة وأن المحكمة الإدارية بوجدة سبق لها وأن قضت² بإلغاء قرار المحافظ في قبول تعرض مقدم في إطار عمليات ضم الأراضي الفلاحية بعد فوات الأجل القانوني لإتسامه بالشطط في إستعمال السلطة؟

وإذا كان قرار رفض التعرض هو القرار الذي يصدره المحافظ فوراً وبناء على طلب تقدم به المتعرض، فإن المحافظ قد يعتمد إلى قبول طلب المتعرض الرامي لإيداع تعرضه في مسطرة التحفيظ، ليتضح فيما بعد للمحافظ أن عيب شكلي أو جوهري يشوب هذا التعرض، فيعتمد إلى إلغاء التعرض بعد عدة إنذارات موجهة للمتعرض لإصلاح المسطرة، وهو ما سنناقشه من خلال الفقرة التالية.

المطلب الثاني : قرار إلغاء التعرض.

وإذا كان المشرع قد فتح المجال لكل شخص معني بتقديم تعرضه داخل الأجل المنصوص عليه في الفصل 24 من ظهير 12 غشت 1913، وكذلك التعرض خارج الأجل حسب ف29 من نفس الظهير، فقد أوجب ضرورة إرفاق التعرض بالوثائق المؤيدة له وكذلك أداء الواجبات القضائية وحقوق المرافعة تحت طائلة الإلغاء.

وقد نظم المشرع المغربي حالات إلغاء التعرض من خلال الفصل 32 ظ ت ع، فالتعرض يلغى من طرف المحافظ إما لعدم الإدلاء بالوثائق والرسوم المؤيدة للتعرض، أو إذا لم يؤيد المتعرض الذي لم يحصل على المساعدة القضائية - أو لم يطلبها على الأقل - الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة (أولاً) وبناء عليه يحق لنا أن نتساءل عن مدى إمكانية الطعن في قرار إلغاء التعرض (ثانياً).

أولاً : الحالات الموجبة لإصدار قرار إلغاء التعرض :

إن المتعرض مطالب بتدعيم تعرضه بالوثائق والمستندات تحت طائلة الإلغاء، كما ذهب لذلك ف32 ظ ت ع المعدل بقانون 07-14، ولا بد من الإشارة إلى ظهير 5 أبريل 1938 الذي كان قد ذهب لتعديل المادة 25 من ظ ت ع، ليوجب

¹ - وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي عبر عدة أحكام وقرارات نورد أحدها وهو القرار عدد 164 الصادر بتاريخ 10 يناير 2001 ملف مدني عدد 1671/2/1/1999 جاء فيه "...والثابت أنه من القواعد الأساسية في مسطرة التحفيظ أن كل دعوى أو منازعة أو مطالبة بحق عقاري أو ترتيب حق عيني على عقار في طور التحفيظ يجب أن يمر بمسطرة التحفيظ إذ لا تقبل أي دعوى ترفع باستقلال عن مسطرة التحفيظ..." قرار غير منشور على حد علمنا.

² - قرار عدد 02/177 مؤرخ في 16 أكتوبر 2002 ملف رقم 80/2002 ذكرته سعاد أيت بلخير (م.س) ص26

على المحافظ أن يراجع المحكمة من أجل الإبقاء أو إلغاء التعرض¹، لكن سرعان ما تم العدول عن هذا الإجراء لما يشكله من عرقلة لمسطرة التحفيظ² وتم بمقتضى ظهير 1954 إخضاع مسألة الإلغاء للسلطة التقديرية للمحافظ.

كما أن المحافظ وقبل تعديل 07-14 كان مطالبا بتوجيه إنذار للمتعرضين لإيداع الوثائق والرسوم المؤيدة لتعرضهم داخل أجل 3 أشهر، مع إشعارهم بأن المحكمة لن تقبل منهم أي رسم أو وثيقة، كما أنه إذا إنقضت المدة دون أن يدلي المتعرض بمستنداته أو يثبت أنه إستحال عليه تقديمها، فإن المحافظ بعد التحري أو البحث يمكنه الإبقاء على التعرض أو إعتباره ملغى، حسب ما كان واردا في الفقرة الثانية من ف32.

لكن ومع التعديل لم يعد المحافظ ملزما بإنذار المتعرض بضرورة تقديم الوثائق المؤيدة للتعرض، بل إن المشرع المغربي ومن خلال صياغة م32 إعتبر أن المتعرض الذي لم يقدم حججه داخل الأجل المنصوص عليه في ف25 وهو أجل شهر بعد إنتهاء أجل التعرضات،- يعني بعد ثلاثة أشهر من نشر الإعلان عن إنتهاء التحديد- يعتبر تعرضه لاغيا بقوة القانون، وفي هذا تطبيق لمبدأ أن المقصر يتحمل تبعات تقصيره.

كما إن إلغاء مراسلة المتعرض هو من أحسن ملجاء به المشرع المغربي، خاصة مع ما تعرفه مسطرة التبليغ من صعوبات واقعية وعملية، جعلت من الملفات معلقة ومجهولة المصير لا لشيء مجرد أن إشعار التوصل المرفق بإنذار المتعرض، عاد للمحافظة بعبارة "غير مطلوب" أو "تعذر التبليغ"

كما أنه من ضمن التعديلات التي جاء بها قانون 07-14، هو إلغاء السلطة التقديرية للمحافظ في إتخاذ قرار إلغاء التعرض أو عدم إلغائه في حالة عدم تقديم الحجج، ذلك أن المشرع المغربي اعتبر و من خلال ف32 أن التعرض الذي لم تقدم الوثائق المثبتة له داخل أجل شهر من إنتهاء التعرض، يعتبر ملغى بقوة القانون (الفصل 32)

أما بخصوص إلغاء التعرض لعدم أداء الوجيبة القضائية، فإن الرسوم القضائية تمثل واجب إقامة الدعوى، والتي تدفع لدى المحافظ، ولا ينبغي خلطها مع مصاريف التعويض التي يدفعها المتعرض حينما يتطلب الأمر التنقل لعين المكان، قصد إجراء بحث أو خبرة³

وبصريح الفصل 32 ظ ت ع فإن ما قيل في عدم الإدلاء بالوثائق المؤيدة للتعرض، هو نفسه ينطبق على عدم أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة أو عدم إثبات المتعرض حصوله على المساعدة القضائية⁴.

وما يلاحظ أن هذا التوجه فيه حيف وتعدي على المتعرض والذي في أحيان كثيرة لا يستطيع أداء هذه الرسوم نظرا لكونه معسرا، وبذلك تضيع حقوقه لا لشيء إلا أنه فقير ولا يملك هذه المصاريف،

¹ - عبد العالي الدقوقي "الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي" رسالة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق كلية أكدال السنة الجامعية 2001/2002 ص82
² - كما أن هذا العدول فيه توسيع لسلطات المحافظ على حساب سلطة القضاء وهو ما جعل بعض الباحثين أمثال الأستاذ عبد العالي الدقوقي ينادون بضرورة إلغاء حق المحافظ في اتخاذ هذا القرار (انظر نفس المرجع المذكور أعلاه ص83)

³ - وهنا تجدر الإشارة الى أن هناك اختلاف في اداء الرسوم على حسب نوع التعرض فلو أن الأمر يتعلق بتعرض كلي أو مشاع فإن المتعرض يكون ملزما بدفع 160 درهم كوجيبة قضائية وحقوق رافعة وإن تعلق الأمر بتعرض جزئي في قطعة معينة من كافة المطلب أو تعرض على مستوى الحدود فإنه تضاف ل160 درهم 300 درهم كتعويض لانتقال المهندس لعين المكان لتحديد التعرض الجزئي إن كان العقار داخل دائرة عمل المهندس أو 450 درهم إن كان خارج دائرة عمله.

⁴ - وبالنسبة للمساعدة القضائية فإن أغلبية المواطنين يجهلون هذه المسطرة ولا علم لهم بها ويمكن القول أن مداها ينحصر على المستوى النظري لا غير أما على المستوى العملي فهي غائبة تماما خاصة وأن الإستفادة من نظام المساعدة القضائية يفرض إلمام بالقانون وتمكن من المسطرة القانونية ودراسة واسعة بأقسام ومكاتب الأحكام وتخصصاتها وهو ما لا يتحقق على المستوى الواقعي في الكثير من المواطنين خاصة مع تقشي ظاهرة الأمية ما يجعل نظام المساعدة القضائية مجرد حبر على ورق.

خاصة إذا علمنا أنه في حالة التعرض الجزئي وكما سبق وأشرنا، فالتعرض ملزم إضافة للوجبة القضائية وحقوق المرافعة بأداء مصاريف تنقل المهندس إلى العقار من أجل تحديد وعاء التعرض، لتصل هذه المصاريف لـ 610 درهم عن كل تعرض.

وأمام هذا الوضع، كان حريا بالمشرع أن يوجد إستثناء لهذه القاعدة تخول للمحافظ قبول التعرض في الحالة التي يتضح فيها أن المتعرض لا يقوى على أداء هذه الرسوم، وذلك عبر إعفائه من أداء هذه الرسوم.

هنا بقي لنا أن نتساءل عن قابلية قرار إلغاء التعرض للطعن القضائي؟

ثانيا : مدى قابلية قرار إلغاء التعرض للطعن القضائي :

قبل تعديل 07-14 كان قرار المحافظ بإلغاء التعرض لعدم تقديم الحجج قرار قابل للطعن بالإستئناف أمام المحكمة الابتدائية، والتي تبث فيه بصفة إنتهائية¹ كما كانت تذهب لذلك الفقرة الثالثة من ف32، على أن يقدم طلب الطعن داخل 15 يوما تبتدئ من يوم تبليغ قرار المحافظ، ويقع الفصل في القضية بصفة إستعجالية .

وقد أتيحت الفرصة للقضاء الإداري في عدة مناسبات، لبيان موقفه من الطعون المحالة إليه ضد قرارات المحافظ برفض التعرض المقدمة داخل الأجل القانوني، حيث صرح بعدم إختصاصه للبث في دعوى الإلغاء الموجهة ضد تلك القرارات، وذلك إستنادا للمادة 32 من ظ ت ع.

وتأكد إختصاص القضاء العادي للنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ التي تندرج في إطار ف32 ظ ت ع بقرار² المجلس الأعلى، والذي جاء فيه "...وحيث مع التأكيد على الطابع الإداري لكل قرارات المحافظ فإن قراراته التي تندرج في إطار ف32 ظ ت ع تخضع قانونا للطعن فيها أمام المحاكم العادية..."

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن قانون 07-14 أدخل تعديلا جوهريا بهذا الخصوص، هو حذف الفقرة التي كانت تنص على إمكانية الطعن في قرار إلغاء التعرض أمام المحكمة الابتدائية، فما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا الحذف ؟ يمكن إجمال هذه الآثار كما ذهب إلى ذلك أحد الباحثين³ فيما يلي :

- لن يؤثر حذف هذه الفقرة على قابلية قرار المحافظ بإلغاء التعرض للطعن القضائي، مادام أن حق التقاضي هو حق دستوري يضمن لكل متضرر الحق في مخاصمة القرارات الإدارية، ويدخل ضمنها قرار إلغاء التعرض.
- سيترتب عن هذا التعديل تغيير في قواعد الإختصاص القضائي، حيث سينتقل إختصاص البث في الطعن الموجه ضد قرار إلغاء التعرض لعدم تقديم الوثائق والرسوم المؤيدة، إلى القضاء الإداري وفق المبادئ العامة المنصوص عليها في قانون 41-90، بدل القضاء العادي وذلك بسبب إنتفاء شرط الدعوى الموازية، وسينتج عن نقل الإختصاص إلى القضاء الإداري نتيجتين في غاية الأهمية.

¹ - كريمة بوعلام (م.س) ص28

² - قرار صادر بتاريخ 9 نونبر 1995 أورده عبدالرزاق عريش (م.س) ص8 دون ذكر الرقم.

³ - ع.الرزاق عريش (م.س) ص9 و10

الأولى تخص أجل الطعن ضد قرار إلغاء التعرض، والذي سيصبح شهرين يحتسب ابتداء من تاريخ تبليغ القرار إلى المتعرض وفق مساطر التقاضي الإدارية، أو من تاريخ العلم اليقيني بالقرار وفق الاجتهاد القضائي، بعد أن كان أجل الطعن لمخاصمة هذا القرار أمام القضاء العادي هو 15 يوما.

والثانية تخص الاستفادة من ضمانات التقاضي على درجتين أمام القضاء الإداري لفائدة الطاعن والمخاض على السواء، بعد أن كانا محرومين من هذه الضمانات أمام القضاء العادي، حيث كان ينص بأن المحكمة الابتدائية تبث في الطلب بصفة إنتهائية، ما يعني أن الطرف الذي يصدر الحكم في غير مصلحته ليس أمامه إلا فرصة الطعن بالنقض.

أما فيما يخص قرار إلغاء التعرض لعدم أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، فلم يكن أصلا يخضع للطعن القضائي كما ذهب لذلك أغلبية الباحثين¹، وذلك بصريح النص حيث ظل المشرع ساكتا بشأنه، وإن كان هناك إتجاه فقهي لمجموعة من الباحثين² يميل لإقرار قابليته للطعن القضائي أمام القضاء الإداري، بحكم عدم وجود دعوى موازية.

وهو الإتجاه الذي نعتقد بصوابه في ظل قانون التحفيظ العقاري الجديد كما تم تعديله وتتميمه بقانون 07-14.

كان هذا بخصوص قرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ والتعرضات ومدى إمكانية الطعن فيها.

¹ - كريمة بوعلا (م.س) ص 29

- جمال النعيمي (م.س) ص 50

- ابتسام حرار (م.س) ص 22

- محمد ابن الحاج السلمي (م.س) ص 96

² - الأستاذ محمد خيرى "حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب" مطبعة المعاريف الجديدة ط. 2001 ص 204

الطرق الودية لنسوية النزاعات في الميدان التجاري بالنسبة للنشريع الجزائري والنشريات المقارنة



إعداد الاستاذ : نبهي محمد، ماجستير قانون خاص

تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر

إذا تكلمنا عن الطرق الودية فانه لا محالة أن نستبعد التحكيم كطريق ودي بل كطريق بديل تقليدي في فض النزاعات التجارية، ما دام ينتهي بقرار ملزم للطرفين والتي يكون فيها الحكم ذا طابع قضائي، حتى ولو تم اللجوء إلى التحكيم بإرادة الأطراف دون تدخل أي قوة أو جهة في ذلك، ونظرا لاختلاف القوانين والتشريعات ومفهوم العدالة من بلد إلى آخر، حسب كل نظرة من نظرات البلد واتجاهها، في كيفية التعامل مع الأشخاص والأفراد في المحاكم ولكثرة الشكليات في الخروج بحكم يرضي الأطراف مما يتطلب وقت كبيرة إجراءات مثقلة باحترام القانون خصوصا في البلدان التي تراعي حقوق الأطراف والأفراد وتكون أغلبها في البلدان المتقدمة اقتصاديا.

دعت الحاجة إلى إيجاد حلول حبية وودية تنهي الخلاف والنزاع في زمن قياسي وتراعي فيه المصلحة العامة والخاصة في آن واحد، وبما أن العدالة هي أساس قيام الحقوق، باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحالي فالعدالة البطيئة لا تتماشى مع متطلبات هذا الأخير فالمثل الانجليزي يقول : " Justice delayed is justice denied " ومعناها العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة.

كما أن التكلفة البسيطة التي كانت تتسم بها العدالة أصبحت تزداد مع زيادة النزاعات والخلافات الخاصة والعامة وفي جميع الأحوال، فإن هذه الطرق جاءت مكملة للقضاء والتحكيم في نفس الوقت فالمثل الفرنسي : " La justice cout cher c'est pour ca qu'on l'économise " ومعناها: العدالة تكلف غالبا ويجب علينا أن نقتصد فيها.

وعليه ظهرت عدة آليات جديدة لحسم النزاعات التجارية والخاصة وأقرتها الكثير من الهيئات والقوانين الداخلية والدولية، سميت بالوسائل البديلة والبعض سماها بالطرق الحبية أو الودية نسبتا إلى العبارة الانجليزية "Alternative dispute resolution" والمختصر إلى الحروف "A.D.R."¹.

وكذلك يقابلها بالفرنسية :

« Les mode alternative de règlement des conflits » والمختصر إلى الحروف "M.A.R.C."².

فجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة إلا وهي البديل أو الخيار الآخر بعيدا عن القضاء العادي، واللجوء إلى الطرق الودية "Amiables"، التي يلجأ إليها الأطراف عوضا عن القضاء عند نشوب خلاف بينهم، بغية التوصل لحل ذلك الخلاف³.

ومن هذا المنطلق يخرج التقاضي والتحكيم عن إطار هذا التعريف، فهما لا يعدان وسائل بديلة لحسم النزاعات بل وسيلة أصيلة، والأصل في هذه الطرق أنها تتم بوجود طرف ثالث غير طرفي النزاع أو بدونه، دون اللجوء إلى المحاكم، بحيث لا تخضع لقيود شكلية من حيث إلزامية إتباعها، مع الأخذ بالجوانب أو الأوضاع المحيطة بها سواء أكانت عامة أو خاصة.

فالطرق البديلة أو الودية هي الوسائل التي تمكن من إيجاد حلول مقبولة من أطراف النزاع خارج إطار وإجراءات التقاضي التقليدية، وتمكن من إفراغ الخلاف من مضمونه ومحتواه، بتراضي الطرفين بقناعتها على أن صلحا مجحفا يكون في بعض الأحيان دائما خيرا من حكم منصف لأنه يوفر راحة الاطمئنان إلى الحل الذي وقعا التوصل إليه وتفادي مخاطر الحكم القضائي المجهول العواقب والغير مضمون⁴، وقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء متقاربا إلى حد ما، وذلك نسبة إلى طبيعتها، فقد عرفها الأستاذ : بأنها مجموعة غير معدودة من الإجراءات لفض النزاعات بتدخل في مجمل الأحيان "JARROSSON" طرف ثالث يهدف إلى إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات⁵.

أما الأستاذ "FOUCHARD" : يقول في هذه الطرق لابد أن نميز بين التحكيم كآلية قضائية لتسوية النزاعات والطرق البديلة الأخرى التي تبحث عن اتفاق بإرادة الأطراف، وذلك بتدخل شخص ثالث سواء أكان خيرا أو مستشارا أو قاضيا، أو هيئة أو سلطة تتوسط لحل الخلاف⁶.

كما عرف المركز التجاري لحل النزاعات في استراليا هذه الطرق على أنها عمليات تهدف غالبا إلى تشجيع المتنازعين بعرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم⁷.

¹ StevenM ,AUstermeller, Esq :alternative dispute resolution Cambodia, anex1 book of essential concepts, publication of amirican bar association's rule of law, institute, 2010,p: 3.

² Didier ferrier ,les mode alternative de reglement des conflits d'une europe elargie, p : 2. cours publie sur internet : www.fichier-pdf.com/telecharger-book-+++-gratuit-converter-pdf.htm

³ احمد أنور ناجي: مدى فعالية الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها مع القضاء، ص:2. مقال منشور على الموقع : www.majalah.new.ma ، تاريخ التحميل: 2008/8/22.

⁴ عامر بورورو، مجلة المحكمة العليا- عدد خاص-الطرق البديلة لحل النزاعات- الصلح والوساطة والتحكيم. 15 و16 جوان 2008. ص:322.

⁵ CH.Jarrosson, « les mode alternatif de reglement des conflits » cours.D.E.S.S , feliere franco phone U, L, 2001-2002, p :2.

⁶ commerce intrenationnal. ed. **PH.FOUCHARD** :l'évolution des mode de règlement des litiges Dalloz,1987,p:1.

⁷ **j.makie- karl** « hand book of dispute resolution ADR ccin action alternative dispute resolution in Australia by davidanewton "sweet and maxewell london and new York first published ,1991,p:231.

فالوسائل البديلة أو الطرق الودية لحل النزاعات بصفة عامة طرق تمكن من اجتناب، خلافات مستقبلية أو أية بإدخال طرف ثالث في النزاع وذلك بدون اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن التقاضي، وذلك كسبا للوقت والمال وسعيا لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن.

كما أنها تعد الوسائل الملائمة لطائفة من منازعات التجارة الدولية والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت والتجارة الإلكترونية والملكية الفكرية وغيرها من معاملات عصر تغلب عليه المعاملات الرقمية وانطلاقا من هذا المعنى فإن التقاضي يخرج عن هذا التعريف ولا يعتبر طريقا بديلا لتسوية النزاع وإنما طريقا أصليا مادام الأصل في النزاعات أن يلجأ أصحابها إلى الجهاز القضائي الذي يتولى مهمة حسم النزاع وفق ما هو مسطر له في أحكام القانون.

واللب الأساسي فيها ببقى واحد وهو حل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات والشكليات القانونية المعقدة، وذلك باللجوء إلى الآليات المختصرة والسهلة من وساطة أو المفاوضات أو التوفيق من طرف هيئة لها دراية ونزاهة في إيجاد حل نهائي يرضي الأطراف بنتيجة إيجابية وفعالة¹.

وعلى العموم فإن هذه الطرق وإن اختلفت تسمياتها إلا أنها تدور حول فكرة واحدة هي حل النزاع بطريق ودي أو حبي فيه رضا الطرفان، لأن الأعراف وتقاليد الشعوب مختلفة في كيفية التسمية، ولكن معنى إيجادها ينصب في اتجاه واحد لما لها من عدة ألقاب ولكن المغزى هو واحد تسوية الخلاف دون اللجوء إلى المحاكم، هذا ما يمكن قوله في تعريف الطرق الودية لتسوية النزاعات التجارية.

وبعد تعريف هذه الطرق لابد من معرفة نشأة هذه الطرق، ومراحل تطورها وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : نشأة وتطور الطرق الودية لتسوية النزاعات التجارية :

من غير البديهي أو المنطقي أن نقول إن هذه الطرق هي حديثة النشأة، وإنما هي ضاربة في التاريخ البشري وقديمة قدم الخلافات التي كانت تثور في المجتمعات القديمة، وفكرة تسوية الخلافات بالطرق الودية هي سمة كانت تميز أغلب المجتمعات في عرق التاريخ، فهي منبثقة من حكمة الشعوب ولها علاقة وطيدة ووثيقة بالثقافات والتقاليد والعادات الاجتماعية والروابط التجارية لكل بلد، حيث أن العديد من الشعوب العربية والغربية كانت تلجأ إلى هذه الطرق، بصورة ودية وهادئة قبل اللجوء إلى التحكيم والقضاء، وخير دليل على قدم هذه الوسائل هي التراث الشعبي والأقوال والحكم التي كانت الشعوب تتداولها، في كل مناطق العالم وعبر قرون طويلة حتى يومنا هذا، خصوصا في المجتمعات التي مازالت تحافظ على تراثها وعاداتها وتقاليدها، كالشعوب الآسيوية والشعوب الإفريقية، فمثلا في آسيا وتحديدًا في الهند التي كانت تلجأ ومازالت تلجأ إلى هذه الطرق حتى يومنا هذا، وللهند تاريخ طويل في سلك الطرق الحبية عندهم، وتعود أغلب الحالات إلى عدة قرون قبل المسيح حيث هناك العديد من هذه الأشكال ومنها هيئات " البانشيات"² وهي مجموعة من كبار القوم وذوي النفوذ في القرية توكل إليهم الخلافات والنزاعات بين القرويين حيث تتم التسوية حالات النزاع بين الأشخاص من قريتين مختلفتين وهي قرية ثالثة وكان يسمى "

¹ Center for Democracy and Governance, alternative dispute resolution practitioners, Washington, 1998, p: 04.

² Murali Neelakantan : conciliation and ADR in india.ni shith desai associates.1996.p.2 sur le site intrenet www.mindsping.com/nishith

Disputants villages " للخروج محل نهائي يرضي كل الطرفين وذلك اجتنابا للصراعات القبائلية وخلق الفتنة وعدم اللجوء إلى التحكيم ا وإلى القضاء حتى لا يمتد الصراع إلى أجيال متواترة بين القريتين أو القبيلتين.

وأما في إفريقيا وتحديدًا في السنغال يوجد عندهم وسيلة تعرف بالـ "palabre" وهي قريبة من الوساطة والمصالحة والتوفيق، حيث اعتادوا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعاتهم التجارية والمدنية وأيضا في حال تعذر الوصول إلى حل يرضي المتنازعين يلجأون إلى القضاء أو التحكيم¹، وقد عرفت أيضا الشعوب والقبائل العربية هذه الطرق، قبل مجيء الإسلام، حيث كان يتم الاحتكام إلى شيوخ القبيلة الذين كانوا يتسمون بالعدالة والنزاهة والمصادقية في مجالس الصلح، سوا كانت القضايا تتداول قضايا جسام او فيما بين الأفراد.

فمثلا في دول الخليج وتحديدًا في الكويت، كانوا يذهبون إلى زعماء القبائل في مجلس يسمى " البرزة "أو" السلة "²، محاولين تجنب المحاكم، ثم تعززت هذه الوسائل والطرق بنزول الشريعة السمحاء وتم تنقيح الكثير من هذه الطرق بعد اعتناقهم للإسلام التي أقرت مبدأ الصلح بين الإخوة والعشائر والقبائل وحتى الأمم مصداقا لقوله تعالى " إنما المؤمنون إخوة فاصلحوا بين أخويكم "³.

وهناك الكثير من الآيات الكريمة التي تحبب الأطراف إلى اللجوء إلى تسوية ودية حبية للنزاع دون الدخول في متاهات تعرقل سير الحياة البشرية ومسيرة الأسس النبيلة التي من أجلها خلق الإنسان.

أما في الجزائر رغم حداثة هذه الآليات التي أوجدها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁴، إلا أن أصولها متجذرة في أعماق وتقاليد المجتمع كوساطة شيخ الزاوية، أو شخص ذو جاه حسن بين الأفراد ليتوسط في الخلافات الناشئة ويقوم بعملية الصلح والتوفيق، وقد تتم غالبا في الأمور العائلية.

ومن خلال ما تقدم نرى أن هذه الوسائل وجدت مع وجود الخلافات التي كانت تنشأ لدى مختلف الشعوب والقبائل تنحيا للذهاب إلى المحاكم، إلا أن كرس قانونيا في بعض البلدان الغربية، فقد كانت مطبقة في العهد القديم بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال الأعوام 1965-1970 وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا، واعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 1973/1/3 وبعده قانون 1976/12/24 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية⁵.

وكذلك في أمريكا استخدمت الكنيسة الكاثوليكية الوساطة لفض النزاعات بواسطة رجال الدين، ومع ظهور السلطة الحكومية في الولايات المتحدة اعتمدت بشكل مؤسسي في 1900، ثم بعد ذلك أنشئت في ولاية ماساتوستس ونيويورك وكالات خاصة مثل مجلس الوساطة والتوفيق لعمال السكك الحديدية 1913، ثم من بعد ذلك تلها المجلس الوطني للوساطة 1943، والذي كان ينظر في نزاعات العمل الجماعي بين العمال وأرباب العمل⁶.

¹ Amadou Dieng : les mode alternative de reglement des conflits (MARC) en ohada, cabinet cima devilla, law firm, 17et18 mars, 2009, p :06.

² بوشعيب اوعبي : التسوية الودية لحسم المنازعات، ص، 2 مقال منشور على الموقع : www.arablawn.org

³ سورة الحجرات، الآية، 10

⁴ قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد23، لـ 21ابريل 2008.

⁵ أحمد أنور ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل النزاعات ولاقتها بالقضاء نفس المرجع، ص:3.

⁶ LAURENCE Boulle , Ahistory of alternative dispute resolution" ADR bulletin"vol7,article3,2005,p:07.

ومع التطور الحاصل في ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي وسرعة وسهولة الاتصالات وثورة التكنولوجيا وضخامة العقود التجارية، تراجع التحكيم في تلبية مطالب المتنازعين لذلك بدء المتنازعون بالبحث عن وسائل وطرق أخرى تكفل لهم حل خلافاتهم خصوصاً في العقود الأخيرة من القرن المنصرم، إذ لم يعد المبالغة في القول بان التحكيم لم يعد الوسيلة وحيدة لحسم النزاعات التجارية، وإنما أصبحت هناك آليات وطرق اعتمدتها معظم التشريعات والهيئات الدولية في شأن فض النزاعات.

فكانت الانطلاقة الفعلية لهذه الوسائل أو الطرق من البلدان الانجلوسكسونية وبالذات قي الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1977، التي تفضل أنظمتها القانونية اعتماد الحوار والتراضي وتعرف هناك " Alternative dispute resolution" ¹، حيث كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات، وكان هناك محامون ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات وخبرة، ونفقات قضائية وأتعاب محامين، وأرهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف، ثم طرحت فكرة وسيلة بديلة ودية لحسم هذا النزاع، لماذا لا تؤلف محكمة مصغرة من كل طرف يختار احد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيساً محايداً، وراقت الفكرة الطرفين وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شيء، واستمرت الجلسة نصف ساعة أدلى بعدها رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة ثم دخل موظفا الأطراف أي عضوي المحكمة إلى غرفة جانبية فدخلوا في مفاوضات استمرت نصف ساعة وخرجوا ليعلنوا اتفاقهما وانتهت الدعوى على خير وسلام ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب وكانت ولادة ما يسمى بعد ذلك الوسائل الودية أو الحبية لحسم النزاعات ²، وانتشرت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية انتشاراً كبيراً، واخذ الاهتمام يتزايد بشيوعها واللجوء إليها وتوفير الجو المناسب فبدأت تأخذ حيزاً واسعاً في حل الخلافات التجارية، والدراسات تثبت وتشجع اعتماد هذه الطرق، في معظم القضايا التجارية الدولية.

وآخذت بوادر التسوية من وساطة وتوفيق تنتشر في الميدان التجاري لما راقى عليه من خصائص بسيطة وسهلة والسرعة في الخروج بحكم يرضي الأطراف فاعتمدتها أنظمة التحكيم الدولية وتبنتها ووضعت لها نظاماً يسمى التسوية الحبية.

فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم، سميت بالقواعد البديلة لحل النزاعات " ADR Rules" ³، حيث يمكن للمتنازعين اللجوء إليها وتسوية خلافاتهم ودياً وحبياً، قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، سواء أكان النزاع محلياً أو دولياً، وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها اثر في نشر التوفيق كوسيلة وطريق ودي لحل النزاعات التجارية ⁴، وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني

¹ GLOBAL Busniss Dialogue on electronic commerce, Alternative Dispute Resolution guidelines, 'final approved version, Britain, 2003, p: 55.

² حسام لطفي توفيق، الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، ص، ص:3،4 مقال منشور على الموقع :

http://www.4shared.com/get/gldiuU-j/_ht

³ ADR RULES : of international chambre of commerce.

⁴ أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتوفيق UNCITRAL CONCILATION RULES وقد أقرت هذه القواعد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 4 كانون الأول 1980 وأوصت بالأخذ بها لإيجاد حل للمنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان بحل تلك المنازعات بالطرق الودية.

الدول الأخرى "ICSID"¹، فوضعت وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية وذلك من المواد 28 إلى 35 من هذه الاتفاقية، ففتحت باب التوفيق قبل التحكيم ونصت على إجراءات لذلك.

أما على الصعيد العربي والإقليمي وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة، والتوفيق كوسيلة لحل النزاع من المواد 2 و3، حيث يلجأ إليها المتنازعون إليها قبل التحكيم وكانت مصر السبابة في هذا المجال، حين وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعد للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية والمحكم المصغرة، وبدأ العمل منذ 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من آليات لحسم منازعات التجارة والاستثمار.

وتنبت الهيئة الأمريكية للتحكيم "AAA" قواعد للوساطة "CAMC"²، والمحكم المصغرة في عام 1996، حيث يلجأ إليها المتنازعون في حل خلافاتهم التجارية، فوجدت بذلك هذه الطرق الأرض الخصبة لها في الآونة الأخيرة وانتشرت في أغلب البلدان نظرا للوضع المتأزم للقضاء التقليدي الذي سقط في الكم الهائل والمثقل بالقضايا وقلة الموارد المادية والبشرية والكلفة المبهمة، وكذلك بظهور ما يسمى عولمة الاقتصاد وخصصته وامتداده إلى الميدان القضائي فمثلا بدأت الوساطة تأخذ نطاقا كبيرا واسعا في حل الخلافات التجارية.

كما أن رجال الأعمال تولدت لديهم القناعة التامة باللجوء إلى هذه الطرق لإيجاد حلول تضمن لهم استمرار علاقاتهم التجارية، لأنهم يبحثون دائما عن الحلول التي تضمن لهم الحل النهائي والسريع لقضاياهم لاعتبار ان النظرة المالية تغلب على تصرفاتهم أكثر منها قانونية لما توفره من وقت ومال وجهد، عكس ما هو موجود كليا في التحكيم والقضاء.

بعد أن رأينا تعريف هذه الطرق والتسميات المختلفة التي سميت بها وأطلقت عليها، وأوضحنا نشأتها ومراحل تطورها وأسباب انتشارها سوف نبين أنواع وأهم هذه الطرق خصوصا المعتمدة في الميدان التجاري .

المطلب الثالث : أنواع الطرق الودية لتسوية النزاعات التجارية :

في الآونة الأخيرة تعددت وسائل وطرق تسوية النزاعات وخصوصا منها التجارية لدى رجال الأعمال والمحامين، حتى إن البعض الهيئات والمراكز التحكيمية أصبحت تشجع اللجوء إلى هذه الطرق وعلى رأسها الوساطة وعليه سوف نتطرق إلى تبيان أنواع الطرق الودية بادئين بالطرق ذات الحل التفاوضي.

الفرع الأول : الطرق ذات الحل التفاوضي :

1- الوساطة "MEDIATION" :

تعتبر الوساطة من أهم الوسائل البديلة لتسوية النزاعات التجارية إذ لم نقل هي لب هذه الطرق، على أنها وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع، فهي تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع دون دخوله أروقة القضاء، بمساعدة شخص محايد يسمى الوسيط في إنجاح عملية الوساطة في حدود قدرته .

¹ ICSID: The International center for settlement of investisment disputes

² CAMCA : Commercial Arbitration and Mediation center for the American

ويقول الأستاذ: "fouchard" فيما يخص الوساطة :

"La mission de médiateur se limite a tenter de concilier les parties ou sa efforce de les amener a une solution mutuellement acceptable La médiation est consensuelle du début a la fin ."

أي " مهمة الوسيط محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل الجهود لتقديم حل يرضي الطرفين" ¹.

فالأطراف هنا هم الذين يصنعون الحل الأرض لهم، فوظيفة الوسيط تقتصر على تسيير التواصل والتفاوض بين الطرفين لا التحكيم بينهم، والوساطة على رغم أنها لا تنتهي بقرار ملزم إلا إنها تحضى بقبول كثير من أطراف المنازعات الذين يفضلون حسم منازعاتهم عبر الوسائل الودية، فيقومون بقبول وسيط محايد على قدر كبير من الخبرة في مجال النزاع، لحل الخلاف ربما رغبة منهم في استمرار العلاقة فيما بينهم لاحقا، خاصة في المجالات المتعلقة بالنزاع التجاري، ومن الملفت للنظر أن الوساطة تنجح في حل حوالي 75% إلى 90 % من الخلافات التي يتفق الأطراف على حلها باستعمال هذه الآلية فهي الأساس الذي يقوم عليه نظام " A.D.R " في التجارة الدولية ².

وتعتبر اليوم الوساطة وسيلة وطريقة أكثر شيوعا في النزاعات التجارية لاسيما في العقود الدولية كعقود البناء والإنشاءات الدولية " FIDIC " ³ ، وكذلك فقد تبنت المنظمة العالمية للملكية الفكرية قواعد للوساطة والتي تقع في 27 مادة ويقوم بالإشراف على تطبيقها مركز الوساطة والتحكيم التابع للمنظمة المذكورة "WIPO" ⁴.

و الوساطة في الجزائر كانت مستعملة في النزاعات الناشئة في العلاقات بين الدولة والمواطنين، لكن فشلت التجربة خاصة لانعدام ثقافة حول هذه الطريقة لحل النزاعات وما كان يسمى بوساطة الدولة أصبحت إدارة ثقيلة دون فاعلية، مما تسبب في عرقلتها وازدهارها ⁵، حتى جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وكرس الوساطة كأحد الطرق البديلة لتسوية النزاعات العالقة امام القضاء، وخصص لها 12 مادة من 994 إلى 1005 على أنها إلزامية للقاضي في طرحها على الخصوم كما أجازها في اتفاق الأطراف باللجوء إليها، وكذلك مساهمة للبلدان المتقدمة، والتي يرجى منها التقليل من الاكتظاظ الذي تعرفه الجهات القضائية، وخصوصا منها التجارية باعتبار أن الجزائر تعتمد الاقتصاد الحر الذي يتطلب الإسراع في فض المنازعات والخوض دعاوى قضائية قد يطول أمدها، وتعرق الحياة الاقتصادية لكثير من رجال الأعمال والمستثمرين، فاللجوء إلى الوساطة هو في انتشار دائم داخل وخارج الجزائر، وعليه إذا من خلال ما سبق ذكره فإن دور الوسيط هو قيادة عملية حل المشكلة من خلال المحافظة على استمرار النقاشات البناءة بين الأطراف بحيث يكون الوسيط فاتحا لقنوات الاتصال والتخاطب عندما ينقطع الحديث، فقبل أن تكون قانونا هي سلوك متجذر في المجتمع ومحبا للنفس البشرية التي ترفض الإملاء وأساليب القوة من السلطة العامة بما فيها القضاء.

¹ فنيش كمال: مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات- الصلح والوساطة والتحكيم، الجزء الثاني، 15 جوان 2008، ص: 572-573.

² احمد أنور ناجي، نفس المرجع السابق، ص: 7.

³ FIDIC : fédération internationale des ingénieurs conseils

⁴ عمر مشهور حديثه الجاري: ندوة بعنوان " الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الاردن، 2004، ص: 07.

⁵ عمر الزاهي، يومين دراسيين حول " الطرق البديلة لتسوية النزاعات- مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- الجزء الثاني، الصلح والوساطة والتحكيم، 15 و16 جوان 2008، ص: 587-588.

لذا سعى المشرع إلى تنظيم الوساطة وفق إجراءات بسيطة يكون فيها الوسيط النزاهة دورا محايدا لتقريب وجهات نظر الخصوم وصولا لحل ينال رضاهم التام، والملاحظة التي يمكن قولها هنا هي ان المشرع اخذ معظم المواد المتعلقة بالوساطة عن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، بحيث نجد المواد من 131-2 إلى 131-12 من النص الفرنسي تقابلها بالترتيب المواد 995 إلى 1004 من قانون الإجراءات المدنية.

1-2- أنواع الوساطة :

تتخذ الوساطة أشكالا وأنواعا عديدة، فهناك الوساطة البسيطة " simple médiation " وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر بالنسبة للمتنازعين، وهناك الوساطة الاستشارية " médiation consultation " وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من خبير أو محام استشارة في موضوع النزاع بالتدخل كوسيط لحل النزاع، كما أن هناك الوساطة التحكيمية " médiation arbitration "، وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة¹، وهناك أخيرا الوساطة القضائية " judiciaire médiation "، حيث تقوم هنا المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية بالوساطة، وهذه الأخيرة التي فضلها المشرع الجزائري، حيث تقوم المحكمة من طرف القاضي حسب المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الخصوم إلى اللجوء إلى الوساطة، إذا فالوساطة تتخذ مجالا أوسع خلافا عن الآليات الأخرى فهي أكثر عمومية مرونة بتعدد أشكالها وأنواعها لما توفره من حلول في جميع الماديين الخاصة والعامة، كم أن الوسيط يتدخل إذا فشلت مهمة القاضي أو المحكم ولذلك فهو يتمتع بمقومات تجعله قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لحكم النزاع وهو يظل في مشاور دائم مع الأطراف المتنازعة حتى يتم التوصل إلى تسوية ودية مقبولة، كما يجب عليه أن يحفظ قدرا من السرية بين الأفراد والحرص على عدم تسريب كل ما يتعلق بالنزاع، وشرط السرية لا بد أن يكون مذكورا في اتفاق الوساطة، إذ يتعهد أطراف الاتفاق بأن يحافظوا على الوساطة وإجراءاتها في إطار من التسوية والكتمان، ومن ميزات الوساطة أنها قليلة التكاليف لا تستغرق وقتا طويلا، فأطول وساطة تستمر من شهر إلى ستة أشهر، بينما الدعوى أمام القضاء تبقى سنوات طويلة.

وفي الأخير يمكن أن نميز بين التحكيم والوساطة، فالمحكم يصدر قرار نهائيا ملزم ويخضع المتنازعون لتنفيذه، في حين أن الوسيط لا يملك سلطة إصدار قرار، وإنما تتجسد في حث المتخاصمين في قبول اقتراحاته وتوصياته.

2- التوفيق أو الصلح " Conciliation " :

هو نوع آخر من أنواع الطرق الودية لتسوية ما يثور من نزاعات وخلافات في المجال التجاري، حيث له دور بارز في حسم المنازعات الناشئة بين أطراف العلاقات والاتفاقات والعقود التجارية، وهو ما جعل نظام التوفيق يحظى باهتمام كبير في الآونة الأخيرة على رغم انه من أقدم أساليب حل الخلافات في تاريخ البشرية.

¹ JEAN-Claude Goldsmith " « les mode de règlements amiable des différends » RDAL, 1996, P :221

² تنص المادة 994 " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام. إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع".

وتتمثل عملية التوفيق في الاتفاق بين أطراف النزاع على تسوية نزاعهم عن طريق التوفيق، واختيار الموفق "CONCILAITEUR" الذي ستوكل إليه مهمة حسم النزاع كمرحلة أولى، وكما هو معلوم فإن دور الموفق يقتصر فقط على تقريب وجهات أطراف النزاع وابدأ وتقديم المقترحات لهم¹، بما يكفل إليه من توصل إلى حلول مرضية.

والصلح أو التوفيق هو إجراء اقره التشريع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فقد عرفت المادة 449 من قانون المدني " على انه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل بحقه" ، فقد كان له دور موضوعي فقط، إلا أن تصدى له بموجب النص الجديد وأعطى له طابع إجرائي في استحداث بعض النصوص القانونية فيه ونظرا للمزايا التي يتسم بها التوفيق في المجال الاقتصادي والتجاري كوسيلة لتسوية المنازعات الاقتصادية والمنازعات المتعلقة بأمور التجارة، دفع الأطراف إلى اللجوء إليه واتخاذ كوسيلة ودية، خلافا عن القضاء والتحكيم وما يوجه إليهما من مخالب وقصور وعدم استجابتهما لما لحق بالمعاملات الاقتصادية الدولية من تطور وتغير، فإن التوفيق التجاري يتلافى هذه الأمور ويستجيب لهذه المتغيرات، بل انه قد يفوق التحكيم التجاري أحيانا فيما يرمي إليه، وما يحققه من نتائج وهو الأمر الذي وجه أنظار الهيئات الدولية كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار خاصة مع زيادة التطور في نظم المعاملات الاقتصادية الى الوسائل الودية، كالتوفيق ليلعب دورا معاونا للتحكيم التجاري ومن هنا بدا التوفيق يأخذ طريقه ليصبح اهم الوسائل البديلة لحسم وتسوية المنازعات التجارية²، وهذا ما هو متجسد في التجارة الدولية.

بحيث اعد قانون نموذجي للتوفيق التجاري الدولي سنة 2002 لدى الأمم المتحدة متمثلا في قواعد "الاونيسترا" التي أخذت من التوفيق كطريق ودي لحل النزاعات الدولية التجارية حيث أعدت قانون مستقل بذلك يمكن للأطراف سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين باللجوء إليه، قصد حل نزاعاتهم، فقد عرفت التوفيق في الفقرة الثالثة من المادة الأولى بأنه: "عملية يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث "الموفق" مساعدتهما في محاولة للتوصل إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهما الناشئ عن عقد أو متصل به أو غير ذلك من العلاقات القانونية، ولا يملك الموفق فرض سلطته على الطرفين لحل النزاع"³.

3- المفاوضات " NEGOSIATION " :

زيادة على الوساطة والصلح والتوفيق هناك المفاوضات كوسيلة ودية مكتملة للحلول الأخرى في فض النزاعات التجارية.

وتعرف المفاوضات على أنها آلية ووسيلة مباشرة بين الأطراف لحل الخلافات العالقة بينهم بتبادل الحوار والآراء والطلبات وإكمال الحوار للخروج بحل يرضي الطرفين⁴، وأفضل تعريف أعطي للمفاوضات هي التشاور

¹ هاني محمد البوعاني، مداخلة حول الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية، مرجع سابق، ص: 5.
² طه احمد قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص: 421.

³ Article 1/3 "conciliation" means a process 'whether referred to by the expression conciliation 'mediation or an expression of similar import 'whereby parties request a third person or persons ("the conciliator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

⁴ Adam Haji Ali Ahmed :Alternative dipute Resolution (ADR) mechanisms for conflit resolution and intervention, Master of Arts in 51. p : july2010, National Unions, university for peace, 'international law and rights

والتواصل بقصد الإقناع، ويتم ذلك عادة عندما تكون العلاقات بين الطرفين في غاية التأزم والنزاع في حالة تصعيد يصعب معها إحضار الأطراف وجها لوجه، وتشكل المفاوضات ركنا أساسيا في الطرق الودية والحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، وظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد على شكل المساومة حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها نظير ادني مقابل، ثم تطورت هذه الفكرة بحيث لم تصبح مجرد مساومة، وإنما عملية لها مقوماتها الأساسية لعدم احتياجها إلى مظاهر وشكليات لإنهاء الخلاف القائم بل مجرد تعيين المكان والزمان حفاظا على المساواة والأهداف النبيلة وراءها، بحيث يجب على المتنازعين في حال وجود خلاف، العمل على محاولة حله عن طريق التفاوض على مختلف المستويات لتجنب التحكيم أو القضاء قبل أن يمضي وقت طويل. وفي عملية التفاوض ثمة نوعين من المفاوضات، مفاوضات تسمى بالعقلانية "RAISONNEE" وهي التي تكلمنا عنها، وهناك نوع آخر يسمى المفاوضات المدعومة "ASSISTE" وهي التي يتدخل فيها شخص ثالث يحاول التقريب بين الطرفين وإرشادهما إلى وضعهما والبحث عن الحلول المحتملة لفض نزاعهما.

4- المحاكم المصغرة "Mini-Trials" :

هي عملية يتم بموجبها للإطراف تقديم عرض على لجنة محايدة¹، وتقوم على افتعال دعوى قضائية صورية أمام الخصوم أو محاميهم أو وكلائهم بحضور مشاوريهم عند الاقتضاء، وتتيح للخصوم إطلاعهم على النزاع كما لو كانوا أمام المحكمة التي قد يعرض عليها النزاع، بحيث يقدرון مخاطر التقاضي ويسعون لتلافيها بعقد مصالحة ملائمة، فيجتمع الخصوم مع منظم محايد ويستمعون إلى عرض الوقائع والحجج القانونية وملخص الأدلة، وبنتيجة الجلسة التي لا تتجاوز عادة يوما واحدا تختلي الهيئة عن البحث تسوية بواسطة المنظم.

وقد انتشرت هاته الطريقة في الولايات المتحدة الأمريكية بدا من 1980 وساعدت على حسم عدد كبير من النزاعات مجتنبه خسائر ونفقات في حال عرض النزاع على التحكيم أو القضاء، وثمة تحكيم غير قابل للتحكيم يقتصر فيه المحكم على ابدأ رأيه أو توصية لا يلزم الخصوم بإتباعها، على أنهم كثيرا ما يتبنونها ويحسمون النزاع على أساسها ولا يشكل هذا الأسلوب سوى احد صور الوساطة²، وتتلخص فوائد هذه الوسيلة بأنها تختزل الجلسات الطويلة ويمكن عرض لكل الطرفين مطالبه دون أي قواعد شكلية للإجراءات والأدلة، كما أن للمقررين الأساسيين لحل النزاع لديهم الخيار، بان يستشيروا أشخاصا على درجة من الكفاءة والموضوعية، وأول من طبق هذه الوسيلة كانت الهيئة الأمريكية للتحكيم، ثم اتبعتها العديد من المراكز التجارية كمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، كما أصبح أكثر رواجاً وانتشرت مؤخرا في حل خلافات التجارية لدى شركات القطاع الخاص.

5- المطرقة المخملية أو وساطة ميتشغان :

أمام تراكم الدعاوى على محكمة ميتشغان وجدت هذه مخرجا يخفف من الأعباء ويفتح باب وسيلة بديلة وودية لحسم المنازعات عن طريق الوساطة، إذ وضعت محكمة ميتشغان ذاتها إجراءات يلزم أطراف أي نزاع بإتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء.

¹ Douglas A, Van, epps : michigan ' taxonomy of altrnative dispute resolution process, p:07.

<http://courts.michigan.gov/scav/dispute1adr.htm>

² محمد الحلاق، الأساليب البديلة لحل النزاعات الضريبية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- مجلد 22 -عدد أول- جامعة دمشق، كلية الحقوق، سوريا، 2006، ص: 13.

وقبل أن تبدأ إجراءات أي محكمة يختار كل طرف وسيط من الأسماء الواردة على لائحة الوسطاء، ويسمى وسيطا ثالثا من اللائحة، ويعين قاضي محكمة ميتشغان جلسة وساطة ويبلغها للطرفين وللوسطاء قبل عشرة أيام من الجلسة يقدم كل طرف لائحة مختصرة بادعاءاته مدعمة بالحجج القانونية وسرد الوقائع كل ذلك باختصار. والجلسة يجب ألا تتعدى الساعة من الوقت يقدم فيها الوسطاء تقريرهم خلال الأيام العشرة اللاحقة لجلسة المرافعة للطرفين المهلة 20 يوما لقبوله أو رفضه فإن لم يجيبوا، اعتبر ذلك موافقة وقبولا وإذا قبل قرار الوسطاء يصدر حكم من محكمة ميتشغان بتثبيته¹، وإذا رفض من أي الطرفين تستأنف الدعوى سيرها العادي أمام المحكمة ويوضع قرار الوسطاء في مغلق يختم بالشمع الأحمر لا يفتح إلا بعد صدور الحكم عند صدور الحكم بفتح الملف المختوم بالشمع ثم يقارن الحكم بقرار الوسطاء فإن كان الحكم قد أعطى أكثر من قرار الوسطاء ب 10% فإن المدعى عليه هو الذي يتحمل نفقات ورسوم الدعوى، وإذا قررت المحكمة للمدعي اقل ب 10% مما قرر الوسطاء يتحمل كل فريق نصيبه من النفقات القضائية.

الفرع الثاني : الطرق ذات الحل الخاص :

1- التقييم الحيادي المبكر "Early neutral evaluation" :

هو عملية أو وسيلة يشارك فيها المتنازعون للحصول على التقييم لقضيتهم من محام محايد أو غير من الأشخاص الذين لديهم معارف مهنية، غالبا ما يسمى المقيم "evaluator"، والذي يكون بصلة بالقضية الفنية والقانونية².

حيث تحال القضية المطروحة في النزاع لتقديم تقييم متوازن وغير منحاز لأي طرف بتحديد كل جوانب القوة والضعف، بدفع القضية إلى التوصل إلى تسوية، وتكون استشارته وتأمينه غير ملزم، بحيث لا يتقيد الأطراف بآراء المشاور ومقترحاته، إذ نجد هذه الوسيلة أو الطريقة تستعمل كثيرا في مشاريع البناء المهمة بتولي دور المشاور هيئته ثلاثية لحسم المنازعات تضم كل من المحاييد أو المقيم وممثلا من كل الطرفين ويطلق أحيانا على هذا الأسلوب اسم التقدير السابق للنزاع "early neutral evaluation"³، كما يقدم كل من المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية "ICC"، إليه لمثل هذا الإجراء من قبل خبير وكذلك الأمر مع لجنة الأمم المتحدة للتنظيم التجاري الدولي "UNCITRAL".

2- استئجار القاضي أو التقاضي الخاص "Private judging" :

هي وسيلة يتقدم فيها المتنازعون باعتماد أو بتعيين قاض خاص لهم من طرف المحكمة، حيث للقاضي غالبا ما يكون قاض سابق من ذوي الخبرة في منطقة النزاع ويصدر قرار مشابها للقرارات الصادرة عن المحاكم، حينها تلتزم المحاكم بتطبيقه في الحال⁴، وقد عرفت وطبقت هذه الوسيلة في امريكا وتحيديا في ولايتي كاليفورنيا ونيويورك، كما

¹ احمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، مرجع سابق، ص: 10.

² ADAM Haji Ali Ahmed, alternative dispute resolution (adr, op, p: 10.

³ محمد الحلاق: الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية، مرجع سابق، ص: 13.

⁴ APPENDIX, slected ADR Procedures, 154, p: 113. [http:// www. ADR WORLD.com](http://www.ADRWORLD.com)

أنها غير مطبقة في العديد الأنظمة القانونية في العالم وذلك لتعارضها مع النظم التشريعية وأحكام القضاء في هاته الدول.

3- التحكيم وفقا لغرض آخر "final last offer arbitration" :

هذه الوسيلة البديلة لحل النزاعات ليست مبنية على الوساطة بل على التحكيم ولكن المحكمة التحكيمية ليست حرة في بحث النزاع بل هي مخيرة في تبني أي مطلب من مطالب طرفي النزاع بدون زيادة او نقصان، وفكرة هذه الطريقة هي إجبار الطرفين على تحقيق مطالبهما لان طلبا مبالغيا فيه سيفضي لان تبني المحكمة التحكيمية الطلب الآخر كما هو وترد الطلب المبالغ فيه، ولأنها لا تملك سوى حرية اختيار احد الطلبين كما هو، وعرفت هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم عمت اليابان وكندا وأستراليا، كما أنها تتميز في سويسرا في أنها توجد وسيط يحرك المفاوضات الذي يتوقف نجاح او فشل المفاوضات عليه فهو مفتاح حل النزاع.

وفي البلدان التي انتشرت فيها هذه الوسيلة البديلة لفض الخلافات بالطريقة الحبية فان دورها يبدو عصريا والإقبال عليها يؤكد أنها تأتي لحاجة لدى عقلية اجتماعية وثقافية معينة فمن هذه الزاوية تلعب دورا هاما في حل النزاعات بطريقة عصرية، يشبهها البعض في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها السيارة في أن الوسائل الأخرى هي العربة والحصان، ولا ريب في أن في ذلك مبالغة، خاصة وان هذه الطريقة قد نجحت كثيرا في المجتمعات معينة ولم تحقق أي نجاح بعد في مجتمعات أخرى كالدول الأوروبية التي تكتفي بالتحكيم كوسيلة عصرية وسريعة وبديلة عن القضاء لحسم المنازعات¹، كما أننا نجد سبب اعتمادها في الولايات المتحدة الأمريكية نتيجة لمفاوضات لعقود محترفين رياضيين ولجهة تعيين الثمن، وتسمى هذه الطريقة أيضا بتحكيم البيسبول "baseball arbitraion"².

4- فض النزاع بواسطة شخص ثالث أو ما يسمى بـ "Adjudication":

هي اصطلاح عام يطلق على الشخص المكلف بحل النزاع ويسمى بـ "Adjudicate"³ ، الذي يتمتع بالخبرة والاستقلالية وكذلك الحياد في النظر في النزاعات المطروحة أمامه وهي تسمية انجليزية اقرها المشرع الانجليزي في قانون الإسكان والتعمير والتجديد لعام 1996 وهي في الغالب وسيلة لتسوية النزاعات في صناعة البناء حيث تنص المادة 108 من هذا القانون على الأطراف في عقود البناء إحالة النزاعات الناشئة في العقد على "adjudicator" قبل بدا التحكيم أو التقاضي، والتي تتيح لطرف من أطراف النزاع على إحالة المسالة إلى طرف مستقل الذي يطلب منه اتخاذ القرار في غضون 28 يوما ويمكن تمديد هذه الفترة بنسبة تصل إلى 14 يوما طبعا مع موافقة الأطراف على ذلك، من المسالة المطروحة أمامه، كما أعطى الحق للمتنازعين بالتنازل عن هذه الوسيلة بالاتفاق واللجوء إلى التحكيم وكذلك ارتبطت هذه الوسيلة بعقود الهندسة الدولية أو ما يسمى بعقود الفيديك⁴، وما يجب الإشارة إليه هنا على أن هذه الوسيلة سريعة جدا بالمقارنة مع الطرق الأخرى لتسوية المنازعات مثل التحكيم والتقاضي ويمكن أن تستخدم أيضا خلال عملية إبرام العقد، بحيث يمكن الفصل في النزاع بإجراءات

¹ احمد انور ناجي، مرجع سابق، ص، ص: 5-6.

² StevenM. AUsternmeller, Esq , alternative dispute resolution Cambodia, anex1 book of essential concepts, op, cit, p: 204.

³ : هو القاضي أو الحكم Adjudicator قضاء إصدار حكم قضائي .

⁴ .USERS Guide to Adjudication , construction umbrella bodies adjudication task group, april, 2003, p: 5
<http://en.fpdf.com/what+is+adjudication-pdf-ebook.htm>.

بسيطة دون الحاجة إلى إشراك محامين أو مستشارين آخرين كما أنها لأتكلف كثيرا وأكثر فاعلية في حسم النزاعات الناشئة أمامها، وسيممة اختلاف هذه الطريقة عن الوساطة في أن القائم على هاته الأخيرة تعتمد على عدة وسائل مختلفة لإظهار الحقيقة خلاف على المساعدة في التوسط والتفاوض في إيجاد حلول وتختلف عن التحكيم في كون القرار الصادر عن "Adjudicator" لا يخضع للاستئناف بل أن النزاع يحال مجددا برمته إلى التحكيم، في حين أن القرار التحكيمي يخضع للاستئناف، وتختلف عن الخبرة عندما يصدر قراره لا يكون ملزما دائما عكس هذه الأخيرة، حيث يبقى قراره ملزما به حتى إحالة النزاع مجددا إلى التحكيم.

5- الاحتكام إلى الخبرة "Expertise" :

في هذا النوع من الحلول يتولى الخبير بدراسة النزاع القائم وتفحصه بعد أن يقدم تقريره طبعاً مع استعمال خبرته ومهارته التي توصله إلى إيجاد حل مناسب للنزاع، والخبير هو شخص فني أو طبيب أو مهندس أو حسابي أو مصرفي أو غيره¹، وذلك حين يطلب منه إبداء رأيه في مسألة معينة دون أن يكون رأيه ملزماً للخصوم أو للهيئة المختصة بالنظر في النزاع، والخبير يؤدي خبرته دون أن يتقيد بالإجراءات والمواعيد لذا لا يعتبر محكماً²، وتمتاز هذه الوسيلة على غرار باقي الطرق الأخرى على أنها سريعة وقل تكلفة بالنسبة للتحكيم والقضاء، علماً أن التقرير الخبير لا يقبل الاستئناف باعتباره مبني على وقائع حقيقة وليست قانونية، وهذه الطريقة متداولة كثيراً في البلدان الانجلوسكسونية وخاصة في بريطانيا، حيث تقر بشرعية بنود الخبرة كأسلوب بديل لفض النزاعات التجارية، كما نجد هذه الطريقة تعتمد كثيراً في عقود الدولية الكبرى كعقود الهندسة والبناء وحيث تعطي بنوداً بصلاحية بث النزاع من طرف خبير بتسميته أو تسمية الهيئة التابع لها.

على العموم هذه هي أغلب الطرق الودية التي ينتها في هذا المطلب بحيث هناك عدة أنواع لها وكل نوع يتشابه في تسميته وطريقته في حل النزاع إلا في بعض الاختلافات البسيطة التي لا يدركها الدارس إلا بعد الخوض في عمق هذه الطرق إلا الميزة الغالبة عليها تبقى واحدة إلا وهي حل النزاع بطريق ودي وحجي يمكن للأطراف اختزال الوقت والاقتصاد في النفقات والخروج بحكم يرضي المتنازعين

¹سلطان راشد العاطفي، الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات والتجربة الكويتية في التحكيم، وزارة العدل، الكويت، ص: 3.

²سعید يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 283.

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

La répression pénale de la soustraction frauduleuse a l'impôt



Laouer rim rafiaa Doctorante
en droit des affaires comparé
Professeur contractuel a la faculté
de droit de Mostaganem – Algerie

INTRODUCTION :

La fraude fiscale est définie par l'article 303 du code des impôts directs qui dispose que « quiconque , en employant des manœuvres frauduleuses s'est soustrait ou a tenté de se soustraire en totalité ou en partie , à l'assiette ou à la liquidation de tout impôt, droit ou taxe , est passible ... »

Il s'agit du fait de se soustraire ou tenter de se soustraire, frauduleusement, au paiement total ou partiel de l'impôt. Une définition plus pragmatique est proposée par André Margairaz : « il y a fraude lorsqu'on applique des procédés permettant d'échapper à un impôt alors que le législateur n'avait pas prévu d'échappatoire¹. » La fraude fiscale suppose une intention délibérée de fraude et des éléments matériels (omission ou insuffisance de déclaration, erreur délibérée, organisation d'insolvabilité ou autres manœuvres, par exemple).

Donc la fraude fiscale c'est une infraction à la Loi commise dans le but d'échapper à l'imposition ou bien d'en réduire le montant

Cette infraction suppose la réunion de plusieurs éléments, ensuite nous parlerons des sanctions (1) et des procédures fiscales (2).

1) les éléments et sanctions de la fraude fiscales :

la fraude fiscale est réprimé pénalement , et seul le juge pénal doit apprécier le comportement délictueux du contribuable en recherchant les éléments constitutifs de la fraude fiscale (a) et déterminer les sanctions applicables (b) .

A) les éléments constitutifs de la fraudes fiscales :

- l'élément matériel :

Les actes constitutifs de manœuvres frauduleuses sont l'élément matériel de l'infraction, et sont cités a titre indicatif et non limitatif par les textes .

Et sont considérées comme manœuvres frauduleuses :

- Le fait d'avoir sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou d'avoir passer ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livres journal et au livres d'inventaire prévu par l'article 9 et 10 du code de commerce, ou dans les documents qui tiennent lieu , lorsque les irrégularités concernent des exercices dont les écritures ont été arrêtées.
- Le fait d'avoir utilisé des écritures ou mentionné des résultat ne se rapportant pas à des opérations réelles, notamment a ce qui concerne l'établissement de l'état détaillé des clients.
- La dissimulation ou la tentative de dissimulation par toute personne, des sommes ou produit auxquels s'appliquent la taxe sur la valeur ajoutée dont elle est redevable et particulièrement , les ventes sans factures, la vente sans factures de manière répétitive est l'infraction la plus relevée dans les petits commerces.

Elle permet de dissimuler une partie de son activité en ne comptabilisant pas des recettes, elle permet d'échapper au versement de la TVA au trésor, de diminuer son chiffre d'affaire et de minorer le bénéfice comptable.

- La production de pièces fausses ou inexactes à l'appui de demande tendant a obtenir, le dégrèvement , la remise, la décharge , ou la restitution de la taxe sur la valeur ajoutée.
- L'omission ou l'insuffisance de déclaration de revenus mobiliers ou de chiffre d'affaire commises sciemment .
- Le fait pour un contribuable d'organiser son insolvabilité ou de mettre obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de tout impôt ou taxe dont il est redevable.

- Tout acte, manœuvre ou comportement impliquant l'intention manifeste d'éluder ou de retarder le paiement de tout ou partie du montant des taxes sur le chiffre d'affaire tel qu'il ressort des déclarations déposées¹.
- **L'élément moral :**

L'intention de se soustraire au paiement de l'impôt, à l'instar des manœuvres frauduleuses, est une condition pour que le délit de fraude fiscale soit retenu.

Il s'agit là d'un élément prépondérant , requis dans toutes infraction pénale, c'est l'élément moral , la mauvaise foi du contribuable , celui qui a conscience du caractère frauduleux , trompeur de ses actes et du préjudice causé, le contribuable qui omet de déclarer certains revenus par ignorance , n'est pas coupable de fraude fiscale au sens pénale, cette ignorance peut être réparée au moment de l'exigibilité de l'impôt².

Donc quand l'élément moral fait défaut , l'infraction commise ne sera pas pénalement sanctionnées, mais constituera une infraction administrative , par conséquent l'administration fiscale réclamera le paiement de l'impôt éludé de bonne foi et appliquera une sanction administrative par redressement ou taxation d'office .

- **L'exigibilité de l'impôt :**

Il n'y a pas de fraude fiscale, tant que l'impôt n'est pas exigible , c'est une question de pure logique, au terme de l'article 345 du code des impôts « les impôts directs, produits et taxes assimilées sont exigibles le dernier jour du deuxième mois suivant celui de la mise en recouvrement du rôle ».

C'est a travers des actes de poursuites , qu'on peut constater le montant de l'imposition réelle réclamée, et ces actes de poursuites sont :

- avertissement régulièrement mis en recouvrement , et dûment notifié.
- avis a payer accompagné de son accusé de réception .

¹ L'article 303 du code des impôts directs, article 532 du code d'impôts indirects, article 119 du code de l'enregistrement, l'article 34 du code du timbre, l'article 104 du code de procédures fiscales .

² Guerri rachid, le contentieux de la fraude fiscale –aspects pratiques, revue de la cour suprême , numéro spécial, fraude fiscale et contrebande, 2007, p .18.

- dernier avis a payer avant poursuite accompagnée de son accusé de réception .
- commandement a payer régulier en la forme et dument notifié.

Et pour l'obtention du recouvrement le législateur a donner a l'administration fiscale des voies et des moyens particuliers , ce sont des procédures de recouvrement forcé , qui se résument en la fermeture temporaire, la saisie , ou encore la vente d'objets saisis¹.

Dans le cas ou le contribuable se soustrait volontairement au paiement de l'impôt, le receveur des impôts , pour peu que l'imposition soit exigible et qu'aucune réclamation contentieuse la concernant n'est en instance , a toute la latitude d'émettre un avis au tiers détenteur, de procéder a une saisie-exécution , ou a la vente d'objets saisis. Cette prérogative lui est reconnue par l'article 392 et suivants du code des impôts directs et taxes assimilées. Une fois le recouvrement forcé demeure infructueux, dans ce cas l'administration fiscale peut recourir à la plainte pénale pour fraude fiscale, s'il s'avère que le contribuable a organisé son insolvabilité².

B) Les sanctions de la fraude fiscale :

L'article 303 du code des impôts directs et taxes assimilées fixe les sanctions comme suit :

- Une amende de 50.000 DA a 100.000DA lorsque le montant des droits éludés n'excède pas 100.000 da.
- L'emprisonnement d'un a cinq ans et une amende de 50.000 DA a 100.000 DA lorsque le montant de droit éludés est supérieur a 100.000 DA.
- L'emprisonnement de deux a dix ans et une amende de 100.000 DA a 300.000 DA lorsque le montant des droits éludés est supérieur a 300.000 DA .
- La réclusion a temps de cinq a dix ans et une amende de 300.000 DA a 1.000.000 DA lorsque le montant des droits éludés est supérieur a 1.000.000 DA .
- La réclusion a temps de dix a vingt ans et une amende de 1.000.000 DA a 3.000.000 DA lorsque le montant des droits éludés est supérieur a 3.000.000 DA .

La contrainte par corps est applicable au recouvrement des impôts dont l'assiette a motivé les poursuites.

¹ Yacef belkacem arab, la fraude fiscale, revue de la cour suprême, 2007, p.7.

² Kadi hanifi, le contentieux fiscal algérien, éd sahel, 2011, p.125.

La récidive dans un délai de cinq ans entraîne de plain droit le doublement des sanctions tant pénales que fiscales prévus pour l'infraction primitive.

65 Sur 183 condamnations fermes prononcés au cours du 1^{er} semestre 2010 , 53 condamnation a la réclusion a temps de 20 ans ,soit un taux de 28,9 pour cent , 21 condamnation a la réclusion a temps de 10 ans, soit un taux de 11,5 pour cent, 08 condamnations a réclusion a temps de 6 a 9 ans , soit un taux de 4,4 pour cent, 15 condamnation d'emprisonnement de 5 ans , soit un taux de 8,2 pour cent, 83 condamnations d'emprisonnement de moins de 5 ans, soit un taux de 45 pour cent¹ .

2) les règles procédurales :

A la différence des autres infractions pénales de droit commun , le délit de fraude fiscale ne peut être poursuivi d'office par le ministère public, l'action publique est mise en œuvre que si l'administration fiscale dépose plainte , c'est une formalité d'ordre publique , dans le cas contraire les poursuites sont nulles.

A) Le monopole des poursuites de l'administration fiscale :

Les poursuites sont engagées sur plainte de l'administration fiscale, sans mise en demeure préalable du contribuable , de compléter sa déclaration ou de régulariser sa situation selon l'article 305 du code des impôts directs et taxes assimilées.

La plainte est déposée par le directeur des impôts de la wilaya territorialement compétent ou son mandataire auprès du juge d'instruction ou du procureur.

Le tribunal saisi est celui du lieu de l'inspection territorialement compétente pour asseoir l'impôt ou celui où l'imposition aurait dû être acquittée.

L'administration fiscale , partie civile au procès pénal peut solliciter la condamnation du contribuable prévenu aux paiements des impôts éludés , assorties des pénalités fiscales et majorations .

Le contribuable soulève souvent le sursis à statuer au motif que la juridiction administrative est saisie du contentieux destiné à trancher sur le bien-fondé ou le montant de l'impôt réclamé , ce qui pose la question de l'indépendance du juge pénal par rapport au juge administratif².

¹ Chiffre du rapport 2010 de l'administration fiscale (Kadi hanifi, op.cit, p.129.)

² Kadi hanifi, op.cit, p. 131.

La relation entre les deux n'a pas été résolue par le droit ni par la jurisprudence , le principe le pénal tient le civil en l'état ne s'applique pas au juge administratif qui est en principe indépendant des juridictions judiciaires , mais cela peut avoir pour conséquence d'entraîner des décisions contradictoires , si le juge pénal condamne pour fraude fiscale et le juge administratif annule l'imposition pour non respect des procédures , comme peut le juge pénal relaxer et le juge administratif décider que l'impôt est dû¹.

Le juge pénal sanctionne le comportement frauduleux, les manœuvres mises en œuvre pour éluder l'impôt , l'intention frauduleuse, alors que le juge administratif tranche la question du bien-fondé de l'imposition, la régularité d'un redressement en dehors de tout acte frauduleux commis de mauvaise foi, nous pouvons considérer que les deux se rejoignent ou pour le moins interfèrent , mais doit être introduit le principe selon lequel le juge pénal sursoit à statuer sur la plainte de l'administration fiscale jusqu'à ce que le juge administratif statue sur le bien-fondé de l'imposition².

En droit commun l'initiative des poursuites appartient au parquet, en droit fiscal, cette initiative appartient à l'administration , dans la mesure où le parquet ne peut pas engager de poursuite sans une plainte préalable , déposée par l'administration fiscale , donc l'administration fiscale dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui parfois confère à l'arbitrage³. L'administration fiscale se retrouve seul juge de poursuivre et sélectionner les affaires qu'elle va soumettre au juge pénal sans autre arbitre qu'elle-même , donc l'administration fiscale décide seule qui elle doit poursuivre pour fraude fiscale selon des critères qui peuvent aller de la simple dissimulation de sommes dérisoires à la soustraction de sommes considérables de l'imposition⁴.

Nous avons vu que l'administration fiscale a le monopole des poursuites pénales envers le contribuable fraudeur , c'est elle aussi qui peut mettre fin à ces poursuites par un retrait de sa plainte.

L'article 305 du code des impôts directs et taxes assimilées, dit que le directeur des impôts peut retirer la plainte en cas de paiement de l'intégralité des droits simples et pénalités objet de la poursuite, le retrait de la plainte éteint de plein droit l'action publique.

¹ Cyrille David, les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, 2000, p.820.

² Ait belkacem Djamel, la créance fiscale objet de la poursuite pénale pour fraude fiscale, revue de la cour suprême, 2007, p.42.

³ Cyrille David, op.cit, p.824.

⁴ Kadi hanifi, op.cit, p .134.

B) mise en œuvre de la procédure de flagrance fiscale :

Les contrôles opérés par l'administration fiscale s'effectuent après le dépôt des déclarations, bien que l'administration dispose de moyens important pour poursuivre l'imposition des contribuables (vérification de compatibilité , droit de visite et de saisie, enquête inopinée, redressement et taxation d'office), elle n'a pas pour autant les moyens de réagir rapidement face aux entreprise éphémères , car son intervention se fait après les déclarations du contribuables, entre le moment ou une société ou une structure commence ses activités et celui ou elle doit faire des déclarations , il se passe plusieurs mois durant lesquels l'administration fiscale ne peut pas lancer de contrôle puisque l'activité n'a pas encore donné lieu a déclaration¹.

Au cours de cette procédure spéciale de flagrance fiscale, instaurée par la loi de finances 2010, l'administration fiscale peut effectuer des procès verbaux dès la découverte d'activités frauduleuses, avant même que le contribuable ait procédé au dépôt de ses déclarations fiscales, pour ce fait il faut que l'administration fiscale constate a l'occasion d'un contrôle fiscal inopiné ou sur avis , qu'une fraude grave est en train de se produire pour soustraire le contribuable a son obligation de paiement de l'impôt.

La procédure de flagrance fiscale a été instituée pour permettre a l'administration fiscale d'intervenir pour stopper une fraude en cours, lorsque suffisamment d'indices sont réunis, et ce avant qu'aucune obligation déclarative ne soit échue, sans demander une autorisation judiciaire et sans attendre les avis d'imposition ou de recouvrement, elle permet la correction rapide d'une situation frauduleuse telle que l'émission de factures fictives, de faire constater un flagrant délit de fraude , d'où l'expression de « flagrance fiscale » et d'appliquer une amende spécifique².

La mise en œuvre de la procédure de flagrance fiscale a des conditions, au terme de l'article 38 de la loi de finances 2010 les agents de l'administration fiscale ayant au mois le grade d'inspecteur et dument assermentés peuvent , en cas de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de créances fiscales futures, dresser un procès verbal de flagrance fiscale a l'encontre des contribuables exerçant des activités relevant du régime de droit commun et des régimes particuliers en matière d'imposition.

La procédure de flagrance fiscale entraine des conséquences fiscales au regard des régimes d'imposition, des procédures de contrôle, du droit de reprise ainsi que l'exclusion de certains droits, tel que le sursis légal de paiement de 20 pour cent, elle s'accompagne de dispositif de sanctions pécuniaires particulièrement dissuasif³ . L'article 38 du code de procédures fiscales , prévoit en cas de constat de flagrance fiscale , l'application par l'administration fiscale

¹ Cyrille David, op.cit,p.825.

² Cyrille David, op.cit,p.825.

³ Kadi hanifi, op.cit, p. 134 .

au titre des contribuables verbalisés, une amende de 600.000 DA, ce montant est porté à 1.200.000 DA, si à la date de l'établissement du procès verbal de flagrance fiscale, le chiffre d'affaire ou les recettes brutes excédant la limite de 5.000.000 DA prévue en matière de régime de l'impôt forfaitaire unique par l'article 282 du code des impôts directs et taxes assimilées. Ce montant est porté à 2.000.000 DA, si à la date d'établissement du procès verbal de flagrance fiscale, le chiffre d'affaires ou les recettes brutes excédant 10.000.000 DA prévus en matière du régime réel simplifié par l'article 20 bis du code des impôts directs et taxes assimilées.

Le contribuable soumis à cette procédure a certaines garanties, il peut saisir la juridiction administrative compétente dès la réception du procès verbal de flagrance, conformément aux procédures en vigueur

Le procès verbal de flagrance comme les mesures conservatoires pourront faire l'objet d'un recours juridictionnel immédiat par la voie du référé¹.

Conclusion :

La fraude fiscale peut faire l'objet d'un blanchiment lorsque les sommes soustraites sont réintégrées dans le circuit légal. Exemple fréquent : lorsque le contribuable dépose frauduleusement des sommes sur un compte bancaire en Suisse, puis contracte un emprunt d'un montant similaire auprès de cette banque ou d'une de ses filiales. Cette dernière se rembourse alors à partir des sommes figurant sur le compte bancaire tandis que le contribuable utilise cet emprunt pour investir légalement.

La lutte contre la fraude fiscale ne peut se faire que si les prérogatives de l'administration sont accompagnées d'un dispositif qui donne des garanties réelles au contribuable, nous devons prendre en compte la demande sociale d'un système fiscal plus juste et moins répressif, et seulement dans ce cas, naîtra la compréhension et l'acceptation de ce système, et par conséquent ce système sera moins fraudé.

¹ Guerri rachid, op.cit, p .20.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615