



# مجلة معالم قانونية

## REVUE JALONS JURIDIQUES

مجلة محكمة تعنى بالدراسات القانونية  
تصدر عن المرصد المغربي للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال  
محتضنة من قبل مختبر القانون والفلسفة والمجتمع  
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية  
والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

**دورية**

**شتبر / دجنبر**

**2023**

**العدد الخامس**

ISSN: 2737 - 8365

ملف صحافة

2019/04

الإيداع القانوني

2020PE0002

**المدير المؤسس**

محمد الطودار

منتدب قضائي بالمحكمة

الابتدائية بالداخلية

mohamedettouard@gmail.com

**مدير المجلة:**

د. عبد العزيز الصقلي

**المدير المساعد:**

د. ناصر متيوي مشكوري

**مدير تحرير المجلة:**

د. محمد الطودار

**رئيسة التحرير:**

د. بهيجة فردوس



المرصد المغربي للدراسات والبحوث  
في قانون الأعمال

## مجلة معالم قانونية

تصدر عن المرصد المغربي للدراسات  
والأبحاث في قانون الأعمال

محتضنة من قبل مختبر القانون

والفلسفة والمجتمع

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد  
الله بفاس لمراسلة المجلة، يرجى الإرسال على

البريد الإلكتروني التالي:

Abdelaziz.squalli@usmba.ac.ma

mohamedettoudar@gmail.com

### التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية محكمة من طرف هيئة علمية  
رفيعة المستوى تضم أساتذة جامعيين، وبعض  
القضاة وباقي المهن القانونية والقضائية،  
تصدر دوريا كل أربعة أشهر، تهدف المجلة  
لنشر البحوث العلمية الرزينة.

مدير المجلة:

د. عبد العزيز الصقلي

المدير المساعد:

د. ناصر متيوي مشكوري

مدير تحرير المجلة:

ذ. محمد الطودار

رئيسة تحرير المجلة:

د. بهيجة فردوس

## العدد الخامس

تصدر كل أربعة أشهر

طبع ونشر

دار الآفاق المغربية للنشر

## هيئة تحرير

|                         |                     |
|-------------------------|---------------------|
| محمد نواف ثلاج الفواعره | إدريس جويدي         |
| سيد أحمد محمود أحمد     | عبد الفضيل محمد بكر |
| عبد الفضيل محمد بكر     | عصام بن حسن         |
| عمرو لمزرع              | فاطمة لحروف         |
| سعيد البكوري            | نرجس البكوري        |
| محمد لطفي               | أديب حمديني         |
| خالد لعوان              | علي الصقلي          |
| هانيا محمد              | علي فقيه            |
| رضى بن يحيى             |                     |
| المراجعة اللغوية        |                     |
| محمد الكوجيلي           | اللغة العربية       |
| مصطفى جهيم              | اللغة الفرنسية      |
| كبير صاندي              | اللغة الإنجليزية    |

## الهيئة الاستشارية

|                            |                                                                                                             |
|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| خليل الفندري               | عميد كلية الحقوق بجامعة صفاقس، تونس                                                                         |
| خليفة إبراهيم عودة التميمي | عميد كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة ديالى، العراق                                                     |
| كمال علاوين                | عميد سابق لكلية القانون بالجامعة الأردنية، الأردن.                                                          |
| كمال حبيب                  | عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالجامعة اللبنانية، لبنان                                       |
| جميلة العماري              | أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، المغرب |
| ضحى النعمان                | أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق، جامعة البحرين                                                  |
| بشار طلال المومني          | أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الشريعة والقانون - جامعة خورفكان، الإمارات                               |

## القانون الخاص والشریعة

|                           |                                      |                                |                                  |                                     |
|---------------------------|--------------------------------------|--------------------------------|----------------------------------|-------------------------------------|
| عبد العزيز الصقلي         | صالح بن حمد بن محمد البراشدي         | سهيل الأحمد                    | نبيل العبيدي                     | أيمن خالد عبد الكريم مساعده         |
| علي خالد قطيشات           | حيدر عبد الرزاق حميد لعروسي الشمالي  | الزبير رايح خالد عشتان الضفيري | محمد حسين عبد العال مخلص العامري | نعمان رقيق خالد جمال أحمد حسن       |
| جورج حزبون حزبون          | عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد        | محمد ناصر متيوي مشكوري         | محمد مومن                        | علي المهداوي                        |
| محمد سعد خليفة            | سليماني عبد الجليل                   | أحمد خرطة                      | مراد محمود المواجهة              | منير عياري                          |
| عبد الرزاق أيوب وليد قضم  | عبد الرحيم بن بوعيدة كنزة حرشي       | صالح أحمد اللهيبي محمد محروك   | مهدي منير محمود عادل محمود جاسم  | أبو بكر مهم عقل يوسف مصطفى مقابلة   |
| أحمد شوقي                 | أبو الوفا محمد أنور محمد صدقي مساعدة | مؤيد القضاة أحمد عبد الظاهر    | نادية حموتي آلاء يعقوب يوسف      | علاء الدين خصاونه طایل الشباب       |
| هادي الطالب علي           | نرجس البكوري                         | محمد شكري الجميل العدوي        | عدي البشير                       | العربي البوبكري                     |
| أيمن مصطفى البقلي         | محمد طه عباس الصديق                  | علي منينو                      | مظفر جابر الراوي                 | يونس نفيد                           |
| حمد خير العدوان حنان سعدي | محمد بن طالب جهاد محمد محمد الجراح   | نور الدين الفقيهي محمد المجني  | هشام البخفاوي المصطفى قريشي      | ناصر محمود الشمران فاطمة آيت الغازي |
| خديجة علاوي               | إشراق الإدريسي                       | عبد القادر مستور               | مراد بن صغير                     | عبد القادر صابر علي جرادة           |
| علي عبد الحميد تركي       | أحمد عبد الحميد أمين سليمان          | علاء عيد طه                    | زين محمود علي الزين              | محمد سيد رزق متولي حرب              |
| طارق بن الحميدي العتيبي   | مصطفى إبراهيم أحمد عربي              | أنجوم عمر                      | فدوى التهواجي                    | كريم سامي                           |
| حافظ بوعزيز               | عبد الله عبد الأمير طه العماري       | علي حسين كعود                  | سماح قوبعة                       | إيناس القدسي                        |
| سليمان المقداد            | سلمى عبيد الشعري                     | ندى زهير سعيد الفيل            | أنور أحمد راشد الفزيع            | توفيق عارف توفيق المجالي            |
| عواطف زارة                | مصطفى ميمون                          | محمود إبراهيم فياض             | عدي جابر هادي                    | أسيل عمر مسلم سلمان الخالد          |
| إيمان بن صالح             | ديدي ليلي                            | زينب الفاسي الفهري             | كوثر النفيسي                     | محمد إكيح                           |
| لمياء سهران               | سهيلة بوزلافة                        | سمية كنون                      | هاشم أحمد محمود                  | حسن لعلج                            |
| عبد الله محمد احجيله      | محمد سعيد إسماعيل                    | محمد بومديان                   | عادل راجع                        | هدى حسن صدق                         |
| لسعد أحمد الهادي الشريف   | إيمان فتحي الجميل                    | عبد الرحيم البشير              | سامية الفاتح طه الحاج            | وليد التويلي                        |
| مصطفى النوركي             | محمد لطفي                            | أديب حمديني                    | خالد لعوان                       | الحسن الصقلي                        |
| مريم مغراوي               |                                      |                                |                                  |                                     |

## القانون العام والاقتصاد

|                     |                         |                                  |                         |                                 |
|---------------------|-------------------------|----------------------------------|-------------------------|---------------------------------|
| هشام برجاي          | رشيد المدور             | عمر المخزومي                     | آمال عبد الله أبو عنزه  | عدنان عاجل عبيد                 |
| جمال عثمان جبريل    | الحسين ملوكي            | أحمد خلف حسين الدخيل             | بدر حماده صالح الجبوري  | وفاء مكودي                      |
| فبس حسن عواد        | إدريس لكريني            | عبد الرزاق هيري                  | خالد لفته شاكر الزبيدي  | إبراهيم مفلح كامل الشوابكه      |
| مجدي شعيب           | عبد الرحيم المصلوحي     | صلاح سعود محمد الرقاد            | عمار سعدون سلمان البدري | عوض الليمون                     |
| سعد عطية حمد الموسى | نعمان عطاء الله محمود   | محمد البدوي                      | حسام حميد شهاب          | عمر صالح علي العكور             |
| أحسن رابحي          | مروان محمد محروس المدرس | عمار شقواري                      | سيف الرواحي             | أحمد محمد لطفي                  |
| عبد العزيز خنفوسي   | أحمد عارف ربيع الضلاعين | ياسر يوسف حذمان الخلايلة         | محمد بوبوش              | عبد الوهاب كريم حميد            |
| عادل تميم           | عبد الكريم عوض خليفة    | أميرة عبد العظيم محمد عبد الجواد | أمانى محمد              | نعيمة فرج عبد اللطيف الحداد     |
| محمد لكريني         | أمينة الفطناسي          | ظافر مدحي فيصل الدوري            | محمد الأمين النفاع      | عماد مؤيد جاسم                  |
| أمين السعيد         | سعيد بن صفوان           | حكيم التوزاني                    | سمر الخمليشي            | أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب |
| بهاء الدين خويره    | مهجة محمد عبد الكريم    | نسرین فتحی حسین عدوان            |                         |                                 |

## قواعد النشر

أولاً: تهتم مجلة معالم قانونية بنشر كل الأبحاث والدراسات ذات الصلة بالقانون وفق الضوابط التالية:

- ♦ يجب أن يكون البحث ضمن مجال العلوم القانونية؛
- ♦ يجب أن يكون البحث العلمي رصينا، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضيع القانونية المطروحة على الساحة؛
- ♦ أن لا يكون قد سبق نشره أو وعد بنشره في مجلة أخرى؛
- ♦ تنشر مجلة معالم قانونية البحوث العلمية القانونية الأصلية للباحثين مكتوبة باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية دون إدراج ملخص أو كلمات مفتاحية للبحث ولا تدرج المراجع في آخر البحث؛
- ♦ أن يكون البحث مطبوعا باستخدام برنامج word، ويراعي في البحث الجانب الشكلي التالي في طريقة كتابة المتن والتهميش:
- ♦ يكتب العنوان بخط traditional arabic حجم 20، ويجب أن يكون العنوان دقيقا ومعبرا عن محتوى البحث؛
- ♦ على أن يكتب اسم الباحث أو الباحثين بخط arabic typesetting حجم 18؛
- ♦ أما مضمون البحث المكتوب على المتن فإنه يكتب بخط sakkal majalla بحجم 16 والعناوين الرئيسية بنفس الخط حجم 18؛
- ♦ على أن يتم إدراج الهوامش في أسفل كل صفحة، وتكون الهوامش من كافة الاتجاهات 2.5 سم بخط sakkal majallat بحجم 12.
- ♦ يرسل البحث إلى مدير تحرير المجلة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني التالي:

mohamedettouard@gmail.com

♦ ترسل الأبحاث لتحكيمها من قبل (ثلاثة) من أعضاء هيئة التدريس برتبة أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، أو أحدهما أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، وإثنان برتبة أستاذ مؤهل / أستاذ مشارك في مجال تخصص البحث المرسل للتحكيم، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من الثلاثة يصلح للنشر (أو تعديلات طفيفة) والثالث سلبي (لا يصلح للنشر) يقبل البحث مع التعديلات المطلوبة والمهمة، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من ثلاثة سلبية (اثنان لا يصلح للنشر) يكون البحث مرفوض.

♦ تخضع البحوث المقدمة إلى المجلة للتحكيم حسب الأصول المتبعة، وللهيئة العلمية الحق في اتخاذ النتيجة التالية أثناء التحكيم:

أولاً: يصلح للنشر بدون أية تعديلات؛

ثانياً: يصلح للنشر بتعديلات جوهرية؛

ثالثاً: يصلح للنشر بتعديلات طفيفة؛

رابعاً: لا يصلح للنشر.

♦ تستغرق مدة تحكيم المقالات والبحوث أربعة أشهر كحد أقصى من تاريخ إرساله للتحكيم؛

♦ يراعى في أسلوب توثيق المصادر/المراجع نظام الحواشي السفلية المتسلسلة أدنى كل صفحة برقم متصل في البحث على النحو التالي:

1 - يشار عند توثيق المصادر/المراجع من الكتب إلى: اسم المؤلف أول مرة (اسمه الكامل)، ثم اسم الكتاب، ثم رقم الطبعة، ودار النشر، ومكان النشر وسنته، ثم المجلد أو الجزء، متبوعاً برقم الصفحة، ويعاد مجتزأً حيثما تكرر، مثل: إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990، الجزء الأول، ص 84.

إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص 167؛

2 - يشار عند توثيق مقالات المجالات والدوريات إلى اسم الباحث (كاملاً) أول مرة، ثم اسم البحث، ثم اسم المجلة، والجهة التي تصدر عنها، ومكانها، والعدد أو المجلد، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزأً حيثما تكرر مثل: محمد الكشور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون

المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 31، 1999، ص 37.

محمد الكشبور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، م س، ص 40؛  
3 - يشار عند توثيق أبحاث أعمال المؤتمرات والندوات إلى اسم الباحث، ثم اسم المؤتمر أو الندوة، والجهة التي نظمتها، ومكانها، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزأ حيثما تكرر؛

4 - يشار عند توثيق البحوث المنشورة على الأنترنت تحديد اسم المؤلف، وعنوان الموضوع، مع ذكر الرابط، وتاريخ الإفادة منه (ضرورة الإشارة إلى ساعة الاطلاع عليه)، شرط عدم وجود نشرة ورقية منه؛

♦ يحصل الباحث بعد صدور العدد الذي نشر به مقاله على نسخة من ذلك العدد، كما يحق له الحصول على نسخة من أي عدد شاء مرة كل ثلاث سنوات بحسب اختياره؛  
♦ تخلي المجلة مسؤوليتها من أي إخلال بالملكية الفكرية للمقالات المنشورة بأي عدد ينشر عنها.

ثانياً: كما تهتم مجلة معالم قانونية بنشر الإطار العام (المقدمة، الإشكالية، دوافع الاختيار، الأهمية، منهج وخطة البحث) عن الرسائل والأطاريح التي نوقشت في كليات القانون أو غيرها من الكليات شريطة أن تكون لها بصلة بعلوم القانون وفق الضوابط المذكورة أعلاه.

## كلمة العدد

تراحم مجلة معالم قانونية باقي المجلات الرصينة لإحياء علوم القانون وترسيخ قواعده، وتقدم بذلك ثمرة الإحسان وتثال فضل العلم الذي نرجو ثوابه، فعن مالك أنه بلغه أن لقمان الحكيم أوصى ابنه فقال: يا بني جالس العلماء وزاحمهم بركبتك فإن الله يحيي القلوب بنور الحكمة كما يحيي الله الأرض الميتة بوابل السماء، ويقول أبو الدرداء رضي الله عنه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ﴿ليستغفر للعالم من في السموات، ومن في الأرض، حتى الحيتان في البحر﴾، ولعل بذلك علماء هذه المجلة أن ينالوا استغفار من يقرأون أعدادها وينتشون بلذة الاطلاع والتعلم والاستزادة من محاور شتى.

وقد غاصت المجلة في محورها الشيق المعنون ب: «قبس من شخصيات قانونية» لمعرفة سيرة علماء أجلاء أعطوا الكثير لعلوم القانون، والحديث في هذا العدد انمحي لشخصية فذة بسمت محياها على كل مهتم بالشأن القانوني، وبصمت وجودها على الفكر القانوني، الذي يعد بحق موسوعة القانون المدني وفقه المعاملات، إنه العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري، بقلم الباحث: رضى بن يحيى، تسيق الدكتور: البشير عدي، مراجعة وتحقيق الدكتور: محمد سليم العوا.

ولن تتغنى المعالم بدون الانكباب على محور يعتني ب: «ندوات وملتقيات» غاية استعراض المداخلات، كتلك التي عرفتها الندوة العلمية المنظمة من قبل مختبر قانون الأعمال والعدالة البديلة، وكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، شعبة القانون الخاص، بشراكة مع المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط وهيئة الموثقين بفاس تحت عنوان: «الوسائل البديلة لحل المنازعات - الرهانات والتحديات» يوم الأربعاء 6 مارس 2019، فمما لا شك فيه أن تحقيق قواعد العدالة والإنصاف يتطلب الإحاطة بالقواعد الأساسية الواجب على المحكم الممارس مراعاتها، إحاطة من شأنها تحقيق الحياد المتطلب في المحكم بمناسبة نظره فيما يختص به، وهو ما أثرى مقالة الأستاذة نرجس البكوري للغوص في أثر حياد المحكم على الأحكام التحكيمية الدولية، ولعل تحقيق أدوار المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية شأن اعتنت به الأستاذة كنزة حרشي لتؤكد من خلاله على المساهمات الجد مهمة التي تقوم به الجمعيات في هذا المجال رغم المعوقات التي تعترى طريقها. ولعل التساؤل الذي ينبغي التعامل معه بحذر والذي أحاط به الأستاذ عمر اليعقوبي هو إلى أي حد استطاع قانون 05-08 أن يضمن للمعاملات التجارية (الوطنية

والدولية) إجراءات بديلة لفض المنازعات المرتبطة بها، كي تستجيب لخصوصيات هاته المعاملات من جهة، وتضمن استمراريتها من جهة أخرى، وهو ما حاول تسليط الضوء عليه من خلال معالجة خصوصيات القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي، ومقاربة الضوابط النازمة للتحكيم الدولي، كما أن خصوصية مجال التجارة والأعمال، يقتضي اللجوء إلى الوساطة لفض المنازعات وتسويتها عوض القضاء نظرا لاعتبارات جمة، في آجال معقولة لا تضر بمصالح الأطراف وتخفف الضغط على المؤسسات القضائية، ويبقى تناول الإطار القانوني والمؤسساتي للوساطة البنكية، وإجراءاتها هي السمة الغالبة في بحث الأستاذ بوبكري العربي. فهي وسائل تشجع المتقاضين عليها، لذلك لم يفت الأستاذ عادل اسلاسي المثابر الإشارة إلى مميزات التحكيم الإلكتروني رغم كل التحديات التي تواجه التجارة الإلكترونية دون إهمال حدوده، وبغض النظر عن الصعوبات المتعلقة بتنفيذ الأحكام ذات الصلة، والتي يتم أحيانا حظر تنفيذها لأسباب مختلفة، ويبقى التعرف على الدعاوى ذات الصلة بتنفيذ أحكام التحكيم عن بعد هو المسيطر في بحثه.

وإيماننا من المجلة بالانفتاح على ركن أصيل تستقبل من خلالها البحوث الجادة والمبتكرة، انتقى العدد الخامس في محورها «دراسات وأبحاث» خمس بقات متنوعة الطرح، استقت الباقية الأولى للأستاذ خليل فندري رونقها عبر الحديث عن تطورات أوضاع الموظفين العموميين خلال مرحلة الانتقال السياسي في تونس خلال الفترة الممتدة ما بين 2011-2015 باللغة الفرنسية، والباقة الثانية اعتنت بالمحاكمات الرقمية ومطلب المحاكمة العادلة في عز أزمة كورونا وما خلفته من تداعيات اقتضت بالضرورة الارتقاء لهذا النوع من المحاكمات للباحثة فاتن الوزاني الشاهدي، في حين أن الباقية الثالثة لها أهمية خاصة ونرجو من الله العلي القدير أن يجعلها باقة ورد لا تذبل، وراحة وسكينة لباحثها الذي يرقد تحت التراب، ورحمة له وصدفة جارية يتعلق الأمر بالمرحوم عبد العزيز الصروخ الذي أسهب في تناوله لموضوع: الأطفال ضحايا العنف، بين قصور مسؤولية الآباء وعدم نجاعة النص القانوني، وتلتها باقة رابعة طلّت من خلالها على تصرف شائع في الواقع والمجتمع، نظمته المشرع حديثا ولأول مرة في مدونة الحقوق العينية بالنظر لكونه أبرز الأدوات التشريعية المحققة للتكافل الاجتماعي، فعقد العمري يتطلب أركان وشروط من بينها شرط الحوز فيه، فكان اهتمام الباحثة لوبنا نقاشي قد انصب على تحديد طبيعة شرط الحوز، وتجلية علاقة التقييد به، واختتمت سلسلة الباقات بما عرفته الساحة القضائية من بصمة وراثية تعد وسيلة مستجدة أثبتت التجارب المخبرية نجاحها الكبير في معرفة الأنساب، واختصت الباحثة كريمة شفيق مناقشة مجمل المخاطر القانونية سواء الناجمة عن تنازع البصمة الوراثية والأدلة الشرعية لإثبات النسب، أو باعتبارها كدليل علمي في الإثبات.

ولا مفر للمجلة من أن تعقد عزمها الدائم على النبش في الاجتهاد والعمل القضائي الذي يزخر به القضاء المغربي، وهذه دعوة لباقي قضاة مختلف الدول لإمدادنا بما يصدر

عنهم قصد نشرها والاستفادة منها، وقد أطل العدد في محورها «أحكام وقرارات قضائية» بمقررات قضائية مشبعة بالعطاء والبدائية مع المتربع على عرش القضاء، التي حاولت من خلاله المجلة استقاء ثلاثة منها، اعتنى القرار الأول الصادر عن محكمة النقض الحامل عدد: 2/450 المؤرخ في: 2022/05/18 ملف: اجتماعي عدد: 2019/1/5/2844 بكون: «بيان الخطأ الجسيم المنسوب للأجير لا توجبه المادة 62 من مدونة الشغل، ما لم يلحق ذلك ضرر بالمطلوب»، فيما اهتم القرار الثاني الصادر عن ذات المحكمة عدد: 2/245، المؤرخ في: 2022/3/22، ملف: مدني، عدد: 2018/2/1/5791 بتكريس قاعدة مستقر عليها فقها وقضاء، حيث: «أن الطعن بإعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض، إذا استندت على حجج ثبت زوريتها، لا يجوز إلا مرة واحدة من وضد نفس الأطراف والقرار»، ونوه قرار آخر عدد: 5/511، المؤرخ في: 19 يوليوز 2022، ملف: مدني، عدد: 2021/5/1/1268 بأنه: «لا يسقط الضمان ولا يترتب عنه إخراج الطالبة من الدعوى، ما دامت الإدارة لم تحدد لا الكيفيات ولا الآجال المتطلبة للحصول على رخصة سياقة الدراجة النارية ثلاثية العجلات المتطلبة وفق المادة الخامسة من القانون رقم 116.14 الصادر بتاريخ 18 يوليوز 2016 والذي عدلت بموجبه المادة 7 من مدونة السير»، إلى جانب ما تصدره محكمة النقض، لا يفوت المجلة الاستشهاد بثلاث قرارات صادرة عن محاكم المملكة المغربية كدرجة ثانية، اعتبر الأول الصادر عن محكمة الاستئناف بالعيون، عدد: 328، المؤرخ في: 2019/12/25، ملف: اجتماعي، عدد: 2019/1501/195 أن: «المشغل هو من يقع عليه إثبات وجود مبرر مقبول للفصل وإثبات المغادرة التلقائية كأصل مكرس قانونا وقضاء، ويكفي الأجير أن يدعي أنه فصل تعسفيا لكي ينتقل عبء إثبات العكس على المؤجر»، وانمحي القرار الثاني الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، عدد: 460، المؤرخ في: 2020/10/21، ملف: مدني، عدد: 2020/1201/283 إلى أن: «المحكمة اعتدت باليقين لا الشك والتخمين، حينما لم تلتفت لتصريحات الشهود المدلى بها ولا يستقيم نفي ما ذكر وحجية الدليل العلمي المستند لمشاهدات مسجلة مستقاة من أرض الواقع بعيدا عن التفسير والتأويل»، أما القرار الثالث الذي أصدرته محكمة الاستئناف بأسفي، عدد: 150، المؤرخ في: 2019/05/02، ملف: عقاري، عدد: 2018/1401/206 اعتبرت أنه: «متى تخلف الشرط المتفق عليه فإن الالتزام المتصف به يصبح غير قابل للتنفيذ ويكون طلب فسخه مبررا قانونا وواقعا»، ولا يفوت العدد من الاهتداء إلى الأوامر والأحكام المتميزة، حيث عني أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب، عدد: 61، المؤرخ في: 2020/10/13، ملف: استعجالي، عدد: 2020/1101/68 وطد من خلاله اختصاص: «قاضي المستعجلات للتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بخطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي وإلحاق خسائر فادحة

بمداخل الدولة المالية»، واعتد حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد: 424، المؤرخ في: 09/03/2020، ملف: أسري، عدد: 1269/1620/2019 بكون: «المساكنة الشرعية واجب وحق لكلا الزوجين وفق المادة 51 من مدونة الأسرة، تدرك بالصفة لا بالجف، ولا جرم أن تنفيذ المعاشرة الزوجية من طرف الزوجة جبرا بعد الحكم به عليها قضاء يجافي مقاصد الشرع من الجماع»، كما حث حكم المحكمة الابتدائية بتمارة، عدد: 56، المؤرخ في: 04/02/2021، ملف: نزاعات الشغل، عدد: 183/1501/2020 على مسألة: «حضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع والتأشير على محضر جلسة الاستماع، وكأنه طرف في المسطرة، يعتبر تجاوزا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، مما تكون معه مسطرة الفصل معيبة شكلا»، وفي الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات، عدد: 162، المؤرخ في: 07/03/2019، ملف: عقاري، عدد: 213/1402/2018 الذي أشار إلى مسألة وجوب المحكمة متى: «كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا، وأنه يتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع».

وعين المجلة على: «مذكرات ودوريات» لا مفر منه، وقد طلت عيونها في البداية على مذكرة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، عدد 32/22، مؤرخة في: 10 يونيو 2022، حول: تبليغ الطيات القضائية بالخارج، ثم على مذكرة ثانية لرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، عدد 37/22، مؤرخة في: 12 يوليوز 2022، حول: التصريحات بالملكيات والمداخل، وكذلك دورية الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية، عدد: 01/2020 د، مؤرخة في: 25 فبراير 2020، حول الشكايات المقدمة في مواجهة موظفي كتابة الضبط، ومنشور لنقيب هيئة المحامين بالدار البيضاء، عدد: 16/2022، مؤرخة في: 27 شتنبر 2022، يعتني بضبط علاقة المحامي بفضاءات وسائط التواصل الاجتماعي، ومذكرة المحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، عدد: 42/2022، مؤرخة في: 07 شتنبر 2022 في شأن إعفاء الطلبات المتعلقة بإعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات العمومية من وجيبات المحافظة العقارية.

وختم العدد مسك بفتح نافذة على الجامعة المعطاءة في ربوع بلادنا العربية، وقد انكب هذا العدد لتسليط الضوء على أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص تحت عنوان: «العرف في الزواج وانحلاله/ دراسة مقارنة»، نوقشت بكلية الحقوق، جامعة الموصل، جمهورية العراق، تقدم بها الطالب: محمد خليل عبد الكريم الاي بك العباسي.

## د. محمد الطودار

مدير تحرير مجلة معالم قانونية

## فهرس العدد

9..... كلمة العدد

د. محمد طودار

### قبس من شخصيات قانونية

الدكتور عبد الرزاق السنهوري، أيقونة تقنين الفقه الإسلامي، يحيى بن رضى..... 19  
رضى بن يحيى

### سلسلة ندوات وملتقيات

نظم مختبر قانون الأعمال والعدالة البديلة، وكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، شعبة القانون الخاص، بشراكة مع المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط وهيئة الموثقين بفاس ندوة علمية تحت عنوان: «الوسائل البديلة لحل المنازعات - الرهانات والتحديات» يوم الأربعاء 6 مارس 2019.

1 - أثر حياد المحكم على الأحكام التحكيمية الدولية..... 31

نرجس البكوري

2 - دور الجمعيات في فض النزاعات الأسرية..... 49

كنزة حرشي

3 - النظام القانوني للتحكيم التجاري..... 59

عمر اليعقوبي

4 - الوساطة في المجال البنكي..... 75

العربي بوبكري

5 - Contentieux relatif à l'exéquat des sentences de l'arbitrage en ligne.. 89

SLASSI MOUTABIR Adil

## دراسات وأبحاث

- 1 - Les évolutions des statuts des agents publics durant la phase de transition politique en Tunisie (2011-2015).....101

**Khalil Fendri**

- 2 - المحاكمات الرقمية ومطلب المحاكمة العادلة .....133  
فاتن الوزاني الشاهدي
- 3 - الأطفال ضحايا العنف، بين قصور مسؤولية الآباء وعدم نجاعة النص القانوني،  
عبد العزيز الصروخ .....147
- 4 - شرط الحوز في عقد العمرى .....165  
لوبنا نقاشي
- 5 - المخاطر القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية .....181  
كريمة شفيق

## محور أحكام وقرارات قضائية

- 1 - قرار محكمة النقض عدد 2/450 المؤرخ في 18 ماي 2022،  
ملف اجتماعي عدد 2019/5/1/2844 .....200
- 2 - قرار محكمة النقض عدد 2/245 المؤرخ في 22 مارس 2022  
ملف مدني عدد 5791/1/2/2018 .....204
- 3 - قرار محكمة النقض عدد 5/511 المؤرخ في 19 يوليوز 2022  
ملف مدني عدد 1268/1/5/2021 .....208
- 4 - قرار محكمة الاستئناف بالعيون عدد 328 المؤرخ في 2019/12/25  
ملف اجتماعي عدد 2019/1501/195 .....211
- 5 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 460 المؤرخ في 2020/10/21  
ملف مدني عدد 2020/1201/283 .....216
- 6 - قرار محكمة الاستئناف بأسفي عدد 150 المؤرخ في 2019/05/02  
ملف عقاري 2018/1401/206 .....221
- 7 - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب رقم 61 المؤرخ في 2020/10/13  
ملف استعجالي 2020/1101/68 .....225

- 8 - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط رقم 424 المؤرخ في 09/03/2020  
ملف أسري 2019/1620/1269.....228
- 9 - حكم المحكمة الابتدائية بتمارة عدد 56 بتاريخ 04/02/2021  
في ملف نزاعات الشغل عدد 2020/1501/183 ..... 231
- 10 - حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 162 بتاريخ 07/03/2019  
في ملف عقاري عدد 2018/1402/213.....237

### عين على الدوريات والمذكرات

- 1 - مذكرة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية عدد 22/32  
مؤرخ في 10 يونيو 2022 موضوعه تبليغ الطيات القضائية بالخارج .....242
- 2 - مذكرة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية عدد 22/37  
مؤرخ في 12 يوليوز 2022 حول التصريح بالامتلاكات والمداخل .....244
- 3 - دورية الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية عدد: 2020/01  
المؤرخة في 25 فبراير 2020 حول: الشكايات المقدمة في مواجهة  
موظفي كتابة الضبط .....246
- 5 - مذكرة المحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية  
والمسح العقاري والخرائطية عدد: 42 / 2022 مؤرخة في: 07 شتنبر 2022  
في شأن: إعفاء الطلبات المتعلقة بإعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات  
العمومية من وجيبات المحافظة العقارية.....247

### نافذة على الجامعة

- أطروحة لنيل الدكتوراه، محمد خليل عبد الكريم الياي بك العباسي  
تحت عنوان: «العرف في الزواج وانحلاله / دراسة مقارنة»،  
نوقشت بكلية القانون جامعة الموصل، جمهورية العراق.....251



# قبس من شخصيات قانونية

تنسيق

الدكتور: البشير عدي

والباحث: رضى بن يحي

مراجعة وتحقيق

الدكتور: محمد سليم العوا



## الدكتور عبد الرزاق السنهوري أيقونة تقنين الفقه الإسلامي

بقلم الباحث: رضى بن يحيى

باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق جامعة ابن زهر المغرب

راجعته وحققه الدكتور: محمد سليم العوا

حاصل على دكتوراه الفلسفة في القانون المقارن بجامعة لندن

محامي ومفكر إسلامي

مستشار قانوني لدى العديد من الحكومات بالعالم العربي

الأمين السابق للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

إن الله قيض لخدمة هذا الدين أعلاما علماء وأبناء بارين نبلاء هم ورثة الأنبياء كما قال أشرف الورى عليه أفضل الصلاة والسلام: «وإن العلماء ورثة الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، ورثوا العلم فمن أخذ به أخذ بحظ وافر»، فقاموا بمقتضى ذلك الميراث أحسن قيام، وإن من هؤلاء العلماء الأجلاء الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا بن أحمد أفندي السنهوري موسوعة القانون المدني وفقه المعاملات، وأحد أبرز منظري حركة تقنينه الذي زاوج بين مقام الأبوة على العلوم القانونية وواجب خفض الجناح للعلوم الشرعية فكان أبا مسؤولا وابنا بارا خدوما في نفس الآن.

ولد العلامة السنهوري في 12 غشت 1895م، بمدينة الاسكندرية التابعة لجمهورية مصر العربية، وذكر تاريخ مولده بإحدى ورقاته الشخصية التي جاء فيها: «ماذا يهمني أن أعرف إن كنت ولدت في رجب أو شوال أو ذي الحجة ما دمت أعرف أنني ولدت يوم 12 أغسطس 1895م، إن لباسي إفرنجي، ولساني به اللغة الإفرنجية، والوسط الذي أعيش فيه إفرنجي، فلماذا أريد أن يكون تاريخ ميلادي عربيا؟ أريد تقوية إرادتي فهل أستطيع؟ سأرى...» بدأ تعليمه بتحفيظ من والده، الذي شجعه على تعلم الحروف الهجائية وحفظها، ورغبه في

متابعة الكتاب مقابل الظفر بهدايا والحصول على جوائز قيمة، وهو ما مكنه من مبادئ القراءة، وأكسبه أبجديات الكتابة ليكون مؤهلاً للالتحاق بالمدارس العمومية التي تعتمد مناهجها وقتذاك على التربية الإسلامية، وتعنى مقرراتها بحفظ القرآن الكريم، وإتقان اللغة العربية، وقد قال واصفاً تعليمه: «وهياً الله لي حظاً من الدراسة والنجاح فتعودت الثقة في نفسي»، فالتحق بمدرسة راتب باشا الابتدائية بالاسكندرية وحصل منها على الشهادة الابتدائية، وتدرج في التعليم العمومي رويداً رويداً، فحصل له أن درس بمدرسة رأس التين الثانوية، ثم انتقل بعدها إلى المدرسة العباسية الثانوية بالاسكندرية التي نال منها الشهادة الثانوية سنة 1913م بترتيب مشرف، ولم يقف عند هذا الحد، إذ واصل طموحه وشغفه العلمي بحوافز حيثة وهمة عالية عظيمة، فوقع إختياره على شعبة الحقوق، ولم يكن إختياره ذلك سهواً، ولا ضرباً من ضروب الصدفة، ولا بنية الاغتناء استقبالا، فقد تأثر منذ صباه، وفي زهرة عمره، بشخصي: مصطفى كامل وسعد زغلول، فحاول باختياره شعبة الحقوق الاقتداء بهما، واقتفاء أثرهما، والاحتذاء حذوهما، أخذاً سبق الوطنية من الأول، وسبق العظمة من الثاني، باعتبار كل منهما بالنسبة إليه قلعة من قلاع الوطنية والعظمة، فحصل على (الليسانس) في الحقوق سنة 1917م محرراً ترتيباً متقدماً لم يجزم فيه بين قول باكتساحه الترتيب الأول وقول باجتياحه الترتيب الثاني على الدفعة كلها، مما أهله سنة 1921م، إلى أن يتم اصطفاؤه من قبل الحكومة المصرية للانضمام إلى زمرة النخبة المجتابة المبعوثة إلى فرنسا للتحجر في دراسة القانون والاختصاص فيه، فتمكن من علوم القانون الغربي بأصوله الرومانية، وتقنياته الحديثة، وأعد رسالته لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية بعنوان: «القيود الاتفاقية الواردة على الحرية في العمل في القضاء الإنجليزي»، وأنجز رسالة ثانية في العلوم السياسية لم يكن مكلفاً بها بعنوان: «فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصباً أمم شرقية»، تكللتا بنجاح مستحق، وقد جاء على لسان أحد تلاميذ السنهوري النجباء قوله: «والدرس الأول الذي استفدته من مقدمة كتاب الخلافة هو موقف السنهوري وهو باحث شاب يتعلم في فرنسا ولا يلقي ترحيباً كبيراً من أساتذته وزملائه في جامعة ليون، وقد حذرهُ أستاذه «لامبير» من أن يقتحم هذا المجال «المملوء بالتعقيدات»، ولكنه رفض نصيحته وتحذيره، ويضيف لذلك أنه بعد أن اطلع على الكتاب كان سعيداً لأن تلميذه رفض الإستماع إلى تحذيره ونصحه، لأن مخالفته كانت مثمرة للعلم والقانون...، وقد نجح السنهوري في تحديه، وناقش رسالته أساتذة فرنسيون في جامعة فرنسية وأقروا له بالتفوق والعبقرية، وكان هذا الكتاب استهلالاً بارعاً لحياة علمية حافلة بأكبر المؤلفات والإنجازات في ميدان القانون والفقه والتشريع في العالم العربي في العصر الحديث، وسيبقى هذا الكتاب منارا يضيء الطريق لكل باحث في نظام الدولة وأصول الحكم في الإسلام». وعند عودته من فرنسا وإتمامه لمهمته العلمية المنوطة به، وتكليه لدراسته الجامعية بنجاح باهر

مستحق تحصل له الاستقرار الوظيفي، فعين مدرسا لمادة القانون المدني بالقاهرة سنة 1926م، فسعى بعده إلى تحصيل الإستقرار الإجتماعي محاولا إنشاء أسرة، فتزوج من سيدة فاضلة سنة 1927م، ورزق منها سنة 1935م بمولود أنثى، أسماها نادية.

أبان رحمه الله عن علو كعبه، ورسم وجوده بماء الذهب، ذلك أن نجمه بزغ في المجال السياسي، وأينع في المجالين التشريعي والقضائي، فهو مشرع مصر النبيه، وقاضيهما الكيس اللبيب الذي تقلد المناصب وتدرج في الكراسي وشغل مهامها جساما سواء أثناء دراسته بالجامعة، وكذا بعد حصوله على الليسانس، ثم بعد تخرجه من جامعة ليون الفرنسية، والذي يلحظ شغفه بعمله، ويتأمل شدة تعلقه به سيقضي العجب، فلم يسع خلف الدنيا ولم يجر وراء لذاتها في فترة من حياته، كما لم يستعجل التقاعد، وقد بلغ من الكبر عتيا، وروى عنه عبد الباسط الجميعي: «إن أولى اهتمامات السنهوري هي العمل، وكان له عليه صبر وجلد، فقد كان حتى وهو في السبعين من عمره يجلس إلى مكتبه أكثر من ثماني عشرة ساعة في كل يوم دون أن يمل، ولعل السر في ذلك أنه كان يحب عمله، وكان يشعر بسعادة كبرى كلما أنجز قسطا مما قدر لنفسه أن يحققه»، ومن المناصب التي تولاها حسب الترتيب:

- عمل موظفا بوزارة المالية خلال الفترة التي قضاها بالجامعة إلى أن حصل على الليسانس سنة 1917م؛
- عين بعد حصوله على الليسانس سنة 1917م في سلك القضاء مساعدا للنيابة العامة وترقى فيه من مساعد إلى وكيل للنائب العام سنة 1920م؛
- تولى عن القضاء والتحق بالتدريس بمدرسة القضاء الشرعي بالقاهرة سنة 1920م، وهي كما قيل عنها: «واحدة من أهم مؤسسات التعليم العالي المصري»، فعاصر خلال هذه الفترة كوكبة من الأسماء التي برزت بمصر أمثال: «عبد الوهاب خلاف»، و«أحمد أمين»؛
- اشتغل مدرسا للقانون المدني سنة 1926م، وفصل من مهمة التدريس لإشتغاله بالسياسة فزاوّل المحاماة اضطرارا قبل أن يستأنس في التدريس من جديد بالجامعة؛
- زاول مجموعة من الأعمال الإدارية والتنظيمية والتعليمية بالعراق بعد تلبيته لدعوة الحكومة العراقية سنة 1935م؛
- تولى بعد عودته من العراق عمادة كلية الحقوق بالقاهرة سنة 1937م، كما أسند إليه تمثيل مصر في مؤتمر القانون الدولي بلاهاي؛
- التحق بالقضاء من جديد سنة 1937م، وترأس إلى جانب أستاذه لامبير لجنة تنقيح القانون المدني المصري سنة 1938م؛

- اختير لتولي منصب وكيل وزارة المعارف سنة 1939م وبقي فيه إلى حلول سنة 1942م؛
- عين عضواً بمجمع اللغة العربية سنة 1946م، وقد أسهم في تطوير اللغة القانونية ووضع كثيراً من مصطلحاتها في لجنة القانون والاقتصاد؛
- شغل منصب وزير المعارف سنة 1948م؛
- تقلد منصب وزير لمجلس الدولة سنة 1949م، فقد هيأته دراسته ووظائفه ليدبر هذا الجهاز الضخم بقوة، فهو قد تلقى دبلوم القانون العام سنة 1924م فأصاب طرفاً من العلوم الإدارية وأحكام مجلس الدولة الفرنسي، ودرس قواعد العدالة الانجليزية في شؤون العمال وظفر فيها بشهادة الدكتوراه سنة 1925م وسبر أغوار الفقه العام الإسلامي سنوات طويلة أطفرته بشهادة الدكتوراه في الشريعة عن الخلافة سنة 1926م وهي قمة النظام الحكومي في تاريخ الحكومة الإسلامية، واستمر فيه إلى أن أقيل بسبب صدام نشب بينه وبين جمال عبد الناصر، وقد قيل بأن فترة العزل السياسي برع فيها السنهوري في التأليف فوجد فيها السلوى والملجأ إلى أن وافته المنية سنة: 1971م.

لم تشغله مهامه الجسام ولا وظائفه العظام من أن يرفد المكتبة القانونية العربية بمؤلفاته الموسوعية المدبرة، إذ ترك فينا ثروة علمية يصعب حصرها إلى الآن، وأعماله الخالدة لا زالت محط اهتمام الباحثين في مجالات مختلفة، بل وأضحت اليوم قبلة لهم يولون إليها وجوههم من كل حذب وصوب للارتواء في مجال القانون عامة، والمدني منه على وجه التحديد، وتشهد له بذلك أوراقه الشخصية التي تناولت أفكاره، وآراءه، وخواطره، ودلت عن رسوخه في العلم، كما نمت أيما نم عن صدق مشاعره، وعظمة أفكاره، ونبل مراميه، إذ كانت حديثه مع نفسه لا مع الناس، فلم يقصد نشرها أو أن يطلع عليها غيره، وفي ذلك إيماء على حسن المقصد والعمل في ظهر الغيب، كما لم يحجر على نفسه واسعاً، فلم يبق حبيس تخصصه، بل تعداه إلى الانفتاح على علم الفقه والرسوخ فيه، ولا أدل على ذلك مؤلفاته القانونية الرائدة التي زاوجت بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي شفعاً ولاقت اهتماماً بالغاً وانتشاراً واسعاً وقبولاً حسناً، ونذكر منها:

- الوسيط في شرح القانون المدني؛
- كتاب مشترك بعنوان: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون؛
- القانون المدني العربي؛
- المعيار في القانون؛
- وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح؛

- القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل في القضاء الإنجليزي؛
  - مصادر الحق في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الغربي؛
  - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي؛
  - وصية غير المسلم وخضوعها إلى الشريعة الإسلامية؛
  - فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبه أمم شرقية؛
  - المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي؛
  - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري.
- وله عشرات المقالات العلمية والنوعية التي لامست الجانب القانوني ولم تشذ عن دراسة الفقه الإسلامي ومقارنته به لإظهار غنائه وثرائه وإبراز علو كعب رجالاته وإثبات قوته في محاكاة سائر التقنيات الوضعية وتفوقه عليها مهما نفذت إليه من تقدم وبلغته من أوج عطاء، ومن هذه المقالات:
- تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي؛
  - الشرق والإسلام؛
  - الدين والدولة في الإسلام.
- أهلته كتاباته الرصينة وباعه الطويل وقدمه الراسخة لأن يحف باهتمام شديد وبشغف علمي عتيد من قبل الباحثين، فلاغرو إذا من أن نجد زمرة من الدراسات العلمية وثلة منها عنيت بشخصه وبحياته التي كلها عبر وعظات، وبأعماله، وبآرائه، وبمواقفه، ومن هذه الدراسات:
- عبد الرزاق السنهوري كأنها سيرة أمانى رجل القانون المصري لنجم الدين خلف الله أمانى؛
  - السنهوري، القدوة والمثل لمحمد زكي عبد البر؛
  - موقف السنهوري من قضايا الحرية والديمقراطية لفاروق عبد البر؛
  - عبد الرزاق السنهوري، حياته - دراسة في أعماله الفقهية والقانونية لسمير يوسف دحروج؛
  - السنهوري أستاذ القانون والشريعة لعثمان حسين عبد الله؛
  - نجوم المحاماة في مصر وأوروبا لعبد الحليم الجندي؛
  - مجمع اللغة العربية في ثلاثين عاما لمحمد مهدي علام؛

- عبد الرزاق السنهاوري إسلامية الدولة والمدينة والقانون لمحمد عمارة.

وإذ بواه علمه رحمه الله ريادة في القانون لا قبل لأحد بها سواء في الوطن العربي، وفاق به ذوي الذرابة، فإن إغراءات الحضارة الغربية لم تشغله عن الذود عن شريعته الغراء، وعن التشبث بأواصر إنتمائه لمجتمعه العربي الإسلامي، فظل إذ ذاك وفيًا لشريعته، برا بمجتمعه، لا يتوانى عن إكبار علمائها الخيرة الأبرار في كتاباته النوعية، ومؤلفاته الموسوعية الوازنة، فجادت قريحته في شريعته بقوله: «إنها النور الذي نستطيع أن نضيء به جوانب الثقافة العالمية في القانون، لقد اعترف الغرب بفضلها فلماذا ننكرها نحن؟ وما بنا نترك كنوز هذه الشريعة مغمورة في بطون الكتب الصفراء وننتفل على موائد الغير نتسقط فضلات الطعام»، وقال أيضا: «وإني زعيم لكم بأن تجدوا في ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقي الصياغة، وفي إحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدما في الفقه الغربي»، وقد فاض مداده بذكر مدى مجاراة علماء الشريعة للرومان، فكما برعوا هم في وضع أصول القانون، امتاز فقهاء الشريعة بوضع علم أصول الفقه، فقال: «ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون، بوضع علم أقرب ما يكون لعلم أصول القانون، هو علم أصول الفقه بحثوا فيه عن مصادر الشريعة وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي عن أي فقه آخر».

وأطرى رحمه الله الفلسفة الإسلامية وقدرتها على الصمود أمام الفلسفة الغربية، وبمحاكاتها وقدرتها على المواجهة، وهو ما نطق به لسان حاله في كتاب «أصول القانون» الذي أورد فيه أنه: «عني المسلمون بفلسفة القانون فوضعوا علم الكلام وهو متصل بالقانون العام، وانقسموا إلى فرق وأثر هذا الانقسام في مذاهبهم الفقهية، فمن أشعرية إلى معتزلة، إلى زيدية، إلى إمامية، إلى شيعة بوجه عام، ولكل فرقة من هؤلاء أسس فلسفية بنوا عليها مذاهبهم الفقهية».

انتهى على مستوى التنظير الباد من ذكره لمكونات الشريعة ومحاسنها إلى الإقرار بأن تقنين فقه المعاملات بالنسبة إليه أمل مقدس يهفوله قلبه، وأمنية من أسنى الأماني العراض التي تختلج في صدره وتنطوي عليها جوانحه، وقد كان قبل حلما راوده وهو في طليعة عمره، إذ اعتبر ملاذ الأمة العربية الإسلامية وطريقها الأوحى إلى التقدم، هو انكباب المسلمين على الشريعة مذعنين، فلم يكن إقراره بدقتها وامتداحه قوتها في محاكاة القوانين الغربية إلا يقينا منه بأنها من أرقى النظم القانونية في العالم، لذلك قال: «وحسبي أن أقر أن نظرية الفقه الإسلامي لا تنقل في الدقة والتدرج المنطقي وفي الصياغة وقوة الصنعة من نظرية القوانين الغربية»، فدعا إذ ذاك بلا كل ولا ملل وباستفاضة وبإلحاح إلى

أن ينتفع بالثروة الفقهية المعاملاتية الحرة بأن تصان على مستوى الجامعات التي يحاضر فيها أو في الندوات العلمية والمؤتمرات الدولية التي يحضرها أو يشارك فيها من قبيل:

- دعا سنة 1932م فقهاء القانون الدولي بمؤتمر لاهاي إلى اعتماد الشريعة الإسلامية منظومة قانونية متميزة مع المنظومات القانونية العالمية، وقد أجيبت دعوته ولقي قبولا وإشادة من قبل أساتذته؛

- طلب من كلية الحقوق أثناء عودته من مؤتمر لاهاي أن تقوم بتنفيذ التوصيات التي خلص إليها مؤتمر لاهاي، وإخراجها من التنظير الذاتي إلى الإطار العام القانوني، إحياء للشريعة الإسلامية، وتجديدا لفقه معاملاتنا؛

- دعا للنهوض بالدراسات الجديدة وتدريس الشريعة الإسلامية بإعتماد المنهج المقارن في كليات الحقوق من أجل مقارنتها بالمنظومات القانونية الغربية؛

- دعا صراحة إلى اعتماد الشريعة الإسلامية في بناء النظم القانونية، حيث نادى بعمل القانون العربي الموحد وجعل أساسه هو الفقه الإسلامي؛

- دعا باستفاضة وإلحاح من خلال محاضراته إلى ضرورة الرجوع إلى تراث الأسلاف الأقدمين من المسلمين لإعادة الشريعة الإسلامية إلى عرش المرجعية كمصدر من مصادر القانون المدني، واعتبر أنه من الخطأ إقصاؤها منه.

كما سجل في مؤلفاته عدة مقترحات تدعم طرحه لتقنينه فقه المعاملات، وكان مما توصل إليه فيها:

- إنشاء دبلوم في قسم الدكتوراه بالجامعة للفقه الإسلامي يكون مهدا لإنشاء معهد للفقه الإسلامي إلى أن يستقل ليصبح مؤسسة خاصة بالدراسات العليا للفقه الإسلامي؛

- إنشاء كراسي علمية في هذه المؤسسة تعنى ب: الفقه الإسلامي، وبأصوله وبالدراسات المقارنة بين المذاهب الفقهية والقوانين الغربية؛

- إنشاء مجلة علمية متخصصة للفقه الإسلامي ونشر كتب ورسائل تعنى بالفقه في سلسلة علمية متخصصة؛

- إنشاء مكتبة متخصصة في مصادر الفقه الإسلامي والعلوم المتصلة به؛

- دعا إلى وجوب تنقيح القانون المدني المصري.

أسهم العلامة السنهوري في تقنين مشاريع قوانين مجموعة من الدول العربية على رأسها بلده، حيث استجابت الحكومة المصرية لدعوته الفريدة ومقترحاته الرشيدة والسديدة فعهدت إليه بوضع مشروع القانون المدني، وتأليف لجنة يتولى رئاستها لوضع القانون الجديد مُشركا فيه أستاذه «لامبير» سنة 1942م، فصدر بتاريخ 1948م، ونفذ سنة

1949م، وذكر أحد الباحثين أن مشروع السنهوري الذي دعا من خلاله إلى تنقيح القانون المدني المصري كان قد جعل الشريعة الإسلامية مصدراً ثالثاً في مرحلة التنظير، لكن عند الشروع في تفعيل والتقنين جعل منها مصدراً ثانياً.

ولم يكتف رحمه الله ببلده إذ تعداه إلى تقنين مشاريع القانون المدني العراقي ووضع مذكراته الإيضاحية، والقانون المدني السوري ومذكراته الإيضاحية، وقانون البيئات بما فيه قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية، والقانون المدني الليبي ومذكراته الإيضاحية، فضلاً عن قيامه بوضع دساتير مجموعة من الدول العربية لعل أبرزها: دستور دولة السودان، والإمارات العربية، والكويت، ومبتغياً ومريداً بذلك أسلمة القوانين العربية ثم ضمان وحدة الأمة حيث قال: «الهدف الذي نرعى إليه هو تطوير الفقه الإسلامي وفقاً لأصول صناعته حتى نشق منه قانوناً حديثاً يصلح للعصر الذي نعيش فيه، وليس القانون المصري أو قانون العراق الجديد إلا قانوناً في الوقت الحاضر لمصر والعراق، والقانون الدائم النهائي لكل من مصر والعراق بل لجميع البلاد العربية، إنما هو القانون المدني الذي نشقته من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطويرها، وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت، فيأتي القانون ليدعم وحدتها، وقد تكون في طريقها إلى التوحيد، فيأتي القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة»، كما قال أيضاً: « القانون المدني العربي تعبير عن شيء لم يوجد، والأدق أن يقال عن شيء لما يوجد، ذلك أن وجود قانون مدني عربي أمر ممكن بل هو أمر واجب، فهو إذا لم يوجد اليوم فمن حقنا أن نتوقع وجوده غداً، وأبادر إلى القول أنني أحد المؤمنين بالوحدة العربية فهي شيء في طبيعة الشعوب العربية، وهذه الشعوب أمة واحدة، إذا تقاسمتها دول متعددة، فهذا عارض يزول بزوال أسبابه، ومن أقوى الأركان التي تقوم عليها الوحدة العربية وحدة الثقافة، ومن أهم الأسباب لتوحيد الثقافة أن تتوحد الثقافة القانونية، ومن هنا ينبعث إيماني بضرورة العمل على إيجاد قانون مدني عربي، وحتى نطمئن إلى أن العمل منتج مثمر، بل لكي نستوثق أن قانوناً مدنياً عربياً يوجد في الغد، وإننا سنشارف عهداً جديداً للبلاد العربية، يكون لنا فيه قانون مدني موحد يجب أن نستقرئ الحاضر، وأن نستعرض الحاضر، لنستطلع في ضوءهما ما يطويه المستقبل».

وسلك في سبيل تقنين مشاريع هذه الدول منهجاً محكماً في الصياغة مركزاً في ذلك على ما يلي:

- صياغة قانون مدني بمرجعية إسلامية ونظريات إسلامية، لا تأخذ من القوانين الغربية إلا أشكال الصياغة وفنون التقنين، وقد قال: «ولكنني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما أقول: ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسن صياغتها، لصنعت

منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مساهمة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نلتقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث؛

- إدماج مفردات جديدة، وإفراغ المصطلحات الفقهية التقليدية من الشحن الثيولوجية والقبلية، ثم إضافة فروع مستحدثة تشمل أنظمة السياسة المدنية وقواعد الحوكمة في بلدان خرجت للتو من نير الإستعمار، مع مراعاة خصائص تلك اللحظات التاريخية الحرجة التي كانت الأمة العربية فيها تبحث عن ذاتيتها بين حلم القومية العربية والجامعة الإسلامية في ظل رغبة الجيش في تعطيل القواعد المدنية وفرض نظام عسكري؛

- اعتماد صياغة فقهية حديثة في التقنين والترتيب والتصنيف لإثبات ثراء الشريعة الإسلامية الغراء والفقه الإسلامي في الشكل كما في المضمون، وقد قال: «وحسبي أن أقر أن نظرية الفقه الإسلامي لا تقل في الدقة والتدرج المنطقي وحسن الصيغة وقوة الصنعة عن نظرية القوانين الغربية»، وكان ذلك له خير حافز لتقنين قوانين البلدان العربية حتى وافته المنية سنة 1971م.

وفي الختام، يمكن الجزم بأن السنهوري أذكى نموذج عن رجل القانون الموسوعي، فهو خير برهان يُحتذى، وعلمه حجة يُتبع، إذ اجتمع فيه ما تفرق في غيره، فكما فاق ذوي الذرية في القانون، وبذّ الراسخين فيه، فإنه بلغ شأواً باحثي الشريعة، لذلك حُق له الظفر بلقب أبي القانون وابن الشريعة، وإن كان ثمة من يستحق أن تملأ سيرته أرجاء الجامعات، ويبلغ صده مدرجات كليات الحقوق فلا نبالغ إن قلنا أنه أولى به عمن سواه ليس تشهيرا به ولا تفاخرا، وإنما اعترافا لذوي الفضل بفضلهم، إذ لا يعرف فضل الرجال إلا الرجال، فلم يزد إيمانه بمبدأ وحدة المعرفة إلا يقينا بأن علوم الشريعة تتبع أعلى كل العلوم، فمن يرد الله به خيرا يفقه في الدين.

وإلى جانب القانون والشريعة، نالت اللغة العربية نصيبا من خواطره وتأملاته، ورصدها خدمة للقانون، إذ إن أنامله أسهمت في تطوير عديد من المصطلحات القانونية، ودعاه حبه لها إلى التماس اعتمادها لغة رسمية للحكومات، ترقى لأن يتم التخاطب بها ليس فقط على المستوى الوطني، وإنما حتى على المستوى الدولي في المؤتمرات وفي المحافل الدولية، فهو الذي آمن بأن بين العلوم اللغوية والشرعية والقانونية وكيد الصلة ومتين النسب. ولم يكن سر نفاذه رحمه الله إلى مكين دلالات نصوص القانون المدني ووثيق معاني نصوص الشريعة إلا في سليقته، وقريحته العربية الأصيلة، ولله در الإمام الشاطبي الذي أورد في كتابه «الموافقات» قوله: «فإذا فرضنا مبتدئا في فهم العربية فهو مبتدأ في فهم الشريعة، أو متوسطا؛ فهو متوسط في فهم الشريعة والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية، فإن انتهى إلى درجة الغاية في العربية كان كذلك في الشريعة؛ فكان فهمه فيها حجة كما كان فهم الصحابة

وغيرهم من الفصحاء الذين فهموا القرآن حجة، فمن لم يبلغ شأوهم؛ فقد نقصه من فهم الشريعة بمقدار التقصير عنهم، وكل من قصر فهمه لم يعد حجة، ولا كان قوله فيها مقبولا».

وإذ لا ننكر عن السنهوي رسوخه في الفقه وتضلعه فيه، ووضوح دعوته إلى تقنين الفقه الإسلامي في أوراقه الشخصية وفي مؤلفاته العلمية، فإننا لاحظنا عليه ونحن نتقّب عن حياته، وندرس جهوده في تقنين الفقه الإسلامي أن تخصصه في القانون غلب على مسعى تقنيته، وكأنه يود أن يطور الشريعة على مقاس القانون، لذلك حصل للسنهوي وهمان، وهم على مستوى الفهم إذ ظن أن مفهوم الفقه الإسلامي يقتصر على المعاملات والحال أنه يعم جميع الشريعة، عقيدة، وأخلاقاً، وأحكاماً عملية، ثم على مستوى المنهج الذي سلكه في التقنين، إذ أشرك معه إبتداءً لجنة تتولاه من خارج القطر العربي، كما ظن أنه ينبغي تطوير الفقه الإسلامي ليرقى إلى مصاف القانون، وجعل تقنين الشريعة رهينا بدراستها في ضوءه، والحال أن الله أقر بحاكمية الشريعة وإن لم تدرس دراسة مستفيضة.

ونأمل أن يجد الدكتور عبد الرزاق السنهوي من الخلف بررة أوفياء يتمون ما بدأه في سبيل تقنين الفقه الإسلامي الذي يعد من الأمانى التي تختلج لها الصدور وتتطوي عليها الجوانح، ففي هذا الرجل عبرة لؤلئك المهووسين بالسلطة التخصصية من داخل العلوم القانونية الذين يودون فصل العلوم القانونية عن العلوم الشرعية ويفترضون القطيعة والبون والجفاء بينهما، وفيه درس أيضاً للقانونيين الذين يزعمون بأن اللغة القانونية بناؤها هش وطبعها جاف، والحال أن الجفاف ليس جفاف اللغة، وإنما جفاف قريحتهم وجفاف طباعهم، فالقانون والشريعة واللغة مواد متكاملة مجموعة في سفر واحد.

وحسبنا أن نختم بما قاله الشاعر:

ولا شاة تموتُ ولا بعيرُ

لعمرك ما الرزية فقدُ مال

يموت بموته خلُق كثير.

ولكن الرزية فقد شهرهم

انتهى والحمد لله رب العالمين



## سلسلة ندوات وملتقيات



## أثر حياد المحكم على الأحكام التحكيمية الدولية

بقلم الدكتورة: نرجس البكوري  
أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

### مقدمة

يسعدني أن أشارك اليوم في هذا الملتقى العلمي حول موضوع «الوسائل البديلة لحل المنازعات» بموضوع يعالج جانب مهم من جوانب حل النزاعات عن طريق التحكيم<sup>1</sup> وهو «أثر حياد المحكم على الأحكام التحكيمية الدولية»، وأهمية هذا الموضوع تظهر جليا في أن تحقيق قواعد العدالة والإنصاف تتطلب الإحاطة بالقواعد الأساسية الواجب على المحكم الممارس مراعاتها باعتبارها محور مسطرة التحكيم.

ولعل المقولة الشهيرة للفيلسوف أرسطو تؤكد أهمية آلية التحكيم في فض المنازعات حينما قال: «إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يعتد إلا بالتشريع».

ومن ثم فالتحكيم يعد قضاء خاص يبدأ باتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، فهو يهدف إلى تحقيق العدالة<sup>2</sup>، ومن تم يتعين منح الأطراف الضمانات اللازمة لتحقيق هذه الغاية من خلال ضمان استقلالية المحكمين وحيادهم الذي قد يقع عليهم الخلاف بعد وقوع النزاع، خاصة وأن غالبية التشريعات قد اتجهت إلى التسليم بحرية أطراف الخصومة التحكيمية في اختيار محكم يطمئن الطرفان إلى الحكم الذي سيصدره لضمان نوع من النزاهة والعدالة.

1. يراد بالتحكيم حسب المادة 307 من قانون 05.08 «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية. يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم».

– القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 ص 3894.

2. تثير الطبيعة القانونية للتحكيم جدلا فقها منقطع النظر، بين من يصبغ عليه الطابع القضائي ومن يطلق عليه الطابع التعاقدي ومن يميل لا اعتباره ذو طابع مختلط، والرأي فيما أعتقد أن التحكيم ذو طابع خاص ذاك أن يبدأ بالاتفاق بين الأطراف، ويتوسطه إجراء، وينتهي بإصدار حكم.

ويقتضي أمر معالجة موضوع المداخلة الإجابة على بعض التساؤلات الآتي عرضها:

- 1 - ماذا يقصد بحياد المحكم واستقلاليتيه في التحكيم التجاري الدولي؟
- 2 - ما موقف التشريع المغربي وباقي التشريعات المقارنة من حياد المحكم؟
- 3 - ما هي تجليات وتمظهرات عدم حياد واستقلالية المحكم؟
- 4 - ما أثر الحياد على الأحكام التحكيمية الدولية؟

### 1 - مفهوم حياد المحكم واستقلاليتيه في التحكيم التجاري الدولي؟

يعد المحكم بمثابة حجر الزاوية في مسطرة التحكيم وذاك طبقا للمقولة الشهيرة «قيمة التحكيم بقيمة المحكم»<sup>3</sup>، فضلا عن أنه -المحكم- يشكل محورا لتضارب المصالح في التحكيم التجاري الدولي، وتجنب هذا التضارب يقتضي بدهة الانطلاق من المحكم نفسه، حيث يقع على عاتقه الالتزام بمبدأ الإفصاح والتصريح لدى الأطراف عن كل ما من شأنه أن يثير الشك والريبة بمبدأ حياده واستقلاله.

والحديث عن الحياد هو بالضرورة حديث عن الإنحياز، لأن الحياد هو نقيض الانحياز وضده، ومن طرق التعريف في المنطق، تعريف المفاهيم بأضدادها، فالانحياز بالمعنى المجرد هو حالة شخص (طبيعي أو معنوي) لا يمكن تصورهما إلا بوجود طرفين آخرين من المفترض أن يتم تعامل هذا الشخص معهما على أساس المساواة التامة، فإذا خدشت هذه المساواة بإرادة هذا الشخص تولدت حالة الانحياز، فالانحياز إذن هو خروج عن طريق سوي مستقيم مفترض، لأن انحراف المحكم قد يخل باستقلاليتيه وحياده في آن واحد، وهذا الإخلال قد يكون بدافع فيكون لمصلحة أحد المحتكمين وقد يكون من غير دافع فيكون خروجاً عن القواعد المقررة لنظر النزاع سواء كانت إجرائية أو موضوعية<sup>4</sup>، ولأن الحياد ضد الانحياز فهو إذن السير على الطريق السوي المستقيم المرسوم.

وعليه يمكن القول، إن حياد المحكم هو تجرده حيال النزاع المعروض عليه من أية مصلحة ذاتية كي يتسنى له البت فيه بموضوعية<sup>5</sup>، أو هو نظر المحكم في الدعوى دون أن يتحيز لمصلحة أحد أطرافها، أي النظر فيها متجرداً عن الميل والهوى مستهدفاً إنزال

3. «Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage».

4. Robert (J.), l'arbitrage droit interne droit international privé, 6 éd, Dalloz, 1993, p24.

5. ينظر بتفصيل إلى: حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر السنة، ص 111.

حكم القانون على وقائعها<sup>6</sup>، ومؤدى هذا التجرد أن لا يكون المحكم خصما في الدعوى ولا مصلحة له فيها إذ لا يجوز الجمع بين صفتي الخصم والحكم في آن واحد<sup>7</sup>.

ولا يقتصر حياد المحكم على الخصوم فقط، إنما يجب أن يكون قبل موضوع النزاع ذاته إذ يستلزم من المحكم أن يفصل فيه بروح موضوعية ويتجرد من غير أن يتأثر حكمه بمصلحة أو رأي سابق أو أي مؤثر آخر<sup>8</sup>، أما إذا تحلل المحكم من الحياد ومال لطرف على حساب طرف آخر اهتز حياده ونأى عن تحقيق العدالة المرجوة منه وهناك من<sup>9</sup> يفرق بين ما يعرف بالمفهوم الاجتماعي للحياد والمفهوم الصارم له، ويقصد بالمفهوم الاجتماعي للحياد هو تدخل المحكم لتعويض النقص الناجم عن عدم خبرة أحد المتقاضين أو محامييه أو يقوم بدعوته لتصويب ما وقع فيه من أخطاء كي لا تقوت عليه المصلحة التي ابتغاهها بدلا من أن يرتب النتيجة على هدى ما توافر أمامه من معطيات وذلك من أجل سرعة إجراءات العدالة وتبسيطها.

وهناك من يرى<sup>10</sup> أن الأخذ بهذا المفهوم الاجتماعي للحياد سيفضي حتما إلى الإخلال بالقواعد الإجرائية بما أشتمل عليه من ضمانات وكل ما يرتبط بها من حقوق وأظهرها حق الخصم في المحاكمة العادلة، فعلى المحكم أن لا ينسى وهو يفصل في الدعوى المعروضة عليه أن الحياد بالمفهوم الصارم هو الضمان الوحيد للخصم توفيراً للأمن القانوني<sup>11</sup>.

ويمكن إجمال مفهوم حياد المحكم في استعداده النفسي والذهني والعاطفي للبت في النزاع بعيدا عن الأهواء والميولات الذاتية، بحيث لا تقود المحكم سوى تحاليله الموضوعية للوقائع وللقواعد القانونية بما يجعل حكمه أقرب ما يكون إلى حقيقة الوقائع المطروحة عليه ومطابقا إلى أبعد الحدود لمضمون القواعد القانونية ذات الانطباق وإلى روحها.

والمحكم الدولي يجب أن يكون محايدا ليس اتجاه الطرفين ودولتيهما والنظامين السياسيين في دولتي الطرفين فحسب، بل أيضا اتجاه النظامين الحقوقيين المعمول بهما

6. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1988، ص 78.
7. مرتضى جمعة عاشور، عماد حسن سلمان، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، حزيران 2012، ص 30.
8. حسن بشيت حسني، ضمانات المتهم في الدعوى العمومية أثناء مرحلة المحاكمة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون 1979، ص 19.
9. أحمد مسلم، أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1979، ص 43.
10. طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2009، ص 86.
11. حاتم بكار، م س، ص 116.

من حيث التشريع والمفاهيم والأعراف، وهذا يعني أنه يجب أن يكون دولياً من حيث طريقة تفكيره وقناعاته واعتبار الحياد مسألة ذهنية عاطفية يجعل أمر إثبات عكسه صعباً للغاية إن لم نقل مستحيلاً لأنه مرتبط بنفسية المحكم الذي يعمل ما في وسعه لإخفاء تعاطفه تجاه أحد الأطراف حتى لا يفقد مصداقيته داخل هيئة التحكيم<sup>12</sup>.

وحتى يتاح لمبدأ الحياد أن ينتج كافة آثاره، تحرص التشريعات على التنصيص على مبدأ ثان يكمله، وهو لا يقل أهمية عنه، إذ أن الإخلال به قد يؤدي إلى إفراغ مبدأ الحياد من مضمونه وهو مبدأ الاستقلال.

وإذا كان المحكم هو قاض مختار، وكان استقلال القاضي من جميع أشكال التأثير سواء من أطراف النزاع أم سلطات الدولة أو غيرهم يعد مبعث ثقة المتقاضين، فإن استقلالية وحيدة المحكم هي التي تبعث الثقة به لدى أطراف التحكيم.

واستقلال المحكم يعني أن لا يرتبط بأي علاقة تبعية بأحد أطراف الخصومة وإن إرادة المحكم لا تخضع ولا تتأثر وهي غير خاضعة لإرادة غيرها أياً كانت لأن استقلال المحكم يعني أن رأيه نابع من ضميره ومن فكره وحده وأنه غير موحى به من غيره<sup>13</sup>.

ومن ناحية أخرى يتنافى مع استقلال المحكم ارتباطه بأي مصلحة مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي من أطراف التحكيم أو يكون خاضعاً لتأثيره بشكل مباشر أو غير مباشر، وبمعنى آخر يجب ألا يكون المحكم موظفاً عند أحد أطراف الخصومة وليس مستشاراً ولا قريباً ولا تابعاً له.

لذلك فإن كان الاستقلال مسألة موضوعية فإن الحيادة مسألة عاطفية تتعلق بالميل العاطفي كصلة قرابة أو مصاهرة أو مودة تجعل المحكم يميل أو ينحاز مع أحد الأطراف، أو إذا كان قد أبدى رأياً في موضوع النزاع المعروض على التحكيم<sup>14</sup>.

ويعتبر استقلال المحكم من المبادئ الأساسية في التحكيم، بل ويعتبر وقود المهمة القضائية التي يقوم بها المحكم، وتضمن لهذا الأخير، على الأقل من حيث المبدأ، الحرية في الحكم، فهي أمر موضوعي يمكن تقييمه بالرجوع إلى مؤشرات خارجية أو موضوعية،

12. هدى عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1997، ص 172.

13. ماهر محمد حامد النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة طبقاً لتشريعات التحكيم دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وتشريع التحكيم المصري مع الإشارة إلى اتفاقيات التحكيم الدولية ونظم مراكز التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، سنة 2011، ص 122.

14. ماهر محمد حامد، م س، ص 123.

وهي تتمثل في غياب أي رابطة تجعل للمحكم صلة خاصة بأحد الخصوم يصبح معها غير قادر على الحكم في النزاع بكل موضوعية<sup>15</sup>.

والاستقلال لا يعني فقط عدم وجود أي روابط خاصة بين المحكم وأحد الأطراف، بل يعني أيضا عدم وجود أي رغبة للمحكم في أن يرضي أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر على أن يعاد تعيينه كمحكم في المستقبل أو من أجل الحصول على أية منافع أخرى من الطرف الآخر الذي نال رضاه<sup>16</sup>.

## 2 - موقف التشريع المغربي وباقي التشريعات المقارنة من حياد المحكم

في معظم الأنظمة القانونية الداخلية، ومعاهدات التحكيم الدولية، يطرح موضوع استقلالية المحكم وحياده. وفي قوانين التحكيم الدولية يمر المشرع بجانب هذا الموضوع دون تأكيد أو إشارة إليه، بينما في قوانين التحكيم الداخلية هناك تأكيد صريح على أن المحكم يجب أن مستقلا وحياديا، تحت طائلة العزل حسب بعض القوانين كما سيأتي الحديث على ذلك<sup>17</sup>.

وقد ورد في القانون النموذجي للتحكيم (اليونسترال) أن يشترط في المحكم «الحيدة والاستقلال». وأوجب على الشخص الذي يرشح ليكون محكما «أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده واستقلاله. وعلى المحكم منذ تعيينه وطول إجراءات التحكيم أن يفضي فورا إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بهذه الظروف التي قد تثير بعض الريب والشكوك»<sup>18</sup>.

هذا وقد اعتمدت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، التي أنشأت مركز واشنطن، نظام اللائحة لاختيار المحكمين، وقضت بأن<sup>19</sup>: «الأشخاص الذين يعينون بالقوائم يجب أن يكونوا من ذوي الأخلاق العالية، ويكون مسلما بمقدرتهم في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة، أو المال، ويمكن الاعتماد على استقلاليتهم في الرأي. وستكون للمقدرة القانونية أهمية خاصة بالنسبة للأشخاص الذين يعينون من قائمة المحكمين».

15. زكرياء الغزوي، مسطرة التحكيم التجاري - دراسة مقارنة - دار الآفاق المغربية، ط الأولى 2019، ص 238.

16. زكرياء الغزوي، مسطرة التحكيم التجاري - دراسة مقارنة، م س، ص 238.

17. عبد الحميد الأحذب، حياد المحكم والصعوبات التي تعترض اختياره، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والثلاثون - تموز (يوليوز) 2017 والعدد السادس والثلاثون - تشرين الأول (أكتوبر) 2017، ص 103.

18. ماهر محمد حامد، م س، ص 123.

19. المادة 14 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار.

ويضيف نظام المركز: «وسيراعي الرئيس فضلا عن ذلك في اختيار من يعينهم بالقوائم، أهمية ضمان تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم في تلك القوائم، وكذلك الأشكال الهامة المختلفة للنشاط الاقتصادي».

وقد تأثرت الكثير من قوانين التحكيم في البلاد العربية والغربية بالقانون النموذجي وانتهجت بنهجه واعتبرت مسائل الحيادة والاستقلال من الشروط اللازم توافرها في شخص المحكم حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون التحكيم المصري بأنه: «يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده».

ويتطابق مع هذا النص الفقرة (1) من المادة 12 من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني<sup>20</sup> حيث جاء فيها: «على الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكما أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده واستقلاله، وعلى المحكم ومنذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يفضي بلا إبطال إلى طرفي النزاع بوجود أي ظرف من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أنه أحاطهما علما بها».

هذا وقد نص المشرع العماني في قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية<sup>21</sup>، في الفقرة الثالثة من المادة 16 على أن: «يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده. وعلى المحكم إذا استجدت مثل هذه الظروف بعد تعيينه أو خلال إجراءات التحكيم المبادرة إلى التصريح بها لطرفي التحكيم والمحكمين الآخرين».

وهو نفس الطرح اتجه نحوه المشرع التونسي من خلال الفصل 57 من مجلة التحكيم<sup>22</sup> حيث جاء فيها: «على الشخص - حين يعرض عليه احتمال تعيينه محكما - أن يصرح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله وعليه - منذ تعيينه وما دامت إجراءات التحكيم سارية - ألا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهم علما بها».

وقد اهتم المشرع المغربي على سير التشريعات المقارنة في إلزام المحكم بضرورة الإفصاح عن الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكا حول حياده واستقلاله، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق المحكم طيلة مسطرة التحكيم، سواء عند التصريح أو عند تعيينه أو

20. مرسوم بقانون رقم (9) لسنة 1994 بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي.

21. مرسوم سلطاني رقم 9/47 بإصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، ص 4.

22. قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993، ص 580.

عند ظهور السبب المبرر للشكوك، حيث جاء في مقتضى الفقرة الثانية من المادة 327-6 من قانون المسطرة المدنية على: «يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن ينصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله».

كما نص المشرع على ضرورة الإفصاح عند ظهور السبب المبرر للشك والريبة، وذلك بمقتضى الفصل 327-7 من ذات القانون الذي نص على ما يلي: «يتعين على المحكم الذي يعلم بوجود أحد أسباب التجريح في نفسه أن يشعر الأطراف بذلك، وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول مهمته إلا بعد موافقة الأطراف».

والملاحظ من المقتضيات القانونية المومأ إليها أعلاه أن المشرع قرن التزام المحكم بالإفصاح بمبدأ الحياد، حيث يعتبر الالتزام بالإفصاح مكنة تبيح ممارسة الرقابة على حياد المحكمين، وهو ما عبر عنه المشرع من خلال إلزام المحكم بالإفصاح لدى الأطراف عن أي تعارض مفترض في المصالح طيلة مدة التحكيم، وإلى حين صدور الحكم التحكيمي، حيث قد تظهر وقائع جديدة لم تكن قائمة إلى أن حدثت أثناء سير عملية التحكيم، وهذا ما حدى بالمشرع لاستعمال عبارة «من شأنها» للتعبير عن أمر محتمل التحقق في أي مرحلة من مراحل سير عملية التحكيم<sup>23</sup>.

وهذا يجعل المحكم محملاً بواجب الإفصاح إلى حين صدور الحكم، ولا يجوز له مباشرة مهامه حالة تحقق وقائع قد تثير الشك والريبة في ذهن الأطراف في حيدة المحكم، إلا بعد موافقة الأطراف. وعدم الجواز هذا يجد أساسه في كون التحكيم قضاء خاص، يتعين فيه منح ضمانات لفائدة أطراف الخصومة، وأهم الضمانات هي الإفصاح إذ يعد من أساسيات إنجاح مهمة التحكيم، وآلية تدب المزيد من الثقة في نفس الأطراف المتنازعة.

### 3 - تجليات عدم حياد واستقلالية المحكم

مما لا مرأى حوله أن المحكم يتولى وظيفة قضائية، تحتم عليه أن يتحلى بما يتصف به القاضي من نزاهة واستقلالية وحياد، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ في حكمها الصادر في 13 أبريل 1993 الذي جاء فيه أنه لا غنى عن الاستقلال المعنوي والروحي لممارسة أية سلطة قضائية أيا كان مصدرها وأن هذا الاستقلال المعنوي هو أحد الصفات الأساسية للمحكمين<sup>24</sup>.

23. زكرياء الغزاوي، م س، ص 230.

24. عمرو مشهور حديثة الجازي، حياد المحكم، المجلة التونسية للتحكيم، عدد 6 خاص، الندوة الدولية العاشرة للكونفدرالية الدولية لمؤسسات التحكيم التجاري IFCAI «القضايا المعاصرة للتحكيم الدولي» قرطاج تونس 28 - 29 ماي 2009، ص 38.

غير أن إثبات نقيض الاستقلال المعنوي - الانحياز - أمر محفوف بالكثير من التعقيد والصعوبة مادام الحديث يتعلق بأمور حسية غير ملموسة، لكن الملاحظ أن الواقع العملي أفرز مجموعة من المعايير يقاس بها عدم حياد المحكم وسيأتي الحديث عنها تباعاً:

#### أ - مشاركة المحكم في لقاءات علمية منظمة من قبل أحد الأطراف

قبل الخوض في مآل حيده المحكم أثناء مشاركته في نشاط علمي منظم من قبل أطراف الخصومة، ينبغي توجيه الاهتمام للتساؤل الذي قد يثور عن حيده المحكم الذي أدلى برأي مسبق في النزاع من خلال دراسة وضعها حول النقطة القانونية موضع البحث ليس من خلال كونه محكماً في دعوى تحكيمية ولكن من منطلق اعتبار ذاك الرأي من قبيل الإسهامات الفكرية للمحكم، فما وضع المحكم والحالة هاته؟

في هذا الصدد يرى الاجتهاد الفرنسي أن كتابات المحكم لا تسمح بوضع حياده موضع الريبة والشك، وهي لا تعكس عداء شديداً من المحكم ضد أحد الأطراف<sup>25</sup>. يبقى أن معنى النزاهة في التحكيم الدولي كامن في الصفتين اللازمتين للمحكم أي الحياد والاستقلالية، ووفقاً للفقهاء فإن مسافة يجب أن تفصل المحكم عن الثقافة القانونية والسياسية والدينية المحلية، إذ يجب أن يتجاوز المحكم تقاليده وأن يتمتع بانفتاح فكري على أنواع أخرى من الفلسفات والمدارس الفكرية والثقافات<sup>26</sup>.

لكن ماذا لو شارك المحكم في أنشطة علمية نظمت من قبل أحد أطراف النزاع ألا يشكل هذا مساً بحياده واستقلاله؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التمييز بين الصفة التي شارك بها المحكم في ذاك النشاط العلمي هل بصفته محاضر في اللقاء العلمي أم بصفته محامياً، إن حضور المحكم بصفته محامياً<sup>27</sup> لا يؤثر ولا يمس باستقلاله وحياده، اعتباراً لأن حضوره وفق تلك الصفة

25. Matthieu de Boissésou, «le Droit français de l'arbitrage-Interne et international », P Bellet, GLN Joly, 2ème éd 1990, p770.

26. عبد الحميد الأحذب، م س، ص 106-107.

27. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 يوليو 2012 ما يلي:

«Mais attendu que l'arrêt relève que, le 5 février 2007, M.t.a assisté en tant qu'avocat, sans intervenir comme orateur, à un colloque organisé par le syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale, consacré aux enjeux et développement de la franchise, manifestation à laquelle la société EDJUVE a participé ; que la cour d'appel en a exactement déduit que sa présence occasionnelle, dans de telles circonstances, n'était pas de nature à faire douter de son indépendance et de son impartialité, de sorte qu'en ne le révélant pas lors de sa déclaration d'indépendance ; M.T .n' avait pas commis de faute ; que le moyen 'est pas fondé».

أورده زكرياء الغزاوي في الهامش، م س، ص 245.

يجعل حضوره موسمي وغير دائم وبالتالي هذا الحضور لن يشكل مساسا بحياده ولن يشكل ظرفا يستوجب التصريح به لدى الأطراف.

غير أن حضور المحكم في لقاء علمي نظم من قبل الأطراف بصفته محاضرا رئيسيا، يلقي بظلال الشك على حياده واستقلاله ويشكل تمظهرًا جليا لانحيازِهِ وعدم استقلاله، ويلاحظ أحد الباحثين<sup>28</sup> أن العلاقات الأكاديمية واللقاءات العلمية يمكن أن يخفي وراءها مصالح مادية، خاصة أن واقع التحكيم الدولي يؤكد ذلك التداخل بين الأنشطة الأكاديمية والمصالح الخاصة.

وهو رأي وجيه له ما يبرره، بالنظر لحساسية مبدأ الحياد، حيث إن لقاء المحكم في ورشات أكاديمية من شأنه يمهد لبناء روابط قد تجعل حياد المحكم مشكوك فيه. لأجله يتعين أن ينأى المحكم بنفسه عن الحضور للقاءات تواجهه بأطراف الخصومة خارج مكتب أو مركز التحكيم وهذا حفاظا على نزاهته من جهة، وللحكم التحكيمي من البطلان من جهة مقابلة.

#### ب - علاقة الصداقة والعمل لدى أحد الطرفين مع المحكم

قد يثور تساؤل عن أثر علاقات العمل والتبعية السابقة بين طرفي النزاع والمحكم حيث يرى البعض أن علاقة العمل السابقة لدى أحد الطرفين تنفي الاستقلال، وهناك رأي آخر يتجه إلى عدم وجود تعارض مادامت علاقة التبعية قد انتهت، وإلا كان في الأمر شبهة تحوم حول استقلالية هذا المحكم<sup>29</sup>.

وقد يثور الخلاف حول علاقة صداقة وطيدة ما بين المحكم مع أحد الأطراف أو أحد محامي الأطراف أو أحد الشهود، حيث اعتبرت أحد القرارات أن عدم الإفصاح من طرف المحكم عن علاقة الصداقة بين المحكم أو أحد محامي الأطراف يشكل سببا للطعن وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء<sup>30</sup>، حينما أثبتت المحكمة سفر أحد المحكمين ومحامي المطعون ضدها مسطرة التحكيم عبر الطائرة إلى مدريد بإسبانيا، وإقامتهما بفندق على نفقة أحد طرفي مسطرة التحكيم وهي المطعون ضدها التي يتواجد مقرها بنفس المدينة، وذلك أثناء سريان مسطرة التحكيم حيث استندت

28. زكرياء الغزاوي، م س، ص 245.

29. عمرو مشهور حديثة الجازي، م س، ص 36.

30. قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 4032، عدد 2014/8230/5628، بتاريخ 2015/07/14، أورده خالد بوحروش، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري بين مبدأ سلطان الإرادة وسلطة المحكم، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، 2017/2018، ص 127.

المحكمة أثناء تعليقها لقرارها على الفصل 6-327 وحكمت المحكمة ببطلاق حكم التحكيم المطعون فيه.

ويطرح النقاش حول المساس بمبدأ حياد المحكم في حالة تكرار اختيار أحد الطرفين لنفس المحكم في عدد من قضايا التحكيم وعن تأثير هذا الأمر على استقلاليته في التحكيم، والاعتقاد في الغالب أن هذا لا يؤثر على استقلالية المحكم ما لم يشعر المحكم نفسه أن من شأن هذا التكرار في تعيينه ما يقوض من استقلاله تجاه الطرف الذي عينه<sup>31</sup>. وقد حصل هذا في دعوى عين فيها رب العمل محكماً في النزاع الأساسي العالق بينه وبين المقاول، ثم أعاد تسميته في النزاع المتعلق بتسييل الكفالة المصرفية المعطاة من مكتب دراساته، وقد حكمت محكمة بداية باريس باستبعاد المحكم عن القضية الثانية بحجة أن معرفة المحكم بالإجراءات السابقة ليس من شأنها رسم شكوك حول حياده وموضوعيته في الحكم في الدعوى الجديدة، طالما أن شخصه ليس موضع أية منازعة جدية... ولكن، أضافت المحكمة أن الحكم التحكيمي الأول كون تقييماً لمسؤولية مكتب دراسات رب العمل، وإن لم يكن هذا المكتب طرفاً في النزاع التحكيمي الأساسي، وهكذا قررت المحكمة عزل المحكم، ويعتبر الاجتهاد الفرنسي أنه في غياب أي حكم سابق يمكن أن يشكل من قبل المحكم رأياً مسبقاً من طرف، فإن مشاركة المحكم في تحكيم ثان متلائم مع تحكيم أول ليس موضع مأخذ<sup>32</sup>.

### ج - وحدة الجنسية

أصبحت الجنسية هي مؤشر ومفهوم حياد المحكم، حيث أن كل أنظمة مراكز التحكيم الدولية تشير إلى أن المحكم المنفرد والمحكم الثالث يجب أن يكونا من غير جنسية الطرفين<sup>33</sup>.

غير أن كلمة الفقه لم تتحد في اعتبار الحياد هو الجنسية المحايدة في النتيجة، ويمكن القول أن هنالك اتجاهان، الاتجاه الأول، يذهب إلى عدم اشتراط تمتع المحكم بالأهلية السياسية إلى جانب الأهلية المدنية ومن ثم القول بجواز أن يكون المحكم أجنبياً<sup>34</sup>، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مهمة المحكم ذات الطابع القضائي وإن كانت تشبه وظيفة القاضي في الدولة، وهي حسم النزاع بقرار ملزم للخصوم، إلا أنها مهمة قضائية خاصة ومؤقتة، فهي خاصة لأنه يجوز أن يتولاها شخص عادي لم يشغل وظيفة عامة وهي مؤقتة لأنها

31. عمرو مشهور حديثة الجازي، حياد المحكم، م س، ص 36.

32. عبد الحميد الأحذب، م س، ص 106-107.

33. ينظر: محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ص 298.

34. ينظر: محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ص 298.

تنتهي بحسم النزاع بين الخصوم على خلاف وظيفة القاضي فهي عامة ودائمة وبالتالي يمكن القول بجواز أن يكون المحكم شخصا أجنبيا، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية حيث نصت على أنه: « ليس هناك ما يمنع من أن يكون التحكيم على يد أشخاص غير مصريين ذلك لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في طرفي الخصومة يريدان بمحض إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو صلح».

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى وجوب أن يكون المحكم متمتعاً بالأهلية السياسية إلى جانب الأهلية المدنية، وبالتالي لا يجوز أن يكون المحكم أجنبيا<sup>35</sup>.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية والدولية، فلم تكن بأحسن حال من الفقه إذ هناك اتجاهات متعددة ومن بينها، الاتجاه الذي يربط مسألة الجنسية المحايدة للمحكم بإرادة الخصوم ابتداء، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، من ذلك ما نصت عليه، المادة 11<sup>36</sup> من قانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 1994 والمادة 13<sup>37</sup> من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008. ثم هناك الاتجاه الذي يميل إلى تحريم أن يكون المحكم من جنسية أطراف الخصوم، وهو ما نصت عليه اتفاقية عمان للتحكيم التجاري، إذ نصت المادة 18 في الفقرة الرابعة منها على أنه: «لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني دولة أحد الطرفين» ونصت المادة 38 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار على أنه: «لا يجوز أن يكون المحكمون الذي يعينهم الرئيس طبقاً لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي أحد مواطنيها في النزاع». والملاحظ أن الاتجاه الأخير هو عين الصواب وهو الأكثر إنصافاً فإذا كانت جنسية المحكم بحسب الأصل ليست من أسباب عدم صلاحيته، بيد أننا نرى أن يكون المحكم المنفرد من جنسية غير جنسية الخصوم، وإذا ما تعدد المحكمون، وجب أن يكون المحكم المرجح (الرئيس) من جنسية غير جنسية الخصوم ولعل في ذلك ضمان لحياد المحكم واستقلاله وعدم انحيازه لجنسيته.

فالجنسية أضحت تعتمد عملياً كمقياس للحياد فإذا كان الخلاف بين شركة قطرية وشركة ألمانية فإن المحكم الثالث يجب أن يكون من جنسية حيادية أي من غير جنسيتي

35. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 94.

36. حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون التحكيم البحريني على أنه: «لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك».

37. نصت الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون التحكيم لسوري على أنه: «لا يشترط في المحكم أن يكون من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك».

الشركتين، وذلك يفضي في كثير من الأحيان إلى إيجاد محكم له جنسية حيادية. وي طرح موضوع الجنسية بمفهومه الثقافي والفكري والاقتصادي ففي تكوين كتل إقليمية مترابطة اقتصاديا كالسوق الأوروبية المشتركة وغيرها من التجمعات الاقتصادية، في ظل هذه التجمعات يصبح الولاء الاقتصادي للتجمع لا للدولة العضو فيه ويصبح شرط اختلاف الجنسية موضع شك كبير<sup>38</sup>، وقد طرحت هذه القضية في دعوى تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية حيث عينت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية محكما ثالثا من الجنسية اليونانية في خلاف بين شركة مغربية وشركة ألمانية وقد قدمت الشركة المغربية طعنا بقرار محكمة غرفة التجارة الدولية أمام المحكمة القضائية الفرنسية مدلية بأن الجنسية اليونانية هي جزء من الجنسية الأوروبية، ولكن المحكمة القضائية اعتبرت في قرار أصدرته في 18/01/1991 أنه لا يمكن للقاضي أن يحل محل المحكمين (الذين لهم اختصاص النظر اختصاصهم) ولا محل مركز التحكيم حين يسير التحكيم طبقا لنظامه<sup>39</sup>.

#### د - التقدير المجحف للتعويض المحكوم به في قضية الخرافي

لعل أبرز قضية تحكيمية تجسد بشكل صارخ انحياز المحكم عن طريق المغالاة في تقدير مبلغ التعويض، هي قضية الخرافي التي شهدت صخبا منقطع النظير وذلك لاعتبارها أطول قضية تحكيمية في عالم التحكيم، حيث ناهز الصراع القانوني المثار حولها قرابة عشر سنوات في أروقة المحاكم المصرية والخاصة بدعوى بطلان حكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي الكويتية ضد ليبيا.

وتدور وقائع النزاع في هاته القضية حول إسناد السلطات الليبية لشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية تنفيذ مشروع استثماري سياحي، يتمثل في فندق سياحي متكامل ومجمع تجاري خدمي وشقق فندقية وأماكن ترفيهية، بمنطقة تاجوراء - طرابلس. فقد أصدر السيد أمين اللجنة الشعبية العامة للسياحة الليبي (وزير السياحة) القرار رقم 130 لسنة 2009 بالموافقة على تنفيذ المشروع في سبع سنوات ونصف، مع تحديد مدة الانتفاع (امتياز شركة الخرافي) بتسعين سنة، مقابل قيمة إجمالية 130 مليون دولار. وذلك كله وفقا للشروط والضوابط الواردة بقانون الاستثمار الليبي رقم 5 لسنة 1997 بشأن تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية ولائحته التنفيذية. وبتاريخ 2006/6/8 أبرم عقد الاستثمار بين كل من مصلحة التنمية السياحية الليبية وشركة الخرافي، تحت مسمى عقد إيجار قطعة أرض مساحتها 240 ألف متر مربع لغرض

38. عمرو مشهور حديثة الجازي، حياد المحكم، م س، ص 37.

39. عبد الحميد الأحذب، م س، ص 112.

إقامة مشروع استثماري سياحي. وقد نصت مادته 29 على أنه في حالة «نشوء أي نزاع بين الطرفين يتعلق بتفسير نصوص هذا العقد أو تنفيذها أثناء سريانه يتم تسويته وديا، وإذا تعذر ذلك يحال النزاع إلى التحكيم وفقا لأحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة بتاريخ 29 نوفمبر 1980». على أن يكون القانون الواجب التطبيق - فيما لم يرد بشأنه نص في العقد - قانون الاستثمار والسياحة في ليبيا (المادة 30 من عقد الاستثمار المبرم بين الطرفين).

وفي بداية تنفيذ المشروع فوجئت الشركة بأن الأرض محل التعاقد محملة بالعديد من العوائق المادية والقانونية التي تحول دون التنفيذ، إضافة إلى عدم توفير الأمن اللازم لعمالها وموظفيها. طلبت الشركة من السلطات الليبية إزالة العوائق وتوفير الأمن اللازم، وعقدت - لهذا الخصوص - العديد من اللقاءات وتبادل المكاتبات دون الوصول لحل نهائي. وفي غضون شهر يناير 2009 عرض الجانب الليبي موقعا بديلا لإقامة المشروع، ولكن شركة الخرافي رفضت وصممت على الموقع محل التعاقد.

بعد أربعة سنوات من تاريخ إبرام العقد، وتحديدًا في شهر ماي 2010، ودون سابق إنذار، أصدر السيد وزير الاقتصاد الليبي قرارا بإلغاء المشروع وسحب ترخيص الاستثمار الممنوح لشركة الخرافي، وقامت بإنهاء التعاقد من جانب واحد، ظنا منها أن العقد لم يعد شريعة المتعاقدين، إنما صار شريعة الجهة الإدارية وحدها. وهي الآفة التي تتسبب - بشكل دائم - في خسارة دولنا العربية والأفريقية لجميع منازعاتها. وقد بررت السلطات الليبية هذا الإجراء بتراحي الشركة في الوفاء بالتزاماتها، في حين رفضت الشركة هذه الادعاءات مع التأكيد على أن حيازتها للأرض لم تكن تامة ولا هادئة، بشكل يمكنها من تنفيذ المشروع، وأن الجانب الليبي لم يضمن عدم تعرض الغير لها.

ولهذه الأسباب لجأت شركة الخرافي إلى التحكيم، وبتاريخ 2013/3/22 أصدرت هيئة التحكيم حكمها في الدعوى وانتهت إلى أن:

أولاً: الجهة الإدارية المدعى عليها ارتكبت أخطاء تعاقدية وقانونية لإنائها للتعاقد من جانب واحد بما يؤكد مسئوليتها. حيث رفضت هيئة التحكيم اعتبار العقد المبرم بين الطرفين من قبيل العقود الإدارية، وإنما هو من عقود «البوت B.O.T» التي تخضع للقوانين الخاصة بتشجيع الاستثمار إضافة إلى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية. وأضافت الهيئة أن الجانب الليبي لم يكن من حقه فسخ العقد وسحب المشروع، وأن الاستثمار تم إنهاءه بشكل تعسفي مماثل للتجميد والتصفية والتأميم وغيرها من التدابير المماثلة، والمحظورة جميعا بمقتضى القانون الليبي والاتفاقية الموحدة. بما يؤكد ثبوت

الخطأ العقدي الموجب للمسئولية في شأن الحكومة الليبية لإنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة، بالمخالفة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ثانياً: إلزام الجهة المدعى عليها ممثلة في الحكومة الليبية ووزارة الاقتصاد والهيئة العامة لتشجيع الاستثمار ووزارة المالية بأن تدفع على سبيل التكافل والتضامن لشركة الخرافي - وهي الشركة المدعية - التعويضات الآتية:

30 مليون دولار عن الأضرار الأدبية؛

5 مليون دولار خسائر ومصروفات؛

900 مليون دولار تعويض عن الكسب الفائت؛

2 مليون دولار رسوم ومصاريف التحكيم؛

فائدة 4% على إجمالي المبالغ المحكوم بها من تاريخ الحكم وحتى تمام السداد.

لكن الحكومة الليبية لم تترضي حكم التحكيم السابق، فلجأت إلى محكمة الاستثمار العربية بطلب عدم الاعتراف به واعتباره كأن لم يكن، وقد أسس المدعون دعواهم على عدة أسباب من بينها:

أولاً: عدم خضوع المنازعة بين الشركة التي صدر الحكم التحكيمي لصالحها وبين المدعين لأحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية. استناداً إلى الآتي:

1 - أن الاتفاقية قد حددت نطاق تطبيق أحكامها الموضوعية بموجب الفقرات 5، 6، 7 من المادة الأولى منها بفكرة رأس المال العربي واستثمار رأس المال العربي وأن الحكم المشار إليه قد سطر أن الشركة المحكوم لها لم تقم بتحويل رأس مال إلى ليبيا لاستخدامه في التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد ولم تفتح حسابات باسم المشروع في البنوك الليبية.

2 - أن أعمال الاتفاقية يفيد فقط بتوفر الشروط التي وضعتها الاتفاقية نفسها لتطبيقها، ومن ثم فمتى كانت المسألة المعروضة على القاضي الوطني أو على المحكم الذي يطبق القانون الوطني لا تدخل في نطاق الأعمال التلقائي للمعاهدة فإنه من غير المتصور أعمال أحكام هذه المعاهدة وإلا عد ماساً لسيادة الدولة.

3 - أن الحكم التحكيمي قد قام بتطبيق الاتفاقية على المنازعة استناداً إلى نص المادة (20) منها، وذلك على الرغم من أن المادة المذكورة تفترض أن تكون المنازعة ناشئة عن تطبيق الاتفاقية...

4 - أن المادة (29) من العقد واضحة الدلالة فقط على اختيارها نظام التحكيم المعمول به في الاتفاقية دون الإحالة إلى القواعد الموضوعية فيها، حيث إنه لا مجال لإعمال تلك القواعد الموضوعية على المنازعة الماثلة في ظل عدم توافر الشروط والأوصاف التي حددتها المعاهدة لانطباقها.

ثانياً: استبعاد الحكم التحكيمي لملحق التوفيق والتحكيم الملحق بالاتفاقية: حيث نعي المدعون على الحكم التحكيمي استبداله قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بقواعد ملحق التوفيق والتحكيم الواردة في ملحق الاتفاقية ولم يستبق منها سوى المهمل. وأن استعارة الحكم لمسمى (حكم تحكيمي صادر وفقاً لقواعد الاتفاقية) هي تسمية في غير محلها وأن إعطاء الهيئة التحكيمية الحكم التحكيمي صفة النفاذ المعجل هو أمر يوصم الحكم بالانحياز.

ثالثاً: بلوغ العوار الذي لحق بالحكم التحكيمي مبلغاً جسيماً: وذلك تأسيساً على أن الحكم التحكيمي قد فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم وجاوز نطاق شرط التحكيم من حيث أطرافه.

غير أن المحكمة قضت بعدم جواز نظر الدعوى لعدم اختصاص محكمة الاستثمار العربية بنظرها وألزمت المدعين بالرسوم والمصروفات القانونية، بعد رفض الدعوى السابقة قامت الهيئة العامة للسياحة الليبية منفردة بإقامة الدعوى الحالية رقم 3 لسنة 13 استثمار أمام محكمة الاستثمار العربية بعريضة مودعة لدى أمانة المحكمة بتاريخ 2015/10/12، للمطالبة بعدم الاعتراف بحكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي واعتباره كأن لم يكن في مواجهتها. ووصلت المحكمة إلى حكم مفاده إنها تختص فقط بتيسير مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي والقضاء بما يكون مناسباً من أجل الوصول إلى هدف معين وهو تنفيذ الحكم دون أن يتعدى ذلك إلى الاختصاص بنظر أية مسائل أخرى. وعليه فقد حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع مرة أخرى.

طرقت الحكومة الليبية سبيل التقاضي أمام محكمة استئناف القاهرة باحثة عن بطلان حكم التحكيم الصادر لصالح شركة الخرافي. وقد اتخذت دعواها منحنيات شديدة، ففي البداية قضت محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم 39 لسنة 130 ق بعدم القبول، فطعن المدعون على حكمها بالنقض. فقضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 6065 لسنة 84 ق بنقض الحكم والإحالة لمحكمة الاستئناف للفصل في دعوى البطلان. لم تقصص مرة أخرى محكمة الاستئناف في موضوع البطلان وقضت مجدداً - على خلاف أحكام القانون - بعدم اختصاصها بذات الدعوى، فطعن مرة أخرى على حكمها بالنقض فتمسكت المحكمة العليا بقضائها السابق، ناقضة الحكم - بالطعن رقم 18615 لسنة 88 ق وحالته مرة ثانية

للنظر في دعوي البطلان. وقد تصدت محكمة الاستئناف في النهاية للفصل في موضوع الدعوى، وقضت ببطلان حكم تحكيم الخرافي ضد ليبيا، خمسة أحكام حتى الآن، ثلاثة منهم لمحكمة استئناف القاهرة، وحكمان لمحكمة النقض المصرية، وفي انتظار قضاء النقض في الطعن الأخير لشركة الخرافي الذي لم يصدر بعد<sup>40</sup>.

#### 4 - أثر حياد المحكم على أحكام التحكيم الدولية

إن إصدار قرار فاصل في أي نزاع من أي جهة تتولى الفصل في النزاعات، سواء جهة قضائية نظامية أو جهة قضائية تحكيمية، يتطلب من تلك الجهة أن تكون على مسافة واحدة من جميع أطراف النزاع، ليطمئنوا إلى عدلها، وهذا ما عبر عنه الخليفة العادل عمر بن الخطاب في رسالته إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه حين قال: «...أس بين الناس في مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك...» وفي الجانب الآخر من العالم يمكن إيراد القول المشهور للورد Hewart والذي أضحى شائعاً في الفقه الانجلوسكسوني: «ليس المهم فقط تحقيق العدالة، بل أن من الضروري أن يظهر بشكل واضح لا شك فيه أن العدالة قد تحققت».

وهذا المقتضى الضروري لتحقيق العدالة ينطبق على كل من ينفصل في النزاع الناشئ بينهم، محكما كان أو قاضيا، حيث يكفل خلو أي أمر من شأنه التأثير في وجدان القاضي أو المحكم نحو أحد الأطراف أو النزاع<sup>41</sup>.

وفي قضايا التحكيم ذات الطابع الدولي تبدو حيادية المحكم ونزاهته أكثر تطلبا؛ وما ذلك إلا لأن الطبيعة الدولية لهذه النزاعات تقتضي منه أن يكون متمتعا بسعة الأفق وبعد النظر وسعة الاطلاع وتنوع الثقافات حتى يكون قادرا على الفصل فيها دونما انحياز لأي طرف أو لأي من القوانين الوطنية وإنما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف التي صاغتها القواعد النموذجية للقانون التجاري الدولي ومراكز التحكيم الإقليمية والدولية على حد سواء.

حيث يمكن القول - بحق - أن ابتغاء حياد واستقلال المحكم ليس مطلوبا لذاته بل إنه مطلوب لغيره، بحيث يؤدي هذا الاستقلال دوره في توفير ضمانة مهمة للمحتكمين حول عدالة التحكيم الذي التجئوا إليه لكونه قضاء موازي لقضاء الدولة التي تنص الدساتير على تقرير ووجوب استقلاله.

40. - ينظر إلى الموقع الإلكتروني الأتي: تاريخ الاطلاع 01-04-2022 على الساعة 14:00

<https://iamaeg.net/ar/publications/articles/arbitration-case-libya-and-khorafi>

41. مصعب محمد القطاونة، استقلال وحياد المحكم في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة 2011، ص

ويمكن إجمال القول حول مسألة أثر تحلي المحكم بالحياد على النزاع المعروض يتمثل في اطمئنان الأطراف للحكم الذي سيصدر عن الهيئة التحكيمية التي تحلت بالحياد منذ أن عرض عليها النزاع إلى حين اتخاذ قرار الحسم فيه، لذا ألزمت جل التشريعات المحكمين بالالتزام بمبدأ الحياد حتى لا يتم تحويل الغاية -تحقيق العدالة بتطبيق روح القانون- التي من أجلها يفضل أطراف الخصومة اللجوء إلى آلية التحقيق.

وحرصا على أهمية الحياد فقد وضعت الكثير من قواعد سلوك المحكمين التي حاولت وضع مبادئ أساسية لحياد المحكمين واستقلاليتهم التي لا بد من تحريها، وعلى رأس هذه القواعد قواعد سلوك المحكمين التي وضعتها نقابة المحامين الدوليين.

ولا بد هنا من الإشارة إلى مبادئ تضارب المصالح التي وضعتها نقابة المحامين الدوليين والتي تتضمن ثلاثة قوائم حمراء وبرتقالية وخضراء. القائمة الحمراء تتضمن عقبات أساسية حتى ولم تم الإفصاح عنها من قبل المحكم فإن ذلك لن يتيح له الاستمرار بالنظر بالقضية المعروضة أمامه كمحكم، ومثال على ذلك إبداء رأي في النزاع المعروض عليه أو تكون للمحكم أسهم أو حصص في شركة طرف في النزاع أو أن المحكم يعمل في نفس مكتب المحاماة الذي يعمل فيه أحد المحامين المترافعين أمامه.<sup>42</sup>

وتتضمن اللائحة البرتقالية بشكل غير حصري، الحالات والفرضيات التي من شأنها أن تثير شكوك شرعية لدى الأطراف حول حياد واستقلال المحكم، وهي الحالات التي يلتزم فيها المحكم بالإفصاح عنها<sup>43</sup>؛ أما القائمة الخضراء فهي تحتوي على مسائل لا يتوجب الإفصاح عنها وأن تم ذلك فإن ذلك يدخل ضمن أخذ الحيطة القصوى. والأمثلة على هذه إبداء المحكم رأيه في بعض المسائل العامة أو أن يكون محاميا في مكتب محاماة سبق له وأن أقام دعوى ضده أحد الأطراف في مسألة ليست لها علاقة بالنزاع المعروض أو أن يكون سبق للمحكم أن تعاون مع أحد المحامين كمحكمين أو محامين<sup>44</sup>.

## خاتمة

وفي الختام نؤكد على أهمية تحلي المحكم بصفتي الحياد والاستقلالية، باعتبارهما من الضمانات الأساسية لتحقيق العدالة منذ نظره للنزاع إلى حين صدور حكم التحكيم، وهو ما يستوجب على المشرع في المشروع المنتظر المصادقة عليه التفصيل والتوسع أكثر في حالات ومظاهر الحياد بما ينسجم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية ولما فيه مصلحة لأطراف التحكيم ولتعزيز الثقة في مؤسسة التحكيم ونزاهته ليس باعتبارها بديلا للقضاء بل رديفا له.

42. عمرو مشهور حديثة الجازي، م، س، ص 41

43. زكرياء الغزاوي، م، س، ص 252.

44. عمرو مشهور حديثة الجازي، م، س، ص 41.



## دور الجمعيات في فض النزاعات الأسرية

بقلم الدكتورة: كنزة حرشي

أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

### تمهيد

أمام تشعب مهام الدولة وتخليها النسبي عن بعض وظائفها، ظهرت إلى الوجود مجموعة من التنظيمات الخارجية عن مراقبة الدولة المباشرة والتي أصبحت تلعب دورا كبيرا في الحياة اليومية للمواطنين، الأحزاب والنقابات والمؤسسات والمنظمات غير الحكومية التي يقوم نشاطها على العمل التطوعي. حيث حملت في طياتها شحنة من التغييرات التي مست مجموعة من المجالات بما فيها المجال الأسري.

ومع بداية التسعينات بدأ العمل الجمعوي يأخذ منحى تصاعديا حيث تنامت الجمعيات والتي تخصصت في العديد من الميادين لمواجهة المعضلات التي يعيشها المجتمع، ومن بين هذه الجمعيات الجماعات النسائية التي حملت هم الأسرة المغربية والنهوض بقضاياها، وشكلت نموذجا أنسبا لتجاوز الصعوبات والمشاكل التي تتخبط بها المنظومة القضائية.

وتستمد هاته الجمعيات صلاحياتها بموجب الدستور الجديد لسنة 2011 الذي منحها اختصاصات واسعة حيث أكد الفصل 12 في الفقرة الأولى منه على أنه: «تؤسس جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية وتمارس أنشطتها بحرية في نطاق احترام الدستور والقانون»، هكذا فإن فعاليات المجتمع المدني من مراكز الاستماع والمواساة الاجتماعية ومراكز الإرشاد الأسري واكبت الحراك الاجتماعي حيث ظهرت بوادر اعتمادها على الوساطة الأسرية كآلية بديلة لفض النزاعات الأسرية لمواجهة كافة الأزمات بمختلف أقاليم وجهات المملكة، سيما أن الهدف من هذه الوساطة يتمثل أساسا في حسم النزاعات بشكل متميز عما تقتضيه المساطر القضائية التقليدية وإتاحة الفرصة للأطراف المتعاقدة للمشاركة في إيجاد الحل للنزاع وتوفير بالتالي إطار قانوني يضمن لهم الحصول على عدالة في ظروف يمكن الاطمئنان إليها.

لدى سألح موضوع هذه المداخلة وفق الورقات التالية:

- الإطار التشريعي للمجتمع المدني؛
- أسباب تطور دور المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية؛
- آليات تدخل المجتمع المدني في الوساطة الأسرية؛
- المقاربات لحل النزاعات الأسرية: مقارنة وقائية - مقارنة علاجية؛
- إبرام شركات مع الجهات المعنية بالقطاع؛
- الشراكة مع وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية؛
- الشراكة مع وزارة العدل؛
- الدور الاصلاحي لجمعيات المجتمع المدني من خلال تجارب لبعض الجمعيات؛
- المعوقات التشريعية والواقعية التي تحد من هذا الدور الإصلاحي؛
- آفاق تفعيل دور المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية.

### الورقة الأولى: الإطار التشريعي للمجتمع المدني

الدستور الجديد لسنة 2011 وعيا من المشرع المغربي بالدور الفعال الذي يلعبه المجتمع المدني في ترسيخ الأمن الأسري، مكنته الوثيقة الدستورية من أدوار جديدة وذلك لترسيخ مفهوم الديمقراطية التشاركية حيث منحت العمل الجماعي متسعا من الحرية، وهذا ما أكدته دستور 2011 في العديد من فصوله ولأول مرة في تاريخ التعديلات الدستورية ببلادنا، بحيث نص على مبدأ الديمقراطية التشاركية وحت المواطنين والمواطنات والجمعيات في المشاركة في صنع السياسات العمومية سواء على المستوى الوطني أو المحلي وذلك من خلال الفصول 1-12-13-14-15 و139، وأحال إلى السلطات الحكومية والعمومية المعنية لإصدار القوانين التنظيمية المحددة لشروط وكيفية ممارسة هذه الحقوق.

قانون الجمعيات: ومن بين هذه القوانين ظهير رقم: 1.58.376 بتاريخ 15 نونبر 1958 الخاص بالجمعيات والذي يشكل الأرضية المؤسساتية لجميع الأنشطة الجمعوية.

ظهير 10 أبريل 1973 الذي بالرغم من التعديلات التي أتى بها إلا أن بعض المهتمين الجمعويين يعتبرونه تقييدا لحرية الجمعيات.

قانون 75.00 الصادر سنة 2002، الذي تمم وكرس ما جاءت به التعديلات الأخيرة من حيث التشديد على شروط تأسيس الجمعيات وتقييد حريتها، ومن أخطر ما جاء به هذا القانون تمييزه بين الوصل المؤقت والوصل النهائي إضافة إلى تقنين بعض الممارسات غير الشرعية وإغفال بعضها عمدا.

## الورقة الثانية: أسباب تطور دور المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية

لا شك أن من رهانات نجاح أي تجربة مؤسسة في النظامين القانوني والقضائي ببلادنا عدم الاقتصار على الجوانب التي تعنى بالأرضية القانونية وبالتنظيم القضائي، بل لابد من إشراك الجهة المعنية بتطبيق هذا التشريع بالأهمية اللازمة، لذلك فإن الأخذ بنظام الوساطة الأسرية داخل مجتمعنا يتطلب الاهتمام بدور القضاء فضلا عن دعم قدرات كل الفاعلين من جمعيات ومؤسسات حكومية وغير حكومية، ولتحقيق هذا الرهان فإن الفعاليات الجمعية تعمل على الولوج في هذه التجربة والتي نذكر من أسبابها على سبيل المثال:

أ - محدودية الدور الاصلاحي للجهاز القضائي: حيث أولى المشرع المغربي في مدونة الأسرة من خلال المواد (81-82-83) أهمية قصوى للصلح الأسري، واعتبره من النظام العام وعهد مهمة القيام به للمحكمة سواء في إطار مجلس القضاء أو غرفة المشورة بالمحكمة وإما بانتداب قاض بالقنصلية المغربية بالخارج لإجرائه (مع العلم أن القاضي لا يمكنه الشروع في عملية الصلح إلا بعد إتمام مجموعة من الإجراءات السابقة لجلسة الصلح كتقديم المقال واستدعاء الأطراف للحضور)، حيث اعتبرها مسطرة إجبارية تمارس داخل المحاكم بشكل روتيني، إلا أن هذه المسطرة يشوبها العديد من الإشكالات مما يعرقل تحقيق الغاية المنشود من هذه الآلية، ونذكر منها:

1 - إشكاليات التبليغ: الصلح هو القاعدة العامة في جميع القضايا الأسرية ما لم يرد عليه استثناءات (المادة 1100 من قانون الالتزامات والعقود)، وهو عقد رضائي قائم على توافق إرادة الطرفين من جهة وملزم في بعض القضايا الأسرية تحت طائلة البطلان من جهة أخرى، كقضايا الطلاق بجميع أنواعه والتطليق كيفما كانت أسبابه باستثناء الطلاق اللغيب لتعذر الصلح فيه لغياب أحد الطرفين ولإجراء هذا الصلح لابد من مسطرة التبليغ لضمان حضور الأطراف قصد إجراء محاولة الصلح.

إلا أن مسطرة التبليغ التي تعتبر حضور الطرفين شرطا إلزاميا في جلسات الصلح من خلال المادة 81 من مدونة الأسرة تعرف إشكالات تطرح إذا ما تخلف أحد الطرفين أو كلاهما عن حضور جلسة الصلح، مما يدفع المحكمة للنظر في الطريقة التي تم بها التبليغ (هل تم بصورة قانونية أو هناك خلل) وبالتالي تتخذ كافة الإجراءات القانونية كتأجيل النظر في القضية، الاستعانة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة خصوصا إذا كان الطرف المتخلف هي الزوجة.

كما إن الاستدعاء المشار إليه في المادة 81 من مدونة الأسرة هو خاص بدعوى الطلاق أما إذا كانت دعوى التطليق فلم تحل المدونة على هذا الفصل ولم تشر صراحة على الاستدعاء الشخصي للأطراف.

وأخيرا نضيف إلى هذه الإشكالات إشكال جهل أفراد الأسرة بأهمية الصلح كآلية لتدبير النزاعات القائمة بينهم، مما يعوق حضور الزوجين أو كلاهما رغم الاستدعاء الشخصي.

2 - إشكالية تدخل القضاء في عملية الصلح: إذا أعطى المشرع للقاضي المسؤولية الكبيرة في تطويع النص القانوني عن طريق الاجتهاد والتفسير والتأويل، فإنه خول له صلاحيات مهمة تتمثل في إصلاح ذات البين إلا أنه أمام هذه العملية قد يجد القاضي نفسه أمام العديد من العراقيل قد تؤثر سلبا على التدخل القضائي خلال مسطرة الصلح مما يحد من فعاليتها ونذكر منها:

- أن القاضي يجد صعوبة في التنسيق بين دوره الكلاسيكي وهو الالتزام بالشكليات والمساطر وبين دوره كمصالح؛

- التوجه الحيادي للقاضي أمام الأطراف مما يجعله يتجنب الإدلاء باقتراحات أو الحلول حتى لا يتهم بالانحياز عن البت في الخصومة إثر فشل مسطرة الصلح؛

- عدم اقتناع القاضي بجدوى مسطرة الصلح مما يحول دون تحقيقه وهذا ينعكس سلبا على مسطرة الصلح وبالتالي فشلها؛

- عدم تخصيص الوقت الكافي لإجراء المسطرة التصالحية، أمام عبء المهام الملقة على القضاة وضعف الإمكانيات المادية والبشرية؛

- عدم فعالية الأجهزة المرصدة للصلح؛

- على مستوى مؤسسة الحكّمين: قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا<sup>1</sup>﴾.

وتفسيرا لهذه الآية اشترط الفقه في الحكّمين شروطا ومواصفات خاصة حددها في العدالة وحسن النظر والتبصر بالفقه على أن يكونا من أهل الزوج والزوجة لأنهما أدري بأحوالهما فإن لم يوجد منهما من يصلح لذلك فيرسل عن غيرهما عدلين.

وعلى هذا سارت مدونة الأسرة في المادتين 95 و96 ولكن بشكل مقتضب مما نتج عنه عده عراقيل حالت دون تحقيق الهدف المنشود نذكر منها:

- أن المشرع ترك الباب على مصراعيه أمام السلطة التقديرية للقاضي في اعتماد إجراء التحكيم أو الاستغناء عنه؛

- أن المشرع لم يحدد المرحلة التي يتعين فيها على المحكمة التدخل بتفعيل التحكيم هل قبل الصلح المخول للقاضي أم بعده، وإن كان عليها أن تحدد آلية التحكيم بعد الصلح لإعطاء الأطراف فرصة أخرى للتصالح؛

1. سورة النساء، الآية 35.

- كما أن المشرع من خلال المادتين السابقتين لم يحدد تعريفا دقيقا لمؤسسة التحكيم ولا شروط ممارستها بخلاف بعض القوانين الوضعية الأخرى التي كانت أكثر وضوحا بخصوص ذلك.

أ - مجلس العائلة: أحدث هذا المجلس بمقتضى مرسوم رقم 88-04-2 الصادر في 25 ربيع الآخر 1425 والموافق 14 يونيو 2004، لكن وبالرغم من النص عليه صراحة من خلال المادة 251 من القانون رقم 70.03 إلا أن دوره لا زال قاصرا بالرغم من المجهودات المبذولة من القضاء، ونعزو أسباب عدم تفعيله إلى حداثة هذا المرسوم من جهة ومن جهة أخرى كون المشرع جعل دوره دورا استشاريا وغير ملزم.

كما أن الخلط بين آلية التحكيم وآلية مجلس العائلة أضعف من مردودية هذا الأخير، فرغم كون مجلس العائلة يستوجب أربعة أعضاء حكمين من أهل الزوج وحكمين من أهل الزوجة فإن المحكمة لا تشير للأطراف بأن الأمر يتعلق بمجلس العائلة.

### الورقة الثالثة: آليات تدخل المجتمع المدني في الوساطة الأسرية

أمام سياسة إشراك المجتمع المدني في المقاربة التنموية للأفراد والمجتمع، فإن الدولة أتاحت له المساهمة في أعمال الوساطة الأسرية سواء بالرأي أو بالعمل أو بالتمويل أو بغير ذلك من الأشكال.

ويبقى الهدف الأساسي الذي يسعى المجتمع المدني لتحقيقه من خلال الوساطة هو التحسيس بأهميتها وخلق جو آمن يبحث على الثقة ومناسب للتفاوض بشكل منظم ومؤسسي، والذي يظهر من خلال:

- المقاربات المعتمدة لحل النزاعات الأسرية؛

- إبرام الشركات مع القطاعات المعنية.

أما بخصوص المقاربات المعتمدة لحل النزاعات، فإن جل مراكز الاستماع التي تعتمد آلية الوساطة الأسرية وإصلاح ذات البين بين الزوجين والتي حققت نجاحا ومجهودات قيمة تؤكد الإحصائيات المرصودة من طرفهم، تعتمد على ركائز أساسية تمثل جوهر عملية الوساطة والتي نوضحها وفق الآتي:

#### أولا: المقاربات المعتمدة لحل النزاعات الأسرية

1 - المقاربة الوقائية: يحتل المنهج الوقائي مكانا في التوجيه والإرشاد، حيث يهدف إلى محاولة منع المشكلة أو الاضطراب بإزالة الأسباب المؤدية إليه، كما أنه يعمل على الكشف عن المشكلات السلوكية والانفعالية في مراحلها الأولى، حيث تدعم الجمعيات:

- برامج للتوعية وقوافل تحسيسية وأنشطة تربوية وثقافية من خلال الندوات الوطنية والدولية؛

- دورات تأهيلية للأسرة ودورات تكوينية للمقبلين على الزواج من خلال إشراك وسائل الإعلام السمعية والبصرية أو المكتوبة، والشبكة العنكبوتية.

2 - المقاربة العلاجية: تركز هذه المقاربة على الاستقبال اليومي للأسرة المستهدفة داخل المركز من قبل أطرها المختصين في مجال الوساطة الأسرية، حيث يهدفون إلى مساعدة الأسرة على كشف نقاط الضعف ومعرفة تلك النقاط التي تؤثر سلباً على العلاقة الأسرية وتفاعلاتها المؤدية إلى الشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة، مما يجعلها غير قادرة على أداء دورها بفاعلية مناسبة، ويعتمد الوسيط في ذلك العديد من استراتيجيات العلاج الأسري من أجل إعادة التوازن الأسري.

ويرتكز هذا الأسلوب العلاجي على ثلاثة جوانب:

- الاستقبال خلال مواقيت عمل محددة ومعلنة؛

- وضع سجلات خاصة بالحالات الواحدة وتصنيفها؛

- مساعدة الأطراف على تخطي النزاع وصياغة اتفاق مقبول ونهائي بالاستعانة بالأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين والمستشارين القانونيين.

ثانياً: إبرام شراكات مع الجهات المعنية بالقطاع

يكتسي دور المجتمع المدني أهمية بالغة في بلورة وتنفيذ المخططات التنموية التي تعمل عليها مؤسسات الدولة، وتعتبر الشراكة أحد أهم الآليات التي يتم من خلالها تجسيد علاقات التكامل والتبادل وتوزيع الأدوار بين مختلف هؤلاء الفاعلين.

ويعد إطلاق البرنامج الحكومي الوطني «إكرام» ترجمة للالتزامات الدستورية نحو تعزيز دور المجتمع المدني في المجال الاجتماعي والأسري بصفة خاصة، حيث جعل من بين أهدافه وضع آليات تحقيق التوازن في الحياة الأسرية من خلال دعم مراكز الوساطة الأسرية، استناداً إلى المرجعية الإسلامية والمبادئ الدستورية إضافة إلى التوجيهات الملكية والمواثيق الدولية.

ثالثاً: دعم وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية لمبادرات المجتمع المدني

تعد سنة 2014 بداية انطلاق الورش التطبيقي الذي يهدف إلى تطوير خدمات الوساطة الأسرية بدعم كل المبادرات التي تتقدم بها الجمعيات العاملة في مجال الوساطة الأسرية،

وإلى تطوير آليات العمل عبر تقوية قدرات الموارد البشرية وأخيرا إعداد آليات ومقاربات العمل والتوعية والتحسيس بأهمية الوساطة الأسرية.

ولإنجاح هذا الورش نصت الوزارة الوصية من خلال المؤتمر الدولي المنعقد بالصخيرات سنة 2015 على مجموعة من البرامج نذكر منها:

- الدعوة إلى اعتماد ميثاق للوساطة الأسرية يكون بمثابة إطار عام يراعي مصلحة مختلف مكونات الأسرة؛

- ضرورة إشراك مختلف الفاعلين في عملية الوساطة الأسرية؛

- ضرورة أن تكون الوساطة اجتماعية ورقابية قبل أن تكون قضائية، والوسيط هو مكون أساسي ضمن شبكة من الفاعلين؛

- وضع سياسات عمومية ومخططات وطنية اجتماعيا واقتصاديا وتشريعات تركز على رؤية مندمجة مع كل القطاعات المعنية في مجال الأسرة للنهوض بأوضاعها؛

- الدعوة إلى جعل الوساطة إلزامية تفاديا للجوء للمحكمة؛

- إحداث نظام للكفاءة المهنية لفائدة الجمعيات العاملة بمجال الوساطة الأسرية؛

- الدعوة إلى ممارسة الوساطة الأسرية خارج قضاء المحاكم؛

- التشجيع على إحداث مراكز للإرشاد والوساطة الأسرية وفق معايير الجودة والحكامة المعتمدة؛

- استمرار المجتمع المدني بالتوعية والتحسيس للأسرة المغربية لإظهار أهمية هذه الآلية؛

رابعا: إشراك المجتمع المدني في الوساطة الأسرية القائمة على جهود وزارة العدل

اعتمادا على الخطب الملكية السامية خاصة خطاب فاتح مارس 2002 بمناسبة افتتاح جلالة الملك للدورة العادية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، وخطاب 29 يناير 2003 بمناسبة ترأس جلالته لافتتاح السنة القضائية الذي توج بالمصادقة على مشروع للتحكيم والوساطة الاتفاقية، حيث جعل من بين أهدافه الكبرى تكريس آليات الصلح في عدد من المجالات من بينها المجال الأسري، وبعدها انتقلت الوزارة بشراكة مع العديد من الفعاليات الدولية إلى إعداد برنامج يرمي إلى دعم أقسام الأسرة، وذلك باستعمال الوساطة الأسرية استعمالا فعليا في الواقع المغربي عبر دعم قدرات مراكز الوساطة الأسرية من خلال وضع برامج للتكوين وتأهيل الوسطاء وتحسيس الأفراد بأهمية هذه الآليات.

مما تولد عنه إحداث خلايا للوساطة تعمل على صعيد أقسام قضاء الأسرة والتي تتكون من مساعدين اجتماعيين وممثلين عن المجلس العلمي المحلي.

## الورقة الرابعة: المعوقات التشريعية والواقعية للدور الإصلاحي لجمعيات المجتمع المدني

تؤكد الدراسة الميدانية لعدد من الجمعيات الفاعلة في مجال الوساطة الأسرية عن تواجد مجموعة من العراقيل تحول دون اضطلاع المجتمع المدني بدوره في هذا المجال، ونلخص أهمها كما يلي:

### أولاً: المعوقات التشريعية

إن تطبيق الوساطة الأسرية ببلادنا يصطدم بصعوبات قانونية تتمثل في:

- غياب مواكبة تشريعية لها من طرف المشرع، رغم صدور قانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية والذي لم يرق بنا إلى الطموحات المرجوة خاصة في الجانب الأسري الذي يغلب عليه طابع الخصوصية.

مما يستدعي تعجيل تقنين نصوص واضحة وخالية من لبس أو غموض مقارنة بالقوانين الوضعية التي تعتبر الوساطة الأسرية هي الأصل قبل لجوء الأطراف إلى القضاء (الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً).

- غياب الإطار التشريعي للوساطة الأسرية والذي نتج عنه التعاطي العشوائي لبعض الجمعيات المهمة بهذه الآلية، وهذا إذا ما علمنا أن جل القوانين المنظمة لعمل المجتمع المدني هي أيضاً تتسم بنوع من التشتت وعدم التجانس، مما يطرح في نفس الوقت مسألة فعالية القوانين ومدى وملاءمتها للتشريع وطبيعة علاقة تلك القوانين بالفاعلين الجمعويين.

- صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للوساطة الأسرية، هل هي ذات طبيعة قضائية كما أشار لذلك المشرع في ديباجة مدونة الأسرة بلفظ صريح ومقتضب حيث جاء فيها: «تعزيز آليات التوفيق والوساطة بتدخل الأسرة والقاضي»، أو ما جاء في مدونة الأسرة من خلال المادة 84 وقانون الالتزامات والعقود فيما يتعلق بالصلح على مستوى المواد من 55-327 إلى 69-327، بينما اعتبرها قانون 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بكونها اتفاقية.

- غياب أي إطار تشريعي يحدد الإطار العام لممارسة هذه المهنة من طرف الوسيط الذي يعتبر جوهر العملية التصالحية.

- الصعوبات القانونية أيضاً نجد منها عدم منح صفة المنفعة العامة لعدد من الجمعيات النشيطة في مجال الوساطة الأسرية إلا من خلال استيفاء مجموعة من الشروط المدرجة في دفتر التحملات مما يحد من فعاليتها، ولا ننسى بطبيعة الحال صيغة قوانين الجمعيات الفضفاضة والتي تحد من انخراط المواطنين في العمل الجمعي، وبالتالي إمكانية مزاولة الوساطة الأسرية بسبب التعقيدات التي تحيط أدوارها سواء الإدارية منها أو على مستوى

الإجراءات الأمنية الكثيرة ضدهم مما يبعدهم عن الإسهام والمشاركة ويؤدي إلى نقص عدد المتطوعين الذي يعتبر من أكبر مشاكل الحركة الجمعوية.

### ثانيا: المعوقات الواقعية

والتي نحصرها في:

- قلة المراكز التي تشتغل في الوساطة الأسرية والمحددة في 47 مركزا موزعة على الصعيد الوطني حسب الإحصائيات المدلى بها من طرف وزارة التضامن، وهو عدد غير كاف مقارنة مع عدد الساكنة المغربية، بالإضافة إلى التوزيع العشوائي لهذه المراكز، حيث أن جل القرى المغربية لا تستفيد من خدمات هذه المراكز.

- شح التمويل الذي تعاني منه المراكز التي تشتغل في مجال الوساطة وقلة الموارد التي تمكنها من تحقيق أهدافها أيضا.

- ضعف الوعي بأهمية الوساطة الأسرية مما ينتج عنه قلة المنخرطين فيها.

- غياب الطليعة المتفقة والمتخصصة التي بمقدرتها أن ترسم مشروعا مجتمعيا ومحددا يعكس طموحات المجتمع المغربي بكل مكوناته.

- ميل أفراد المجتمع المغربي إلى أساليب التقاضي العادية وتمسكهم بها عند وجود النزاعات، والنتائج عن عدم الفهم الصحيح لهذه الآلية البديلة ودورها في فض النزاعات الأسرية.

### الورقة الخامسة: آفاق تفعيل دور المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية

رغم المعوقات القانونية والواقعية التي تقف دون تحقيق أدوار المجتمع المدني في مجال الوساطة الأسرية فإننا نؤكد أنه يستطيع القيام بأدوار جد مهمة في هذا المجال إذا ما تحققت الشروط التالية:

1 - تأسيس الوساطة الأسرية عبر إنشاء مراكز وجمعيات مختصة بالوساطة في النزاعات الأسرية سواء بشكل مستقل أو بإحداث مكاتب للتسوية للعمل داخل المحاكم والتعبئة عبر تحريك جملة من الآليات منها آليات التنظيم والبناء المؤسسي وآليات التمويل أيضا وهي من الطلبات التي يتطلب تحصيلها تضافر الجهود كل من موقعه.

2 - إحداث إطار قانوني سواء بإدراج تشريع خاص بالوساطة الأسرية وتحديد مهام الوسيط ومسؤولياته سواء كان من الجهة القضائية أو كان خبيرا أو عاملا اجتماعيا ونفسيا أو مساعدا اجتماعيا أو عضوا جمعويا أو عضوا من المجتمع العلمي، أو محاميا أو عدلا.

- 3 - اعتبار الوساطة كآلية وقائية واحترازية للنزاعات التي تنشأ بين أفراد الأسرة، وآلية إجبارية قبل اللجوء إلى القضاء العادي، كما هو الشأن في التجربة الأمريكية التي أصبحت نموذجاً يحتذى به في هذا الإطار، حيث جعل الوساطة تمارس من طرف المحامي في كل الدعاوى التي تقل قيمتها عن 15 ألف دولار، وإذا فشلت هذه الآلية لجأ الأطراف إلى القضاء.
- 4 - مواصلة دعم مبادرات المجتمع المدني في الوساطة الأسرية والتخفيف من الرقابة المفروضة عليها.

## النظام القانوني للتحكيم التجاري

بقلم الدكتور: عمر اليعقوبي

أستاذ باحث بكلية الحقوق بفاس

### مقدمة

تمثل المعاملات التجارية أهمية قصوى داخل المجتمع، لذلك كان من الطبيعي أن تنشأ قواعد قانونية لتنظيم هذا الصنف من المعاملات، ولتأطير طائفة الأشخاص القائمة به. ولاشك أن خصوصية الحياة التجارية هي التي قضت بانفراد التجار من جهة، وباستئثار النشاط التجاري من جهة أخرى بقواعد خاصة مستقلة عن قواعد القانون المدني، الذي يهتم بتنظيم العلاقات الخاصة بين أفراد المجتمع بصفة عامة.<sup>1</sup>

إن الخصائص والمميزات التي تطبع الحياة التجارية، تجعل المبادلات التجارية في حاجة ماسة إلى آليات خاصة لفض النزاعات المرتبطة بها، آليات تتناغم مع طبيعتها وتلاءم بيئتها. في هذا السياق أضحى التحكيم يحتل مكانة بارزة في تسوية المنازعات التجارية الداخلية والخارجية، وذلك لما يتميز به من سرعة في حسم النزاعات من جهة والحفاظ على أسرار الخصوم من جهة أخرى.<sup>2</sup>

ولاشك أن مؤسسة التحكيم تعرف اليوم نجاحا كبيرا بفضل المجهودات الوطنية والدولية، فقد تأسست هيأت دائمة للتحكيم تابعة لأجهزة حكومية أو لغرف التجارة الدولية أو لمنظمات دولية<sup>3</sup>، وأصبحت تترجم بالتالي واقع التطور الذي تعيشه العلاقات الاقتصادية

1. LEFEBVRE (D), « La spécificité du droit commercial : Réflexion sur la place tenue en droit privé par le droit commercial par rapport au droit civil », Rev. trim. dr. com, 1976, tome I, p 285-305.

2. منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 30.

3. نجلاء حكم، دور التحكيم في تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص 39.

والتجارية، والتي أصبحت بحاجة ماسة وأكثر من أي وقت مضى إلى أدوات قانونية جديدة تضمن الأمن والاستقرار لعالم المعاملات التجارية.

إن التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي يعرفها عالمنا المعاصر تدعو إلى استشراف مستقبل العدالة، وإلى توسيع المنظور إليها لكي تأخذ بعدا جديدا يتجاوب مع الاضطراب المتواتر في ارتفاع عدد القضايا المعروضة عليها، مقارنة مع الوسائل المتاحة لها، والتفكير في إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات. في هذا الصدد تعالت الآراء بضرورة تبسيط المساطر القضائية و«تنويع مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار...، وذلك حتى يستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي»<sup>4</sup>.

ووعيا من المشرع المغربي بأهمية التحكيم في المنازعات التجارية، تدخل منظما التحكيم التجاري الداخلي والدولي وذلك بموجب القانون رقم 05-08 المتمم لقانون المسطرة المدنية<sup>5</sup>، محترما بذلك إرادة المستثمرين في الإحالة على قواعد التحكيم، ومكرسا من جهة أخرى حق الدولة في اللجوء إلى التحكيم بخصوص النزاعات المالية الناتجة عن تصرفاتها ومعاملاتها ما عدا النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جبائي. ويأتي هذا القانون في ظرفية متميزة تتجاوب مع إقدام المغرب على تحيين منظومته القانونية في عدة مجالات خاصة في المجال التجاري، المالي، الجنائي، العقاري والأسري. كما أن التزامات المغرب الدولية لاسيما في إطار التأهيل للشراكة مع أوروبا من جهة، واتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة الأمريكية، والرهانات المعقودة على إحداث المناطق الحرة وانفتاح الاقتصاد الوطني على الأسواق الجديدة، تقتضي تشريعا يتلاءم مع هاته المستجدات.<sup>6</sup>

إذن ما هي المميزات التي تطبع نظام التحكيم حتى يكون في خدمة المعاملات التجارية؟ ثم إلى أي حد استطاع قانون 05-08 أن يضمن للمعاملات التجارية الوطنية والدولية إجراءات بديلة لفض المنازعات المرتبطة بها، إجراءات تستجيب لخصوصيات هاته المعاملات من جهة، وتضمن استمراريتها من جهة أخرى؟

4. مقتطف من الخطاب الملكي السامي الذي ألقى يوم الأربعاء 29 يناير 2003 بالقصر الملكي بأكادير بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2003 م.

5. قانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق 30 نونبر 2007، الجريدة الرسمية، ع 5584، بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق ل 6 دجنبر 2007، ص 3894.

6. إدريس الضحاك، تقديم ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف من المجلس الأعلى، 3-4 مارس 2004، دفاتر المجلس الأعلى، ع 6، 2005، ص 2.

هذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال فصلين اثنين: يعالج الفصل الأول: خصوصيات القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي. ويتناول الفصل الثاني: الضوابط النازمة للتحكيم الدولي.

### الفصل الأول: خصوصيات القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي

لم يعرف المشرع المغربي التحكيم الداخلي، وإنما اقتصر فقط على تعريف التحكيم بصفة عامة، وعليه أضحت مسألة تعريف التحكيم الداخلي متروكة للفقه.<sup>7</sup>

وتعتبر مسألة تحديد نطاق تطبيق التحكيم الداخلي من أهم المسائل التي أثارت نقاشاً على مستوى التشريع المغربي، حيث كان القانون القديم يخرج مجموعة من المسائل من دائرة التحكيم، وذلك إما لحماية الأغيار أو لحماية المصالح الاقتصادية أو المالية أو الاجتماعية<sup>8</sup>، غير أن القانون الجديد رقم 05-08 اتجه إلى توسيع دائرة التحكيم وتحريره من مجموعة من القيود التي كانت تكبحه في ظل القانون القديم، فتمت إعادة النظر في صياغة مجموعة من النصوص القديمة وذلك بهدف توسيع نطاق التحكيم.

ولعل من أهم المبادئ العامة التي تم سنّها في هذا المجال، هو مبدأ جواز التحكيم الداخلي لكافة الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، وعليه أضحي المبدأ العام بالنسبة للخواص هو جواز التحكيم الداخلي في جميع النزاعات، مع مراعاة الاستثناء الذي جاء به الفصل 309 حيث نص على ما يلي: «مع مراعاة مقتضيات الفصل 308 أعلاه، لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارية». كما لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو للجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات

7. يعرف بعض الفقه التحكيم بأنه: آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص، والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعات بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: اتفاق الأطراف على أن يخضعوا نزاعاتهم إلى قضاء خاص يختارونه بأنفسهم. أنظر بهذا الخصوص: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط الرابعة، 2001، ص 15، علي رمضان علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996، ص 5.

8. كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية ينص على ما يلي: لا يمكن الاتفاق على التحكيم في الهيات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن  
في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم؛  
في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة:  
النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام؛  
النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جبائي؛  
النزاعات المتصلة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف؛  
النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات.

المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية<sup>9</sup>، غير أن الفصل 310 استثنى من حالات المنع النزاعات المالية الناتجة عن الدولة، وسمح أن تكون محل عقد التحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.

### المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري وخصائصه

أصبح التحكيم في الوقت الحاضر بمثابة القضاء الطبيعي لحل المنازعات التي تثور في نطاق المعاملات التجارية، وذلك راجع إلى مجموعة من المزايا التي يتمتع بها هذا النظام مقارنة بقضاء الدولة.

إن التحكيم عموماً هو صورة من القضاء الخاص الإتفاقي، يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص أو مؤسسات مستقلة عن القضاء العادي، تفصل في النزاع بمقتضى حكم واجب التنفيذ.

يعرف الفقيه Fouchard التحكيم التجاري بأنه: «اتفاق الأطراف على أن يخضعوا نزاعهم التجاري إلى قضاء خاص يختارونه»<sup>10</sup>، بينما يعرفه الفقيهان Robert et Moreau بأنه: «نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة التجارية من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها»<sup>11</sup>. واعتبره البعض الآخر بأنه: «الطريقة التي يختارها الأطراف لحل المنازعات التي تنشأ بينهم وذلك عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر، يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء»<sup>12</sup>.

وأياً كان الأمر، فالتحكيم التجاري هو كتلة من الأعمال المرتبطة فيما بينها، تبدأ باتجاه إرادة الأطراف في اختيار طرف محايد للفصل في النزاع التجاري المرتقب حدوثه بينهما، والتسليم مسبقاً بالحكم الصادر عن الطرف المحايد، وتنتهي واقعة التحكيم بالتصرفات التي يقوم بها المحكم، حيث يستمع إلى الأقوال وينظر في الوقائع وبيحث عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق، لينهي عمله بإصدار حكم يتوخى من خلاله العدالة والإنصاف.

ويتميز التحكيم التجاري عموماً بعدة خصائص:

**أولاً:** التحكيم التجاري نظام يختص بالفصل في المنازعات التجارية: أهم ما يميز التحكيم التجاري أنه نظام يرتبط بوجود منازعات تجارية، إذ لا بد من وجود نزاع أولاً ثم أن يتعلق هذا النزاع بمعاملة تجارية ثانياً.

9. الفصل 310 من قانون 05-08.

10. Fauchard Philippe, Traité de l'arbitrage commercial international, 10<sup>ème</sup> édition, Économico, Paris 1996, p104 .

11. Robert et Moreau, L'Arbitrage: Droit interne, droit international privé, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd, 1983, p.5

12. Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, Droit de L'Arbitrage Interne et International, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 2019, p.11

يعتبر وجود النزاع عنصرا مهما لقيام عملية التحكيم، فإذا انتفى النزاع انتفى معه وجود التحكيم. فلو اتفق الأطراف مثلا على تحويل شخص محايد سلطة تحديد الثمن في عقد البيع، فإن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بنظام التحكيم، وذلك لعدم وجود نزاع بين الأطراف يعمل المحكم على حسمه، حيث يكتفي دوره هنا على التقريب بين إرادة الأطراف حول بعض العناصر الجوهرية للعقد، فعمله هو تطويع لبنود العقد لاستكمال أركانه، ولا يرقى إلى إصدار قرار يتمتع بقوة الإلزام لأطرافه.

ولا يكفي أن يتعلق التحكيم بنزاع معين حتى يعد تحكما تجاريا، بل لابد وأن يرتبط أيضا بمعاملة تجارية. ويرتبط معيار تجارية التحكيم بالمعاملات التجارية بمفهومها في التقنيات الوطنية، فأمام عدم وجود معيار واحد وعالمي في شأن تقسيم المنازعات إلى مدنية وتجارية اعتمدت العديد من الدول نظاما موضوعيا لتحديد المعاملات التجارية يتماشى مع سياستها التشريعية في المجال التجاري.

إلا أنه ومع تطور السياسة التشريعية لمعظم الأنظمة القانونية، تماشيا مع التطورات التي لحقت العلاقات التجارية، حل مفهوم جديد لتجارية التحكيم، حيث أصبح يكفي في ظل بعض الأنظمة القانونية أن تتعلق المنازعة بتبادل قيم اقتصادية بمقابل حتى يكون التحكيم تجاريا<sup>13</sup>، وذلك على اعتبار أن مفهوم التجارة توسع ليشمل كل العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج أو تحويل وتداول البضائع أو أداء للخدمات.

ثانيا: التحكيم التجاري أساسه إرادة الأطراف: إنه نظام يقوم بالأساس على إرادة واتفاق الأطراف المتنازعة، فهاته الإرادة هي التي خلقت نطفة التحكيم بقبول الأطراف منذ بداية اللجوء إليه كآلية للفصل في النزاع المرتقب حدوثه بينهم، وبالتبعية أصبح سلطة المحكم وصلاحياته تستمد مشروعيتها من تلك الإرادة المسبقة للأطراف.

وبالمقابل لا يملك أحد الأطراف سلوك مسطرة التحكيم بإرادته المنفردة، وإنما يتعين أن تتجه إرادة الأطراف جميعهم على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع، مما يعني أن هذا النوع من التحكيم يختلف عن التحكيم الإجباري الذي تتعدم فيه إرادة الأطراف، نتيجة وجود قواعد قانونية أمرة في التشريع تلزمهم باللجوء إليه.

ثالثا: التحكيم التجاري نظام قضائي خاص<sup>14</sup>: يؤدي التحكيم نفس الوظيفة التي يؤديها

13. أحمد بن الحاج، التحكيم التجاري الدولي ودوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية // <https://mahkamaty.com/>

14. تظهر هاته الخاصية بشكل واضح في التحكيم التجاري الدولي، لأن المحكمين لا يمارسون سلطتهم في التصدي للنزاع باسم دولة معينة، وإنما يتمتعون بنوع من الاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، غير مرتبطين لا إجرائيا ولا موضوعيا ولا وظيفيا بأية دولة. أنظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 11.

القضاء العادي، فهو مسلسل من الإجراءات هدفه البت في الادعاءات المختلفة التي يتمسك بها أطراف النزاع، وذلك بناء على مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية تتولى تنظيم سير الخصومة، إلى غاية صدور حكم حاسم حائز لقوة الشيء المقضي به، واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة.<sup>15</sup>

## المبحث الثاني: الأركان الشكلية والموضوعية للتحكيم الداخلي

يقوم التحكيم الداخلي على مجموعة من الضوابط والشكليات يمكن حصرها فيما يلي:

### أولاً: الأهلية

اشتراط المشرع المغربي توافر الأهلية في الشخص الذي يرغب في اللجوء إلى التحكيم، لكنه ترك عبارة الأهلية فضفاضة مما خلق نقاشاً بين الفقه حول المقصود بالأهلية، هل هي أهلية أداء أم أهلية وجوب..، حيث نص الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: «يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كما وقع تغييره وتتميمه ولاسيما الفصل 62 منه».

إن الأهلية المطلوبة في التحكيم هي أهلية الأداء أي أهلية التصرف في الحق موضوع النزاع، ذلك أن آثار التحكيم ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالذمة المالية للطرفين، وينتج عنها اختلاف في مراكز الحقوق، وعليه فإن الأشخاص الذين لا يملكون أهلية التصرف لا يمكنهم إبرام اتفاق التحكيم.<sup>16</sup>

15. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 28.

16. ثار نقاش بخصوص أهلية الأشخاص المعنوية العامة، فيعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والجزائري والتونسي لا تسمح للجماعات الترابية باللجوء إلى التحكيم، بالمقابل يسمح بذلك التشريع الأردني والمصري. وبميز بعض الفقه في هذا الإطار بين مجال الأملاك العامة للدولة والجماعات المحلية، وبين الأملاك الخاصة، حيث يمنع عليها اللجوء إلى التحكيم في الحالة الأولى، ويسمح لها أن تمارس التحكيم في أملاكها الخاصة على اعتبار أنها تكون في هاته الأخيرة طرفاً خاصاً عادياً. أنظر بهذا الخصوص: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، ط 2015، ص 300.

على مستوى القضاء المغربي جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي: «إن المكتب الوطني للشاي والسكر يخضع لقواعد القانون الخاص التي يخضع لها الأطراف في معاملاتهم التجارية، إذ أن هذا المكتب وإن كان مؤسسة عمومية فإن أعماله التجارية لا تعتبر أعمالاً إدارية». «قرار عدد 1085 بتاريخ 21-6-83 منشور في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، المنظمة من طرف وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف من المجلس الأعلى، 3-4 مارس 2004، دفاتر المجلس الأعلى، ع 6، 2005، ص 12.

### ثانيا: الكتابة

اشتراط المشرع المغربي صياغة الاتفاق على التحكيم في محرر مكتوب - الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية - وعليه لا يجوز إثبات عقد التحكيم بالقرائن أو شهادة الشهود، غير أن المشرع المغربي بمقتضى قانون 05.08 اتجه إلى التخفيف من الشكليات بشأن شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، حيث نص الفصل 313 في الفقرة الثانية على ما يلي: «يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برفقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى يتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك».

وبالمقابل اشترط الفصل 317 من قانون المسطرة المدنية بخصوص شرط التحكيم أن يكون مكتوبا باليد، وموافقا عليه بصفة خاصة من طرف الأطراف تحت طائلة البطلان إذا تم تعيين المحكم أو المحكمين مسبقا وفي نفس العقد، في حين لم يضع المشرع لشرط التحكيم أية شكليات خاصة به إذا لم يتم تعيين المسبق للمحكمين.

### ثالثا: الحق موضوع التحكيم

إن الاتفاق على التحكيم جائز سواء قبل نشوب النزاع أو بعده، غير أن الحق موضوع التحكيم لا يجوز أن يكون محلا للتحكيم إلا إذا كان مما يجوز التصرف فيه، وهكذا أوضح المشرع المغربي في الفقرة 2 من الفصل 309 الحالات التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها وهي تلك المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارية.<sup>17</sup>

ويشترط في سند التحكيم تحديد الأجل الذي يتعين على المحكم أو المحكمين أن يصدروا فيه قرارهم التحكيمي، وإذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلا لإصدار الحكم التحكيمي، فإن مهمة المحكمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر على اليوم الذي قبل فيه آخر محكم مهمته. (حسب المادة 327-20)

وينتج عن ذلك أنه بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التبليغ لا تبقى للمحكمين أية صلاحية للبت في النزاع المعروض عليهم، وبالتالي يحق للأطراف اللجوء إلى القضاء العادي طبقا للفصل 327-20 الفقرة الرابعة.

17. انظر هاته الاستثناءات في الفصول 309 - 310.

#### رابعاً: تعيين المحكمين

مبدئياً يتفق الأطراف على مجموعة من الشروط المتعلقة بالتحكيم<sup>18</sup> خاصة اختيار المحكم أو الهيئة التحكيمية، كما قد يتفق الأطراف على تعيين أحد الأغيار كمحكم خاصة مؤسسات التحكيم الوطنية أو الدولية.

ويشترط في المحكم كقاعدة عامة أن يكون على درجة كبيرة من الحياد، تحول بينه وبين محاباة أحد الطرفين على الآخر، ويقتضي الحياد تمتع المحكم باستقلال تام عن جميع العوامل والمؤثرات الداخلية والخارجية<sup>19</sup>.

ويجب على أطراف التحكيم احترام أجل اختيار المحكم، ويختلف هذا الأجل من تشريع لآخر، فقد حدده القانون التجاري الدولي لليونيسترال في 15 يوماً، في حين حددته الجمعية الأمريكية للتحكيم في 7 أيام. أما المشرع المغربي وتأثراً بقواعد اليونيسترال فقد حدده في 15 يوماً (م 327-5)، وإذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية في اتفاق التحكيم بعد مرور أجل 15 يوماً، يقوم رئيس المحكمة المختصة بتعيين محكم مع مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون لذلك، والتي يتفق عليها الأطراف ولا يكون هذا القرار قابلاً لأي طعن، وهذا ما أكدته القضاء المغربي، حيث قررت المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكم عدد 5523 بتاريخ 2009/5/5 في الملف رقم 2008/6/9444 ما يلي: «أنه طبقاً للمادة 327-4 وما يليها من قانون المسطرة المدنية فإن اختصاص تعيين المحكمين أعطي لرئيس المحكمة التجارية، مع اعتبار الأمر الذي يصدره غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، عكس حكم المحكمة والتي لم يخرها المشرع لمثل هاته المهمة لتتافي أحكامها مع المقتضى الذي ينظم صدور أوامر تعيين المحكمين».

بالمقابل وفي إطار تنويع إجراءات التحكيم، سمح المشرع المغربي كغيره من العديد من التشريعات المقارنة بالتحكيم المؤسساتي<sup>20</sup>، حيث عرفه الفصل 319 بأنه: ذلك الحالة التي

18. عبد الله درميش، المحكم تعيينه وحياده واستقلاله، مجلة التحكيم، ع 8، س 2011، ص 273.

19. تشتترط غرفة التجارة بباريس عدم انتماء المحكم إلى أي طرف من أطراف النزاع، كما تلزمه بالإفصاح عن كل مؤشر قد يخل بحياده واستقلالته، وتعتبر هذا الإفصاح مساهمة في تهينة أجواء مثالية للتحكيم من شأنها تحقيق المراد من عملية التحكيم. أنظر: حسين عبد العزيز عبد الله النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية والتجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2014، ص 49 و50.

20. يعتبر نظام التحكيم المؤسساتي في الغالب نظاماً للتحكيم التجاري الدولي نظراً للضمانات والتسهيلات التي تقدمها مراكز التحكيم المؤسساتي، لكنه في المقابل يتميز بارتفاع حجم النفقات نظراً لما يتطلبه من إجراءات وشروط تضمن الحياد والاستقلالية على مستوى جنسية الأطراف في علاقتها بجنسية المحكم، ومن بين مؤسسات التحكيم الدولي نجد: غرفة التجارة بباريس، معهد روما لتوحيد القانون الخاص، هيئة التحكيم التجاري الأمريكية، محكمة التحكيم الدولي بلندن، جمعية التحكيم الفرنسية بباريس، المركز التحكيمي بفيينا.

يتفق فيها الأطراف على عرض عملية التحكيم على مؤسسة تحكيمية تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقاً لنظامه.

ويستمد التحكيم المؤسسي مشروعيته من إرادة الأطراف من خلال اتفاق التحكيم، وهذا ما أكدته القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، حيث قرر ما يلي: «مادامت إرادة الأطراف قد ذهب في الوثيقة المعتبرة بمثابة تعاقد بينهما إلى اعتبار الحكم التحكيمي بغرفة باريس وتطبيق القانون الفرنسي، فإن ذلك يكون ملزماً لهما»<sup>21</sup>.

#### خامساً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بهذا المبدأ سلطة المحكم في الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصه، بما في ذلك المنازعات المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>22</sup>.

ومعنى الاختصاص بالاختصاص أن الهيئة التحكيمية يمكنها أن تفصل في المنازعات التي تتعلق باختصاصها، دون أن تكون مضطرة إلى وقف الدعوى التحكيمية<sup>23</sup>.

ويعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام التحكيم، ومن أهم القواعد المسطرية المنظمة له، فهو ينسجم مع خصائص المعاملات التجارية وطبيعة الحياة التجارية، التي تقوم على السرعة وحماية الائتمان، فيضمن بالتالي للأطراف السرعة والمرونة وعدم طول الإجراءات المسطرية التي يتهرب منها الأطراف، حيث يسعى هذا المبدأ إلى إصدار الأحكام التحكيمية في أقرب الآجال، والحيولة دون المناورات التي يقوم بها الأطراف للتشويش على مجريات العملية التحكيمية، ولعل هذا ما جعل نظام التحكيم يجد تطبيقاً أكثر فعالية في الحياة التجارية نظراً لتفاعله مع خصائص هذا المجال.

تاريخياً يعود مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى النظام الألماني<sup>24</sup>، فهو أول من عرف هذا المبدأ وسهر على تطبيقه، ثم بعد ذلك تبناه أغلب فقهاء التحكيم التجاري، وأقرته العديد من التشريعات الوطنية والدولية<sup>25</sup>.

21. قرار عدد 2009/3431 صادر بتاريخ 2009/6/8، مذكور بموقع عمر ازوكار . [www.caa.ma](http://www.caa.ma)

22. عمر ازوكاغ، التحكيم التجاري الداخلي والدولي، قراءة في التشريع والقضاء، ط الأولى، 2015، مطبعة مؤسسة عز الدين الكتاني، ص 54.

23. فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الأولى، 2010، ص 84.

24. مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية، ط الأولى 2015، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 18.

25. أخذ القانون النموذجي للونسترال من خلال المادة 16، كما أخذت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية والاتفاقية الأوروبية للتحكيم المعروفة باتفاقية جنيف لسنة 1961.

وفي هذا الإطار كرس المشرع المغربي هو الآخر هذا المبدأ في الفصل 327-9، حيث أعطى للهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تبت إما تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصاتها، أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن.

### الفصل الثاني: الضوابط النازمة للتحكيم الدولي

لا أحد يماري أن المنازعات المتعلقة بالعقود التجارية الدولية تحتاج إلى السرعة والسرية في حلها، ولا أحد يشك أن المقتضيات التشريعية الوطنية باتت قاصرة أحيانا على بلوغ تلك المقاصد والغايات، ولا تسعف الأطراف في حل نزاعاتهم على الوجه المطلوب الذي يرغبون فيه، لهذه الغايات وغيرها يفضل الأطراف في العقود التجارية الدولية اللجوء إلى التحكيم الدولي لما يوفره من مزايا تضمن لهم الحقوق والمكتسبات.

وعلى هذا الأساس أضحت التحكيم في الآونة الأخيرة قضاء أصيلا في مجال التجارة الدولية<sup>26</sup>، والآلية المفضلة التي يحبذها الأطراف لحل نزاعاتهم، لاسيما تلك الناشئة في مجال العلاقات التجارية الخاصة، حيث يتسم التحكيم في هذا المجال بالسرية والتخصص والتحرر من رقابة القواعد القانونية سواء كانت قواعد موضوعية أو إجرائية، ما لم تكن متصلة بالنظام العام في الدولة مقر التحكيم أو الدولة التي يراد تنفيذ حكم المحكمة فيها، كما يتميز التحكيم الدولي باحترام إرادة الأطراف التي تولد عنها.

### المبحث الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

أضحت الكثير من الفاعلين في مجال التجارة الدولية يفضلون اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعاتهم التجارية، متجاوزين بذلك هياكل القضاء الوطني لبلدانهم. تعود علة هذا الاختيار إلى وجود مجموعة من المزايا التي يسمح بها نظام التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية العابرة للحدود، سواء تعلق الأمر بالصفقات التجارية التي تجمع بين الخواص، أو تلك التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها. ولعل من أبرز أسباب اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ما يلي:

#### أولاً: قصور النظام القضائي الوطني عن تحقيق رغبات الأطراف

قد يكون الدافع الباعث على اختيار الأطراف لمسطرة التحكيم في المبادلات التجارية هو بعض السلبيات التي يعاني منه النظام القضائي الوطني، تجعله قاصرا على تحقيق رغبة الأطراف المتنازعة في مجال التجارة الدولية.

26. بدر أشهبون، التحكيم الداخلي والدولي في القانون المغربي والقانون المقارن، مجلة القانون والأعمال، ص 2،

[www.droitentreprise.org](http://www.droitentreprise.org)

ولعل من بين أسباب رفض القضاء الوطني من طرف المتعاملين الدوليين، صعوبة تحديد المحكمة المختصة في النزاع الذي يجمع أطرافا من دول مختلفة، الأمر الذي يخلق هاجسا لدى الأطراف سواء على مستوى الحياد الذي يعاني منه الخصوم من القاضي الوطني، أو على مستوى الإلمام بالقانون الواجب التطبيق، ولغة التواصل داخل هياكل المحكمة الوطنية. فقد أبان التطبيق العملي في شأن عقود الاستثمار الأجنبي عن مجموعة من الصعوبات التي تثار بشأن هاته العقود، ومن ذلك مشكل تنفيذ الأحكام، والنقص الذي يعتري القانون المراد تطبيقه على هاته العقود، وعدم إلمام المحاكم الوطنية بالقواعد الفنية التي تتضمنها عقود الاستثمار بوجه عام.

لذلك اتجه الأطراف في هذا النوع من العقود إلى الاستعانة بوسائل وآليات لفض النزاع القائم أو تجنب وقوعه مستقبلا، ويأتي التحكيم في صدارة هاته التقنيات لما يتميز به من خصائص ومميزات<sup>27</sup>.

### ثانيا: الطابع الفني للصفقات التجارية الدولية

إن إيقاع المبادلات التجارية الدولية يعرف في الوقت الحاضر تطورا سريعا، حيث لم تعد تتخذ أشكالا تقليدية، وإنما نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي أصبحت تلك المبادلات تأخذ صورا فنية حديثة لم يألفها الفاعلون في هذا المجال، كما هو الشأن في العقود المتعلقة بالاستثمار وعقود التجارة الإلكترونية والعقود المنصبة على حقوق الملكية الفكرية والصناعية.

وهكذا أصبحت تلك المعاملات تثير نزاعات فنية تتجاوز القدرات العلمية لأطرافها، وتجعل القاضي المكلف بالفصل في تلك النزاعات غير مؤهل في كثير من الأحيان لمعرفة أسرارها حتى يستطيع إيجاد حل لها، مما يجعله مضطرا إلى اللجوء والاستعانة بأهل الخبرة، وهكذا صار الفصل في هاته النزاعات ذات الطابع الفني يحتاج دوما إلى محكم متخصص، له اطلاع ودراية بكل المستجدات الفنية التي يعرفها عالم المال والأعمال.

27. لجأت العديد من المؤسسات الدولية التي تعنى بتحسين العلاقة التعاقدية بين المستثمرين إلى إعداد اتفاقيات بخصوص تسوية النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، كاتفاقية هافانا لسنة 1941، اتفاقية نيويورك ل 10 يونيو 1958، اتفاقية لاونسترال للتحكيم التجاري الدولي، اتفاقية واشنطن ل 18 مارس 1965، والتي أحدثت المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار CRIDI، هذا المركز الذي أسند إليه مهمة التحكيم في المنازعات التي تثار بشأن اتفاقية التبادل الحر بين المغرب والولايات المتحدة الأمريكية، واتفاقية التبادل الحر بين المغرب وإيطاليا. أنظر بهذا الخصوص، عبد اللطيف بوالعلف، التحكيم في منازعات الاستثمار، مجلة المحاكم المغربية، ع 117، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008، ص 123، عمر جبوي، التحكيم والوساطة كوسائل بديلة لتسوية منازعات الاستثمار، [www.labodroit.com](http://www.labodroit.com)، 2 p

### ثالثاً: الدور الاقتصادي الجديد للدولة

يبدو أن النظام الاقتصادي العالمي الجديد الذي تشكل مع مبدأ تحرير التجارة العالمي، وظهور المنظمة العالمية للتجارة قد أدى إلى ظهور دور جديد للدولة على مستوى العلاقات الاقتصادية، يتميز باتساع مجال تدخلها في دواليب التجارة الدولية.

فالدولة الحديثة تحررت من كل القيود، وأصبحت تسمح في تشريعاتها بالممارسة الاحترافية للأنشطة التجارية سواء من طرف أشخاص القانون الخاص أو من طرف أشخاص القانون العام. وحتى تضمن الدولة تفعيل المبدأ الدستوري المتعلق بحرية التجارة والصناعة كان لزاماً عليها أن تسمح بالمقابل بإخضاع جميع المنازعات المتعلقة بالتجارة لقضاء التحكيم، حيث أضحت هذا الأخير يحتل حيزاً هاماً ضمن الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، حتى ولو تعلق الأمر بالعقود التي تكون الدولة طرفاً فيها.

ومنعاً لانحياز القضاء الوطني لصالح الدولة، قد يعمد الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى تضمين العقد شرطاً يسلب الاختصاص من ذلك القضاء، ويمنحه لقضاء مستقل هو قضاء التحكيم. كما أن الدولة المتعاقدة تحتاج هي الأخرى لضمانة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بينها وبين الطرف الأجنبي، فالدور الاقتصادي الحديث للدولة يدفعها إلى إبرام العديد من العقود مع المستثمرين، كتلك المتعلقة بالتقريب عن المناجم والمقالع واستغلالها، البناء والأشغال العمومية، الاتصالات، التزويد بالمواد والخدمات، توزيع الماء والكهرباء والغاز وغيرها. وحتى تضمن استقطاب أكبر قدر من المستثمرين، وتبني الطمأنينة في نفوسهم وتشجعهم على الاستثمار والتعاقد، لا تتردد الدولة المتعاقدة في توفير ضمانة التحكيم للطرف الآخر كوسيلة امتيازية لفض النزاعات المحتملة<sup>28</sup>، لذلك يلاحظ اتجاه معظم قوانين الاستثمار الخاصة بالدول نحو الاعتراف بالتحكيم وتبنيه كوسيلة لفض المنازعات مع المستثمرين<sup>29</sup>.

28. يرى العديد من الفقهاء أن التحكيم التجاري الدولي لم يعد في الوقت الحاضر مجرد قضاء اتفاقي يتوقف على إرادة الخصوم، وإنما صار أقرب إلى القضاء الملزم الدائم، ذلك أن التراضي على اللجوء إليه أصبح يظهر في التسليم المسبق بشروط في العقد لا تترك مجالاً كبيراً لحرية الأطراف، بل تفرض على الأطراف ولو بطريق غير مباشر كما هو الحال في العقود النموذجية. أنظر بهذا الخصوص: عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، مطبعة الأمانة، الرباط، ص 36. غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ بسببها، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص 281. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية-الأوروبية في بيروت من 13 إلى 15 فبراير 2001، منشور ضمن مؤلف بعنوان: آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية، إعداد مركز الدراسات العربي الأوربي، ط الأولى، 2001، ص 59. أحمد بن الحاج، م س، ص 11.

29. اعتمد المشرع المغربي نظام التحكيم الدولي كوسيلة لحل منازعات الاستثمار، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة عشر من قانون إطار رقم 18-95 بمثابة ميثاق الاستثمارات على ما يلي: «يمكن أن تتضمن العقود المشار

## المبحث الثاني: معايير التمييز بين التحكيم الداخلي والدولي

يعتبر نظام التحكيم الدولي إحدى الضمانات الأساسية لجلب الاستثمار، وذلك لما يوفره من مزايا للأطراف على مستوى السرعة والسرية. في هذا الإطار قامت العديد من الدول بسن تشريعات تمكنها من مساندة ما هو معمول به في التعامل التجاري الدولي، وذلك بتضمينها لنظام التحكيم الدولي في قوانينها الوطنية.

ولقد تردد مصطلح التحكيم الدولي لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري، والذي انعقد بنيويورك سنة 1958 وانتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويورك التي اعترفت بتنفيذ القرارات التحكيمية.

ويتميز التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي في طبيعة القواعد الموضوعية والإجرائية وحتى في مصادر تلك القواعد<sup>30</sup>، كما أن نطاق مبدأ سلطان الإرادة يضيق في إطار التحكيم الوطني نظرا لوجود عدة قواعد شكلية تحد من إرادة الأطراف، بخلاف التحكيم الدولي الذي يسمح لإرادة الأطراف بتحديد القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع<sup>31</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم التحكيم الدولي<sup>32</sup>، ونتج عن هذا الاختلاف وجود عدة معايير يتم التمييز بمقتضاها بين التحكيم الداخلي والدولي، نذكر منها:

- معيار مقر العمل الذي أخذت به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

- معيار جنسية الأطراف وجنسية المحكمين.

إليها أعلاه بنودا تقضي بفض كل نزاع قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي»، ظهر شريف رقم 1.95.213 صادر في 14 جمادى الآخرة 1416 الموافق 8 نونبر 1995، بتنفيذ القانون الإطار رقم 18-95 بمثابة ميثاق الاستثمارات، منشور في الجريدة الرسمية، ع 4335، بتاريخ 19/11/1995، ص 3030.

30. منير عبد الحميد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 34.

31. René David, L'arbitrage dans le commerce international, Économica, Paris, 1982, p 26.

32. تباينت الآراء بخصوص مفهوم التحكيم الدولي، فالبعض ربطه بمجال العلاقات التجارية الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع، وعرفه بأنه ذلك الاتفاق الذي تكشف فيه إرادة الأطراف المشتركة على أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية. أما الفقيه David René فقد عرفه بأنه: تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تربط بين شخصين فأكثر، ويتولى التحكيم محكم أو محكمان يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص. وعرفه الأستاذ عبد الله درميش بأنه: ذلك القرار الذي يخص المنازعات القانونية الخاصة بالعلاقات التجارية التي تتم على الصعيد الدولي سواء بين الأشخاص الخاصة من جنسيات مختلفة أو بين الأشخاص العامة من ناحية أخرى. أنظر بهذا الخصوص: عبد الله درميش، اهتمامات المغرب بالتحكيم إلى أي حد، مجلة المحاكم المغربية، ع 73، ص 1995، ص 101. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في المنازعات الدولية، دار النهضة العربية، 2001، ص 30.

René David, op.cit, p.94

- معيار مكان إقامة الأطراف الذي أخذ به كل من القانون السويسري لسنة 1987، والقانون الهولندي لعام 1986.

- معيار دولية الصفقة التجارية، الذي أخذت به اتفاقية لاهاي لعام 1946 المتعلقة بالمبيعات الدولية للمنقولات، كما اعتمد هذا المعيار القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، حيث جاء في المادة 3 أن: «التحكيم يكون دوليا إذا كانت مؤسسات الفرقاء عند إبرام اتفاق التحكيم تقع في بلدان مختلفة، أو إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها عمل أحد الطرفين:

- كل مكان يتم فيه تنفيذ جزء أساسي من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية؛

- المكان الذي يكون للنزاع علاقة أوثق به؛

- إذا اتجهت إرادة الأطراف صراحة إلى أن موضوع اتفاق التحكيم تتعلق بأكثر من دولة واحدة».

وعلى العموم تبقى من أهم معايير التحكيم الدولي: المعيار الجغرافي والمعيار الاقتصادي.

#### أولاً: المعيار الجغرافي

يرتبط هذا المعيار كما يدل على ذلك اسمه بجغرافية المكان، حيث يعطي الأولوية لمكان التحكيم، ويعتبر هذا المكان هو المعيار في تحديد دولية التحكيم<sup>33</sup>.

لقد اعتمدت العديد من التشريعات هذا المعيار لجعل التحكيم دوليا، ويأخذ المشرع المغربي هو الآخر بالمعيار الجغرافي، وهذا ما أكدته الفصل 327-40 حيث نص على أنه: «يعتبر دوليا حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج . يعتبر التحكيم دوليا إذا:

1 - كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛

2 - أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف:

أ - مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق؛

ب - كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة.

33. ينص الفصل الأول من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على ما يلي: «تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة بتراب الدولة الأخرى غير التي وقعت فيها المطالبة بالاقرار بالقرارات التحكيمية وتنفيذها».

3 - أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد.

لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي:

أ - إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛

ب - إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية.

غير أن ما يلاحظ على هذا المعيار في مجال التحكيم الدولي هو أن مفهوم مكان التحكيم يصعب تحديده أحيانا، نظرا للتطور الذي أصبح يعرفه مفهوم المكان عموما. فقديمًا كان مفهوم المكان يرتبط بالدلالة المادية المحضة، حيث كان يعتبر مقرا للتحكيم المكان الذي تعقد فيه هيئة التحكيم جلساتها، وتسمع فيه أقوال الشهود والأطراف وتصدر فيه قراراتها. أما اليوم فيمكن لهيئة التحكيم أن تعقد جلساتها في أماكن متفرقة، فأضحى مكان التحكيم صعب التحديد، إذ يمكن تصور مكان التحكيم عبر شبكة الانترنت، حيث تتلقى هيئة التحكيم التقارير على شبكة الانترنت، وتصدر أحكامها على نفس الشبكة فتتم كل وقائع التحكيم في فضاء غير مادي، وبالتالي لا يمكن ربطها ماديا بأي بلد<sup>34</sup>.

#### ثانيا: المعيار الاقتصادي

يركز المعيار الاقتصادي على موضوع النزاع المطروح على التحكيم، بحيث إذا كان النزاع يرتبط بالمعاملات التجارية الدولية كان التحكيم المرتبط به دوليا بصرف النظر عن جنسية أطراف النزاع وجنسية المحكمين ومكان التحكيم، فالعبرة في المعيار الاقتصادي هو ارتباط النزاع بالتجارة الدولية وليس بدولة معينة بالذات.

ويبرر أنصار المعيار الاقتصادي موقفهم على أساس أن التجارة الدولية عابرة للحدود، وأن النزاعات المرتبطة بها لا تقتصر على بلد واحد، وإنما تهم بلدان مختلفة. لذلك من العدل والإنصاف أن تكون التجارة الدولية هي المعيار الجوهرى الذي على أساسه يتم تمييز التحكيم الدولي عن غيره من أنواع التحكيم الأخرى.

ويرجع الفضل في إرساء معالم هذا المعيار إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي قبل أن يأخذ به المرسوم الصادر سنة 1982 المتعلق بالتحكيم الدولي، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس في 5 أبريل 1990 أكد القضاء الفرنسي أن الطابع الدولي للتحكيم يجب

34. عبد الحكيم عودى، التحكيم التجاري الدولي وإشكالية القانون الواجب التطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2016-2017، ص 103.

أن يتحدد طبقا للحقيقة الاقتصادية العملية التي بمناسبتها تم إعماله، وفي هذا الخصوص يكفي أن تحقق العملية الاقتصادية نقلا للأموال أو الخدمات أو رؤوس الأموال عبر الحدود، أما جنسية الأطراف في النزاع والقانون الواجب التطبيق على العقد أو على التحكيم وكذا مكان التحكيم فهي أمور غير فعالة<sup>35</sup>.

ساير المشرع المغربي هو الآخر غالبية التشريعات المقارنة، حيث أخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار الجغرافي، وهذا ما كرسه الفصل 327-40 حينما نص على ما يلي: «يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج». وبهذا الموقف يكون المشرع المغربي قد منح لأطراف نزاع التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق.

## خاتمة

يبدو من خلال ما سبق أن التحكيم التجاري لم يعد نظاما استثناء أو قضاء ثانويا، وإنما بات آلية أساسية معتمدة لفض النزاعات التجارية، وذلك لما يتوفر عليه نظام التحكيم من مزايا تجعله يستجيب لخصوصيات المعاملات التجارية. فالتحكيم التجاري يتشكل من أشخاص ومراكز يتم اختيارها باتفاق الأطراف لحل منازعاتهم التجارية بصرف النظر عن الموطن أو الجنسية، وتستمد هيئة التحكيم صلاحياتها من إرادة الأطراف المعبر عنها بشرط التحكيم.

وعلى مستوى آخر أصبح تطبيق القواعد القانونية الوطنية على المبادلات التجارية الدولية يثير عدة صعوبات ناتجة بالأساس عن الاختلاف في طبيعة النزاعات التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية الدولية. وعليه أضحت التحكيم التجاري الدولي ومن خلال فصله في المنازعات المرتبطة بالعقود التجارية الدولية، يساهم بشكل فعال في تدويل النظام القانوني لهاته العقود، وذلك من خلال تطبيقه لمجموعة من القواعد القانونية التي لا تنتمي للأنظمة القانونية الوطنية، فالمحكم الدولي يتمتع باستقلال عن أي نظام قانوني وطني، الأمر الذي يمكنه من تطبيق القواعد الدولية بنوع من الحرية، دون تبعية لأية دولة، مراعيًا في ذلك طبيعة المعاملات التجارية الدولية وخصوصياتها، وهو ما اعتبره البعض بمثابة عولمة للقانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية<sup>36</sup>.

35. محمد احمد عبد الرحمان الحميقي، التنظيم الدولي لحماية وتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، أطروحة الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2010-2011، ص 243 و 244. كما قررت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 92/4/24 أن: «الطابع الدولي للتحكيم لا يعتمد على القانون الواجب التطبيق أو على الإجراءات أو على إرادة الأطراف، ولكن على طبيعة العملية الاقتصادية التي هي أصل النزاع».

36. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 10. أحمد بن الحاج، م س، ص 12.

## الوساطة في المجال البنكي

بقلم الدكتور: العربي البوبكري

أستاذ باحث بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة

### تقديم

أصبحت المؤسسات البنكية، ومؤسسات الائتمان عموماً، تلعب دوراً محورياً لا غنى عنه في تنمية وإنعاش الاقتصاد وتيسير المعاملات المالية للأفراد والجماعات والدول في الوقت الحاضر، ومن الطبيعي أن يترتب عن هذا الدور ارتفاع ملحوظ في عدد المنازعات التي تثار بين هذه المؤسسات وزبائنها والمتعاملين معها، أشخاصاً ذاتيين كانوا أو معنويين.

ونظراً لخصوصية المجال الذي تقع فيه هذه المنازعات، وهو مجال التجارة والأعمال، فإن اللجوء إلى القضاء لتسويتها قد لا يكون مفيداً وملائماً للأطراف في جميع الحالات، لاعتبارات متعددة منها: طول إجراءات التقاضي وعجز القضاء عن الفصل النزاعات المرفوعة في آجال معقولة، وارتفاع تكاليف اللجوء إليه، وتعدد النصوص والقواعد الموضوعية والشكلية المؤطرة لعمله، لذلك بدت مسألة اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات في هذا المجال، حلاً مناسباً وطريقاً أيسر لتسويتها في آجال معقولة لا تضر بمصالح الأطراف وفي نفس الوقت تخفف الضغط على المؤسسات القضائية، من بين هذه الوسائل نجد التحكيم والصلح، بالإضافة إلى الوساطة موضوع بحثنا هذا.

تعرف الوساطة عموماً بأنها: «تقنية لتسيير المفاوضات بين الأطراف، يقوم بها طرف ثالث محايد، تهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل للخصام القائم بينهم»، كما تعرف أيضاً بكونها تشكل: «المساعي التي يقوم بها شخص محايد بين أطراف النزاع ومحاميه من أجل الوصول إلى حل ودي لهذا النزاع».

يستخلص من التعريفين السابقين، أن الوساطة تشترك مع التحكيم والصلح فيما يتعلق باختيارية اللجوء إليها - كقاعدة عامة مع وجود استثناءات - وحيادية الطرف الممارس لها، إلا أنها تختلف عن الوسيطتين الأخريين من حيث وظيفة القائم بها، فالوسيط يسعى فقط إلى تقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع ومساعدتهما، ولا يمكنه أن يفرض عليهما

حلا معينا، ثم إن استعمال كلمة «مساعي» يفيد أنه يحتمل أن تتجح هذه الوساطة ويحتمل أن تفشل.

أما الوساطة البنكية فقد عرفت بأنها: «آلية بديلة عن القضاء الرسمي لفض المنازعات بطريقة حبية بين البنك وزبونه، في نزاع معين على يد الوسيط البنكي، والذي ينحصر دوره في التقريب بين وجهات نظر الأطراف بقصد الوصول إلى صلح حاسم للنزاع»؛ فهي إذن وسيلة لتسوية النزاعات، بطريقة ودية، بين المؤسسات البنكية وزبائنها، مهنيين كانوا أو مستهلكين، غير أن اللجوء إليها ليس إلزاميا - كقاعدة عامة - ولا يكون في جميع النزاعات البنكية، كما سنبين فيما بعد.

لقد صارت الوساطة من أهم الوسائل البديلة التي أثبتت نجاعتها في حل النزاعات البنكية، بالنظر إلى الخصائص التي تميزها، لذلك تم التنصيص عليها صراحة في القانون الجديد المنظم لعمل مؤسسات الائتمان والمؤسسات التي تعتبر في حكمها، وفي القانون 31.08 المتعلق باتخاذ تدابير لحماية المستهلك، كما صدرت عن والي بنك المغرب دورية تنظمها، وأنشئت مؤسسات لممارستها.

وبالرغم من خضوع الوساطة البنكية بصفة عامة للقانون رقم 08.05 المتعلق بالوساطة والتحكيم المدمج في قانون المسطرة المدنية، إلا أن لها مجموعة من الخصوصيات التي تميزها، سواء من حيث الأجهزة التي تمارسها أو من حيث طابعها الاختياري، أو من حيث مسطرتها.

سنحاول إبراز هذه الخصوصيات من خلال المطلبين التاليين:

■ **المطلب الأول: الإطار القانوني والمؤسسي للوساطة البنكية؛**

■ **المطلب الثاني: إجراءات الوساطة البنكية.**

### **المطلب الأول: الإطار القانوني والمؤسسي للوساطة في المجال البنكي**

هناك مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية التي تشكل إطارا قانونيا مرجعيا لممارسة الوساطة في المجال البنكي (فقرة أولى)، كما أنها تتميز بكونها على مستوى الممارسة تتم في إطار مؤسسي (فقرة ثانية).

#### **الفقرة الأولى: الأسس القانونية والتنظيمية للجوء إلى الوساطة في المجال البنكي**

تعتبر الوساطة الاتفاقية من المستجدات التي أتى بها المشرع المغربي لتسوية النزاعات، بمقتضى القانون 08.05 الذي أدرجت مقتضياته في قانون المسطرة المدنية، وتبعا لذلك جاء الباب الثامن من القسم الخامس من هذا القانون تحت عنوان: «التحكيم والوساطة الاتفاقية»، وتم تنظيم الوساطة في الفرع الثالث من هذا الباب. بالاطلاع على هذه

المقتضيات نستنتج من أن اللجوء إلى الوساطة أمر اختياري، يتم بناء على اتفاق أطراف النزاع، حيث جاء في الفصل 327-55 على أنه: «يجوز للأطراف، لأجل تجنب أو تسوية نزاع، الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع»، قد يكون هذا الاتفاق قبل حدوث أي نزاع، وذلك في إطار ما يسمى بشرط الوساطة، أما إذا كان عند نشوء النزاع فتتحدث حينئذ عن عقد الوساطة.

ويعتبر القانون 08.05 المدرجة مقتضياته في قانون المسطرة المدنية كما أسلفنا، الأساس التشريعي للجوء إلى الوساطة في المنازعات ذات الطابع المدني والتجاري، لذلك كانت المؤسسات البنكية تعتمد كأساس لاعتماد آلية الوساطة في حل مجموعة من المنازعات التي كانت تثور بينها وبين زبائنها، ولم تكن القوانين البنكية السابقة تنص على هذه الوسيلة، إلى أن جاء القانون الجديد الخاص بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها رقم 103.12 الذي نص في المادة 158 منه على أنه: «يجب على مؤسسات الائتمان أن تتضمن إلى نظام وساطة بنكية يهدف إلى تسوية ودية للنزاعات القائمة بينها وبين عملائها»، الملاحظ من خلال هذه الفقرة أن مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها مفروض عليها الانضمام إلى نظام معين للوساطة البنكية، واعتماد صيغة الوجوب هذا يدل على وعي مشرع القانون 103.12 بأهمية الوساطة البنكية كوسيلة للتسوية الودية للنزاعات التي تقع بين هذه المؤسسات وزبائنها، غير أن هذه الإلزامية لا تعني أبدا ضرورة اعتماد الوساطة في كل نزاع، فالوسيلة تبقى اختيارية من حيث الأصل، كما أنها لا تهم كل النزاعات البنكية.

أما بالنسبة لتنظيم الوساطة البنكية فقد أحالت الفقرة الثانية من المادة 158 من القانون 103.12 على منشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، وهو ما تم بالفعل من خلال الدورية رقم 16/w/9 التي أصدرها هذا الأخير بتاريخ 10 يونيو 2016، فبعد المادة الأولى التي أعادت التنصيص على ما أمرت به الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون 103.12 من ضرورة انضمام مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها إلى نظام للوساطة البنكية، والمادة الثانية التي أشارت إلى الغاية من الوساطة البنكية المتمثلة في حل النزاعات التي تثور بين هذه المؤسسات وزبائنها، تضمنت المادة الثالثة والمواد التي تلتها في هذه الدورية المقتضيات التنظيمية والمسطرية للوساطة البنكية، والالتزامات الملقة على مؤسسة الوساطة البنكية والوسيط الذي تعينه.

ويشكل القانون 08.05 والدورية أعلاه الصادرة عن بنك المغرب الأساس الذي تعتمد عليه مؤسسات الوساطة البنكية، لوضع قوانينها وأنظمتها الداخلية.

## الفقرة الثانية: الإطار المؤسسي: من لجنة الوساطة إلى المركز المغربي للوساطة البنكية

تفعيلا لمقتضيات القانون 05.08 المنظم لآلتي الوساطة والتحكيم، عرف المغرب تجربتين للوساطة في المجال البنكي، التجربة الأولى كانت مع لجنة الوساطة البنكية ابتداء من سنة 2009 (أولا)، والتجربة الثانية تزامنت مع صدور القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، وتمثلت في إنشاء المركز المغربي للوساطة البنكية كبديل للتجربة السابقة ومن أجل تجاوز نقائصها (ثانيا).

### أولا: لجنة الوساطة البنكية

أنشئت هذه اللجنة سنة 2009 بتوصية من بنك المغرب تم اعتمادها من طرف المجموعة المهنية لبنوك المغرب، وبناء على الميثاق البين-بنكي الذي خصص للوساطة البنكية، هذا الميثاق نص في مادته الثانية على أن اللجوء إلى الوساطة البنكية لا يضر بحق الأطراف في اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم، ونص في مادته الثالثة على أن اللجوء إلى هذه الوساطة إرادي ومجاني.

تشكلت لجنة الوساطة البنكية من تسعة أعضاء كما يلي:

- ممثل واحد عن بنك المغرب؛
- خمسة أعضاء مستقلين عن المهنة البنكية ويتوفرون على خبرات ومؤهلات في المجال البنكي؛
- ثلاثة أعضاء ينتمون إلى المهن البنكية.

ونص الميثاق البين-بنكي على أن الأعضاء الثمانية، من غير ممثل بنك المغرب، يتم اختيارهم من طرف مجلس المجموعة المهنية للبنوك بعد أخذ رأي بنك المغرب، ويتولى هؤلاء الأعضاء انتخاب الرئيس من بينهم لمدة سنتين قابلتين للتجديد.

غير أن ما لوحظ على هذه اللجنة، هو هيمنة التمثيلية البنكية وغياب تمثيلية باقي مؤسسات الائتمان الأخرى والهيئات المعتمدة في حكمها، كشركات التمويل ومؤسسات القروض الصغرى، فضلا عن غياب أي تمثيلية للطرف الآخر في النزاع البنكي، وهو الزبون - شخصا ذاتيا كان أم معنويا - والذي غالبا ما يكون هو الطرف الأضعف في هذا النزاع، وكان من الممكن تجسيد هذه التمثيلية بضم ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك، لكن لم يتحقق ذلك.

وتحدد المهام الرئيسية للجنة الوساطة البنكية، بناء على الميثاق البين-بنكي، في تنظيم آليات الوساطة وإعداد ميثاق للأخلاقيات ووضع نظام داخلي لسير الوساطة البنكية

وممارسة الرقابة على الوسيط الذي تعينه هذه اللجنة وتحدد طرق ممارسته للوساطة، كما تحرص هذه اللجنة على ضمان استقلالية هذا الوسيط، ولا تمارس أي تأثير على قراراته. وجاء في الفصل 19 من الميثاق بين-بنكي على أن زبناء البنوك ملزمون بأن يعرضوا شكاياتهم على البنوك قبل اللجوء إلى الوساطة البنكية، وأنه يتعين على هذه الأخيرة الإجابة على مراسلة زبائنها داخل أجل 21 يوما من تاريخ التوصل بالرسالة.

أما بالنسبة للوسيط، فيتم تعيينه من طرف اللجنة كما سبق الذكر، ويجب أن تتوفر فيه كل شروط النزاهة والاستقلال والحياد في مواجهة المؤسسات البنكية ومسيريها من جهة، وفي مواجهة الزبناء من جهة أخرى، فضلا عن الكفاءة في المجال المالي والقانوني المرتبط بالمجال البنكي، يتم تعيينه لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

وقد انطلق العمل بهذه الآلية بتاريخ 07 دجنبر 2009، وحقت نتائج مهمة بشهادة الوسيط البنكي محمد علوي قاسمي، لكن عدم تمثيليتها لكافة مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، وبعد ذلك صدور القانون 103.12 المتعلق بها، وعقبه الدورية رقم 16/w/9 الصادرة عن والي بنك المغرب، أدى إلى الاستغناء عنها وتعويضها بالمركز المغربي للوساطة البنكية.

### ثانيا: المركز المغربي للوساطة البنكية

تميزت سنة 2014 بإنشاء آلية بديلة للوساطة البنكية، هي المركز المغربي للوساطة البنكية، الذي تم تأسيسه في مارس 2014، وقد اتخذ شكل جمعية ذات هدف غير ربحي أنشأه المجتمع البنكي تحت إشراف بنك المغرب، وتتمثل الجهات المؤسسة له فيما يلي:

- بنك المغرب؛

- الوكالة الوطنية للنهوض بالمقاولة الصغرى والمتوسطة؛

- المجموعة المهنية لبنوك المغرب؛

- الجمعية المهنية لشركات التمويل؛

- الفيدرالية الوطنية لجمعيات القروض الصغرى.

وقد تمت المصادقة على نظامه الأساسي خلال الجمع العام التأسيسي المنعقد يوم 26 يونيو 2013.

الملاحظ أنه تم التوسيع من نطاق الهيئات الممثلة بالمركز مقارنة مع لجنة الوساطة البنكية السابقة، وهذا ينسجم مع التوجه الحديث للقانون 103.12، أما بالنسبة لتمثيلية الأبنك التشاركية، المؤسسات المالية المستحدثة بمقتضى هذا القانون، فإن المادة 66

منه نصت على ضرورة انضمامها إلى الجمعية المهنية للبنوك، وبالتالي فإن تمثيليتها في المركز تبرز من خلال هذه الجمعية.

لكن رغم هذا التوسع الذي عرفه المركز مقارنة مع اللجنة السابقة، فإنه يسجل أيضا بالنسبة إليه غياب أية تمثيلية لزبناء مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، خاصة جمعيات حماية المستهلك، بالرغم من أن القانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، نص على ضرورة اللجوء إلى الوساطة في حالات خاصة سنتطرق إليها.

وتتمثل مهمة المركز في تسوية النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ في المستقبل بين البنوك، شركات التمويل والجمعيات المانحة للقروض الصغرى، وزبنائها بشكل ودي، ولتحقيق هذه الغاية يوفر المركز آليتين للوساطة، الأولى مؤسساتية والأخرى توافقية:

الآلية المؤسساتية: تسمى أيضا بالمقصورة الأولى للمركز، وهي نظام موجه لفائدة الأشخاص الذاتية والمعنوية، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا النظام، لحل الخلافات بين الأطراف التي تعادل قيمتها مليون (1.000.000,00) درهم أو تقل عن ذلك.

إن اللجوء إلى هذه الآلية طوعي ومجاني، وهي تهم النزاعات المتعلقة بالحسابات البنكية، وسائل الأداء، شروط تسديد القروض، تسليم وثائق للزبناء والحالة المنصوص عليها في المادة 111 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، فضلا عن صعوبات تسديد المقاولات الصغيرة جدا والمتوسطة للديون البنكية.

الآلية التوافقية: تسمى أيضا بالمقصورة الثانية للمركز، وتخضع لها الخلافات التي قد تنشأ أو نشأت بين الأطراف، والتي تفوق قيمة المبلغ موضوع النزاع فيها مليون (1.000.000,00) درهم عند إحالة الملف على المركز.

اللجوء إلى هذه الآلية طوعي، لكن ما يميزها عن الآلية المؤسساتية هو أنها غير مجانية، حيث يتقاضى المركز أتعابا عن قيامه بالوساطة بين مؤسسات الائتمان وزبنائها، يؤديها طرفا النزاع مناصفة بينهما، وهذه الآلية تعتبر مفيدة لحل النزاعات التي تثور بين مؤسسات الائتمان وبعض زبنائها «الكبار»، خاصة المقاولات الصغرى والمتوسطة، وتكمن أهميتها بالنسبة لهؤلاء الزبناء في كونها وسيلة لتسوية نزاعاتهم في أسرع وقت ممكن بدل اللجوء إلى القضاء المتسم بطول مساطره وتعقدها.

### المطلب الثاني: إجراءات الوساطة البنكية

هناك استثناء على سلطة الاختيار الممنوحة لأطراف النزاع البنكي بين اللجوء إلى الوساطة البنكية أو رفع الأمر إلى القضاء، يتمثل في الحالة المنصوص عليها في المادة 111 من القانون 31.08 المتعلق باتخاذ تدابير لحماية المستهلك (فقرة أولى)، بعد اتخاذ القرار

بعرض النزاع على الوسيط البنكي تبتدئ مسطرة الوساطة البنكية وتترتب على القرارات التي يصدرها الوسيط آثار مهمة (فقرة ثانية).

### **الفقرة الأولى: المادة 111 من القانون 31.08 استثناء من الطابع الاختياري للوساطة البنكية**

الأصل أن الاختيار بين اللجوء إلى الوساطة البنكية أو القضاء لحل نزاع بنكي يرجع لأطراف هذا النزاع، لكن يلاحظ وجود استثناء على هذا الأصل، تمثله مقتضيات المادة 111 من قانون حماية المستهلك المتعلقة بدعوى المطالبة بأداء القروض الاستهلاكية، فقد جاء في فقرتها الرابعة أنه: «إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة، فإن إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة»، بمعنى أن إقامة دعوى المطالبة بالأداء في هاتين الحالتين مشروط بسبق اللجوء إلى الوساطة البنكية.

هذه الفقرة تثير بعض الإشكالات، لعل أولها يتمثل في تحديد الحالة الاجتماعية غير المتوقعة، الواقع أن قانون حماية المستهلك لم يورد تعريفا لها، لذلك فالأمر يعود للسلطة التقديرية للقضاء حسب ظروف وملابسات القضايا التي تعرض عليه، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس أن التوقف عن العمل لتصفية الشركة المشغلة قضائيا حالة اجتماعية غير متوقعة.

ثم إن مجرد تحقق الحالة الاجتماعية فقط غير كاف لتطبيق مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 111 المذكورة أعلاه، بل لا بد أن تؤدي هذه الحالة الاجتماعية إلى التوقف عن دفع الأقساط، وتطبيقا لهذا الشرط أوضحت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن الطلاق كحالة اجتماعية تمسكت بها المستأنفة لا يترتب عليها إجراء الوساطة بمجرد تحققها، وإنما لا بد أن يكون هذا الطلاق هو الذي أدى إلى التوقف عن دفع الأقساط.

وبالنسبة للأقساط فإن التوقف عن الدفع لا يتحقق إلا عند عدم أداء ثلاثة أقساط متتالية بعد استحقاقها وعدم الاستجابة للإشعار الموجه للمقترض.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء يحقق فائدتين: الأولى للمؤسسة البنكية والثانية للزبون، بالنسبة للمؤسسة البنكية فإن أجل سقوط الحق في ممارسة دعوى المطالبة بالأداء لا يحتسب إلا بعد استنفاد مسطرة الوساطة البنكية التي يجب أن تتم خلال سنة من تاريخ التصريح بتوقف المقترض عن الأداء، وأما بالنسبة للزبون المقترض فإن اللجوء إلى الوساطة يؤدي إلى عدم تحميله فوائد التأخير أو أية مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة.

لكن من زاوية أخرى هناك سؤال يثيره هذا الاستثناء، نصوغه كما يلي: من يتوجب عليه المبادرة بسلوك المسطرة ورفعها إلى المركز المغربي للوساطة البنكية؟ المؤسسة البنكية أم الزبون المستهلك؟

يبدو أن بعض المؤسسات البنكية لا تتقيد بهذا الإجراء، حيث تسلك مسطرة المطالبة بالأداء قبل المرور بالوساطة، ملقية هذه المهمة على عاتق الزبون، وبالرجوع إلى دورية والي بنك المغرب رقم 16/W/9 لسنة 2016 المشار إليها سابقا، نجدها تنص في مادتها السابعة على أن طلبات الوساطة البنكية يمكن أن تقدم بمبادرة من المؤسسات البنكية أو من زبنائها، لكن لا بد من التذكير ببعض الملاحظات بخصوص هذه الدورية، فهي تنظم مسطرة اللجوء إلى الوساطة بصفة عامة وفي جميع الحالات المتاحة فيها، أما المسطرة المنصوص عليها في المادة 111 من قانون حماية المستهلك، فهي تشكل خصوصية في هذا المجال، ولم تتطرق لها الدورية.

وقد عقب القضاء على هذه الإشكالية، حيث يستشف من قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، أن الأولى بالتطبيق هو القانون وليس المنشور، وأنه قبل المطالبة بالادعاء يتعين أولا على الطرف المقرض - المؤسسة البنكية أو مؤسسة أخرى من مؤسسات الائتمان - اللجوء إلى الوساطة، وعدم سلوك هذا الإجراء قبل رفع دعوى الأداء يرتب عدم قبول هذه الأخيرة، وهو ما أكدته أيضا المحكمة التجارية بوجدة التي جاء في أحد الأحكام الصادرة عنها: «وحيث يعتبر متوقفا عن الأداء المقترض الذي لم يقيم بتسديد ثلاث أقساط متتالية بعد استحقاقها ولم يستجب للإشعار الموجه إليه حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 109 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وإذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة كما هو الحال بالنسبة لوضعية المدعى عليها، فإن إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة طبقا للفقرة الرابعة من نفس القانون.

وحيث متى كان الأمر كذلك فإن الدعوى قدمت سابقة لأوانها، وهو ما يجعل الطلب المقدم والحالة هذه مصيره عدم القبول.»

نخلص من تحليل النصوص القانونية ذات الصلة ومن التأمل في الأحكام والقرارات التي سقناها، أن مؤسسة الائتمان باعتبارها صاحبة المصلحة في سلوك دعوى المطالبة بالأداء، هي من عليها أن تبادر في هذه الحالة موضوع نقاشنا، وقبل رفع الأمر إلى القضاء، باللجوء إلى الوساطة البنكية، وكل تجاوز لهذا الطريق تكون نتيجته عدم قبول هذه الدعوى.

## الفقرة الثانية: مسطرة الوساطة البنكية وآثارها

هناك مسطرة محددة يتعين سلوكها للقيام بالوساطة البنكية (أولاً)، ويحتمل أن تتجح الوسيط في مهمته، مثلما يحتمل أن يفشل في مساعيه، وفي كلتا الحالتين ترتب النتيجة آثاراً معينة (ثانياً).

### أولاً: مسطرة الوساطة البنكية

قبل عرض النزاع على الوسيط البنكي لا بد من استيفاء مجموعة من الشروط الموضوعية والإجرائية التي بدونها يكون مأل الطلب عدم القبول (أ)، وإعلان الوسيط قبوله للملف تتطلق عملية الوساطة البنكية (ب).

#### أ - الشروط الموضوعية والإجرائية لقبول طلب الوساطة

لا بد من استيفاء مجموعة من الشروط الموضوعية والإجرائية قبل عرض النزاع على المركز المغربي للوساطة البنكية، باعتباره المؤسسة المختصة في ممارسة هذه الوساطة بين مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها في الوقت الحالي.

فبالنسبة للشروط الموضوعية، فيلزم أن يندرج النزاع ضمن نطاق اختصاص المركز المغربي للوساطة البنكية، أي ضمن النزاعات التي يجوز اللجوء فيها إلى الوساطة البنكية، ويلاحظ أن المركز المغربي قد وسع من نطاق اختصاصه مقارنة مع التجربة السابقة للجنة الوساطة البنكية، فقد حدد ميثاق الوساطة البنكية السابق مجال تدخل الوسيط البنكي في النزاعات المتعلقة ب:

- الحسابات البنكية: الحساب بالاطلاع والحساب لأجل وحساب الودائع وحساب السندات والحسابات المشتركة والجماعية، ويندرج في هذا الإطار كل النزاعات المتعلقة بفتح وتشغيل وإغلاق هذه الحسابات والنزاعات الأخرى المرتبطة بتدبير هذه الحسابات؛

- وسائل الأداء: ويقصد بها: «جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أمواله كيفما كانت الوسيلة أو الطريقة التقنية المستعملة»، ومنها الشيك وأوامر التحويل وبطاقات السحب وبطاقات الأداء وبطاقات الائتمان وحتى النقود الالكترونية.

لكن المركز المغربي للوساطة البنكية أضاف إلى النزاعات السابقة التي حددتها لجنة الوساطة البنكية النزاعات المتعلقة بالديون البنكية، والمتمثلة فيما يلي:

- شروط سداد الديون المالية؛

- تسليم جميع المستندات إلى الزبناء: رفع الحجز وجداول الاستهلاك وكشوفات العمليات البنكية الجارية والبيانات المصرفية ونسخ العقود والمستندات الأخرى المختلفة؛

- العمليات المتعلقة بتسويق عقود التأمين والمرتبطة مباشرة بمنتوج أو خدمة بنكية تسوقها المؤسسة؛

- استرداد المستحقات إذا كانت استحالة الدفع ناتجة عن حالة فصل أو حالة اجتماعية غير متوقعة، وفقا لأحكام المادة 111 من القانون رقم 31.08 المتعلق بسن تدابير لحماية المستهلك؛

- صعوبات التسوية من لدن المقولات الصغيرة والمتوسطة الحجم للديون البنكية؛

- وكذلك أية عملية مصرفية أو تمويلية أخرى.

بهذا يكون المركز قد وسع من مجال تدخله، وتجاوز العيوب السابقة التي تميزت بها لجنة الوساطة البنكية، خاصة ما يتعلق باستثناء نزاعات القروض الاستهلاكية وبشكل أخص الحالة المنصوص عليها في المادة 111 من القانون 31.08، رغم أن هذه المادة تجعل من اللجوء إلى الوساطة أمرا إلزاميا عندما يكون عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة.

أما بالنسبة للشروط الإجرائية، فإن هناك ثلاثة شروط أساسية لا بد من تحققهما عند عرض النزاع على المركز المغربي للوساطة البنكية، يتمثل الأول في ضرورة ألا يكون النزاع قد شكل موضوع مقرر قضائي أو تحكيمي، وتسمى هذه الحالة في اللغة الإجرائية بسبقية البت في الموضوع، وهو شرط بديهي لأنه بهذا الحكم يفترض أن النزاع قد حسم ويتصور المرور إلى تنفيذ المقرر الصادر عن الجهة القضائية أو التحكيمية، لذلك جاء في المادة السادسة من قانون الوساطة للمركز المغربي المذكور أعلاه، أن: «من دواعي عدم قبول ملفات الوساطة: أي نزاع سبق أن شكل موضوع قرار قضائي أو تحكيمي».

والشرط الإجرائي الثاني لقبول ملف الوساطة، أن يعرض النزاع مسبقا على المصالح الداخلية للمؤسسة البنكية، بمعنى أن يسبق اللجوء إلى الوساطة البنكية ضرورة التقدم بشكل مسبق إلى المؤسسة البنكية الطرف في النزاع بشكاية من أجل معالجة الموضوع داخليا، فقد جاء في المادة الخامسة من قانون الوساطة للمركز المغربي للوساطة البنكية أنه: «قبل الإحالة على الوسيط يجب على الزبون أن يخبر المصالح المختصة داخل المؤسسة المعنية بالنزاع. يحق لأي زبون لم يتلق ردا من مؤسسته في غضون 40 يوم عمل أو من كان غير راض عن الرد الذي تلقاه أن يحيل نزاعه على الوسيط وذلك بأية وسيلة متاحة له من قبل المركز».

لا بد من التذكير بأن هذا الشرط خاص بالزبون المتنازع مع المؤسسة البنكية، مما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي بخصوص المؤسسة البنكية: هل تنقيد هذه الأخيرة بأجل أو بإجراء معين قبل عرض نزاعها معه على الوسيط البنكي؟

تبرز أهمية هذا السؤال خاصة بالنسبة للحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 111 من القانون 31.08 المتعلق بحماية المستهلك، فتطبيق مقتضيات هذه الفقرة تقتضي التوقف عن الأداء أولا من طرف الزبون، وطبقا لأحكام المادة 109 من هذا القانون لا يعتبر متوقفا عن الأداء إلا المقترض الذي لم يقم بتسديد ثلاثة أقساط متتالية - على الأقل - بعد استحقاقها ولم يستجب للإشعار الموجه إليه، وبالتالي فإن المؤسسة البنكية ملزمة في هذه الحالة قبل اللجوء إلى الوساطة البنكية، التي أثبتنا سابقا أنها هي من عليها أن تبادر إليها، أن ترسل إشعارا إلى الزبون تدعوه من خلاله إلى أداء ما بذمته من أقساط حل أجلها ولم تؤد، وفي حالة عدم استجابة هذا الأخير لتجأ إلى الوساطة، وإلا كان مصير دعوى المطالبة بالأداء التي لم تحترم هذه الإجراءات عدم القبول، على أنه قد تسبق هذه الإشعار بعض المحاولات لمطالبة الزبون حيا بالأداء، وهذا لا يؤثر في المسطرة.

أما الشرط الثالث فهو شكلي، يتمثل في ضرورة أن يكون ملف الوساطة المعروض على الوسيط مكتملا، أي متوفرا على جميع المعلومات والمستندات اللازمة للنظر في النزاع ولتكوين فكرة عليه، ومنها نسخة من الطلب المقدم إلى المؤسسة البنكية إذا كان الزبون هو المبادر إلى طلب الوساطة.

#### ب - انطلاق الوساطة البنكية بعد قبول الملف

بعد توصل المركز المغربي للوساطة البنكية بملف الوساطة البنكية المستوفي للشروط السابقة وقبوله، تنطلق عملية الوساطة من طرف الوسيط البنكي الذي تكون له مدة ثلاثون (30) يوم عمل لمعالجة الطلب، مع إمكانية تمديد هذا بناء على طلب مبرر من أحد طرفي النزاع، وقد نص الفصل 67-327 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يجب على الوسيط فور قبوله المهمة المسندة إليه، أن يخبر بذلك الأطراف في رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي».

وخلال المدة الممنوحة للوسيط البنكي يتمتع هذا الأخير بصلاحيات مهمة، حيث يمكنه أن يستمع إلى طرفي النزاع أو أحدهم وإلى الأغيار الذين يرى فائدة في الاستماع إليهم إذا قبلوا بذلك مع التزامهم بالسرية، كما يمكنه بعد موافقة طرفي النزاع القيام بخبرة من شأنها أن تساهم في توضيح النزاع، وهنا لا بد من التوضيح بأنه ليس من اللازم التقيد بالمقتضيات القانونية المنظمة للخبرة باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق، لأن الهدف من ذلك بالنسبة للوسيط هو فهم النزاع واستجلاء الجوانب الغامضة فيه سعيا إلى

تقريب وجهات نظر الأطراف بشأنه ليس إلا، يمكن أيضا للوسيط البنكي أن يطلب معلومات أو مستندات من المؤسسة البنكية الطرف في النزاع، وتلتزم هذه الأخيرة بوضعها رهن إشارته، مع التزامه - أي الوسيط البنكي - بالسرية المهنية وتحرير المؤسسة البنكية من هذا الالتزام فيما يتعلق بالمعلومات المرتبطة بموضوع النزاع.

الهدف إذن من هذه الإجراءات هو سعي الوسيط إلى تقريب وجهات نظر طرفي النزاع البنكي، بمعنى أن يساعدهما على التوصل إلى حل يرضيهما، ولا يفرض عليهما أي حل من عنده، وناء على ذلك فقد يتفقان في نهاية المطاف مثلما يمكن ألا يتفقان، وكل حالة ترتب آثارا معينة.

### ثانيا: نتيجة الوساطة البنكية وآثارها

الوسيط لا يفرض حلا على طرفي النزاع البنكي، تنحصر مهمته كقاعدة عامة في تقريب وجهات النظر بينهما، وبالتالي فمن المحتمل أن ينجح في مهمته وتتوج مساعيه باتفاق صلح أو تسوية يحسم النزاع، كما أنه من الوارد أيضا أن يفشل في تحقيق مهمته ويبقى النزاع قائما، لذلك فإننا نكون إزاء حالتين: حالة نجاح الوسيط في تحقيق صلح أو تسوية بين طرفي النزاع، وحالة فشله في مساعيه.

#### أ - حالة نجاح الوسيط في مهمته

إذا نجح الوسيط في التقريب بين وجهات نظر الطرفين فإنه يعرض عليهما مشروع صلح - يسمى أيضا مشروع اتفاق تسوية - يهدف لإنهاء النزاع القائم بينهما، وهكذا جاء في الفصل 68-327 من قانون المسطرة المدنية: «يقترح الوسيط عند انتهاء مهمته على الأطراف مشروع صلح أو بيانا للأعمال التي قام بها»، كما جاء في المادة الثامنة من قانون الوساطة للمركز المغربي للوساطة البنكية: «في نهاية مهمته، وفي حالة نجاح الوساطة، يقترح الوسيط على الطرفين مشروع اتفاق التسوية».

وهناك استثناء على صفة عدم الإلزام التي يتسم بها الوسيط بشأن مقترحاته، أورده قانون الوساطة للمركز المغربي للوساطة البنكية في المادة العاشرة منه، يتمثل في ضرورة قبول مؤسسات الائتمان بمقترح الوسيط في الحالات التي لا يتجاوز فيها مبلغ النزاع المبالغ المنصوص عليها في هذه المادة، ومنها مبلغ 200.000 درهم بالنسبة للأبنك.

في غير هذه الحالة السابقة، إذا وافق الطرفان على هذا المشروع الذي يقدم إليهما في وثيقة مكتوبة تشتمل على وقائع النزاع وشكل التسوية ونتائجها وما اتفقا عليه ووقعا عليه مع الوسيط، فإنه يصير اتفاقا نهائيا يحسم النزاع، ويكتسب قوة الشيء المقضي به، كما يمكن تذييله بالصيغة التنفيذية.

إن معنى اكتساب اتفاق الصلح أو التسوية المترتب عن الوساطة البنكية لقوة الشيء المقضي به، أن هذا الاتفاق ينهي النزاع وتصير أحكامه ملزمة لطرفيه، لذلك لا يجوز عرضه على القضاء أو على جهة تحكيمية للبت فيه من جديد، وإذا عرض فإن مصيره عدم القبول لسبقية البت، كما أن الاتفاق يصير قابلاً للتنفيذ الإرادي أو الجبري.

فالمنطقي أن يقع تنفيذ الاتفاق طوعاً من طرفي النزاع، لأن الاتفاق نابع من إرادتهما ولم يفرضه الوسيط عليهما، ومن الأمثلة على ذلك أن يتفق الطرفان على تخفيض مبلغ الدين المترتب في ذمة الزبون لفائدة المؤسسة البنكية بنسبة أو قدر معين، أو إعطاء الزبون أجلاً إضافياً لتسديد الأقساط غير المؤداة، فمثل هذه الحلول المتوصل إليها قد تكون مفيدة للطرفين رغم تقديمهما لتنازلات بشأنها، ولا مصلحة لأحدهما في إطالة أمد النزاع المتعلق بها.

لكن قد يحصل أن يمتنع أحد الطرفين عن التنفيذ أو يتلكأ فيه، أو قد تنعدم الثقة بينهما أصلاً، ففي هذه الحالة خول المشرع إمكانية تذييل هذا الاتفاق بالصيغة التنفيذية، وهذا يضيف قوة أكبر عليه، فالتذييل يفيد اعتراف القضاء بمقرر الوسيط وبجعله قابلاً للتنفيذ بالطرق الجبرية المنصوص عليها قانوناً، بناء على طلب الطرف المتضرر طبعاً، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مهمة رئيس المحكمة المعروض عليه الاتفاق لتذييله بالصيغة التنفيذية تنحصر فقط في مراقبة مدى استيفاء الطلب للشروط اللازمة لتنفيذه دون النظر في موضوعه، وهي نتيجة منطقية لاعتراف المشرع بمقرر الوسيط وكذلك لأن الوسيط ليس جهة قضائية حتى يطعن في مقرره أمام جهة قضائية أعلى.

#### ب - حالة فشل الوسيط في مهمته

إذا تعذر على الوسيط تحقيق اتفاق بين طرفي النزاع، فإنه يحضر محضراً بذلك يحمل توقيعه، يفيد بعدم التوصل إلى تسوية، ويسلمها للأطراف، هذا المحضر ينهي مهمة الوسيط، لكنه لا ينهي النزاع، حيث يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء للفصل فيه، وفي حالة اتخاذ هذا المسلك فإنه لا يمكن عرض النتائج التي توصل إليها الوسيط والوثائق والبيانات التي تلقاها هذا الأخير من طرفي النزاع - الزبون و المؤسسة البنكية - على القضاء ولا جعلها منطلقاً أو أرضية لبته في النزاع ولا استعمالها في دعوى أخرى إلا بموافقة هذين الطرفين، وهو أمر منطقي لأن المنازعات القضائية تقوم على الإثبات، حيث على من يدعي شيئاً أمام القضاء أن يثبته، وينحصر دور القضاء في مثل هذه المنازعات في تقدير الأدلة المعروضة أمامه، لذلك فإن استغلال ما توصل إليه الوسيط البنكي قد يرجح كفة طرف على طرف بسبب ما وفره جهد الوسيط من أدلة لفائدة هذا الطرف أو ذاك، لكن إذا اتفق الطرفان

على ذلك فلا ما نفع منه، لأنه يظهر رغبة الطرفين في إنهاء النزاع في أقرب وقت من جهة، ويسر مهمة القاضي من جهة أخرى.

### كلمة أخيرة

لا نحتاج إلى التأكيد، في ختام هذه الورقة، على أهمية الوساطة كآلية لفض النزاعات التي يمكن أن تقع بين مؤسسات الائتمان وبنائها بطريقة حيية تجنب الطرفين بعض سلبات الطرق الأخرى المتاحة لهم في هذا الصدد، فالحوار قد يكون العديد من الحالات حلاً ناجعاً للخلافات، وهو ما توفره الوساطة لطرفي النزاعات البنكية.

لكن مع ذلك ينبغي الإشارة إلى مجموعة من النواقص التي لا تزال تعترى نظام الوساطة البنكية المعمول به حالياً بالمغرب، فإذا كان اللجوء إلى الوساطة اختياري - بشكل عام - في هذا المجال، انسجاماً مع القواعد العامة المنصوص عليها في القانون 08.05، فإن اختيار الوسيط ليس كذلك وهو مفروض على الزبون، كما أنه غير ممثل في المؤسسة التي يسيروها - المركز المغربي للوساطة البنكية - وليس له حق المطالبة بتغييره أيضاً.

وفضلاً عن ذلك فالوسيط يتقاضى أجره من الجمعية المهنية للبنوك، وهذا يطرح سؤالاً يتعلق بضمانات حياده واستقلاله في مواجهة طرفي النزاع، كما أن تواجد المركز المغربي للوساطة البنكية بالدار البيضاء وعدم وجود فروع له في باقي جهات المملكة، يثير إشكال الولوج إلى خدماته بالنسبة للزبناء الذين يقطنون خارج هذه المدينة وفي الجهات الأخرى للمملكة، رغم ما يتيح المركز من إمكانيات متعددة للتواصل، لكن مع ذلك قد يكون عامل البعد الجغرافي غير مشجع على الإقبال بشكل كبير على هذه الآلية لفض النزاعات البنكية.

ثم إن الحاجة إلى التحسيس بأهمية هذه الآلية في حل النزاعات البنكية وحث أطرافها على الإقبال عليها كبيرة، لكنها لا يقتصر على جانب الزبون وحده، بل ينبغي أن يشمل كذلك المؤسسات البنكية وغيرها من مؤسسات الائتمان الأخرى، فقد تبين لنا من خلال الأحكام والقرارات التي أوردنا أن عدداً من هذه المؤسسات لا تحترم المسطرة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 111 من قانون حماية المستهلك رغم طابعها الإلزامي، فما بالك بالحالات التي يكون فيها اللجوء إلى هذه الآلية اختياري.

## Contentieux relatif à l'exéquatur des sentences de l'arbitrage en ligne

Écrit par: **SLASSI MOUTABIR Adil**

*Enseignant chercheur, FSJESO, UMP, Oujda*

Aujourd'hui, grâce aux technologies de l'information et de la communication, une multitude de transactions électroniques peut se former et s'exécuter en ligne, sans que les parties ne se rencontrent physiquement, et parfois même, sans jamais se connaître. De simples clics permettent, désormais, d'échanger les consentements et de concrétiser les accords de volonté par des contrats qui dans la plupart des cas ont un caractère international. La technologie a simplifié les transactions et a augmenté de manière considérable les échanges à tous les niveaux.

Cependant, ces rapports et ses transactions engendrent souvent des situations conflictuelles de nature complexe vu la particularité du monde en ligne qui reste conditionnée par certains aspects où le juridique se mélange avec le technologique, l'organisationnel, l'économique et le psychologique. Une telle situation, complique le travail du juge ou de l'arbitre appelés à se prononcer sur des situations problématiques se rapportant à la technologie utilisée, à leur caractère transfrontalier, souvent au faible montant desdites transactions, mais aussi, et surtout, au droit applicable et à l'inadaptation des conventions internationales qui se veulent réglementant le domaine.

Devant de tels écueils, on peut douter de l'habilité et de la capacité du droit positif, notamment du droit processuel, à résoudre de pareils litiges. Le commerce électronique remet en cause le système juridique et judiciaire et permet de dématérialiser la justice.

C'est ainsi que l'arbitrage électronique ou le cyber tribunal constitue une solution adaptée puisque rapide et moins coûteuse. Toutefois, passé ce cap, l'exécution des sentences rendues en ligne s'avère une entreprise délicate. L'exéquatur se trouve souvent bloquée à cause de plusieurs problématiques relatives, entre autres, à la détermination du lieu d'arbitrage, à la production de l'original de la convention d'arbitrage, à la preuve électronique...etc. De tels constats constituent de véritables handicaps au développement du cyber arbitrage qui s'avère une solution adaptée au commerce électronique.

Dès lors, on se demande quelle solution ordonne le législateur national et le droit international pour exiger l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en ligne.

Pour répondre à cette problématique, nous proposons, dans cette modeste réflexion, de commencer, d'abord, par une présentation du concept de l'arbitrage électronique en analysant ses principaux avantages pouvant encourager les litigants à y recourir sans négliger ses limites (I) ; ensuite, nous relatons, certaines difficultés relatives à l'exécution des sentences y afférentes, dont l'exéquat se trouve, parfois, bloquée pour diverses causes (II).

## **I - Concept de l'arbitrage en ligne: avantages et limites**

Nous proposons, d'abord, de définir le concept de l'arbitrage en ligne en présentant le contexte de son développement (§1), ensuite nous présentons ses avantages et ses limites (§2).

### **1 - Définition et développement de l'arbitrage en ligne**

Il existe plusieurs appellations qui désignent l'arbitrage en ligne: Cyber arbitrage; Cyber-justice; Arbitrage sur le net; Arbitrage électronique; Arbitrage virtuel; Arbitrage à distance...etc. Toutes ces dénominations se définissent par un arbitrage qui ne nécessite pas de réunions physiques ou la présence matérielle des parties au litige et des arbitres au même endroit afin de respecter le principe du contradictoire. Cette obligation étant respectée par d'autres procédés techniques.

L'arbitrage en ligne peut être défini comme «un processus au cours duquel deux parties présentent à un tiers, l'arbitre, leurs visions respectives du conflit. L'arbitre, qui détient son pouvoir du consentement des parties, entendra les prétentions des parties conformément aux règles du Cyber Tribunal et rendra, après délibération, une décision contraignante pour celles-ci. La décision rendue est finale et sans appel».

Il faut, dès lors, se demander si l'on doit qualifier tout arbitrage qui utilise des moyens électroniques pour la communication et l'échange des documents comme un arbitrage en ligne.

Nous précisons que l'arbitrage en ligne, dont il est question ici, est celui où toute la procédure s'effectue d'une manière totalement dématérialisée: la présence physique des parties n'est jamais demandée. Autrement dit, on ne peut réduire l'arbitrage en ligne à ses pratiques courantes de communication des documents par voie électronique au tribunal arbitral qui siège de manière classique. Plus explicitement, dans l'arbitrage en ligne, les technologies de l'information et de la communication seraient l'unique moyen d'échange entre le tribunal arbitral et les parties: le respect du principe du contradictoire est assuré par des visioconférences, les témoignages à travers des audioconférences, les échanges des documents à travers des e-mails, des fax...etc.

De nos jours, les particularités des opérations du commerce électronique et des différends relatifs aux Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication amènent souvent les justiciables à opter pour un règlement électronique des litiges que les juges étatiques arrivent mal à appréhender. C'est ainsi que plusieurs initiatives entrepreneuriales privées ont vu le jour pour répondre aux besoins des litiges relatifs aux technologies du numérique. De leurs côtés, les institutions d'arbitrage ont entrepris des réformes pour s'adapter à ce nouveau besoin du «tout en ligne». Le constat actuel montre que la plupart des centres d'arbitrage proposent des solutions en ligne permettant de réduire les coûts et d'accélérer la procédure.

L'histoire de l'arbitrage en ligne montre que celui-ci s'est développé, en premier ressort, avec les petits litiges. Les titans américains de la distribution, eBay en particulier, face au problème des millions de contentieux initiés contre ces sites marchands et leurs clientèles pour des sommes dérisoires, ont proposé dans les années 90, un système d'arbitrage en ligne qui automatiserait autant que possible les litiges afin de diminuer leur coût et leur traitement. Le mécanisme qui a, alors, été créé est devenu l'objet commercial d'une entreprise «la Silicon Valley» à part entière. C'est ainsi, que plusieurs plateformes d'arbitrage en ligne ont pu voir le jour. Il s'agit d'une solution d'arbitrage qui pour un coût modique et dans un temps très court, produirait une sentence ayant valeur de jugement rendu en dernier ressort.

Par la suite, les projets de plateformes se sont accélérés partout dans le monde et notamment au sein de l'Union Européenne avec la mise en place de la Directive 2013/11/UE qui prévoit la possibilité pour le consommateur de recourir à un arbitrage en ligne en cas de litige avec un site marchand.

## **2 - Avantages et limites de l'arbitrage en ligne**

L'arbitrage en ligne présente des avantages indéniables qui ne se réduisent pas seulement à la rapidité de résolution des litiges et au coût faible en comparaison avec celui de l'arbitrage classique, mais offre aussi, par un accès à distance, une solution très ergonomique permettant de gérer potentiellement plusieurs litiges en même temps.

En effet, le développement de cette nouvelle forme d'arbitrage permet un accès à une justice privée dont le coût reste contrôlé et très concurrentiel puisqu'il s'agit d'un outil susceptible de gérer potentiellement dans des délais réduits, par-rapport aux délais de la procédure classique, une dizaine voir même des centaines de petits litiges relatifs à des transactions électroniques.

L'arbitrage en ligne propose, en fait, une procédure de règlement des litiges en utilisant les technologies de l'information et de la communication ; ce qui permet

aux parties de déposer leur demande en remplissant des formulaires électroniques, de communiquer des pièces et d'échanger de la correspondance, en ligne, par des voies de communication sécurisées. Ainsi, ce système permet aux parties, aux arbitres et éventuellement au centre d'arbitrage d'économiser du temps et de l'argent puisque, tous communiquent par voie électronique, tout en gardant la possibilité d'utiliser ladite voie pour la tenue de conférences et d'audiences sans la présence physique des parties devant les arbitres.

Cependant, l'arbitrage en ligne, surtout émanant d'initiatives privées au dimensionnement réduit, exacerbe les limites inhérentes à la procédure arbitrale, notamment en ce qui concerne la validité de telles sentences. Ces problèmes sont inhérents à l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre au sein d'une procédure dématérialisée. En effet, contrairement à l'arbitrage classique, les parties n'ont pas la possibilité de choisir l'arbitre dans l'arbitrage en ligne. Ils ne peuvent que le récuser conformément aux dispositions en vigueur.

A cela s'ajoute le problème lié à la sécurité des échanges électroniques des données, puisque les documents sont transmis par mail avec tous les risques de sécurité qui en résultent. En effet, face à des litiges importants qui demandent un grand degré de confidentialité et de sécurité, l'utilisation d'un simple mot de passe pour accéder à des informations d'une grande importance s'avère insuffisant pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la non-répudiation des moyens de preuves présentées aux arbitres. Puisque les échanges s'effectuent sous forme de documents joints à des mails, il est normal que de tels procédés présentent des risques avérés comme les erreurs de diffusion et la porosité des serveurs de messagerie, étant donné que les boîtes mail ne sont pas totalement sécurisées. Tout cela, oblige à faire appel aux services d'une tierce partie, en l'occurrence des prestataires de certification électronique, qui se voit impliquée dans une procédure arbitrale qui s'est toujours proclamée la confidentialité et la restriction des protagonistes.

De même, le fait que le siège du tribunal arbitral électronique est purement virtuel pose un vrai problème quant au droit régissant la procédure arbitrale. Il est vrai que le tribunal arbitral, à défaut de choix par les parties des règles de droit applicable, tranche le litige conformément à celles qu'il estime appropriées, notamment par l'application des coutumes et usages pertinents élaborés dans le cadre de ce qu'il est communément appelé à la Lex electronica par analogie à la lex mercatoria applicable dans les transactions commerciales classiques.

De plus, s'ajoute le problème lié à l'absence de recours autres les cas de recours en annulation limitativement énumérés par les articles 327-35 et 327-36 du Code de procédure civile, ou le cas de demande en rétractation.

A tout ce qui a été avancé, vient s'enlaidir, enfin, toutes les difficultés relatives à l'exécution de ce genre de sentences dont le format et la procédure restent étrangères au juge étatique étant donné que l'arbitrage en ligne ne bénéficie pas d'un traitement législatif spécial. Les règles de l'arbitrage traditionnel et du droit commun posent plusieurs complexités d'application relatives, entre autres, à la preuve de la clause d'arbitrage stipulée sur un contrat électronique et à la preuve de la signature électronique des arbitres apposée sur la sentence rendue en ligne.

Si les parties sont libres de recourir à l'arbitrage en ligne, toute la difficulté commence lorsque l'une d'elle refuse d'exécuter la sentence produite en ligne, c'est-à-dire, sur support numérique. Les législateurs n'ont pas prévu des dispositions propres à l'exéquat de cette forme d'arbitrage, dès lors, il faut s'interroger sur les solutions qu'ordonne le législateur pour exiger l'exécution des sentences de l'arbitrage électronique.

La réponse à une telle interrogation paraît difficile face à la multitude des difficultés rencontrées.

## **II - Principales difficultés relatives à l'exéquat des sentences de l'arbitrage électronique**

L'efficacité de toute sentence arbitrale est jugée à travers sa mise en exécution soit en cours de procédure par l'autorisation de mesures conservatoires ou provisoires, soit à l'issue de la procédure d'exéquat lui assurant une exécution définitive.

En principe, les sentences arbitrales s'exécutent volontairement, sans besoin de recourir aux procédés judiciaires d'exécution forcée de la justice étatique.

Toutefois, l'arrivée de l'arbitrage électronique est susceptible de bouleverser les équilibres déjà établis entre l'arbitrage et les juridictions étatiques. Si le cyber arbitrage s'adapte parfaitement aux litiges sur Internet, il n'en demeure pas moins que les sentences rendues dans ce cadre se trouvent parfois bloquées pour défaut d'exécution. Les difficultés relatives à la reconnaissance et à l'exécution desdites sentences se rapportent dans la plupart des cas à la contestation de l'arbitrabilité du litige (1) mais aussi et surtout à la preuve électronique (2).

### **1 - Contestation de l'arbitrabilité du litige**

La sentence arbitrale a toujours été traitée avec méfiance. Elle est considérée par une partie de la doctrine comme étant un corps étranger qui doit être bien examiné selon des procédures particulières avant de bénéficier d'un «visa» à l'espace juridique où son exécution est souhaitée.

La Convention de New York dans son article V prévoit limitativement sept moyens non cumulatifs autour desquels doit s'exercer le contrôle de l'aptitude des

sentences arbitrales étrangères à l'obtention de l'exequatur. Parmi les sept moyens de fond prévus, figure en premier lieu le défaut de validité de la convention d'arbitrage qui peut être directement invoqués par la partie hostile à l'exequatur et souhaitant l'annulation de la sentence.

Motulsky souligne que «L'arbitrage suppose un équilibre des forces et que partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie». Or, les rapports entre professionnel et consommateur s'avèrent, dans plusieurs cas, déséquilibrés, notamment lorsqu'il s'agit des contrats conclus de manière électronique. Le consommateur, toujours considéré comme une partie faible, se trouve souvent amené à donner un consentement hâtif par un simple clic, sans se soucier des conséquences que peut induire un tel geste, notamment lorsqu'il consent à une clause compromissoire. Mais il arrive aussi que ce même consommateur soit une personne avisée qui agit en connaissance de cause et ne produit son consentement qu'après avoir bien lu les termes de la convention ou de la clause qui renvoie à l'arbitrage électronique. Peut-on dans ce cas admettre la faiblesse du consommateur?

C'est ainsi que dans le cadre de l'arbitrage électronique, certaines pratiques abusives peuvent être utilisées par des consommateurs mal intentionnés dans le simple but de bloquer la décision d'exécution et d'annuler la sentence arbitrale. Les difficultés qui s'en suivent sont d'autant plus complexes que les pays dans lesquels l'exequatur peut être demandé peuvent se multiplier.

En fait, la principale difficulté se rapporte au déséquilibre contractuel qui peut amener une partie à contester la validité de l'arbitrage qui n'était pas en sa faveur. Il en est ainsi des rapports entre un professionnel et un consommateur dont le consentement hâtif par un simple clic, peut amener ce dernier à revenir sur son consentement, par application du fameux droit de rétractation.

D'ailleurs, l'article 18 al.17 de la loi n° 31-08 considère comme clauses abusives celles qui ont pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

Une telle réglementation impose la charge de la preuve au professionnel qui doit présenter la preuve du caractère non abusif de la convention d'arbitrage, sinon les juges seront amenés à prononcer la nullité de toute convention qui impose au consommateur de recourir à la seule voie de l'arbitrage, notamment celui réalisé de manière électronique.

Cependant, il faut souligner que la jurisprudence a depuis longtemps distinguer entre les contrats internationaux et ceux nationaux pour juger de la validité d'une

clause ou d'une convention d'arbitrage. En France, la Cour de cassation, dans un litige opposant un commerçant étranger et un consommateur français, avait conclu dans un litige qui met en cause des intérêts du commerce international, au sens de l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile «le contrat par lequel un particulier passe commande d'un véhicule à un constructeur étranger, aux termes d'une convention signée par l'acheteur et comportant stipulation claire et lisible d'une clause d'arbitrage à l'étranger, une telle convention réalisant un transfert de bien et de fonds entre la France et l'étranger, peu important dans ces circonstances que l'achat fût destiné à la consommation personnelle de l'acheteur. Dès lors, c'est à bon droit que les juges du fond déclarent que la clause compromissoire doit recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartient aux arbitres de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige. »

Il en découle que la clause compromissoire insérée dans un contrat à caractère international ne peut être considérée comme abusive et que les règles protectrices du consommateur ne sont applicables que lorsque les intérêts se rapportent à un contrat national. Toutefois, il ne s'agit pas d'une règle absolue, dès lors qu'il s'agit de protéger le salarié dans un contrat de travail international.

Aux Etats unies, la justice s'est montrée plus courageuse en faveur de la validité d'une clause compromissoire dans un contrat conclu en ligne pour la simple condition que le consommateur soit avisé et qu'il lui est possible de consulter les clauses contractuelles à travers un lien hypertexte.

Dans ces conditions, on peut conclure que le juge étatique doit se limiter à contrôler l'arbitrabilité du litige au caractère manifestement nul de la clause compromissoire ou de la conformité à l'ordre public.

## 2 - Contestation de la preuve électronique

Pour rappel, l'article 313 du Code de procédure civile dispose d'ailleurs en ces termes: «la convention d'arbitrage doit toujours être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous seing-privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal arbitral choisi.»

De son côté, l'article 31 §1 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international impose que la sentence soit «rendue par écrit et signée par le ou les arbitres». La Convention de New York, quant à elle, exige dans son article IV, pour obtenir la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, que le demandeur produise l'original de la sentence et/ou de la convention d'arbitrage dûment authentifiés ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité.

Cependant, dans le domaine électronique, la notion d'original et de copie se confondent puisque la possibilité de duplication est illimitée. La théorie de l'équivalent fonctionnel permet de considérer que tous les exemplaires électroniques sont des originaux. Autrement dit, à l'ère de l'électronique la notion d'écrit s'apprête à une définition très large: elle inclut l'écrit classique (acte authentique ou acte sous seing privé), ainsi que les formes nouvelles confectionnées dans le monde immatériel de l'informatique.

Certes le législateur marocain a, depuis la promulgation de la loi 53-05, définitivement entériné l'écrit électronique et sa signature sous réserve du respect de certaines conditions posées par ladite loi et son décret d'application. De ce fait, l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique mais aussi entre la signature électronique et la signature manuscrite se trouve bien établie. Mais, les juges étatiques témoignent toujours d'une certaine réticence à l'égard des preuves électroniques.

Nonobstant, la preuve électronique soulève des difficultés relatives, en particulier, à l'authentification, à l'intégrité mais aussi et surtout à sa durabilité et sa fragilité devant la grande vitesse avec laquelle évolue l'électronique et qui oblige de faire des migrations pour sauvegarder la lisibilité de tels procédés.

De même, pour l'exequatur d'une sentence basée sur une convention d'arbitrage non régie par le droit national, plusieurs questions demeurent posées : doit-on appliquer les règles de preuve du juge de l'exequatur ou celles du droit applicable à la convention d'arbitrage, ou plutôt les règles matérielles ou encore celles de la Convention de New York de 1958?

En application de ladite Convention de New York, l'exequatur peut être bloqué en faisant appel au principe de la réciprocité. Contrairement aux stades antérieurs, pour lesquels une législation ou une réglementation spécifique n'est pas nécessaire puisque les règles générales suffisent, l'exequatur, en particulier, requiert la détermination du lieu de l'arbitrage, or la majorité des droits nationaux exigent la réciprocité pour l'octroi de l'exequatur.

Devant une telle situation, le juge d'exequatur sera amené à déterminer le pays d'origine de la sentence. Cependant, la sentence rendue en ligne est par définition une sentence non localisable, notamment au cas où l'arbitrage est assuré par un collège d'arbitres qui n'ont pas tenu de réunion physique et n'ont pas signé la sentence au même endroit. A cet égard, KAUFMANN-KOLHER avait souligné que «le siège de l'arbitrage tend à devenir une fiction, sans lien matériel nécessaire avec le territoire sur lequel les opérations arbitrales se déroulent», ce qui correspond parfaitement à l'arbitrage électronique.

Certes, plusieurs solutions ont été proposées par la doctrine pour résoudre une telle problématique. C'est ainsi qu'en cas d'arbitrage institutionnel, ce qui est le

cas de la majorité des arbitrages 100% en ligne, l'on peut réputer que la sentence est rendue au siège de l'institution. Alors que, dans le cas d'un arbitrage ad hoc, la doctrine propose de retenir le lieu de la situation du serveur (théorie «serveur lex loci»), même s'il est clair que c'est un rattachement artificiel et souvent illogique. C'est pourquoi, d'autres auteurs proposent le lieu de signature du dernier arbitre, empruntant, de ce fait, les règles de signature des contrats. En somme, on peut dire que le juge ne peut contrôler l'arbitrabilité du litige qu'à travers les règles de la compétence ratione loci et la loi du For.

La notification de la sentence électronique a aussi posé plusieurs problématiques relatives entre autres à la date de réception et au délai à partir duquel la voie de recours commence à courir. A cet égard, la Cour d'appel de Paris a jugé, en 2008 que l'envoi de la sentence par voie électronique, même non signée, avant l'expiration du délai d'arbitrage valait notification valable de celle-ci.

Aujourd'hui, plusieurs plateformes permettent un accès instantané aux différents documents grâce à des moyens de communication toujours plus performants. Ces plateformes permettent de consulter les sentences arbitrales et de télécharger des copies pour des besoins d'exéquatur avec une grande marge de sécurité quant à la confidentialité et l'intégrité des documents. Toutefois, nous restons persuadés que la technologie ne pourra jamais remplacer les réunions physiques, qui resteront un moment privilégié pour entendre les témoins et les experts.

De son côté, L'ICANN a résolu les problèmes de l'exéquatur de manière radicale: les sentences arbitrales sont directement exécutées par l'attribution du nom de domaine par l'ICANN elle-même au bénéficiaire de la sentence. Toutefois, si une telle solution paraît efficace dans le contentieux relatif aux noms de domaine, elle ne peut être généralisée, et ne peut s'appliquer aux sentences comportant une condamnation au paiement de sommes d'argent ou portant sur des biens sur lesquels l'institution d'arbitrage ou l'institution à laquelle l'organe arbitral est rattaché n'a aucun pouvoir.

## Conclusion

Une chose est sûre, si l'arbitrage électronique fait appel à l'environnement technique et à l'environnement juridique, et que le processus peut apparaître à première vue complexe, il en est autrement, étant donné que toutes les problématiques techniques et juridiques traitées ne sont pas insurmontables.

Malgré toutes ces difficultés relatives à l'exéquatur des sentences arbitrales rendue de manière dématérialisée, le cyber arbitrage promet un bel avenir vu les avantages qu'il propose en comparaison avec son homologue traditionnel.

On peut affirmer que la pratique montre que les tribunaux nationaux appliquent à la fois les lois nationales et la Convention de New York de 1958 en ce qui concerne l'application des conventions d'arbitrage en ligne. Dans ce cadre, le juge d'exequatur est appelé à appliquer les dispositions des lois nationales sur l'arbitrage de manière libérale. À ce titre, il doit encourager l'adoption d'un régime judiciaire plus libéral en faveur de l'exécution des sentences arbitrales en ligne et des accords d'arbitrage en ligne.

Le législateur marocain devra, de son côté, jouer un rôle important en incorporant dans le projet de loi sur l'arbitrage et la médiation (loi 95-17) des dispositions qui faciliteront le recours à l'arbitrage en ligne.



# دراسات وأبحاث



## Les évolutions des statuts des agents publics durant la phase de transition politique en Tunisie (2011-2015)

Écrit par: **Khalil FENDRI**

*Professeur de l'enseignement supérieur*

*Faculté de Droit de Sfax*

*(Université de Sfax)*

### Introduction

Le droit de la fonction est l'une des rares disciplines juridiques ayant connu une évolution d'une ampleur considérable durant la période transitoire<sup>1</sup>. Divers secteurs d'activité de service public ont été affectés par cette évolution, qu'ils soient des services publics de souveraineté, telles que la justice, les forces de sécurité intérieure, la douane, des services publics de prestations, dont notamment l'éducation, l'enseignement supérieur, la recherche scientifique, la culture, ou des services publics de contrôle, tels que le contrôle économique, le contrôle des services publics et le contrôle des dépenses publiques.

L'évolution n'est pas uniquement perceptible en qualité, c'est-à-dire en termes d'objet de service public, mais aussi en quantité, c'est-à-dire en nombre de statuts visés par le mouvement de l'évolution du droit statutaire. Se présentant, en effet, en nombre élevé, les statuts ont évolué à un rythme soutenu, accéléré, qui caractérise la période transitoire, exprimant ainsi les mutations qu'a connu le droit de la fonction publique. Leur étude impose qu'on cerne d'abord la notion de mutations, la notion de période transitoire et la notion de statuts de la fonction publique, avant de mettre l'accent sur les différents problèmes que posent ces mutations.

Evoquant les changements, les évolutions et les conversions, les mutations des statuts de la fonction publique constituent une manifestation des mouvements du droit, de son évolution. En effet, la permanence de la règle de droit, comme règle de conduite juridique, n'est jamais synonyme de stagnation. La règle de droit, qui encadre juridiquement les rapports entre les sujets de droit et assure une régulation sociale, doit évoluer au vu de l'évolution de la société et des rapports entre ces sujets

---

1. Parmi les disciplines juridiques ayant connu une évolution notoire durant la période transitoire, on peut citer la législation relative à la matière des libertés publiques et des droits de l'Homme.

de droit. Cette permanence ne signifie nullement que la règle de droit est perpétuelle, elle ne signifie pas, non plus, que sa durée est indéterminée, mais elle sous-entend que la règle de droit durera jusqu'à un prochain changement.

Quant à la période transitoire, elle correspond à une phase intermédiaire entre deux régimes politiques. Elle prépare le passage d'un régime à un autre. En Tunisie, cette phase couvre la période séparant la chute du régime de l'ex président de la République M. Ben Ali et la mise en place des derniers organes du pouvoir exécutif, à savoir le gouvernement, suite à l'élection du nouveau président de la République M. Caïd Essebsi. Elle correspond, plus exactement, à la période allant du 14 janvier 2011 jusqu'à la veille du 6 février 2015, date du décret présidentiel désignant M. Essid comme chef du gouvernement<sup>2</sup>. Durant cette période, l'organisation des pouvoirs publics et les institutions de l'Etat étaient provisoires. Les pouvoirs publics en place ne pouvaient pas concevoir une politique à moyen et à long terme, notamment en matière de fonction publique. Cette donne était saisie par les syndicats professionnels des agents publics pour contraindre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif à agir dans le sens recherché par ces syndicats, usant des différents moyens pour atteindre cet objectif au détriment de la continuité du service public<sup>3</sup>, telles que les grèves répétitives, les sit-in devant le siège de l'Assemblée nationale constituante, les communiqués de presse et tant d'autres moyens tendant à contraindre les pouvoirs publics à donner suite à leurs réclamations syndicales statutaires.

La dégradation de l'autorité de l'Etat a été donc saisie par certains syndicats des agents publics qui ont fini par exercer une puissance contre la puissance de l'Etat, pour amener les pouvoirs publics à revoir les statuts, généraux soient-ils ou particuliers, de la fonction publique qui ne leur convient plus. Seules quelques modifications statutaires ont été l'œuvre des pouvoirs publics à l'exclusion d'une organisation syndicale quelconque<sup>4</sup>.

Les statuts généraux sont l'ensemble des règles juridiques ayant la forme d'une loi qui encadrent la relation professionnelle entre les agents publics et leur employeur administration publique. Cette relation suppose des garanties et des obligations

2. Voir décret présidentiel n° 2015-35 du 6 février 2015, JORT n° 12 du 10 février 2015, pp. 428-429.

3. Il convient de signaler que la jurisprudence du Tribunal administratif est établie sur la conciliation entre la reconnaissance du droit de grève aux agents publics et la garantie de la continuité des services publics. Voir Tribunal administratif, REP, requête n° 1153, jugement du 18 avril 1986, Néji Gharbi c/ ministre des Communications, inédit ; REP, requête n° 1195, jugement du 27 mars 1987, Moncef Aridhi c/ ministre des Communications, recueil 1985/86/87, pp. 344 et s. ; REP, requête n° 1655, jugement du 2 mai 1990, Mohamed Snoussi c/ ministre de l'Education, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique, recueil 1988/89/90, pp. 350 et s.

4. On peut citer, à cet égard, la modification du statut des membres de la Cour des comptes.

réciroques<sup>5</sup>. Les statuts particuliers sont formés, quant à eux, de l'ensemble des règles juridiques qui prennent la forme d'un décret et dont l'objet consiste à régir un corps déterminé d'agents publics par des règles communes à ce corps, en application d'un statut général, soit en s'y conformant, soit en y dérogeant.

La soumission des agents publics, spécialement des fonctionnaires, aux statuts généraux et aux statuts particuliers implique que ces fonctionnaires sont, vis-à-vis de l'administration, dans une situation légale et réglementaire de droit public<sup>6</sup>. Cette situation découle du système de la carrière, dans la mesure où elle constitue l'une des garanties du fonctionnaire et l'un des prolongements du principe de la mutabilité du service public<sup>7</sup>. Toute modification du fonctionnement du service public ou de son organisation peut amener le titulaire du pouvoir exécutif à modifier le statut particulier des fonctionnaires concernés, sans qu'ils ne puissent lui opposer le maintien des anciens statuts<sup>8</sup>.

Or, c'est au niveau de l'exercice du droit syndical, durant la période transitoire spécialement, que la situation légale et réglementaire du fonctionnaire trouve tout son intérêt. Les mutations statutaires, aussi importantes en nombre et en contenu durant la période transitoire, étaient concomitantes aux réclamations syndicales et à la concertation entre les syndicats des fonctionnaires et l'administration employeur<sup>9</sup>. Ces mutations étaient-elles animées par le principe de l'adaptabilité des services publics ? Étaient-elles animées par un souci de modernisation de la gestion des ressources humaines des administrations publiques dans le cadre du management

5. Ben Romdhane (S.), « La structure du droit de la fonction publique en Tunisie : statut général de la fonction publique », in *La fonction publique aujourd'hui : le statut général de la fonction publique vingt cinq ans après*, ouvrage collectif sous la direction du professeur Mohamed Salah Ben Aïssa, Tunis, CPU, 2009, p. 23.

6. A ce propos, l'alinéa 1er de l'article 16 de la loi n° 83-112 portant statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif dispose que « Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire ».

7. Chapus (R.), *Droit administratif général*, Tome II, 14ème édition, Paris, Montchrestien, 2000, p. 64.

8. Aouij-Mrad (A.), *Droit des services publics*, Tunis, Ecole nationale d'administration, CREA, 1998, pp. 74 et s.

9. Voir sur la question de l'implication des organismes syndicaux dans la concertation et le processus de prise de possession : Saint-Jours (Y.), « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Droit Social*, 1975, pp. 227 et ss. ; Voisset (M.), « Concertation et contractualisation dans la fonction publique », *AJDA*, 1970, pp. 388 et ss. ; Bazex (M.), « Détermination unilatérale ou négociation », *Droit Social*, 1989, pp. 784 et ss. ; Jedidi (N.), « L'impact du management public sur l'administration publique en Tunisie », *RTD*, 2009, p. 237.

public<sup>10</sup> ? Etaient-elles, au contraire, animées par la satisfaction d'intérêts socio - professionnels ? Quelles seraient, en tout état de cause, la valeur et les effets juridiques des accords passés entre lesdits syndicats et l'autorité administrative durant la période transitoire, notamment eu égard à la situation légale et statutaire des fonctionnaires ?

L'ensemble de ces questions révèle combien la situation légale et réglementaire des fonctionnaires a pris de l'ampleur durant la période transitoire. Elle laisse apparaître que, comme l'exige cette situation, les accords conclus suite aux négociations sociales et à la concertation entre les deux partenaires, l'administration et les syndicats, ne valent pas juridiquement par eux-mêmes. Ils nécessitent qu'ils soient repris par les pouvoirs publics, notamment le pouvoir exécutif, à travers la modification, le complément ou le remplacement des statuts particuliers. C'est ce qui se vérifie, d'ailleurs, à travers les différentes mutations que ces statuts ont subies durant la période transitoire, suite parfois à des mouvements de contestations sociales appelant à intégrer les accords conclus entre les deux partenaires dans l'ordre juridique, et qui se sont superposées aux contestations tendant à contraindre le gouvernement à entériner les réclamations syndicales. Ce sont ces statuts qui, par leur valeur juridique, leur force obligatoire, modifieront l'ordonnancement juridique, faisant rarement suite à l'impératif de mutabilité du service public et, très souvent, aux réclamations syndicales.

L'étude du nombre des statuts modifiés ou/et complétés ou remplacés, par comparaison avec leur nombre durant la période pré transitoire égale en termes de temps à la période transitoire, de leur contenu et de leur apport, atteste que l'essentiel des mutations statutaires était dicté par des réclamations syndicales. En effet, si on rapporte lesdites mutations, en nombre et en contenu, à la réorganisation que les services publics ont subie durant la période transitoire (fusion de ministères, création de nouveaux ministères, suppression de ministères, création de nouveaux organes

---

10. Le professeur Ely Mustapha a défini le management public comme étant l'ensemble des « techniques de planification, de programmation et de contrôle, mais aussi d'impulsion et d'organisation qui, appliqués au processus de la gestion publique, vise à déterminer rigoureusement et à atteindre efficacement les objectifs de la collectivité publique sous contrainte de son environnement ». Mustapha (E.), Management des finances publiques, Tunis, Editions I.H.E., 2005, p. 5.

Ainsi défini, le management public repose sur la planification qui consiste à déterminer les différentes étapes à réaliser et la mise en œuvre des moyens nécessaires pour y parvenir ; la programmation qui nécessite la détermination des objectifs spécifiques et cohérents pour chaque administratif pour les faire évoluer ; le contrôle qui consiste à vérifier la régularité ou l'opportunité de l'action des organes subordonnés en vue d'assurer le bon fonctionnement des services publics ; l'organisation qui suppose une répartition claire des compétences ; et l'impulsion consistant en l'action susceptible de rendre le service public dynamique, évolutif.

Voir : Mustapha (E.), Ibid. ; Jedidi (N.), Article précité, p. 230.

administratifs... etc.), on s'aperçoit que, rarement, ces mutations statutaires y font suite<sup>11</sup> et que, au contraire, l'essentiel des mutations porte sur les avantages inhérents à la carrière, dont notamment la promotion.

Les mutations que les statuts de la fonction publique ont subies, durant la période transitoire, ont fini par compliquer davantage le droit de la fonction publique, d'autant plus que la précipitation dans l'édiction des changements statutaires, souvent sous l'impulsion de la pression de l'action syndicale et des impératifs de la bonne marche et de la continuité des services publics, ont préjudicié la qualité des nouvelles dispositions statutaires, à un point tel que certaines dispositions statutaires, récemment modifiées durant la période transitoire, ont dû être revues durant la même période, attestant ainsi de l'improvisation des pouvoirs publics.

Cette improvisation révèle que, durant la période transitoire, les pouvoirs publics n'avaient pas de politique claire et cohérente à moyen et à long terme relativement à l'organisation et à la gestion des services publics gérés par l'administration, ce qui exige une amélioration des méthodes de gestion des ressources humaines des administrations publiques. Ces pouvoirs publics ont entrepris une œuvre de changements statutaires intenses, dictées, souvent, par la conjoncture et la pression syndicale. Cette œuvre s'est traduite par des mutations par accroissement des éléments du cadre juridique du droit de la fonction publique (I) et des mutations par complexification des dispositions statutaires du droit de la fonction publique (II).

## **I - Des mutations par accroissement des éléments du cadre juridique du droit de la fonction publique**

Les mutations du cadre juridique du droit de la fonction publique, qui se manifestent à travers l'accroissement des éléments composant son cadre juridique, intéressent les lois et les décrets réglementaires qui déterminent les éléments de la situation légale et réglementaire statutaire des fonctionnaires vis-à-vis de leur administration. Ces lois et décrets ont fixé les catégories des statuts (A) et les corps visés par les mutations (B).

11. Ainsi peut-on citer le décret n° 2013-5093 du 22 novembre 2013 relatif au comité du contrôle d'Etat relevant de la présidence du gouvernement et fixant le statut particulier de ses membres, JORT n° 100 du 17 décembre 2013, pp. 3484 et ss. Ce décret a créé ce corps de contrôle suite à l'organisation du comité du contrôle d'Etat placé sous l'autorité du chef du gouvernement. On peut aussi citer le décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, portant création de la haute instance de la commande publique et fixant le statut particulier aux membres du corps des contrôleurs et réviseurs de la commande publique relevant de la présidence du gouvernement, JORT n° 100 du 17 décembre 2013, pp. 3494 et ss. Ce décret a organisé ce corps suite à la création, au sein de la présidence du gouvernement, de la haute instance de la commande publique.

## A - Les mutations des catégories des statuts

Les éléments composant le cadre juridique régissant les statuts de la fonction publique ont marqué une nette évolution durant la période transitoire. On mettra, ici, l'accent sur l'importance des interventions des pouvoirs publics aboutissant à cette évolution avant d'analyser leurs méthodes.

S'agissant, en premier lieu, de l'importance des interventions des pouvoirs publics, la comparaison entre l'intensité de l'évolution du cadre juridique desdits statuts avant la phase transitoire avec l'intensité de son évolution durant la phase transitoire permet de mettre l'accent sur l'envergure de cette évolution, aussi bien au regard des statuts généraux qu'au regard des statuts particuliers.

Ainsi, si l'on compare le nombre des statuts généraux ayant été modifiés, complétés ou adoptés durant les quatre années précédant la période transitoire, soit les années de 2007 à 2010, période égale en termes de temps à la période transitoire, on relèvera que seuls le statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif et le statut général des militaires ont été modifiés et complétés respectivement en 2007<sup>12</sup> et en 2009<sup>13</sup>, ce qui témoigne, dores et déjà, d'une certaine stabilité du cadre législatif régissant le droit de la fonction publique.

Mais, cette stabilité des statuts généraux qui a caractérisé la période 2007-2010 a été biaisée durant la période transitoire, où le titulaire du pouvoir législatif a procédé à l'adoption d'un nouveau statut général autonome qui s'est ajouté aux anciens statuts<sup>14</sup>, de même qu'il a modifié et complété certains statuts généraux autonomes à six reprises. Ainsi en est-il du statut général des forces de sécurité intérieure<sup>15</sup>, du statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif<sup>16</sup>, du statut des membres de la

12. Voir article 34 de la loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique. Cet article a modifié et complété l'article 50 (bis) de la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983, portant statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif. JORT n° 104 du 28 décembre 2007, pp. 4337-4356.

13. Voir loi n° 2009-47 du 8 juillet 2009 modifiant et complétant la loi n° 67-20 du 31 mai 1976, portant statut général des militaires. JORT n° 55 du 10 juillet 2009, pp. 1845-1846.

14. Voir décret-loi n° 2011-70 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation de la justice militaire et au statut des magistrats militaires. JORT n° 56 du 29 juillet 2011, pp. 1319-1325.

15. Voir décret-loi n° 2011-42 du 25 mai 2011 modifiant et complétant la loi n° 82-70 du 6 août 1982. JORT n° 39 du 31 mai 2011, p. 805.

16. Voir décret-loi n° 2011-89 du 23 septembre 2011 complétant la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983, JORT n° 74 du 30 septembre 2011, p. 2001 (disponible en version arabe uniquement).

Cour des comptes<sup>17</sup>, du statut de la magistrature<sup>18</sup> et du statut général des agents des douanes<sup>19</sup>.

Les statuts particuliers n'ont pas été, non plus, à l'abri de l'instabilité qui a caractérisé les statuts généraux. Si, en effet, les interventions sur les statuts particuliers ont évolué à un rythme moyen de sept statuts par année durant les quatre années précédant la période transitoire<sup>20</sup>, leur cadre réglementaire a connu, au contraire, une évolution remarquable durant la période transitoire, spécialement au cours des années 2012-2014. Ainsi, on peut relever que, hormis l'année 2011, où le mouvement syndical et les contestations socio professionnelles appelant à la révision des statuts particuliers ou à leur refonte n'ont pas encore abouti à une concrétisation juridique, l'année 2012 a connu une évolution en nombre d'interventions sur les statuts. Leur nombre est, en effet, passé à 12 interventions. Cette évolution est encore plus nette durant les deux années 2013 et 2014, où l'évolution a touché respectivement 22 et 21 interventions sur les statuts particuliers.

Il en est résulté qu'on est passé d'un total de 30 interventions sur les statuts particuliers revus durant les années 2007-2010 à un total de 60 interventions sur les statuts particuliers au titre de la période transitoire, soit le double du nombre enregistré durant la période pré transitoire. Les pics enregistrés au niveau des deux années 2013 et 2014 ont frôlé le triple de la moyenne des années 2007-2010, ce qui peut s'expliquer, d'une part, par l'aboutissement des négociations entreprises entre les syndicats et le gouvernement à partir de l'année 2011 et, d'autre part, par « l'effet domino » ou les réactions en chaîne<sup>21</sup> résultant des révisions ou refontes apportées aux statuts particuliers durant les deux années 2011 et 2012, puisque la modification ou la refonte d'un statut entraîne, forcément, l'appel à la modification ou à la refonte d'un autre statut.

Ce sont, spécialement, les gouvernements de MM. Ali Larayedh et Mehdi Jomâa qui ont connu ces deux pics de révisions et refontes des statuts particuliers. En effet,

17. Voir décret-loi n° 2011-90 du 29 septembre 2011 modifiant le décret-loi n° 70-6 du 26 septembre 1970. JORT n° 74 du 30 septembre 2011, pp. 2001-2002 (disponible en version arabe uniquement).

18. Voir loi organique n° 2012-13 du 4 août 2012 modifiant la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967, JORT n° 62 du 7 août 2012, p. 1820 ; et loi organique n° 2013-13 du 2 mai 2013 relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, JORT n° 37 du 7 mai 2013.

19. Voir loi organique n° 2013-28 du 30 juillet 2013, modifiant et complétant la loi n° 95-46 du 15 mai 1995. JORT n° 62 du 2 août 2013, p. 2300.

20. Le dépouillement des différents numéros du journal officiel pour les années de 2007 à 2010 a permis de dégager que l'évolution des statuts particuliers a touché sept statuts par année, à l'exception de l'année 2009 où l'évolution a touché 9 statuts particuliers.

21. Voir sur l'effet d'une réforme touchant un service public sur les autres services publics : Auby (J.-F.), *Management public, Introduction générale*, Paris, Sirey, 1996, p. 113.

et sans compter les deux statuts particuliers revus par le président provisoire de la République M. Marzougui, les statuts particuliers n'ont été revus qu'à 5 reprises sous la présidence de M. Fouad Mebazaa, président de la République sous l'empire du décret-loi du 23 mars 2011 relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, alors que sous la présidence de M. Hamadi Jebali, premier chef du gouvernement provisoire suite à l'adoption de la loi constitutive du 16 décembre 2011 et au changement du système politique tunisien<sup>22</sup>, les statuts particuliers n'ont été revus qu'à 14 reprises. Ces statuts ont été revus à 23 reprises sous la présidence de M. Ali Larayedh et à 16 reprises sous la présidence de M. Mehdi Jomaa, ce qui, en soi même, ne modifie en rien l'ordre de l'intensité de ces révisions et refontes, tenant compte de la période assurée par le président de la République M. Mebazaa et les trois chefs de gouvernement titulaires du pouvoir réglementaire en application de la loi constitutive sus-indiquée<sup>23</sup>.

Le taux élevé des interventions sur les statuts particuliers revus, aussi bien par leur modification que leur remplacement par de nouveaux statuts, quand le parti « Ennahdha » était en tête des partis politiques au pouvoir, peut témoigner du volume des concessions et sacrifices consentis par ce parti politique exerçant le pouvoir, cédant ainsi devant les actions syndicales. Or, il est légitime de se demander si ces concessions n'étaient pas animées par la recherche du gain de confiance des syndicats et des corps visés par les révisions des statuts ou leur remplacement par d'autres statuts, ce qui facilite la maîtrise de ces corps et, par là même, la maîtrise de l'administration, instrument d'action du gouvernement dirigé essentiellement et

22. M'rad (H.), « Choix du régime politique, modération du pouvoir et libertés dans la nouvelle constitution », in Gouvernement de coalition et enjeux politiques, IIIèmes conférences de l'Association tunisienne d'études politiques, Tunis, 2012, pp. 98 et s.

23. Le président de la République M. Fouad Mebazaa a été chargé des fonctions de la présidence le 15 janvier 2011 en vertu de la décision du Conseil constitutionnel datant du même jour, laquelle présidence a pris fin par l'élection du nouveau président de la République provisoire M. Moncef Marzougui le 13 décembre 2011, soit une période de 332 jours.

Le chef du gouvernement M. Hamadi Jebali a pris ses fonctions par un arrêté républicain datant du 24 décembre 2011. Ses fonctions ont pris fin le 13 mars 2013, ce qui ramène sa présidence à 446 jours. Son successeur, M. Ali Larayedh, a pris ses fonctions par arrêté républicain datant du 14 mars 2013. Il a été mis fin à ses fonctions le 28 janvier 2014, ce qui ramène sa présidence à une période de 293 jours. Enfin, M. Mehdi Jomaa a été chargé des fonctions de la présidence du gouvernement par arrêté républicain datant du 29 janvier 2014. Sa présidence a duré jusqu'au 5 février 2014, soit une période de 373 jours.

Tenant compte de la durée de présidence de chacun des titulaires du pouvoir réglementaire d'une part, et du nombre des statuts modifiés ou refondus d'autre part, on peut affirmer qu'en moyenne, un statut est modifié ou refondu tous les 13 jours sous la présidence de M. Larayedh, un statut est modifié ou refondu tous les 21 jours sous la présidence de M. Jomaa, un statut est modifié ou refondu tous les 32 jours sous la présidence de M. Jebali, et tous les 66 jours sous la présidence de M. Mebazaa.

majoritairement par le parti « Ennahdha ». Ce parti ne cherchait-il pas à s'accaparer de l'administration en cherchant la confiance de son personnel, et donc en agissant sur la base, et non sur le sommet de la hiérarchie<sup>24</sup> ?

Ces choix politiques du pouvoir exécutif ne sauraient servir la modernisation de la gestion des ressources humaines des administrations publiques, et ce, dans la mesure où la modernisation suppose la réduction des statuts et, par voie de conséquence, la réduction des spécificités, pour une gestion souple, efficace et performante. En effet, la multiplicité du nombre des statuts ne fait que compliquer la tâche du chef de l'administration, notamment au niveau de la mobilité entre les différents statuts, ce qui marginalise la recherche de la performance de l'administration publique qui se superpose à l'absence d'objectifs clairs et cohérents qui pourraient expliquer ces mutations<sup>25</sup>.

S'agissant, par ailleurs, des méthodes d'intervention des pouvoirs publics, le pouvoir exécutif est intervenu, durant la période transitoire, sur les statuts particuliers moyennant trois méthodes d'action. La première, la moins radicale, a consisté à modifier les décrets réglementaires portant statuts particuliers et à les compléter. La seconde, moyennement radicale, a consisté à abroger les décrets réglementaires portant statuts particuliers pour les remplacer par de nouveaux statuts. La troisième, la plus radicale, a consisté à désintégrer des statuts particuliers relatifs à certains corps communs pour donner naissance à de nouveaux statuts particuliers qui leur sont parallèles.

D'abord, les statuts modifiés ou/et complétés représentent la moitié des statuts particuliers ciblés. En effet, sur les 60 statuts particuliers visés par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire, 32 statuts ont été modifiés ou/et complétés (soit un taux de 53%)<sup>26</sup>, alors que durant les quatre années précédant la période transitoire, le nombre des statuts particuliers modifiés ou/et complétés était moins

24. Voir sur la politisation de l'administration : Barette (M.), Dion (S.), Fortmann (M.) et Gour (J.-L.), Introduction à l'administration publique : une approche politique, Canada, Gaëtan Morin éditeur, 1987 ; Stahlberg (K.), « La politisation de l'administration publique : réflexions sur le concept, les causes et les conséquences de la politisation », in RISA, volume 53, 1987, pp. 423-446 ; M'rad (H.), « Le système de parti ultra-dominant en Tunisie », in Mélanges offerts au doyen Abdelfattah Amor, Tunis, CPU, 2005, pp. 739 et 740 ; Jerad (R.), « De l'institutionnalisation de la neutralité politique de l'administration en Tunisie », in Violence politique, VIèmes Conférences de l'Association tunisienne d'études politiques, Tunis, 2014, pp. 103-146.

25. Voir sur la recherche de la performance dans le service public : Ben Turkia (M.), Le management public, Tunis, Ecole nationale d'administration, CREA, 1992, pp. 122 et s.

26. Ainsi, 5 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2011 ; 8 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2012 ; 8 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2013 et 11 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2014.

important, puisqu'il s'élevait à 22 statuts sur un total de 30, mais avec un taux plus élevé, puisque le nombre des statuts ciblés par le pouvoir exécutif était réduit à la moitié (c'est-à-dire 30 statuts, soit un taux de 73%)<sup>27</sup>.

Ensuite, les décrets abrogés et remplacés par des décrets portant nouveaux statuts représentent le tiers des statuts particuliers ciblés. Sur les 60 statuts particuliers visés par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire, 20 statuts ont été abrogés et remplacés par de nouveaux statuts particuliers (soit un taux de 33,9%)<sup>28</sup>, alors que durant les quatre années précédant la période transitoire, seuls 8 statuts particuliers ont été abrogés et remplacés par de nouveaux statuts (soit un taux de 26,6%)<sup>29</sup>.

Enfin, les statuts désintégrés, laissant émerger de nouveaux statuts parallèles aux statuts particuliers conformes d'où ils se sont détachés, ne représentent qu'une part minime des statuts particuliers ciblés par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire. En effet, seuls 8 statuts particuliers parmi les 59 statuts objet de la présente étude se sont détachés de leurs statuts d'origine, sans pour autant que lesdits statuts d'origine ne soient abrogés, ce qui a fini par multiplier, parfois inutilement, les statuts particuliers conformes et compliquer davantage le paysage de la fonction publique et le système de la carrière, alors qu'il était recommandé de réduire le nombre desdits statuts, entièrement comparables<sup>30</sup>. Loin d'être justifiée par l'adaptabilité du service public, dans la mesure où les dispositions substantielles des nouveaux statuts sont identiques aux dispositions des statuts d'où ils émergent, cette méthode d'intervention ne semble pas participer de la modernisation de la gestion des ressources humaines qui s'appuie sur la réunion des statuts comparables en un même statut en vue de faciliter notamment la valorisation des connaissances et des compétences et de favoriser la mobilité des agents publics suffisamment expérimentés en matière d'encadrement, de direction et de contrôle, en vue de transmettre cette expérience aux services des autres administrations publiques.

27. Ainsi, 6 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2007 ; 5 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2008 ; 8 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2009 et 3 statuts particuliers ont été modifiés ou/et complétés en 2010.

28. Ainsi, 3 statuts particuliers ont été remplacés en 2012 ; 8 statuts particuliers ont été remplacés en 2013 et 9 statuts particuliers ont été remplacés en 2014.

29. Ainsi, 1 statut particulier a été remplacé en 2007 ; 2 statuts particuliers ont été remplacés en 2008 ; 1 statut particulier a été remplacé en 2009 et 4 statuts particuliers ont été remplacés en 2010.

30. Le redéploiement des emplois entre les différents départements du service public nécessite l'adoption d'une politique de fusion des statuts en des statuts interministériels. Voir : Rojot (J.), « Gestion des ressources humaines dans le secteur public dans les pays en développement », RFFP, n° 111, Septembre 2010, p. 244.

Mais l'évolution que les statuts ont connue ne se vérifie pas uniquement en comparant son intensité durant la période transitoire à son intensité durant les quatre années précédant ladite période. Elle se vérifie aussi en étudiant l'évolution des mêmes statuts durant la même période transitoire.

En effet, certains statuts de la fonction publique ayant subi une première action du pouvoir exécutif pendant la période transitoire n'ont pas été épargnés d'autres interventions durant la même période, ce qui atteste de la pression exercée par les organismes syndicaux et de la précipitation du pouvoir exécutif dans son action aboutissant à l'évolution desdits statuts. De même, cela témoigne du caractère ponctuel de cette action, tendant ainsi à faire face à un problème immédiat sans qu'il n'y ait, forcément, une vision ou une politique globale du sens de cette évolution, et qui exprimerait, notamment, l'adaptabilité du service public, ce qui a fini par rendre instable la situation juridique des membres des corps régis par lesdits statuts.

Ainsi en est-il du statut particulier du corps des cadres et agents des prisons et de la rééducation qui a été modifié et complété à deux reprises, par deux décrets datant du même jour<sup>31</sup> ; du statut particulier des agents des services douaniers qui a subi deux modifications et compléments<sup>32</sup> ; du statut particulier des enseignants technologues qui a subi, durant la même période transitoire, trois modifications et compléments<sup>33</sup> ; du statut particulier du corps des surveillants généraux relevant du ministère de l'Education qui, nouvellement adopté en 2013, a été aussitôt modifié et complété en 2014<sup>34</sup> ainsi que du statut particulier du corps des surveillants exerçant dans les écoles préparatoires et les lycées relevant du ministère de l'Education qui, lui aussi nouvellement adopté en 2013, a fini par être modifié en 2014<sup>35</sup>. Il en est de même du statut particulier des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire qui, nouvellement réorganisé en 2012, a été modifié en 2014<sup>36</sup> ; du statut particulier du corps des personnels enseignants relevant du ministère de la Jeunesse, des Sports, de la Femme et de la Famille qui, réorganisé en 2014, a été modifié la même année,

31. Voir décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, JORT n° 38 du 15 mai 2012, pp. 867-875 et décret n° 2012-383 du 5 mai 2012, JORT n° 40 du 22 mai 2012, pp. 1196-1197.

32. Voir décret n° 2013-1401 du 22 avril 2013, JORT n° 34 du 26 avril 2013, pp. 1307-1311 et décret n° 2013-4651 du 2 décembre 2013, JORT n° 96 du 3 décembre 2013, pp. 3324-3325.

33. Voir décret n° 2011-620 du 23 mai 2011, JORT n° 38 du 27 mai 2011, p. 788 ; décret n° 2012-1718 du 4 septembre 2012, JORT n° 73 du 14 septembre 2012, p. 2140 et décret n° 2013-4509 du 8 novembre 2013, JORT n° 91 du 15 novembre 2013, pp. 3189-3190.

34. Voir décret n° 2014-1461 du 22 avril 2014, JORT n° 36 du 6 mai 2014, pp. 1080-1083.

35. Voir décret n° 2014-1546 du 30 avril 2014, JORT n° 38 du 13 mai 2014, pp. 1164-1165.

36. Voir décret n° 2014-3609 du 3 octobre 2014, JORT n° 82 du 10 octobre 2014, pp. 2650-2651.

5 mois plus tard<sup>37</sup> et du statut particulier du corps hospitalo-sanitaire militaire qui, nouvellement réorganisé en 2013, a été modifié en 2014<sup>38</sup>.

Les mutations ont ciblé divers corps de fonctionnaires, à l'exclusion des corps des autres catégories d'agents publics.

## **B - Les mutations des corps de fonctionnaires**

Le dépouillement des mouvements des corps ciblés durant la période transitoire démontre qu'il n'y aucun choix clair dans la détermination des secteurs d'activité dans lesquels lesdits corps opèrent. Au contraire, le pouvoir exécutif intervenait, par le biais des différentes méthodes d'action sus-indiquées, pour exercer son action sur des secteurs et corps divers, qui se détachent les uns des autres (enseignement, santé, contrôle...etc.). Parfois même, un secteur d'activité défini a subi diverses méthodes d'action. Ainsi, et pour ne prendre que le secteur du service public de l'enseignement, le pouvoir exécutif a procédé par modification ou/et complément, de même qu'il a procédé par abrogation et remplacement. C'est ce qui laisse penser que les mutations que ces corps ont connues ont été, souvent, imposées par la conjoncture, par l'action syndicale obligeant les pouvoirs publics à régler dans un certain sens, ce qui ne s'attache pas à la mutabilité du service public qui, elle, suppose une action cohérente, claire et structurelle qui s'intègre dans la recherche de la qualité du service public, et non la recherche de la satisfaction d'intérêt socio - professionnels propres à certains corps.

Les corps ciblés par l'action du pouvoir exécutif pendant la période transitoire varient selon qu'il s'agit de corps soumis aux statuts généraux autonomes ou de corps soumis au statut général ordinaire. Il sera procédé à l'étude de ces deux catégories de statuts respectivement, selon les statuts particuliers qui les réglementent.

Les corps régis par les statuts généraux autonomes sont assez variés. Il s'agit essentiellement de corps dont les statuts généraux autonomes ont été révisés ou/et complétés. C'est le cas des corps des forces de sécurité intérieure dont le statut général du 6 août 1982 a été modifié et complété par le décret-loi du 25 mai 2011 ; du corps des membres de la Cour des comptes dont le statut général du 26 septembre 1970 a été modifié par le décret-loi du 29 septembre 2011 ; du corps des magistrats judiciaires dont le statut a été modifié par la loi organique du 4 août 2012, puis par la loi organique du 2 mai 2013 relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire et, enfin, du corps des agents des douanes dont le statut général du 15 mai 1995 a été modifié et complété par la loi organique du

37. Voir décret n° 2014-3945 du 24 octobre 2014, JORT n° 88 du 31 octobre 2014, pp. 2897-2902.

38. Voir arrêté républicain n° 2014-244 du 19 novembre 2014, JORT n° 95 du 25 novembre 2014, pp. 3119-3121.

30 juillet 2013. Seul un nouveau statut général autonome a vu le jour au cours de la période transitoire, à savoir le statut des magistrats militaires régi par le décret-loi du 29 juillet 2011, fortement inspiré du statut de la magistrature.

S'agissant, à présent, des corps régis par les statuts particuliers pris conformément aux statuts généraux autonomes, ils se présentent en nombre assez réduit et sont, pour l'essentiel, des corps dont les statuts particuliers sont modifiés ou/et complétés. Ainsi, on a pu recenser 8 statuts particuliers modifiés ou/et complétés, alors que seuls deux statuts ont remplacé d'anciens statuts particuliers.

Soumis au statut général des militaires, les deux seuls corps nouvellement réorganisés comprennent le corps hospitalo-sanitaire militaire<sup>39</sup> et le corps des officiers enseignants chercheurs de l'enseignement supérieur militaire<sup>40</sup>.

Par ailleurs, et au titre des corps dont les statuts ont été modifiés ou/et complétés, on peut citer le corps de sécurité du chef de l'Etat et des personnalités officielles<sup>41</sup>, le corps des cadres et agents des prisons et de la rééducation, modifié et complété, d'ailleurs, à deux reprises par deux décrets ayant, étrangement, la même date<sup>42</sup>. On peut aussi relever le corps de la sûreté nationale et de la police nationale auquel le gouvernement a intégré le corps des contrôleurs des règlements municipaux suite à sa suppression<sup>43</sup>, et dont l'intégration, quand bien même elle assurerait l'efficacité de l'intervention de ce corps armé pour imposer le respect de la loi et des règlements municipaux, demeure relativement à la disposition des présidents des communes pour procéder au contrôle du respect de la réglementation municipale, et peu formé pour faire partie des brigades chargées d'imposer le respect de l'ordre et de la sûreté nationale, ce qui nécessite que l'administration organise des cycles de formation en vue de les préparer à leurs nouveaux emplois et nouvelles tâches. On peut mentionner, également, le corps des agents des services douaniers modifié à deux reprises durant la période transitoire<sup>44</sup>, le corps de la garde nationale<sup>45</sup> et, enfin, le corps hospitalo-

39. Voir arrêté républicain n° 2013-159 du 11 juin 2013, JORT n° 50 du 21 juin 2013, pp. 1933-1937.

40. Voir arrêté républicain n° 2014-6 du 3 janvier 2014, JORT n° 5 du 17 janvier 2014, pp. 121-126.

41. Voir décret n° 2011-4245 du 24 novembre 2011 modifiant le décret n° 2006-1155 du 13 avril 2006, JORT n° 92 du 2 décembre 2011, pp. 2937-2938, (disponible en version arabe seulement).

42. Voir décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, JORT n° 38 du 15 mai 2012, pp. 867 -875, et décret n° 2012-383 du 5 mai 2012, JORT n° 40 du 22 mai 2012, pp. 1196-1197.

43. Voir décret n° 2012-518 du 2 juin 2012, JORT n° 45 du 8 juin 2012, pp. 1375-1376. Ce décret a été complété par le décret n° 2013-3829 du 19 septembre 2013, JORT n° 80 du 4 octobre 2013, pp. 2877-2878.

44. Voir décret n° 2013-1401 du 22 avril 2013, JORT n° 34 du 26 avril 2013, pp. 1307-1311, et décret n° 2013-4651 du 2 décembre 2013, JORT n° 96 du 3 décembre 2013, pp. 3324-3325.

45. Voir décret n° 2014-2935 du 5 août 2014, JORT, n° 69 du 26 août 2014, pp. 2186-2187.

sanitaire militaire dont le statut particulier a été modifié suite à la nouvelle adoption du même statut pendant la même période transitoire<sup>46</sup>.

Ensuite, les corps soumis au statut général du 12 décembre 1983 visés par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire varient entre ceux qui sont régis par des statuts particuliers conformes, objet de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2 du statut général de 1983 ou de son alinéa 2 lorsqu'ils n'y dérogent pas, et ceux qui sont régis par des statuts particuliers dérogatoires pris en vertu de l'alinéa 2 de l'article 2 du même statut général.

Les corps régis par des statuts particuliers conformes ont été soit nouvellement organisés, soit réorganisés suite à leur refonte, soit modifiés ou/et complétés.

Six corps sont régis par des statuts particuliers conformes nouvellement réorganisés. On peut, à cet égard, citer le corps des surveillants généraux relevant du ministère de l'Education<sup>47</sup>, le corps administratif de l'Education<sup>48</sup>, le corps d'huissiers du trésor relevant du ministère des Finances<sup>49</sup>, le corps de contrôle d'Etat relevant de la présidence du gouvernement<sup>50</sup>, le corps des contrôleurs et réviseurs de la commande publique relevant de la présidence du gouvernement<sup>51</sup> et le corps administratif de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique<sup>52</sup>.

Les corps réorganisés suite à une refonte de leurs anciens statuts particuliers conformes sont un peu plus nombreux que les premiers sus-indiqués. Il s'agit, en effet, de neuf corps, formés du corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire<sup>53</sup>, du corps de contrôle des dépenses publiques relevant de la présidence du gouvernement<sup>54</sup>, du corps des travailleurs sociaux qui, même s'il a fait l'objet de la révision de l'alinéa 2 de l'article 2 du statut général du 12 décembre 1983 par le décret-loi n° 2011-89 du 23 septembre 2011 précité, est demeuré un statut particulier conforme, puisqu'il n'a pas dérogé aux dispositions dudit statut général<sup>55</sup>,

46. Voir arrêté républicain n° 2014-244 du 19 novembre 2014 modifiant et complétant l'arrêté républicain n° 2013-159 du 11 juin 2013, JORT n° 95 du 25 novembre 2014, pp. 3119-3121.

47. Voir décret n° 2013-2522 du 10 juin 2013, JORT n° 51 du 25 juin 2013, pp. 1973-1974.

48. Voir décret n° 2013-2528 du 10 juin 2013, JORT n° 51 du 25 juin 2013, pp. 1993-2000.

49. Voir décret n° 2013-3799 du 25 septembre 2013, JORT n° 79 du 1er octobre 2013, pp. 2827-2833.

50. Voir décret n° 2013-5093 du 22 novembre 2013, JORT n° 100 du 17 décembre 2013, pp. 3484-3490.

51. Voir décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, JORT n° 100 du 17 septembre 2013, pp. 3494-3500.

52. Voir décret n° 2014-4210 du 30 octobre 2014, JORT n° 94 du 21 novembre 2014, pp. 3097-3106.

53. Voir décret n° 2012-546 du 5 mai 2012, JORT n° 38 du 15 mai 2012, pp. 859-867.

54. Voir décret n° 2012-1683 du 22 août 2012, JORT n° 72 du 11 septembre 2012, pp. 2096-2106.

55. Voir décret n° 2013-304 du 11 janvier 2013 fixant le statut particulier du corps des travailleurs sociaux du ministère des Affaires sociales, JORT n° 7 du 22 janvier 2013, pp. 374

du corps des surveillants exerçant dans les écoles préparatoires et lycées relevant du ministère de l'Education<sup>56</sup>, du corps du greffe de la Cour des comptes<sup>57</sup>, du corps des conseillers praticiens en éducation relevant du ministère de l'Education<sup>58</sup>, du corps de l'inspection pédagogique de l'éducation sociale du ministère des Affaires sociales<sup>59</sup>, du corps des prédicateurs et des initiateurs des affaires religieuses du ministère des Affaires religieuses<sup>60</sup> et du corps des assistants à l'application et à la recherche de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique<sup>61</sup>.

Quant aux corps dont les statuts particuliers conformes ont été modifiés ou/et complétés, ils sont au nombre de dix. Ils comprennent le corps des surveillants exerçant dans les lycées secondaires et les écoles préparatoires relevant du ministère de l'Education<sup>62</sup>, le corps des travailleurs sociaux des administrations publiques<sup>63</sup>, le corps des assistants en communication et en orientation scolaire et universitaire relevant du ministère de l'Education et des Sciences<sup>64</sup>, le corps administratif commun des administrations publiques<sup>65</sup>, le corps des personnels du ministère de la Culture<sup>66</sup>, le corps des personnels de l'inspection pédagogique du ministère de la Santé publique<sup>67</sup>, le corps des surveillants généraux relevant du ministère de l'Education<sup>68</sup>, lui-même nouvellement réorganisé le 10 juin 2013, le corps des surveillants exerçant dans les écoles préparatoires et les lycées relevant du ministère de l'Education<sup>69</sup>, lui-même réorganisé par un décret datant du 10 juin 2013, le corps commun des ingénieurs des administrations publiques<sup>70</sup> et le corps des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire<sup>71</sup>, nouvellement réorganisé par un décret datant du 5 mai 2012.

56. Voir décret n° 2013-2525 du 10 juin 2013, JORT n° 51 du 25 juin 2013, pp. 1984-1988.

57. Voir décret n° 2013-4325 du 17 septembre 2013, JORT n° 83 du 18 octobre 2013, pp. 3020-3028.

58. Voir décret n° 2014-55 du 10 janvier 2014, JORT n° 6 du 21 janvier 2014, pp. 174-180.

59. Voir décret n° 2014-2859 du 15 juillet 2014, JORT n° 64 du 8 août 2014, pp. 1995-2000.

60. Voir décret n° 2014-3942 du 17 octobre 2014, JORT n° 88 du 31 octobre 2014, pp. 2887-2892.

61. Voir décret n° 2014-4214 du 30 octobre 2014, JORT n° 95 du 25 novembre 2014, pp. 3122- 3130.

62. Voir décret n° 2011-332 du 30 mars 2011, JORT n° 22 du 1er avril 2011, p. 418.

63. Voir décret n° 2011-2426 du 23 septembre 2011, JORT n° 74 du 30 septembre 2011, pp. 2015-2016.

64. Voir décret n° 2011-2443 du 23 septembre 2011, JORT n° 74 du 30 septembre 2011, pp. 2017-2018.

65. Voir décret n° 2012-2362 du 10 octobre 2012, JORT n° 82 du 16 octobre 2012, pp. 2485-2486.

66. Voir décret n° 2012-3208 du 10 décembre 2012, JORT n° 99 du 14 décembre 2012, pp. 3246-3247.

67. Voir décret n° 2014-81 du 16 janvier 2014, JORT n° 7 du 24 janvier 2014, p. 206.

68. Voir décret n° 2014-1461 du 22 avril 2014, JORT n° 36 du 6 mai 2014, pp. 1080-1083.

69. Voir décret n° 2014-1546 du 30 avril 2014, JORT n° 38 du 13 mai 2014, pp. 1164-1165.

70. Voir décret n° 2014-2285 du 30 juin 2014, JORT n° 53 du 4 juillet 2014, p. 1750.

71. Voir décret n° 2014-3609 du 3 octobre 2014, JORT n° 82 du 10 octobre 2014, pp. 2650-2651.

Les corps régis par les statuts particuliers conformes ne sont pas les seuls à être visés par l'action du pouvoir exécutif. Les corps objet des statuts particuliers dérogatoires qui, rappelons-le, trouvent leur fondement dans l'alinéa 2 de l'article 2 du statut général du 12 décembre 1983, n'ont pas été exclus de cette action. Il sera procédé, pour les besoins de leur détermination, à leur catégorisation par secteur d'activité suivant l'ordre établi par l'alinéa 2 de l'article 2 sus-indiqué, puis à leur ventilation selon la manière avec laquelle le pouvoir exécutif a agi.

Suivant cette méthode, il s'est avéré que huit secteurs d'activité parmi les seize délimités par l'alinéa 2 de l'article 2 ont été visés par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire.

Le premier secteur d'activité correspondant aux corps ciblés est le corps diplomatique qui n'a connu, sous la période transitoire, qu'une seule modification<sup>72</sup>.

Le deuxième est celui du corps enseignant qui, contrairement au premier, a été nouvellement organisé, réorganisé, modifié et complété à maintes reprises. Ce corps a subi, en somme, deux nouvelles organisations<sup>73</sup>, quatre réorganisations<sup>74</sup> et huit modifications ou/et compléments<sup>75</sup>.

72. Voir décret n° 2013-1391 du 10 avril 2013, JORT n° 31 du 16 avril 2013, p. 1245.

73. Voir décret n° 2012-3083 du 3 décembre 2012 fixant le statut particulier du corps des animateurs culturels relevant du ministère de la Culture, JORT n° 98 du 11 décembre 2012, pp. 3209-3215 et décret n° 2013-4259 du 7 octobre 2013 fixant le statut particulier au corps des chercheurs relevant des établissements publics de recherche scientifique soumis à la tutelle du ministère chargé de la Recherche scientifique, JORT n° 82 des 11 et 15 octobre 2013, pp. 2995-3002.

74. Voir décret n° 2012-110 du 21 mars 2012 fixant le corps des enseignants de l'éducation physique relevant du ministère de la Jeunesse et des Sports, JORT n° 24 du 27 mars 2012, pp. 591-601 ; décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013 fixant le statut particulier du corps des enseignants exerçant dans les écoles primaires relevant du ministère de l'Éducation ; décret n° 2014-1808 du 19 mai 2014 fixant le statut particulier au corps des enseignants relevant du ministère de la Jeunesse, des Sports, de la Femme et de la Famille, JORT n° 42 du 27 mai 2014, pp. 1433-1450 (disponible en version arabe) et décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014 fixant le statut particulier du corps des enseignants exerçant dans les centres de l'éducation sociale du ministère des Affaires sociales, JORT n° 57 du 18 juillet 2014, pp. 1868-1874.

75. Voir décret n° 2011-620 du 23 mai 2011 complétant le statut particulier du corps des enseignants technologues, JORT n° 38 du 27 mai 2011, p. 788 ; décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012 modifiant et complétant le statut particulier du corps des professeurs de l'enseignement paramédical relevant du ministère de la Santé, JORT n° 68 du 28 août 2012, pp. 2006-2008 ; décret n° 2012-1718 du 4 septembre 2012 complétant le statut particulier du corps des enseignants technologues, JORT n° 73 du 14 septembre 2012, p. 73 ; décret n° 2013-666 du 29 janvier 2013 modifiant et complétant le statut particulier du corps des personnels enseignants des établissements d'enseignement secondaire général du ministère de l'Éducation nationale, JORT n° 11 du 5 février 2013, pp. 500-509 ; décret n° 2013-2496 du 11 juin 2013 modifiant et complétant le statut particulier du corps interdépartemental des enseignants de langue anglaise et d'informatique, JORT n° 50 du 21 juin 2013, pp. 1940-1944 ; décret n° 2013-3639 du 26 août 2013 modifiant le statut particulier des personnels

Le troisième secteur d'activité est celui du contrôle général des services publics relevant du premier ministère ou, actuellement, de la présidence du gouvernement qui n'a subi qu'une seule réorganisation durant la période transitoire<sup>76</sup>.

Le quatrième correspond au secteur du corps médical et juxta médical qui, contrairement au corps enseignant, a subi moins d'actions de la part du pouvoir exécutif, aussi bien par la seule réorganisation de l'ancien corps<sup>77</sup>, que par la modification à deux reprises d'anciens corps<sup>78</sup>.

Le cinquième renvoie au secteur du corps des contrôleurs de la réglementation municipale qui a été supprimé et intégré au corps de la sûreté nationale et de la police nationale<sup>79</sup>.

Le sixième à être visé par l'action du pouvoir exécutif durant la période transitoire est le secteur de l'animation sportive, dans la mesure où le corps des animateurs sportifs relevant du ministère de la Jeunesse et de l'Enfance a subi une réorganisation en 2013<sup>80</sup> et une modification en 2014<sup>81</sup>.

---

d'éducation spécialisée du ministère des Affaires sociales, JORT n° 74 du 13 septembre 2013, pp. 2660-2661 ; décret n° 2013-4509 du 8 novembre 2013 modifiant et complétant le statut particulier du corps des enseignants technologues, JORT n° 91 du 15 novembre 2013, pp. 3189-3190 et décret n° 2014-3945 du 24 octobre 2014 modifiant le statut particulier nouvellement réorganisé en 2014 du corps des personnels enseignants relevant du ministère de la Jeunesse, des Sports, de la Femme et de la Famille, JORT n° 88 du 31 octobre 2014, pp. 2897-2902.

76. Voir décret n° 2013-3232 du 12 août 2013 portant organisation du corps de contrôle général des services publics et statut particulier de ses membres, JORT du 12 août 2013, pp. 2437-2441.

77. Voir décret n° 2014-4238 du 27 novembre 2014 fixant le statut particulier du corps de l'inspection médicale du travail, JORT n° 99 du 9 décembre 2014, pp. 3234-3238.

78. Voir décret n° 2012-213 du 29 mai 2012 modifiant le statut particulier du personnel scientifique de l'institut Pasteur de Tunis, pp. 1357-1358 et décret n° 2014-48 du 10 janvier 2014 modifiant le statut particulier du corps des médecins vétérinaires inspecteurs, JORT n° 6 du 21 janvier 2014, pp. 166-168.

79. Voir décret n° 2012-518 du 2 juin 2012 portant suppression du corps des contrôleurs des règlements municipaux et l'intégration des agents en relevant au corps de la sûreté nationale et de la police nationale, JORT n° 45 du 8 juin 2012, pp. 1375-1376 et décret n° 2013-3829 du 19 septembre 2013 complétant le décret n° 2012-518 du 2 juin 2012 sus indiqué, JORT n° 80 du 4 octobre 2013, pp. 2877-2878.

80. Voir décret n° 2013-1511 du 6 mai 2013 fixant le statut particulier du corps des animateurs sportifs relevant du ministère de la Jeunesse et des Sports, JORT n° 39 du 14 mai 2013, pp. 1472-1474.

81. Voir décret n° 2014-3675 du 7 octobre 2014 modifiant le statut particulier du corps des animateurs sportifs du ministère de la Jeunesse et des Sports, JORT n° 84 du 17 octobre 2014, pp. 2760-2761.

Le septième secteur d'activité correspond au secteur du contrôle économique relevant du ministère de l'Economie nationale dont le corps des personnels n'a subi, durant la période transitoire, qu'une seule réorganisation, et ce, en 2013<sup>82</sup>.

Le dernier secteur d'activité est celui de l'inspection du travail et de conciliation relevant du ministère des Affaires sociales, dont le corps des personnels a subi une seule réorganisation, et ce, en 2014<sup>83</sup>.

L'ensemble de ces interventions imputables au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif sur le cadre juridique du droit de la fonction publique a entraîné des modifications statutaires matérielles qui l'ont rendu plus complexe.

## **II - Des mutations par compléxification des dispositions statutaires du droit de la fonction publique**

Le renouvellement du cadre juridique du droit de la fonction publique entraîne, par évidence, le renouvellement de son contenu, c'est-à-dire des dispositions législatives ou/et réglementaires qui participent de la détermination de la situation légale et réglementaire des fonctionnaires vis-à-vis de leur administration. Il s'agit des dispositions permanentes (A) et des dispositions transitoires (B).

### **A - Les mutations des dispositions permanentes**

Les dispositions permanentes sont celles qui sont posées pour durer dans le temps. Elles reflètent le caractère de la durabilité de la règle juridique. Elles sont, s'agissant du droit de la fonction publique, prévues respectivement par les statuts généraux et par les statuts particuliers.

Les dispositions permanentes des statuts généraux varient d'un statut à un autre. Le seul statut général à être nouvellement organisé est le statut des magistrats militaires organisé par le décret-loi n° 2011-70 du 29 juillet 2011 qui, largement inspiré du statut général de la magistrature de 1967, renferme des dispositions relatives à l'indépendance des magistrats militaires<sup>84</sup>, à leurs garanties, à leur recrutement, à leur nomination, à leur promotion, à leurs obligations et au conseil supérieur de la magistrature militaire qui décide du déroulement de leur carrière.

82. Voir décret n° 2013-3112 du 22 juillet 2013 portant statut particulier des agents du corps de contrôle économique, JORT n° 61 du 30 juillet 2013, pp. 2283-2291.

83. Voir décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014 fixant le statut particulier des membres du comité général d'inspection du travail et d'administration des conflits du travail du ministère des Affaires sociales, JORT n° 64 du 8 août 2014, pp. 2002-2007.

84. Voir sur la question de l'indépendance de la justice militaire : Chekir (H.), « La justice politique en Tunisie », in L'année du Maghreb, 2007, Dossier Politique et société, CNRS Editions, pp. 141-162.

Quant aux statuts généraux modifiés ou/et complétés, et hormis le statut général des personnels de l'Etat, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif du 12 décembre 1983 qui a étendu la liste des corps pouvant être régis par des statuts particuliers dérogatoires comme il a été analysé ci-haut, les statuts généraux autonomes nouvellement modifiés ou/et complétés se sont intéressés à divers objets, et ce, au vu de la spécificité de chaque secteur d'activité de service public.

C'est ainsi que le statut général des forces de sécurité intérieure établi par la loi n° 82-70 du 6 août 1982, modifié et complété par le décret-loi n° 2011-42 du 25 mai 2011 a porté sur la garantie du droit syndical aux agents des forces de sécurité intérieure, et ce, en leur accordant le droit à l'action syndicale, leur permettant de constituer des syndicats professionnels indépendants et de donner aux médias des déclarations relatives à leur activité syndicale. En retour, il leur a interdit de recourir à la grève, d'entraver, de quelque manière que ce soit, la marche du service et d'adhérer à une organisation politique ou de s'adonner à toute activité similaire.

Cette même garantie du droit syndical a été étendue par la suite aux agents des douanes, suite à des tractations avec le pouvoir législatif, alors que le ministère des Finances ne voyait pas d'empêchement à ce qu'ils exercent le droit syndical, en marge de la loi. Finalement, la loi organique n° 2013-28 du 30 juillet 2013 modifiant et complétant leur statut établi par la loi n° 95-46 du 15 mai 1995 leur a permis, notamment, l'exercice de l'action syndicale, s'inspirant à cet effet de la modification du statut des forces de sécurité intérieure. Seulement, cette loi leur a imposé la constitution d'un seul syndicat professionnel unifié, indépendant et « représentant l'ensemble des catégories des agents des douanes »<sup>□</sup>, ce qui nécessite que les responsables syndicaux relevant de ce statut régularisent leur situation au regard de la loi en ramenant leurs multiples syndicats à un seul.

Néanmoins, pour les autres statuts généraux modifiés ou/et complétés, l'apport est tout autre. C'est le cas d'abord du statut de la magistrature établi par la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967 modifié par la loi organique n° 2012-13 du 4 août 2012 dont l'apport a été de garantir aux magistrats leur droit au congés de repos pendant la période des vacances judiciaires et de quitter le territoire de la République après en avoir, préalablement, informé par écrit les présidents des tribunaux dont ils relèvent. Ce statut a été, aussitôt, modifié à nouveau par la loi organique n° 2013-13 du 2 mai 2013 relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire. La réforme a porté sur une garantie substantielle de l'indépendance de la justice, laquelle est la substitution du Conseil supérieur de la magistrature par l'Instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire. C'est ensuite le cas du statut des membres de la Cour des comptes établi par le décret-loi n° 70-6

du 26 septembre 1970 modifié par le décret-loi n° 2011-90 du 29 septembre 2011, dont l'apport a consisté en la modification du régime du concours externe pour le recrutement au grade de conseiller adjoint.

Par ailleurs, les dispositions permanentes des statuts particuliers varient selon que le statut a été modifié ou/et complété, ou nouvellement organisé ou réorganisé.

S'agissant d'abord des modifications ou/et compléments des statuts particuliers, et parmi les 32 interventions de ce genre, 25 seulement correspondent à des modifications ou/et compléments comportant des dispositions permanentes. Ces 25 modifications ou/et compléments serviront de base pour définir l'objet des dispositions permanentes ciblées par l'action novatrice du pouvoir exécutif durant la période transitoire. On a pu relever, à cet égard, qu'ils se sont intéressés, par ordre décroissant d'intérêt et d'apport, à l'ensemble des 19 centres d'intérêts suivants évoqués par la carrière.

La part importante des révisions statutaires a visé la modification des composantes du régime juridique de la promotion à certains grades formant chaque corps, telles que les modalités de promotion, les conditions de promotion, les grades pouvant donner lieu à une promotion et les quotas des grades réservés à la promotion, avec, en somme, un total de 13 modifications ou/et compléments, soit la moitié des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>85</sup>.

Figurent, en deuxième rang, les dispositions statutaires relatives aux composantes du régime juridique des modalités de recrutement à certains grades de chaque corps, telles que la détermination des modalités et des conditions du bénéfice desdites modalités, avec, en somme, un total de 8 modifications ou/et compléments, soit le un tiers des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>86</sup>.

Figurent, en troisième rang, les dispositions statutaires relatives à la détermination du nombre des échelons et de la cadence d'avancement, avec, en somme, un total de 7 modifications ou/et compléments, soit un taux de 29% des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>87</sup>.

Puis, figurent en quatrième rang les dispositions statutaires portant modification de la désignation des grades composant certains corps, avec, en somme, un total de

85. Voir à titre d'exemple : décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, précité, et décret n° 2013-1401 du 22 avril 2013, précité.

86. Voir à titre d'exemple décret n° 2011-332 du 30 mars 2011, précité, et décret n° 2014-1461 du 22 avril 2014, précité.

87. Voir à titre d'exemple décret n° 2013-2496 du 11 juin 2013, précité, et décret n° 2014-1546 du 30 avril 2014, précité.

5 modifications ou/et compléments, soit un taux de 21% des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>88</sup>.

Le cinquième rang est partagé entre les dispositions statutaires définissant les attributions correspondant à chaque grade, le déroulement du stage et la titularisation, avec, en somme, un total de 4 modifications ou/et compléments, soit le un sixième des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>89</sup>.

Le sixième rang est occupé par les dispositions statutaires déterminant les règles de forme et de compétence dans la prise de la décision de nomination à certains grades, avec, en somme, un total de 3 modifications ou/et compléments, soit le un huitième des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>90</sup>.

Le septième rang est partagé entre les dispositions statutaires subdivisant les corps en sous-corps et cadres, les dispositions statutaires portant création de nouveaux grades, les dispositions statutaires déterminant l'autorité habilitée à organiser les concours externes de recrutement et les dispositions statutaires relatives au régime des rémunérations, avec, en somme, un total de 2 modifications ou/et compléments, soit le un douzième des décrets comportant des dispositions permanentes<sup>91</sup>.

Le dernier rang est enfin occupé par le reste des dispositions statutaires déterminant le ministère auquel est rattaché le corps, celles portant suppression de grades, celles définissant les conditions spécifiques d'accès au corps, celles relatives à l'obligation du port de la tenue réglementaire, celles relatives à la composition du conseil d'honneur, celles relatives à la détermination des distinctions, celles relatives à la promotion exceptionnelle et à l'avancement exceptionnel et celles relatives au maintien en activité suite à l'atteinte de l'âge légal de mise à la retraite, avec une seule modification ou/et complément pour chaque centre d'intérêt<sup>92</sup>.

S'agissant, ensuite, des nouveaux statuts particuliers réorganisés, on a pu relever qu'une partie d'entre eux n'a pas apporté trop de modifications substantielles par rapport aux statuts particuliers qu'ils ont abrogés, alors qu'une autre partie desdits statuts a apporté des modifications substantielles de taille.

88. Voir à titre d'exemple décret n° 2011-2443 du 23 septembre 2011, précité et décret n° 2013-666 du 29 janvier 2013, précité.

89. Voir à titre d'exemple décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, précité, et décret n° 2013-1401 du 22 avril 2013, précité.

90. Voir à titre d'exemple décret n° 2012-2362 du 10 octobre 2012, précité, et décret n° 2014-2285 du 30 juin 2014, précité.

91. Voir décret n° 2012-2362 du 10 octobre 2012, précité, et décret n° 2014-2285 du 30 juin 2014, précité.

92. Voir à titre d'exemple décret n° 2011-4245 du 24 novembre 2011, précité ; décret n° 2012-383 du 5 mai 2012, précité, et décret n° 2014-3675 du 7 octobre 2014, précité.

Ainsi, et au titre de la première catégorie des statuts, si l'on raisonne sur l'exemple du décret n° 2012-246 du 5 mai 2012 fixant le statut particulier des greffes des juridictions de l'ordre judiciaire et abrogeant l'ancien statut établi par le décret n° 99-1623 du 26 juillet 1999, l'on s'aperçoit que le nouveau n'a fait qu'introduire les sessions de formation tendant à faire améliorer les connaissances scientifiques et les qualifications professionnelles des membres du corps des greffes, et limiter les concours internes pour la promotion aux deux derniers grades du corps au concours sur dossiers.

Quant à la deuxième catégorie des statuts particuliers, on peut relever, à juste titre, l'apport de taille du décret n° 2012-1683 du 22 août 2012 fixant le statut particulier aux membres du corps de contrôle des dépenses publiques relevant de la présidence du gouvernement abrogeant le décret n° 78-660 du 22 juillet 1978. En effet, le nouveau décret a quadruplé le nombre des grades composant ce corps, le faisant passer de deux à huit grades, en l'organisant sous forme de comité qui le supervise, tout en détaillant davantage les attributions qui incombent au corps et en fixant les attributions qu'impliquent les nouveaux grades et les modalités d'accès auxdits grades.

Poursuivant la même logique, le décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, fixant le statut particulier du corps des enseignants exerçant dans les écoles primaires relevant du ministère de l'Education et abrogeant le décret n° 2003-2430 du 24 novembre 2003, a ajouté de nouveaux grades formant les sous-catégories A1 et A2 au corps, avec toutes les conséquences qui en découlent sur la répartition des attributions entre les titulaires des différents grades, notamment au niveau des tâches d'encadrement, et les modalités d'accès à ses différents grades.

S'agissant enfin des statuts nouvellement organisés, leur apport n'est pas, paradoxalement, toujours évident. En effet, si certains desdits statuts semblent être d'un apport notoire, notamment le décret n° 2013-3799 du 25 septembre 2013 fixant le statut particulier du corps d'huissiers du trésor relevant du ministère des Finances, ou encore le décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, fixant le statut particulier aux membres du corps des contrôleurs et réviseurs de la commande publique relevant de la présidence du gouvernement, certains autres nouveaux statuts particuliers n'ont pas eu d'apport manifeste par rapport à l'état antérieur du droit statutaire.

Emergeant du statut particulier conforme fixant le corps administratif commun des administrations publiques tel que fixé par le décret n° 98-834 du 13 avril 1998 modifié et complété par les décrets ultérieurs, ces nouveaux statuts auraient calqué ledit statut particulier aux secteurs d'activités de service public qu'ils administrent. Il en est ainsi du décret n° 2013-2528 du 10 juillet 2013 fixant le statut particulier au corps administratif de l'Education et du décret n° 2014-4210 du 30 octobre 2014

fixant le statut particulier du corps administratif de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique. Ces deux décrets se sont limités à modifier la dénomination des grades prévus par le décret fixant le statut du corps commun des administrations publiques, en ajoutant « de l'Education » pour l'un, et « de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique » pour l'autre, et en adaptant, par voie de conséquence, les mêmes attributions du personnel du corps administratif commun aux deux secteurs d'activité ciblés par la spécification de l'Education et de l'Enseignement supérieur et la Recherche scientifique.

Mais il semble que le mobile qui réside derrière la création de ces deux statuts, dont l'origine est l'action syndicale qui a fini par bloquer, par des moments, la bonne administration du service public, est le bénéfice de la promotion exceptionnelle strictement réservée aux agents desdits corps, à l'exclusion des agents du corps administratif commun des administrations publiques.

En somme, l'analyse des différentes dispositions substantielles nouvelles démontre le faible intérêt, si ce n'est l'absence d'intérêt, éprouvé à la modernisation de la gestion des ressources humaines. En effet, ces mutations ne valorisent pas, à quelques exceptions près, la formation des fonctionnaires, leur encadrement, la gratification de leur travail par la promotion. Au contraire, cette dernière devient, à travers les nouvelles dispositions statutaires, un droit plutôt qu'une vocation, abstraction faite des besoins réels de l'administration en postes pourvus par la promotion. De même, la désintégration des corps objet des statuts particuliers comparables n'est pas de nature à faciliter la mobilité des membres desdits corps<sup>93</sup>, dès lors que la spécialisation par service public rend difficile le transfert des agents publics, la seule alternative étant le détachement, dont la procédure est complexe.

Ce constat ne surgit pas seulement des dispositions permanentes, il se vérifie également à travers les dispositions transitoires.

## **B - Les mutations des dispositions transitoires**

Les dispositions transitoires sont des normes juridiques destinées à encadrer les situations intermédiaires occasionnées par le passage d'une situation juridique antérieure à une situation juridique nouvelle. Leurs effets juridiques sont, donc, limités dans le temps, et ce, jusqu'à ce que la nouvelle situation juridique produise pleinement ses effets.

---

93. Le Doyen M.-L. Fadhel MOUSSA défend l'idée que la rénovation des règles de gestion des ressources humaines nécessite que les statuts permettent et facilitent la mobilité à l'intérieur de l'administration. Moussa (M.-L.F.), « Le plan de mise à niveau de l'administration », in *Mélanges offerts à Habib AYADI*, Tunis, CPU, 2000, p. 737.

Ces dispositions transitoires ne sont pas étrangères au droit statutaire et aux mouvements dudit droit pendant la période transitoire. Parfois même, certaines modifications ou/et certains compléments statutaires n'ont apporté que des dispositions transitoires, à l'exclusion des dispositions permanentes<sup>94</sup>. Mais les dispositions transitoires ne sont pas, pour autant, le propre des statuts modifiés ou/et complétés. Parfois, de tels statuts ne comportent pas de telles dispositions, quand les nouveaux statuts comportent, souvent, des dispositions transitoires. L'objet de ces dispositions ainsi que l'intensité du recours à cet objet sont variables. Il sera procédé à la recherche de l'objet de ces dispositions par ordre croissant d'intensité, en partant des moins importantes pour atteindre les plus importantes en termes de nombre et de contenu.

Ainsi, on a pu relever, au titre des dispositions transitoires les moins importantes, une seule référence aux titres scientifiques exigés pour l'accès à un grade<sup>95</sup>, à la détermination de l'autorité chargée de la gestion de la carrière du personnel nouvellement intégré<sup>96</sup>, au recrutement parmi les bénéficiaires des dispositions dérogatoires prévues par la loi n° 2012-4 du 22 juin 2012 relative au recrutement dans le secteur public, suite à la réussite à un concours sur dossiers pour « la formation du premier noyau du corps des chercheurs »<sup>97</sup>, à l'obligation de prêter serment à la charge des membres du statut réorganisé<sup>98</sup>, à la dispense du stage suite à une intégration dans le grade<sup>99</sup> et à l'obligation d'organiser des concours internes annuels de promotion pour les agents intégrés durant une certaine période<sup>99</sup>.

Au titre de la double référence par les dispositions transitoires, on a pu relever l'ouverture du concours externe pour l'accès à un grade déterminé aux fonctionnaires détenant un grade d'un autre corps comparable<sup>100</sup>.

Outre les centres d'intérêt sus-indiqués auxquels s'attachent les dispositions transitoires, certains autres centres sont d'une référence beaucoup plus intense et importante. Ainsi en est-il du maintien en vigueur de certaines dispositions des décrets abrogés jusqu'à la disparition effective du grade suite à la résorption

94. Voir à titre d'exemple : décret n° 2013-4651 du 2 décembre 2013 et décret n° 2014-3609 du 3 octobre 2014, précités.

95. Voir décret n° 2011-620 du 23 mai 2011, précité, article 1er.

96. Voir décret n° 2013-3829 du 19 septembre 2013, précité, article 1er bis.

97. Voir décret n° 2013-3232 du 12 août 2013, précité, article 29.

98. Voir décret n° 2013-3799, précité, article 28.

99. Voir décret n° 2013-3799, précité, articles 29 et 30.

100. Voir décret n° 2013-4509 du 8 novembre 2013, précité, article 1er et décret n° 2014-2859 du 15 juillet 2014, précité, article 16.

intégrale de son personnel<sup>101</sup> et de la concordance des grades due aux modifications que les corps ou grades ont subies<sup>102</sup>. Mais l'essentiel du contenu des dispositions transitoires demeure le bénéfice de la promotion exceptionnelle et l'intégration auxquelles seront réservés les développements suivants.

Le bénéfice de la promotion exceptionnelle est un objectif tant recherché par les syndicats professionnels ayant amené le pouvoir exécutif à revoir les statuts particuliers visés. Il s'agit d'une modalité de promotion qui, soit ne répond pas à la condition d'ancienneté admise par le statut général ou par les dispositions permanentes du statut particulier, soit repose sur un mécanisme souple de déroulement, soit contraint le chef de l'administration à l'organiser dans la limite d'une certaine période de temps, soit, enfin, n'est admise qu'une seule fois durant la carrière du fonctionnaire. Parfois même, les statuts particuliers seraient entièrement revus, rien que pour bénéficier d'une promotion exceptionnelle. A cet égard, les deux nouveaux statuts particuliers relatifs au corps administratif de l'Education et au corps administratif de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique retiennent l'attention.

D'abord, étant deux statuts particuliers qui se sont détachés du statut relatif au corps administratif commun des administrations publiques, statut particulier conforme, ces deux statuts ont apporté une exception à la condition de l'ancienneté des cinq ans dans le grade inférieur au grade de la promotion, alors que, étant fondés sur l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2 du statut général du 12 décembre 1983, ces statuts dont les secteurs d'activité ne relèvent pas du champ des statuts particuliers dérogatoires, doivent respecter la règle des cinq années d'ancienneté<sup>□</sup>, sans pour autant limiter le pouvoir discrétionnaire du chef de l'administration dans l'organisation des modalités de la promotion<sup>103</sup>. Pourtant, ces deux statuts prévoient que « Sont promus exceptionnellement au grade suivant par voie de concours les agents administratifs qui sont intégrés conformément aux dispositions de l'article (...) quand ils atteignent

101. Voir décret n° 2013-304 du 11 janvier 2013, précité, article 34 ; décret n° 2013-4651 du 2 décembre 2013, précité, article 2 ; décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014, précité, article 28 ; décret n° 2014-2859 du 15 juillet 2014, précité, article 17 et décret n° 2014-3942 du 17 octobre 2014, précité article 16.

102. Voir décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, précité, article 3 ; décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012, précité, article 1er ; décret n° 2013-304 du 11 janvier 2013, précité, article 32 ; décret n° 2013-2528 du 1 juin 2013, précité, article 35 ; décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014, précité, article 22 et décret n° 2014-4210 du 30 octobre 2014, précité, article 36.

103. M'rabet (M.), « L'accès à la fonction publique : le statut général 25 ans après », in Le statut général de la fonction publique, vingt cinq ans après, actes du colloque organisé par l'Association tunisienne des sciences administratives et la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis les 12 et 13 décembre 2008, sous la direction du doyen Moahmed Salah Ben Aïssa, Tunis, CPU, 2009, p. 42.

au moins quatre ans d'ancienneté dans leur grade »<sup>104</sup>. Rabaisser ainsi d'une année l'ancienneté requise pour le bénéfice de la promotion peut laisser penser que les agents concernés ne seraient pas encore assez expérimentés dans leur grade pour avoir vocation au grade supérieur. Ici, il n'est pas seulement question des garanties des fonctionnaires qui doivent être prévues par la loi, mais aussi des garanties du service public à être servi par un personnel qualifié et ayant suffisamment de l'expérience pour pouvoir assurer les tâches correspondant au grade de la promotion<sup>105</sup>.

Ces risques seraient d'autant plus sérieux que la limitation du pouvoir discrétionnaire du chef de l'administration par l'organisation systématique des modalités de promotion peut ne pas répondre, ensuite, aux besoins réels du service public en fonctionnaires détenant le nouveau grade de promotion, si bien que rien dans ces deux statuts particuliers n'indique que ce sont les exigences du service public en termes de pourvoi des postes vacants<sup>106</sup> qui guide le chef de l'administration dans l'ouverture de la modalité de promotion, puisque c'est plutôt l'ancienneté dans le grade qui importe le plus. De même, on risque de dévier des principes fondamentaux du management public qui reposent sur l'appréciation des aptitudes réelles du personnel et sur le profil du poste ouvert pour la promotion<sup>107</sup>.

D'ailleurs, l'exigence de l'ancienneté dans le grade dont le fonctionnaire est titulaire est la plus importante condition en nombre, limitant le bénéfice de la promotion exceptionnelle, puisqu'elle se vérifie à cinq reprises<sup>108</sup>. Cette condition devance la condition de l'obtention de titres scientifiques déterminés<sup>109</sup> et la condition générale de la titularisation dans le grade<sup>110</sup>, lesquelles conditions se vérifient à trois reprises,

104. Voir alinéa 1er de l'article 36 du décret n° 2013-2528 du 1er juin 2013, fixant le statut particulier du corps administratif de l'Education et alinéa 1er de l'article 37 du décret n° 2014-4210 du 30 octobre 2014 fixant le statut particulier du corps administratif de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique, précités.

105. Voir sur les vertus de la promotion : Cheikh (S.), La carrière du fonctionnaire public en droit tunisien (étude comparée), Tunis, Ecole nationale d'administration, CREA, 1994, pp. 136 et s.

106. L'ouverture d'une modalité de promotion quelconque est toujours conditionnée par l'intérêt du service public. Voir sur la question : Chérif (S.) et Kamoun (M.), Le fonctionnaire en droit tunisien, Volume I (La carrière du fonctionnaire), Tunis, Editions CLE, 2000, pp. 60 et s.

107. Ben Turkia (M.), Op. cit., p. 116.

108. Voir décrets n° 2013-2528 du 10 juin 2013, précité, article 36 ; décret n° 2014-55 du 10 janvier 2014, précité, article 22 ; décret n° 2014-4210 du 30 octobre 2014, précité, article 37 ; décret n° 2014-4214 du 30 octobre 2014, précité, article 22 et décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012, précité, article 2.

109. Voir décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, précité, articles 40 et 41 et décret n° 2014-55 du 10 janvier 2014, précité, article 24.

110. Voir décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, précité, article 36 ; décret n° 2014-55 du 10 janvier 2014, précité, article 23 et décret n° 2014-4214 du 30 octobre 2014, précité, article 23.

de même que la condition du mode de recrutement<sup>111</sup>, la condition de l'obtention d'un diplôme sanctionnant un cycle de formation<sup>112</sup> et la condition de la spécialité<sup>113</sup>, conditions qui ne se vérifient qu'à une seule reprise. Enfin, et à une seule reprise, le titulaire du pouvoir réglementaire a exigé deux conditions cumulatives tenant à l'ancienneté dans le grade et la note pédagogique<sup>114</sup>.

Par ailleurs, l'intégration des fonctionnaires qui fait suite à la création, à la suppression, à la modification de grades ou à la constitution ou la suppression de corps n'est pas une modalité moins encadrée par le droit statutaire durant la période transitoire. Elle constitue même le centre d'intérêt quantitativement et qualitativement le plus important. Pourtant, cette modalité d'accès aux emplois publics est ignorée par les statuts généraux, quand bien même elle constitue l'une des garanties fondamentales des fonctionnaires<sup>115</sup>. C'est ce qui a fait que, bien avant la période transitoire, l'intégration des fonctionnaires était une modalité encadrée par les dispositions transitoires des statuts particuliers à l'occasion des changements des statuts particuliers, et non par les statuts généraux. Ici, c'est le pouvoir exécutif qui prend le pas sur le pouvoir législatif, compte tenu du principe de l'adaptabilité du service public<sup>116</sup>. Mais, durant la période transitoire, la modalité s'est intensifiée, laissant au pouvoir réglementaire une large manœuvre, quoique souvent non indifférente des réclamations syndicales, dans la mise en œuvre de l'intégration, ce qui n'est pas sans risque sur les garanties des fonctionnaires, essentiellement la garantie de l'égal accès aux emplois publics, au même titre que la garantie des intérêts du service public, dont notamment la garantie de la qualité du service à travers la garantie de la qualification des fonctionnaires et le respect du principe de l'adaptabilité. Or, le recours à l'intégration, technique qui accompagne le principe de l'adaptabilité du service public qui se traduit par les mutations statutaires, devient périlleux pour le principe de l'égalité devant le service public, si elle n'est pas rationalisée.

Ainsi, le droit statutaire a opté, durant la période transitoire, et souvent suite aux accords conclus entre le membre du gouvernement et l'organisme syndical concerné,

---

111. Voir décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, précité, article 37.

112. Voir décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, précité, article 38.

113. Voir décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012, précité, article 2.

114. Voir décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012, précité, article 2.

115. Voir Cheikh (S.), *Op. cit.*, p. 169.

116. Aouij-Mrad (A), *Op. cit.*, p. 75 ; Tahar (N), « Les principes du service public : permanence et évolution », in *Le service public aujourd'hui*, Actes du colloque organisé sous la direction du doyen Mohamed Salah Ben Aïssa, Association tunisienne des Sciences administratives et Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Tunis, 2010, pp. 59 et s.

pour la variation entre l'intégration immédiate des fonctionnaires qu'il a adoptée à 25 reprises, et leur intégration échelonnée sur deux, trois ans ou jusqu'à la résorption du personnel détenant le grade supprimé, et ce, à 20 reprises.

La variation a touché également la détermination des conditions exigées pour pouvoir bénéficier de l'intégration. Ici, aucune règle générale ne peut gouverner la modalité de l'intégration, puisque les conditions varient entre une seule et quatre. Mieux encore, à l'intérieur même de chaque catégorie de conditions fixées selon le nombre, les conditions varient d'un statut à l'autre.

Limitant le bénéfice de l'intégration par une seule condition à 16 reprises, le droit statutaire a exigé tantôt la possession d'un grade déterminé (13 fois)<sup>117</sup>, tantôt l'appartenance à un corps relevant du même ministère de rattachement du corps supprimé (une seule fois)<sup>118</sup>, tantôt l'appartenance à un corps déterminé (deux fois)<sup>119</sup>.

Limitant, par ailleurs, le bénéfice de l'intégration par une double condition à 26 reprises, le droit statutaire a opté pour différentes combinaisons, et ce, entre la possession d'un grade déterminé et l'ancienneté dans ce grade (11 fois)<sup>120</sup>, entre la possession d'un grade déterminé et l'obtention de titres scientifiques (8 fois)<sup>121</sup>, entre une sous-catégorie déterminée et l'ancienneté dans le grade de cette sous-catégorie (2 fois)<sup>122</sup>, entre la possession d'un grade déterminé et l'ancienneté générale (une seule fois)<sup>123</sup>, entre la possession d'un grade déterminé et la date de recrutement (une seule fois)<sup>124</sup>, entre la possession d'un grade déterminé et la note pédagogique (une seule fois)<sup>125</sup>, entre l'appartenance à un corps déterminé et l'ancienneté dans le grade de ce corps (une seule fois)<sup>126</sup> et entre l'appartenance à un corps déterminé et l'échelon du grade (une seule fois)<sup>127</sup>.

117. Voir à titre d'exemple arrêté républicain n° 2013-159 du 11 juin 2013, précité, article 20.

118. Voir décret n° 2013-3112 du 22 juillet 2013, précité, article 40.

119. Voir décret n° 2013-3232 du 12 août 2013, précité, article 38 et décret n° 2013-4259 du 7 octobre 2013, précité, article 40.

120. Voir à titre d'exemple décret n° 2012-110 du 21 mars 2012, précité, article 28.

121. Voir à titre d'exemple décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014, précité, article 26.

122. Voir décret n° 2013-5093 du 22 novembre 2013, précité, article 24 et décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, précité, article 24.

123. Voir décret n° 2013-4651 du 2 décembre 2013, précité, article 1er.

124. Voir décret n° 2014-1808 du 19 mai 2014, précité, article 56.

125. Voir décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014, précité, article 27.

126. Voir décret n° 2013-5093 du 22 novembre 2013, précité, article 23.

127. Voir décret n° 2013-5093 du 22 novembre 2013, précité, article 23.

Limitant, ensuite, le bénéfice de l'intégration par une triple condition à 7 reprises, le droit statutaire a opté pour différentes combinaisons, et ce, entre la possession d'un grade déterminé, l'ancienneté dans le grade et la note pédagogique (2 fois)<sup>128</sup>, entre la possession d'un grade déterminé, l'ancienneté générale et la note professionnelle (une seule fois)<sup>129</sup>, entre la possession d'un grade déterminé, la titularisation dans ce grade et l'ancienneté dans ce même grade (une seule fois)<sup>130</sup>, entre la possession d'un grade déterminé, la titularisation dans ce grade et l'obtention de titres scientifiques (une seule fois)<sup>131</sup>, entre la possession d'un grade déterminé, l'âge minimal et l'obtention de titres scientifiques (une seule fois)<sup>132</sup> et entre l'appartenance à un corps déterminé, la possession dans ce corps du grade de conseiller des services publics et le classement à un niveau de catégorie déterminée dans ce même grade (une seule fois)<sup>133</sup>.

Limitant, enfin, le bénéfice de l'intégration à la réunion de quatre conditions, le droit statutaire semble plus exigeant en imposant la justification de la possession d'un grade déterminé, l'ancienneté et la titularisation dans ce grade et l'année à partir de laquelle l'intéressé a été recruté, et ce, à une seule reprise<sup>134</sup>.

Au total, les conditions de la mise en œuvre de l'intégration sont loin de rationaliser cette modalité d'accès aux emplois publics. Elle s'effectue au vu de chaque statut particulier, ce qui complique davantage le droit de la fonction publique. L'on verra, à présent, que la pluralité des modalités de mise en œuvre de cette technique ne participe pas, non plus, à sa rationalisation.

On a pu relever, dans cet ordre d'idées, que durant la période transitoire, dix modalités ont été prévues, avec, tout comme les conditions, un recours d'une intensité variable à l'une ou l'autre.

Ainsi, et à neuf reprises, l'intégration a lieu d'office, par l'effet du décret portant modification ou/et complément du statut particulier<sup>135</sup>, à sept reprises par l'effet

128. Voir décret n° 2013-666 du 29 janvier 2013, précité, article 9 et décret n° 2014-1808 du 19 mai 2014, précité, article 63.

129. Voir décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014, précité, article 25.

130. Voir décret n° 2014-3942 du 17 octobre 2014, précité, article 15.

131. Voir décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014, précité, article 21.

132. Voir décret n° 2014-2572 du 10 juillet 2014, précité, article 27.

133. Voir décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, précité, article 23.

134. Voir décret n° 2014-3945 du 24 octobre 2014, précité, article 1er portant modification de l'article 59 du décret n° 2014-1808 du 19 mai 2014.

135. Voir à titre d'exemple décret n° 2012-247 du 5 mai 2012, précité, article 2 ajoutant un article 75 (bis) au décret n° 2006-1167 du 13 avril 2006.

de la réussite à un concours interne sur dossiers<sup>136</sup>, à six reprises suite à l'examen de la demande écrite de l'intéressé par une commission spéciale<sup>137</sup>, à six reprises également suite à l'établissement d'une liste d'aptitude par ordre de mérite<sup>138</sup>, à cinq reprises suite à l'examen d'une demande écrite de l'intéressé par le chef de l'administration<sup>139</sup>, à deux reprises suite à un cycle de formation<sup>140</sup>, à deux reprises également au choix<sup>141</sup>, et à une seule reprise suite à une demande écrite de l'intéressé soumise à l'examen de la commission administrative paritaire<sup>142</sup>, à la réussite à un concours sur dossiers, sur titres ou sur épreuves<sup>143</sup> ou à un examen professionnel<sup>144</sup>.

Il convient de relever, enfin, la question problématique qui s'attache au principe de la non rétroactivité des décisions administratives, à savoir la non rétroactivité des dispositions transitoires relatives à l'intégration, étant donné qu'il s'agit d'un principe général de droit public dont la valeur juridique est supra-décrétale et infra-législative<sup>145</sup>. Un décret réglementaire ne peut, par conséquent, y déroger tant qu'il n'y est pas autorisé par la loi<sup>146</sup>, ce qui n'est pas le cas des statuts généraux qui ignorent, rappelons-le, la modalité de l'intégration des fonctionnaires en dehors de la fin du détachement, mais aussi qu'il s'agit, pour l'intégration, de l'une des conséquences du principe de l'adaptabilité du service public, principe qui agit sur le présent et le futur, et non sur le passé.

---

136. Voir à titre d'exemple décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014, précité, article 21.

137. Voir à titre d'exemple décret n° 2013-4259 du 7 octobre 2013, précité, article 40.

138. Voir à titre d'exemple décret n° 2014-4214 du 30 octobre 2014, précité, article 21.

139. Voir à titre d'exemple décret n° 2013-3112 du 22 juillet 2013, précité, article 37.

140. Voir décret n° 2012-1391 du 27 juillet 2012, précité, article 1er et décret n° 2013-1401 du 22 avril 2013, précité article 5.

141. Voir décret n° 2013-304 du 11 janvier 2013, précité, article 33 et décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014, article 21.

142. Voir décret n° 2012-3083 du 3 décembre 2012, précité, article 21.

143. Voir décret n° 2013-304 du 11 janvier 2013, précité, article 33.

144. Voir décret n° 2014-2859 du 15 juillet 2014, précité, article 15.

145. Voir sur la valeur juridique des principes généraux du droit : article 5 de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif ; Ben Achour (Y.), *Droit administratif*, 3ème édition, Tunis, CPU, p. 483 ; Letourneur (M.), « Le principe de la non rétroactivité des actes administratifs », *EDCE*, 1955, pp. 39 et ss. ; Chapus (R.), « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Recueil Dalloz*, 1966, *Chronique XX*, pp. 99-106, Seiller (B.), « L'entrée en vigueur des actes unilatéraux », *AJDA*, 2004, pp. 463 et ss. ; Vincent (J.-Y.), « Acte administratif, application dans le temps », *Juris-classeur Droit administratif*, fascicule 108-30.

146. Voir Tribunal administratif, *Recours pour excès de pouvoir*, requête n° 693, jugement du 15 février 1983, Hechmi Ghram c/ ministre de l'Economie nationale, *Recueil*, 1982/83/84, pp. 187 et s.

Or, certaines dispositions réglementaires du droit statutaire ont porté atteinte au principe de non rétroactivité des décisions administratives en décidant, expressément, du bénéfice de l'intégration à une date antérieure à l'entrée en vigueur du décret réglementaire portant modifications statutaires<sup>147</sup>, sacrifiant ainsi l'un des principes cardinaux du service public, le statut légal et réglementaire du fonctionnaire et le principe de non rétroactivité des actes administratifs pour donner droit, vraisemblablement, à des réclamations syndicales dont le poids n'a cessé de prendre de l'importance par rapport au poids du pouvoir exécutif, ce qui n'est pas sans risque sur la légalité de ces décrets réglementaires.

## Conclusion

Oscillant entre, souvent, la suite des concertations entre les deux partenaires, l'administration non formée à la gestion des conflits sociaux<sup>148</sup> et les syndicats cherchant à avaliser leurs réclamations syndicales socio - professionnelles et, rarement, la recherche de l'adaptation de l'organisation des services publics, les mutations que les statuts de la fonction publique ont connues durant la période transitoire dénotent d'une remarquable ampleur.

Ce constat se vérifie d'abord à travers la comparaison de l'intensité de ces mutations, en quantité et en qualité, avec l'intensité de celles intervenues durant les quatre années précédant la période transitoire (entre 7 et 8 modifications ou compléments ou réorganisations par année en moyenne). Il se vérifie ensuite à travers sa comparaison avec l'intensité des mutations que la période post-transitoire a connues jusqu'ici durant ses huit premiers mois, c'est-à-dire jusqu'à la première moitié du mois d'octobre 2015, soit seulement 5 modifications ou/et compléments<sup>149</sup>, ce qui constitue un retour à une intensité normale des mutations statutaires.

147. Voir à titre d'exemple décret n° 2013-2225 du 3 juin 2013, précité, article 42 ; décret n° 2013-2522 du 10 juin 2013, précité, article 23 ; décret n° 2013-2525 du 10 juin 2013, précité, article 22 et décret n° 2014-1808 du 19 mai 2014, précité, article 63.

148. Auby (J.-F.), Op. cit., p. 114.

149. Voir décret n° 2015-13 du 2 janvier 2015 modifiant et complétant le décret n° 2004-2376 du 14 octobre 2004, fixant le statut particulier du corps du greffe du Tribunal administratif ; décret n° 2015-15 du 2 janvier 2015 modifiant le décret n° 2013-4325 du 17 septembre 2013 fixant le statut particulier du personnel du corps du greffe de la Cour des comptes ; décret n° 2015-56 du 27 avril 2015 modifiant et complétant le décret n° 2000-1688 du 17 juillet 2000, fixant le statut particulier du corps commun des techniciens supérieurs de la santé publique ; décret n° 2015-58 du 27 avril 2015 modifiant et complétant le décret n° 2000-1690 du 17 juillet 2000, fixant le statut particulier du corps des infirmiers de la santé publique ; décret n° 2015-710 du 13 janvier 2015 modifiant le décret n° 98-1334 du 22 juin 1998, fixant le statut particulier du corps des enseignants chercheurs des établissements de l'enseignement supérieur agricole.

Désormais, le temps présent appelle une stabilité statutaire qui devrait suivre l'agitation ayant marqué la période transitoire. Le service public qui s'est tant sacrifié pour servir essentiellement les intérêts socio - professionnels des agents publics est en droit d'exiger qu'ils honorent, à présent, leurs obligations envers le service, et de rompre avec l'image d'une administration et d'une fonction publique peu productives.

## المحاكمات الرقمية ومطلب المحاكمة العادلة

بقلم الدكتورة: فاتن الوزاني الشاهدي

أستاذة زائرة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية اكدال - الرباط

### مقدمة

يطرح موضوع إصلاح القضاء بالمغرب تحديات عديدة، مؤسسية، تشريعية، هيكلية، قانونية، إدارية وبشرية، ضمنها تحدي الولوج للعدالة بشكل يضمن للمواطنين والمواطنات حق التقاضي وفق شروط منصفة وعادلة تحقيقاً لأمنهم القضائي<sup>1</sup>، وذلك بالشكل الذي يلامس التطلعات الملكية السامية التي جعلت من القضاء ورشا مفتوحاً على الدوام قوامه «جعل القضاء في خدمة المواطن»<sup>2</sup>.

ومع الثورة التكنولوجية الهائلة التي شهدتها العالم في الآونة الأخيرة والتي انعكست آثارها على شتى مناحي الحياة، فإن جهاز العدالة لم يبق بمنأى عن هذه الثورة الواسعة النطاق، حيث عملت الوسائل المعلوماتية على تطوير القضاء التقليدي بتحويله إلى قضاء إلكتروني، وبذلك حلت نظم المعلومات والاتصالات محل الآليات التقليدية التي اعتاد المتخاصمون القيام بها لتحريك ورفع ومباشرة الدعاوى أمام المحاكم المختصة، ومتابعة ما يستجد فيها من قرارات أو إجراءات قضائية حتى صدور الحكم والطعن فيه.

والتقاضي عن بعد - أو المحاكمة الرقمية - وإن كان يشكل انطلاقة نوعية في مجال العدالة القضائية، إلا أن ذلك لا يعني الاستغناء عن القاضي البشري ليحل محله الحاسوب المبرمج بالبيانات والمعلومات كي يفصل في النزاع، وأن الحكم يصدر دون أعمال للسلطة التقديرية للقاضي، بل إن الأمر يعني أنه يتم تصميم موقع على الانترنت يعد عنواناً إلكترونياً للمحكمة أو الدائرة القضائية ككل، يستطيع من خلاله المتقاضي من الاستفادة

1. جمعية عدالة، الحق في الولوج إلى العدالة ومعايير المحاكمة العادلة، نونبر 2013، دار القلم بالرباط، ص: 3.

2. كما ناشد جلالاته في مناسبات عدة بضرورة تبني لامادية الإجراءات والمساطر القضائية والتقاضي بانخراط كل مكونات العدالة في ورش التحول الرقمي/ مقتطف من الرسالة الملكية السامية بتاريخ 2019/10/21 للمؤتمر الدولي بمراكش في دورته الثانية.

من نوعين من الخدمات: الأولى تتعلق بالحصول على المعلومات والإجراءات التي تمت بخصوص الدعوى، أو الاتصال الإلكتروني المباشر بالموظفين، والثانية تخص إنجاز ومباشرة الدعوى والدخول في التقاضي دون الحاجة إلى الحضور الشخصي، من خلال الوسيط القضائي الإلكتروني والربط التقني بملفات الدعوى<sup>3</sup>، وعليه فالمحاكمة الرقمية لا تختلف عن المحاكمة الواقعية ذات الحضور الشخصي إلا في كونها أيسر وأفضل وأقدر على تدبير الملفات بشكل أسرع<sup>4</sup>.

وانسجاما مع ما يعرفه العالم من حيث وباء كورونا المستجد وما تتطلبه الظرفية من التعامل بشكل يضمن التباعد الاجتماعي حفاظا على الصحة العامة للمواطنين، تبرز أهمية موضوعنا على اعتبار أن المحاكمة الرقمية تقدم خدمة جلية للمتقاضين خصوصا منهم المعتقلين لما توفره هاته التقنية من تحقيق سرعة البث في الدعاوى<sup>5</sup> خصوصا مع استمرار الجائحة، هذا إضافة إلى أن مسألة المحاكمة الرقمية أصبحت ضرورية في إطار آليات التعاون الدولي التي تفرض أحيانا الاستماع إلى أشخاص موجودين خارج التراب الوطني وذلك باستعمال تقنية الاتصال عن بعد، لرفع كفاءة قطاع العدالة علما أن المغرب من الدول التي صادقت على مجموعة من الاتفاقيات الدولية لمواكبة العصر في هذا الإطار<sup>6</sup>.

هذا وقد تعالت النقاشات الحقوقية والقانونية بخصوص المحاكمة الرقمية حيث أفرزت العديد من التساؤلات التي يمكن اختزالها في إشكالية محورية لموضوعنا تصب حول الإطار التشريعي للمحاكمة الرقمية ومدى احترام ضمانات المحاكمة العادلة؟

لذلك فوفق منهج وصفي يعمل على وصف الظاهرة وصفا دقيقا ومنهج تحليلي يعمل على تحليل أسباب اللجوء إلى هاته التقنية الحديثة للمحاكمة ونتائجها، إضافة إلى الاستعانة بالمنهج المقارن كلما اقتضته طبيعة الموضوع في بعض جزئياته للاطلاع على تجارب بعض الدول الرائدة في هذا المجال، سنعمل على تقسيم هذا الموضوع إلى محورين: الأول نتناول

3. حازم محمد الشريعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي التقنية وكفرع من فروع القانون بين النظرية والتطبيق، ص: 62.

4. أحمد هندي، الإعلان القضائي بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص: 400.

5. وهنا تجدر الإشارة إلى أنه وللحد من بعض مظاهر البطء على مستوى القضاء المغربي، فإن الوزارة تحرص على تسريع وثيرة عملية التحديث وتوفير البرامج المعلوماتية للمحاكم، وإنجاز دراسات في الموضوع بهدف الرفع من مستوى أداء المحاكم وتسريع البث في القضايا، وتسهيل استقبال المتقاضين، وتوفير الاعلام القانوني لفائدة العموم وتوفير أحسن الظروف لتكوين القضاة والموظفين. أنظر في ذلك: تقرير وزارة العدل عن واقع القضاء في المغرب، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، ص: 50.

6. أنظر في ذلك كلمة السيد بن عبد القادر: وزارة العدل أعدت مشروع قانون خاص برقمنة الإجراءات والمساطر المدنية والجنائية، البوابة الوطنية maroc.ma تم الاطلاع على الصفحة بتاريخ 2021/09/29 على الساعة 13:33.

فيه الإطار المفاهيمي والتشريعي للمحاكمة الرقمية، على أن نتطرق في الثاني للمحاكمة الرقمية وضمانات المحاكمة العادلة.

### المحور الأول: الإطار المفاهيمي والتشريعي للمحاكمة الرقمية

لقد أضحت الالتحاق بركب المحكمة الرقمية خيارا استراتيجيا الغاية منه تطوير العدالة بل نقطة فاصلة بين المحاكمة الكلاسيكية والمحاكمة عن بعد أو ما يسمى بالمحاكمة الرقمية التي تسعى إلى عصرنه القضاء وضمان استمرارية عطاءاته من خلال أعمال آلية التقاضي عن بعد، ترى إذن ما هو الإطار المفاهيمي للمحاكمة الرقمية؟ (أولا) وما هو إطارها التشريعي؟ (ثانيا)

#### أولا: الإطار المفاهيمي للمحاكمة الرقمية

تعد المحاكم الإلكترونية نقلة نوعية في مجالات الحياة المعاصرة وذلك خصوصا بعد ظهور فيروس كورونا الفتاك الذي عملت معه الدول إلى اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الاحترازية على مستوى مجموعة من القطاعات قصد حماية الصحة العامة للمواطنين، ولعل قطاع العدالة يشكل إحداها، وفي إطار التفاعل مع جميع التدابير الاحترازية قام بتسخير الثورة الرقمية لخدمة العدالة والقانون كضرورة ملحة تقتضيها مصلحة النظام العام الصحي - حماية المتقاضين والمرتفقين - أكثر منها خيارا استراتيجيا غايته إصلاح منظومة العدالة وتطوير أداء الجهاز القضائي وبالتالي ضمان استمرارية مرفق العدالة في ظل جائحة كورونا<sup>7</sup> هذا من جهة، ومن جهة أخرى تشكل المحاكم الإلكترونية نقلة نوعية لارتباطها بالمستجدات التكنولوجية ونظم المعلومات، وعملية تحويل البيانات إلى معلومات يسهل التعامل معها بشكل يومي، حيث تتميز عن النظام التقليدي المتبع في المحاكم بسرعة وسهولة الاتصالات وإمكانية إرسال الوثائق والمستندات بين الأطراف المتعددة، مما يعكس بالإيجاب على توفير الجهد والوقت للقاضي والمتقاضي، كما يعد تعبيراً عن الإرادة الإلكترونية لكل من طرفي الخصومة القضائية<sup>8</sup>.

7. وما يؤكد دور المحاكمة الرقمية في ضمان استمرارية مرفق العدالة، البلاغ الصادر عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية حول نتائج الأسبوع الأول من اعتماد عملية التقاضي عن بعد بمختلف محاكم المملكة، إذ أكد البلاغ على إيجابية النتائج المحققة منذ بداية هذه العملية، حيث تم عقد ما مجموعه 240 جلسة عن بعد بمختلف محاكم المملكة. للمزيد من التفصيل راجع المملكة المغربية، المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بلاغ حول تتبع تفعيل المحاكمات عن بعد بمختلف محاكم المملكة خلال الفترة الممتدة من 4 إلى 8 من شهر ماي 2020.

8. أشرف جودة محمد محمود، المحاكم الإلكترونية في ضوء الواقع الاجرائي المعاصر، مجلة الشريعة والقانون العدد 35 الجزء 3/2020، ص: 26.

ولا شك أن مصطلح المحاكمة الرقمية هو مصطلح حديث نسبياً، إذ تعتبر من أهم التطبيقات الكثيرة لعالم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فهي سلطة المحكمة القضائية المتخصصة للفصل إلكترونياً في النزاع المعروض أمامها من خلال شبكة الربط الدولية (الانترنت) وذلك بالاعتماد على أنظمة إلكترونية وآليات تقنية فائقة الحداثة، بهدف سرعة الفصل في الخصومات والتسهيل على المتخاصمين.<sup>9</sup>

وفي تعريف آخر تعد المحاكمة الرقمية عبارة عن: «حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود - شبكة الربط الدولية ومبنى المحكمة - يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات قضائية وإدارية، يباشر من خلاله مجموعة من القضاة نظر الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية بتلك الوسائل مع اعتماد آليات تقنية فائقة الحداثة لملفات الدعاوى والتي سيتم تدوين الإجراءات من خلالها من أجل برمجة الدعاوى الإلكترونية أو حوسبتها»<sup>10</sup>.

وهناك من عرف المحاكمة الرقمية بأنها المحاكمة التي تقوم بجميع الأعمال الموكولة إليها قانوناً باستخدام الحاسب الآلي كجهاز إلكتروني قادر على التعامل بكفاءة عالية من التحليل والبرمجة مع المعلومات وعرضها بواسطة أنظمة المعلومات الإلكترونية، وهو يحتوي على برامج خاصة بتطبيق إجراءات التقاضي والموصول بشبكة الاتصالات الدولية الانترنت التي تقدم العديد من الخدمات وتقنيات التخاطب والبريد الإلكتروني - الذي يعد من أهم دعائم شبكة الإنترنت من خلال الأجهزة الرقمية - وبروتوكولات نقل الملفات، وفي هذا الإطار توجد الملايين من الصفحات الإلكترونية على مواقع الشبكة العنكبوتية في مختلف المجالات صادرة عن مستخدميها في مختلف دول العالم ولكل منها عنوان خاص يشار إليه بأحرف مختصرة في جميع المجالات<sup>11</sup>، ولا شك أنه يتم استخدام تلك التقنيات في مجال العمل القضائي عبر فتح مواقع إلكترونية خاصة بها لاختصار الوقت والجهد وإصدار الحكم بأبسط وأسرع الطرق دون الحضور الشخصي للمحكمة<sup>12</sup>.

9. أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 1، العدد 21/2014، ص: 101.

10. أشرف جودة محمد محمود، م س، ص: 2.

11. خالد ممذوح إبراهيم، التقاضي عن بعد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص: 59.

12. هادي حسين عبد علي الكعبي، مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1/2016، ص: 300.

وانطلاقاً من التعاريف السابقة يمكن الخروج بمفهوم عام للمحاكمة الرقمية والذي مفاده، فض المنازعات في إطار جلسات يباشر فيها القضاء النظر في الدعاوى والفصل فيها بواسطة مجموعة من التقنيات المعلوماتية ووفق تشريعات تخول لهم ذلك<sup>13</sup>.

واستناداً على التعاريف الآنف ذكرها يتبين لنا أن المحاكمة الرقمية تتميز بعدة خصائص تميزها عن المحاكمة التقليدية من حيث أنها:

- **محاكمة بلا مستندات ورقية** إذ تعتمد على الحاسب الآلي بالدرجة الأولى في مراحل المحاكمة، لذلك نجد بأن الاعتماد على تقنية التقاضي عن بعد سوف تحل معه الدعاوى الإلكترونية محل الدعاوى الورقية بصفة نهائية، وهذا من شأنه أن يمكن من التخلص من عملية التخزين العشوائي لملفات الدعاوى وما يترتب عليها من ضياع وفقدان، كما سيتمكن من الوصول إلى المستندات الإلكترونية بكل سهولة وبسرعة.

- **المحاكمة الرقمية بلا مكان** بحيث تعتمد على الحاسوب الآلي بشكل أساسي، وهي محكمة بلا مكان لأنها تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت، وهذا من شأنه طبعاً أن يقلل من مشاكل ازدحام الجمهور في المحاكم ورفع جودة الخدمة إلى جمهور المتقاضين، إذ تمكن من رفع الكفاءة الإنتاجية للقاضي، حيث يكون بإمكانه النظر في أضعاف القضايا التي ينظرها في محاكمة عادية وذلك بالنظر لعدم حاجته للحضور اليومي للمحكمة، وهذا يمكنه طبعاً من النظر في القضايا المعروضة أمامه ومناقشة الخصوم فيها من أي مكان يتواجد فيه في العالم.

- **المحاكمة الرقمية هي محاكمة بلا زمان** إذ أنها لا تلتزم بأوقات العمل الرسمي حيث أنها تعمل على مدار الساعة طوال السنة.

- **المحاكمة الرقمية تعمل على تقليل التجاوزات التي تحصل عادة أثناء التقاضي**، وهذه الخاصية هي من أبرز الخصائص التي تميز تقنية التقاضي عن بعد سواء بالنسبة للخصوم أو القضاة، ذلك أن المحاكمة يتم تسجيلها وهذا من شأنه أن يجعل أطراف الدعوى وحتى جهاز العدالة في حالة من الاتزان اللفظي والسلوكي، بما يتوافق مع التعليمات المنظمة لعملية التقاضي.

- **إثبات التقاضي الإلكتروني** يتم بواسطة المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، وفي هذا الإطار لا بد من الاعتراف بصحة الإجراءات التي يتم مباشرتها إلكترونياً هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعمل المحاكمات الرقمية على التوثيق الإلكتروني للدعاوى والدفعات

13. عبد الوافي اكدض، المحكمة الرقمية والنظم المعلوماتية، أنظر في ذلك موقع وزارة العدل، تم الاطلاع بتاريخ 2021/10/02 على الساعة: 11:16.

كما صاغها الخصوم دون زيادة أو نقصان أو تعديل مما ينعكس على مصداقية المحاكمة وسرعة البت في الدعاوى.

- **المحاكمة الرقمية بلا تنظيمات جامدة** لأنها تعتمد على التنظيمات الذكية التي تتسم بالمرونة والقابلية لمواكبة التغيرات الطارئة، وهذا طبعا لا يعني أن الحاسب الآلي يحل محل القضاة وإنما فقط يجعل أداءهم لوظائفهم أكثر كفاءة وسيقلل من النفقات ويسهل الاستعلام عن المعاملات القضائية مما يخفف من الازدحام في المحاكم والمشاحنات بين الخصوم.

وبناء على الخصائص التي تتميز بها المحاكمة الرقمية وأمام الظرفية الوبائية التي يعيشها العالم اليوم اتجهت كثير من الدول إلى وضع تشريعات تنص على جواز استخدام وسائل الاتصال عن بعد للقيام بإجراءات المحاكمة رقميا في المواد الجنائية.

#### ثانيا: الإطار التشريعي للمحاكمة الرقمية

بتاريخ 26 أبريل 2020 انطلقت تجربة التقاضي عن بعد - المحاكمات الرقمية - بالمغرب وذلك في قضايا الأشخاص المعتقلين، وذلك استنادا للظرفية التي كان يمر منها العالم بأسره والمرتبطة بجائحة كورونا، والتي كان لابد معها من تأمين الصحة العامة للمتقاضين ومرتقي جهاز العدالة قاطبة، وعلى إثر ذلك قررت المندوبية العامة لإدارة السجون عدم نقل السجناء إلى المحاكم، وذلك بالتنسيق مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة ووزارة العدل، حيث تقرر إطلاق تجربة المحاكمة عن بعد في وقت قياسي دون إطار قانوني باستثناء ما نصت عليه المادة الثالثة من مرسوم حالة الطوارئ الصحية التي خولت للحكومة اتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تقتضيها هذه الحالة للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية للمرض وتعبئة جميع الوسائل المتاحة لحماية حياة الأشخاص وضمان سلامتهم.

ورغم كل ما سبق ذكره فإن مسألة اللجوء إلى المحاكمة الرقمية والاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة تستلزم توافر إطار تشريعي يقر وينظم التقاضي إلكترونيا وذلك لصحة وسلامة الإجراءات.

وفي هذا الإطار وضع المغرب مشروعا لتعديل قانون المسطرة الجنائية، يتضمن بعض المقتضيات الخاصة بإجراءات المحاكمة الرقمية من أجل إرساء قواعد العدالة الرقمية التي تعتمد على التطور التكنولوجي والمعلوماتي.

ولعل من بين المقتضيات القانونية التي كرسها المشرع في إطار المشروع نجد:

- إذا كانت هناك أسباب جدية تحول دون حضور المتهم أو الضحية أو الشاهد أو المطالب بالحق المدني لبعده عن المكان الذي تجري فيه المحاكمة، أمكن للمحكمة تلقائياً أو بناء على ملتمس النيابة العامة أو أحد الأطراف أو من ينوب عنهم تطبيق تقنية المحاكمة عن بعد؛

- تصدر هيئة المحكمة مقررًا قضائياً معللاً تبرر فيه اللجوء لتقنية الاتصال عن بعد وهوية الشخص أو الأشخاص موضوع الإجراء وتحدد المهمة المطلوبة وتاريخ وساعة إنجازها، وتوجه انتداباً قضائياً إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها الشخص أو الأشخاص المعنيون بالأمر للسهر على استدعائهم والإشراف على عملية الاستماع عن بعد.

- يعين رئيس المحكمة قاضياً للإشراف على تنفيذ المهمة واستدعاء الشخص أو الأشخاص المعنيين بالأمر، ويباشر الإجراء مع الأشخاص المعنيين بالأمر في مكتب أو قاعة يتم تهيئتها لهذه الغاية، مجهزة بالوسائل التقنية اللازمة.

- يتم الاستماع أو الاستنطاق أو تلقي التصريحات مباشرة من طرف الهيئة القضائية التي أصدرت الانتداب.

وقد تم تمديد إمكانية الاستعانة بهذه التقنية لفائدة قضاة التحقيق أيضاً وفق نفس الإجراءات.

وللإشارة هنا فإن المحاكمات الرقمية التي تم انعقادها قبل صدور المشروع وذلك خلال الظروف الطارئة التي عرفتها بلادنا إثر جائحة كورونا تستمد مشروعيتها من مرسوم القانون المتعلق بحالة الطوارئ الصحية رقم 2/20/292 الصادر بتاريخ 2020/03/22، وذلك حفاظاً على حقوق المعتقلين وحفاظاً على الصحة العامة لنزلاء المؤسسات السجنية.

إلا أن الإشكال الذي طرح نفسه بالحاح في هذا الإطار هو أن مسألة تنزيل المشروع إلى أرض الواقع تعتبر مسألة صعبة على اعتبار أنه إجراء تقني، يستلزم مقومات بشرية ولوجيستكية تضمن عدم المساس في الحق في محاكمة عادلة شكلاً ومضموناً.

### المحور الثاني: المحاكمة الرقمية وضمانات المحاكمة العادلة

إن تفعيل التقاضي عن بعد أو ما يسمى بالمحاكمة الرقمية في إطار الاستراتيجية التي تنهجها بلادنا والهادفة إلى تطوير منظومة العمل القضائي والنهوض بحقوق الإنسان تقتضي تعزيز شروط المحاكمة العادلة لاسيما تكريس الحق في المساواة وفي الدفاع (أولاً) ثم الحق في صدور الأحكام في آجال معقولة وفي ممارسة الطعون (ثانياً).

## أولاً: الحق في المساواة والحق في الدفاع

يعتبر كل من الحق في المساواة (1) والحق في الدفاع (2) على رأس حقوق الإنسان التي تشكل ضمانات أساسية لكفالة التمتع بباقي الحقوق المعترف بها دولياً ووطنياً لأطراف الدعوى في أي مجتمع ترى إذن هل يمكننا الحديث عن مثل هذه الحقوق في إطار المحاكمات الرقمية.

### 1 - الحق في المساواة

حسب المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 فإنه: «لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنتظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة، نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته»<sup>14</sup>.

وقد كرس الدستور المغربي في أكثر من موضع بدءاً من التصدير في فقرته السادسة من خلال حظره لكل أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الجماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان.

كما أن الفصول 19 - 27 و 154 اختارت تكريس المساواة كمبدأ في مواضيع مختلفة، ولعل ما يرمي إليه هذا الحق هو وجوب خضوع الخصوم لنفس القواعد والإجراءات التي تحكم التقاضي بالنسبة للنوع الواحد من القضايا دون أي تمييز بينهم من حيث الدين أو الجنسية أو المركز الاجتماعي أو غيرها من الاعتبارات، ولضمان المساواة في توزيع العدالة ينبغي أن يكون القضاء موحدًا أي أن يحتكم هؤلاء جميعاً في دولة معينة وبشأن النزاع الواحد من المنازعات لجهة قضائية واحدة<sup>15</sup>، وأن تكفل الدولة للجميع حماية حقوقهم مجاناً من خلال مرفق القضاء باعتباره مظهرًا من مظاهر سيادتها<sup>16</sup>.

من هنا تبدو إذن الأهمية الخاصة لهذا الحق في الإجراءات الجنائية نظراً لتعلق هاته الأخيرة بحقوق وحريات المواطنين، لانطوائها على أعمال تمس الحرية الشخصية للمتهم<sup>17</sup> أو غيرها من الحريات.

14. في نفس السياق الدولي تم تكريس هذا المبدأ في المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أن: «الناس جميعاً سواسية أمام القضاء».

15. نورة غزلان الشنيوي، التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة، التنظيم القضائي للمملكة في ضوء مستجدات سنة 2016، مطبعة الأمانة الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 55.

16. يونس العياشي، المحاكمة العادلة بين النظرية والتطبيق على ضوء المواثيق الدولية والعمل القضائي، سلسلة رسائل نهاية تدريب المحققين القضائيين، المعهد العالي للقضاء، العدد 4، يناير 2012، ص 85.

17. شادية إبراهيم، مصطفى المحروقي، أحمد محروس وعلي ناجي، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض طبعة 1 سنة 2012، ص 119.

وقد أدى قانون الإجراءات الجنائية دوراً مهماً في تحقيق المساواة الفعلية من خلال القواعد التي قررها المشرع لضمان الحياد، على اعتبار أن المحكمة هي الجهة الوحيدة التي نصبها الدولة لكي يلجأ إليها الأفراد لحل خصوماتهم دون أن تكون لهم الحرية في اختيار القاضي الذي ينظر في الدعوى، الأمر الذي يستلزم أن يكون جهاز القضاء الذي يتقاضى أمامه الجميع واحد وألا تختلف المحاكم باختلاف الأشخاص الذين يتقاضون أمامها<sup>18</sup>، كما يجب أن تكون إجراءات التقاضي واحدة<sup>19</sup>.

وارتباطاً بموضوعنا، فإن تحقيق العدالة في إطار المحاكمات الرقمية لن يتأتى إلا بتطبيق نفس الإجراءات على جميع المتقاضين وإحاطتهم بنفس الضمانات ونفس الحقوق ولو عن بعد، وما ذلك في نظرنا إلا تكريس لضمانة مهمة من ضمانات المحاكمة العادلة ألا وهي الحق في الدفاع.

## 2- الحق في الدفاع

يعد حق الدفاع من الحقوق الطبيعية المضمونة والتي لا يجوز انتهاكها، وضمانه معناه ضمان محاكمة عادلة للمتقاضين، وذلك من خلال تمكينهم من دراسة ومناقشة جميع الطلبات والدفعات التي من شأنها أن يكون لها تأثير حاسم على المحاكمة<sup>20</sup>.

وقد أصبح هذا الحق كغيره من الحقوق الأخرى للمتقاضين مؤطراً دستورياً<sup>21</sup>، وهكذا فقد تم التنصيص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 120 من الدستور بتأكيد: «حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم».

وحسب بعض الفقه<sup>22</sup> تعتبر حقوق الدفاع بمثابة مجموعة من الضمانات والامتيازات التي يتحصن بها أي فرد يتعرض لتهديد في حياته أو شرفه أو حريته أو مصالحه من خلال الاشتباه فيه أو اتهامه بجريمة من الجرائم، بحيث تقوم على مبدأ تكافؤ الفرص أو التوازن بين سلطة الاتهام وبين المتهم خوفاً من تعرضه كطرف ضعيف في الدعوى لأية مخاطر تحيط به، والتي قد يباشرها المتهم إما بصفة شخصية أو بواسطة محاميه.

18. إلا أن هذا الأمر لا يتنافى مع وجود محاكم مختلفة باختلاف أنواع المنازعات أو باختلاف طبيعة الجرائم بشرط ألا تقام تفرقة أو يوضع تمييز بين المتقاضين، كما أنه لا يتعارض مع مضمون هذا المبدأ - المساواة - أن توجد أحيانا محاكم خاصة لطوائف معينة من المواطنين.

19. عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق النقاضي، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 9 - 16.

20. نورة غزلان الشنيوي، م س، ص 56.

21. كما نصت عليه وأقرته العديد من المواثيق الدولية كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية في المادة 14 الفقرة 3.

22. محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، منشأة المعارف الاسكندرية طبعة 2001، ص 7.

ومن خلال التعريف أعلاه يتبين لنا أن لحقوق الدفاع مدلولان، الأول واسع ويعني الاستعانة بكافة الصور والوسائل التي تحمل معنى الحماية للمتهم ضد تعسف سلطات الاتهام والتحقيق والمحاكمة، والثاني ضيق بمعنى حق المتهم في الاستعانة بمحام يؤازره. ومن صور حقوق الدفاع نجد الحق في الصمت، الحق في إثارة الدفوع، الحق في الإثبات، الحق في العرض على خبرة طبية، الحق في الاستعانة بمحام، الحق في الحضور، الحق في العلم بالإجراءات والحق في ممارسة الطعن في الأحكام، الحق في علانية الجلسات، والحق في التمتع بضمانات مبدأ المواجهة وغيرها كثير<sup>23</sup>، إذ يصعب حصرها نظرا لما لهذا الحق - الدفاع - من شأن كبير في تحقيق العدالة الجنائية، إذ لا يتصور عدالة تقوم على انتهاك حق الدفاع للفرد.

فأهميته إذن تتبع من اعتباره يحقق التمكين للمتهم لدفع التهمة الموجهة إليه من جهة، ومساعدة القاضي الجنائي للوصول إلى وجه الحقيقة في الدعوى الجنائية، فجميع ما يدور من مناقشات حرة وجدية تجعل من مهمة القاضي الجنائي أقرب للوصول إلى الحقيقة والعدالة المنشودة<sup>24</sup> وهذا الأمر مفترض في القاضي العمل على تجسيده سواء كان المتهم أمام محاكمة عادية تقليدية أو في إطار محاكمة رقمية.

وبناء على ما سبق تبقى مسألة الاستعانة بمحام بمثابة حق أصيل يتمتع به الشخص كونه يستمد من حقه في الدفاع، فلا يتصور حرمانه من هذا الحق في أي مرحلة من مراحل التقاضي في الدعوى الجنائية الرقمية، وإلا فإنه يترتب على خلاف ذلك بطلان سائر الإجراءات التي كانت السبب وراء إهدار مجموعة من الحقوق الأساسية التي يكفلها القانون للمتهم، ومن بين تلك الحقوق وجوب صدور الأحكام في آجال معقولة وحق التقاضي أمام محاكم أعلى درجة.

### ثانيا: الحق في صدور الحكم في آجال معقولة وفي ممارسة الطعن

لمقاربة هذه النقطة ارتأينا معالجة الحق في صدور الحكم في آجال معقولة أولا (1) ثم التطرق للحق في ممارسة الطعن ثانيا (2).

#### 1 - الحق في صدور الحكم في آجال معقولة

يعتبر الحق في البت في الدعوى داخل أجل معقول حق دستوري كرسه دستور 2011 في إطار الفصل 120 الذي ينص على أنه: «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة وفي حكم

23. نورة غزلان الشنيوي، التحديات الكبرى للدستور المغربي الجديد في مجال القضاء، مطبعة الأمنية، الرباط طبعة أولى 2012، ص 45.

24. حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمان طبعة 2010، ص 122.

يصدر داخل أجل معقول»، كما تضمنته المواثيق والمعاهدات الدولية كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 في المادة 14/3.

وارتباطاً بموضوعنا نشير إلى قرار المحكمة الدستورية الفرنسية الصادر بتاريخ 15 يناير 2021 عدد 87-2020: والذي لم يقضي بعدم دستورية المحاكمة عن بعد من حيث المبدأ، ذلك أن هذه التقنية منصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية الفرنسي لسنة 2004، وإنما هذا القرار في حقيقة الأمر يتعلق بعدم دستورية المادة الخامسة من قرار وزير العدل القاضي بالاستغناء عن رضی المتهم في ظل وباء كورونا وما يتطلبه ذلك من محاكمة المعتقلين داخل آجال معقولة، وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، أما إذا كان رضی المتهم فهذا لا يمس بمبدأ الدستورية لأنه مسموح به قانوناً.

ولعل أهمية هذا الحق تنبع من كونه مرتبطاً بالحق في الحرية وافترض البراءة وحق الشخص في الدفاع عن نفسه في فترة زمنية معقولة لا يتلاشى معها تفاصيل الوقائع من ذاكرة الشهود أو يتعذر إيجادهم أو تندثر الأدلة أو تتبعثر خصوصاً ونحن نعيش حالة وبائية قد تطول أكثر لذلك ومن أجل ضمان تكريس هذا الحق كان لابد من التفكير في الاعتماد على المحاكمات الرقمية عن طريق تخصيص قاعات داخل المؤسسات السجنية وربطها مباشرة بقاعات الجلسات قصد محاكمة المعتقلين بعد موافقتهم وبحضور دفاعهم، هذا إضافة إلى ضمان عدم إطالة الفترة الزمنية للمحاكمة وإصدار الحكم حتى لا تطال مدة الخوف والقلق النفسي الذي يعيشه المتهم جراء اتهامه بارتكاب فعل جنائي رغم افتراض براءته.

إلا أن الإشكال المطروح هنا كيف يمكننا تحديد الفترة الزمنية التي يؤخذ بها عند تقدير مدى تقيد السلطات المعنية بالمدة المعقولة لإصدار الأحكام؟

للإجابة على هذا الطرح ظهرت ثلاث اتجاهات: الأول يرى أن البدء في حساب المدة يكون منذ الوقت الذي تحققت فيه صفة المتهم، والثاني يرى أن احتساب المدة يبدأ قبل توجيه الاتهام، بينما يرى الاتجاه الثالث بأن احتساب المدة يبدأ منذ تمسك المتهم بحقه في المحاكمة خلال مدة معقولة، ويستمر هذا الحق إلى غاية صدور حكم نهائي في القضية<sup>25</sup>.

وللإشارة فإن قانوننا الإجرائي<sup>26</sup> ضمنياً لم يهمل هذا الحق، بل إننا نجده مجسداً في الكثير من المواد التي تحدد آجال للحراسة النظرية وآجال للمحاكمة إذا تعلق الأمر بجريمة متلبس بها، وآجالاً في مدد الحبس المؤقت وآجالاً لتحديد بعض الجلسات لما يتعلق الأمر

25. غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة، دار التحفة العربية، القاهرة 2003 ص 38.

26. قانون المسطرة الجنائية المغربي عدد 01.22.

باستئناف أحكام لها علاقة بالمحبوسين احتياطيا، وأجالا للرد على الطلبات التي تقدم أمام قاضي التحقيق وأجالا لاستئنافها وإدراجها أمام المحكمة المختصة، وأجالا للتعرض والاستئناف والطعن وغير ذلك من الأمور التي تحمي مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية للمتهم خاصة وأطراف الدعوى الجنائية عموما والتي يبقى للقاضي الجنائي الدور الأساسي في تكريسها وتطبيقها بالشكل الذي يحافظ عليها.

وفي إطار المحاكمات الرقمية أكد السيد رئيس النيابة العامة في ندوة المحاكمة عن بعد وضمانات المحاكمة العادلة، على أن الهدف من استخدام هذه التقنية - المحاكمة عن بعد - هو ضمان استمرار سير مرفق العدالة بحكم أن الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال داخل آجال معقولة من أهم الآليات التي تكرر الحق في محاكمة عادلة خصوصا في ظل الظرفية الوبائية التي تعيشها بلادنا وسائر بلدان العالم<sup>27</sup>.

## 2 - حق الطعن في الحكم الجنائي

الأصل هو أن يكون الحكم الذي يصدره القاضي الجنائي في المرحلة الابتدائية بمثابة عنوان للحقيقة وثمره لعملية المحاكمة الغنية بضمانات المحاكمة العادلة، إذ لا ينبغي لأحد أن يناقش في مصداقيته، لكن وما دام الذي يصدر هذا الحكم بشر فقد لا يصيب في حكمه<sup>28</sup>، فيسقط بذلك وعن غير قصد في شائبة الخطأ، مما يجعل من صدر الحكم معجف في حقه يشعره بالظلم نتيجة الاعتداء على حق من حقوقه التي هضمت من جهاز يفترض فيه أنه حامي للحقوق لا هاضمها، لذلك نجد أن القانون يتحسب لهذه الفرضية ولو أنها نادرة الوقوع، فخلو لكل متضرر من حكم قضائي الحق في الطعن فيه لكي تأخذ الدعوى مجراها الصحيح.

وإذا كان ما سبق يؤسس لأهمية بل وضرورة السماح للأطراف بالتظلم عن كل حكم قد يروونه ضارا بهم للخطأ الذي شابهه بغية تصحيحه، فإنه ينبغي الأخذ في الحسبان كذلك مبدأ الاستقرار القانوني في المجتمع وهو الذي لا يسمح بترك ممارسة التظلم مما يصدر عن القضاء للهوى والمزاج الشخصي المتقلب، فصار التظلم من الحكم بهذا الضابط<sup>29</sup>

27. أنظر موقع رئاسة النيابة العامة، كلمة السيد رئيس النيابة العامة في ندوة المحاكمة عن بعد وضمانات المحاكمة العادلة.

28. إما لبناء قناعته من وقائع غير صحيحة، أو لتطبيق خاطئ لنص قانوني بسبب تأويله تأويلا يخالف إرادة المشرع.

29. إضافة إلى هذا الضابط العام هناك ضوابط قانونية أخرى يمكن اعتبارها خاصة، من قبيل ضرورة الأخذ بعين الاعتبار قاعدة عدم جواز إضرار الطعن بصاحبه واتصاف جميع طرق الطعن بالأثر النسبي الذي تستتبعه قاعدة أخرى وهي أنه لا يستفيد من الطعن إلا الطرف الذي رفعه دون غيره، كما أن القاضي الجنائي عند نظره في الطعن فإنه يقتصر على الجزء من الحكم الذي يتعلق به الطعن دون غيره، كما أن الطعن يكون منحصرا في الخصومة التي يكون الطاعن طرفا فيها، إضافة إلى وجوب مراعاة قاعدة «حيث لا مصلحة فلا طعن» وبالتالي لا يقبل الطعن ممن برأته المحكمة لعله وجود شائبة في الحكم أو ....

مقيدا بضرورة توسل التظلم من الحكم بغية إصلاحه بوسائل يحددها القانون سلفا<sup>30</sup>، وهي ما يطلق عليها بطرق الطعن في الأحكام التي تختلف بحسب ما إذا كانت عادية (التعرض والاستئناف) أو غير عادية (النقض، إعادة النظر والمراجعة)<sup>31</sup>.

وأخير لا يسعنا إلا أن نقول أن الاعتماد على المحاكمات الرقمية باستعمال وسائل الاتصال السمعية والبصرية يدخل في إطار الرؤية المستقبلية للعدالة الرقمية التي تريد أن تنهضها بلادنا، والتي أثبتت حسب تجارب الدول المقارنة - فرنسا مثلا - أن لها عدة مزايا تهم حسن تدبير المال العام لما توفره من اقتصاد في نفقات الدولة (تكاليف نقل المعتقلين وتوفير حمايتهم....)، كما أنها - المحاكمات الرقمية - تساعد في ظل الجائحة على التوفيق بين حماية حقوق الأشخاص خاصة المعتقلين وحماية الصحة العامة، ذلك أن الفصل في القضايا لا سيما المرتبطة منها بالحريات داخل أجل معقول يعد من أهم الآليات التي تكرر الحق في محاكمة عادلة، وعلى هذا الأساس تعد المحاكمة عن بعد الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذه الغاية خاصة في ظل الظروف الطارئة التي تشهدها بلادنا والعالم بأسره.

ولإنجاح تجربة المحاكمات الرقمية بشكل يضمن حماية الحق في محاكمة عادلة ببلادنا وإضفاء نوع من الشرعية عليها نقترح ما يلي:

- التعجيل بإصدار تشريع ينظم المجال الإجرائي والعمل الإداري أمام المحاكم الرقمية.
- العمل على إجراء دورات تكوينية دورية في مجال القضاء الإلكتروني، لمواكبة أي تطور حاصل في مجال التقنية العلمية من جهة، وتحقيق حماية أكبر للدعاوى الإلكترونية من خطر الاختراق.
- نشر الوعي القانوني بالمحاكمات الإلكترونية لتحقيق العدالة الإجرائية.

30. الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون التنظيم القضائي للمملكة التي تنص على الحق في الطعن في المقررات القضائية وفق الشروط المقررة قانونا.

31. عبد الواحد العلمي، شرح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية الجزء الثالث مطبعة النجاح الدار البيضاء، الطبعة الثانية سنة 2017 ص 72-73.



## الأطفال ضحايا العنف بين قصور مسؤولية الآباء وعدم نجاعة النص القانوني

بقلم الباحث: عبد العزيز الصروح  
دكتور في الحقوق

### مقدمة

عرف موضوع حقوق الطفل اهتماما واسعا وقفزة نوعية من حيث الدراسة والبحث، منذ أن نصت عليه المصادر الشرعية التي كانت سباقة لحماية الإنسانية بشكل عام وحماية الطفل بشكل خاص مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا<sup>1</sup>﴾.

ونفس النهج سارت عليه المواثيق الدولية والقوانين الوطنية التي بدورها اهتمت بمجال الطفل وتفردت به من حيث الدراسة والبحث نظرا للمكانة التي يحتلها داخل المجتمع، وهذا الاهتمام لم يأت وليد الصدفة بقدر ما دعت له الضرورة من أجل خلق قنوات التواصل دوليا ووطنيا من أجل الحد من المعاناة التي يعاني منها الأطفال بمختلف سنهم ومرحلتهم وكذلك جنسهم، إضافة إلى ما تحتاجه هذه الفئة من استئناس ومرشد ومعلم، لكي يبين له كل ما يحتاجه في حياته والاستجابة لمتطلباته خصوصا عندما يكون الطفل في مرحلة المراهقة والانفتاح والتغيير الفيزيولوجي، وهذا ما دفع الجميع الوقوف بجانبه ومساعدته في كل شيء وأن يحمي كذلك من أي استغلال أو تعرض من طرف الأشخاص الذين يكون همهم الوحيد هو الاعتداء على هذه الفئة بدون سابق انذار أو إعلان.

لكن للأسف بالرغم من كل هذه الحماية نتفاجأ بالعديد من الحالات التي تم الاعتداء عليها بطريقة أو بأخرى وهذا ما يطرح العديد من التساؤلات حول ما أهمية النصوص القانونية؟ وكذلك دور الأبوين والمجتمع برمته في حماية الطفل من كل اعتداء واستغلال؟ والغريب في الأمر أننا نجد مختلف الاعتداءات التي يتعرض لها الأطفال من أشخاص لم يسبق لهم المشاركة أو المساهمة في أي فعل جرمي أو من الأشخاص ذو السوابق القضائية.

1. سورة الإسراء، الآية 70.

ويأتي البحث في هذا الموضوع نتيجة للاعتداءات المتكررة التي تعاني منها هذه الفئة والمساهمة بأفكار عملية للتفكير في فلسفة تشريعية تواجه كل من سولت له نفسه الاعتداء أو التلاعب بمصلحة الطفل.

لكن قبل أن نقف على هذه الأهمية لا بد أن نحدد مكامن الخلل الذي ترك المجال أمام المعتدين على الأطفال مثل: عدم نجاعة النص القانوني للجناة، وقصور مسؤولية الآباء في حماية أطفالهم ودور المجتمع المدني باعتباره الجهة التي قلدت بالاهتمام الواسع بوضعية الطفل بشكل خاص.

ولدراسة هذا الموضوع سيتم الاعتماد على مبحثين، يتناول الأول مسألة الأساس القانوني لحماية الطفل، فيما يتطرق المبحث الثاني لمحدودية مسؤولية الآباء والمجتمع في حماية الطفل.

### **المبحث الأول: الأساس القانوني لحماية الطفل**

عرف موضوع الطفل في القانون الدولي بشكل عام ثورة تشريعية مهمة التي استفاقت عليها القوانين الدولية التي اهتمت بالطفل اهتماما واسعا نظرا لتواجهه كإنسان والمكانة الخاصة التي حضي بها داخل المجتمع الأوربي (المطلب الأول)، وكذلك الاهتمام الواسع بالطفل في التشريعات الوطنية (المطلب الثاني).

### **المطلب الأول: موقع الطفل في الاتفاقيات والمؤسسات الدولية**

لقيت حقوق الطفل اهتماما قل نظيره لدى باقي الفئات سواء في الاتفاقيات الدولية وهو الذي سيكون محور النقطة الأولى أو من لدن المؤسسات الدولية وهو عنوان النقطة الثانية.

#### **أولا: دفاع الاتفاقيات الدولية عن حقوق الطفل**

أقرت الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل منطلقا من اتفاقيات جنيف ولا سيما الاتفاقية الرابعة التي جاءت نتيجة للحد من هجومات الحروب وعزل الأشخاص المدنيين عن العسكريين في حالة حرب.

وطبقا لإعلان حقوق الطفل المسمى إعلان جنيف يعترف الرجال والنساء في جميع أنحاء البلاد بأن على الإنسانية أن تقدم للطفل خيرا ما عندها، ويؤكدون واجباتهم بعيدا عن كل اعتبار بسبب الجنس، والجنسية أو الدين:

1 - يجب أن يكون الطفل في وضع يمكنه من النمو بشكل عادي من الناحية المادية والروحية؛

2 - الطفل الجائع يجب أن يطعم، والطفل المريض يجب أن يعالج، والطفل المتخلف يجب أن يشجع والطفل المنحرف يجب أن يعاد للطريق الصحيح، واليتيم والمهجور يجب إيواؤهم وإنقاذهم؛

3 - يجب أن يكون الطفل أول من يتلقى العون في أوقات الشدة؛

4 - يجب أن يكون الطفل في وضع يمكنه من كسب عيشه وأن يحمى من كل استغلال؛

5 - يجب أن يربى الطفل في جو يجعله يحس بأنه يجب عليه أن يجعل أحسن صفاته في خدمة أخواته.<sup>2</sup>

هذه أهم البنود التي أقرها إعلان جنيف لسنة 1924 في إطار عصبة الأمم الذي يعتبر الاعلان الأساسي للإقرار بحقوق الطفل بالرغم أنه كان مقتضبا لكن افتتح بمجموعة من الحقوق التي أقرها في ظل الوضعية الهشة التي كان يعيشها الطفل بشكل عام سواء على المستوى الحقوقي أو على مستوى إنسانيته، وهذا كان نتيجة للاعتبارات الانسانية المحضة التي تصب في كسر حاجز الظلم الذي كان يعاني منه الطفل، أي تم نقله من وضعية التهميش والفقر إلى مكانة انسانية تعترف بحقوقه وكونيته حتى صار الأمر معترف به دوليا.

ومن تم عرف موضوع الطفل التفاتة نوعية من طرف الدول التي أكدته خصوصا الاعلان العالمي لحقوق الانسان بعد ظهور الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية سنة 1948 متناولة مجموعة من المواضيع ومن أهمها الحقوق المتعلقة بالجانب الإنساني بشكل عام والطفل بشكل خاص الذي يعد هذا الأخير انسانا أولا وثانيا نظرا لاعتبار الطفولة من أهم مراحل الإنسان.

لقد جاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان بفلسفة جديدة ساهمت بشكل كبير في الانتقال بالبشرية من وضعية الهشاشة والفقر وكذلك الاعتداءات اللاإنسانية والحيث الذي يتعرض له الانسان نتيجة الحروب القومية وكذلك الدولية، وهذا ما أكدته الإعلان من خلال ديباجته الذي أكد على أنه: «لما كان الاقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصلية فيهم، ومن حقوق متساوية وغير قابلة للتصرف، بشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، ولما كان تجاهل حقوق الانسان وازدراؤها قد أفضيا إلى أعمال أثارت بربريتها الضمير الانساني، وكان البشر قد نادوا بيزوغ عالم يتمتعون فيه بحرية القول والعقيدة وبالتحرر من الخوف ...

ولما كان التقاء الجميع على فهم مشترك لهذه الحقوق والحرريات أمر بالغ الضرورة ولتمام الوفاء بهذا التعهد، فإن الجمعية العامة، تنشر على الملأ هذا الإعلان العالمي

2. إعلان حقوق الطفل لعام 1924 جنيف.

الانسان بوصفه المثل المشترك الذي ينبغي أن تبلغه كافة الشعوب وكافة الأمم، كما يسعى جميع أفراد المجتمع وهيئاته، واضعين هذا الإعلان نصب أعينهم على الدوام، ومن خلال التعليم والتربية، إلى توطيد احترام هذه الحقوق والحريات»<sup>3</sup>.

يتضح من خلال الديباجة أعلاه أن الإعلان العالمي لحقوق الانسان جاء شاملا لكل الانسان بصرف النظر عن مرتبتهم أو جنسهم وعمرهم، لكن في صلب هذا الاعلان تم التطرق لحقوق الطفل بطريقة مزدوجة حيث فرق بين الطفل بصفته إنسانا والطفل بصفته صغيرا يحتاج إلى العون والمساعدة، حيث تطرق للحقوق العامة التي تشارك فيها كل البشرية ومن بينها الحق في الحياة الذي يعد من أهم الحقوق الكونية التي تقر بوجود الانسان والدفاع عن هويته وفطرته، وكذلك الحق في الحرية التي تعد متفصلا أساسيا للإنسان أي لا وجود لشخصيته ولا ثقافته ولا فكره بدون الاعتراف بحريته. وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان<sup>4</sup>، إضافة إلى المادة الثانية عشر، التي أكدت على حفظ حياته الخاصة وحفظ شؤون أسرته كإنسان<sup>5</sup>.

أما الاعتراف الذي جاء به الإعلان بالنسبة للطفل بشكل خاص فهو يتجلى في:

- حقه في الرعاية، وهذا ما نصت عليه المادة 16 منه<sup>6</sup>؛

- حقه في حضن الأمومة والاعتناء به كطفل المادة 25<sup>7</sup>؛

- الحق في التعليم: المادة 26<sup>8</sup>

وهكذا اعتمدت بنود الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كوثيقة دولية صادرة عن منظمة ذات طابع عالمي موجهة إلى الدول الأعضاء في المنظمة.

بعد ذلك تواترت باقي الإعلانات والاتفاقيات الأخرى التي اهتمت بالطفل؛ كالعهدان الدوليان اللذان جاءا كإضافة لما أغفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولا سيما الجانب المتعلق بالطفل، كالحق في المحاكمة العادلة طبقا للمادة الرابعة.

3. مقتطف من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

4. تنص المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: « لا يجوز استرقاق أو استعباد ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورها» .

5. «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلته ولا لحملات تمس شرفه وسمته ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات» .

6. «لكل إنسان في كل مكان ، الحق بأن يعتبر له بالشخصية القانونية» .

7. الناس جميعا سواء أمام القانون وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز .

8. لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي تمنحها إياه الدستور أو القانون .

واستمر التشريع الدولي المتعلق بقضية الطفل حتى وصل الأمر إلى الإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة 1959 الذي أكد على المساواة بين الأطفال في التمتع بالحقوق الواردة في الإعلان دون أي تمييز لسبب من الأسباب سواء تلك المتعلقة بالجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره، وهذا النص هو منقول عن ما ورد في المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>9</sup>، أما المبدأ الثاني فقد دعا إلى جعل المصلحة الفضلى للطفل محور التشريعات الداخلية للدول، والتي يكون هدفها بصفة رئيسية تحقيق حماية له مما يجعل من الدول الموقعة على الاعلان ملتزمة بملاءمة تشريعاتها مع ما نص عليه من بنود هي في صالح الطفل بالدرجة الأولى، هذا ويجب أن تكون التشريعات في مجال الطفولة واضحة تعطي حقوقاً محددة غير فضفاضة، وتحدد المسؤول عن تطبيقها.<sup>10</sup>

حتى وصل الأمر إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي عرفت تطوراً ملحوظاً من حيث الرفع من قيمة الطفل وترسيخ حقوقه أكثر، حيث جاءت هذه الأخيرة بمجموعة من المبادئ الأساسية التي تصب حول تجميع كل الحقوق التي يتمتع بها الطفل في نظام شامل بدل ما كان عليه الأمر في باقي الاتفاقيات السابقة علاوة على ذلك أن هذه الاتفاقية جاءت لتكريس مجموعة من الحقوق لفائدة الأطفال وهي حقوق أساسية وشاملة لجميع جوانب الوضعية القانونية للطفل كما اهتمت بالطفل سواء كان هذا الأخير في وضعية حرب أم سلم.

### ثانياً: المؤسسات الدولية

من الطبيعي أن القوانين والاتفاقيات الدولية التي اتخذتها دول الأطراف، مسؤولية على عاتقها من أجل العمل بها وتطبيقها، وفي المقابل يجب على هذه الدول أن تخضع لرقابة دولية وكذلك الالتزام بوضع تقارير سنوية أو مؤقتة من أجل رؤية مدى احترام حقوق الطفل، ومن أهم الجهات التي تسهر على رقابة هذه التقارير ومراقبة مدى احترام ذلك القوانين:

- مجلس الأمن: مجلس الأمن الدولي التابع للأمم المتحدة والذي يطلق عليه بمجلس الأمن والمعروف بمجلس الأمن الدولي، يعد من أحد أجهزة الأمم المتحدة ويعتبر المسؤول عن حفظ السلام والأمن الدوليين طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ولمجلس الأمن سلطة قانونية على حكومات الدول، لذلك قرارته ملزمة للدول الأعضاء وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من الميثاق.

9. نجوى علي اعتيقة، حقوق الطفل في القانون الدولي، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 74.

10. لمياء الدافي، ملزمة القوانين الوطنية مع الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الطفل، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، سنة 2016-2017، ص 20.

حيث يتميز هذا المجلس بجميع المميزات التي تخدم مصلحة الإنسانية وله مسؤولية واسعة من حيث الحفاظ على حقوق الطفل الذي اتضحت من خلال قراراته المألوفة:

كالقرار رقم 1261 الذي جاء ليوضح مدى تأثير الصراعات المسجلة على الأطفال، وما يتأثر على ذلك من آثار طويلة الأجل على السلاح والأمن والتنمية المستدامة، ويحث مجلس الأمن في هذا القرار جميع أطراف النزاع على التقييد بالالتزامات المحددة المعقودة لكفالة حماية الأطراف في حالة النزاع.<sup>11</sup>

إضافة إلى ذلك أن مجلس الأمن يخصص كل مرة في السنة اجتماعا مفتوحا من أجل دراسة التطورات التي وصل إليها الأمر المتعلق بحماية حقوق الطفل، ويختتم أحد اللقاءات بتسليط مجموعة من البنود التي يجب احترامها وهي:

- ممارسة الإشهار والفضح: في عام 2001 أصدر مجلس الأمن القرار الذي يوصي بأن يقوم الأمين العام في تقريره السنوي بوضع قائمة بالأطراف التي تقدم على تجنيد واستخدام الأطفال فضلا عن القتل وتشويه الأعضاء والعنف الجنسي في النزاعات (القرار 1882 في عام 2009). وشن الهجمات على المدارس والمستشفيات (القرار 1998 في عام 2011)، وهي أمور أضيفت بعد ذلك كمعايير من أجل إدراج تلك القائمة.

- خطط عمل: لإيجاد حوافز بالنسبة للجنة بحيث تدفعهم إلى إنهاء هذه الانتهاكات ورفع أسمائهم من القائمة، وضع مجلس الأمن مفهوم خطط العمل من خلال القرار 1460 (2003) وطلب المفهوم من الأطراف المدرجة في القائمة أن تدخل في محادثات مع الأمم المتحدة لتعمل من أجل التوصل إلى اتفاق يقضي بوقف تلك الانتهاكات، ولدى تحقق الأمم المتحدة من أن خطة العمل ذات الصلة قد نفذت كاملا وأن الانتهاكات قد توقفت، يمكن بعد ذلك رفع أسماء الأطراف من «قائمة العار».

- إنشاء آلية للرصد والإبلاغ بشأن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الطفل بواسطة قرار مجلس الأمن 1612 (2005) للإبلاغ عن ستة انتهاكات جسيمة ضد الأطفال في النزاع المسلح.

- قتل الأطفال أو تشويههم؛
- تجنيد الأطفال أو استخدامهم جنودا؛
- الاغتصاب وغيره من الانتهاكات الجنسية الخطيرة التي يتعرض لها الأطفال؛
- مهاجمة المدارس أو المستشفيات؛

11. البند الثامن من قرار 1379.

- قطع سبيل المساعدات الإنسانية عن الطفل؛

- اختطاف الأطفال<sup>12</sup>.

كانت هذه أهم النتائج التي وصى بها مجلس الأمن وطالب دول الأعضاء باحترامها وهذا جاء نظرا لأهمية الطفل أمام أنظار دول العالم.

- مؤسسة اليونيسيف: أنشأت منظمة الأمم المتحدة مؤسسة معروفة اختصارا باليونيسيف باقتراح من الجمعية العامة للأمم المتحدة، واتخذت في البداية اسم صندوق الأمم المتحدة للدول لرعاية الأطفال وجاء إنشائها في البداية رغبة من المجتمع الدولي بالتخفيف من الآثار الناجمة عن الحرب العالمية الثانية، وما خلفته من معاناة كبيرة ولا سيما بالنسبة للأطفال الذين كانوا من بين أولى الضحايا المتأثرة بهذه الحرب.

«وتعتبر اليونيسيف الوكالة الوحيدة المكرسة للأطفال على وجه الحصر والمفوضة من قبل حكومات العالم لتعزيز وحماية حقوق الطفل ورفاهيته، وتضم في عضويتها كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة»<sup>13</sup>.

تهتم اليونيسيف بكل القضايا المتعلقة بحماية حقوق الطفل ومدى احترام الدول للقوانين الدولية التي تعهدوا بها من خلال تطبيقها على أرض الواقع وكذلك مدى احترامها، أكثر من ذلك أنها تلجأ لآلية الرقابة والمتابعة وكذلك المسائلة عن كل الوعود التي وعد بها الأطفال وبيبرامج التوعية الغذائية، إضافة إلى اهتمامها الإنساني الذي يقوم على تقديم كل المساعدات الغذائية للأطفال وببذل كل الجهود من أجل النهوض بأوضاع الطفل في العالم، وحمايته من أي أذى وكذلك سوء المعاملة.

كما تتكلف اليونيسيف بتقديم تقارير دولية حول وضعية الطفل بالعالم وكذلك من خلال الدراسات والأبحاث التي تقوم بها هذه الأخيرة، ولعل من أهم التقارير التي أصدرتها ذلك التقرير الذي نشرته اليونيسيف المتعلق بالحالة الوبائية المتعلقة بجائحة كورونا التي عرفها العالم بشكل عام التي صرحت فيه على أن: «الأزمة الصحية تتحول بسرعة إلى أزمة حقوق الطفل»، مع تحديد قيمة الدعم التي يمكن أن تتوصل بها من خلال مواجهة هذا الفيروس وهو المحدد في 106 مليار دولار لدعم استجابتها لإنسانية الأطفال المتأثرين بالجائحة، مشيرة إلى أنه بدون اتخاذ إجراءات عاجلة يمكن أن يموت 6000 طفل دون سن الخامسة

12. <https://childrenandarmedconflict.un.org/ar>

تاريخ الاطلاع يوم 2021/01/06 على الساعة: 00:05

13. محند بوكوطيس، الوضعية الحقوقية للطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية العدد 10 يوليوز 2015 ص 255.

كل يوم»<sup>14</sup>، وهذا كان نتيجة لتأثير فيروس كورونا على الأطفال بالرغم أن محتمل قليل يشير إلى تأثير الأطفال بفيروس كورونا وهذا ما أكدته التقرير الصادر عن الأكاديمية الأمريكية لطب الأطفال ورابطة مستشفيات الأطفال حيث صرحنا على أن يمثل الأطفال في الولايات المتحدة الأمريكية 12 في المائة تقريبا المصابة بفيروس كورونا، وتشير الأبحاث إلى أن الأطفال الذين تقل أعمارهم عن عشر سنوات أو 14 سنة هم أقل عرضة للإصابة بكوفيد 19 مقارنة بالأشخاص الذين تبلغ أعمارهم 20 سنة فأكثر، كما أن معدلات إدخال الأطفال للمستشفيات أقل بكثير من معدلات إدخال البالغين، مع ذلك بالنسبة للأطفال الذين يتم إدخالهم للمستشفى فإن نسبة إدخالهم للعناية المركزة مماثلة لنسبة البالغين.<sup>15</sup>

لكن، لا ينكر حقيقة الإحصائيات التي قامت بها اليونيسيف، حيث ركز تقريرها على أن تأثير فيروس كورونا على الأطفال يتجلى في الجانب النفسي والحركي الذي يصاحب الأطفال في ظل فترات الحجر الصحي الذي يسبب لهم أزمات صحية بسبب عدم تمتعهم بحقوقهم الطبيعي من خلال التحرك واللعب، وكذلك ذهابهم إلى المدارس الذي يساهم بشكل كبير في نشاطهم وحيويتهم.

### المطلب الثاني: حماية الطفل في القوانين الوطنية

سيتم الحديث عن حماية الطفل في الدساتير المغربية (أولا)، ثم في مختلف القوانين المغربية (ثانيا).

#### أولا: حماية الطفل في الدساتير المغربية

لم يغفل المشرع المغربي تشريع حقوق الطفل وجعلها من بين المبادئ العامة التي كرستها دساتير المملكة انطلاقا من دستور 1962 الذي يعد من أولى الدساتير التي عرفت المملكة المغربية بعد نعوتمتها بالاستقلال، والذي كرس مجموعة من الحقوق والحريات كما كانت منظمة في ظهير 1958 المتعلق بالحريات العامة، ونظرا لمجيء هذا الأخير في ظرفية غير عادية نظرا لقلّة التشريع وكذلك الصراعات التي كان يعرفها المغرب آنذاك مع المستعمر، والبحث عن الاستقلال التام الذي كان يسعى له المشرع المغربي، أسباب عجلت بوضع دستور 1970 الذي أنتج بدوره هندسة غير متوازنة على مستوى السلط وتطلب الأمر وضع دستور 1972 والذي لم يكن هذا الأخير عائقا أمامه من أجل اهتمامه بقضية الطفل

14. تقرير الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف)، 2020/5/12.

15. أبحاث مركز مكافحات الأمراض والوقاية منها، (cdc) حسب الأكاديمية الأمريكية لطب الأطفال ورابطة مستشفيات الأطفال،

الذي اعتبر من أولويات السياسات العمومية تماشيا مع الاتفاقيات التي التزم بها المغرب، وهذا ما ساهم في اعتماد هذا الأخير فترة طويلة.

واستقر الأمر على ذلك، حتى بعد أن عرف المغرب دستورا آخر سنة 1992، الذي عرف نقلة نوعية ولو لم يكن أكثر على سابقه، نظرا للفترة الزمنية التي لم تكن كافية في إعادته للنظر في المنظومة الحقوقية للطفل، ولوجود أولويات تشريعية تهم النظام العام والسياسات العمومية ولا سيما المتعلقة منها باستقرار الوضع السياسي بالمغرب.

لكن بعد الانتقال إلى دستور آخر سنة 1996 والذي جاء بالعديد من الحقوق والامتيازات موضحا ما كان عليه الأمر في الدستور القديم، حيث عرف هذا الأخير التفتاة نوعية لحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الطفل بشكل خاص، إلا أن الوضع اختلف سنة 2011 والذي أكد فيها على أن المغرب متمسك بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليه دوليا، وهذا ما صرح به: «دسترة كافة حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا، بكل آليات حمايتها وضمن ممارستها، وهو ما سيجعل من الدستور المغربي، دستورا لحقوق الإنسان، وميثاقا لحقوق وواجبات المواطنة» .

ولو أن عبارة الحقوق جاءت شاملة لكل الإنسان، لكن بعد قراءتنا لفصول دستور 2011 نجده اهتم اهتماما واسعا بحقوق الطفل خلافا لما كان عليه الأمر في الدساتير السابقة تأكيدا لما التزم به المغرب من حيث الحفاظ على حقوق هذه الفئة وكذلك حرسه الدائم على حرمة الطفل وعدم السماح مع من سولت له نفسه أن يمس بحقوق هذه الفئة أو النبش بسمعتها واستغلال طفولتها أو استخدامها لأغراض شخصية تؤثر على نعومتها، وهذا ما تأكد بصريح النص حسب ما جاء به الفصل 32 من دستور 2011 الذي نص على أن: «تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية».

التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الأسرة والدولة.

يحدث مجلس استشاري للأسرة والطفولة».

ومن خلال هذا الفصل، يتضح على أن الوضعية الحقوقية للطفل بالمغرب صارت من الأمور التي تعد من أولويات المؤسسات التشريعية، وكذلك من ضمن مخططات السياسات العمومية والبنوية، ولا سيما بعد أن أكد المشرع على إحداث مجلس استشاري للطفولة، وخصص له فصلا خاصا بجانب مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات والحكمة الجيدة والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية هيئات حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، واعتبره مؤسسة كباقي مؤسسات هيئات الحكامة الجيدة والتقنين، وخصص

له الفصل 169 الذي ينص على كيفية إنشاء هذا المجلس وتوليته، وكذلك مهمته وتفاعله من خلال إعطاء آراء موضوعية ومنطقية من أجل الرقي بمصلحة الطفل.

وعموما، يمكن القول بأن الدستور المغربي قد خصص لهاته الفئة حماية ذات فعالية كبيرة لضمان حقوقها، وخطوة متقدمة في مجال تكريس حق الأطفال خاصة في الحماية القانونية والاجتماعية والثقافية لضمان احترام حقوق الطفل كما هي مقررة في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة<sup>16</sup>.

### ثانيا: تكريس حقوق الطفل في مختلف القوانين المغربية

لم يقتصر الأمر في التنصيص على حقوق الطفل على الدستور باعتباره القانون الأسمى بالبلاد والوثيقة التي لا تقبل النقاش أو التعديل إلا وفق مسطرة معقدة ودقيقة، بل شمل ذلك كل القوانين الوطنية التي أبت مؤسسة الدولة إلا أن تكون وافية بوعودها، وهذا ما تحقق واقعا من خلال اهتمام القوانين الوطنية بحقوق الطفل ومن أهمها:

#### أ - مدونة الأسرة المغربية

من خلال تبصرنا للمرحلتين التي مر فيها قانون الأسرة انطلاقا من مدونة الأحوال الشخصية التي شرعت بالمغرب منذ سنة 1957 إلى حدود سنة 2004، وبعد ذلك دخلت مدونة الأسرة حيز التنفيذ في الخامس من شهر فبراير 2004 .

والتي جاءت بمجموعة من المستجدات التي عرفتها الساحة القانونية وكذلك الوضعية القانونية، ومن خلال قراءة ديباجة مدونة الأسرة يتضح أنها أعطت أهمية بالغة لحقوق الطفل تماشيا مع الاتفاقيات التي التزم المغرب باحترامها.

حيث نصت ديباجة المدونة في البند الثامن على: «الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب في صلب مدونة الأسرة وهذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانه من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانه لأحد الأقارب الأكثر أهمية، كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا مستقلا عن بقية عناصر النفقة، مع الإسراع بالبت في القضايا المتعلقة بالنفقة، في أجل أقصاه شهر واحد.

ثم نصت في البند التاسع على أن حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية، لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البيانات المقدمة في شأن إثبات البنوة، مع فتح

16. جومالك محمد، « حقوق الطفل بالمغرب بين المواثيق الدولية والقوانين الوطنية»، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 75.

مدة زمنية في 15 سنة لحل القضايا العالقة في هذا المجال، رفعا للمعانة والحرمان عن الأطفال في مثل هذه الحالة.

وكذلك تخويل الحفيدة والحفيد من جهة الأم، على غرار أبناء الابن، حقهم في حصتهم من تركة جدهم، عملا بالاجتهاد والعدل في الوصية الواجبة.

علاوة على ما نصت عليه في المواد التالية: مثل المادة 54 التي شملت مجموعة من الحقوق والتي ألزمت بها كل من الأبوين، وكذلك مؤسسة الدولة أن يحافظ معا على هذه الحقوق انطلاقا من حمل الأم بالطفل مروراً بولادته ثم وصوله للسنة الرشد القانوني.

### ب - القانون الجنائي

اختلف الوضع في القانون الجنائي والحماية الجنائية للطفل عن باقي القوانين الأخرى نظرا لما يحمله هذا الأخير من جزاءات زجرية تترب على كل مخالفات أحكام هذا القانون ولا سيما المتعلقة أساسا بالاعتداء عن حقوق الطفل بمختلف مستوياتها سواء الاستغلال أو الاعتداء - الاغتصاب - أو الإيذاء العمدي أو ما شابه ذلك.

ونظرا لما يتصف به الطفل من ضعف قدراته وقلة حيلته من أجل الدفاع عن حقه وإزاحة الأذى عنه، ففي هذه الحالة خصص المشرع الجنائي المغربي مجموعة من النصوص التي تردع كل من سولت له نفسه أن يعتدي أو يتجاوز حق من حقوق هؤلاء الأطفال ومن أهم هذه النصوص:

حق الطفل في الحياة: إضافة إلى ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية كما تم تناوله سابقا، أضاف القانون الجنائي المغربي في الفصل 449 حقا مهما حيث أن: « من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك برضاها أو بدونه سواء ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحاليل أو عنف أو أية وسيلة أخرى، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات أو غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة».

ومن خلال قراءة هذا النص يتضح أن المشرع أعطى أهمية مقدسة للجنين ولو قبل وجوده واقعا، فنظرا لأهمية الجنين والحفاظ على عيشه واستمراره حتى يصير طفلا أجمعت كل القوانين الوضعية على تجريمها، وهذا ما التزم به المشرع المغربي من خلال زجر كل من مارس الاجهاض أو ساهم فيه من بعيد أو من قريب، سواء كان ذلك برضا المرأة أم لا بغض النظر عن الوسائل التي استعملت من أجل تنفيذ عملية الاجهاض أو نوع من أنواع التحاليل أو الأدوية، وكل ما يهم هو اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق النية الإجرامية، سواء التحاليل أو المواد الطبية، كل ما يهم هو اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق

النية الإجرامية سواء حصلت النية الإجرامية أو لم تحصل، لأن العقاب سيُطال الجاني سواء تم إسقاط الجنين أو وقف عند حد الجريمة الموقوفة أو الخائبة أو المستحيلة، وسواء كانت الاستحالة بالنسبة لمحل الجريمة. أو بالنسبة للمواد والأدوات المستخدمة لارتكاب هذه الجريمة حسب ما ورد في الفصل 455 من قانون المسطرة الجنائية<sup>17</sup>.

وما دام أن حق الطفل له أهمية كبيرة وسط المجتمع، فقد شمل النص القانوني حمايته حتى بعد ولادته، أي نص على عقوبة قتل الأطفال باعتبارها عقوبة أكثر تشديدا مع باقي العقوبات الأخرى، ففي الفصل 408 نص على أن: «يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشرة من عمره أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية، حرمانا يضر بصحته، أو ارتكب عمدا ضد هذا الطفل أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء، فيما عدا الإيذاء الخفيف».

وبغض النظر عن هذا النص، فقد اعتبر المشرع المغربي قتل الطفل ظلما مشددا للعقوبة وذلك إقرارا منه بأن هذه الفئة تحتاج إلى حماية أكثر نظرا لضعفها جسمانيا وعقليا، كما شمل القانون الجنائي النص على حماية حقوق الطفل وزجر كل من تجاوزها، سواء كان هذا الاعتداء متعلق بالإيذاء البدني العادي<sup>18</sup> بقصد التأديب<sup>19</sup>.

ونظرا لخطورة هذه الظاهرة التي صارت من ضمن وسائل الردع التي يعاني منها الأطفال ولا سيما أطفال الشوارع أو الأطفال الذين يشتغلون في المقاولات أو الأماكن العمومية ولو أن هذه العادة يجرمها قانون الشغل.

وهذا التوجه تبنته العديد من الاتفاقيات من خلال المبدأ التاسع من إعلان حقوق الطفل عام 1959 إذ يتمتع الطفل بالحماية من جميع صور الإهمال والقسوة والاستغلال، وهذا ما أكدته الفصل 408 من القانون الجنائي أعلاه.

### المبحث الثاني: إهمال مسؤولية الآباء تجاه حماية الطفل

لا تقتصر مسؤولية الآباء ولا يتوقف دورهم على الجانب الداخلي فقط المتعلق بالقيام بتلبية حاجة الأطفال وتلبية متطلباتهم اليومية والمعيشية من أكل وشرب وملبس، بقدر ما

17. حكيمة حور «الحماية الجنائية للطفل المجني عليه محاكم الرباط نموذجا» رسالة لنيل دبلوم م الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط، 2010 / 2011، ص 12.

18. يقصد بالإيذاء البدني العادي استعمال القوة الجسدية من خلال الضرب أو الحكم أو الدفع... ضد شخص بريء؛ أما الإيذاء العمدي العادي ضد الطفل فيقصد به كل جرائم الضرب والجرح التي تحدث من الجاني دون قصد تأديب الطفل، وغالبا ما يكون الجناة ممن لا يملكون سلطة على الطفل، وهذا النوع يُمثل مع ذلك الذي يتصور أن يرتكب ضد البالغ.

19. محمد أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، الطبعة الأولى ن الرياض 199، ص 83.

يتوسع هذا الدور ليشمل الجانب الخارجي الذي يتحمل فيه الآباء الرقابة والرعاية المنوطة بهم لصالح الطفل (المطلب الأول)، إضافة إلى مسؤولية أخرى التي تعتبر مسؤولية مشتركة ومتداخلة بين الأسر والمجتمع المدني (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مسؤولية الآباء تجاه أبنائهم القاصرين

تعد مسؤولية الآباء والأمهات عن أبنائهم القاصرين من أهم مظاهر المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وقد أشار إليها المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي جاء فيها بأن: « الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبنائهما القاصرون الساكنون معهما».<sup>20</sup>

لكن قبل قيام هذه المسؤولية حددوا الفقهاء ثلاثة شروط من أجل قيام هذه المسؤولية وهي أن يتعلق الأمر بوجود طفل قاصر، وأن يكون القاصر ساكنا مع والديه. ثم أن يحدث القاصر بفعله ضرر للغير.

ومن خلال قراءة هذا النص وشروطه يتضح أن المشرع ركز أساسا عن قيام المسؤولية بعد تحقق هذه الشروط بمجرد اعتداء القاصر على الأغيار، لكن تم إغفال الحالة التي يتم فيها تقصير في مسؤولية رقابة الأبوين تجاه أبنائهم لعدم تعرضهم للتعذيب أو العنف أو الاختطاف أو الاغتصاب فهنا يطرح التساؤل هل لزم المشرع الآباء في هذه الحالة وحملهم جزء من المسؤولية كباقي المقصرين الآخرين أم ترك الأمر للاجتهاد القضائي؟

لكن من خلال تصفحنا لمدونة الأسرة المغربية نجدها خصصت الفرع الثاني من الباب الأول التابع للقسم الخامس والفرع الثاني منه الخاص بالأطفال. والتي نصت على أن للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛

.... -

- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعلم، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.

وتعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون.

20. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية الجديدة، الطبعة السادسة 2017، توزيع مكتبة دار الأمان - الرباط، ص: 155.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر».

إذ تعتبر المادة المذكورة من أكثر المواد التي شملتها مدونة الأسرة المغربية والتي أكدت بشكل تفصيلي على احترام حقوق الطفل ولزمت الأبوين السهر عليها، وهذا لا يختلف عن باقي القوانين الأخرى ولا كذلك على الحقوق التي أكدت الاتفاقيات الدولية وأكدت للآباء احترامها وعدم التفريط أو المس بقدسيته، ولعل من أهمها أنه: يجب على الأب أو الأم اتخاذ كل التدابير الممكنة التي تساعد الطفل على النمو في وضعية صحية تساعد على بناء بنيته، وكذلك سلامته جسدياً، إضافة إلى التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم، كما جاء في الفقرة السادسة من المادة 54 أعلاه التركيز على الخصال الحميدة المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل وهي مقتضيات فرضتها طبيعة المرحلة التي تمر منها الكثير من الدول لنبذ العنف والإرهاب واستغلال الأطفال استغلالاً يضر بهم وبمستقبلهم.<sup>21</sup>

- التوجيه المساعد لاستعمال وسائل التكنولوجيا.

لا يخفى على الجميع على أن الثورة التي عرفتها التكنولوجيا المتطورة في العالم بشكل عام والمغرب بشكل خاص والتي صارت معها تحولات مهمة من خلال الانفتاح عنها بواسطة وسائل التواصل التي تساعد الباحثين وكل من أراد أن يصل إلى المعلومات الأكاديمية في ظرف وجيز وبطريقة سريعة، لكن بالمقابل هناك مجموعة من المواقع التي تختلف بحسب طبيعتها وعرضها للمستفيد منها وقد تؤثر هذه المواقع على الأطفال نظراً للمحتوى التي تعرضه قد يكون أكبر سناً من الطفل المتلقي والذي قد تؤثر عليه سلباً سواء على مستوى التركيز أو على المستوى النفسي.

إضافة إلى ذلك، فإن هذه الوسائل اقتحمت البيوت والمؤسسات سواء كانت تعليمية أو تربوية وهذا ما قد يثير الانتباه وي طرح العديد من التساؤلات ومن أهمها الدور الذي قامت به الدولة من أجل حماية الأطفال من تأثير هذه الوسائل؟

لكن في الواقع نجد أن دور الآباء شبه غائب على مستوى الرقابة، وكذلك عدم التفات الدولة لهذا الجانب، وما عرفه واقع الحال، يفرض عليها أن تقوم بالدور الحمائي الذي رسخته الاتفاقيات الدولية وكذلك القوانين الوطنية، وذلك عن طريق إصدار دليل توضيحي خاص بالأطفال من أجل معرفة مدى حقهم في استعمال وسائل التواصل وكذلك تحديد المواقع المسموح بتصفحها والدخول إليها، وكذلك دعم هذا الدليل من خلال الخرجات

21. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة السابعة 2015، ص: 117.

التواصلية أو عن طريق الوصلات الإشهارية وكذلك من أجل تمرير فقرات تحسيسية تساعد الأطفال على كيفية التعامل بوسائل التواصل وكيفية مواجهة مخاطر التكنولوجيا المتطورة، وهذا ما قد يساهم بشكل كبير في ترسيخ ثقافة واسعة للأطفال ومعرفة جد متطورة تتعلق بكيفية تصفح وسائل التواصل الإلكتروني وكيفية البحث فيها بدقة وفي إطار المعقول، حتى لا يعكس هذا الأخير عليهم بسلبيات قد تؤثر على ثقافتهم وأخلاقهم، خصوصا وسائل التواصل الاجتماعي التي عرفت مؤخرا نوعا من الفوضى على مستوى الاستعمال من خلال تفشي النصب والاحتيال، وانتحال الصفات وإنشاء حسابات تحمل أسماء وهمية من أجل الكذب والوصول إلى الأشخاص بمعلوماتهم المجهولة مموهين الناس بأنهم فاعلين خير وما هم في الواقع إلا عصابات هدفها النصب والسرقة والاعتصاب وقد يكون الاتجار في البشر وهذا ما قد يمس الأطفال في حياتهم الشخصية من خلال وهمهم بأخبار كاذبة ومزيفة لا أساس لها من الصحة، وكل ذلك قد يكون نتيجة الاعتداء على الطفل بطريقة أو بأخرى وقد يصل الأمر إلى التقرب لهم من خلال التواصل الاجتماعي - فايسبوك - واتساب - والاختلاء بهم وابتغابهم، وهذه من بين الطرق التي أصبحت معبدة للوصول إلى الأطفال ولو في ظل الرقابة التي يحظى بها هؤلاء واقعيًا لكن الأمر مخالف افتراضيا.

ولذلك المغرب لم يبق مكتوف الأيدي أمام هذه التجاوزات التي تمس فلذات أكبادنا، بل بادرت وزارة المرأة والتضامن التي تشرف على مصالح الأطفال وحقوقهم وتعاوننا مع مؤسسة اليونيسيف اللذان قاموا بإنشاء دليلا للأسرة لحماية الأطفال من مخاطر الانترنت» وجاء هذا الدليل نتيجة كثرة الشكايات والاستغاثات التي تقدمت بها الأسر.

وهذا ما استعجل اللقاء الذي كان شهر نونبر لسنة 2020 ولو في حالة الطوارئ الصحية وفي زمن كورونا الذي عرفه العالم، ولكن نظرا لأهمية اتخاذ القرار تم برمجة لقاء تواصلية عن بعد للمشاورات والنقاش يتعلق بكيفية مواجهة مخاطر الانترنت على الأطفال، فكان خلاصته هو إنشاء دليل للأسر المغربية من أجل الاستئناس به والإجابة عن التساؤلات التي تقدم من طرف الأطفال بمختلف سنهم ومستواهم وكذلك توجهاتهم.

وحيث شمل هذا الدليل على ست أسئلة التي جعلها كافية للجواب على كل التساؤلات التي يتقدم بها الآباء حول كيفية استعمال أبنائهم وسائل التواصل التكنولوجي في إطارها الصحيح.

### المطلب الثاني: دور المجتمع المدني ومؤسسات الرعاية في حماية حقوق الطفل

لا تقتصر حماية حقوق الطفل على الاتفاقيات والمؤسسات الدولية، ولا النصوص القانونية، وإنما هناك مجتمع مدني كفيل بتحقيق نفس الغاية ألا وهي حماية حقوق الطفل (أولا)، بالإضافة إلى مؤسسات الرعاية (ثانيا).

### أولاً: دور جمعيات في حماية حقوق الطفل

اهتم المجتمع المدني بقضايا حقوق الطفل من خلال الشرعية التي أكد عليها دستور 2011 في الفصل 12 منه والذي ينص على أن: «تساهم الجمعيات المهمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها، وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبقاً لضوابط وكيفيات يحددها القانون يجب أن يكون تنظيم الجمعيات والمنظمات غير الحكومية وتسييرها مطابقاً للمبادئ الديمقراطية».

ويتضح من خلال هذا الدور الذي أناط به دستور المملكة المغربية للجمعيات أنها صارت من ضمن المؤسسات التي تساهم في تدبير الشأن العام المحلي، وجاء هذا الاهتمام من خلال التوجه الذي تبنته المملكة المتعلق بالديمقراطية التشاركية والانفتاح على المجتمع المدني من خلال المشاركة في القرارات السياسية والتشاور، على اعتبار أن الجمعيات تكون أقرب من المواطنين والمواطنات وكذلك الأطفال.

ومن أهم الرهانات التي أصبح يركز عليها العمل الجمعوي هو الاهتمام بالتنمية المجتمعية وانخراطه في كافة الميادين لحضوره القوي في مجال الطفولة، ويعتبر المرصد الوطني لحقوق الطفل من التجارب الرائدة في مجال حماية الأطفال، ويعتبر هذا الإطار تبني المرصد استراتيجية شاملة متكاملة موضوعية وعملية وطبية ونفسية وقانونية واجتماعية تضع مصلحة الطفولة فوق كل اعتبار يتعين تأهيلها وإعادة إدماجها.<sup>22</sup>

كما نجد مجموعة من الجمعيات اهتمت بالجانب الحمائي للطفل من مواجهة ظاهرة الإدمان والمخدرات، أصبحت تضطلع بدور محوري في الحد من ظاهرة الإدمان والمخدرات بشكل عام واشتغلت على هذه المبادرة المتعلقة بتحسين المجتمع بشكل عام والطفل بشكل خاص من ظاهرة الإدمان منذ السبعينيات والثمانينات من القرن الماضي.

وبالرغم من المجهودات الكثيرة التي بذلتها فعاليات وهيئات المجتمع المدني لمواجهة ظاهرة إدمان الأطفال بالمغرب، وإنشاء مراكز علاج الإدمان بكل من وجدة والرباط والناظور وطنجة، والتي تعتمد على طرق التدخل عن قرب للوقاية من أضرار الإدمان بالإضافة إلى إنشاء مراكز للتكفل بالمدمنين داخل بعض المراكز الاستشفائية بالمملكة، ووجود العديد من المجتمعات التي انتصبت للعمل إلى جانب هذه المراكز لمساعدة المدمنين على التخلص من آفة الإدمان إلا أن تدخلها يبقى تدخلا متأخرا لأنه يأتي بعد

22. محمد البقالي، مكانة الطفل الضحية في التشريعات المغربية، الطبعة 2012، ص: 83.

الإدمان وليس قبله، في حين تؤكد هذه الجمعيات أن دورها لا يقتصر على مرافقة المدمنين نحو العلاج، بل تعمل في إطار برنامج يضم ما هو علاجي وما هو وقائي وما هو توعوي<sup>23</sup>.

### ثانيا: مراكز الاستماع

تعد مراكز الاستماع تجربة حديثة نسبيا بالنسبة للفعاليات المدنية المشتغلة على ملف الطفولة، وتأتي أهمية مراكز الاستماع من خلال الانصات لضحايا سوء المعاملة بشكل دقيق من أجل الوقوف على المشكل، تجلياته وتفاصيله، وجمع كافة المعلومات المتعلقة بشخص الضحية وبطبيعة الاعتداء الذي تعرض له<sup>24</sup>. إضافة إلى ذلك، يقوم المركز بتوعية الضحايا وعائلاتهم بالحقوق المكونة لهم قانونا ومساعدتهم على الإدماج الاجتماعي<sup>25</sup>.

ويتكفل بالاستماع داخل المراكز، المساعدون الاجتماعيين الذين يعملون على ربط علاقات وطيدة مع الأطفال ضحايا العنف وكسب ثقتهم، خصوصا وأن الطفل يجد صعوبة بالغة للبلوغ عن طبيعة الاعتداء الذي تعرض له في اللقاء الأول نظرا للخجل والارتباك والتردد والقلق.

ودفعا لهذا الحرج عملت بعض المراكز على الاستعانة بالرقم الأخضر كآلية جديدة لمساعدة الأطفال ضحايا العنف، والتصريح بالاعتداءات التي تعرضوا لها، وتسجل الأرقام الصادرة عن مراكز الاستماع التابعة للمرصدين الوطني لحقوق الطفل خلال سنة 2011 ارتقاعا في عدد الأطفال الذي لجئوا إلى مراكز الاستماع.

ولم يقتصر مجلس الانصات والاستماع في يد الجمعيات والمجتمع المدني بقدر ما تبنته المؤسسات التعليمية وجعلته دعامة من دعائم التعليم الذي أصبح الأمر في حاجة ماسة إليه نظرا لما يعترض له التلاميذ من حالات نفسية أو سلوكية قد تؤدي بهم إلى الانحراف وركوب طريق التشرد والإبعاد عن المدرسة وكذلك الهدر المدرسي، ففي هذه الحالات لا بد من الجهة المعنية أن تتقدم له بمجموعة من النصائح العملية وكذلك بعد الاستماع له بطريقة سرية والتعايش مع مشاكله الداخلية وهذا يحتاج إلى جهة متخصصة لها خبرة علمية وعملية في الانصات وتقديم النصائح لهذه الفئة ولا سيما أنه يعيش في مرحلة خطيرة من مراحل التحول الفيزيولوجي للإنسان وهي مرحلة المراهقة، وهذا ما استدركته وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والبحث العلمي والتعليم العالي من خلال

23. سعاد المهري، الأطفال ضحايا الإدمان بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2012-2013، ص: 136.

24. رضوان بور شوق، الآليات المؤسساتية المعنية بحماية حقوق الطفل في المغرب، ص: 65.

25. الجمعية المغربية لحقوق الإنسان التقرير السنوي حول وضعية حقوق الإنسان بالمغرب خلال سنة 2016، ص: 164.

إعلانها على الميثاق الوطني للتربية والتكوين باعتباره وثيقة تربوية رسمية وكذلك الدور الذي لعبته الحياة المدرسية والتي كانت سببا في فك الحصار الذي كان حاجب الرؤية أمام المجتمع المدني للدخول إلى المؤسسات التربوية وأدلوها بدلوها نحو تقديم الاستشارات النفسية وكذلك الاجتماعية، ولذلك يعتبر مركز الانصات داخل المؤسسات التعليمية إطارا مؤسساتيا معززا مصدره وفق التشريعات التي اعتمدها وزارة التعليم ولعل من أهمهما الميثاق الوطني للتربية والتكوين من خلال تنصيبه على الغايات الكبرى خاصة في المادة السادسة من الصفحة العاشرة، وكذلك المذكرة الوزارية التي ساهمت وحفزت على الاهتمام الواسع للتقرب إلى الطفل.

### خاتمة

من خلال هذه الاطلالة المتواضعة نستخلص أن موضوع حماية الطفل عرف اهتماما واسعا سواء على مستوى التشريع أو على مستوى الهيئات، غير أنه في ظل هذه الإمكانيات المتاحة لا زال موضوع الطفل يحتاج إلى العديد من الاصلاحات والتعديلات على مستوى التشريع وكذلك على مستوى الهيئات ولعل من أهمها:

- إعادة النظر في صياغة النصوص القانونية الرادعة للفعل الجرمي تجاه الأطفال مع التشديد فيها؛
- عقوبات بديلة وموازية لمرتكبي الفعل الجرمي من خلال الوقوف على الجانب النفسي والاجتماعي الدافع لارتكابهم هذه الأفعال؛
- توسيع المرافق العمومية وخلق مؤسسات خاصة للرعاية واحتواء أطفال الشوارع لحمايتهم من الاعتداءات بمختلف أنواعها؛
- مقارنة شمولية مشتركة بين جميع فعاليات المجتمع المدني وتنسيقها مع الجهة المختصة من أجل التصدي إلى كل التجاوزات التي قد تكون ماسة بحريات الأطفال ولاعتداء عليهم؛
- جعل مرافق الترفيه وخلق جهات مختصة بالتوعية والتحسيس وكل ما يتعلق بالتوجيه النفسي والاجتماعي للأطفال من أجل عدم سقوطهم في فخ الاعتداء؛
- التوجيه والإرشاد الخاص بكيفية التعامل مع الوسائل الالكترونية حتى لا يقع الأطفال ضحية اعتداء أو ابتزاز أو إغراء.

## شرط الحوز في عقد العمرى

بقلم الطالبة: لوبنا نقاشي  
 باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية  
 والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر بأكادير  
 وإطار بالمحافظة العقارية بأكادير

### مقدمة

تعتبر التبرعات من أهم المواضيع التي كانت منظمة بمقتضى قواعد الفقه الإسلامي عامة والمالكي بشكل خاص، حيث تفننت الشروح الفقهية الحديثة والقديمة في البحث والتدقيق فيها.

فالتبرع بشكل عام هو تملك مال أو متمول بغير عوض، ليكون بذلك غياب العوض هو القاسم الموحد بين سائر التبرعات، التي تنقسم إلى عقود الهبات المنصبة على مال معين قد يترتب عنه افتقار للمعطي كالهبة والصدقة، وعقود التفضل كالوقف والنحلة والعارية، والعمرى التي يكون محلها المنافع والخدمات دون أن تؤدي إلى افتقار المتبرع ونفاذ ماله.

وما يهمنا في هذا المقام هو حق أو عقد العمرى باعتباره واحد من التصرفات الأكثر شيوعا في الواقع والمجتمع، الأمر الذي دفع المشرع المغربي إلى تنظيمه وتخصيص نصوص قانونية كفيلة بتأطيره من خلال القانون رقم 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بالنظر لكونه أبرز الأدوات التشريعية المحققة للتكافل الاجتماعي الجامع بين الثواب الأخروي و استبقاء العاجل الدنيوي.

وتعد العمرى من بين المواضيع الجديدة التي تم تنظيم أحكامها لأول مرة في هذه المدونة، وقد عالجها المشرع المغربي في الباب الرابع من الكتاب الأول من القسم الأول وذلك من المادة 105 إلى المادة 108.

وقد عرف المشرع المغربي حق العمرى في المادة 105 من مدونة الحقوق العينية بما يلي: «العمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطي أو المعطى له أو لمدة معلومة».

فقد العمرى يقتضي توفر أركان كفيلة بقيامه صحيحا وهي معطي ومعطى له ومحل العطية والصيغة، هذا بالإضافة إلى شرط الحوز المقرر فقها في التبرع لقيامه صحيحا تاما قبل ثبوت مانع من الموانع الشرعية التي تجعل عقد العمرى والعدم سيان، خاصة إذا كان ثبوت شرط الحوز في العمرى هو أساس قيام العطية ولزومها، فارتباط القبض بموضوع العطية يرجع إلى تحديد حكم أو طبيعة الشرط في حد ذاته، والذي يختلف في التبرعات باختلاف محلها، هذا الاختلاف لا يؤثر في حكم الشرط فحسب بل يتجاوز ذلك إلى مستوى ضرورة معانيته من قبل أهل الاختصاص لوقوعه من عدمه.

هذا وقد يصطدم شرط الحوز في العمرى بضوابط خاصة مرتبطة بالقواعد التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري، خاصة فيما يتعلق بألية التقييد في الرسم العقاري باعتبارها مصدر القوة الثبوتية لجميع الحقوق الواردة على العقار المحفوظ، بشكل يطرح جدلا حول إمكانية الاستغناء عن وضع اليد ماديا على العقار محل العمرى من عدمه؟

وبالتالي فإن معالجة موضوع شرط الحوز في عقد العمرى تقتضي الانطلاق من تساؤل جوهري مفاده: هل حافظ المشرع المغربي على الغاية التي ابتغاها الفقه الاسلامي من إقرار شرط الحوز في العطية؟

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين، يتناول الأول طبيعة شرط الحوز في حق العمرى، ويعالج الثاني علاقة التقييد بشرط الحوز.

### المطلب الأول: طبيعة شرط الحوز في حق العمرى

إن تحديد طبيعة شرط الحوز في العمرى تقتضي تحديد مكانته لمعرفة حكمه أو طبيعته، خاصة وأن عقود التبرع تتطلب كسائر العقود قيامها في قالب معين يقتضي صدور إيجاب من طرف المعطي وقبول من قبل المعطى له ليتحقق بذلك ركن الرضا وتقوم بذلك العطية، غير أن التبرع ينفرد بسمة أساسية قد تندح في انعقاده وتجعله محط نزاع بين كل من له مصلحة في ذلك، وهي شرط الحوز الذي استلزمه الفقه الاسلامي في التبرع وأكدته المشرع المغربي في ظل مدونة الحقوق العينية، الأمر الذي أثار إشكالا جوهريا حول ما هي طبيعة شرط الحوز في العطية خاصة العمرى، وما مدى تأثير معايينة العدول لوضع اليد في ثبوت حق العمرى من عدمه؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية فإننا سنخصص (الفقرة الأولى) لمعالجة حكم شرط الحوز في حق العمرى لمعرفة هل هو شرط كمال وتمام العمرى أم هو شرط صحة، لننتقل في (الفقرة الثانية) لمناقشة مركز معايينة العدول لوضع اليد في العطية موضوع حق العمرى.

## الفقرة الأولى: حكم شرط الحوز في عقد العمرى

استقرت المذاهب الفقهية في مجملها على أن الحوز شرط لا بد منه في سائر التبرعات<sup>1</sup>، بما في ذلك المذهب المالكي، وبما أن العمرى من عقود التبرع فإن وضع العقار تحت تصرف المعطى له أمر لا بد منه، إذ به تتحقق واقعة الحيازة<sup>2</sup>، بل لا تتحقق العمرى إلا بوضع اليد والتصرف في الشيء المحوز<sup>3</sup>، كاستعمال واستغلال العقار موضوع حق العمرى.

وإذا كان الإجماع على ضرورة توفر عنصر الحوز في التبرعات، بما في ذلك العمرى، فإن طبيعة الحوز في العمرى اختلف فيها الفقه، فمنهم من ذهب إلى أن الحوز شرط في صحة التبرعات<sup>4</sup>، وآخرون ذهبوا إلى أنه شرط لتمام التبرع، وإلى هذا الرأي الأخير ذهب المالكية معتبرين بأن العقد إذا ما توفرت شروطه وأركانه فإنه يكون منعقداً من غير حاجة لركن الحوز حتى يقوم، فهو ناشئ من غير حوز<sup>5</sup>.

وبالتالى فإن شرط الحوز عند المالكية هو شرط لتمام العقد فقط، إذ جاء في النوازل الصغرى أن: «الهبة تصح وتلزم من غير قبض، لكن القبض شرط في نفاذها وتتمامها؛ فإذا

1. قال الحنفية والشافعية: القبض شرط للزوم الهبة، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، أما الحنابلة فالقبض عنهم شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، لإجماع الصحابة على ذلك، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم، بدليل قول ابن قدامة: إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء.

المزيد من التفاصيل راجع: عبد الكريم شهيدون: عقود التبرع، م. س، ص: 166 و 167.

2. تجدر الإشارة هنا بأن الحيازة الاستحقاقية، لا تدخل في معنى الحوز، الذي هو التسليم، فهي سبب تكتسب به الملكية، إذا لم يوجد الرسم المثبت لها، كما في فرضية ضياعه أو تلاشيه بفعل القدم. ولا يفترض وقوعها إلا في العقار غير المحفظ. وأما العقار المحفظ فهو محفوظ بطبعه، كذلك في المنقول فحيازته سند ملكيته إلى أن يثبت العكس. ولها شروط ومدد خاصة لا تصح قطعاً إلا بها.

كما أن الحوز كفعل مادي محسوس، يقع من يد إلى يد، أو انتقال الشيء أو الحق المعطى وظهوره بين يدي المعطى له وتحت سطوته، هو في ذاته واقعة مادية ليس غير. والوقائع المادية تثبت بمختلف وسائل الإثبات بما فيه الشهادة والقرائن.

المزيد من التفاصيل راجع: عبد الرحمان بلعكيد: مرجع سابق، ص 259.

3. عبد الكريم شهيدون: عقود التبرع، م. س، ص 166.

4. وبذلك قال الشافعية والحنابلة، ودليلهم في ذلك ما جاء في الروايات المروية عن أبي بكر رضي الله عنه، فعن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها «أن أباهما نخلها جذاذ عشرين وسقا من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: يا بني إني أحب الناس عندي بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقرا بعدي لأنت وإني كنت نخلتك عشرين وسقا من مالي وإن كنت جذذتيه وأحرزتيه لكان ذلك لك، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه علي كتاب الله. قالت: هذان أخواي، فمن أختاي، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية. أوردتها: عبد الكريم شهيدون، عقود التبرع، م. س، ص 167.

5. والمستقر عليه بينهم هو أن الحوز ليس ركناً في التبرعات وإنما هو مجرد شرط فيها. إذا الركن هو ما كان داخلاً في ماهية التصرف وحقيقته بحيث لا يتصور وجوده بدونه. أما الشرط فليس كذلك، أي لا يعتبر جزءاً من حقيقته التصرف وماهيته، لكن تتوقف عليه صحة التصرف وتامه، وهذا هو تعريف الشرط لدى علماء أصول الفقه من حيث هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم وجوده وجود ولا عدم لذاته.

لمزيد من التفاصيل راجع: أحمد ادريوش: مناهج القانون المدني، م. س، ص 216.

قال تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثوب، فقلت: قد قبلت منك فقد انعقد العقد، وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه، ويلزمه إقباضه للموهوب له والمتصدق عليه إذا طالبه به ويجبر على ذلك إذا امتنع منه ولا يبطل العقد بتأخير القبض<sup>6</sup>. وسئل العلامة أبي زيد سيدي عبد الرحمان الحائك عن القبول والحوز، فأجاب: «لأن القبول فيها يجري مجرى الركن، والحوز يجري مجرى الشرط كما في المعيار عن ابن عبد السلام، لكن القبول لا يشترط فيه اللفظ،... والحوز لا يشترط فيه التحوير»<sup>7</sup>.

وبالتالي يصح القول بأن العمرى تتعقد بمجرد القول والإشهاد عليه في الفقه، لأن الحوز فيها يعتبر شرطاً لتمام العطية لا لصحتها، وأن اعتبار الحوز شرطاً لصحة العمرى سيجعلها غير قائمة إذا ما تخلف القبض أو تأخر إلى ما بعد وقوع أو قيام مانع من الموانع الشرعية<sup>8</sup>.

6. النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، للفقهاء العلامة المحقق الفهامة، لأبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني، ج الرابع، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1993، ص 179.

7. النوازل الصغرى، نفس المرجع أعلاه، ص 209.

8. إن صدرت في هذا الباب مجموعة من القرارات والأحكام، التي قضت ببطلان العطية لقيام مانع من الموانع الشرعية نوردتها كالآتي: ذهبت محكمة الاستئناف بتازة في قرار صادر عنها جاء فيه: «... وأنه من الثابت... ببطلان الهبة لانعدام ركن الحوز ذلك أن رسمي الهبة باطلين لكون الحيازة غير مستوفية لشروطها... فإن ركن الحوز يشترط أن يكون في حياة الواهب...». قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتازة، الغرفة العقارية، ملف ع 52-04 قرار ع 30 صادر بتاريخ 2006/02/27، أورده عادل الإدريسي: شرط الحوز في التبرعات على ضوء مدونتي الحقوق العينية والأوقاف، رسالة لنيل دبلوم الماستر في وحدة التكوين والبحث، قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، س ج 2012-2013، ص 27.

وذهبت نفس المحكمة المشار إليها أعلاه إلى الحكم ببطلان عقد الصدقة باعتبارها تمت بعد حصول المانع حيث جاء فيه ما يلي: «حيث سبق أن تقدم بعض ورثة...، ولما مرض أحضرت زوجته عدلين إلى المنزل وشهدا عليه بأنه تصدق عليها بما يملك وهو عبارة عن دار مؤلفة من مجموعة من الشقق... وأن رسم الصدقة باطل لكونه أنجز وهو طريق الفراش ولعدم معاينة القبض وقع الإشهاد على ذلك برسم الصدقة لأنه توفي بعد ذلك بعشرين يوماً، كما أن رسم الصدقة لم يشهد بالتحيز... الحكم ببطلان رسم الصدقة وقسمة المدعى فيه». قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتازة، ملف عقاري ع 42-03 قرار ع 101 صادر بتاريخ: 2011/11/22، قرار غير منشور أورده، عادل الإدريسي، م، س. ص 31.

وجاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة ما يلي: «وحيث إن المدعين يؤسسون طلبهم على مقتضيات الفصل 54 من ق ل ع الذي ينص على أن أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات المشابهة متروك لتقدير القضاة باعتبار أن موروثهم الواهب كان مصاباً باضطرابات عقلية وعصبية كانت تستلزم عليه زيارة الطبيب ودخول المصحات أكثر من مرة...»

وحيث بالنظر للشواهد الطبية المدلى بها والتي كانت تغطي فترة تمتد من سنة 1997 إلى سنة 2005 التي توفي فيها مورث أطراف الدعوى، وبالنظر لنتيجة الخبرة المنجزة قضائياً وبالنظر إلى الموجب اللغفي المحتج به تبين للمحكمة أن عقد الهبة موضوع الدعوى تم والواهب في حالة مرضية مؤثرة على قواه العقلية مما يستوجب إبطاله عملاً بمقتضيات الفصل 54 من ق ل ع: «حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة، رقم 2685 ملف مدني رقم 09/1097 صادر بتاريخ 2011/11/02. أورده: عادل الإدريسي، م، س، ص 33.

التي تحول دون الاستفادة من العمرى، على اعتبار أن الحوز في هذه الحالة سيصبح ركنا، والركن يدور وجودا وعدما مع الحكم<sup>9</sup>، وهو ما يتماشى مع ما جاء في نظم ابن عاصم.

### هبة غلة الأصول العمرى بحوز الأصل حوزها استقرا<sup>10</sup>

ونحنى القضاء نفس الاتجاه الذي سار عليه الفقه بخصوص حكم الحوز باعتباره شرط صحة أو شرط تمام في التبرعات عامة، إذ عرف بدوره تدبدا في تحديد ما إذا كان حكم الحوز في العطايا بما في ذلك العمرى: نافذا أو تاما، سواء على مستوى محاكم الموضوع ومحكمة القانون، ففي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 20 أكتوبر 2008، جاء فيه ما يلي: «حيث إن المقرر فقها أن العطية تصح بالحوز على شرط أن يقع في حياة الواهب، وإلا بطلت...»<sup>11</sup>.

وجاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 04 ماي 1976 ما يلي: «لكن حيث إن شرط صحة التبرعات هو ثبوت حيازة المتبرع عليه بما وقع التبرع به عليه قبل حدوث المانع للمتبرع»<sup>12</sup>.

وهكذا فإن الآثار التي تترتب عن التمييز بين القبض كشرط تمام أو شرط صحة في التبرعات تتمثل في كونه يعد ضروريا لقيام العطية وانعقادها صحيحة في حالة ما إذا كان الحوز شرط صحة في التبرع، لأنه في انعدامه أثناء التبرع تنعدم العطية، أما غيابه أثناء وقوع التبرع والتراضي عنه لا يؤثر شريطة أن يتم ويحصل قبل قيام مانع من الموانع الشرعية.

9. فاطمة بوكرون، عبد الكريم الزوينتي: الحوز في التبرعات على ضوء الاجتهاد القضائي، بحث نهاية التمرين الفوج 31 فترة التدريب 2001-2003، المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط، ص 23.

10. بمعنى أنه لا تجوز العمرى إلا بحيازة وقبض، إلا أن تكون لمن يجوز للمعمر القبض له، كالابن الصغير أو السفية المتصل السفه من وقت البلوغ، والبنات البكر، أو أم الولد. وقال مالك في المدونة، وبه الحكم. وسياق كلام المتيطي في استثنائه من اشتراط الحيازة والقبض في العمرى كونها لمن يجوز للمعمر القبض له، يوهم أنه مستغنى في تلك الصورة عن الحوز، وليس كذلك، بل الحوز لابد منه ومن عدد من يجوز له القبض للمعمر هم الذين جازوا في تلك الصورة المستثناة. راجع عبد الكريم شهبون: شرح التحفة لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، المجلد الثاني، م س، ص 273.

11. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، ع 451 في الملف العقاري، ع 06/7/328 صادر بتاريخ: 2008/10/20، أشار إليه: سليمان شعشوع: الحوز في التبرع بعقار محفظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر بوحدة التكوين والبحث، قوانين التجارة والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، س ج: 2007 و 2008. ص 13.

12. قرار محكمة النقض الصادر تحت عدد 264 في ملف الأحوال الشخصية والميراث ع: 34273 بتاريخ 04-05-1976، ذكره عبد الحكيم حكماوي: حق العمرى، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين، القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال، الرباط، س ج 2005-2006، ص 57.

ومن ثم فإن ما يمكن استخلاصه مما سلف هو: أن الحوز أداة لاستقرار وتثبيت العمرى، وهذا ما دفع أحد الباحثين<sup>13</sup> إلى القول بأن الحوز: «هو شرط تمام ونفاد وليس شرط لصحة العطية ولزومها»، على اعتبار أن العقد يكون صحيحا ولازما بمجرد انعقاده.

والرأي فيما أعتقد أنه وبالرغم من أن العمرى تملك بالقول والإشهاد على ذلك في المشهور أي بمجرد تطابق الإيجاب والقبول وإشهاد ذوي الاختصاص على ذلك، فإن القبض باعتباره سمة من السمات التي اختصت بها عقود التبرع يبقى شرط صحة فيها، إذ لا يسوغ أن يكون شرطاً لتمامها، ولا يكفي فيه هو حصوله قبل حدوث أحد الموانع الشرعية التي تحول دون اكتمال وتمام التبرع، نظراً لطبيعة حق العمرى باعتباره حق يقوم على منفعة الأصل لا على الأصل نفسه، ومن ثم فتقرير المنفعة مرتبط بثبوت شرط الحوز.

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المغربي من شرط الحوز في العمرى، حيث اعتبره بأنه شرط صحة لا تمام من خلال المادة 107 من مدونة الحقوق العينية التي نص فيها على أنه يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع حق العمرى بأن يقيم به بنفسه أو يأخذ غلته، فصيغة الوجوب في ثبوت الشرط تجعله شرط صحة لا تمام، لأن في غياب وعدم ثبوت المنفعة المادية من حق العمرى عدم ثبوت الحق في الأصل.

### الفقرة الثانية: معاينة الحوز في حق العمرى

المعاينة هي الوقوف على عين العقار المتبرع به والتطوف عليه من قبل الشاهدين العدلين، واشهادهما على إخلاء المعطى للعقار لمدة لا تقل عن السنة، وتضمن وضع يد المعطى له على العطية في الصك المثبت للتبرع أو في عقد مستقل عنه، شريطة ثبوت ذلك قبل قيام مانع من الموانع الشرعية التي تحول دون حصول الحوز.

ومن ثم فلا يشترط أن تتم المعاينة أثناء التبرع، بل يمكن أن تثبت في وقت لاحق له، وهذا من أجل الحفاظ على الغاية المرجوة من التنصيص على معاينة العدلين للقبض وعدم الاكتفاء بذكر ثبوته فقط، والمتمثلة أساساً في درء وتقادي المنازعة في وقوعه من قبل الدائنين والورثة.

لذلك أجمع الفقهاء من مختلف المذاهب على أن التبرعات بما في ذلك حق العمرى لا تقوم إلا بعد أن يتم توثيقها بالبيئة الشرعية.

والبيئة إشهاد يشهد بموجبه العدول على أن التبرع انعقد كاملاً لا لبس فيه، وأن عنصر الحوز قد تم، لذلك أولى الفقهاء اهتماماً كبيراً للوثيقة، واشتراطوا فيها عدة شروط يحدث بتخلفها بطلان التبرع، من قبيل: أن يتصدى لتحريرها عدول مشهود لهم بالعدالة والضبط.

13. عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، ط الأولى، أكتوبر 2011، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 36.

فقد جاء في نوازل الأحباس من المعيار جواب لسيدي أبي يحيى بن أبي عبد الله الشريف التلمساني عن مسألة من العمرى قال فيه ما معناه: «إن العمرى باطلة لخلو الوثيقة من الشرط المعتبر، وهو معاينة بينة الحوز فيما يحوزه غير الأب لمن يليه، وسلامة إسهاد الأب فيما يعطيه لمن يليه من ولده عن أمر يدل على عدم حوزة له، كتقديمه من يحوز للولد»<sup>14</sup>، كما أجاب ابن عرفة في إحدى النوازل فقال: الحمد لله، أما حوز الأرضين المحبسة بالحرثة فكاف بلا نزاع، لأن الحوز فيها يكون بالحرثة وبالتطواف عليها من جميع جهاتها والوقوف على حدودها، ويكون بعقد إكرائها وبغير ذلك، لكن الحوز بالحرثة أقوى.<sup>15</sup>

ومن نوازل الزياتي: «الذي جرت به الفتيا ومضى عليه شيوخ العدوتين أن الهبة والصدقة إذا كانت على بالغ من أولاده أو على أجنبي وتطوف بالشهود على حدود الشيء الموهوب وأعلامه من جميع جهاته ونواحيه، وتخلى الواهب عنه في صحته وقيام وجهه بمعاينتهم، أن ذلك حوز تام وإن لم تعين البينة نزوله بالأرض بعد ذلك بالحرثة وغيرها من وجوه المنافع، وإن لم يحز الموهوب له ما ذكر بمحض البينة ومعاينتها حين الهبة إلا أنها علمت بسط يد الموهوب له على ما وهبه له بعد ذلك، وتقرده في التصرف فيه في صحة والده الواهب، فهنا قولان؛ المشهور منهما بطلان الهبة»<sup>16</sup>.

وبذلك يتضح بأن الفقه مجمع على أن البينة أمر لازم لثبوت الحوز وإخراج المعطي للعقار موضوع حق العمرى من حوزته وإعطائه للمعطي له قصد حيازته واستعماله واستغلاله، وهو الأمر الذي استلهمه القضاء وعمل على تكريس، حيث جاء قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 20 أكتوبر 1999 ما يلي: «لا يكفي لصحة الهبة بالنسبة لشرط الحيازة مجرد اعتراف الموهوب له بتسلم الدار فارغة من شواغل الواهب وأمتعته، بل لا بد من معاينة الإفرغ والحيازة من طرف العدلين، طالما أنه من شروط الهبة حيازتها في حياة الواهب»<sup>17</sup>، وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2 يناير 2008 ما يلي:

«... ذلك أنه بمقتضى القانون فإن الهبة لا تصح إلا بعد الحوز والتصرف بمعاينة العدلين وهذا الشرط أساسي لا مناص منه لصحة الهبة، إضافة إلى أن الهبة المتنازع في شأنها كانت تحت الضغط والإكراه بالنسبة للهالك الذي كان مريضاً، وأنه بعد تصفح رسم الهبة يتضح بأن معاينة الحيازة لم تتم وأن الحيازة شرط لصحتها حتى ولو كان الواهب هو

14. النوازل الكبرى: م س، ص 556 و 557.

15. النوازل الكبرى: م س، ص 540.

16. النوازل الكبرى: م س، ص 581.

17. قرار عدد 4831 صادر عن محكمة النقض في الملف المدني ع: 99/4/1/347 بتاريخ: 20-10-1999 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ع 55، س 2000، ص 74.

الحائز لفائدة الموهوب لهم، وأنه مادام رسم الهبة خاليا من عنصر المعاينة فإن الهبة تبقى باطلة...»<sup>18</sup>.

إذن فالمقرر فقها وقضاء أن معاينة الحيازة أمر لا بد منه لصحة العطايا بما في ذلك العمري.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط معاينة الحوز ليس على إطلاقه، إذ يرد استثناء على هذا الأصل، وذلك في حالة وقوع اضطرابات أو حروب حالت دون معاينة الحوز، فإنه في هذه الحالة يتم الاكتفاء بالإشهاد على الحوز دون معاينته، فبه تصح العطية، وتبقى على صحتها إذا توفي المعطي قبل إمكان الوصول لمعاينة الحوز إذا زالت حالة الضرورة، فالعطية تبقى على صحتها، ولا يشترط معاينة الحوز من جديد، لأن العبرة بالعطية زمن وقوعها في حالة الضرورة، والضرورة هنا تقوم مقام معاينة الحوز.<sup>19</sup>

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن معاينة البيئة ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات الحوز في التبرعات بما في ذلك العمري، إذ يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا.

أما بخصوص المشرع المغربي فقد سلك مسلكا آخر فيما يتعلق بمعاينة الحوز في العمري، فبرجعنا إلى الفقرة الثالثة من المادة 106 من مدونة الحقوق العينية نجده قد أقر صراحة بأنه لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمري، وبذلك يكون قد خالف ما سار عليه الفقه والقضاء حول ضرورة معاينة الحوز في عقود التبرع.

وفي رأينا المتواضع حسنا فعل المشرع لأن تحريره في وثيقة رسمية سيفني عن ضرورة معاينة الحوز في عقد العمري، وبالتالي سيتم الإشهاد عليه من طرف عدلين أو موثق، كما أنه من شأن توثيق عقد العمري في وثيقة رسمية ضمان حقوق كل من المعطي والمعطى له، ليبقى السؤال المطروح هو: ماهي العلاقة التي تربط مؤسسة التقييد بالسجل العقاري بالحوز؟

### المطلب الثاني: علاقة التقييد بشرط الحوز

تعتبر التبرعات بصفة عامة، وعقد العمري بصفة خاصة، من التصرفات التي يتعين إدراجها بالرسم العقاري<sup>20</sup> في حالة ورودها على عقار محفظ، وذلك تكريسا لمقتضيات

18. قرار محكمة النقض ع: 4 المؤرخ في: 2008/1/2 ملف شرعي ع: 2007/1/2/324، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع المزدوج 133 و134، م س، ص 323.

19. عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 255 وما بعدها.

20. تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على المحافظ اتخاذ قرار بشأن طلب التحفيظ، ولقد منح المشرع للمحافظ العقاري صلاحيات تكاد تكون مطلقة بحيث يرجع إليه وحده حق اتخاذ قرار للتحفيظ أو عدم التحفيظ. فبمجرد انتهاء مدة شهرين المالية لنشر انتهاء عملية التحديد والتي تعتبر كأجل لتقديم التعرضات يتعين على المحافظ العقاري إعداد

الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، الذي يقضي بضرورة إشهار جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الواقعة بين الأحياء مجاناً أو بعوض إذا كانت تروم تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو تغييره عن طريق التقييد بالرسم العقاري، على اعتبار أن التقييد هو المثبت للملكية والناقل والمنشئ والكاشف لها بين أطراف العقد وفي مواجهة الغير.

غير أن موضوع العمرى الواردة على عقار محفظ، يخضع لشكلية سابقة لمبدأ التقييد بالسجل العقاري، وهي شكلية الحوز المادي المتطلبة فقها وقانوناً لثبوت ونفاذ العطية، ثم للتقييد بالسجل العقاري<sup>21</sup> الذي يستلزمه ظهير التحفيظ العقاري، الأمر الذي تمخض عنه خلاف مفاده هل يمكن الاقتصار على الحوز المادي بغض النظر عن الحوز القانوني؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا الوقوف عند موقف الفقه (الفقرة الأولى)، وبعدها الوقوف عند موقف القضاء (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: موقف الفقه

من المعلوم أن الغاية من تقرير الحوز هي حماية حقوق المتعاملين مع المعطي من الضياع، وتمكين المعطى له من استعمال واستغلال العقار موضوع حق العمرى، ويتم التمييز

ملف مطلب التحفيظ لاتخاذ القرار الملائم وذلك بعد التأكد والقيام بمجموعة من الإجراءات. وقد حدد المشرع في الفصل 30 من ظهير التحفيظ العقاري أجلاً لاتخاذ قرار تأسيس الرسم العقاري، وهو ثلاثة أشهر الموالية لانصرام أجل التعرض، وبمعنى أخر يتعين على المحافظ اتخاذ قرار تأسيس الرسم العقاري في أجل أقصاه خمسة أشهر بعد التحقق من إنجاز جميع الإجراءات وعدم وقوع أي تعرض... وقرار تأسيس الرسم العقاري هو قرار يطهر العقار من الحقوق غير الظاهرة وقت التحفيظ ولو كانت مشروعة، ويعترف في نفس الوقت بالوجود القانوني للحقوق الظاهرة وقت التحفيظ ويضفي عليها صبغة المشروعية، وهو قرار ينتج عنه تأسيس رسم عقاري يشكل دليلاً قاطعاً على حق الملكية والحقوق العينية والتحملات العقارية المعلن عنها أثناء مسطرة التحفيظ والمسجلة بالرسم العقاري. للمزيد من التفاصيل يرجى الإطلاع على: محمد خيري: مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مرجع سابق، ص: 196 وما بعدها.

21. تجدر الإشارة هنا إلى أن طريقة التقييد في نظام الشهر العيني تختلف عن طريقة التقييد في نظام الشهر الشخصي. فنظام الشهر الشخصي يعتمد على حفظ صورة العقد في ملفات خاصة أو نقل صورة العقد في دفاتر خاصة معدة لذلك، يطلع عليها الغير ويأخذ صوراً منها، فيقف بذلك على حقيقة التصرفات الحاصلة بشأن العقارات، وهذه هي الطريقة المعتادة في التسجيل وفقاً لهذا النظام وتسمى بالتسجيل العرفي، إلا أن عيبها يكمن في أن العقود تسجل كما هي، فإذا كانت تتضمن عيباً من العيوب فإنها تبقى كذلك ولا سبيل إلى تغييرها. أما في نظام الشهر العيني فإن التقييد يتم عن طريق ذكر بيانات معينة من طرف المحافظ أو ردها القانون اعتماداً على العقود والمستندات التي يحتفظ بها في ملف العقار، فكون الحق ثابتاً اعتماداً على ما هو مقيد في الرسم العقاري من بيانات دون غيره من الوثائق ويسمى هذا النوع بتقييد أو تسجيل البيانات وهو نفس النظام المتبع في المغرب. كما أن النظام الفرنسي يفرق بين حق الملكية وما يتفرع عنها، وبين الضمانات، فإنشاء ونقل الملكية أو الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية يخضع لإجراءات التسجيل. ويتم الشهر في سجل اسمه: «سجل السجلات»، أما إنشاء الضمانات العينية العقارية كالرهن الرسمي فيخضع لإجراء القيد ويتم الشهر في سجل اسمه: «سجل القيود». أما المشرع المغربي فإنه لم يفرق بين حق من الحقوق سواء أكانت أصلية أو تبعية، فإنها تخضع لإجراءات واحدة هي إجراءات التقييد في سجل واحد وهو السجل العقاري، للمزيد من التفاصيل يرجى الإطلاع على: محمد خيري: مستجدات التحفيظ العقاري... الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 380 وما بعدها.

في هذا الإطار بين العقار غير المحفظ والعقار المحفظ، إذ يخضع هذا الأخير شكلاً وموضوعاً للقواعد المسطرة في ظهير التحفيظ العقاري 14-07، وكذلك تلك المنصوص عليها في مدونة الحقوق العينية، مع مراعاة مقتضيات المادة الأولى من هذه المدونة الأخيرة<sup>22</sup>، وحتى يكتسب حق العمرى وجوده القانوني يتعين الإسراع أو المبادرة إلى إدراج العقد المنشئ للعمرى والمثبت لها بالرسم العقاري طبقاً لمقتضيات الفصولين 66 و67 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تنميته وتعديله بالقانون رقم 14-07<sup>23</sup> والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية<sup>24</sup>، وذلك حتى يتحقق الحوز القانوني الذي يتبناه بعض الفقهاء معتبرين أن التقييد هو أساس صحة العطية حتى ولو لم يتحقق القبض على اعتبار أن التقييد بالرسم العقاري هو الذي يزرع الروح في العمرى ويكسبها وجودها القانوني، أما قبل ذلك فيكون عقد العمرى مجرداً من قيمته وقوته الثبوتية المستمدة من القانون في إطار الأثر المنشئ المترتب عن الإشهار.

وعلى هذا الأساس فأنصار هذا التوجه يعتبرون أن التقييد في الرسم العقاري يغني عن القبض شريطة ثبوت ذلك قبل حصول مانع من الموانع الشرعية، على اعتبار أن التقييد قرينة على حصول الحوز<sup>25</sup>، وهناك من الفقه من أيد هذا التوجه، إذ اعتبر أن الحيازة في

22. تنص المادة 1 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: «تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

23. ينص الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتميمه بالقانون رقم 14-07 على ما يلي: «كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية».

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة». كما ينص الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتميمه بالقانون رقم 14-07 على ما يلي: «إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم».

24. تنص المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: «إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلاً صاحب الحقوق المبينة فيها».

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيط من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيط عليه».

25. هشام بوي علي، الحوز في التبرعات على ضوء أحكام القيد في السجل العقاري، بحث نهاية التمرين للمحققين القضائيين بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 34، سنة التكوين 2007-2009، ص 51.

العقار المحفظ لا تثبت إلا بتقييد العقد بالرسم العقاري قبل تحقق أحد الموانع الشرعية، لأنه إذا ثبتت هذه الأخيرة، وبلغ ذلك إلى علم المعطى له تبطل العمرى<sup>26</sup> ولو ثبت إعمار العقار موضوع حق العمرى أو أخذ ثماره أو غلته، نظرا لكون الحيازة القانونية قد تمت أثناء حصول المانع.

ويرى أحد الباحثين، بأن تقنية التقييد حلت محل شرط القبض في التبرع الوارد على عقار محفظ، بما في ذلك حق العمرى الذي يكون موضوعه عقارا محفظا، معتبرا إياها وسيلة تحقق نتيجتين متلازمتين وهما تمام العمرى وصحتها، هذا بالإضافة إلى ثبوت ملكية منفعة العقار إلى المعطى له<sup>27</sup>، ولأنه بالتقييد يتم عقد العمرى وتثبت ملكية منفعة العقار المعطى عبر تقنية الإشهار، لكون هذا الأخير قرينة قانونية من نوع خاص تترتب عن التقييد ليكونا وجهان لعملة واحدة مرتبطين وجودا وعدما<sup>28</sup>، وبذلك يتحقق البعد المقاصدي من شرط القبض والمتمثل أساسا في إعلام الدائنين والورثة بالتصرف وذلك من أجل الحلول دون التحايل على الغير ومحاولة الإضرار بهم.

ولذلك فأنصار هذا التوجه<sup>29</sup> يعتبرون أن تقييد عقد العمرى بالسجل العقاري، يغني عن ثبوت الحوز المادي في العمرى الذي اشترطه الفقه المالكي، وذلك من أجل إقرار حكمة وغاية تتمثل في التحايل على أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالإرث وكذلك الإضرار بالغير الدائنين، والتي كانت حاضرة لدى التوجه المنتقد لأنصار الحوز القانوني والمنتصر للحيازة الفعلية في التبرعات بصفة عامة والعمرى بصفة خاصة معتبرين أنها أقوى حجة مقارنة بطبيعة الحوز القانوني، نظرا لكونها حيازة ملموسة ومجسدة على مستوى الواقع من حلول المعطى له محل المعطى في الاستفادة من منفعة العقار موضوع حق العمرى أو أخذ غلته، عكس التقييد بالرسم العقاري الذي يعتبر تقنية قانونية غير ملموسة من شأنها الإضرار بحقوق الغير: ورثة أو دائنين<sup>30</sup>، وهذا الأمر أكده أحد الباحثين معتبرا أن غياب شرط الحوز المادي في العمرى والاكتفاء بإدراج العقد المنشئ لها بالرسم العقاري

26. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص 343 و 388.

27. عبد الفتاح بلا، الحوز في التبرعات على ضوء الاتجاه الأخير للمجلس الأعلى، مقال منشور بمجلة المحامي ع 35، يونيو 1999، ص 37.

28. عبد العزيز توفيق، عقود التبرع بين قواعد الفقه الإسلامي ونظام الرسوم العقارية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع 98، مطبعة دار القرويين، الدار البيضاء، دون ذكر السنة، ص 69.

29. عبد العزيز توفيق، م س، ص 70. عبد السلام بنزروع: تعليق على قرار بغرف مجتمعة بالمجلس الأعلى حول الحوز القانوني في التبرعات، منشور بمجلة القصر، العدد 12 شتنبر 2005، ص 201. إدريس السبع: الهبة والصدقة مداخلة منشورة بالندوة الجهوية الخامسة بسطات بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، يومي 26 و 27 أبريل 2007، مطبعة الأمانة بالرباط، ص 149.

30. عادل الإدريسي، م س، ص 85.

من شأنه الإضرار بالدائنين والورثة، خصوصا إذا لم يدركوا عملية التقييد، إلا بعد وفاة المعطي.

هذا وقد اعتبر أن التقييد بالرسم العقاري لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تنظيمي يعطي للعقد المقيد والمنشئ للالتزام القوة الثبوتية المستمدة من القانون، أي أن التقييد هو الذي ينفخ الروح في العقد الذي هو مجرد جثة ولا قيمة له قبل ثبوت تقنية التقييد بالسجل العقاري الذي يضيف على السند وجودا قانونيا دون إضافة أي شيء لمدلوله العام والخاص<sup>31</sup>.

فالتقييد يعطي للتبرع بصفة عامة والعمرى بصفة خاصة وجودا قانونيا، غير أن هذا الوجود قد يزول وقد يثبت ويطول، وهذا نظرا لارتباطه بالسند المنشئ للالتزام وجودا وعدمًا، حيث يمكن التشطيب عليه بناء على حكم قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به أو بمقتضى سند طبقا لمقتضيات الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>32</sup>، أو بناء على أمر صادر عن قاضي المستعجلات<sup>33</sup> إعمالا لمقتضيات الفقرة الثانية من مقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>34</sup>، وهذا مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ حسن نية الغير<sup>35</sup>.

31. محمد أجاوي، الحيازة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، أشغال ندوة تخليد الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى 1999، ص 628 و629.

32. ينص الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: «مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمنين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق».

33. يهدف قانون المسطرة المدنية بشكل عام إلى حماية حقوق المتقاضين مدعين كانوا أو مدعى عليهم، غير أن هذه الحماية لا تتحقق على الوجه الذي يتوخاه هؤلاء بسبب طول الإجراءات وبطئها، وخاصة أنه في بعض الحالات لا يمكن انتظار الأجل التي ينص عليها القانون، لأن من شأن ذلك تفويت الحقوق على أصحابها وإلحاق أضرار بمصالحهم، لذلك عمد التشريع الإجرائي المغربي كغيره من التشريعات الأخرى إلى تخصيص قواعد متميزة لبعض المنازعات تسائر طابعها الاستعجالي، ويعرف هذا النوع من المساطر بالمساطر الاستعجالية. إذ تعد ضمانات يمنحها قانون المسطرة المدنية للمتقاضين، إذ يصبح التقيد بالأجل والإجراءات العادية غير كاف للحفاظ على حقوقهم، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى تخصيص نصوص فريدة تعالج القضايا التي تتميز بالطابع الاستعجالي، وهي الأوامر المبنية على الطلبات، والمعاينات ومسطرة الأمر بالأداء، وقضايا الأمور المستعجلة بمفهومها الضيق. للمزيد من التفاصيل حول الموضوع يرجى الاطلاع: عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الاختصاص والدعوى، الأحكام وطرق الطعن، التحكيم والوساطة الاتفاقية، المسطرة في المادة الاجتماعية، الحجز التنفيذي والحجز لدى الغير، الحجز الارتهاني والحجز الاستحقاق، طبعة مزيعة ومنقحة ومحنة وفق آخر التعديلات، طبعة أبريل 2009، المطبعة والوراقة الوطنية، ص 81 وما بعدها.

34. ينص الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري الذي نسخ و عوض بالقانون رقم 07-14 على ما يلي: «كل حجز أو إنذار بحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقوده بالرسم العقاري. و ابتداء من هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز. يشطب على الحجز والإنذار بحجز المنصوص عليهما في الفقرة السابقة بناء على عقد أو أمر من قاضي المستعجلات يكون نهائيا و نافذا فور صدوره».

35. أما في حالة الغير المتمتع بحق العمرى المضمن بالسجل العقاري، فإن حجية التقييد بالنسبة له تختلف ثبوتيتها بين ما إذا كان حسن النية أو سيئها، لأن شخص المعطي له الذي يكون على علم بالعيوب اللاحقة بالسند المقيد والذي يستمد منه حقه، تثبت سوء نيته، ومن هنا فحجية التقييد بالنسبة له تعتبر قرينة بسيطة يمكن دمجها بما يثبت عكس ذلك،

وهكذا فصحة عقد العمرى غير مرتبطة بإدراجها بالسجل العقاري من عدمه، وإنما بتحقيق عنصر الحيابة الفعلية المشترطة فقها قبل ثبوت أحد الموانع الشرعية، مادام بالإمكان الإسراع إلى إدراجها بالسجل العقاري ولو بعد ثبوت وفاة المعطى وإلزام ورثته بها<sup>36</sup>.

وبهذا تتحقق الغاية الشرعية من الحوز الفعلي والمتمثلة أساسا في حلول المعطى له محل المعطى في منفعة العقار موضوع حق العمرى بالإعمار أو بأخذ غلته حيث يصبح تحت مسؤوليته، وليس الإشهار المتوخى من تقنية التقييد<sup>37</sup> التي من شأنها إتاحة الفرصة للإقبال على تصرفات غير قانونية قابلة للإبطال والبطالان.

### الفقرة الثانية: موقف القضاء

كان شرط الحوز بخصوص العقارات غير المحفوظة لا يثير أي إشكال، إلا أن ورود العطية على عقار محفظ بما في ذلك العمرى أثار تضاربا واختلافا على مستوى توجهات القضاء، حول مدى ضرورة توفر شرط الحوز الفعلي لصحة عقد العمرى ولزومها ونفاذها<sup>38</sup> من عدمه، حيث يتم الاكتفاء بإدراج عقد العمرى بالرسم العقاري، وهذا ما تولد عنه توجهان قضائيان أولهما: يعتد بالحوز القانوني للعطية بما في ذلك العمرى، ويعتبره كافيا لثبوت العمرى ونفاذها ولزومها ولو لم يحصل الحوز المادي المستلزم عند الفقه المالكي، على اعتبار أن الحيابة في العقار المحفظ تتم بتقييد عقد العمرى بالرسم العقاري، وإلا عدت

وبالتالي لا يمكن التمسك بحجية التقييد بالرسم العقاري لدفع أثر إبطال العقد المنشئ للعمرى الذي استند إليه لثبوت حقه، كما لا يمكن دفع سريان الحقوق والتكاليف العقارية الواردة على العقار وغير المضمنة بالرسم العقاري، لأنه لا يستطيع ولا ينسئ له الاستفادة من القوة الثبوتية للتقييد عكس الشخص حسن النية، فالتقييد بالرسم العقاري يكسبه حجية قوية حتى لو كان التقييد الذي اعتمد عليه وأسس عليه حقه مشوبا بأحد العيوب وقابلا للإبطال أو البطلان مادام ليس على علم بوجود العيب.

ومن ثم فإبطال العقد والتشطيب على التقييد المعول عليه لتأكيد حقه لا يمكن أن يلحق بالغير حسن النية أي ضرر وتبقى حقوقه بما في ذلك حق العمرى المفيدة بالرسم العقاري محفوظة، وذلك إعمالا لمقتضيات الفصل 66 من القانون رقم 14-07 وكذا المادة 2 من مدونة الحقوق العينية. للمزيد من التفاصيل راجع: إدريس الفاخوري، دنيا مباركة: نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون رقم: 14-07 مطبعة الجسور، الطبعة الأولى 2012، ص: 215.

36. خالد البوكري، عقد العمرى بين التشريع والقضاء، دراسة على ضوء العمل القضائي ومستجدات القانون 39-08، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والممارسة القضائية، جامعة محمد الخامس السويسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، س ج: 2010 و 2012، ص 82 وما بعدها.

37. محمد الدراديني، الحيابة الشرعية في التبرعات بين الفقه الإسلامي وقانون التحفيظ العقاري، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، ع 5 س 2005، ص 307.

38. عمر الأبيض، موقف المجلس الأعلى من شرط الحوز في التبرعات بعد القرار 555، المنازعات العقارية من خلال اجتهاد المجلس الأعلى الندوة الجهوية الخامسة، القاعة الكبرى لولاية الشاوية ورديفة سطات، يومي: 26 و 27 أبريل 2007، ص 43.

العمرى في حكم العدم وبذلك صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 25 يونيو 2008 جاء فيه ما يلي: «... لما كانت غاية الفقه من اشتراط الحيابة في عقود التبرع هي خروج العين المتبرع بها من يد المتبرع إلى يد المتبرع عليه، فإن تسجيل عقد التبرع في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتبرع عليه، لذا يعتبر تسجيل التبرع في الصك العقاري قبل حدوث المانع حيازة قانونية تغني عن الحيابة الفعلية»<sup>39</sup>.

إذا نستنتج من خلال القرار الوارد أعلاه بأن الحيابة المعتبرة والمعتد بها هي الحيابة القانونية، وأن النصوص القانونية الواجبة التطبيق على عقد العمرى الوارد محله على عقار محفظ هي الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14 والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية، على اعتبار أن كل تصرف قانوني وارد على عقار محفظ لا يكون له أثر بين المتعاقدين، ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا بالتقييد بالرسم العقاري، وبالتالي فشرط القبض في العمرى الذي يجد أساسه في قواعد وأحكام الفقه المالكى تم تجريده من قيمته في القرار السالف الذكر.

وفي نفس السياق صدر قرار عن محكمة النقض بتاريخ 02 مارس 2005 جاء فيه يلي: «... لكن ردا على ما ورد في هذا السبب فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أقامت قضاءها على أن المتبرع عليه قد حاز الملك المتبرع به وسجل التبرع بسجلات المحافظة العقارية بتاريخ 24 يناير 1991 وأن المتبرع توفي بتاريخ 04 أبريل 1992 حسب رسم الإرادة المدلى به في الملف مما يكون معه رسم التبرع موضوع الدعوى مستوفيا لجميع شروط الصحة، إذ إن تسجيل رسم التبرع بالرسم العقاري قيد حياة المتبرع يعتبر حيازة قانونية تغني عن معاينة الحيابة وإثباتها...»<sup>40</sup>. وبهذا يكون القضاء قد ابتكر مصطلحا جديدا «الحوز القانوني»<sup>41</sup>، والذي يراد به التقييد بالرسم العقاري الذي يقوم مقام الحوز المرتبط

39. قرار صادر محكمة النقض ع 555، ملف عقاري ع 596-2-1992، منشور بمجلة القضاء والقانون، ع 149، ص 259.

40. قرار ع 120 ملف شرعي ع 472/1/2-2004، صادر بتاريخ 02 مارس 2005، منشور بمجلة القصر، ع 25 يناير 2010، ص 139.

41. وتجدر الإشارة هنا إلى المذكرة رقم 341 الموجهة من المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية مسجلة تحت رقم 1935 والصادرة بتاريخ 27 شتنبر 2004 في موضوع الحيابة في التبرعات بصفة عامة وهذا نصها: «وبعد يشرني أن أخبركم بأن المجلس الأعلى بجميع غرفه أصدر قرار تحت عدد 555 بتاريخ 08-12-2003 في موضوع الحيابة في التبرعات المتصلة بالعقارات المحفظة، يستخلص منه ما يلي:

1 - أن تقييد عقد الصدقة بالصك العقاري قبل حدوث المانع يعتبر حيازة قانونية تغني عن إظهار العدول بمعاينة الحيابة الفعلية أو إثباتها بأية وسيلة أخرى.

2 - أنه بمجرد تقييد عقد الصدقة بالصك العقاري، تنتقل ملكية وحيابة العقار المتصدق به إلى المتصدق عليه بشكل قانوني، حيث يصبح هذا الأخير مالكا له، ويمكنه الاحتفاظ به والتصرف فيه.

3 - أن تقييد عقد الصدقة بما يوفره من ضمانات قانونية لفائدة المتصدق عليه، يحقق غاية الفقه الإسلامي المرجوة من التبرعات، وهي خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق إلى يد المتصدق عليه.

بوضع اليد على الشيء محل التبرع، والذي اعتمده ورجحه الاتجاه القضائي الثاني معتبرا أن الحوز الفعلي أو المادي للعطية بما في ذلك العمرى هو أساس صحتها ونفاذها في مواجهة الكل أطرافا وأغيارا، وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 23 غشت 2011 ما يلي: «... لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللته بأنه متى تمت حيازة الشيء المتبرع به حيازة فعلية، فإنه لا يمكن إبطال عقد التبرع الذي سجل بالرسم العقاري بعد وفاة المتبرع، وأن المتبرع عليهن حزن العقار موضوع التبرع حسب الحجج المدلى بها ومنها موجب إثبات الحيازة...»<sup>42</sup>.

وفي نفس التوجه صدر قرار آخر بتاريخ 24 مارس 2004 جاء فيه: «حقا لقد تبين ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أنه بمقتضى الفصل 80 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، فإنه إذا وقع انتقال حق من حي إلى حي أو نشأ بينهما فطلب تسجيله بعد موت المفوت فإنه يمكن أن يباشر ذلك بناء على الإدلاء بلائحة تحمل فقط إمضاء المفوت له، وأنه من الثابت من رسم العطية المضمن بعدد 194 صحيفة 227 المؤرخ في 18 يونيو 1988 توثيق الدار البيضاء أن المتبرع عليه الطالب حاز الحقوق المتبرع بها من طرف المتبرع فارغا من شواغله، وأن عدم تحرير الرسم المذكور في المدة المحددة قانونا يعتبر مخالفة لتوثيقه إذ لا تأثير له على صحة العطية، كما أن عدم تسجيلها بالرسم العقاري أثناء حياة المعطي وذلك عملا بمقتضيات الفصل 80 المذكورة...»<sup>43</sup>.

يتضح من خلال هذين القرارين أن عقد العمرى الذي لم يقيد بالرسم العقاري قيد حياة المعطي يعد صحيحا ما دام الحوز الفعلي والمادي المتطلب والمستلزم فقها قد تم قبل حصول مانع من الموانع الشرعية من موت وتقليص ومرض وموت وانعدام أهلية، لأن انعدام التقييد بالرسم العقاري لعقد العمرى لا يبطل هذا الأخير ولا يجرده من أثره حيث يكون تاما ونافذا بمجرد حصول شرط القبض المشترك فقها وهو نفس الفهم الذي استلهمه المشرع المغربي حيث عمد إلى تقرير ضرورة ثبوت الحوز المادي في حق العمرى ويتضح ذلك من

وبهذا الاجتهاد، وضع المجلس الأعلى حدا للتعارض بين مواقف المحاكم في شأن الحيازة في التبرعات المتعلقة بالعقارات المحفظة، حيث اعتبر أن الحيازة القانونية الناتجة عن التقييد بالرسم العقاري، تقوم مقام الحيازة الفعلية المطلوبة بالنسبة للعقارات غير المحفظة، وبهذا حقق انسجام القضاء مع مبادئ وأحكام نظام التحفيظ العقاري من غير مخالفة قواعد الفقه الإسلامي».

42. قرار صادر عن محكمة النقض ع 424 في الملف الشرعي ع 500/1/2/2009 والصادر بتاريخ 2011/08/23، منشور بمجلة ملفات عقارية ع الثاني، 2012، ص 24.

43. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 149، ملف عقاري ع 543/1/2/01، بتاريخ 24 مارس 2004، أشار إليه: عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، م س، ص 267.

خلال صيغة الوجوب في إعمار المعطى له للعقار أو أخذ غلته، عملا بمقتضيات المادة 107 من مدونة الحقوق العينية.

ومنه فمتى تحقق الحوز الفعلي للعقار موضوع حق العمرى اعتبر الحق قائما وناظرا في مواجهة الكل أطرافا وأغيارا، ولو لم يتم الإشهاد على معاينة الحوز فيها من قبل العدول. وبذلك يكون المشرع المغربي قد حافظ على شرط جوهرى في العطية التي يكون محلها عمرى، بل على خاصية من خاصيات وسمة من سمات عقود التبرع بصفة عامة، والعمرى بصفة خاصة، وهي شرط الحوز.

## خاتمة

نخلص من خلال هذا المقال بأن المشرع نص صراحة على ضرورة ثبوت الحوز في العمرى، وذلك لما يلعبه وضع اليد من دور في قيام وثبوت عقد وحق العمرى باعتبار أن هذا الأخير يقوم على منفعة الشيء لا على الشيء نفسه، هذا بالإضافة إلى أن حق العمرى من الحقوق التي استثناه المشرع من دائرة الحقوق التي يمكن أن يقدم بشأنها مطلب تحفيظ، بمعنى أن العقار غير المحفظ، يجب أن تثبت فيه الحيازة الفعلية لمنفعة العقار موضوع العمرى، الذي ينصب عليه، ومن شأن عدم التنصيص على الحيازة الفعلية إهدار حق صاحب العمرى المنصب على عقار غير محفظ، وتقويت فرصة الاستفادة منه، نظرا لكون الشخص المستفيد من حق العمرى يعد خلفا خاصا لمالك حق الرقبة المعطى، ومن ثم فإن لزوم العمرى وثبوتها في مواجهة هذا الأخير بل والاستفادة منها كحق يقتضي وضع اليد على العقار موضوع حق العمرى قبل قيام مانع من الموانع الشرعية، بغض النظر عن كون العقار محفظ أو غير محفظ أو في طور التحفيظ.

وفي مقابل ذلك فالمشرع المغربي لم يشترط ضرورة معاينة الحيازة لصحة عقد العمرى، وذلك بالإشهاد عليها في البينة المثبتة للحيازة، وإجبار العدلين القيام بها، لأن المعاينة تؤكد بأن المعطى لعقد وضع يده على العقار موضوع حق العمرى لأن طبيعة العقد أو الحق تستدعي التدخل بسرعة لاستفادة المعطى له، خصوصا وأن حق العمرى من الحقوق المؤقتة.

## المخاطر القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية

بقلم: كريمة شفيق

باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

### مقدمة

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع أو الافتراء، ووضعت قواعد لثبوت النسب وجعلته حقا للولد ولأبويه وسائر القربان حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقربة التي تقوي عزمها وتشد أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع ولتثبت لها الحقوق وتلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفرادها<sup>1</sup>. لذلك نص المشرع على وسائل إثبات النسب فهو يثبت بالفراش الإقرار البينة... حتى لا يضيع نسب أحد ففي ذلك فقدان النسب من ظلم وضياع يلحق مجهول النسب ولما يصيبه من معاناة نفسية تلازمه طوال حياته تؤثر على سلوكه وتشعره دوما بالظلم، ومن خلال ما قرره الشريعة الإسلامية من وسائل لإثبات النسب نستشف أن مقاصدها تقبل أي وسيلة تصلح لإثبات النسب فإن وجدت طريقة جديدة مشروعة تصلح لإثبات النسب فإنها تقبل ولا ترفض، ومن الوسائل المستجدة حديثا في إثبات النسب ما يعرف بالبصمة الوراثية فقد أثبتت التجارب المخبرية نجاحها الكبير في معرفة الأنساب ونظرا لكون اكتشاف هذه الوسيلة جاء حديثا جدا فإن الرؤية لم تتضح بعد<sup>2</sup>، بحيث تعتبر من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر، وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها، وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية وقبلت بها عدد من المحاكم الأوروبية وبدأ الاعتماد عليها مؤخرا في البلدان الإسلامية لمعرفة أصحاب الأعمال الاجرامية، لذا كان من الأمور المهمة

1. محفوظ بن الصغير، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والقانون، المجلد 3 ع 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، س 2018 ص 8.

2. الهادي الحسين شبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، مجلة المعيار، ع 5، س 2003، الجزائر، ص 88.

للقضاة معرفة حقيقة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات الأنساب<sup>3</sup>، وفي ظل التطور العلمي والطبي الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة، فقد قام علم الوراثة بدور بارز في مجال إثبات النسب فاستجبت قضايا استدعت من العلماء ورجال الدين و القانون الوقوف عندها.

ومن خلال ما سبق يمكننا طرح الإشكالية الآتية: ماهي المشاكل والصعوبات التي تطرحها فكرة وتطبيق البصمة الوراثية كدليل علمي في إثبات النسب بناء على أوامر من القضاء المختص بهدف الوصول إلى الحقيقة؟

وعليه، وللإجابة عن هذه الإشكالية تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، وذلك من خلال تتبع النصوص القانونية التي قررت لأجل استخدام البصمة الوراثية في الإثبات وذلك بغرض رسم نظرية متكاملة حول حجية هذه التقنية بهدف تقييمها، لذا كان من الأهمية دراسة هذا الموضوع والذي يعد ذو طبيعة علمية بحثية في إثبات النسب وذلك من خلال مبحثين: يتناول الأول المخاطر القانونية الناجمة عن تنازع البصمة الوراثية والأدلة الشرعية لإثبات النسب، ويختص الثاني بالمخاطر القانونية للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات.

## **المبحث الأول: المخاطر القانونية الناجمة عن تنازع البصمة الوراثية والأدلة الشرعية لإثبات النسب**

يكون القاضي المغربي قناعاته انطلاقاً من الآراء الفقهية إذا لم يجد نص تشريعي أو اجتهاد قضائي، وهذه الوضعية قد يجد القاضي المغربي نفسه فيها كلما تعلق الأمر بإعمال الخبرة الطبية عند تنازعها مع الأدلة الشرعية لإثبات النسب ونفيه، لذلك في هذا المبحث سنوضح الصعوبات الناتجة عن ذلك فيما يلي:

### **المطلب الأول: تنازع البصمة الوراثية مع الفرائض والإقرار**

قد يحدث تنازع بين البصمة الوراثية والأدلة الشرعية لإثبات النسب كالفرائض والإقرار وهو ما سنعرضه في الفقرات التالية:

### **الفقرة الأولى: تنازع البصمة الوراثية والفرائض**

يطرح العمل بالبصمة الوراثية في ميدان النسب إشكال، يتمثل في معارضة أغلب الفقه المعاصر للأخذ بها عند تنازعها مع الفرائض لأن أغلب الفقهاء اعتبروه أقوى أدلة إثبات

3. عبد الرحمان بوحسون، تقديم البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه على اللعان بين الحظر والجواز - دراسة فقهية وقضائية مقارنة - مجلة روافد، المجلد 4، ع 1، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، س 2020، ص 279.

النسب، استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش»<sup>4</sup>، ذلك أنه متى وجد الفراش المستجمع لشروطه قدم على سائر وسائل إثبات النسب الأخرى، ومن بينها القيافة الثابتة شرعاً، والبصمة الوراثية الثابتة بالقياس الأولى على القيافة لقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيلة والسرية، ولذلك لا بد من أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية، ومعنى ذلك أنه في حالة تعارض نتائج تحاليل البصمة الوراثية مع دليل الفراش يقدم هذا الأخير باعتباره أقوى الأدلة الشرعية لثبوت النسب.

فأغلب الآراء لا ترفض العمل بالبصمة الوراثية في ميدان النسب بكيفية مطلقة، وإنما تدعو إلى إعمالها في الحالات التي تعمل فيها القيافة، كحالة التنازع حول مجهول النسب في غياب أي دليل آخر من الأدلة الشرعية أو عند تعارضها، لأن البصمة الوراثية تستمد شرعيتها من القياس الأولى على القيافة التي كان يعمل بها السلف الصالح استناداً إلى الحديث النبوي الشريف فعن عائشة رضي الله عنها قالت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: «ألم تري أن مجزراً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض»<sup>5</sup>.

فالاجتهاد القضائي المغربي استقر قبل صدور مدونة الأسرة الجديدة على رفض اعتبار الخبرة الطبية عامة، كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب، رغم الاعتداد بها في ميادين أخرى عند بته في منازعات تهم الأحوال الشخصية، وقد برر القضاء آنذاك مسعاه هذا بعدم ورود في المدونة السارية المفعول آنذاك، نصوص صريحة تشجع على اعتمادها، ثم إنه ليس في الفقه الإسلامي ما يثبت بوضوح اللجوء إليها في هذا المجال.

فقد ورد في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 25 يناير 1994: «إن العارض طلق المطلوبة في النقض بمجرد خروجها وبين للمحكمة أن الولد ليس من صلبه لأنه عقيم ولكونه مريض، وقد زكى ذلك بشواهد طبية وتحليلات علمية، وأنه خال من الحيوانات المنوية، وأن المحكمة الابتدائية سبق لها أن أصدرت قراراً تمهيدياً قضى بإجراء خبرة طبية إلا أنها تراجعت عنه، دون تعليل ... إن العبرة بموافقة الحكم للنص الفقهي الذي اعتمده الحكم الابتدائي نقلاً عن الزرقاني باب اللعان حيث قال: «لا يعتمد على العقم حتى يلاعن إلخ، كما أن الخبرة بالمرحلة الابتدائية التي رجعت عنها المحكمة الابتدائية ولم يتمسك بها الطاعن

4. صدقي جميل العطار، البخاري صحيح البخاري، كتاب الاحكام، حديث رقم 7182 المجلد 4، ط 2003، دار الفكر، بيروت لبنان، ص 362.

5. صدقي جميل العطار البخاري، كتاب الفرائض، حديث رقم 6770 المحدث البخاري، المصدر: صحيح البخاري، خلاصة حكم الحديث صحيح، دار الفكر، لبنان، 2003، ص 259.

أمام محكمة الاستئناف التي اقتصر ردها على ما أثاره الطاعن، الأمر الذي يجعل ما نعاه السبب لا أثر له<sup>6</sup>.

فمحكمة النقض هنا أكدت ما ورد في الأحكام الابتدائية والاستئنافية، من رفض الخبرة الطبية، ورفض بذلك طلب المدعي الذي حاول استغلال «الهفوة» التي سقطت فيها المحكمة الابتدائية في مرحلة أولى بإصدارها لحكم تمهيدي قبلت فيه اللجوء إلى الخبرة الطبية، لكن سرعان ما استدركت «هفوتها» ورفضت طلبه في الحكم النهائي.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض بتاريخ 8 شتنبر 1992 جاء في إحدى حيثياته: «... لكن ردا على الأسباب أن محكمة الاستئناف لما عللت قرارها بأن الولد للفراس وفسرت مضمونه وردت على الشهادة الطبية بأنها غير كاملة وتبنت كذلك تعليل الحكم الابتدائي الذي رد على الفحص الطبي الذي أثبت أن قدرة الطاعن على الإنجاب ضعيفة جدا ومنعدمة تقريبا لا يفيد لفوات أوانه ولمخالفته للقواعد الفقهية تكون طبقت الفصل 89 تطبيقا سليما»<sup>7</sup>.

يتبين من هذا القرار أن محكمة النقض، أكدت في ظل المدونة القديمة مع المحاكم الدنيا رفض الاعتماد على الخبرة الطبية في مجال النسب، لأن ذلك «يخالف القواعد الفقهية».

والمقصود هنا «بالقواعد الفقهية»، «قواعد الراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك»، ويظهر ما يؤكد استبعاد القضاء المغربي للخبرة الطبية قبل فبراير 2004 في مجال إثبات ونفي النسب، في قرار آخر لمحكمة النقض، بتاريخ 15 شتنبر 1991، ورد فيها: «يلتجأ للتحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة أو حملة إذا بقيت الربية في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة في نفي النسب، فالفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفس النسب، وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الطبي»<sup>8</sup>، إن محكمة النقض في هذا القرار، استبعدت صراحة وسيلة التحليل الطبي عامة، كوسيلة يمكن الاعتماد بها في نفي النسب، فقد اعتبرت أن إمكانية اللجوء إلى الخبرة الطبية يقتصر حسب تفسيرها للفصل 91 من المدونة القديمة على الرغبة في معرفة ما في الرحم علة أم حمل، وذلك بشرط مرور سنة على الأقل، من تاريخ الطلاق أو الوفاة، بل إن محكمة

6. قرار رقم 16، ملف عقاري، 87/5556، ورد ذكره في كتاب خالد بنيس: قاموس الأحوال الشخصية والميراث، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1998، ص 56.

7. قرار عدد 966، ملف الأحوال الشخصية والميراث 87/5457، وارد ذكره في كتاب: إدريس بلمحجوب: «الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية»، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 1985، ص 62.

8. قرار رقم 527، ملف اجتماعي 91/217، قضاء محكمة النقض، ع 30، ص 95.

النقض ذهبت في هذا القرار أبعد من ذلك، باعتبارها صراحة أن وسيلة التحليل الطبي ليست من الوسائل «المقررة شرعا»، والممكن اعتمادها من قبل القاضي في نفي النسب.

وقد سبق لمحكمة النقض أن أكدت موقفها هذا في قرار آخر صادر بتاريخ 9 فبراير 1982، ورد في منطوقه: «...حيث إن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب وأنه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب ما دام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللعان»<sup>9</sup>.

ويظهر إذن من التوجه القضائي المغربي قبل صدور مدونة الأسرة الجديدة، رفض الاستناد على الخبرة الطبية عامة في إثبات أو نفي النسب، وبالأحرى الاعتماد على البصمات الوراثية.

وأكثر من هذا اعتبرت الاجتهادات القضائية آنذاك صراحة، عدم تقرير فقه السلف لهذه الوسيلة، من ضمن وسائل إثبات ونفي النسب، بل ذهبت إلى اعتبار تلك الوسيلة تخالف ما قرره الشرع، إن هذا التوجه القضائي يمكن يستند على مبررات نصية صريحة، وليست له مبررات واقعية وعلمية مقبولة، فيمكن أن نستمد من فقه السلف سند الاعتداد بالخبرة الطبية عامة في هذا المجال، وذلك ما أخذه بعين الاعتبار المشرع عندما أصدر مدونة الأسرة الجديدة، وإن كان ذلك بنوع من التردد المليء بالدلالات.

وعليه، فبعد ذلك المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة الجديدة أجاز في المادتين 16 و153، منها إثبات النسب أو نفيه بجميع الوسائل وخاصة منها الخبرة وعليه، ففي إطار المدونة أشار المشرع إلى الخبرة القضائية كوسيلة إضافية من وسائل الإثبات عامة في مجال إثبات النسب أو نفيه وذلك في المادتين 153 و158 والمقصود بها الخبرة الطبية التي لم تعد تقتصر على الفحوصات الأولية فحسب وإنما تطورت إلى فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة والزوج والولد، ذلك أن الأبحاث العلمية أظهرت منذ مدة ليست بالقصيرة أن دم الإنسان بتنوع إلى فصائل عدة وعن طريق هذا الفحص أمكن التوصل إلى أحد الفرضين:

- الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلة الزوجين وذلك معناه أن الزوج ليس الأب الحقيقي للطفل.

- الفرض الثاني: ظهور فصيلة الدم للطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون.

9. منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع 37، ص 95.

فمحكمة النقض قبل صدور المدونة، كانت ترفض اللجوء إلى الخبرة الطبية للبت في المنازعات حول النسب، إذ من شأن الانحراف عن وسائل الإثبات الشرعية واعتماد الخبرة في النسب نفس الحديث النبوي الشريف «الولد للفراس» ومساس خطير بالنظام العام وبالعقيدة. غير أنه بعد تطبيق المدونة أصبح لازماً اللجوء إلى الخبرة الطبية في موضوع النسب خاصة بعد اكتشاف البصمة الوراثية باعتبارها دليلاً مؤكداً للنفي والإثبات لتحديد المسؤولية على خلاف تحليل فصائل الدم التي كانت نتائجها مقتصرة فقط على النفي دون الإثبات كما جاء في كتاب الخبرات الطبية<sup>10</sup>.

فمثلاً المشرع الجزائري فإنه تأثر بالشرعية الإسلامية عند سنه لقانون الأسرة في 1984، إذ لم يعتمد سوى على الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في المادة 40/1 من هذا القانون رافضاً استعمال الطرق العلمية كوسيلة لذلك، لكن المشرع الجزائري تدارك هذا القصور بتعديله قانون الأسرة بالأمر 2/05 المؤرخ في 2005/02/07، حيث بموجب هذا التعديل أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب وذلك في م (2/40) منه، والتي نصت على أنه: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»، وهذا يعني أنه يجوز للقاضي الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه، فالأمر يصلح في الحالتين كليهما<sup>11</sup>.

أما بالنسبة لموقف التشريع العراقي، فلا يوجد في العراق تشريعات خاصة بجسم الإنسان عامة والبصمة الوراثية خاصة، سواء في الإطار الجنائي أو المدني ومنها مسائل إثبات النسب أو نفيه، فتصوص القانون المدني وقانون المرافعات وقانون العقوبات النافذة لا تسعفنا هي الأخرى بموضوع الدراسة وهو ما نعتقده قصوراً تشريعياً لا يصل حد القول بوجود فراغ تشريعي نكون أمامه عاجزين عن البت بدعوى نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا ما أعرضت أمام القضاء العراقي.

فلو رجعنا إلى قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم (188) لسنة 1959، نجده وإن لم يشر إلى البصمة الوراثية أو إلى أي من الطرق العلمية كأحدى طرق إثبات النسب وإنما دلل على هذا الإثبات بالوسائل التقليدية من فراس وقرار وشهادة، ومع ذلك فإن هذا القانون أحال في كل ما لم يشر إليه من مسائل على الفقه الاسلامي وقضاء الدول الإسلامية<sup>12</sup>.

10. www.maraje3.com

11. سلامي دليبة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007-2008، ص 24.

12. حيث نصت م (1) من هذا القانون على أن: «1 - تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2 - إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. 3 - تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية».

وعليه، فإن المشرع العراقي وإن أشار إلى طرق اثبات النسب الثلاثة (الفراش، الإقرار، البينة)، فإن ذلك لا يعني أنه أوردها على سبيل الحصر ولا يمكن الركون لغيرها بل إن الذي نراه أنه أحال بقية الطرق الأخرى على الفقه الاسلامي دون التقييد بمذهب معين مثلما أحال مسألة اللعان على الفقه الإسلامي ولم يشر إليها فلا يمكن عند ذلك إلغاء اللعان وعدم الاعتداد به.

### الفقرة الثانية: تنازع الخبرة الطبية والإقرار

اعتبرت مدونة الأسرة الإقرار سببا من أسباب لحوق النسب، إذ جاء في المادة 152 منها ما يلي: «أسباب لحوق النسب<sup>13</sup>:

1 - الفراش؛

2 - الإقرار؛

3 - الشبهة».

كما اعتبرته وسيلة من وسائل إثبات النسب، حيث جاء في المادة 158 منها ما يلي: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب...».

فمدونة الأسرة حددت شروط الإقرار في المادة 160 من مدونة الأسرة حيث: «يثبت النسب بإقرار الأب ببنة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:

1 - أن يكون الأب المقر عاقلا؛

2 - ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب؛

3 - أن لا يكذب المستلحق - بكسر الحاء - عقل أو عادة؛

4 - أن يوافق المستلحق - بفتح الحاء - إذا كان رشيدا حين الاستلحاق، وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد.

إذا عين المستلحق الأم، أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها أو الإدلاء بما يثبت صحة الاستلحاق. لكل من له المصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الاستلحاق المذكورة، ما دام المستلحق حيا».

والإقرار وسيلة ظنية لإثبات النسب، لا تفيد القطع ولا اليقين لأن المقر قد لا يكون صادقا في إقراره، لذلك اشترط المشرع المغربي حسب المادة 160 السالفة الذكر أن لا يكذب المقر عقل أو عادة، ولا مفهوم للعقل أو العادة، فالذي يؤخذ من الاجتهاد الفقهي هو عدم

13. محمد كفيل، أعمال الخبرة الطبية في دعاوى النسب، مجلة المحاكم المغربية، ع 118 يناير - فبراير 2009، ص

قبول الاستلحاق متى وجدت قرائن أو قامت بينة على كذبه، ومؤدى هذا أن يكون الإقرار قائماً على قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن يكون سن المقر مقارباً لسن المقر له أو أن تكون هناك استحالة لتلاقي المستلحق بأُم الولد المستلحق.<sup>14</sup>

فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 157 من مدونة الأسرة فإنه متى ثبت النسب بالاستلحاق ترتبت عليه جميع نتائج القرابة فيمنع الزواج بالمصاهرة وتستحق به النفقة والارث أي جميع الآثار التي يرتبها الفراش؛ وإن كانا يختلفان من حيث وسيلة الإثبات؛ وتجدر الإشارة أن المحكمة عليها التقيد بالشروط التي حددها المشرع لكل وسيلة من وسائل إثبات النسب؛ فإذا كان موضوع الدعوى هو إثبات النسب بالإقرار فإنه ليس من حقها أن تنذر المدعي بالإدلاء بما يفيد وجود علاقة الزواج كشرط لقبول الدعوى وإن درج القضاء في المغرب على استنتاج الإقرار من قرائن عدة؛ فإن بعض المحاكم لها رأي مخالف وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط: «لكن حيث إن الإقرار الذي يثبت به النسب هو الذي يكون في ضل عقد الزواج الشرعي والصحيح، أما في نازلة الحال فإن الثابت من وثائق الملف أن المستأنفة ازدادت بعد إبرام عقد زواج واليها بشهرين أي لمدة أقل من مدة الحمل؛ وقد صدر حكم ابتدائي قضى بفسخ عقد الزواج أيد استئنافاً...»<sup>15</sup>. في حين نجد محكمة النقض قد قررت قاعدة لها أصلها الفقهي؛ حيث جاء في قرار لها يماثل النازلة التي بتت فيها محكمة الاستئناف بالرباط بمقتضى قرارها أعلاه؛ «الإقرار بالبنوة في رسم الطلاق يلزم المقر ويلحق به نسب الولد».<sup>16</sup>

غير أن هناك إشكال قد يعيق اعتماد نتائج تحاليل البصمة الوراثية لنفي النسب الثابت بالإقرار، يتمثل في عدم قبول فقهاء الشريعة الإسلامية رجوع المقر عن إقراره مهما كان الدافع على هذا الرجوع، فما العمل في حالة ما إذا أقر رجل بمجهول النسب، وبعد فترة ثبت له يقيناً أن ذلك الولد ليس ابنه ولا يمكن أن يكون من صلبه، فطلب نفي نسبه عنه اعتماداً على نتائج تحاليل البصمة الوراثية؟

إشكال آخر يتمثل فيما لو أقر رجل بنسب ولد مجهول النسب وحكم القاضي بثبوت نسبه للمقر، وصار الحكم نهائياً، وتم تسجيل الولد المستلحق بكناش الحالة المدنية للمقر، وبعد مدة جاء رجل آخر يدعي أبوته لذلك الولد طالباً من المحكمة الاعتماد على تحاليل البصمة

14. يوسف وهابي، تحاليل البصمة الوراثية أ. د. ن (A.D.N) ودورها في إثبات أو نفي النسب: قراءة في مواقف القضاء والتشريع (مدونة الأسرة)، دراسة مقارنة، مجلة الملف، ع 8، مارس 2006 م، ص 20.

15. قرار رقم 171، صادر بتاريخ 2008/6/9، ملف شرعي رقم 2008/10/22، غير منشور.

16. قرار محكمة النقض ع 332، بتاريخ 2007/06/06، ملف شرعي 2005/1/2/398، منشور لدى إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة، ص 503 وما يليها.

الوراثية لإرجاع ولده إليه، فهل من المتجه أن تستجيب المحكمة لطلبه أم أنه يمكنها رفض طلبه استقرارا للمعاملات، وترجيحا للإقرار على البصمة الوراثية؟ هذا الإشكال بدوره لم يرد بشأنه نص صريح في مدونة الأسرة، وعليه فيبقى الأمر متروكا للقضاء.

### المطلب الثاني: تنازع البصمة الوراثية مع البيئة الشرعية واللعان

إن ضرورة التطور العلمي تقتضي توظيف هذه التقنية بناء على أوامر القضاء المختص غير أنه قد يواجه استخدام هذه التقنية مشاكل وصعوبات بهدف الوصول إلى الحقيقة في حالة تنازع البصمة مع البيئة الشرعية (الفقرة الأولى) تم اللعان (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: تنازع البصمة الوراثية مع البيئة الشرعية

أخذت مدونة الأسرة في المادة 158 بالمعنى الخاص للبيئة وهو الشهادة، إذ جاء فيها ما يلي: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببيئة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية». والبيئة أقوى من القيافة عند الجمهور وقد تأثر معظم الفقهاء المعاصرين بهذا الرأي، فقدموا دليل الشهادة على الخبرة الطبية التي تعتمد البصمة الوراثية معللين رأيهم بأن الشهادة ثابتة بالقرآن والسنة والإجماع، وتقديم البصمة الوراثية على الشهادة فيه تعطيل للنصوص الشرعية. وهذا الرأي الفقهي يشكل عائقا أمام اعتماد البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب، وبالمقابل هناك آراء فقهية تقول بتقديم البصمة الوراثية على الشهادة، لأن البصمة الوراثية تقوم على المشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دونما تشكك في ذمم الشهود<sup>17</sup>.

#### الفقرة الثانية: تنازع البصمة الوراثية واللعان

طبقا لمنطوق المادة 153 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: «يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية».

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تقيد القطع بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بالأمر بدلائل قوية على ادعائه؛

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة».

كل طفل يولد أثناء فترة العلاقة الزوجية المحددة في المادة 154 يثبت نسبه إلى الزوج بقريئة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس من أي كان ما عدا الزوج نفسه الذي يمكنه

17. أحمد الخمليشي - وجهة نظر - جزء 2، دار نشر المعرفة، ط 1998 م، الرباط، ص 73.

أن يطعن في نسب الطفل إليه عن طريق المطالبة باللعان أو بخبرة طبية تفيد القطع بوجود أو عدم وجود العلاقة البيولوجية بينه وبين الطفل المعني بالأمر وذلك مثل الحمض النووي الذي يعبر عنه بالبصمة الوراثية ولا يقبل من الزوج طلب الخبرة الطبية إلا إذا عزز ادعائه بقرائن قوية ترجح صدقه، ونشير إلى أن أول مرة تم فيها اللجوء إلى تحليل الجينات الوراثية لإثبات النسب في المغرب كان سنة 1994 ولعل الملاحظ من خلال المادة أعلاه<sup>18</sup>، أن المشرع المغربي لم يشير إلى مصطلح البصمة الوراثية وإنما أشار إلى الخبرة إلا أن المقصود بهذه الخبرة أساسا هي خبرة الطبيب الذي يعتمد على أحدث التطورات العلمية في هذا المجال والمرتكزة على البصمات الوراثية المعروفة في علم الجينات وهذا ما تم تأكيده في الدليل العملي لمدونة الأسرة الذي أصدرته وزارة العدل، فحسب هذه المادة نحن أمام وسيلتين لنفي النسب: اللعان وهو وسيلة شرعية قرآنية والخبرة الطبية (البصمة الوراثية) وهي وسيلة علمية حديثة لا تتعارض مطلقا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وأمام النتائج الباهرة التي حققتها هذه الأخيرة والتي تقدم لنا دليلا مؤكدا في نفي النسب قد يلجأ الزوج الذي يريد التنصل من ثبوت نسب الطفل منه إلى إجراء اللعان إذا ما توفرت شروطه وكأثر له ينتقي النسب عنه ويلحق الطفل بأمه، وهكذا يبدو من الوهلة الأولى وجود تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج وبين طلب الزوج إجراء اللعان وما يترتب على إجراءاته من التفريق الأبدي بين الزوجين وإلحاق الولد بالأم، فما الحل الواجب الإتيان عند حصول مثل هذا التعارض؟ وهل يمكن اعتماد الويليتين معا والتوفيق بينهما؟

ولقد تبنى مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة سنة 2002، موقفا جاء فيه أنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان، وقد سار المشرع الجزائري في ذات الاتجاه بمقتضى نص المادة 222 من قانون الأسرة واعتبر البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب لا لنفيه في المادة 40 فيفهم في هذه المادة أن المشرع الأسري الجزائري أجاز إثبات النسب دون نفيه بالطرق العلمية، والبصمة الوراثية تدخل ضمن ذلك باعتبارها آخر ما توصل إليه العقل البشري. وعليه فالمشرع الجزائري لا يعتد بالبصمة الوراثية في نفي النسب بل يعتبر اللعان الطريق الشرعي والقانوني الوحيد لذلك وعدم تطرقه لذلك في قانون الأسرة كان متعمدا وليس ثغرة تشريعية، وهو ما أكدته القضاء الجزائري<sup>19</sup> ولكن الإشكال المطروح هو كيف يتم

18. خالد البرجاوي، تطور قواعد النسب في القانون المغربي، مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى 2007، ص 259.

19. بلحشر علال، محل البصمة الوراثية من طرق نفي النسب الشرعية للعان نموذجا، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، ع 1، س 2021 الجزائر، ص 815.

اللجوء إلى اللعان إذا أثبت تحليل البصمة أن الحمل أو الولد من الزوج أو ليس منه؟ صحيح أن الحق مع الزوجة في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب الوطء بشبهة أن ثبت أن الولد ليس من الزوج، وبهذا يظهر أثر البصمة الوراثية كدليل من الزوج أو ضده فإن كان معه فلا وجه للعان من أجل إقامة حد القذف لأنه حق للمرأة ولها أن تسقطه وأن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا وليس من أجل نفي الولد فيحق للزوج أن يلاعنها لهذا الغرض دون أن يكون للبصمة الوراثية أدنى تأثير على إجراء اللعان وهناك من يرى أنه يجوز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللعان إذا دلت نتائجها عن انتفاء النسب بين الزوج والولد المولود على فراشه حيث إن فحص البصمة الوراثية قد يدل على صحة قول الزوج.<sup>20</sup>

وعليه، فالموقف الفقهي الذي يرى أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان اعتبر ذلك سيؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله<sup>21</sup>، فالجواب إذن على الإشكالات أعلاه يبقى على الزوج أن يختار إحدى الوسيلتين، وهو إن اختار لا يرجع وفي نظر أحد فقهاء القانون، تظل البصمة الوراثية وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها بعد التحقق من شروطها إلا في حالة عدم الاحتكام إلى اللعان<sup>22</sup>، وفي قضية عرضت أمام المحكمة الابتدائية بالحي الحسني عين الشق بالدار البيضاء تتعلق بنفي نسب البنت مع تطبيق مسطرة اللعان بناء على طلب الزوج، قضت المحكمة برفض الطلبين الأصلي والإصلاحي لكون المدعي لم يمثل للخبرة الطبية المأمور بها -بمقتضى الحكم التمهيدي، وبناء على ما جاء في مضمون الشواهد الطبية التي تبين من خلالها أن بداية حمل المدعى عليها ترجع لتاريخ: 2003/08/29 في حين أقر المدعي كونه ظل على اتصال بزوجته ويعاشرها معاشرة الأزواج إلى غاية متم شهر غشت 2003 مما يتبين معه كون اعتزال المدعي لزوجته المدعى عليها لم يتم إلا بعد وقوع الحمل، وبالتالي تبقى دعوى اللعان هذه مفتقرة لأهم شروطها المتمثلة في استبراء الزوجة واعتزال الزوج لها مباشرة بعد طهرها من الحيض مما يجعل طلب المدعي لكل ذلك غير مؤسس قانونا ويتعين بالتالي رفضه.

كما أنه من الإشكاليات العملية المثارة والتي لا تقل أهميتها عن سابقتها في حالة امتناع الأب عن إجراء تحليل الحمض النووي لإثبات النسب؟

20. حميد زقاوي، عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع 3، س، 2016، الجزائر، ص 103.

21. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 808.

22. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، ط 1، دار الفضيلة، الرياض، 2002، ص 62.

كان جواب الدكتور يوسف القرضاوي رئيس الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين: «أنه في حال رفض الزوج الخضوع لتحليل البصمة الوراثية فيعد هذا دليلا ضده وليس له ويكون من حق القاضي أن يفعله رغما عن الزوج»<sup>23</sup>.

وفي حوار لجريدة الأحداث المغربية مع الأستاذة زهور الحر، اعتبرت رفض الزوج -بمثابة اعتراف ضمنى بنسب الطفل، مضيعة بأن هناك أحكام عديدة صدرت في هذا الشأن وتم تأييدها من طرف محكمة الاستئناف<sup>24</sup>.

### المبحث الثاني: المخاطر القانونية للبصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات

تشكل هذه النقطة لب الموضوع والقالب الذي يصب فيه، وهذا لأن ظهور وسائل علمية جديدة لإثبات النسب بها يشكل إنجازا كبيرا يشهد له بما حققه من آثار في مجال النسب على وجه الخصوص باعتباره موضوع حساسا للغاية،<sup>25</sup> غير أن هذه الوسائل وجل الاكتشافات العلمية الحديثة إن لم نقل كلها ما تلبث وأن تحقق نجاحا حتى ترتب بعض العوائق التي تتطلب الحذر الأكثر والحرص الأكبر في التعامل معها وهي عوائق مادية (مطلب الأول) تم عوائق قانونية (مطلب الثاني) .

#### المطلب الأول: العوائق المادية

إن عدم توافر الإمكانية المادية اللازمة التي تمكن من القيام بالتحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية على وجهها الصحيح والكامل، قد يحول كمائق كبير في وجه هذا الإجراء وهو ما سنتطرق له في النقط التالية:

#### الفقرة الأولى: الأمر بتعيين خبير

يعتبر العائق المادي أهم عائق يقف أمام الأخذ بطريقة التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما، ذلك إن عملية التحليل تتطلب إمكانيات ضخمة ومراكز حديثة ومجهزة بأحدث التجهيزات فضلا عن ضرورة توافر عناصر الخبرة والإختصاص والثقة في القائمين عليها يتم القيام بهذه التحاليل في الجزائر بمختبر تحليل البصمة الوراثية بالعاصمة الذي تم تدشينه بتاريخ 22-07-2004، وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006، يتفرع عنه مختبران جهويان أحدهما بولاية وهران والآخر بقسنطينة وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم

23. عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، من ضمن أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، المجلد 3، لعام 1424 هـ - 2003، ص 148.

24. يوسف فيلاي محسن، إثبات النسب ونفيه بالتحاليل الطبية مقارنة تشريعية وفقهية وقضائية [www.cnej.ma](http://www.cnej.ma)

25. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة الكويت الوطنية الكويت، ط 1، 2001 ص 12.

المعلومات التي تحتاجها مصالح الأمن والعدالة ويمكن اعتبارها خطوة جبارة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية حيث ساهمت بشكل كبير وفعال في فض بعض القضايا المتعلقة بالنسب فهذه المختبرات تتمتع بكفاءة عالية في هذا المجال من خلال الطاقم البشري الذي يشرف عليها ورغم زيادة عدد هذه المخابر إلا أن العجز يبقى قائماً<sup>26</sup>، غير أن هذا العائق يختلف نسبته من بلد إلى آخر فمثلاً المملكة العربية السعودية بادرت إلى فتح مركز خاص بالبصمة الوراثية يقدم هذا الأخير خدمات مخبرية بأحدث الأجهزة<sup>27</sup>، أما في المغرب بلادنا، فيتابع مواطن عادي المختبرات التابعة للدولة في حالة خطأ جسيم، كمختبر الدرك الملكي بالرباط، وهو مختبر تابع لقطاع عسكري، والمختبر الوطني للشرطة العلمية بالدار البيضاء، وهو مختبر تابع لإدارة الأمن الوطني، الشيء الذي يولد لدى الأخصائيين العاملين بهذه المختبرات شعوراً بنوع من الحصانة التي قد تؤدي بهم إلى نقص في الحيطة والحذر أثناء مزاولتهم لعملهم، ومن ناحية أخرى فإذا كانت المختبرات التابعة للدولة هي المحتكرة للسوق، فإنها لا تسعى إلى تحسين جودة خدماتها عن طريق اقتناء معدات جديدة والاعتماد على خبراء ذوي كفاءة عالية كما تفعل المختبرات الخاصة الخاضعة للمنافسة، غير أنه من الضروري إخضاع المختبرات الخاصة لمراقبة الدولة. ومن أجل تجاوز هذا العائق وبهدف تقديم خدمات راقية وفي مدة زمنية قصيرة لا بد من توفر مخابر جديدة تعتمد على تقنيات متطورة وتكثيف الرقابة التقنية والإدارية والقضائية على المختبرات يجب أن يكون القائمون على مراكز التحليل خبراء متخصصون في هذا المجال وإلا رفضت تقاريرهم<sup>28</sup> والهدف من هذه الإجراءات هو ضمان حياد المختبرات، وجعلها تتوخى الحيطة والحذر قبل إقدامها على اتخاذ قراراتها.

### الفقرة الثانية: تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم

إن سلطة القاضي سلطة تقديرية مطلقة، فلهم أن يصادقوا على التقارير الخبراء كلياً أو جزئياً، ولهم الحكم دون خبرة جديدة ولهم أن يحكموا بعكس آراء الخبراء، كما يستطيعون إلغاء كلياً أو جزئياً، لعب شكلي فيها أو انحيازها وعدم مصداقيتها، حيث أن القاضي إن لم يجد في الخبرة المرفوعة إليه ما كان يريد من إيضاح، أن يرفضها ويأمر بخبرة أخرى حسب اقتناعه فإذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأن تعدد الخبراء

26. حميد زقاوي، عقبات إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع الثالث، س 2016، الجزائر، ص 27.

27. عبد المنعم بنوة، البصمة الوراثية وحجتها في الإثبات، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة سعيدة الجزائر 2011-2012، ص 27.

28. علي محي الدين الفقرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 16، س الرابعة عشرة - 2002 م، ص 63.

أو تعدد المختبرات، فإن الأمر في هذه الحالة موكول لقضاء الموضوع أيضاً، فالإشكال هنا أن هاته الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها وبالتالي تمتنع حتى مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة، وهو ما قد يشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها، لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي دون تحليل ومناقشة لعناصره.<sup>29</sup>

### المطلب الثاني: العوائق القانونية

قد يتعارض استخدام البصمة الوراثية مع مبادئ متعارف عليها قانوناً وشرعاً في مسائل النسب، مثل الحق في السلامة الجسدية، وحرمة الحياة الخاصة، وسنحاول الحديث عن كل صعوبة على حدة في النقاط الآتية:

#### الفقرة الأولى: الإثبات بالبصمة الوراثية والحق في السلامة الجسدية

من بين الحقوق الدستورية المكفولة بموجب الدستور المغربي ما نص عليه المشرع في الفصل 22 من الدستور، على أنه: «لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة. لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية. ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون»<sup>30</sup>.

وعليه فالقانون لا يجيز لأي شخص مهما كان مركزه القانوني التعرض على حرمة وجسد الغير إلا بالموافقة الصريحة له على ذلك والعمل بما يخالف ذلك يعد جريمة يعاقب عليها قانوناً غير أنه يمكن الخروج استثناء على مبدأ عدم المساس بسلامة الجسد عند موافقة السلطات المختصة وذلك للحصول على حقيقة تفيد القضاء بغية تحقيق المصلحة العامة وتقديمها لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وإعمالاً كذلك لقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.<sup>31</sup>

ويعد المشرع الفرنسي من أوائل المشرعين الذين اتخذوا موقفاً صريحاً وجريئاً حيث قضى في المادة 10 من القانون المدني المعدلة بقانون 5 يوليو 1972، بإلزام كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة ويجوز إجباره على التنفيذ عن طريق فرض غرامة تهديدية أو غرامة مدنية<sup>32</sup>، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي يعطي للخصم

29. حبة زين العابدين، دور البصمة الوراثية في إثبات النسب، دراسة مقارنة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر، الجزائر، 2014-2015، ص 46.

30. www.mamlakatona.com

31. حميد زقاوي، م س، ص 99.

32. محمد أبو زيد، دور التقييم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، س العشرون، 1996.

الحق في أن يجبر خصمه بتقديم ما تحت خصمه على تقديمها يمتد ليشمل المساس بجسم الإنسان كما هو الشأن في الحصول على عينة من الدم لفحصها، هذا الذي أدى إلى دراسة صعوبة أخيرة في مبدأ معصومية الجسد. غير أن هذا النص لا يتعلق إلا بالحالات التي يكون فيها الحكم بالغرامة جائزاً فلا يمتد إلى الحالات التي يؤدي فيها الضغط والإجبار إلى مخالفة وخرق المبادئ الأساسية كمبدأ حرية الجسد.

إلا أن المادة (11) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تجيز في حالة رفض المدعي عليه الامتثال لأوامرها تمسكاً بمبدأ حرية الجسد، للمحكمة أن تستخلص من موقف الأب المدعي عليه برفض الخضوع لتحليل دمه دليلاً على أنه الأب الحقيقي. ومع ذلك نجد أن القضاء الفرنسي قد ذهب في بعض قراراته إلى اعتبار رفض الخضوع لاختبارات البصمة الوراثية أو الاختبارات البيولوجية الأخرى إقراراً ضمني بصحة الواقعة المراد اثباتها<sup>33</sup>، وبدى ذلك واضحاً في حكم لمحكمة استئناف باريس عدت فيه: «أن الرفض المتكرر من المرأة ولدها لطلب الخضوع لاختبار فصيلة الدم إنما يعد نفيًا لصلة الأبوة بين زوج تلك المرأة وطفلها، وكذلك ما جاء في حيثيات حكم محكمة استئناف ليون الصادر في 29 أكتوبر 1992 في قضية السيد جين بيرري والسيدة جنيف حيث: «أن محكمة الاستئناف لها الحق وبصفة نهائية في أن تستخلص من رفض الزوج ومطلقته الخضوع لإجراء فحص الدم لمعرفة الأب الحقيقي للطفل فضلاً عن الدلائل الأخرى والقرائن المسجلة في الحكم، أن البنوة الأقرب للمعقول هي للرجل التي عاشت معه المطلقة في علاقة حرة بعد إعلان الانفصال بينها وبين زوجها»<sup>34</sup>.

فجانب من الفقه الفرنسي يذهب إلى اعتبار رفض الشخص لتحليل البصمة الوراثية دليلاً في غير صالحه، وأن للقاضي الحق في أن يستنتج من الرفض دليلاً على التخوف والخشية من الوصول لحقيقة يحاول الرفض اخفاءها، أما الملاحظ في العمل القضائي المغربي، الركوز إلى اعتبار رفض الخضوع، لإجراء تحليل البصمة الوراثية، قرينة، ضد المعني بالأمر، كما جاء في العديد من القرارات القضائية منها ما ذهب إليه محكمة الاستئناف بالدار البيضاء<sup>35</sup> من اعتبار عدم أداء أتعاب الخبرة من المدعى عليه وانصرام الأجل المضروب له، يعد بمثابة إقرار ضمني من طرفه، بثبوت نسب الإبن إليه، وبكونه ازداد من صلبه، وعلى فراشه، وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها اعتبرت امتناع المستأنفة عن دفع

33. Aaspollu, Evaluation DNA of typing-Willy-London. Vicente Soriano 2008, P 385

34. رضا عبد الحميد عبد المجيد، الحماية القانونية للجين البشري، دار النهضة العربية، ط الأولى، 2001، ص 101.

35. قرار محكمة الاستئناف الدار البيضاء رقم 1184، بتاريخ 29/05/2006، في الملف رقم 04/809، قرار غير منشور.

أجور الخبرة الجينية اللازمة للتحقق من انتساب الولد إلى المستأنف عليه، رغم إشعارها بذلك، قرينة فورية تعضد جانب المستأنف عليه، وتجسد عدم جدية منازعتها في انتساب الولد للمستأنف عليه، مما يقتضي رد دفعوها المثارة بهذا الشأن.

### الفقرة الثانية: الإثبات بالبصمة الوراثية وحرمة الحياة الخاصة

الحمض النووي بدون شك يمثل الخصوصية باعتبار المعلومات الوراثية المتولدة عنه هي جزء من الحياة الخاصة للإنسان ولعائلته، فإنه يدخل ضمن هذه الحماية، لذلك فإن كشف مضمونها ومعرفة أسرارها بغير إذن صاحبها يعد انتهاكا لهذه الحرمة، وهذا ما خلص إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة سنة 1998. ما يلي: «لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية أو التدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية»، كما جاء في القرار الخامس لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأي معالجات أو تشخيص يتعلق بمورثات الإنسان، إلا بعد إجراء تقييم دقيق للأخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعا، مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج ورعاية لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء القاضية باحترام حقوق الإنسان وكرامته»، وذلك فيما عدا الحالات التي يجب فيها إفشاء الأسرار بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين، وقاعدة المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام وذلك فيما فيه درء للمفسدة عن المجتمع وما فيه درء للمفسدة عن الفرد وعليه فاستخدام فحص البصمة الوراثية ADN كدليل علمي في الإثبات يثير بعض المشاكل والصعوبات، فقد يتمسك الخصم بأن الخضوع لهذا الفحص الوراثي أمر يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة له، بل أن الخصم قد يحتمي بمبدأ معصومية الجسد تهربا من الكشف عن الحقيقة لذا فإنه من المتوقع أن يخلق الخصم بعض العقبات التي يحاول بها الإفلات من الخضوع للفحص واختبارات الوراثة لاسيما عندما يكون سيء النية.<sup>36</sup> إذ يمكننا أن نتصور أن يثير الفحص بالبصمة الوراثية لتحديد الشخصية مشكلات وصعوبات يسفر عنها التحقيق قد لا تكون مقصودة منذ البداية كما لو أدى الفحص بالبصمة الوراثية بخصوص شخص معين إلى التشكيك في نسبه إلى والديه، لذا فإن الالتزام بسرية تلك المعلومات الخاصة بالبصمة الوراثية يتعين أن يتخذ أبعاد أقوى من المعلومات السرية الأخرى والتي يمكن أن يتضمنها التحقيق.<sup>37</sup>

36. أواف عبد الله الفيضي، الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية DNA في الإثبات القضائي المدني، دار الكتب القانونية، مصر، 2017، ص 195.

37. خريسي سارة، حجية تقنية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب-المشاكل والصعوبات-مجلة العلوم القانونية والاجتماعية - المجلد السادس العدد الثاني جامعة ريان عاشور الجرائر سنة 2021، ص 739.

## خاتمة

إن البصمة الوراثية وسيلة علمية حديثة وهي تمتاز بالدقة في التمييز بين الأشخاص فلا تشابه في البصمات الوراثية إلا في حالة التوائم المتماثلة ولو اعتمدها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي كدليل يثبت به النسب في الأحوال السالف ذكرها، فالشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأسر الوسائل، لذلك تم التوسيع من دائرة أدلة الإثبات والنسب على درجة كبيرة من الأهمية ومراعاة الضوابط الشرعية والعملية عند العمل بالبصمة الوراثية لأبد منها بهدف ضمان نتائج صحيحة ومن تم ضمان حماية الأنساب وصون الأعراض والمحافظة على روابط الأسر المسلمة من التفكك وعدم إهضار حقوق الأولاد، ويتعين لأجل ذلك زيادة على تضمين مدونة الأسرة جواز اللجوء إلى البصمة الوراثية لحسم النزاع في قضايا أثبات النسب استحداث نصوص أخرى تمنع إعمالها في الأنساب الثابتة شرعا وعدم إحلالها أو تقديمها على اللعان.





# محور أحكام وقرارات قضائية

## قرار محكمة النقض

عدد: 2/450

المؤرخ في: 2022/05/18

ملف: اجتماعي

عدد: 2019/1/5/2844

بين:

ش أ ب ب

ضد

م ب

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

## القاعدة

لا توجب المادة 62 من مدونة الشغل بيان الخطأ الجسيم المنسوب للأجير، ما لم يلحق ذلك ضرر بالمطلوب، ما دام توصل بالاستدعاء وحضر جلسة الاستماع ووقع على المحضر، ولو لم يتم بيان تاريخ ارتكاب الخطأ الجسيم وطبيعته، ولاحق للمحكمة في أن تعتبر ذلك بمثابة فصل المطلوب تعسفا، والتذرع بمراقبة أجل الثمانية أيام ما بين تاريخ اكتشاف الخطأ والاستماع

إن الغرفة الاجتماعية القسم الثاني:

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: ش أ ب ب في شخص ممثلا القانوني بمقرها الاجتماعي.

ينوب عنها كل من الأستاذ محمد بشتان المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض، والأستاذ محمود حسن المحامي لدى محكمة التعقيب التونسية والمأذون له بالنيابة عنها بمقتضى قرار وزير العدل.

## الطالبة

وبين: م ب

ينوب عنه الأستاذ محمد منير ثابت المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

## المطلوب

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه خرق الفصلين 418 و5/754 من ق ل ع، وخرق الفصل 345 من ق م م، وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم ارتكازه على أساس وخرق المادتين 39 و62 من مدونة الشغل، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتبرت فصل المطلوب تعسفيا لعدم احترام المشغلة المادة 62 من مدونة الشغل، لعدم بيان تاريخ ارتكاب الخطأ الجسيم وطبيعته حتى تتمكن المحكمة من مراقبة أجل الثمانية أيام ما بين تاريخ اكتشاف الخطأ والاستماع إلى الأجير، والحال أن اكتشاف الخطأ المرتكب من طرف المطلوب كان بتاريخ 20/9/2017 والمتمثل في المنافسة غير المشروعة، وأن الاستماع إليه كان بتاريخ 25/9/2017، وهي وقائع ثابتة في الحكم المستأنف مما تكون معه تلك الوقائع لها حجيتها عملا بالفصل 418 من ق ل ع، كما أن المادة 62 من مدونة الشغل لا توجب بيان الخطأ الجسيم المنسوب للأجير، وهو إجراء لم يلحق بالمطلوب أي ضرر، لكونه توصل بالاستدعاء وحضر جلسة الاستماع ووقع على المحضر وحاز نسخة منه، مما يدل على أن حق الأجير في الدفاع عن نفسه قد احترم، كما أن المحكمة لم تبحث في الخطأ المرتكب من طرف المطلوب والمتمثل في المنافسة غير المشروعة الثابتة في حق المطلوب والمبرر للفصل الفوري عن العمل، خاصة أن الفقرة الخامسة من الفصل 754 من ق ل ع، ألزمت الحكم أن يتضمن صراحة ذكر المبرر الذي يدعيه الطرف الذي أنهى العقد، مما يكون معه القرار تبعا لما تقدم عرضة للنقض.

حيث تبين صحة ما عابته الطالبة على القرار المطعون فيه ذلك أنها تمسكت باحترام مقتضيات المادة 62 وما يليها من مدونة الشغل. إذ أن المحكمة مصدرته القرار المطعون فيه اعتبرت مسطرة الفصل غير سليمة لعدم تضمين الاستدعاء لجلسة الاستماع الأخطاء المنسوبة للمطلوب وتاريخ ارتكابها، والحال أن المادة 62 من مدونة الشغل لم تشترط على المشغل أن يضمن في الاستدعاء الموجه للأجير من أجل الاستماع إليه بخصوص الأخطاء الجسيمة المنسوبة إليه تاريخ التبين من الخطأ الجسيم وطبيعته، وإنما اشترطت تلك المادة أن يستمع إلى الأخير داخل أجل الثمانية أيام من تاريخ التبين من الخطأ الجسيم، والبيان من محضر الاستماع الذي كان بتاريخ 25/09/2017، أن المطلوب حضر تلك الجلسة لمساءلته

عن الأخطاء الجسيمة التي تم التبين منها بتاريخ 2017/9/21، و لم يبد أي تحفظ حول أجل الاستماع إليه وخرق المادة 62 من المادة المشار إليها، وإنما تحفظ فقط بخصوص عدم حضور مندوب العمال ووقع على المحضر، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت مسطرة الفصل قد خرقت المادة 62 من مدونة الشغل للسبب المشار إليه أعلاه، لم تجعل لقضائها أساسا، فجاء قرارها على النحو المذكور خارق للمادة 62 من مدونة الشغل وفاسد التعليل في منزلة انعدامه مما يتعين نقضه، وبصرف النظر عن باقي أسباب النقض الأخرى، حيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الملف على نفس المحكمة.

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2019/06/28 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبها الأستاذ محمد بشتان الرامي إلى نقض القرار رقم 3194 الصادر بتاريخ 2019/05/02 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في الملف عدد: 2019/1501/1843. وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب المطلوب الرامية إلى رفض الطلب. وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في: 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في: 2022/06/04.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2022/04/20 وأخرت لجلسة 2022/4/27، وبها تقرر استدعاء دفاع الطرفين لجلسة 2022/5/18 من أجل المرافعة الشفوية.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد حميد ارحو، أعطيت الكلمة للأستاذ محمود حسن المحامي بهيئة تونس والمأذون له بالمرافعة حسب قرار وزير العدل، أصالة عن نفسه ونيابة عن الأستاذ محمد بشتان، إذ أكد أسباب النقض الواردة بعريضة النقض. كما حضر الأستاذ محمد منير ثابت وأكد ما تضمنته مذكرته الجوابية، وأعطيت الكلمة للسيد: رشيد صدوق المحامي العام الذي التمس نقض القرار المطعون فيه، فتقرر حجز القضية للمداولة لجلسة يومه.

#### وبعد المداولة طبقا للقانون:

يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن المطلوب تقدم بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء، عرض فيه أنه كان يشغل لدى الطالبة منذ 2002/05/01 إلى أن تم طرده بدون مبرر قانوني بتاريخ 2017/01/27، والتمس الحكم له بالتعويضات المفصلة بالمقال، وبعد الجواب الرامي إلى رفض الطلب، والمرفق

بمقابل مقابل مع إدخال الغير في الدعوى ممثلة في ش ا م وتلتزم فيه الطالبة الحكم على المطلوب بأدائه لها تعويضا عن الأضرار اللاحقة بها عن المنافسة غير المشروعة وقدره 755,992,92 درهم، والحكم على المدخلة في الدعوى بإنهاء عقد العمل الذي يربطها بالمدعى عليه (المطلوب) وأدائهما لها بالتضامن مبلغ 755,992,92 درهم تعويضا عن الأضرار اللاحقة بها، وبعد إجراء بحث وانتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بمقتضى حكمها برفض الطلبين الأصلي والمقابل وإدخال الغير في الدعوى، استأنفه الطرفان، وبعد انتهاء الإجراءات قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم فيما قضى به من رفض التعويض عن الطرد التعسفي والحكم به من جديد وبتأييده في الباقي، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض. في شأن الوسائل الأربع المعتمدة في النقض.

#### لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وبإحالة الملف على نفس المحكمة للبت فيه من جديد طبقا للقانون وبهيئة أخرى وتحمل المطلوب الصائر. كما تقرر حفظ القرار بسجلات المحكمة المصدرة له، اثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد: محمد سعد جرندي والمستشارين السادة: حميد ارحو مقرا وخالد بنسليم وإدريس بنستي ومحمد الفقير أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد رشيد صدوق وبمساعدة كاتبة الضبط: فاطمة الزهراء بوزكروي.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

رئيس الغرفة

## قرار محكمة النقض

عدد: 2/245

المؤرخ في: 2022/3/22

ملف: مدني

عدد: 2018/2/1/5791

بين:

م ب

ضد

ف أ

## القاعدة

ولئن كان يحق الطعن بإعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض حسب الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية، إذا استندت على حجج ثبت زوريتها، فإنه لا يجوز إلا مرة واحدة من وضد نفس الأطراف والقرار باعتبارها من القواعد المستقر عليها فقها وقضاء.

## المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك

إن محكمة النقض بمجموع الغرف في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:  
بين: م ب يؤازره نائبه عبد الله بوفيسير المحامي بهينة أكادير، والمقبول للترافع أمام محكمة النقض الطالب، عمالة أكادير.

## الطالب

وبين: ف أ

## المطلوبة

بناء على المقال المقدم بتاريخ 2018/7/19 من طرف الطالب المذكور حوله بواسطة نائبه عبد الله بوفيسير الرامي إلى إعادة النظر في قرار محكمة النقض رقم 1716 الصادر بتاريخ 2007/5/16 في الملف عدد 2005/2/1/2107 والقاضي برفض طلب نقض

القرار رقم 853 الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 28/3/2005 في الملف رقم 2004/664.

بناء على القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية القسم الثاني بتاريخ 16/7/2019 القاضي بإحالة الملف على غرفتين.

بناء على قرار السيد الرئيس الأول لمحكمة النقض عدد 37/2019 بتاريخ 24/7/2019 القاضي بضم الغرفة التجارية القسم الأول للغرفة المدنية القسم الثاني.

بناء على قرار الغرفتين المذكورتين بتاريخ 18/12/2019 القاضي بإحالة القضية على مجموع الغرف.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 .

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 22/3/2022.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد الخلفي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد سعيد زياد.

#### وبعد المداولة طبقا للقانون

في شأن عدم القبول المثار تلقائيا.

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه، أن المطلوبة في إعادة النظر ف أ تقدمت بتاريخ 20/10/2003 بمقال أمام المحكمة الابتدائية بأكادير عرضت فيه، أنها متزوجة بوالد الطاعن م ب، وأن هذا الأخير رغبة منه في مكافئتها على حسن معاملتها له، سلم لها منزلا بجماعة تكوين عمالة أكادير ذا الرسم العقاري عدد 09/61300 زيادة في صداقها المحدد في رسم النكاح، وأنها لما أرادت تسجيل رسم الزيادة في الصداق في الرسم العقاري فوجئت بأن زوجها باع المنزل المذكور لابنه - الطاعن - بمقتضى عقد البيع عدد 54 صحيفة 51 سجل الأملاك رقم 4، مع أن الملك انتقل إليها حسب الإشهاد بالتسليم، وأنه بذلك يكون قد باع ما لا يملك، والتمست إبطال عقد البيع المؤرخ في 14/2/2002 مع ما يترتب عن ذلك، والتشطيب عليه من الرسم العقاري. أجاب المدعى عليه بأن حدود الملك موضوع البيع المطلوب إبطاله تختلف عن تلك الواردة في رسم الزيادة في الصداق، وأنه أقتني المنزل من والده بحسن نية، وأن والده لم يسبق أن زاد للمدعية في صداقها، ولا يمكن في كل الأحوال التمسك في مواجهته بالإبطال ما دام حسن النية، فصدر حكم بتاريخ

10/05/2004 تحت رقم 467 قضى برفض الطلب استأنفته المدعية، وبعد إجراء بحث، أُلغته محكمة الاستئناف وقضت بالتشطيب على تسجيل البيع المضمن تحت عدد 54 صحيفة 51 سجل الأملاك 4 بتاريخ 03/09/2002 توثيق إيموزار المستخرج من الصك العقاري عدد 09/61300 تحت عدد 09/105475 مع ما يترتب عن ذلك قانوناً وتأييده في الباقي، وطعن فيه المحكوم ضده بالنقض، فأصدرت محكمة النقض القرار المطعون فيه بإعادة النظر.

في شأن السبب الفريد لإعادة النظر، والذي جاء فيه أن الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية يجيز الطعن بإعادة النظر في القرارات الصادرة عن محكمة النقض، إذا استندت على حجج ثبت زوريتها، وأن القرار الاستئنافي عدد 853 الصادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 28/03/2005 في الملف عدد 2004/664 - موضوع قرار محكمة النقض عدد 1716 المطعون فيه بإعادة النظر - قضى بإلغاء الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 10/05/2004 تحت عدد 467 والحكم من جديد بالتشطيب على عقد شراء العارض من الصك العقاري، استناداً إلى شهادة الشاهدين ع ر ب بن م وأ ب بن م، اللذين أدينا من أجل جنحة شهادة الزور، وحكم على كل واحد منهما بأربعة أشهر حبساً موقوف التنفيذ وغرامة نافذة قدرها 1000 درهم، بمقتضى قرار جنحي حائز لقوة الشيء المقضي به، وبالتالي فإن شهادتهما المعتمدة في القرار الاستئنافي موضوع القرار المطعون فيه هي شهادة زور، ولا أساس لها من الصحة مما يبرر إعادة النظر في القرار المطعون فيه.

لكن، من المستقر عليه فقها وقضاء أن الطعن بإعادة النظر من وضد نفس الأطراف والقرار لا يجوز إلا مرة واحدة.

وحيث يتجلى من قرار محكمة النقض عدد 3020 الصادر بتاريخ 29/06/2009 في الملف عدد 1/435/22009 المدلى به ضمن وثائق الملف، أن الطاعن سبق له الطعن بإعادة النظر ضد نفس المطلوبة وضد نفس القرار المشار إليه أعلاه، وصدر القرار برفض طلب إعادة النظر، الأمر الذي يكون معه الطعن الحالي طعناً مكرراً، وغير مقبول.

#### لأجله

قضت محكمة النقض بمجموع الغرف بعدم قبول الطلب وعلى الطاعن المصاريف، وتبقى الغرامة المودعة ملكاً للخزينة العامة.

بهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة والسيدات: إبراهيم بحماني رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث رئيساً للجلسة، بامي مليكة رئيسة الغرفة المدنية القسم الثاني، ومحمد الخلفي مقرراً، عبد الرحيم سعد الله، عبد

الرحمان انويدر، خديجة نجارة - محمد بنزهة عن الغرفة الشرعية، عمر لمين، عبد الغني العيدر، حادي الإدريسي - السعداوي السعيد رئيس الغرفة التجارية القسم الأول، محمد القادري، محمد رمزي، محمد الصغير، هشام العبودي - عبد المجيد بابا علي رئيس الغرفة الإدارية القسم الأول، نادية اللوسي، عبد السلام نعناني، حميد ولد البلاد، أنور الشقروني - مليكة ابن زاهر رئيسة الغرفة الاجتماعية القسم الأول، العربي عجابي، ام كلثوم قربال، عتيقة البحراوي، أمينة نعيمة - محمد بن حمو رئيس الغرفة الجنائية القسم الأول، بوشعيب بوطربوش، المصطفى هميد، عبد الحق أبو الفرج، المحجوب براقي، بحضور محمد جعفاري وسعيد زياد ممثلي النيابة العامة بمساعدة بناصر معزوز كاتباً للضبط.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

## قرار محكمة النقض

عدد: 5/511

المؤرخ في: 19 يوليوز 2022

ملف: مدني

عدد: 2021/5/1/1268

بين:

ش ت أ

ضد

ع

## القاعدة

لئن تطلب سيطرة الدراجة النارية ثلاثية العجلات الحصول على رخصة سيطرة طبقا للمادة 7 من الشروط النموذجية العامة لعقود تأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك والمادتين الأولى والسابعة من مدونة السير على الطرق، فإن الضمان لا يسقط ولا يترتب عنه إخراج الطالبة من الدعوى، ما دامت الإدارة لم تحدد لا الكيفيات ولا الآجال المتطلبية للحصول على الرخصة المتطلبية وفق المادة الخامسة من القانون رقم 116.14 الصادر بتاريخ 18 يوليوز 2016 والذي عدلت بموجبه المادة 7 من مدونة السير.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك

إن الغرفة المدنية القسم الخامس

من محكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: ش ت أ في شخص ممثلا القانوني

الكائن مقرها الاجتماعي بالرقم 181 شارع أنفا الدار البيضاء

النائب عنها الأستاذ أحمد بنداري المحامي بهيئة أسفي المقبول للترافع أمام محكمة النقض.

## الطالبة

وبين: م ن

ك ه

ش ت س في شخص ممثلها القانوني

الكائن مقرها الاجتماعي بالرقم 216 شارع الزرقطوني الدار البيضاء

## المطلوبين

بناء على العريضة المرفوعة بتاريخ 13 نونبر 2020 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبها الأستاذ أحمد بنداري والرامية إلى نقض قرار محكمة الاستئناف بأسفي عدد 745 الصادر بتاريخ 29 شتنبر 2020 في الملف عدد 2020/1202/309.

وبناء على وسائل النقض والأوراق والمذكرات والمستنتجات الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 21 يونيو 2022.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 19 يوليوز 2022.

وبناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد حفيظ الزايدي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد نجيب بركات.

## وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه بالنقض ادعاء المطلوب م ن تعرضه بتاريخ 24 أكتوبر 2018 لحادثة سير عندما كان منقولا على متن دراجة نارية ثلاثية العجلات من نوع دوكير كان يسوقها ك ه وتؤمنها ش ت أ حيث وقع الاصطدام بشاحنة ذات مقطورة من نوع فولفو مسجلة تحت رقم ..../.../.. تملكها شركة H I وتؤمنها ش ت س، طالبا الحكم له بالتعويض عن الأضرار البدنية اللاحقة به، وبعد إنجاز خبرة طبية وتمام المناقشة قضى الحكم الابتدائي بتحميل الحارس القانوني للدراجة النارية 4/3 مسؤولية الحادثة وإبقاء الربع 4/1 على عاتق الحارس القانوني للشاحنة والحكم للمدعي بتعويضات

مختلفة وبحلول شركتي التأمين أوس في الأداء. استأنفته الطالبة فصدر القرار الاستئنافي المطعون فيه بالنقض بتأييد الحكم الابتدائي.

حيث تعيب الطالبة على القرار في وسيلة النقض الفريدة خرق القانون وانعدام التعليل لكون الدراجة النارية ثلاثية العجلات تتطلب سياقتها الحصول على رخصة سياقة طبقاً للمادة 7 من الشروط النموذجية العامة لعقود تأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك وللمادتين الأولى والسابعة من مدونة السير على الطرق، وأن عدم احترام المسؤول المدني للقانون يسقط الضمان ويترتب عنه اخراج الطالبة من الدعوى، وأن المقتضيات القانونية المذكورة من النظام العام وتثار تلقائياً، مما يكون معه القرار خارقاً للقانون ومنعدم التعليل ويتعين نقضه.

لكن، حيث إنه لئن كانت المادة الأولى من مدونة السير تنص على أنه: «لا يجوز لأي شخص أن يسوق مركبة ذات محرك أو مجموعة مركبات على الطريق العمومية ما لم يكن حاصلاً على رخصة للسياسة سارية الصلاحية ومسلمة من قبل الإدارة، تناسب صنف المركبة أو مجموعة المركبات التي يسوقها»، فإن المادة الخامسة من القانون رقم 116.14 الصادر بتاريخ 18 يوليوز 2016 والذي عدلت بموجبه المادة 7 من مدونة السير تنص على أن أحكام المادة الأخيرة التي تحدد أصناف رخص السياقة تدخل حيز التنفيذ، فيما يخص الدرجات بمحرك والدرجات رباعية العجلات خفيفة بمحرك والدرجات ثلاثية العجلات بمحرك والدرجات ثلاثية العجلات خفيفة بمحرك، وفق الكيفيات والآجال التي تحددها الإدارة، وطالما لم تحدد هذه الأخيرة لا الكيفيات ولا الآجال فإنه لا مجال لترتيب أثرها على الحادثة موضوع الدعوى، وهذه العلة القانونية المستمدة من الوقائع الثابتة لقضاة الموضوع محل العلة المنتقدة ويستقيم بها القرار، والوسيلة على غير أساس.

#### لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد الناظفي اليوسفي والمستشارين السادة: حفيظ الزايدي مقرراً ولطيفة أھضمون ونجاة مسعودي والحسين أبو الوفاء أعضاء وحضر المحامي العام السيد نجيب بركات وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة نجاة مروان.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

## قرار محكمة الاستئناف بالعيون

عدد: 328

المؤرخ في: 2019/12/25

ملف: اجتماعي

عدد: 2019/1501/195

بين:

م ع

ضد

أ

## القاعدة

لم يقرن المشرع المغربي في المادة 41 من مدونة الشغل سلوك الأجير لمسطرة الصلح التمهيدي بصيغة الوجوب، فهي إمكانية تجعله حرا في اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق الصلح من عدمه، وعلى فرض عدم سلوكها فمحكمة الدرجة الأولى بادرت إلى إجراء الصلح بين الطرفين دون جدوى.

المشغل هو من يقع عليه إثبات وجود مبرر مقبول للفصل وإثبات المغادرة التلقائية كأصل مكرس قانونا وقضاءا بمقتضى المادة 63 من مدونة الشغل، ويكفي الأجير أن يدعي أنه فصل تعسفيا لكي ينتقل عبء إثبات العكس على المؤجر.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 25 دجنبر 2019 في جلستها العلنية المنعقدة للبت في القضايا الاجتماعية القرار الآتي نصه وهي مؤلفة من السادة:

ذ / بوشتي مجدوب: رئيسا

ذ / حسن الهاشمي: مستشارا ومقررا

ذ / محمد حضري: مستشارا

وبمساعدة الراحة ميارة: كاتباً للضبط

القرار التالي:

بين: م ع

ينوب عنه ذ / عبد الحكيم أبو شهاب المحامي بهيئة اكادير والعيون.

بصفته مستأنف

ومستأنف عليه من جهة

وبين: ش BI ب أ في شخص ممثلها القانوني.

ينوب عنها ذ / عزيز راضي المحامي بهيئة الدار البيضاء.

بصفتها مستأنف عليها ومستأنفة

من جهة أخرى

### الوقائع

بناء على المقالين الاستئنافيين اللذين تقدم بهما الطرفان بواسطة نائبيهما الأول من طرف م ع بتاريخ 2019/07/23 المعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون والثاني من طرف ش ب أ بتاريخ 2019/07/31 المؤداة عنه الرسوم القضائية بنفس التاريخ، بمقتضاهما تم الطعن في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعيون عدد 100 الصادر بتاريخ 2019/04/01 في الملف رقم 2018/1501/126 القاضي في الشكل: قبول الدعوى. في الموضوع: الحكم على ش BI - ب أ - في شخص ممثلها القانوني الكائن بمقرها الاجتماعي لفائدة السيد م ع ما يلي: تعويضا عن الفصل ما قدره (71279,52 درهم) واحد وسبعون ألفا ومئتان وتسعة وسبعون درهما واثنان وخمسون سنتيما. تعويضا عن الاخطار ما قدره (5940 درهم) خمسة آلاف وتسعمائة وأربعون درهما. تعويض عن الأقدمية (57600 درهم) سبعة وخمسون ألفا وستمائة درهم. تعويض عن العطلة السنوية ما قدره (2227,84 درهم) ألفين ومئتان وسبعة وعشرون درهما وأربعة وثمانون سنتيما. وشمول الحكم بالنفاذ المعجل فيما يتعلق بالشق المتعلقة بالتعويضات الناتجة عن عقد الشغل -الأقدمية والعطلة السنوية- وجعل الصائر على خاسر الدعوى ورفض باقي الطلبات.

بناء على تقرير السيد المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

### المرحلة الابتدائية

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المدلى به من قبل نائب المدعي والمسجل لدي كتابة الضبط بتاريخ 2018/10/18 والمعفى من الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي يستفاد

منه أن المدعي كان يشتغل لدى المدعى عليها منذ 2011/09/01 إلى غاية 2017/11/24 بأجرة شهرية قدرها 3000 درهم ليتم طرده بدون سبب مشروع، وأنه كان يشتغل 12 ساعة في اليوم وكذلك أيام العطل الرسمية وأن له شهود يؤكدون واقعة الطرد، لأجله يلتبس إجراء البحث والصلح والحكم على المدعى عليها بالفرق بين الأجرة المقبوضة والحد الأدنى مبلغ 1000000 درهم، والتعويض عن العطل السنوية المؤدى عنها 95000 درهم، التعويض عن العطل الأسبوعية 200000 درهم، التعويض عن الساعات الإضافية ما قدره 10000000 درهم، والتعويض عن مهلة الأخطار 9000000 درهم، التعويض عن الفصل 2500000 درهم، التعويض عن الأعياد الدينية 3000 درهم، التعويضات العائلية 1500000 درهم، التعويض عن الأقدمية 1000000 درهم، مع الحكم على المدعى عليها بمنحها للعارض شهادة العمل تحت طائلة تعويض قدره 2000000 درهم والنفاد المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر، وأرفق مقاله بمقتطفات حساب وشواهد صادرة عن الضمان الاجتماعي وشواهد الأجر.

وبناء على كافة الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها المطعون فيه بالاستئناف.

### المرحلة الاستئنافية

استعرض نائب المستشارف موجز الوقائع ثم ناقش في طعنه أن الحكم الابتدائي جاء مجانبا للصواب فيما قضى به من عدم الحكم لموكله بالتعويض عن الضرر وفقدان الشغل والتمس تعديل الحكم الابتدائي والحكم للعارض بالتعويضات المطلوبة ابتدائيا.

كما استعرض نائب المستشارفة موجز الوقائع ثم ناقش في طعنه:

في سوء التعليل المنزل منزلة انعدامه: أنه بالرجوع إلى ملف النازلة ووثائقه يتبين أنه خال من محضر مفتش الشغل أو أية وثيقة تثبت سلك المستشارف عليه لمسطرة الصلح التمهيدي مما يتعين معه إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به والحكم تبعا لذلك بعد التصدي بعدم قبول المقال شكلا.

في رفض الطلب: أن العارضة لم تطرد المستشارف عليه من عمله وليس من بين وثائق الملف ما يثبت ذلك، وأن المستشارف عليه يزعم كونه تعرض للطرد التعسفي ولم يتمكن من إثباته ذلك ولو بشهادة الشهود في جميع مراحل الدعوى وخصوصا خلال جلسة البحث، إضافة إلى ذلك فإن العارضة هي شركة مناولة تضع رهن إشارة الشركات المستعملة عمالا موسمين ومؤقتين قصد إنجاز مهام مؤقتة تنتهي بإنجاز المهمة المحددة في العقد. مما يتعين معه إلغاء الحكم الابتدائي والحكم برفض الطلب.

في التعويضات المحكوم بها: أن المحكمة الابتدائية وقعت في أخطاء في احتسابها للتعويض عن الفصل والتعويض عن الأقدمية، والتمس التخفيض منهما إلى الحد المفصل

بمقاله. في الأمر بإجراء بحث: أن العارضة تلتبس وبصفة جد احتياطية الأمر بإجراء بحث في نازلة الحال بحضور جميع الأطراف وكذا الشهود مع حفظ حق العارضة في التعقيب على هذا البحث.

بناء عليه أدرجت القضية بجلسة 2019/12/11 حيث حضر نائب المستشارف عليه وتخلّف نائب المستشارف رغم استدعاءه واعتبرت المحكمة القضية جاهزة فتقرر حجز الملف للمداولة قصد النطق بالحكم بجلسة 2019/12/25.

### وبعد المداولة وطبقا للقانون

في الشكل:

حيث إن الاستئنافين قدما داخل الأجل القانوني ووفقا للإجراءات المتطلبة قانونا فهما مقبولان شكلا.

في الموضوع:

حيث علل الطرفين المستشارفين استئنافهما بما هو مسطر أعلاه.

وحيث إنه ولئن صح ما أثارته المستأنفة ش B I ب أ من كون المشرع في المادة 41 من مدونة الشغل قد نص على سلوك الأجير لمسطرة الصلح التمهيدي، فإنه لم يقرن ذلك بصيغة الوجوب، ذلك أنه نص في المادة المذكورة على أنه (يمكن للأجير) وهو ما يجعله منه حرا في اللجوء إلى التسوية الودية عن طريق الصلح من عدمه، وعلى فرض عدم سلوكها من طرف الأجير فمحكمة الدرجة الأولى بادرت إلى إجراء الصلح بين الطرفين دون جدوى، ومن تم يكون تشبث المستأنفة المذكورة بهذه العلة غير مؤسس، والحكم الابتدائي لما قضى بصحة المسطرة ورتب عليها منح المستشارف عليه م ع التعويضات عنها يكون قد طبق القانون التطبيق السليم ويتعين تأييده بهذا الخصوص .

وحيث إنه خلافا لما نعتة الطاعنة أيضا من كونها لم تعمل على طرد الأجير المستأنف عليه، فإن الأصل المكرس قانونا وقضاء بمقتضى المادة 63 من المدونة أن المشغل هو من يقع عليه إثبات وجود مبرر مقبول للفصل كما يقع عليه إثبات المغادرة التلقائية، وتبعا لذلك فالأجير يكفيه أن يدعي أن فصل تعسفيا لكي ينتقل عبء إثبات العكس على المؤاجر، والمستأنفة في نازلة الحال لم تثبت لمحكمة البداية أو لهذه المحكمة أنها فصلته بمبرر مقبول أو أنه غادر تلقائيا، ومن تم يكون الحكم الابتدائي لما قضى بوجود الطرد التعسفي في النازلة يكون قد بنى قضاءه على أساس من القانون ويتعين تأييده .

وحيث إنه بمراجعة التعويضات المحكوم بها لفائدة الأجير والمتعلقة أساسا بالفصل والأقدمية ووضعها في نطاق المواد التي تؤطر احتسابها وخاصة المواد 53 و350 من مدونة

الشغل نجد بأن الحكم الابتدائي قد جانب الصواب عند تحديده مقدار التعويض المستحق عنهما، ويتعين التخفيض منه إلى القدر المحدد في منطوق الحكم أدناه.

وحيث إن المستأنف م ع لم يفصل عند بيانه لأوجه استئنائه كيف أن الحكم الابتدائي أضر بمصالحه، وأن تبني وسيلة عامة كما أقدم عليه المستأنف المذكور يجعل هذه المحكمة لا تتوافر على عناصر التي يمكنها بسط رقابتها عليها، وتقييم الحكم الابتدائي بخصوص صوابيته من عدمه في التقرير فيها.

وحيث إن باقي الأسباب الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم المطعون فيه لم تكن محل طعن وعليه تعين تأييده في باقي مقتضياته.

وحيث يتعين تحميل المستأنفين الصائر في حدود القدر المحكوم به مع إعفاء المستأنف م ع منه.

#### لهذه الأسباب

تصرح المحكمة علنيا، انتهائيا، وحضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به مع تعديله وذلك بتخفيض التعويض عن الفصل إلى مبلغ 15089,12 درهم وعن الأقدمية إلى مبلغ 9207 درهم مع تحميل المستأنفة الصائر في حدود القدر المحكوم به.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بالعيون دون أن تتغير الهيئة التي ناقشت القضية وجعلتها للمداولة.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

## قرار محكمة الاستئناف بالرباط

عدد: 460

المؤرخ في: 2020/10/21

ملف: مدني

عدد: 2020/1201/283

بين:

و ف

ن م

ضد

ق م ومن معه

ح م

## القاعدة

إثبات الممر المتنازع حوله بمحضر المعاينة المنجز من طرف الضابطة القضائية عند تحقق واقعة الاغلاق وفي إبانها، يجعله ناقلا لواقع الحال المتحقق عند المنازعة، كما أن الخبرة المعتبر بها من طرف المحكمة الابتدائية قد اعتمدت صورا جوية مخزنة في قاعدة بيانات رقمية تؤكد التطور الكرونولوجي لحالة الأرض والممر المذكور. فالحكم اعتد باليقين لا الشك والتخمين حينما لم يلتفت لتصريحات الشهود المدلى بها ولا يستقيم لنفي ما ذكر وحجية الدليل العلمي المستند لمشاهدات مسجلة مستقاة من أرض الواقع بعيدا عن التفسير والتأويل.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 21 أكتوبر 2020

أصدرت محكمة الاستئناف بالرباط وهي تنظر في القضايا المدنية مؤلفة من السادة:

رشيد عبد الكبير: رئيسا

رشيد حوبابي: مستشارا مقررًا

نادية خلوقي: مستشارة

وبمساعدة فاطمة امهري: كاتبة للضبط

القرار التالي:

يبين: وف

ن م

ينوب عنهما....من هيئة الرباط

بوصفهما مستأنفين من جهة

وبين: ق م ومن معه

وح م

ينوب عنهم.....من هيئة الرباط.

بوصفهم مستأنف عليهم من جهة ثانية

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتاجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس ودون معارضة من الأطراف وفقا لما شرعه الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الأمر بالاستدعاء والمبلغ قانونا إلى الطرفين.

وتطبيقا لفصول قانون المسطرة المدنية ولاسيما الفصل 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 منها.

بناء على مقال الاستئناف المسجل بتاريخ 06 دجنبر 2019 المقدم من طرف دفاع المستأنفين، والهادف إلى إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات بتاريخ 2019/10/17 في الملف عدد 1401/192/2018 فيما قضى به، والقاضي في منطقه:

في الشكل: قبول الدعوى

في الموضوع: الحكم على المدعى عليهم بفتح الممر الرابط بين عقار المدعين والطريق العمومية على طول الحد الفاصل بين أرض...ومن معه مع تقرير حق ارتفاق على أرض المدعى عليهم وذلك بتوسعة الممر المذكور والمحدد في الخبرة برقم 2 الكل وفق تقرير الخبرة والتصميم المرفق به المنجز من طرف الخبير محمد المخشوني والمودع بتاريخ 2019/04/18 في مقابل أداء المدعين تعويض قدره 7320 درهم المدعى عليهم...ومن معه ومبلغ 4800 درهم للمدعى عليه...مع تحميلهم المصاريف بالتساوي ورفض باقي الطلبات.

## الوقائع

### المرحلة الابتدائية

بناء على مقال مسجل بالمحكمة الابتدائية بالخميسات مؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 19 يونيو 2019 عرضوا فيه المدعين بواسطة دفاعهم أنهم يملكون قطع أرضية الكائنة بالعنوان أعلاه وأن المدعى عليهم قاموا بإغلاق الطريق الوحيدة والمؤدية إلى أراضيهم وذلك بعدما قاما بشراء أرض مجاورة لهم والبالغة مساحتها 3 أمتار تقريبا حيث قاموا بوضع أعمدة إسمنتية بها وسياج حديدي مما منعهم من المرور إلى الطريق الرئيسية قصد الولوج إلى السوق الأسبوعية وكذا الوصول إلى أراضيهم وأن الطريق تبقى طريق عمومية وقديمة عرضها حوالي ثلاثة أمتار ملتصين الحكم برفع الضرر الحاصل وذلك بفتح الطريق القديمة العمومية الرابطة بين الطريق الرئيسية وأرضهم والبالغة مساحتها حوالي 3 أمتار مع حق ارتفاق بخصوص توسعة الطريق ليصل عرضها إلى خمسة أمتار وذلك لمرور الآلات الفلاحية وذلك تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ والتصريح بكونهم مستعدين لأداء واجبات حق الارتفاق المطالب به لأجل المرور الأمر عند الاقتضاء بإجراء خبرة عقارية وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحديد مدة الإكراه البدني في الأقصى وتحميل المدعى عليه الصائر وفق ما تحججوا به من حجج. وبناء على الأمر التمهيدي الصادر بتاريخ 15/11/2018 القاضي بإجراء خبرة عقارية عهد بها إلى الخبير بنعاشير عموري الذي انتهى إلى وضع تقرير الخبرة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 27/03/2019.

وبناء على الأمر التمهيدي الصادر بتاريخ 2 ماي 2019 بإجراء خبرة مضادة كلف بها الخبير محمد المخشوني الذي وضع تقريره بتاريخ 18/04/2019.

وبناء على تبادل المذكرات بين الأطراف وردودهم، وبعد انتهاء الإجراءات صدر الحكم المستأنف المثبت منطوقه أعلاه.

### مرحلة الاستئناف

في هذه المرحلة وبعد عرض موجز للوقائع بسط المستأنف أوجه استئنافه وأسباب طعنه فيما يلي: عدم الحكم على أساس قانوني ذلك أن الحكم القاضي بحق الارتفاق لفائدة المستأنف عليهم جاء مخالف لمقتضيات المادة 64 من مدونة الحقوق العينية.

سوء التعليل ذلك أن العارضين سبق وأن اثارا أن إقرار حق الارتفاق في أرضهم سيشكل لهم ضرر بالغ في إزالة السياج واقلع المغروسات واتلاف نظام الري بالتنقيط المجهزة به الأرض وان المحكمة لم تناقش هاته الدفوعات واعتمدت على ما جاء في تقرير الخبير جون التجهيزات.

ملتزمين إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به والحكم بعد التصدي بصفة أساسية بعد قبول الطلب واحتياطيا المصادقة على خبرة الخبير بنعاشير عموري بتاريخ 2019/01/21 وبصفة احتياطية جدا الأمر بإجراء خبرة مضادة وتحميل المستأنف عليهم الصائر. وبناء على جواب دفاع المستأنف عليه يلتمس فيه استبعاد الوسائل المثارة لعدم جديتها والتصريح بكون الحكم الابتدائي جاء معللا تعليلا قانونيا وسليما والحكم تبعا لذلك بتأييد الحكم الابتدائي المطعون فيه وتحميل المستأنفين الصائر. وبناء على إدراج الملف بجلسة 2020/10/07 فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة للبت فتم حجزها للمداولة قصد النطق بالقرار لجلسة 2020/10/21.

### التعليل

#### بعد المداولة طبقا للقانون

بناء على المسطرة المدنية ولا سيما الفصول 328 وما بعده.

#### المحكمة

في الشكل: حيث استوفى مقال الطعن شروط قبوله ولا سيما الفصول 134 من قانون المسطرة المدنية وما بعده، وتم أداء الرسوم القضائية عنه، فهو مقبول شكلا. في الموضوع: لما كان المستأنف يعيب على الحكم المستأنف قضاءه وفق ما ذكر والحال أنه معلول بما بسطه من أسباب للاستئناف أعلاه.

وحيث أنه بخصوص أسباب الاستئناف مجتمعة لاتحاد علتها، فإن الثابت من علل الحكم الطعين أنه قد أجاب عنها بما يمليه القانون، فمن جهة فإن الممر المتنازع حوله قد أثبتته محضر المعاينة المنجز من طرف الضابطة القضائية عند تحقق واقعة الاغلاق وفي إبانها بما يجعله ناقلا لواقع الحال المتحقق عند المنازعة، كما أن الخبرة المعتمد بها من طرف المحكمة الابتدائية قد اعتمدت صورا جوية مخزنة في قاعدة بيانات رقمية تؤكد التطور الكرونولوجي لحالة الأرض والممر المذكور، فأكدت قيامه منذ 2001، فجاءت معرزة للمعاينة الأولى ومثبتة لأقوال المستأنف عليهم، وأن الادلاء بتصريحات الشهود لنفي ما ذكر لا يستقيم وحجية الدليل العلمي المستند لمشاهدات مسجلة مستقاة من أرض الواقع بعيدا عن التفسير والتأويل، فكان الحكم معتدا باليقين لا الشك والتخمين كما جاء بالسبب، وأما ما تعلق بالضرر الحاصل للأرض وغيرها، فإن الثابت أيضا من الخبرة المذكورة تأكيدها على أن المشروع المقترح والمرتبط بالممر موضوع الفتح إنما يشكل المروع الاقل ضررا باعتباره يمر من الحد الفاصل، بما يجعل التذرع بوجود الأغراس والأشجار غير عامل لرد الطلب، فلا يستفيد الشخص من خطئه.

وحيث أنه واعتبارا لما ذكر، فإن الحكم الابتدائي قد أجاب على كل الأسباب المثارة بما يقتضيه القانون، ولم يتم الادلاء بما من شأنه تغيير وجهة نظر المحكمة على صعيد هاته المرحلة، ويوجب ذلك تأييده.

وحيث إن الصائر على المستأنف.

وتطبيقا القانون.

#### لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنيا انتهايا وحضوريا

في الشكل: قبول الاستئناف

في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف، وتحميل المستأنفين الصائر

بهذا صدر القرار في تاريخه أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف

بالرباط دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

## قرار محكمة الاستئناف بأسفي

عدد: 150

المؤرخ في: 2019/05/02

ملف: عقاري

عدد: 2018/1401/206

بين:

أ

وبيين:

أع بن ع س

## القاعدة

متى تخلف الشرط المتفق عليه فإن الالتزام المتصف به يصبح غير قابل للتنفيذ ويكون طلب  
فسخه مبررا قانونا وواقعا.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بأسفي

بتاريخ: 09 ماي من سنة 2019 م

وهي تبت في المادة العقارية مؤلفة من السادة:

عبد الواحد كمال: رئيسا

عبد الشافي لخليفة: مستشارا مقرررا

علال باحبيبي: مستشارا

وبمساعدة السيدة لبنى العرافي كاتبة للضبط

القرار التالي:

يبين: م ذ

ينوب عنهم ذ/ سعيد هنيئي المحامي بهيئة آسفي.

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين: أ ع بن ع س

ينوب عنهم ذ/ عبد الواحد برزوق المحامي بهيئة آسفي.

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتاجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 134 وما يليه والفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

### الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف م ذ إلى رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش المؤداة عنه الرسوم القضائية و الذي يعرض فيه أنه بمقتضى عقد وعد بالبيع مصحح الإمضاء كان قد وعده المدعى عليه بأن يبيعه القطعة الأرضية المعدة للبناء البالغة مساحته 90 مترا مربعا رقم 53 بالتصميم المودع بعمالة آسفي قصد المصادقة عليه وهي جزء من العقار المسمى العرصة المقيد بالمحافظة العقارية تحت رقم 23/11542، و أن المدعى عليه تسلم منه جميع الثمن المحدد في 40.000,00 درهما وتعهده بتحرير العقد النهائي بعد تسوية وضعية العقار إلا أنه بالرغم من مرور أكثر من 14 سنة على إبرام العقد فإنه لم يتم تسوية الوضعية القانونية والتعميرية للعقار المبيع وتحرير العقد النهائي وأنه أنذره قانونيا بإتمام البيع بدون جدوى، وأن الشرط الوارد بالعقد موقوف على محض إرادة المدعى عليه وأمام عدم تحققه فإنه يحق له المطالبة بفسخ عقد الوعد بالبيع والحكم على المدعى عليه بإرجاع الثمن وتعويضه عن الضرر مع النفاذ والصائر وتحديد مدة الإكراه في الأقصى وأرفق المقال بصورة من عقد وعد بالبيع وجواب على الإنذار، وأجاب المدعى عليه متمسكا بعدم الاختصاص المكاني فقضت المحكمة الابتدائية بمراكش بإحالة الملف على المحكمة الابتدائية باليوسفية للاختصاص وبعد تسيير هذه الأخيرة للإجراءات وتمام المناقشة أصدرت المحكمة الحكم عدد 75 بتاريخ 2014/10/16 برفض الطلب بادر المستأنف إلى الطعن فيه بالاستئناف ناعيا عليه: خرق القانون وانعدام التعليل لأن المحكمة عند رفضها للطلب اعتبرت أن الأمر يتعلق بعقد مرتبط بشرط واقف لم يحدد له أجل والحال أنه برجوع المحكمة إلى وثائق الملف سيتبين لها أنه أدلى بما يفيد أنه أنذر المدعى

عليه بإرجاع المبلغ إليه قبل اللجوء إلى القضاء فأجابه بأنه يطلب المزيد من الوقت، وأن عدم جواب المحكمة على هذا الإنذار يعتبر خرقاً للقانون وللتعليل وأن إصرار المدعى عليه على عدم إنجاز الوثائق وكون الصعوبة واقعية اعترضته هي كونه باع شيئاً خالصاً له والحال أن الرسم العقاري به مجموعة من الورثة، وأن هناك تقييداً احتياطياً، وأن مشروع التهيئة تم تغييره، وأن العقد مرت عليه حوالي 20 سنة، وأنه لا يمكن أن يبقى رهيناً لإرادة المستأنف عليه والتمس ختاماً إلغاء الحكم فيما قضى به وتصديا الحكم وفق الطلب واحتياطياً إجراء بحث بين الطرفين.

وجواباً على المقال الاستئنافي أدلى ذ/برزوق بمذكرة اعتبر فيها أن الحكم المطعون فيه مؤسس قانوناً واستند على العقد الرابط بين الطرفين الذي يعد حجة على طرفيه، وأنه مادام الشرط الواقف لم يتحقق فإنه ليس من حق المستأنف المطالبة بتنفيذ العقد والتمس تأييد الحكم المطعون فيه.

وبتاريخ 2018/12/13 أمرت هذه المحكمة بإجراء بحث بين الطرفين تم بتاريخ 2019/01/24 وحرر بشأن ما راج به محضر من ضمن وثائق الملف عقب عليه الطرفان وفق تعقيباتهما بالملف.

وبعد أن راجت القضية بجلسة أخيرة بتاريخ 2019/04/04 تقرر حجزها خلالها للمداولة بجلسة 2019/04/18 قصد النطق بالقرار.

### وبعد المداولة طبقاً للقانون

#### المحكمة

في الشكل: حيث إنه سبق البت فيه بقبول الاستئناف شكلاً بموجب القرار القاضي بإجراء بحث بين الطرفين.

في الموضوع: حيث التمس المستأنف إلغاء الحكم المستأنف تأسيساً على ما ورد بمقال الطعن بالاستئناف من أسباب وتصديا الحكم وفق الطلب.

وحيث أجاب المستأنف عليه ملتمساً تأييد الحكم المطعون فيه.

وحيث ثبت من إقرار المستأنف عليه بجلسة البحث أنه يتعذر عليه إتمام تجهيز التجزئة بالمطلوب بهدف تمكين المستأنف من البقعة التي اشتراها منه لأن الجهات الوصية على قطاع التعمير ألزمته بمراجعة التصميم وهو ما من شأنه النقص من مساحة التجزئة بكاملها وبالتالي من مساحة البقع المكونة لها ومنها البقعة موضوع العقد الذي يربطه بالمستأنف، وهو ما ينتج عنه أن الشرط المتفق عليه بين الطرفين في العقد سند الدعوى الذي يجعل تحرير العقد النهائي رهيناً بتسوية وضعية البقعة الأرضية المباعة قد أضحى

مستحيلا مما يستحيل معه على البائع تنفيذ التزامه بالبيع على الوجه المتفق عليه سلفا بين الطرفين وفقا لما أفاد به هو نفسه، وأن ذلك يؤول إلى أن الشرط المتفق عليه قد أضحى متخلفا ما دامت تسوية الوضعية القانونية للبقعة المبيعة لن تتم وفق المتفق عليه أبدا وإنما إذا تمت ستكون بمواصفات أخرى.

وحيث إنه لما ثبت أن الشرط المتفق عليه تخلف فإن الالتزام المتصف به يصبح غير قابل للتنفيذ وبذلك يكون طلب فسخه مبررا قانونا وواقعا خلافا لما سار إليه الحكم المستأنف وهو ما يبرر إلغاء الحكم المذكور وتأسيسا على الأسباب المساقة قبله الحكم بفسخ العقد الرابط بين الطرفين والحكم على المستأنف عليه بأدائه للمستأنف مبلغ 40.000,00 درهما قيمة البقعة الأرضية وتعويضا عن الضرر تحدده المحكمة باعتدال في مبلغ 6.000,00 درهم.

#### لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا انتهائيا وحضوريا:

1 - في الشكل: سبق البت فيه بقبول الاستئناف.

2 - في الموضوع: بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به وبعد التصدي الحكم بفسخ العقد الرابط بين الطرفين المؤرخ في 26/11/1998 وعلى المستأنف عليه بإرجاع مبلغ 40.000,00 درهم لفائدة المستأنف وبأدائه له تعويضا عن الضرر قدره 6.000,00 درهما مع الصائر.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بأسفي دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

أمر رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب

عدد: 61

المؤرخ في: 2020/10/13

ملف: استعجالي

عدد: 2020/1101/68

بين:

الخازن الإقليمي

ضد

ب م

ب ن د

القاعدة

يختص قاضي المستعجلات بالتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بخاطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي وإلحاق خسائر فادحة بمداخل الدولة المالية.

المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 13-10-2020 أصدرنا نحن رضوان فـارج رئيس المحكمة الابتدائية بوادي الذهب بصفتنا قاضيا للمستعجلات، ونحن نبت في القضايا الاستعجالية من ساعة إلى أخرى الأمر الآتي نصه:

بين:

- الخزينة الإقليمية في شخص مديرها بالمقر الكائن بشارع محمد الخامس الداخلة.

بصفته مدع

من جهة

وبين:

1 - السيد: - ب م بطاقة التعريف الوطنية ....

2 - السيد - ب ن د بطاقة التعريف الوطنية ....

المعتصمين بباب الإدارة بنفس العنوان منذ 12 أكتوبر 2020 .

بصفتها مدعى عليهما

من جهة أخرى

### الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي الذي تقدم به الطرف المدعي والمعضى من أداء الرسوم القضائية بتاريخ 2020/10/13 يعرض بمقتضاه أن المدعى عليهما يعملان لدى الشركة المكلفة بالحراسة G S كحارسي أمن خاص، والتي انتهت مدة تعاقدتها مع الخزينة العامة للمملكة، وأنهما يعتصمان أمام باب الخزينة الإقليمية بالداخلة ويعرقلان ولوج الزوار للخزينة، وأن العارض أنجز بتاريخ يومه 2020/10/13 محضرا للمعاينة من قبل المفوض القضائي رل عاين واقعة قيام المدعى عليهما بالاعتصام أمام باب الخزينة الإقليمية، وأنه لوجود حالة الاستعجال القصوى يلتمس الأمر بفرض الاعتصام المنفذ من طرف المدعى عليهما أمام مقر الخزينة، وأرفق مقالته بنسخة من محضر المعاينة مؤرخ في 2020/10/13. بناء على إدراج القضية بمكتبنا بتاريخ تقديم الطلب، ولحالة الاستعجال القصوى قررنا حجز الملف للتأمل في نفس اليوم.

### وبعد التأمل طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المطلوبة قانونا مما يتعين معه قبوله. في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر استعجالي من ساعة إلى أخرى وفق المفصل أعلاه.

حيث إنه بالاطلاع على ظاهري المستندات تبين لنا أن هناك عملية اعتصام يقوم بها المدعى عليهما ترتب عنها عرقلة العمل داخل الخزينة الإقليمية بالداخلة الأمر الذي من شأنه تعطيل استمرارية المرفق العمومي.

حيث إن قاضي المستعجلات مختص للتدخل في حالة الاستعجال القصوى ومن ساعة لأخرى خاصة عندما يتعلق الأمر بخطر محقق من شأنه المساس باستمرارية المرفق العمومي والحاق خسائر فادحة بمدخيل الدولة المالية طبقا لمقتضيات الفصولين 150 و151 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يتعين شمول هذا الأمر بالتنفيذ المعجل على أصل المسودة.

وتطبيقا للمواد 1- 2- 32- 50- 124 - 149 و 150 و 151 وما يليها من قانون المسطرة المدنية.

#### لهذه الأسباب

أصدرنا بصفنتنا رئيس المحكمة - في حالة الاستعجال القصوى - الأمر الاتي نصه:  
في الشكل: بقبول الطلب.

في الموضوع: نأمر بفض الاعتصام المنفذ من طرف المدعى عليهما أمام مقر الخزينة الإقليمية الكائن بشارع محمد الخامس الداخلة بكافة وسائل التنفيذ المتاحة قانونا، وبشمول هذا الأمر بالتنفيذ المعجل على أصل المسودة لوجود حالة الاستعجال القصوى، وبتحميل المدعى عليهما الصائر.

بهذا صدر الأمر في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة

## حكم المحكمة الابتدائية بالرباط

عدد: 424

المؤرخ في: 2020/03/09

ملف: أسري

عدد: 2019/1620/1269

بين:

م ح ش

و:

س ع

## القاعدة

المساكنة الشرعية واجب وحق لكل الزوجين وفق المادة 51 من مدونة الأسرة، تدرك بالصفة لا بالجفا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يقعن أحدكم على امرأته كما تقع البهيمة وليكن بينهما رسول قيل وما الرسول يا رسول الله قال القبلة والكلام». ولم يجعل الشرع الحكيم من الباء مجرد غريزة وقضاء عابر للوطر بل قرننها بآداب المعاشرة التي يجب التقيد بها من طرف الزوجين، فلا جرم أن تنفيذ المعاشرة الزوجية من طرف الزوجة جبرا بعد الحكم به عليها قضاء يجافي مقاصد الشرع من الجماع.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية بالرباط - قسم قضاء الأسرة - وهي تبت في قضايا الأسرة، الحكم الآتي نصه:

بين: ح ش

ينوب عنه ذ / العربي باخيي المحامي بالرباط

من جهة

وبين: س ع

من جهة أخرى

### الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به المدعي بواسطة نائبه لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2019/07/08 والمؤدى عنه الرسوم القضائية، والذي يعرض من خلاله أن المدعى عليها زوجته التي لم تمكنه من الدخول بها ملتصقا بالحكم عليها بتمكينه من الدخول بها مع النفاذ المعجل وتحميلها الصائر مدليا بصورة عقد زواج وصورة محضر جلسة وشهادة طبية.

أجابت المدعى عليها بكونها لا تمانع في المعاشرة الزوجية شرط المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة تحت سقف بيت واحد.

وبناء على ملتصق النيابة العامة الكتابي الرامي إلى تطبيق القانون.

وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها بتاريخ 2020/02/24 حضر خلالها ذ/ باخبي وأدلى بمذكرة مرفقة تسلمت المدعى عليها نسخة منها وأسندت النظر وتقرر خلالها حجز القضية للمداولة لجلسة 2020/03/09.

### وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدم الطلب وفق الشكل والصفة المتطلبين قانونا مما يتعين معه قبوله. في الموضوع: حيث إن الطلب يهدف إلى الحكم لفائدة الطرف المدعى بما هو مسطر أعلاه.

وحيث إن مدار الطلب ومنتهاه هو تمكين المدعى عليها المدعي من المعاشرة الزوجية بحسبان كونها زوجته.

وحيث إنه باستقراء المادة 51 من مدونة الأسرة يتضح أن المساكنة الشرعية هي في الوقت ذاته واجب وحق لكل الزوجين وهي إنما تدرك بالصفة لا بالجفا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا يقعن أحدكم على امرأته كما تقع البهيمة وليكن بينهما رسول قيل وما الرسول يا رسول الله قال القبلة والكلام»، ويستشف من ذلك أن الشرع الحكيم لم يجعل من الباء مجرد غريزة وقضاء عابر للوطر بل قرنهما بأداب المعاشرة التي يجب التقيد بها من طرف الزوجين عند صفاء الجو بينهما ولا يتصور قط احترام هذه الآداب متى وجد ما يكدر صفو الحميمة ويقوض انجذاب الشريك لشريكه، فلا جرم أن تنفيذ المعاشرة الزوجية من طرف الزوجة جبرا بعد الحكم به عليها قضاء يجافي مقاصد الشرع من الجماع المتمثلة في بعث السرور عند الزوجين معا توطيدا للعلاقة بينهما بما يكفل تكثير النسل والعفة عن الحرام فتناسب على هدي هذه العلل رفض الطلب.

وحيث يتعين إبقاء الصائر على عاتق الطرف المدعي.

## الحكم

## وتطبيقا للقانون

## لهذه الأسباب

تصرح المحكمة علنيا ابتداءيا وحضوريا  
 في الشكل: قبول الطلب.  
 في الموضوع: برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر.  
 بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.  
 وكانت المحكمة تتركب من:  
 السيدة سلمى التزني: رئيسة ومقررة  
 السيدة منى المصمودي: عضوا  
 السيدة نادية الحسناوي: عضوا  
 السيد محمد عباس سقاط: ممثل النيابة العامة  
 السيد رشيد الوصيف: كاتب الضبط  
 الرئيسة والمقررة

كاتب الضبط

## حكم المحكمة الابتدائية بتمارة

عدد: 56

المؤرخ في: 2021/02/04

ملف: نزاعات الشغل

عدد: 2020/183/1501

بين:

في ش م ق س.أ. س. STE شركة س

ضد

ب أ

## القاعدة

حرص المشرع على أن يكون محضر الاستماع للأجير داخل المفاوضة، ولم يسمح بحضور جلسة الاستماع إلا للشخص الذي يؤازر الأجير، شريطة أن يكون مندوبا أو ممثلا نقابيا، أو من ضمن أجراء المفاوضة، مستبعدا تدخل أي أجنبي عن علاقة الشغل، في إنجاز هذه المسطرة، وحضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع والتأشير على محضر جلسة الاستماع، وكأنه طرف في المسطرة، يعتبر تجاوزا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، مما تكون معه مسطرة الفصل معيبة شكلا وتكون المحكمة في حل من مناقشة الخطأ المنسوب إلى المدعية ويبقى الفصل الذي تعرضت له المدعية يكتسي صبغة التعسف ويخول لها الحق في المطالبة بالتعويضات الناتجة عنه.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 2021/02/04 أصدرت المحكمة الابتدائية بتمارة وهي تبت في قضايا نزاعات الشغل الحكم الآتي نصه:

بين: أ ب

نائبه ذ / البشير ديكة محامي بهيئة الرباط.

مدعيا من جهة

وبين: ش س STE S.A في شخص ممثلها القانوني

نائبه: زغلول السملالي شركة محاماة بهيئة بالرباط.

مدعى عليه من جهة أخرى

### الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية لدى هذه المحكمة بتاريخ 18-03-2020 والمعى من الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي تعرض من خلاله أنها كانت تشتغل لدى المدعى عليها بأجرة شهرية قدرها 7200 درهم منذ أبريل 2013 كمستخدمة إلى حدود 21-02-2020 تعرضت للفصل التعسفي، لذلك يلتمس الحكم بالتعويضات التالية: عن العطلة السنوية مبلغ 7200 درهم، عن الأخطار مبلغ 60000 درهم، عن الفصل مبلغ 200000 درهم، عن الضرر 300000 درهم، عن الاقدمية مبلغ 20000 درهم، وتسليم شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل والفوائد القانونية من تاريخ الطلب .

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل نائب المدعى عليها والتي التمس فيها الحكم برفض الطلب لكون المدعية ارتكب خطأ جسيم بتاريخ 06-02-2020 يتجلى في الغياب الغير المبرر والتمرد تجاه المسؤولين المباشرين برفض تنفيذ عمل من اختصاصها وعدم احترام مواقيت العمل، وقد تم فصلها في احترام تام للمسطرة الفصل المنصوص عليها في الفصول 62-63-64-65 من مدونة الشغل، كما أن المدعية كانت تستفيد من الاقدمية وتوصلت من العطلة السنوية 2019.

وبناء على جلسة البحت المنعقدة بتاريخ 17-09-2020 حضرت المدعية وتخلفت المدعى عليها رغم التوصل وأكدت المقال وأفادت أن المفوض القضائي كان حاضرا بجلسة استدعائها والاستماع اليها في نفس اليوم.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل نائب المدعي والتي التمس فيها الحكم وفق مقاله لكون المدعى عليها قامت بخرق مسطرة الفصل بحضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع، وأرفقت مقالها بأصل محضر معاينة المفوض القضائي ونسخة عادية من قرار محكمة النقض رقم 436/1 في الملف عدد 1048/1/2018 .

وبناء على مذكرة تعقيب المدلى بها من قبل نائب المدعى عليها والتي أكد فيها أن السيد المفوض القضائي لا يوجد ضمن الحاضرين وأنه عاين فقط انطلاق الجلسة ولم يكون حاضرا لجلسة الاستماع.

وبناء على مذكرة تأكيدية المقدمة من طرف نائب المدعية والتي التمس فيها الحكم وفق مقاله لكون العارضة لم يسبق لها الغياب ولم ترفض تنفيذ عمل من اختصاصها بالإضافة إلى احترام توقيت العمل، كما أن حضور المفوض القضائي يشكل خرقا لمسطرة الفصل.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 2021/01/07 حضر دفاع الطرفين وتم تبادل المذكرات المدلى بها وأكدا ما سبق، المحكمة اعتبرت القضية جاهزة، مما تقرر معه حجز الملف للتأمل لجلسة 2021/02/04.

### وبعد التأمل طبقا للقانون

حيث باءت محاولة الصلح بالفشل لتمسك كل طرف بموقفه.  
في الشكل: حيث قدمت الدعوى وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهي مقبولة من هذه الناحية.

في الموضوع: حيث يهدف المدعي من خلال طلبه الحكم له بالتعويضات المشار إليها أعلاه نتيجة فصله من طرف المدعى عليها بشكل تعسفي.

وحيث إن علاقة الشغل واستمرارها ثابتة بين الطرفين من 2013/04/18 إلى غاية 2020/02/21 استنادا إلى كل من أوراق الأداء ومقرر الفصل المدلى بهما من قبل طرفي الدعوى، فضلا على أن هذه الأخيرة لم تنازع في ذلك.

وحيث دفعت المدعى عليها من أجل رد دعوى المدعية بكون هذه الأخيرة قامت بارتكاب خطأ جسيم يتمثل في الغياب الغير المبرر، والتمرد تجاه مسؤوليها المباشرين ورفض تنفيذ عمل من اختصاصها وعدم احترام توقيت العمل، وقد تم احترام مسطرة الفصل المنصوص عليها في الفصول 62 و63 و64 و65 من مدونة الشغل.

وحيث عابت المدعية على المدعى عليها عدم احترامها لمسطرة الفصل المنصوص عليها في المادتين 62 و63 من مدونة الشغل بحضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع.

وحيث إنه وتطبيقا للمادة 62 من مدونة الشغل فإنه، قبل اتخاذ قرار الفصل في حق الأجير، لابد من إتاحة فرصة الدفاع له عن نفسه بالاستماع إليه من طرف مشغله أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي الذي يختاره الأجير بنفسه وذلك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه وأنه يحزر محضر في الموضوع من قبل إدارة المؤسسة يوقعه الطرفان وتسلم نسخة منه للأجير، كما أن المادة 63 من مدونة الشغل ألزمت المشغل بتحرير مقرر كتابي وتسليمه إلى الأجير في ظرف 48 ساعة من تاريخ اتخاذ، وأن المادة 64 من المدونة قيدت المشغل أثناء تحرير مقرر الفصل بضرورة تضمينه الأسباب المبررة للعزل وتاريخ الاستماع إلى الأجير وإرفاقه بمحضر الاستماع إليه.

وحيث إنه باستقراء مقتضيات المواد أعلاه نجد أن المشرع كان حريصا على أن يكون محضر الاستماع داخل المقابلة، ولم يسمح بحضور جلسة الاستماع إلا للشخص الذي يؤازر

الأجير، شريطة أن يكون مندوبا أو ممثلا نقائيا، أو من ضمن إجراء المقابلة، مستبعدا تدخل أي أجنبي عن علاقة الشغل، في إنجاز هذه المسطرة، وقد تبين لهذه المحكمة من خلال الاطلاع على أصل محضر المعاينة المنجز من طرف المفوض القضائي السيد م ح بتاريخ 18-02-2020، أن هذا الأخير عاين انطلاق جلسة الاستماع للمدعية وعرض اخلاطاتها المهنية من طرف المسؤول بالشركة، كما أكد أنه بعد الانتهاء قام بالتأشير على محضر الاستماع.

وحيث أن حضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع والتأشير على محضر جلسة الاستماع، وكأنه طرف في المسطرة، يعتبر تجاوزا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض من خلال قرارها عدد 436 -1 المؤرخ 19-03-2019 ملف اجتماعي عدد 1048-1-5-2018 .

وحيث تبعا لما ذكر أعلاه تكون مسطرة الفصل معيبة شكلا وتكون المحكمة في حل من مناقشة الخطأ المنسوب إلى المدعية ويبقى الفصل الذي تعرضت له المدعية يكتسي صبغة التعسف ويخول لها الحق في المطالبة بالتعويضات الناتجة عنه.

وحيث لا ينبغي الحكم للمدعي بالتعويضات إلا في إطار مدونة الشغل الجديدة والمراسيم التطبيقية الجاري بها العمل.

تحتسب التعويضات على أساس أجرة 6084 درهم شهرية كما هو ثابت من خلال أوراق الأداء المدلى بها من قبل المدعى عليها، بصفتها مستخدمة، مما يتعين اعتمادها في احتساب التعويضات المستحقة.

وحيث تبعا لذلك يستحق المدعي التعويضات التالية:

1 - عن الفصل: حيث إنه عملا بالمادة 52 من مدونة الشغل فإن الأجير المرتبط بعقد شغل غير محدد المدة بعد قضائه ستة أشهر من الشغل داخل نفس المشغل يستحق عند فصله تعسفا تعويضا بحسب الكيفية المنصوص عليها في المادة 53 من نفس المدونة وذلك على الشكل التالي:  $912 \times 31.92 = 29111.04$  درهم.

2 - عن الضرر: حيث إنه بمقتضى المادة 41 من مدونة الشغل، فإنه يحق للطرف المتضرر في حالة إنهاء الطرف الآخر للعقد تعسفا، الحصول على تعويض عن الضرر يعادل أجرة شهر ونصف من العمل عن كل سنة أو جزء من سنة، كما يلي:  $8 \times 9126 = 73008$  درهم.

3 - عن مهلة الإخطار: حيث إن الملف خال مما يفيد أن المدعى عليها قد منحت للمدعي مهلة الإخطار قبل الاستغناء عن خدماته طبقا للمادة 43 من مدونة الشغل، مما يكون معه محقا في الحصول على أجرة شهرين من العمل على أساس أن المدعي تعمل مستخدمة لدى

المدعى عليها، طبقا للمادة الأولى من المرسوم الوزيري المؤرخ في 29-12-2004، وجب فيها مبلغ 12168 درهم.

4 - عن العطلة السنوية: وحيث تبين لهذه المحكمة من خلال الاطلاع على ورقة الأداء لشهر فبراير 2019 أن المدعية استفادت من التعويض عن العطلة السنوية، مما يتعين معه رفض الطلب.

5 - عن الاقدمية: حيث تبين لهذه المحكمة من خلال الاطلاع على أوراق الأداء المدلى بها من قبل طرفي الدعوى، أن علاوة الاقدمية تعتبر من مشتملات الأجر، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب.

وحيث يتعين على المدعى عليها تسليم المدعي شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 100 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

وحيث إن طلب الفوائد القانونية ليس له ما يبرره، مما يتعين معه رفضه.

وحيث إن النفاذ المعجل لا يمكن أن يشمل سوى التعويضات الناتجة عن عقد الشغل وهي، شهادة العمل وأن باقي التعويضات الأخرى لا مبرر لشمولها بالنفاذ المعجل.

وحيث إن المحكمة ليست ملزمة بتتبع الأطراف في مناحي أقوالهم وبذلك فإن الدفع المتجاوزة والغير المنتجة في الدعوى تقرر صرف النظر عنها وردّها.

وحيث تم البت في النازلة من طرف المحكمة في غياب المستشارين الاجتماعيين طبقا لمقتضيات الفصل 270 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث يتعين تحميل خاسر الدعوى الصائر.

وتطبيقا للفصول 1، 32، 37، 38، 39، 50، 124، 147، 270 وما يليه من ق م م ومدونة الشغل.

### لهذه الأسباب

فإن المحكمة تصرح وهي تبت في قضايا نزاعات الشغل علنيا ابتداء وحضوريا: في الشكل: قبول الدعوى.

في الموضوع: بأداء المدعى عليها أعلاه لفائدة المدعية التعويضات التالية:

- عن الفصل : مبلغ 29111.04 درهم.

- عن الضرر : مبلغ 73008 درهم.

- عن مهلة الإخطار : مبلغ 12168 درهم.

مع تسليم شهادة العمل تحت طائلة غرامة تهديدية قدره 100 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ، وشمول تسليم شهادة العمل بالنفاذ المعجل وبتحميل المدعى عليها الصائر ورفض باقي الطلبات.

بهذا صدر الحكم وتلي في جلسة علنية في اليوم والشهر والسنة أعلاه، وكانت هيئة المحكمة مكونة من:

الاستاذ محمد بلعيدي : رئيسا

بمساعدة السيدة منية الساعدي : كاتبا للضب

كاتب الضبط

الرئيس

## حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات

عدد: 162

المؤرخ في: 2019/03/07

ملف: عقاري

عدد: 2018/1402/213

بين:

السيد أ أ

ضد

مؤسسة العمران

## القاعدة

وجب على المحكمة إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً، وأنه يتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع.

بالرغم من تضمن عقد الوعد بالبيع شرط التحكيم فإن المحكمة تكون ملزمة في إطار تطبيق الفصل 317 من قانون المسطرة المدنية على مراقبة مدى استيفاء شرط التحكيم الوارد في العقد للمقتضيات المذكورة التي تعتبر من النظام العام.

وبخلو الملف مما يفيد سلوك مسطرة التحكيم أو مكاتبة المدعى عليها من أجل ذلك ورفضها تفعيل اتفاق التحكيم الوارد في العقد، تكون الدعوى غير مقبولة من الناحية الشكلية.

## المملكة المغربية

باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون

بتاريخ 7 مارس 2019 أصدرت المحكمة الابتدائية بالخميسات في جلستها العلنية  
المنعقدة للبت في القضايا العقارية، الحكم الآتي نصه:

بين: أ أ

ينوب عنه: الأستاذ الطاهر عطايف المحامي بهيئة المحامين بالرباط

المدعي

وبين: مؤسسة العمران شركة مجهولة الاسم في شخص ممثليها القانوني  
ينوب عنها: الأستاذ خالد خالص المحامي بهيئة المحامين بالرباط

المدعى عليها

بحضور: السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات

### الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعى بواسطة نائبه إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 26 يوليوز 2018، مؤدى عنه، عرض فيه أن أنه ارتبط مع المدعى عليها بعقد بيع بمقتضاه اشترى قطعة أرضية مساحتها 180 متر مربع على أساس بناء ثلاث طوابق ومحلات تجارية بالوحدة 49 المسماة ج ز بالخميسات، وأنه أدى الثمن كاملا في حدود مبلغ 327.937,50 درهم وأنه أبرم معها وعدا بالبيع غير أنها امتنعت عن إبرام العقد النهائي، ملتصا بالحكم على المدعى عليها بإتمام إجراءات البيع معه بشأن القطعة الأرضية السالفة الذكر تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 5000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع اعتبار الحكم الذي ستصدره المحكمة بمثابة عقد نهائي في حالة امتناعها وفي هذه الحالة الأخيرة أمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالخميسات بتسجيل هذا الحكم وذلك بفرز رسم عقاري خاص به مستخرجا من الرسم الأم عدد 16/3162، وتحميل المدعى عليه الصائر وشمول الحكم بالنفاذ، مرفقا دعواه، بوعد بالبيع، إنذار، فأجابت المدعى عليها بواسطة نائبها أنه بالاطلاع على الفصل 11 من عقد الوعد البيع الرابط بين الطرفين والمدلى بنسخة منه سيتبين أنه نص على أنه في حالة حدوث نزاع بين طرفي العقد يتم اللجوء إلى مسطرة التحكيم قبل المطالبة قضائيا بحل النزاع، وأن المدعى لم يدل بما يفيد سلوك مسطرة التحكيم ويكون بذلك قد خرق مقتضيات الفصل 327 من ق م م ملتصا عدم قبول الدعوى، فعقب المدعى أن الشروط الواردة في عقد الوعد بالبيع هي شروط إذعانية قد لا ينتبه إليها المتعاقد، وأن هذا الشرط غير مرتب لأي آثار قانونية وأنه تردد عليها عدة مرات قصد إنهاء المسألة حيا وعند الاقتضاء عن طريق التحكيم المتمسك به بالإضافة إلى أنه وجه لها رسالة توصلت بها يوم 18 ماي 2018 وبقي ينتظر إلى حدود 24 يوليوز 2018 مما اضطره إلى تقديم الدعوى، وأنه توصل منها برسالة قصيرة تطالبه فيها بتسوية وضعيته المالية علما أنه قد أدى الثمن كاملا، ملتصا بالحكم وفق الطلب، مدلية برسالة موجهة للمدعى عليها، فردت المدعى عليها على تعقيب المدعى مؤكدة أنه أدى المبلغ المذكور في مقاله على أساس مساحة 150 متر، وأنه بعد قيامه بعملية الأداء تبين لها أن هناك خطأ مطبعي في المبلغ المؤدى إذ أن المبلغ المؤدى يتعلق بمساحة 150 متر وليس 180 متر مربع لكون الفرق الواجب أدائه هو 65647,50 درهم، ملتصا بالحكم

بعدم قبول الدعوى لعدم سلوك مسطرة التحكيم، فأدرجت القضية بجلسة 21 فبراير 2019، حيث حضر نائب الطرفين، فتقرر حجزها للمداولة والنطق بالحكم لجلسة 7 مارس 2019.

### وبعد المداولة طبقا للقانون

#### في الشكل:

حيث دفعت المدعى عليها بأن الفصل 11 من الوعد بالبيع المدلى به في الملف ينص على سلوك مسطرة التحكيم قبل عرض النزاع على القضاء، ملتزمة عدم قبول الدعوى لهذه العلة.

وحيث تنص المقاطع الثلاث للفصل 327 من قانون المسطرة المدنية على أنه: عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم، وإذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا، وأنه يتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول.

وحيث إن المراد بالتحكيم طبقا للفصل 306 من ق.م.م هو حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم، وأنه بالرجوع إلى عقد الوعد بالبيع المدلى به في الملف يتبين أنه قد تضمن في الفصل 11 منه شرطا للتحكيم؛ إذ اتفق الطرفين على عرض أي نزاع يطرأ بينهما بخصوص الوعد بالبيع على التحكيم، وأنه بحسب الفصل 316 من نفس القانون أعلاه فإن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور، وأنه بالرغم من تضمن عقد الوعد بالبيع الشرط المذكور فإن المحكمة تكون ملزمة في إطار تطبيق الفصل 317 من ق.م.م على مراقبة مدى استفاء شرط التحكيم الوارد في العقد للمقتضيات المذكورة التي تعتبر من النظام العام، حيث جاء في الفصل 317 أنه يجب، تحت طائلة البطلان :

- أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، بشكل لا لبس فيه؛

- أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم»، وأنه بتفحص الفصل المذكور يتبين أنه قد احترمت جميع هذه المقتضيات؛

إذ ضمن شرط التحكيم كتابة في العقد بشكل واضح لا لبس فيه، كما تم النص على طريقة تعيين المحكم حيث أحال على مقتضيات قانون المسطرة المدنية بهذا الخصوص.

وحيث بناء على ما ذكر فإن الثابت من الفصل 11 من عقد الوعد بالبيع الرابط بين الطرفين أنهما قد اتفقا على عرض أي نزاع يطرأ بينهما بخصوص العقد على مسطرة التحكيم وقد تضمن الفصل المذكور المسطرة التي يتعين عليهما سلوكها بمجرد حدوث نزاع وطريقة تعيين المحكم وذلك بالإحالة على الفصل 306 وما يليه من ق.م.م، وأنه لئن دفع المدعي بأنه كاتب المدعى عليها عدة مرات قصد إنهاء المسألة حيباً، فإنه لا دليل في الملف يفيد أنه قد طلب منها تفعيل مقتضيات الفصل 11 من عقد الوعد بالبيع أي باللجوء إلى مسطرة التحكيم؛ إذ يستفاد من الرسائل الموجهة لها أنها تتعلق بضرورة إتمام البيع النهائي وليس سلوك مسطرة التحكيم، وأن دفعه بأن الشروط الواردة في العقد الرابط بينه وبين المدعى عليها هي شروط إذعانية يبقى دفع غير ذي أثر في الدعوى مادام المدعي لم يؤثر ذلك في الإطار الذي يحدده القانون، وأنه بخلو الملف مما يفيد سلوك مسطرة التحكيم أو مكاتبة المدعى عليها من أجل ذلك ورفضها تفعيل اتفاق التحكيم الوارد في العقد، تكون الدعوى غير مقبولة من الناحية الشكلية، مع تحميل رافعها المصاريف.

#### لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنياً ابتدائياً وحضورياً

في الشكل: عدم قبول الدعوى مع إبقاء المصاريف على رافعها.

بهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية للمحكمة الابتدائية بالخميسات وهي متركبة من السادة: امجيد بن شيخ رئيساً، بوعبيد الترابي عضواً ومقرراً، سناء أبو عبد الله عضواً، وبمساعدة ربيعة أثلى كاتبة للضبط.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس



## عين على الدوريات والمذكرات

## مذكرة

الرئيس المنتدب  
للمجلس الأعلى للسلطة القضائية  
عدد 22/32  
مؤرخة في: 10 يونيو 2022  
الموضوع: تبليغ الطيات القضائية بالخارج

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد؛

يعتبر التبليغ القضائي لأطراف الدعوى أحد الحقوق الأساسية للمتقاضين المنصوص عليها في الدستور والقوانين الوطنية ذات الصلة، والتي يتعين مراعاتها وإحاطتها بكافة الضمانات، غير أنه لوحظ أن تبليغ الطيات القضائية بالخارج يعرف تعثراً في تنفيذ إجراءاته بسبب عدم إعطاء المحاكم آجالاً كافية لتبليغها أو إغفال الإشارة إلى بيانات بها تعتبر ضرورية في عملية التبليغ.

لذا، وضمننا لحسن تنفيذ الإجراء بما يضمن تلافي هدر الزمن القضائي والمس بحقوق المتقاضين، وانسجاماً مع توجهات المجلس الاستراتيجية المسطرة في مخططة (2021-2026)، ولا سيما التوجه الثالث منه الهادف إلى المساهمة في الارتقاء بفعالية منظومة العدالة، وإيجاد حلول للإشكاليات التي تعترض سير القضايا المسجلة بالمحاكم، أطلب منكم:

- الحرص على إعطاء آجال كافية تراعي - بالإضافة إلى الآجال المحددة قانوناً للتبليغ - المدة التي تتطلبها تلك الإجراءات من وقت إصدار الطي القضائي إلى غاية تبليغ المعني بالأمر وإرجاع الإفادة إلى المحكمة المدنية؛
- ضرورة كتابة أسماء وعناوين المعنيين بالأمر على الطي القضائي وعلى ورقة الإرسال بالحروف اللاتينية إذا كانت إقامتهم بدول غير عربية؛

- ترجمة الوثائق المرفقة إلى لغة الدولة المطلوب منها التبليغ، إذا كان الطرف الموجه إليه الطي أجنبياً؛
  - تضمين الطي القضائي الرمز البريدي لمحل إقامة المبلغ إليه بالنسبة للدولة الأجنبية التي يعتبر فيها هذا البيان أساسياً لتوزيع البريد؛
  - تحديد طبيعة الطي القضائي المطلوب تبليغه (مقال افتتاحي، استدعاء لحضور جلسة، تبليغ حكم)؛
  - إضافة رقم بطاقة الوطنية للتعريف، كلما توفر، لتسهيل عملية تبليغ أفراد الجالية المغربية بالخارج من طرف المصالح الدبلوماسية المعنية؛
  - الإشارة إلى جنسية المبلغ إليهم، حتى يتسنى للبعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية بالخارج فرز الطيات القضائية الموجهة للمواطنين المغاربة الذين يتم تبليغهم من طرفها عن تلك الموجهة للمواطنين الأجانب الذين يتم تبليغهم بواسطة السلطات المختصة ببلدانهم.
- لذا أدعوكم إلى إيلاء تبليغ الطيات القضائية بالخارج العناية اللازمة، وتعميم فحوى هذه الدورية على جميع السادة المستشارين والقضاة العاملين بدائرة نفوذكم، مع إشعاري بكل الصعوبات التي قد تعترضكم في هذا الشأن، والسلام.

الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

محمد عبد النبوي

## مذكرة

الرئيس المنتدب  
للمجلس الأعلى للسلطة القضائية  
عدد 22/37  
مؤرخة في: 12 يوليوز 2022

الموضوع: حول التصريحات بالممتلكات والمداخل

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، لا يخفى عليكم أن مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 113 من القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، تنص على أنه: «يستمر العمل بصفة انتقالية بمقتضيات الفصل 16 من الظهير الشريف رقم 1.74.467 بتاريخ 26 شوال 1394 (11 نونبر 1974) يكون النظام الأساسي لرجال القضاء كما تم تغييره وتتميمه، والمتعلقة بالتصريح بالممتلكات، إلى حين تعويضها طبقاً لأحكام الفصل 158 من الدستور».

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 16 المشار إليه أعلاه، يتبين أنها تلزم السيدات والسادة القضاة بما يلي:

- التصريح داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ تعيينهم بالسلك القضائي بمجموع أنشطتهم المدرة لدخل والممتلكات التي يملكونها أو يملكها أولادهم القاصرون أو يدبرونها. وكذا المداخل التي استلموها بأي صفة من الصفات خلال السنة السابقة للسنة التي تم تعيينهم فيها؛

- تجديد التصريحات بالممتلكات كل ثلاث سنوات في شهر فبراير (2019، 2022، 2025)؛

- الإدلاء بتصريح تكميلي بخصوص كل تغيير يطرأ على ثروتهم (قبل حلول أجل الثلاث سنوات)؛

- القيام داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ انتهاء مهمتهم، في حالة انتهائها لأي سبب آخر غير الوفاة، بالتصريح المنصوص عليه أعلاه.

وتجدر الإشارة إلى أن قرار الوزير الأول رقم 3.87.09 الصادر في 26 من صفر 1431 ( 11 فبراير 2010 )، حدد في مادته الأولى الحد الأدنى لقيمة الأموال المنقولة الواجب التصريح بها في ثلاثمائة ألف ( 300.000 ) درهم لكل صنف من أصناف الأموال المنقولة عند تاريخ اقتنائها عن طريق الشراء أو تملكها عن طريق الإرث.

غير أنه تبين أن بعض السيدات والسادة القضاة لا يتقيدون بالمقتضيات المشار إليها أعلاه إلا بعد تذكيرهم بها من طرف المجلس، كما أن لجنة الفحص المنتظم لتطور التصريحات بالممتلكات والمداويل سجلت مجموعة من الملاحظات، من قبيل:

- عدم انتظام الإدلاء بالتصريحات أو تجديدها داخل الآجال المحددة لذلك؛  
- عدم تطابق التصريحات اللاحقة مع التصريحات السابقة من حيث نوعية وأثمنة وتواريخ امتلاك العقاريات والمنقولات المصرح بها؛

- الإشارة إلى التوفر على ممتلكات عقارية خاضعة لنظام التحفيظ العقاري دون الإدلاء بأرقام رسومها العقارية؛

- ترك خانة القروض خالية رغم الإشارة إلى امتلاك بعض العقارات والمنقولات بواسطة قروض؛

لذا، أدعو جميع السيدات والسادة القضاة إلى ضرورة التقيد بالمقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه، وإيلائها العناية اللازمة، مع الحرص على ملء تصريحاتهم بالممتلكات بالدقة المطلوبة، وتفادي الملاحظات السالفة الذكر. والسلام.

الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

محمد عبد النباوي

## دورية

الوكيل العام للملك  
لدى محكمة الاستئناف بالرشيدية  
عدد: 2020/01 د  
مؤرخة في: 25 فبراير 2020

الموضوع: حول الشكايات المقدمة في مواجهة موظفي كتابة الضبط

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد؛

لقد بلغ إلى علمي أن الشرطة القضائية تقوم استنادا إلى تعليمات النيابة العامة باستدعاء موظفين بكتابة الضبط للاستماع إليهم في إطار شكايات مقدمة ضدهم بمناسبة ممارستهم لمهامهم والتي قد تكتسي طابعا مدنيا في بعض الأحيان، الأمر الذي يؤدي بهم إلى العمل في جويفتقر إلى الطمأنينة الضرورية لقيامهم بالمهام الموكولة إليهم على أحسن وجه.

لأجله، أطلب منكم كلما تعلق الأمر بشكاية مقدمة في مواجهة موظفي كتابة الضبط أن تقوموا بإجراء التحريات الأولية للتأكد من جديتها، ومن طابعها الجرمي قبل إجراء البحث بشأنها، وإذا تطلب الأمر الاستماع إلى الموظف فيجب أن يتم ذلك من طرف أحد قضاة النيابة العامة، مع حرص المسؤول القضائي على التتبع الشخصي لهذا النوع من الشكايات، مع العمل على تعميم فحوى هذه الدورية على نوابكم، وإشعاري في حينه بهذا النوع من الشكايات والإجراءات المتخذة بشأنها.

والسلام

الوكيل العام للملك

بوداود عبد الحق

## مذكرة

## المحافظ العام

للكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

عدد: 2022/42

مؤرخة في: 07 شتنبر 2022

الموضوع: في شأن إعفاء الطلبات المتعلقة بإعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات

العمومية من وجيبات المحافظة العقارية

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، فلقد طرح علي السؤال من طرف بعض المحافظين على الأملاك العقارية حول المأل الذي ينبغي تخصيصه لطلبات الإعفاء من وجيبات المحافظة العقارية المتعلقة بعمليات تندرج في إطار إعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات العمومية كما هو الشأن بالنسبة لطلبات الإدماج أو التحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛

وجوابا على السؤال المذكور وسعيا نحو توحيد العمل بينكم، يشرفني أن أنهي إلى علمكم أن المادة 19 من القانون الإطار رقم 50.21 المتعلق بإصلاح المؤسسات والمقاولات العمومية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 7007 بتاريخ 15 ذو الحجة 1442 (26 يوليو 2021) تنص على أنه: « تعفى عمليات إعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات العمومية من وجيبات المحافظة العقارية»، كما أن المادة الثانية من القانون المذكور بينت العمليات التي تندرج في إطار إعادة هيكلة المؤسسات والمقاولات العمومية، والمتمثلة فيما يلي

- تجميع مؤسستين عموميتين أو أكثر في مؤسسة عمومية واحدة.

- إدماج مقاولتين عموميتين أو أكثر.

- حل مؤسسات ومقاولات عمومية وتصفياتها.

- تحويل مقاولات عمومية إلى القطاع الخاص.

- تحويل مؤسسات عمومية تمارس نشاطا تجاريا إلى شركات المساهمة.

وبناء عليه، فإنه يتعين عليكم إخضاع الطلبات الواردة عليكم في هذا الشأن للإعفاء من وجبات المحافظة العقارية، شريطة أن تكون صادرة في إطار تطبيق القانون الإطار رقم 50.21 المتعلق بإصلاح المؤسسات والمقاولات العمومية المذكور، وأن تكون متعلقة بالعمليات الواردة في المادة الثانية من نفس القانون وفق ما هو مبين أعلاه، وذلك بعد استيفاء تلك الطلبات لباقي الشروط المتطلبة قانونا.

وفي الأخير، لا يفوتني تذكيركم بالرجوع إلي في شأن كافة الصعوبات التي قد تعترضكم في تطبيق مقتضيات هذه المذكرة.

والسلام

المحافظ العام

إدريس لزرق



نافذة على الجامعة



## أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

تحت عنوان:

### «العرف في الزواج وانحلاله / دراسة مقارنة»

نوقشت بكلية الحقوق / جامعة الموصل

جمهورية العراق

تقدم بها الطالب

محمد خليل عبد الكريم الاي بك العباسي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: خليل ابراهيم محمد

أستاذ القانون الخاص المساعد في كلية الحقوق، جامعة الموصل

1443 - 2022

### المقدمة

الحمد لله الذي شرع لنا من الدين أكمله، وبعث إلينا من الرسل أفضلهم وخاتمهم، وأنزل علينا من الكتب أحسنها وأبينها، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس لتتواصى بالحق والصبر، ولتعاون على البر والتقوى، وبعد: ... فإن توضيح ما يتعلق بالمقدمة هو ما يقتضي منا بيانه في النقاط الآتية:

### أولاً: التعريف بالموضوع وأهميته

إن للعرف أثر مهم وملحوظ في الفقه الإسلامي، والتشريعات القانونية المقارنة، فقد استقر العرف على أنه مجموعة من العادات والتقاليد التي درج الناس على اتباعها لفترة طويلة من الزمن حتى ساد الاعتقاد بإلزاميتها، ولما لهذا الأثر من أهمية تستوجب منا البحث بكل ما يتعلق به من أحكام استند إليها الفقهاء، ومشرعي القوانين، والقضاة، من

أجل وضع الأحكام وإصدارها بالشكل الذي يتلاءم مع واقع المجتمع والمستجدات التي تطرأ عليه من جراء تغيير العادات والأعراف.

ويعد العرف أحد المصادر المهمة لاستنباط الأحكام في الفقه الإسلامي، إذ أنه ذو صلة وثيقة بالحياة اليومية للناس، فهو وليد حاجة المجتمع، كما أنه يزيل الغموض عن الكثير من الأحكام التي تتغير بتغير الزمان والمكان لرفع الحرج عن الناس، لذلك أقرت الشريعة الإسلامية الأعراف الصحيحة دون الفاسدة، وسارت على ذلك النهج التشريعات الوضعية بما فيها التشريع العراقي، الذي عد العرف مصدراً مهماً من مصادر القانون، ولعل أكثر التصرفات تأثراً بالعرف هي مسائل الزواج، إذ كان للعرف دوراً مهماً في مسائل الخطبة، والكفاءة في الزواج، والشروط المقترنة به، كما أنه له دوراً مهماً في انحلال الزواج، وقد كان العرف وسيقى باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره، لأنه يتفق مع واقع الناس ومقتضيات العصر. وتظهر أهمية العرف بكونه يشكل أحد المصادر التي تعتمد لحل النزاعات أمام القضاء في حالة ظهور أعراف جديدة لم تكن متعارف عليها بين الناس سابقاً، فقد يواجه القضاء الكثير من الأعراف الجديدة التي لم يتعارف عليها الناس سابقاً فيكون في العرف الحل بكونه دليل يمكن الركون إليه في حسم النزاع.

واهتم أغلب الفقهاء المسلمين، ومشرعي القوانين في الأحوال الشخصية بالعرف كونه يساعد في فهم الأحكام الشرعية في مختلف المجالات، ويشكل قرينة على مقصود الشارع، كما في المعاملات العادية، أو بيان مقصود المتعاملين كما هو الحال في الأعراف الاجتماعية، أو تشخيص الموضوع عند الشك، كما هو الحال عند الشك في المهر في الزواج بكونه معجلاً أو مؤجلاً، إذ أن العرف هو الذي يحسم النزاع بتقرير ما هو متعارف عليه بين الناس في تعجيل المهر أو تأجيله، وقال الفقهاء «كل شيء ورد في لسان الدليل الشرعي ولم يرد فيه تشخيص وتقدير للموضوع من الشارع فيرجع فيه إلى العرف».

## ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث

للعرف أثر بالغ في مسائل الزواج وانحلاله، إذ تظهر الحاجة لتحكيم العرف في الزواج بكل ما يتعلق به من مقدمات الزواج، وإبرامه، وفي الخطبة، والكفاءة عند الزواج، وصيغ الإيجاب والقبول، وفي تعجيل المهر وتأجيله، ومقدار النفقة بما يتلاءم وحال الزوجين، إذ يتدخل العرف أحياناً لتحديد بعض أحكامها بما يلائم مقتضيات الواقع الاجتماعي نتيجة تغير الزمان والمكان، وفي انحلال الزواج يظهر لنا والعرف من خلال تحديده لبعض صيغ الطلاق، ومتعة المطلقة، وتعميذ الطلاق التعسفي الذي تعارف عليه الناس في الوقت الحاضر، وكذلك في بعض أسباب التفريق، وكذلك في صيغ الفرق التلقائية.

وعلى الرغم من هذا الدور للعرف بما له من أثر مهم للاستناد إليه في تشريع الأحكام وإصدارها، إلا أن تناوله من قبل تشريعات الأحوال الشخصية لم يكن بالمستوى الذي يتلاءم مع أهميته إذ تم تناوله بشكل مقتضب، ومن بينهم المشرع العراقي الذي عالج موضوع العرف بطريقة مقتضبة لا تتناسب وأهميته في مسائل الزواج وانحلاله، مما كان سبباً في اختيار هذا الموضوع. والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفاصيل والمسائل المتجددة، والعرف يساعد في الاجتهاد ويعين المجتهد على تفهم الواقعة وتطبيق الحكم الشرعي عليها، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس أم في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح وسيلة إلى تبدل الأحكام وتغيرها باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة وأماكنهم المتغيرة.

### ثالثاً: هدف البحث

- 1 - يهدف البحث إلى بيان دور العرف كعامل مهم في استقرار المعاملات في الحياة الاجتماعية ومواكبتها للتطور الحاصل في المجتمع.
- 2 - توضيح المقصود بالعرف وبيان العرف الذي يمكن الاستناد إليه من حيث عدم مخالفته لنص صريح في القرآن أو السنة أو الإجماع أو نص قانوني صريح، واستبعاد العرف الفاسد.
- 3 - إلقاء الضوء على جانب مهم من جوانب العرف ألا وهو العرف الصحيح، وما يترتب عليه من آثار ايجابية تغير الأعراف بتغير الزمان والمكان.
- 4 - بيان دور العرف كمصدر من المصادر الاجتهادية المختلف فيها في مسائل الزواج وانحلاله، مع بيان خطورة الأعراف الفاسدة على الأسرة والمجتمع، والدعوة للتمسك بالأحكام الشرعية والقانونية، والأعراف الصحيحة.

### رابعاً: مشكلة البحث وتسؤولاته

إن من الخصائص الجوهرية في الشريعة الإسلامية أنها مرنة وذات صلاحية دائمة لكل زمان ومكان، وذلك لاعتماد بعض أحكامها على المصادر التبعية ومن بينها العرف السائد في المجتمع، وهذا يكون باستنباط الأحكام الاجتهادية، وذلك بتقيد النص الظني المطلق، أو تخصيص النص العام، وتعد مسائل الأحوال الشخصية، وخاصة الزواج وانحلاله جزء مهم من هذه الأحكام، إذ يعد العرف مصدراً مهماً لها لمواكبة المستجدات التي تظهر في المجتمع، في حالة قصور النص عن معالجة بعض المسائل، فعدم اعتماد الأعراف السائدة في المجتمع يجعل التشريع قاصراً في إيجاد الحلول لبعض قضايا الأحوال

الشخصية الخاصة بالزواج وانحلاله، الأمر الذي يظهر العديد من الإشكالات العملية في هذا الموضوع، وعليه تكمن مشكلة البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية:

- 1 - كيفية اعتماد قانون الأحوال الشخصية العراقي، والقوانين المقارنة، والفقه الإسلامي على العرف في بناء أحكامها؟
- 2 - ما مدى تأثير الأعراف السائدة على تشريع النصوص لدى مشرعي قانون الأحوال الشخصية محل الدراسة؟
- 3 - مدى حجية العرف في الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المقارن؟
- 4 - ما مدى تأثير الأعراف السائدة على الخطبة، والصفات المعتبرة في الكفاءة عند الزواج، وأركانها؟
- 5 - ما مدى تأثير الأعراف السائدة على معيار تقدير النفقة للزوجة والأولاد والمعيار الذي يتم الاعتماد عليه عند تقدير النفقة؟
- 6 - ما مدى تأثير الأعراف السائدة في المجتمع على انحلال الزواج؟
- 7 - ما مدى التزام المشرع العراقي بوضع نصوص قانونية للعرف من أجل مواكبة التغيرات التي قد تحصل في المجتمع؟

### خامساً: منهجية البحث

استلزم دراسة موضوع البحث اتباع المنهج المقارن ما بين الفقه الإسلامي، والقوانين محل الدراسة: العراقي، والإماراتي، والسوري، والجزائري، في إطار قانون الأحوال الشخصية وما قيل بشأن موضوع العرف من آراء فقهية تخص الموضوع محل الدراسة، والاستئناس بتشريعات عربية أخرى -قوانين الأحوال الشخصية- عند الاقتضاء.

وقد اتبعت في هذا البحث الأسلوب المقارن بين الفقه الإسلامي الحنيف وما سطره من أحكام بمذاهبه الخمسة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والجعفرية، والإشارة بقدر ما يتيسر لنا إلى بعض المذاهب الفقهية الأخرى عند الاقتضاء للاستئناس بمواقفهم في جوانب موضوع بحثنا، وسعيًا إلى اكتمال البناء البحثي، سنشير إلى الآراء الفقهية التي أثرت بهذا الموضوع ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها عند الاختلاف في مسألة ما، مع بيان أسباب الترجيح، واقتراح النصوص القانونية بما يتلاءم وواقع المجتمع نتيجة تغير الأعراف السائدة فيه، كما لم نهمل التطبيق العملي الذي يقوم على تعزيز موقف القضاء للنصوص القانونية والآراء الفقهية المؤيدة لتطبيقاته القضائية والمتباينة في هذا المجال من الدراسة.

## سادساً: خطة البحث

تم تقسيم العرف في الزواج وتحليله إلى أربعة فصول، خُصص الأول لدراسة ماهية العرف وهو مقسم بدوره على ثلاثة مباحث تناولنا في الأول مفهوم العرف والدليل على مشروعيته، وفي الثاني أنواع العرف وشروط إعماله وأهميته، أما الثالث فقد خُصص لأثر العرف في مسائل الأحوال الشخصية.

أما الفصل الثاني فقد خُصص لأعمال العرف في مسائل الخطبة والزواج، وقد قسمنا الفصل على ثلاثة مباحث تناولنا في الأول أعمال العرف في مسائل الخطبة، وفي الثاني أعمال العرف في المسائل المتعلقة بالكفاءة في الزواج، وأخيراً تناولنا في الثالث أعمال العرف في أركان عقد الزواج وشروطه.

وأما الفصل الثالث فقد تناولت فيه أعمال العرف في الحقوق الزوجية، والذي قسم بدوره إلى أربع مباحث تناولنا في المبحث الأول أعمال العرف في المهر، والمبحث الثاني أعمال العرف في النفقة ومشتملاتها، والمبحث الثالث أعمال العرف في الحقوق المالية وغير المالية، وخصصنا الرابع لأعمال العرف في المسائل المتعلقة بالولادة ونتائجها.

وفي الفصل الرابع والأخير فقد تناولت فيه أعمال العرف في المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج، والذي قسم بدوره على ثلاثة مباحث تناولنا في الأول أعمال العرف في مسائل الطلاق، وفي الثاني أعمال العرف في مسائل التفريق القضائي، وفي الثالث أعمال العرف في الفرق التلقائية، وأنهينا بحثنا بخاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

